

Besprechungen

WILLIAM A. SCHABAS: *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 1308 S.

Kommentare gelten nicht ganz zu Unrecht als eine typisch deutsche juristische Literaturgattung. Dessen ungeachtet hat Oxford University Press, einer der renommiertesten englischsprachigen Verlage, dieses Format für sich entdeckt. Dabei dürfte es kein Zufall sein, dass viele Produkte jener „grauen Reihe“ deutsche Herausgeber haben, man denke nur an die Kommentare zur UN-Charta oder zum IGH-Statut. Mit dem von William *Schabas* verantworteten Kommentar zur EMRK liegt nun ein Werk vor, das ausschließlich von einem Autoren des anglo-amerikanischen Rechtskreises verantwortet wird – wie noch zu zeigen sein wird, durchaus mit Auswirkungen in der Sache. *Schabas* selbst ist von seiner Nationalität her Kanadier, lehrt aber an der Middlesex University London und ist bislang vor allem in den Bereichen Völkerstrafrecht und Todesstrafe prominent in Erscheinung getreten. Dass er sich als Alleinautor eine Kommentierung der EMRK zugemutet hat, nötigt schon für sich genommen Respekt ab, ist doch die Rechtsprechung des EGMR mittlerweile derart umfangreich und zugleich ausdifferenziert, dass es einer wahrhaft herkulischen Aufgabe gleichkommt, den Stand der Rechtsprechung zu dokumentieren. Die Verzögerungen in der Fertigstellung des Kommentars, von denen *Schabas* im Vorwort schreibt, können daher nicht verwundern.

Der Kommentar hat einen Umfang von über 1200 Seiten, hinzu kommen noch die im angloamerikanischen Raum üblichen Tables of Cases und Legislation, die weitere 100 Seiten umfassen. Die Kommentierung berücksichtigt neben dem derzeitigen Rechtszustand auch die noch nicht in Kraft getretenen Protokolle Nr. 15 und 16. Im Fall des Protokolls Nr. 15, bei dem es sich um ein Änderungsprotokoll handelt, führt das dazu, dass die zu ändernden Teile der EMRK durch graue Unterlegung kenntlich gemacht werden (z.B. der neue Absatz in der Präambel zur EMRK).

Das Werk beginnt mit einer lesenswerten Einleitung, die den historischen Entstehungsprozess der EMRK ebenso kenntnisreich wiedergibt wie die Verabschiedung der späteren (Zusatz-)Protokolle. Der Abschnitt über „unfinished business“, also über Reformvorschläge, die nicht verwirklicht wurden, hält manch neue Information selbst für den bereit, der sich schon seit längerem mit der EMRK befasst. Die Darstellung der verfahrensrechtlichen Änderungsprotokolle erfolgt kompakt, aber prägnant.

Für den Umgang mit der EMRK zentral sind die Ausführungen zur Auslegung („Interpretation of the Convention“). Auch dieser Teil liest sich interessant, allerdings sind hier nach Auffassung des Rezensenten schon eher einige Fragezeichen angebracht. *Schabas* beginnt zunächst – völlig berechtigt – mit den Bestimmungen der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31–33 WVK). Der EGMR selbst nimmt bekanntlich immer wieder hierauf Bezug, auch wenn die EMRK vor der WVK entstanden ist, doch gibt die WVK insofern lediglich präexistentes Völkergewohnheitsrecht wieder. Problematisch ist aus Sicht des Rezensenten, wenn *Schabas* Verweise des EGMR auf „general international law“ und auf ius cogens so dar-

stellt, als handele es sich dabei um eigenständige Kategorien von Völkerrechtsquellen. Das erscheint als ein allzu striktes Abstellen auf den Wortlaut der Judikate, die hier doch wohl nichts anderes kennzeichnen wollen als Völkergewohnheitsrecht.

Nicht vollständig zu überzeugen vermag aus Sicht des Rezensenten auch der Abschnitt über die dynamische Auslegung. Nicht thematisiert wird der „European consensus“, durch den der Gerichtshof heutzutage die dynamische Auslegung zu legitimieren sucht. Man mag einwenden, dass dieses Schlagwort (erst) im Zusammenhang mit der margin of appreciation Bedeutung gewinnt. Das trifft durchaus zu, doch sucht man es auch in diesem Abschnitt (fast) vergebens. Jedenfalls fehlen vertiefte Ausführungen zu einem Phänomen, das die heutige Rechtsprechung des EGMR dominiert und auch in der Literatur (nicht nur der deutschsprachigen!) einen starken Widerhall gefunden hat. Hinzu kommt, dass die Margin of appreciation-Doktrin nicht in dem Einführungsteil, sondern bei der Präambel kommentiert wird. Das ist vor dem Hintergrund des Protokolls Nr. 15 verständlich, reißt aber an sich Zusammengehörendes auseinander.

Die Kommentierung der materiell-rechtlichen Vorschriften ist nach einem einheitlichen Schema aufgebaut. Nach den „Introductory Comments“ folgt ein Abschnitt zum „Drafting of the provision“, hieran schließt sich die eigentliche Kommentierung („Analysis and interpretation“) an. Die eingehende Darstellung der Entstehungsgeschichte – zumal an so prominenter Stelle zu Beginn der jeweiligen Kommentierung – ist unter Auslegungsgesichtspunkten eher überraschend, zählen doch die travaux préparatoires im Völkerrecht zu den subsidiären Auslegungsmitteln (Art. 32 WVK). Zudem sieht sich der EGMR gerade nicht der historischen Perspektive verpflichtet, sondern legt die EMRK im Lichte der „present day conditions“ dynamisch aus. Wenngleich also dieser Aufbau gewissen Bedenken begegnet, so liefert doch der gesonderte Abschnitt zur Entstehungsgeschichte der einzelnen Vorschrift durchaus interessante und wertvolle Informationen.

Nach der eigentlichen Kommentierung folgen wiederum standardmäßig zwei weitere Abschnitte: einer zur „Discrimination“ und ein weiterer zu „Reservations“. Der Abschnitt zur Diskriminierung erklärt sich aus der akzessorischen Natur des Art. 14 EMRK, der stets nur in Verbindung mit einem anderen einschlägigen Konventionsrecht geltend gemacht werden kann. Die Entscheidung, die Art. 14-Kommentierung an das jeweilige Sachrecht anzuliedern und nicht gesondert bei Art. 14 EMRK selbst nachzuliefern, erscheint einerseits durchaus sinnvoll. Die Beschwerdeführer in Straßburg rügen häufig neben dem eigentlichen Sachrecht zugleich eine unzulässige Diskriminierung. Auch liegt ein enger inhaltlicher Bezug zum jeweils einschlägigen Sachrecht vor. Andererseits birgt die systematische Erfassung des Diskriminierungsaspekts die Gefahr einer gewissen Fehlgewichtung. So umfasst beispielsweise die Kommentierung zu Art. 13 EMRK zwei Druckseiten, während die Kommentierung zu Art. 14 i.V.m. Art. 13 EMRK nahezu denselben Umfang aufweist. Die Diskriminierung erscheint hier im Verhältnis zur eigentlichen Kommentierung überbewertet. Die systematische Erfassung der zu einzelnen Artikeln erklärten Vorbehalte erscheint interessant, auch wenn den Vorbehalten in der Praxis des EGMR eine relativ geringe Bedeutung zukommt.

Betrachtet man die eigentlichen sachrechtlichen Kommentierungen, so fällt zweierlei auf: *Schabas* arbeitet sehr viel mit wörtlichen Zitaten. Damit korrespondiert, dass der Fußnotenapparat nahezu ausschließlich aus Rechtsprechungsnachweisen besteht. Diese Vorgehensweise schlägt sich auch im Duktus der Kommentierung nieder: *Schabas* versteht sich offenbar eher als ein „Dokumentator“ denn als ein Kommentator der EGMR-Rechtsprechung. Streitstände werden nicht als solche dargestellt, sind darüber hinaus – und das erscheint problematisch – auch

über den Fußnotenapparat nicht oder jedenfalls kaum erschlossen. Hierzu folgende Beispiele:

Unter dem Aspekt der Anwendbarkeit der Konvention *ratione loci* (Art. 1 EMRK) stellt *Schabas* – selbstverständlich – auf die Banković-Rechtsprechung des EGMR ab. Der EGMR ist für diese Rechtsprechung stark kritisiert worden, unter anderem wegen des Arguments vom europäischen „espace juridique“ (S. 104). In der Kommentierung wird dies ohne jede Wertung wiedergegeben. Nicht herausgearbeitet wird, dass der EGMR in der Folgerechtsprechung zu Banković die Grundregel von der rein territorialen Anwendbarkeit der EMRK mit so vielen Ausnahmen versehen hat, dass die Regel mittlerweile durchlöchert ist wie ein Schweizer Käse. *Schabas* hingegen versucht die Ausnahmen durch Fallgruppenbildung in den Griff zu bekommen („State agent authority and control“, „effective controle over an area“ usw.). Das entspricht zwar dem angloamerikanischen Ansatz des distinguishing und entspricht gewiss am ehesten der offiziellen Sichtweise des EGMR. *Schabas* vermeidet es aber konsequent, Widersprüche oder Fraktionen in der Rechtsprechung als solche zu benennen. Die Verweise auf Sekundärliteratur sind in den Fußnoten, wie angedeutet, äußerst spärlich, lediglich am Ende der Kommentierung gibt es Hinweise auf weiterführende Literatur, in der man Beiträge (auch) zum Problem der territorialen Anwendbarkeit der Konvention findet. Der Leser ist hierdurch aber letztlich gezwungen, sich den Streitstand selbst zu erarbeiten.

Ein anderes Beispiel, ebenfalls zu Art. 1 EMRK: In Fällen, in denen es um die Umsetzung von Europäischem Unionsrecht durch die Konventionsstaaten geht, steht der EGMR auf dem Standpunkt, dass sich diese nicht durch die Übertragung von Hoheitsrechten ihren Verpflichtungen aus der EMRK entziehen könnten (Fälle Matthews und Bosphorus). Mit Blick auf die UN-mandatierten Einsätze im Kosovo hingegen rechnete der EGMR das beschwerdegegenständliche Verhalten ausschließlich den Vereinten Nationen (und nicht den Konventionsstaaten) zu und gelangte so zur Unzulässigkeit der Beschwerde *ratione personae* (Fall Behrami und Saramati). Auch hier werden die unterschiedlichen Rechtsprechungslinien wertungsfrei nebeneinandergestellt (S. 106). Im Fall Behrami und Saramati erfolgen immerhin einmal etwas umfangreichere Literaturnachweise (Fn. 172). Letztlich belässt es *Schabas* aber wiederum mit der Fallgruppenbildung, ohne in der Sache Stellung zu beziehen.

Aus dem institutionellen Teil interessieren vor allem die Kommentierungen der Art. 41 und 46 EMRK. Diese bilden (zusammen mit Art. 35 EMRK) das Rückgrat des Konventionsmechanismus und sollen hier deshalb ebenfalls näher betrachtet werden. Eine Kommentierung des Art. 41 EMRK stellt den jeweiligen Bearbeiter stets vor besondere Herausforderungen, denn der EGMR gewährt Entschädigung bekanntlich nach Billigkeitsgesichtspunkten, was die systematische Erfassung erschwert. Andererseits ist aber auch bekannt, dass innerhalb des EGMR Listen existieren, an denen sich der Gerichtshof orientiert. Die Erwartung, dass *Schabas* dem Leser das case-law zur gerechten Entschädigung systematisch erschlüsse, wird indes im Wesentlichen enttäuscht. Die Kommentierung ist mit zehn Seiten (allein vier davon zur Entstehungsgeschichte) äußerst knapp. Literarische Versuche, die unübersichtliche EGMR-Rechtsprechung systematisch zu erfassen, existieren durchaus, beispielsweise in Gestalt des 2012 bei De Gruyter erschienenen 900seitigen Werks „Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights“. Hieran hätte sich die Kommentierung orientieren können – das genannte Werk erscheint indes nicht einmal in den weiterführenden Literaturhinweisen. So fällt der Ertrag eher ernüchternd aus.

Ähnlich enttäuscht wird der Leser bei der Lektüre der Kommentierung zu Art. 46 EMRK. Die Darstellung ist relativ unübersichtlich, *Schabas* beginnt mit dem Staatenbeschwerdeverfahren Zypern gegen die Türkei, welches in vielerlei Hinsicht eine Besonderheit darstellt. Die Anordnung konkreter Einzelmaßnahmen (Assanidze-Rechtsprechung) wird zwar erwähnt, hätte aber aus Sicht des Rezensenten einen eigenständigen Abschnitt verdient. Gleiches gilt für die Piloturteilstechnik, die in zwei Absätzen unter bloßer Wiedergabe des Art. 61 VerFO-EGMR erläutert wird. Das ist angesichts der Vielgestaltigkeit, die Piloturteile in der Rechtsprechungspraxis des EGMR mittlerweile erfahren haben (Urteile der Großen Kammer oder einer einfachen Kammer; Anordnung der Abhilfemaßnahmen im Urteilstenor oder als bloße Empfehlung in den Urteilsgründen; Anordnung von Fristen für Abhilfemaßnahmen; differenzierter Umgang mit den Parallelfällen) deutlich zu wenig. Die Darstellung von Philip Leach in dem 2013 bei Cambridge University Press erschienenen Buch „Constituting Europe“ ist insoweit wesentlich erhellender. Zudem hätte es aus Sicht des Rezensenten nahe gelegen, an dieser Stelle auf die aktuelle Diskussion um die demokratische Legitimation des EGMR einzugehen, da Piloturteile typischerweise Änderungsaufträge an die Adresse des Gesetzgebers enthalten. Im Falle des Vereinigten Königreichs hat sich diese Debatte u.a. an dem Fall Greens und M.T. entzündet, in dem der pauschale Wahlrechtsausschluss von Strafgefangenen vom Gerichtshof für konventionswidrig befunden wurde. Dass dieser Fall in der gesamten Kommentierung nicht auftaucht, muss dann doch einigermaßen verwundern – zumal bei einem im Vereinigten Königreich erschienenen Kommentar. Der Fairness halber sei hinzugefügt, dass die Vorgängerentscheidung Hirst No. 2 in der Kommentierung zu Art. 3 des 1. ZP-EMRK Erwähnung findet, auch hier wird allerdings nicht der Zusammenhang mit der Legitimationsdebatte hergestellt.

Eines der politisch brisanten Themen war und ist der Beitritt der EU zur EMRK. Aus Konventionssicht sind seit dem Inkrafttreten des Protokolls Nr. 14 die Weichen hierfür gestellt, denn der neu eingefügte Art. 59 Abs. 2 EMRK ermöglicht es der Union, der EMRK beizutreten, ohne zugleich dem Europarat angehören zu müssen. Die diesbezügliche Kommentierung nimmt eineinhalb Seiten ein, Teile davon sind dem Ist-Zustand (d.h. der Bosphorus-Rechtsprechung) gewidmet. Die mit dem EU-Beitritt verbundenen Probleme werden benannt (eigenständiger Unions-Richter, Mitwirkung der Union bei der Urteilsüberwachung im Ministerkomitee, Ausschluss der Staatenbeschwerde wegen Art. 344 AEUV usw.), allerdings ohne auf die im ausgehandelten Beitrittsabkommen gefundenen Lösungen einzugehen. Überhaupt verweist *Schabas* (lediglich) auf den Abkommensentwurf von 2011, dieser wurde dann allerdings noch einmal neu verhandelt, bis im Jahr 2013 der letztgültige Entwurf des CDDH vorlag. Dass der EuGH im Dezember 2014 diesen Abkommensentwurf aus unionsrechtlicher Sicht verworfen hat, erfährt der Leser nicht, obgleich laut Vorwort die Rechtsprechung bis Ende Dezember 2014 berücksichtigt ist. Gewiss, bei dem EuGH-Gutachten handelt es sich um ein Judikat zum Unionsrecht, doch ist dieses derart eng mit Art. 59 Abs. 2 EMRK verbunden, dass die Nichterwähnung aus Sicht des Rezensenten nur schwer nachzuvollziehen ist.

Was bleibt als Fazit? Der Kommentar ist hilfreich für denjenigen, der sich über die Rechtsprechung des EGMR informieren möchte. Den Überblick über die jeweilige Rechtsprechung zu verschaffen, ist zweifellos eine wichtige Aufgabe von Kommentaren. Jedenfalls aus der Sicht eines deutschen Rechtsanwenders sollten sich Großkommentare – und hierzu sind die bei OUP erschienenen Kommentare doch wohl zweifellos zu rechnen – jedoch darin nicht erschöpfen. Ein deutscher Leser erwartet zugleich eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der referierten

Rechtsprechung sowie eine Erschließung der Sekundärliteratur. Diese zweite Aufgabe erfüllt der Kommentar von *Schabas* in weiten Teilen nicht. Das mag mit unterschiedlichen kulturellen Prägungen zusammenhängen – für den im common law praktizierenden Rechtsanwender ist die Arbeit mit Nuancierungen in der Urteilsformulierung und die Bildung von Fallgruppen zum Zweck des distinguishing vermutlich wichtiger als für den Juristen kontinentaleuropäischer Prägung. Ob dieser Umstand allein ausreicht, um die Herangehensweise von *Schabas* zu erklären, muss aus Sicht des Rezensenten letztlich offen bleiben.

Prof. Dr. *Marten Breuer*, Universität Konstanz

