

Professor Dr. Ulrich Haltern, LL.M., Hannover\*

## Rechtsschutz in der dritten Säule der EU

Der Beitrag untersucht die Hintergründe der Entscheidungen des EuGH vom 27. 2. 2007 (*Gestoras pro Amnistia*, JZ 2007, 781, in diesem Heft, und *Segi*) zum Rechtsschutz gegen gemeinsame Standpunkte.

### I. Bedeutung

Die beiden am 27.2. 2007 von der Großen Kammer des *EuGH* erlassenen gleichlautenden Urteile<sup>1</sup> sind ein Paukenschlag. Es schien ausgeschlossen zu sein, dass der *EuGH* gemeinsame Standpunkte, die der Rat unter Titel VI EU (der sog. dritten Säule) erlässt, im Wege einer Vorabentscheidung oder Nichtigkeitsklage überprüfen könnte: Art. 35 EU schien dem klar entgegenzustehen. Der *EuGH* spricht sich selbst aber genau hierfür die Kompetenz zu, wenn im Raum steht, dass ein gemeinsamer Standpunkt Rechtswirkungen für Dritte erzeugt. Immer dann, wenn sich der *EuGH* über einen scheinbar zwingenden Wortlaut hinwegsetzt, lohnt sich die Suche nach seinen Motiven. Dies gilt verstärkt hier: Der Bereich der Gemeinschaftszuständigkeiten – einschließlich der gerichtlichen Kompetenzen – ist ein heißes Eisen; der Vorwurf der Kompetenzanmaßung und Selbstermächtigung ist leicht bei der Hand und wird auch in mancher Reaktion auf diese Urteile nicht fehlen. Umso offenkundiger ist, dass der *EuGH* um die Brisanz seiner Entscheidungen weiß und diesen Weg nicht unüberlegt beschritten hat.

### II. Hintergrund und Entscheidung

#### 1. Sachverhalt und Verfahren

Die Kläger sind Vereinigungen, die Teil der baskischen Unabhängigkeitsorganisation ETA oder mit dieser verbunden sind, sowie Individuen, die in diesen Organisationen herausgehobene Funktionen bekleiden. Ihre Namen sind auf einer Liste enthalten, die der Rat als Anhang seinem Gemeinsamen Standpunkt 2001/931 angefügt hat. Dieser Gemeinsame Standpunkt, der aufgrund Art. 15 und 34 EU erging, setzte die Resolution 1373 (2001) des UN-Sicherheitsrates um. Die Kläger sind ausschließlich von der Amtshilfavorschrift des Art. 4 des Gemeinsamen Standpunktes betroffen (daher geht es auch ausschließlich um die dritte Säule). Sie verlangten vor dem *EuG* Ersatz des Schadens, der ihnen durch die Aufnahme in die Liste entstanden ist. Das *EuG* erklärte, nach Art. 46 i. V. m. Art. 35 EU sei es für Schadensersatzklagen nicht zuständig, da diese im Titel VI des Vertrages nicht vorgesehen seien; insoweit sei die Klage offensichtlich unzulässig. Zwar fehle es wohl an einem wirksamen Rechtsbehelf, doch könne sich daraus keine Zuständigkeit des Gemeinschaftsrichters ergeben. Zuständig sei das *EuG* allerdings insoweit, als eine Verkenning der Zuständigkeiten der Gemeinschaft gerügt

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für deutsches und europäisches Staats- und Verwaltungsrecht sowie Direktor des Instituts für nationale und transnationale Integrationsforschung an der Leibniz Universität Hannover.

<sup>1</sup> Rs. C-354/04 P – *Gestoras Pro Amnistia* (JZ 2007, 781, in diesem Heft), und Rs. C-355/04 P – *Segi*, Urteile des Gerichtshofes (Große Kammer) v. 27. 2. 2007, noch nicht in aml. Slg.

wurde, da die Gemeinschaftsgerichte prüfen müssten, ob ein im Rahmen des EU-Vertrages erlassener Rechtsakt nicht die Zuständigkeiten der Gemeinschaft beeinträchtigt. Das *EuG* lehnte aber einen Eingriff des Rates in die Befugnisse der Gemeinschaft ab; insoweit sei die Klage offensichtlich unbegründet<sup>2</sup>. Die Kläger beantragen im Rechtsmittelverfahren beim *EuGH* die Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse. Der *EuGH* hält die Beschlüsse des *EuG* aufrecht, nimmt jedoch in einem wichtigen Punkt eine andere Position ein. Anders als das *EuG* meint der *EuGH*, es fehle nicht an einem wirksamen Rechtsbehelf.

#### 2. Vertragslage und Argumentation

Kern der Kontroverse ist Art. 35 EU. Die Überprüfbarkeit gemeinsamer Standpunkte durch den *EuGH* ist nach Art. 46 lit. b i. V. m. Art. 35 EU beschränkt. Art. 35 Abs. 1–4 EU regeln das Vorabentscheidungsverfahren des Titels VI. Absatz 1 nennt die Rahmenbeschlüsse, Beschlüsse, Übereinkommen und Durchführungsmaßnahmen als taugliche Gegenstände des Vorabentscheidungsverfahrens; gemeinsame Standpunkte sind nicht genannt. Art. 35 Abs. 6 EU regelt die Nichtigkeitsklage des Titels VI. Als taugliche Gegenstände werden die Rahmenbeschlüsse und Beschlüsse genannt; gemeinsame Standpunkte sind wiederum nicht genannt. Eine ausdrückliche Zuständigkeit des Gemeinschaftsrichters für die Überprüfung von gemeinsamen Standpunkten ergibt sich nur aus dem – hier nicht einschlägigen – Art. 35 Abs. 7 EU für Streitigkeiten zwischen den Mitgliedstaaten. Daneben ergibt sich eine zweite Zuständigkeit daraus, dass durch einen Rechtsakt unter Titel VI EU die Zuständigkeiten der Gemeinschaft nicht beeinträchtigt werden dürfen<sup>3</sup>.

Gleichwohl entscheidet der *EuGH* sich für eine Zuständigkeit des Gemeinschaftsrichters auch unter Abs. 1 und Abs. 6. Die entscheidende dogmatische Argumentation findet sich in Rz. 52–56. Gemeinsame Standpunkte sind für die Mitgliedstaaten verbindlich<sup>4</sup>, doch sollen sie keine Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten. Den Grund dafür, dass Art. 35 EU die gemeinsamen Standpunkte weder als Gegenstand einer Nichtigkeitsklage noch als Gegenstand eines Vorabentscheidungsverfahrens nennt, sieht der *EuGH* gerade in der mangelnden Rechtswirkung gegenüber Dritten. Die Handlungen, die Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 35 Abs. 1 EU sein können, seien Handlungen, die Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugen sollen. Da der *EuGH* die Wahrung des Rechts sichern solle, dürfe Art. 35 Abs. 1 EU nicht eng, sondern müsse so ausgelegt werden, dass die Möglichkeit der Vorabentscheidung unabhängig von der Rechtsnatur oder Form der Maßnahme

<sup>2</sup> Rs. T-338/02 – *Segi*, Slg. 2004, II-1647; Rs. T-333/02 – *Gestoras Pro Amnistia*, nicht in aml. Slg.

<sup>3</sup> Art. 46 lit. f, 47, 29 EU, vgl. auch *EuGH* Rs. C-170/96 – *Transitovisa*, Slg. 1998, I-2763, Rz. 12–18; seit *EuG* Rs. T-338/02 und Rs. T-333/02 (Fn. 2) Rz. 40ff. ständige Rspr. des *EuG*.

<sup>4</sup> Dies entscheidet den Streit, ob gemeinsame Standpunkte Bindungswirkung entfalten, was überwiegend, aber nicht einhellig angenommen wurde: *Wasmeyer*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl. 2003, Art. 34 EU Rz. 5; *Satzger*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 34 Rz. 8; anders *Böse*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 34 Rz. 5; unentschieden *Subr*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 34 Rz. 12.

des Rates bestehe, sofern sie Rechtswirkungen gegenüber Dritten erzeugen soll. Dies müsse auch für gemeinsame Standpunkte gelten; habe ein gemeinsamer Standpunkt diese Tragweite, müsse eine Vorlage möglich sein. Gleiches gelte für die Nichtigkeitsklage gem. Art. 35 Abs. 6. Den Anstoß mag – trotz aller wesentlichen Unterschiede (dazu unten IV.) – der Generalanwalt gegeben haben. Er hielt die nationalen (nicht die Gemeinschafts-)Gerichte für befugt, gemeinsame Standpunkte zu überprüfen, „falls diese trotz des Fehlens unmittelbarer Wirkungen geeignet sind, unmittelbar und an sich, d. h. ohne nationale Durchführungsmaßnahmen, die Rechtsstellung Einzelner zu verletzen“<sup>5</sup>.

Die Auslegung, die der *EuGH* Art. 35 Abs. 1 EU angeht, lässt (Rz. 53), ist in Anbetracht der ausdrücklichen Nichtnennung gemeinsamer Standpunkte nicht unmittelbar einsichtig. Die Unzuständigkeit der Gemeinschaftsgerichte zur Kontrolle gemeinsamer Standpunkte im Vorabentscheidungs- und Nichtigkeitsverfahren schien nach Wortlaut, Systematik und Telos des Art. 35 EU eindeutig, wurde in der kommentierenden Literatur durchgängig angenommen<sup>6</sup> und auch vom *EuG* in seinen zugrunde liegenden Beschlüssen aus dem Jahr 2004 anerkannt und deutlich angesprochen<sup>7</sup>. Insoweit erinnert das Vorgehen des *EuGH* an die Rechtsprechung zum Europäischen Parlament hinsichtlich des Klagegegenstands und der Klagebefugnis unter Art. 230 EG<sup>8</sup>; freilich streiten im vorliegenden Fall weder Argumente des institutionellen Gleichgewichts noch der Demokratietheorie für das Ergebnis. Umso ernsthafter ist die Kontextanalyse vorzunehmen.

### 3. Kontexte

Das Urteil des *EuGH* ist durch drei wichtige Kontexte beeinflusst. Der erste Kontext ist die Terrorismusbekämpfung, die Umsetzung von Resolutionen des UN-Sicherheitsrates auf diesem Gebiet und die ausführliche erstinstanzliche Rechtsprechung des *EuG* hierzu. Der zweite Kontext ist das Rechtssystem in der Union, die Gewährleistung angemessenen (Grundrechts-)Schutzes und die einheitliche Anwendung des europäischen Rechts. Der dritte Kontext schließlich ist die Kontrolle des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes durch den *EGMR*. Damit ist ein komplexes und spannungsgeladenes Feld betreten, in dem die Unionsrechtsordnung mit dem Recht der Vereinten Nationen einerseits und dem Recht der EMRK andererseits verschraubt werden und dabei zugleich die innere Kohärenz gewahrt werden muss. Die Urteile *Segi* und *Gestoras Pro Amnistia* sind der Kristallisationspunkt dieses Feldes und zugleich der Beginn einer umfassenden Rechtsprechung des

*EuGH* als Rechtsmittelinstanz zu einer langen Reihe von *EuG*-Entscheidungen.

## III. Unionsrecht und UN-Recht

Der erste Kontext ist die Verzahnung der Gemeinschaftsrechtsordnung mit dem Recht der Vereinten Nationen, die v. a. auf dem Gebiet der Bekämpfung des Terrorismus stattfindet<sup>9</sup>. Sie wird dadurch erforderlich, dass der Rat Antiterror-Resolutionen des UN-Sicherheitsrates – insbesondere solche, die dem Einfrieren von Geldmitteln von Personen, die der Zusammenarbeit mit Terroristen verdächtig sind – im Wege von gemeinsamen Standpunkten umsetzt. Häufig, aber nicht immer ziehen diese gemeinsamen Standpunkte weitere Durchsetzungsmaßnahmen in Form von Verordnungen nach sich. Die verdächtigen Personen sind oft namentlich in Listen genannt, die den UN-Sicherheitsratsresolutionen, den gemeinsamen Standpunkten oder den Durchführungsverordnungen als Anlagen beigefügt sind. Die Personen oder Vereinigungen, die sich auf diesen Listen finden, wollen sich gegen ihre Nennung und gegen die damit verbundenen negativen Konsequenzen wehren. Klagen sie vor dem *EuG* (das erstinstanzlich zuständig ist, Art. 225 Abs. 1 EG), stellen sich mehrere schwierige Fragen. Wie verhalten sich UN-Recht und Gemeinschafts- und Unionsrecht zueinander? Ist ersteres vorrangig? Kann das *EuG* Umsetzungsmaßnahmen der Union vollumfänglich prüfen und gegebenenfalls verwerfen mit der Konsequenz, dass die ohnehin prekäre Normativität des Völkerrechts weiter beschädigt würde? Können die Umsetzungsmaßnahmen umgekehrt ungeprüft bleiben angesichts der Tatsache, dass auf UN-Ebene kein adäquater Grundrechtsschutz mit effektivem Verfahren gewährt wird?

### 1. *EuG*-Rechtsprechung – Inhalt

Das *EuG* hat sich in einer Reihe von Entscheidungen dazu entschlossen, dem UN-Recht Vorrang einzuräumen. Dies ist höchst offensiv geschehen: Das *EuG* stellt eine explizite Parallele zum Fall *Internationale Handelsgesellschaft* her<sup>10</sup>. Hieraus folgert es eine Zuständigkeitsbeschränkung, die daran anknüpft, dass die Kontrolle der Umsetzungsmaßnahme implizit eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Sicherheitsratsresolutionen sei. Eine solche Kontrolle am Maßstab des Gemeinschaftsrechts – einschließlich der Gemeinschaftsgrundrechte – scheidet daher aus. Stattdessen führt das *EuG* nur eine Kontrolle am Maßstab des *ius cogens* durch, zu dem auch ein menschenrechtlicher Mindeststandard gehört. Das Argument lautet, *ius cogens* binde auch den Sicherheitsrat; es ist schwach, denn aus dieser materiellrechtlichen Feststellung folgt keine Prüfkompetenz des *EuG*. Ist die Verbindung zum UN-Recht dadurch gelockert, dass die Namenslisten nicht vom Sanktionsausschuss des Sicherheitsrates vorgegeben, sondern von den Gemeinschaftsorganen in eigener Verantwortung aufgestellt werden, leben nach *EuG*-Rechtsprechung die Gemeinschaftsgrundrechte als Kontrollmaßstab wieder auf<sup>11</sup>. All dies gilt jedenfalls dort, wo dem *EuG* überhaupt eine Zuständigkeit zukommt, also etwa bei Durchfüh-

<sup>5</sup> Rs. C-354/04 P – *Gestoras Pro Amnistia*, und Rs. C-355/04 P – *Segi*, noch nicht in aml. Slg., Schlussanträge Generalanwalt Mengozzi v. 26. 10. 2006, Rz. 133.

<sup>6</sup> Statt vieler *Subr* (Fn. 4), Art. 35 EU, Rz. 9, 13; *Wasmeier* (Fn. 5), Art. 35 EU, Rz. 6, 18. m. w. N.

<sup>7</sup> Das *EuG* meinte, „dass die Kläger wahrscheinlich über keinen wirklichen gerichtlichen Rechtsbehelf vor den Gemeinschaftsgerichten oder den nationalen Gerichten gegen die Aufnahme von *Segi* in die Liste von Personen, Vereinigungen oder Körperschaften, die an terroristischen Handlungen beteiligt sind, verfügen“; es sei „wegen der Wahl eines gemeinsamen Standpunkts und nicht, beispielsweise, eines Beschlusses nach Artikel 34 EU unmöglich, die Rechtmäßigkeit der Aufnahme von *Segi* in diesen Anhang insbesondere durch ein Ersuchen um Vorabentscheidung über die Gültigkeit in Frage zu stellen“ (Rs. T-338/02 – *Segi*, Slg. 2004, II-1647, Rz. 38).

<sup>8</sup> Rs. 230/81 – *Luxemburg/Parlament*, Slg. 1983, 255; Rs. 294/83 – *Parti Ecologiste „Les Verts“/Parlament*, Slg. 1986, 1339; Rs. C-70/88 – *Tschernobyl (Parlament/Rat)*, Slg. 1990, I-2041.

<sup>9</sup> Hierzu ausführlich *Haltern* JZ 2007, 537, m. w. N.

<sup>10</sup> Rs. T-315/01 – *Kadi*, Slg. 2005, II-3649, Rz. 224, mit Verweis auf Rs. 11/70 – *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125; dort hatte der *EuGH* den Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht sowie die Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung festgestellt. Vgl. dazu auch *Schmalenbach* JZ 2006, 349.

<sup>11</sup> Rs. T-228/02 – *Volksmudschaheddin des Iran*, Urteil v. 12. 12. 2006, noch nicht in aml. Slg.

rungsverordnungen. Geht es aber um gemeinsame Standpunkte – entweder weil sich die Rechtsverletzung unmittelbar aus dem gemeinsamen Standpunkt und nicht aus einer Durchführungsmaßnahme ergibt oder weil es keine Durchführungsmaßnahme gibt –, kommt es größtenteils zu einer Abweisung wegen Unzuständigkeit, eine inhaltliche Prüfung ist nur beschränkt möglich (vgl. soeben II.2.).

## 2. EuG-Rechtsprechung – Probleme

Diese Rechtsprechung soll größtmögliche Harmonie zwischen dem UN-Recht und dem Gemeinschafts- und Unionsrecht herstellen; dies gelingt aber nicht ohne Brüche. Der wichtigste Bruch ist wohl in der empfindlichen Rechtsschutzlücke zu sehen, die in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich gerissen wird. Anders als die Verzahnung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht oder von Gemeinschaftsrecht und dem Recht der EMRK zeichnet sich die Verzahnung von Gemeinschaftsrecht und UN-Recht dadurch aus, dass in einer der beteiligten Rechtsordnungen – dem UN-Recht – kein vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährleistet und eine Unterordnung daher höchst problematisch ist. In den beiden erstgenannten Fällen konnten die Konflikte zwischen den Rechtsordnungen dadurch entschärft und in ein Gleichgewicht überführt werden, dass eines der beteiligten Kontrollorgane mit dem Hinweis auf den in beiden jeweils beteiligten Ordnungen „im wesentlichen gleichzuachtenden“<sup>12</sup> oder „gleichwertigen“<sup>13</sup> Grundrechtsschutz seine Prüfkompetenz reduzierte (*EGMR in Bosporus*) oder gar ruhen ließ (*BVerfG in Solange II*), freilich ohne die Kontrolle ganz aufzugeben. Die Vergleichbarkeit materiellen Schutzes ermöglichte eine weitgehende Entspannung der Kompetenzkonkurrenz. Genau dies ist aber hier nicht der Fall. Der Sicherheitsrat hat weder ein Gericht eingesetzt noch gerichtsförmige Verfahren eingerichtet. Die Betroffenen haben kein Anhörungsrecht vor dem Sanktionsausschuss oder dem UN-Sicherheitsrat; sie kennen auch die Tatsachengrundlage nicht und können sie daher auch nicht bestreiten, weil die UN-Organe häufig aufgrund vertraulicher Geheimdienstinformationen tätig werden. Ein stark diplomatisch gefärbtes Streichungsverfahren ist kein angemessener Ausgleich hierfür<sup>14</sup>. Damit sind Maßnahmen wie das Einfrieren von Geldern – die auch vom *EuG* als „besonders drastisch“ anerkannt werden und die Personen schädigen, die „für die Situation, die zum Erlass der Sanktion geführt hat, nicht verantwortlich“ und gewissermaßen „unschuldig“ sind<sup>15</sup> – nicht gerichtlich überprüfbar. Selbst wenn das UN-Recht Ermessensspielräume zulässt und Gemeinschaftsgrundrechte wieder aufleben, bleibt die Situation unbefriedigend, da es aus Sicht der Betroffenen vom Zufall abhängig ist, ob eine Entscheidung aus New York oder aus Brüssel den eigenen Namen auf eine Liste hat gelangen lassen; gleichwohl hängt hiervon der Maßstab des Rechtsschutzes ab. Die Beweggründe sind nachvollziehbar, wenn man die mögliche Beschädigung des Sicherheitsrates und der

Normativität bindenden UN-Rechts sowie die Bedeutung des Rechtsguts Sicherheit und Schutz vor Terrorismus bedenkt. Doch ist der Preis, der hierfür zu zahlen ist – die eklatante Rechtsschutzlücke – hoch<sup>16</sup>.

## 3. EuGH: Korrektur

In dieser Situation greift der *EuGH* korrigierend ein. Der Fall ist für eine Korrektur günstig gelagert. Es geht erstens allein um die dritte Säule; obwohl der gemeinsame Standpunkt auch nach Art. 15 EU erlassen wurde, sind die Kläger nur im Hinblick auf Art. 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931, der dem Titel VI zuzurechnen ist, betroffen. Zweitens ergibt sich die Betroffenheit allein aus der Aufnahme in die Liste, nicht aus weiteren Maßnahmen; auch verweist Art. 4 nur auf die unter Titel VI ohnehin gegebenen Möglichkeiten. Drittens verlangen die Kläger Schadensersatz; dieses Begehren ist in der dritten Säule wegen Art. 35 EU leicht abzuwehren. Damit ist der *EuGH* in eine Situation versetzt, die typisch für seine richtungsweisenden Urteile ist: Er kann wichtige dogmatische Neuerungen mit einem konventionellen Ergebnis verknüpfen, das für sich genommen wenig Aufmerksamkeit erregt<sup>17</sup>. Genau dies geschieht: Der *EuGH* hält die Beschlüsse des *EuG* aufrecht und weist die Rechtsmittel zurück. Zugleich aber erklärt er sich (und das *EuG*) zuständig für die Rechtskontrolle gemeinsamer Standpunkte, sobald eine Rechtswirkung für Dritte im Raum steht.

## 4. Fazit: Verkleinerung der Rechtsschutzlücke

Was ist damit im Hinblick auf den Kontext Terrorismusbekämpfung, Grundrechtsschutz und Rechtsschutzlücke gewonnen? Erstens ist der ständig wiederkehrende Einwand, das Recht auf wirksamen Rechtsschutz sei verletzt, weitgehend vom Tisch, da nun ein Angriff auch auf gemeinsame Standpunkte verfahrensrechtlich möglich ist. Zweitens muss sich Luxemburg nicht länger auf die Kontrolle der Verordnungen beschränken, die die gemeinsamen Standpunkte zur Umsetzung der UN-Sicherheitsratsresolutionen durchführen. Der *EuGH* erweitert seinen Kontrollradius damit erheblich und vermag sich nun auch solcher Konstellationen vollinhaltlich anzunehmen, in denen die möglicherweise verletzende Handlung nicht in einer Verordnung, sondern ausschließlich im Erlass des gemeinsamen Standpunkts besteht. Drittens versetzt sich der *EuGH* in die Lage, Angriffe gegen gemeinsame Standpunkte auch eingeschränkt zu behandeln, wenn ihm dies zukünftig klug erscheint. Das Kriterium der „Rechtswirkung gegenüber Dritten“, das die Tür zur gerichtlichen Kontrolle öffnet, bleibt noch unkonturiert und damit für Feinsteuerung offen. Viertens ist im Urteil vom Vorrang des Rechts der Vereinten Nationen, von eigener Zuständigkeitsbegrenzung oder von verminderter Kontrolldichte keine Rede. Damit ist der Weg frei zu einer umfänglichen Prüfung der gemeinsamen Standpunkte am Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte. Zwar hat sich der *EuGH* zum Prüfungsmaßstab noch nicht geäußert, doch sprechen die Erwägungen, die ihn bei der Annahme seiner Prüfzu-

<sup>12</sup> So im Verhältnis Gemeinschaftsgrundrechte/nationale Grundrechte *BVerfGE* 73, 339 (376) – *Solange II*.

<sup>13</sup> So im Verhältnis Gemeinschaftsgrundrechte/EMRK-Rechte *EGMR*, Application No. 45036/98, Urteil v. 30. 6. 2005 – *Bosporus*, dt. NJW 2006, 197, Rz. 155.

<sup>14</sup> Das *EuG* hat das Streichungsverfahren immerhin einer Kontrolle am Maßstab der Gemeinschaftsgrundrechte unterworfen (Rs. T-253/02 – *Ayadi*, Urteil v. 12. 7. 2006, noch nicht in aml. Slg., Rz. 144 ff.; Rs. T-49/04 – *Hassan*, Urteil v. 12. 7. 2006, noch nicht in aml. Slg., Rz. 144 ff.), doch hilft dies kaum weiter; vgl. *Haltern* JZ 2007, 537, 543.

<sup>15</sup> Rs. T-253/02 (Fn. 14), Rz. 121, 123 f.

<sup>16</sup> So hat das *EuG* auch nicht geringe Probleme, die Rechtsschutzlücke, die es selbst mit Unbehagen erkennt, als nicht gegen *ius cogens* verstößend zu rechtfertigen (zusammenfassend Rs. T-253/02 [Fn. 14], Rz. 116, 18. Spiegelstrich).

<sup>17</sup> Ich habe dies in Anlehnung an die Grundentscheidung des *US-Supreme Court* zur gerichtlichen Prüfkompetenz als *Marbury v. Madison*-Strategie bezeichnet, *Haltern*, Europarecht: Dogmatik im Kontext, 2005, S. 345, 374 f.



ständigkeit angeleitet haben, wohl auch dafür, dass er sich in dieser Hinsicht keineswegs so weit zurücknehmen wird wie das *EuG*.

Die Rechtsschutzlücke würde sich damit signifikant verkleinern. Dies bedeutet zugleich, dass die Resolutionen des UN-Sicherheitsrates einer verstärkten dezentralen Kontrolle unterlägen. Befürworter der These, die internationalen Beziehungen seien durch das UN-Recht „konstitutionalisiert“, wären hierüber kaum erfreut. Mittelfristig könnte die dann auftretende Reibung freilich Wärme erzeugen, wenn sich die Vereinten Nationen auf einen eigenständigen, materiell und prozedural angemessenen Schutz der Grundrechte gegen Maßnahmen ihrer eigenen Organe einließen.

#### IV. Rechtsschutzsystem in der dritten Säule

Der zweite Kontext ist das Rechtsschutzsystem in der dritten Säule. Hier sind zwei Problemkomplexe miteinander verknüpft.

*Zum einen* führt Art. 35 EU hier zu erheblichen Problemen, die vom Generalanwalt in den Schlussanträgen deutlich angesprochen werden und den Schwerpunkt seiner Ausführungen darstellen. Er ist sich mit dem *EuG*<sup>18</sup> darin einig, dass Vorabentscheidungen und Nichtigkeitsklagen wegen Art. 35 Abs. 1 EU nicht gegen gemeinsame Standpunkte in Betracht kommen. Zudem überträgt Art. 4 des Gemeinsamen Standpunkts 2001/931 keine neuen Befugnisse, sondern er dringt lediglich auf die Nutzung der ohnehin vorhandenen Befugnisse; damit sind auch Rechtsbehelfe gegen nationale Durchführungsmaßnahmen, die überhaupt zu einer Vorlage führen könnten, kaum denkbar. Schadensersatzklagen sind ohnehin nicht vorgesehen. Das *EuG* hatte hieraus geschlossen, „dass die Kläger wahrscheinlich über keinen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf vor den Gemeinschaftsgerichten oder den nationalen Gerichten ... verfügen“; aus dem Fehlen eines gerichtlichen Rechtsbehelfs ergebe sich aber „in einem Rechtssystem, das auf dem Grundsatz der Einzelermächtigung beruht, wie es sich aus Artikel 5 EU ergibt, kein Recht auf eine echte Gemeinschaftszuständigkeit“<sup>19</sup>. Es bleibt eine Rechtsschutzlücke.

*Zum anderen* ist das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 35 Abs. 1–4 EU zwar an dasjenige des Art. 234 EU angelehnt, unterscheidet sich von jenem aber in zweierlei Hinsicht erheblich. Erstens haben die Mitgliedstaaten ein „opt-in-System“ (Art. 35 Abs. 2 EU) gewählt. Die Zuständigkeit des *EuGH* ist von einer Anerkennung seitens der Mitgliedstaaten in Form einer Erklärung abhängig; bis heute haben 14 Mitgliedstaaten eine solche Erklärung abgegeben. Zweitens zeichnet sich das Verfahren durch ein Alternativsystem hinsichtlich der vorlageberechtigten nationalen Gerichte aus (Art. 35 Abs. 3 EU). Diejenigen Mitgliedstaaten, die die Zuständigkeit des *EuGH* nach Abs. 2 anerkannt haben, können wählen, ob nur die letztinstanzlich entscheidenden Gerichte (lit. a) oder alle Gerichte (lit. b) eine Vorlageberechtigung besitzen. Eine Vorlagepflicht existiert in keinem Fall (sie kann lediglich nach nationalem Recht vorgesehen werden<sup>20</sup>). Dieses System führt zu erheblichen Problemen bei der Gewähr der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts.

#### 1. Generalanwalt: Nationale Gerichte

Generalanwalt *Mengozi* will – anders als das *EuG* – die Rechtsschutzlücke vermeiden. In lebhaften Farben malt er die Konsequenzen an die Wand, die sich aus der Feststellung fehlenden gerichtlichen Rechtsschutzes ergäben. Die Achtung der Menschenrechte weise eine interne Dimension als „Grundwert der Union“ und eine externe Dimension als „Mittel der Überzeugung, des Anreizes und der Verhandlung“ auf, welche über die Unionsgrenzen hinaus zu exportieren sei. Das Fehlen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes führe also einerseits nach innen zu einem „schwerwiegenden und offensichtlichen Systemwiderspruch“ und andererseits nach außen erstens zu einer Verletzung der EMRK, zweitens dazu, dass das Bild der EU auf internationaler Ebene beschädigt werde, und drittens dazu, dass die Union in internationalen Übereinkommen die Einhaltung von Menschenrechten vom Vertragspartner im Wege sog. Vorbehaltsklauseln kaum seriös einfordern könne<sup>21</sup>.

Der Generalanwalt argumentiert daher, dass wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz besteht. Die Lösung sieht er nicht in Luxemburg, sondern in den Händen der nationalen Gerichte. Da er bereits vorgetragen hat, dass Rechtsschutz vor nationalen Gerichten gegen nationale Durchführungsmaßnahmen das Problem kaum lösen werden kann, bleibt nur Rechtsschutz vor nationalen Gerichten gegen Maßnahmen der Union. Dies scheint auf den ersten Blick eine völlig inakzeptable Option zu sein. Immerhin hatte sich der *EuGH* in jahrzehntelangen Dialogen (und mitunter Scharmützel) mit den nationalen Gerichten eine Stellung erkämpft, die ihm die exklusive Rechtskontrolle von Gemeinschaftsrechtsmaßnahmen garantiere. Fundament dieser Stellung ist das Urteil *Foto-Frost*<sup>22</sup>, dessen Verfassungsdimension in der Abwehr von Urteilen wie *Solange I* oder *Maastricht* liegt und das der *EuGH* auch heute noch – z. T. gegen seine Generalanwälte – verteidigt<sup>23</sup>.

Der Generalanwalt vertritt die Auffassung, dass der EU-Vertrag keine Bestimmung mit dem Inhalt von *Foto-Frost* enthalte; im Gegenteil sei die Tätigkeit des Gemeinschaftsrichters durch Art. 46 EU begrenzt. Daher sei das Prinzip der Einzelermächtigung, das auch für die Rechtsprechung gelte, ernst zu nehmen; nicht die Unionsorgane, sondern die nationalen Organe, also die nationalen Gerichte, seien zuständig zur rechtlichen Kontrolle von Unionsakten<sup>24</sup>. Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, der auch in der dritten Säule gilt, verstärke diese Argumentation<sup>25</sup>. Was aber wird in der dritten Säule aus der einheitlichen Anwendung des europäischen Rechts, also der *Foto-Frost* zugrunde liegenden Ratio? Der Generalanwalt hält diese in der dritten Säule für ohnehin fehlgeleitet. Zum einen haben die Mitgliedstaaten in Titel VI mit Art. 35 EU kein vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren geschaffen (womit der Generalanwalt das im Gemeinschaftsrecht ständig wiederkehrende Argument des *EuGH* zum „vollständigen System“ des Rechtsschutzes beseitigen will). Zum anderen ist eine einheitliche Anwendung des Unionsrechts wegen Art. 35 EU von vornherein nicht gewährleistet. Es handelt sich um eine „A-la-carte-Regelung“<sup>26</sup>, nach der manche Gerichte vorlegen können, andere nicht, und kein einziges Ge-

18 Rs. T-338/02 u. Rs. T-333/02 (Fn. 2), Rz. 38.

19 Ebd.

20 Vgl. Erklärung der Regierungskonferenz zum Amsterdamer Vertrag Nr. 10 zu Art. K.7 des Vertrages über die Europäische Union.

21 Schlussanträge Generalanwalt *Mengozi* (Fn. 5), Rz. 72 ff.

22 Rs. 314/85 – *Foto-Frost*, Slg. 1987, 4199.

23 Rs. C-461/03 – *Gaston Schul*, Slg. 2005, I-10513 entgegen Schlussanträge Generalanwalt *Colomer* v. 30. 6. 2005.

24 Schlussanträge Generalanwalt *Mengozi* (Fn. 5), Rz. 104.

25 Ebd., Rz. 105 ff.

26 Ebd., Rz. 127.

richt europarechtlich zur Vorlage verpflichtet ist. Dies birgt die Gefahr der Uneinheitlichkeit, die aber von Titel VI so vorgesehen ist. Unter diesen Umständen sei es ausgeschlossen, dem *EuGH* eine ausschließliche Kompetenz zur Feststellung der Ungültigkeit eines Aktes des Rates gem. Art. 34 EU zuzugestehen. Den nationalen Gerichten komme mehr Freiraum zu; dazu gehöre auch, das Unionsrecht (einschließlich der gemeinsamen Standpunkte<sup>27</sup>) auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls für ungültig zu erklären. Der Maßstab für die Kontrolle sei nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit zu bestimmen; es gehe also um die Grundsätze des Unionsrechts und hier in erster Linie um die Gemeinschaftsgrundrechte gem. Art. 6 Abs. 2 EU und die in der EMRK garantierten sowie in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten festgeschriebenen Rechte. Eine Prüfung ausschließlich anhand der eigenen Verfassung lehnt der Generalanwalt ab. Die nationalen Gerichte müssen also in dieser Konzeption die Aufgabe und Methode des *EuGH* übernehmen. Können sie dies? Aber ja, meint der Generalanwalt: Eine solche Prüfung „werde sicherlich für das nationale Gericht einige Schwierigkeiten mit sich bringen und es in die Herausarbeitung der von der Union anerkannten Grundrechte verwickeln, die bis heute im Wesentlichen vom Gemeinschaftsrichter bewältigt wurde. Diese Schwierigkeiten dürfen indessen meines Erachtens nicht überbewertet werden“<sup>28</sup>, denn die nationalen Gerichte könnten sich ja an der Rechtsprechung des *EuGH*, an der Grundrechtecharta, an der EMRK und der Rechtsprechung des *EGMR* orientieren. Abschließend trägt der Generalanwalt vor, dass eine solche Anerkennung der Kompetenz nationaler Gerichte zeigen würde, „wie grundlos der bisweilen geäußerte Verdacht ist, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Beachtung der Grundrechte als allgemeiner Grundsätze des Gemeinschaftsrechts nicht so sehr von einer echten Sorge um den Schutz dieser Rechte geprägt sei, vielmehr zur Verteidigung des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und des Gemeinschaftsrichters gegenüber dem Recht und den Organen der Mitgliedstaaten eingesetzt werde“<sup>29</sup>.

## 2. EuGH: Gemeinschaftsgerichte

Der *EuGH* folgt seinem Generalanwalt nicht. Er stimmt allein der Feststellung zu, dass das *EuG* Unrecht mit der Aussage habe, es gebe keinen wirksamen Rechtsbehelf. Doch statt den nationalen Gerichten die Kompetenz zur Prüfung der Rechtmäßigkeit von Unionsrecht und gegebenenfalls zur Invalidierung zuzuerkennen, eröffnet der *EuGH* sich selbst die Kompetenz zur Kontrolle von gemeinsamen Standpunkten. Es ist nicht gänzlich überraschend, dass er sich dem Ansinnen des Generalanwalts verschließt. *Foto-Frost* ist der Grund, auf dem der *EuGH* steht, wenn er die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und seine eigene Position als letztentscheidendes Gericht gegenüber den Zugriffen nationaler Gerichte verteidigt. Es liegt auf der Hand, dass der *EuGH* dieses Terrain nicht freiwillig aufgibt. Insbesondere die nationalen Höchstgerichte sind nach wie vor – und z. T. in verstärktem Maße – problematische Partner in der gerichtlichen Kooperation, so dass der *EuGH* ihnen gegenüber den Druck zur Kooperation erhöht hat<sup>30</sup>. In dieser Si-

tuation *Foto-Frost* aufzugeben wäre kontraproduktiv; so verweigerte er sich schon Ende 2005 im Urteil *Gaston Schul* einem in diese Richtung zielenden Ansinnen des Generalanwalts *Colomer*<sup>31</sup>. Nun wiederholt er seine Verweigerung in der dritten Säule mit größerer Emphase. Diese Emphase zeigt sich erstens darin, dass faktisch die einheitliche Anwendung des Unionsrechts durch den *EuGH* nicht in gleichem Maße zu garantieren ist wie im Gemeinschaftsrecht. Der Generalanwalt hat sehr gute Argumente auf seiner Seite, wenn er aus der „A-la-carte-Regelung“ des Art. 35 EU die Konsequenz zieht, dass die nationalen Gerichte, nicht die Gemeinschaftsgerichte die entscheidenden Spruchkörper sind. Gleichwohl beharrt der *EuGH* auf seiner Rolle auch in der dritten Säule – obwohl sein Hebel dort wegen Art. 35 EU viel schlechter anzusetzen ist. Die Emphase des *EuGH* zeigt sich zweitens darin, dass er – im Gegensatz zu *Gaston Schul*, wo er lediglich auf dem status quo zu beharren brauchte – nun eine gewagte Dogmatik zur Überprüfbarkeit von gemeinsamen Standpunkten einführt. Sowohl auf der input-Seite (im Gemeinschaftsrecht ist die Einheitlichkeit von der normativen Ausgangslage her herstellbar, in der dritten Säule nicht) als auch auf der output-Seite (im Gemeinschaftsrecht reicht der status quo, in der dritten Säule bedarf es einer kontraintuitiven Dogmatik) lehnt sich der *EuGH* hier weit aus dem Fenster.

## 3. Motiv: Schutz des Gemeinschaftsrechts

Einer der wichtigsten Gründe hierfür dürfte darin liegen, dass der *EuGH* nicht die Büchse der Pandora öffnen will. Vergegenwärtigt man sich die Argumentation des Generalanwalts, sieht man schnell die Sprengkraft seines Konzepts, das hoch problematischen *spill-over* auf das Gemeinschaftsrecht zeitigen könnte. Nationale Gerichte können nach Auffassung des Generalanwalts in die Rolle des *EuGH* eintreten. Dies widerspricht dem an vielen Stellen offensiv vorgetragenen Grundansatz des *EuGH*, wonach ausschließlich er, der *EuGH*, in der Lage ist, bestimmte Überlegungen und Figuren (wie etwa das Verhältnismäßigkeitsprinzip) auf den gesamten Raum der Gemeinschaft zu projizieren<sup>32</sup>. Dieser Anspruch auf privilegierte Erkenntnis dient regelmäßig der Absicherung institutioneller Autorität. Mit seiner Hilfe ist es dem *EuGH* gelungen, sich selbst als letztentscheidendes Organ bei der Überprüfung von Gemeinschaftsrecht einzusetzen (*Foto-Frost*) und sich im Übrigen im Zentrum der Rechtsprechung mit Gemeinschaftsrechtsbezug zu etablieren. Diese institutionelle Autorität ist schwer und in kleinen Schritten erstritten worden. Im Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EG sind nämlich die Fachgerichte zur Vorlage nur berechtigt, nicht verpflichtet; die letztinstanzlichen Gerichte sind zwar zur Vorlage verpflichtet, doch gibt es keine effektive Möglichkeit, diese Pflicht auch durchzusetzen. Der *EuGH* ist daher auf die freiwillige Kooperationsbereitschaft der nationalen Gerichte angewiesen gewesen, um das Vorabentscheidungsverfahren, das in seiner Wichtigkeit für die Rule of Law in der Gemeinschaft nicht überschätzt werden kann, funktionsfähig zu gestalten. Die nationalen Gerichte – mit Ausnahme einiger Höchstgerichte – haben sich von den Vorteilen der freiwilligen Kooperation überzeugen lassen und dazu beigetragen, das Gemeinschaftsrecht verhandlungssicher werden und ihm eine staatsähnliche Normativität zukommen zu lassen; der *EuGH* hat dies da-

<sup>27</sup> Ebd., Rz. 133.

<sup>28</sup> Ebd., Rz. 139.

<sup>29</sup> Ebd., Rz. 180 (Hervorh. i. O.).

<sup>30</sup> Rs. C-224/01 – *Köbler*, Slg. 2003, I-10239 = JZ 2004, 295 m. Anm. Th. v. Danwitz; Rs. C-129/00 – *Kommission/Italienische Republik*, Slg. 2003, I-14637; Rs. C-173/03 – *Tragbetti*, Slg. 2006, I-5177; vgl. Haltern *VerwArch* 96 (2005), 311.

<sup>31</sup> Rs. C-461/03 – *Gaston Schul*, Slg. 2005, I-10513.

<sup>32</sup> Vgl. statt vieler die Grundrechtsrechtsprechung; klassisch Rs. 44/79 – *Hauer*, Slg. 1979, 3727, Rz. 24 ff.

durch verstärkt, dass er sich etwa durch sein Präjudizverfahren hierarchisch überordnete, ohne dadurch die Vorteile für die nationalen Gerichte zu schmälern. Dem *EuGH* gelingt es durch seine institutionelle Autorität, einheitliche Geltung, Vorrang und Effektivität des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen<sup>33</sup>. Die Argumentation des Generalanwalts unterminiert diese in langer Kärnerarbeit gewonnene Stellung und Autorität: Wenn der *EuGH* nichts tut, was nicht auch nationale Gerichte tun könnten, brechen sein Anspruch auf privilegierte Erkenntnis und seine institutionelle Autorität weg. Warum sollten die nationalen Gerichte dann nicht auch im Gemeinschaftsrecht (statt nur in der dritten Säule) zur Selbsthilfe schreiten?

#### 4. Fazit: Annäherung der dritten an die erste Säule

Indem der *EuGH* die Argumente des Generalanwalts zu den Konsequenzen der „A-la-carte-Regelung“ des Art. 35 EU ignoriert und so judiziert, als sei die normative und faktische Matrix derjenigen des Gemeinschaftsrechts ähnlich, führt er seine bekannte Rechtsprechung zur dritten Säule weiter. In *Pupino* hat er dem völkerrechtlichen Verständnis der dritten Säule eine Absage erteilt und durch die Annahme einer Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung des nationalen Rechts die Nähe zum Gemeinschaftsrecht betont<sup>34</sup>. Ähnliches geschieht hier: Der *EuGH* betont mit seiner extensiven Auslegung von Art. 35 EU (Rz. 53) nicht nur die Nähe des gemeinsamen Standpunkts zum Rahmenbeschluss und zum Beschluss, welche – verstärkt nach *Pupino* – ihrerseits eine Nähebeziehung zum Gemeinschaftsrecht besitzen, sondern schiebt auch die Unterschiede seiner Eingriffsmöglichkeiten im Gemeinschaftsrecht einerseits und in Titel VI EU andererseits beiseite. Zudem zitiert er für die dritte Säule den Wortlaut von Art. 220 EG (die Vorabentscheidung durch den *EuGH* diene der „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrags“, Rz. 53) und ebnet so rhetorisch wie konzeptionell die Unterschiede ein.

### V. Unionsrecht und EMRK-Recht

Der dritte Kontext schließlich ist das Verhältnis des Gemeinschafts- und Unionsrechts zum Recht der EMRK sowie das Verhältnis des *EuGH* zum *EGMR*.

#### 1. EGMR-Rechtsprechung gemeinschaftsfreundlich

Die Große Kammer des *EGMR* hat Mitte 2005 die Verzahnung von Union und EMRK neu justiert, indem sie eine im Wesentlichen gemeinschaftsfreundliche Rechtsprechung installierte. Staatlichem Handeln in Erfüllung gemeinschafts- und unionsrechtlicher Pflichten komme eine widerlegbare Vermutung der Rechtmäßigkeit zu, solange die Grundrechte geschützt seien – und zwar sowohl durch materielle Regeln als auch durch ein Verfahren zur Kontrolle ihrer Einhaltung. Dies müsse in einer Art geschehen, „die wenigstens als gleichwertig zu dem von der Konvention gewährten Schutz anzusehen ist“, wobei „gleichwertig“ nicht „identisch“ meine. Diese Vermutung ist aber widerlegbar, „wenn in einem bestimmten Fall anzunehmen ist, dass der Schutz von Konventionsrechten offensichtlich unzureichend ist“<sup>35</sup>. Sowohl

die Maßstäbe als auch die Anwesenheit dieser Maßstäbe in *Bosphorus* sind gemeinschaftsfreundlich. Endlich scheint das Verhältnis von EU/EG und EMRK vernünftig und kooperativ geordnet.

#### 2. EGMR-Rechtsprechung instabil

Allerdings deuten die Sondervoten darauf hin, dass die Gemeinschaftsfreundlichkeit weder unumstritten war noch überbewertet werden darf. Die vorgetragenen Argumente zeigen, dass es ernste Diskussionen in der Großen Kammer über die Bonität des von der Gemeinschaft gewährleisteten Grundrechtsschutzes – zu dem auch die Möglichkeit des Rechtsschutzes überhaupt gehört – gab und die neue gemeinschaftsfreundlichere Linie jedenfalls nicht einhellig vertreten wird. Hinzu kommt, dass etwa im Sondervotum des *EGMR*-Richters *Ress* ausdrücklich just auf die *EuG*-Entscheidungen in den Fällen *Segi* und *Gestoras Pro Amnistia* als Beispiele für eine offensichtlich mangelhafte Grundrechtskontrolle hingewiesen wird; die mangelnde Kompetenz des *EuG* sei ursächlich für einen offensichtlichen schweren Mangel im Grundrechtsschutz.

Zudem ist auch die das Urteil tragende Mehrheit der Richter keineswegs euphorisch. Der *EGMR* hat sich die Möglichkeit vorbehalten, die Schraube wieder enger anzuziehen. Er vermeidet mit seiner Lösung eine Abweisung wegen Unzulässigkeit und kann so jederzeit seine Prüfungsichte vergrößern. Dies gilt nicht nur für die immer gegebene Möglichkeit, in eine vertiefte Einzelfallprüfung einzutreten, die Entscheidungen des *EuGH* für unzureichend zu erklären und die Vermutung der Rechtmäßigkeit zu widerlegen. Auch die „Offensichtlichkeit“ eines Schutzniveaufizits ist flexibel handhabbar. Es ist durchaus vorstellbar, dass der *EGMR* hier die Latte tiefer legen könnte. Bemerkenswert ist außerdem, dass der *EGMR* es sich nicht hat nehmen lassen, seine Rechtsprechung in den Fällen *Cantoni* und *Matthews* – die weit weniger gemeinschaftsfreundlich war – zu bekräftigen und die Unterschiede zu *Bosphorus* hervorzuheben<sup>36</sup>.

#### 3. Fazit: Stabilisierung

Der *EuGH* musste bei seinen Urteilen die Blicke des *EGMR* im Rücken spüren; immerhin handelte es sich um die Rechtsmittel zu den Entscheidungen, die im Sondervotum explizit genannt waren und die am Beginn einer Rechtsprechungskette des *EuG* stehen, die eine empfindliche Rechtsschutzlücke reißt. Dass sich der *EuGH* dem *EGMR* stark angenähert hat, haben mehrere *EuGH*-Entscheidungen in letzter Zeit gezeigt<sup>37</sup>. Mit der Aussicht des Verfassungsvertrages, mit dem *EGMR* bald in institutionalisierter Form eng zusammenarbeiten und sich ihm möglicherweise unterwerfen zu müssen, hat der *EuGH* sich bemüht, ein freundliches und kooperatives Klima zu schaffen. Auch die Kommission zeigte sich EMRK-freundlich<sup>38</sup>. Der *EGMR* hat dies in *Bosphorus* honoriert, musste dabei aber offenkundig über seinen Schatten springen. Die subtilen *caveats* des *EGMR* in diesem

<sup>33</sup> Ausf. Haltern (Fn. 17), S. 157 ff., 187 ff.

<sup>34</sup> Rs. C-105/03 – *Pupino*, Slg. 2005, I-5285 = JZ 2005, 838 m. Anm. Hillgruber.

<sup>35</sup> Application No. 45036/98 (Fn. 13), Rz. 155 ff.

<sup>36</sup> Ebd., Rz. 157 mit Verweisen auf Application No. 17862/91, Urteil v. 15. 11. 1996 – *Cantoni*, dt.: EuGRZ 1999, 193, und Application No. 24833/94, Urteil v. 18. 2. 1999 – *Matthews*, dt.: NJW 1999, 3107.

<sup>37</sup> Etwa verb. Rs. C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P bis C-252/99 P und C-254/99 P, *Limburgse Vinyl u. a.*, Slg. 2002, I-8375, Rz. 274; Rs. C-94/00 – *Roquette Frères*, Slg. 2002, I-9011, Rz. 29; Rs. C-540/93 – *Parlament/Rat (Familienzusammenführung)*, Slg. 2006, I-5769, Rz. 54 ff.

<sup>38</sup> Application No. 56672/00, Entscheidung v. 10. 3. 2005 – *Senator Lines*, dt. NJW 2004, 2617.



Urteil sowie die Sondervoten, die Unsicherheit über die Stabilität dieser Rechtsprechung aufkommen lassen, erzeugen erheblichen Druck auf den *EuGH*, im Hinblick auf die verfahrensrechtlichen Probleme zur Tat zu schreiten. Da die Probleme (zumindest auch) aus der mangelnden Kompetenz zur Kontrolle gemeinsamer Standpunkte resultieren, spricht sich der *EuGH* diese Kompetenz nun selbst zu. Straßburg wird dies mit Interesse und Befriedigung zur Kenntnis genommen haben; *Bosphorus* steht nun auf sichereren Füßen als zuvor.

## VI. Ergebnis

Im Schnittpunkt dieser drei Kontexte entscheidet der *EuGH* sich dafür, Art. 35 EU mit Hilfe des Drittwirkungsarguments erweiternd auszulegen und Rechtsschutz gegen gemeinsame Standpunkte vor dem Gemeinschaftsrichter zu eröffnen. Hierfür sprechen gute Argumente, insbesondere die weitere, vom Verfassungsvertrag ohnehin vorgesehene konsequente Annäherung der dritten an die erste Säule unter Vermeidung eines heiklen *spill-overs* von Problemen der dritten in die erste Säule, die Verkleinerung einer eklatanten Rechtsschutzlücke in einem besonders grundrechtssensiblen Bereich und die Sicherung der gemeinschaftsfreundlichen Rechtsprechung des *EGMR*. Dies sind schwerwiegende Gründe, die es gestatten, dem *EuGH* trotz seiner nicht unmittelbar einleuchtenden Auslegung von Art. 35 EU zu folgen. Als Ver-

lierer zeichnen sich der Sicherheitsrat und mit ihm das Recht der Vereinten Nationen ab. Zwar hat der *EuGH* die UN-Rechtsfreundlichen Maßstäbe des *EuG* noch nicht korrigiert, doch ist eine strengere Linie zu erwarten; *Segi* und *Gestoras Pro Amnistía* sind der erste Schritt. Dies bedeutet, dass andere (auch nicht-europäische) Gerichte auf diesem Weg folgen und bindende Sicherheitsratsresolutionen dezentral kontrollieren und außer Kraft setzen könnten. Man darf dies nicht auf die leichte Schulter nehmen, denn Sicherheit und Schutz vor Terrorismus sollten uns gleichfalls viel bedeuten. Jedoch – und dies ist ein distinkt europäisches Sentiment – hält der *EuGH* offenkundig Rechtsstaatlichkeit, Grundrechtsschutz und Sicherheit für miteinander vereinbar. Die „Rechtsgemeinschaft“, auf die wir Europäer stolz sind und die auch der *EuGH* stetig anführt, ist Teil der europäischen kollektiven Identität. Sie ist prozessförmig arrangiert und am Recht ausgerichtet; der tiefere Grund von Vergemeinschaftung ist zumindest auch die Betätigung und Bewahrung von Rechten. Dies unterscheidet die Rechtsgemeinschaft von Gemeinschaften, die nach dem 11. September den Topos Sicherheit vor dem des Rechtsschutzes privilegieren. Der *EuGH* versichert uns mit seinen Entscheidungen dieser rechtsgemeinschaftlichen Identität. Umso ironischer ist es, dass dies um den Preis des zu erwartenden Vorwurfs geschieht, er sei selbst ein Rechtsbrecher, der seine eigenen judikativen Kompetenzen unter Missachtung von Art. 35 EU anreichert.

## Glückwunsch

### Günther Jakobs zum 70. Geburtstag

Am 26. Juli 2007 beging *Günther Jakobs* seinen 70. Geburtstag. In Rheydt im Rheinland geboren, begann *Jakobs* seinen akademischen Werdegang bei *Hans Welzel* in Bonn, wo er 1967 mit der Arbeit „Die Konkurrenz von Tötungsdelikten und Körperverletzungsdelikten“ promovierte und sich vier Jahre später mit den „Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt“ habilitierte. Nach einer kurzen Zwischenstation in Bochum wurde *Jakobs* 1972 nach Kiel berufen, wo „Schuld und Prävention“ entstand. Von 1976 bis 1986 lehrte er in Regensburg. Hier schuf er sein großes Lehrbuch des Allgemeinen Teils. 1986 kehrte *Jakobs* nach Bonn zurück, auf den Lehrstuhl *Hälschners, Graf zu Dohnas, Welzels* und *Armin Kaufmanns*. „Norm, Person, Gesellschaft“, von *Jakobs* in der ihm eigenen Bescheidenheit als „Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie“ titulierte, war die Frucht der Bonner Jahre. 1991 wurde *Jakobs* in die Nordrhein-Westfälische und 1997 in die Bayerische Akademie der Wissenschaften berufen. Seit 1998 gehört er dem Herausgeberkreis der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft an. Sein starker Einfluss auf die ausländische, zumal die spanische und lateinamerikanische Strafrechtswissenschaft schlug sich in mehreren Ehrendoktoraten sowie zahlreichen Honorarprofessuren nieder.

Im Mittelpunkt von *Jakobs'* wissenschaftlichem Werk stehen, wie es der Untertitel seines Lehrbuchs zum Ausdruck bringt, die Grundlagen des Strafrechts und die straf-

rechtliche Zurechnungslehre. Worin besteht die Aufgabe des staatlichen Strafens und welche Konsequenzen ergeben sich daraus für die Dogmatik des Strafrechts? Um diese Frage kreist *Jakobs'* Denken. Aus ihr folgt die funktionalistische und normativistische Ausrichtung, welche seiner Lehre ihr spezifisches Gepräge gibt. Deren Grundgedanke ist denkbar einfach. Funktionalismus im *Jakobsschen* Sinne bedeutet, der Einsicht Rechnung zu tragen, dass, wer einen bestimmten Zweck erreichen will, gut daran tut, die ihm zur Verfügung stehenden Instrumente möglichst zweckdienlich zuzurichten. Die Kehrseite von *Jakobs'* Funktionalismus bildet sein gegen den Ontologismus finalistischer Prägung gerichteter Normativismus: Ohne Blick auf die Aufgabe des Strafrechts lässt sich über dessen Grundbegriffe schlechthin nichts sagen – so hat *Jakobs* selbst sein Normativierungsanliegen auf den Punkt gebracht. Die Autonomie der strafrechtlichen Begriffsbildung bedeutet freilich nicht deren Autarkie. *Jakobs* ist kein Neukantianer. Nicht weniger energisch als der frühe *Welzel* betont auch *Jakobs*, dass die Begriffsbildungen des Gesetzes, des Richters und des Wissenschaftlers eine gestaltete, sinnerfüllte reale Welt vorfinden. Die Regeln der objektiven Zurechnung etwa denkt man sich nicht einfach aus, man destilliert sie gleichsam aus der vorgefundenen gesellschaftlichen Praxis heraus.

Nicht selten wird *Jakobs'* Thematisierung des Strafrechts als Medium der gesellschaftlichen Selbsterhaltung als freiheitsfeindlich gerügt. Dabei wird indessen verkannt, dass *Jakobs'* Funktionalismus gerade keine normativen Ansprüche erhebt. Ihm geht es, wie *Jakobs* in seinem Vortrag auf der Rostocker Strafrechtslehrertagung ausführte, allein um eine