

Kathrin Mellech, Die Rezeption der EMRK sowie der Urteile des EGMR in der französischen und deutschen Rechtsprechung, Mohr Siebeck, 2012, 270 Seiten, ISBN 978-3-16-151999-4, 59,- €.

Der Streit, den zwei gegen die Türkei ergangene Urteile des EGMR zum Streikrecht für Beamte mittlerweile in der Bundesrepublik Deutschland ausgelöst haben (vergleiche OVG Münster, Urteil vom 7. März 2012, 3d A 317/11.O sowie OVG Lüneburg, Urteil vom 12. Juni 2012, 20 BD 8/11 – beide in der Sache ablehnend –), belegt, dass die hier anzuzeigende Dissertation *Kathrin Mellechs* (betreut von Prof. Dr. *Volker Ep-*

ping) ein wichtiges Themengebiet behandelt. Die Rezeption der EMRK ist, nicht zuletzt aufgrund der sprachlichen Barriere, nach wie vor nicht in dem Maße selbstverständlich, wie dies wünschenswert und auch konventionsrechtlich geboten wäre. Also: eine wichtige Arbeit zweifellos.

Inhaltlich vermag die Arbeit die in sie gesetzten Erwartungen nicht in jeglicher Hinsicht zu erfüllen. Sie ist handwerklich soli-

de ausgearbeitet, rezipiert die einschlägige Rechtsprechung und Literatur in weitem Umfang. Was ihr aus Sicht des Rezensenten fehlt, ist der eigenständige dogmatische Zugriff, das souveräne „Über-den-Dingen-Stehen“. Die Arbeit ist stattdessen eher deskriptiv angelegt, was sicher auch dem rechtsvergleichenden Ansatz geschuldet ist. Dennoch hätte die Arbeit mehr an Prägnanz und „Strahlkraft“ haben können, wenn die Verfasserin sich gelegentlich von den konkreten Beispielfällen gelöst und ein höheres Abstraktionsniveau erreicht hätte. Das soll im Folgenden anhand einiger Beispiele näher belegt werden.

Die Arbeit beginnt nach einer kurzen Einleitung mit dem 1. Kapitel „Die Umsetzung der EMRK in der innerstaatlichen Rechtsordnung“. Hier wird jeweils gesondert für die französische und die deutsche Rechtsordnung untersucht, wie die EMRK in das innerstaatliche Recht überführt worden ist. Dabei gelangt man zu dem einigermaßen paradoxen Ergebnis, dass zwar in Frankreich die EMRK nominell einen höheren Rang genießt als in Deutschland (nämlich einen Rang zwischen einfachen Gesetzen und Verfassung gem. Art. 55 der französischen Verfassung, während die EMRK in Deutschland gem. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG lediglich einfachen Gesetzesrang hat). Dennoch ist die deutsche Rechtsordnung jedenfalls im Ergebnis tendenziell EMRK-freundlicher, indem das Bundesverfassungsgericht die EMRK (samt der dazu ergangenen EGMR-Rechtsprechung) als Auslegungshilfe auf Verfassungsrang ansieht und ihr so zu einer Art „mittelbarem Verfassungsrang“ verhilft (S. 54). In Frankreich hingegen hat sich der Conseil constitutionnel in der grundlegenden IVG-Entscheidung geweigert, die EMRK in den „bloc de constitutionnalité“ aufzunehmen (S. 29ff.). Damit fiel die Aufgabe, einfaches Gesetzesrecht am Maßstab der EMRK zu messen, den Fachgerichten zu. Insbesondere der Conseil d'Etat weigerte sich jedoch zunächst unter Berufung auf die berühmte Loi-écran-Theorie, diese Prüfung in der Praxis durchzuführen. Erst mit der *Nicolo*-Entscheidung gab der Conseil d'Etat seine

diesbezügliche Haltung auf (S. 34ff.). Diese bereits in der Dissertation von *Jörg Gundel* (Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997) beschriebene Rechtsprechungsentwicklung bildet bis heute das Grundkoordinatensystem der französischen EMRK-Rezeption, *Mellech* bringt den Leser hier auf den neuesten Stand der Rechtsprechung und geht zumindest kurz auch auf das neue Normenkontrollverfahren gem. Art. 61-1 der französischen Verfassung ein. Letzteres hätte aus Sicht des Rezensenten dabei eine etwas vertieftere Behandlung verdient, da mit einem bislang ehernen Grundsatz des französischen Verfassungsrechts (keine Ex-post-Gesetzeskontrolle durch den Conseil constitutionnel) gebrochen wurde.

Das nachfolgende 2. Kapitel („Die Bedeutung der EMRK in der innerstaatlichen Rechtsprechung“) zerfällt im Grunde in drei Teilbereiche. Zunächst – und dogmatisch folgerichtig – untersucht *Mellech*, inwiefern sich aus der EMRK selbst Anforderungen für die Anwendung im innerstaatlichen Recht ergeben (S. 57ff.). Dabei kommt sie zutreffend zu dem Ergebnis, dass die Vollstreckung der Urteile Sache der Mitgliedstaaten ist (S. 71ff.), insbesondere kommt den Urteilen des EGMR keine die Rechtskraft des letztinstanzlichen innerstaatlichen Urteils durchbrechende Wirkung zu.

Weiter gehende Bindungspflichten können EGMR-Urteile daher nur kraft nationalen Rechts erhalten (S. 81ff.). Sowohl das französische als auch das deutsche Verfassungsrecht erkennen insoweit keine Rechtskraftdurchbrechung infolge eines EGMR-Urteils an (S. 83ff./105). Nur kurz wird darauf verwiesen, dass in Frankreich nunmehr auf einfachrechtlicher Basis eine Wiederaufnahmeklausel im Bereich des Strafprozessrechts geschaffen worden ist (S. 85). Der Hinweis auf die Rechtslage in Deutschland, wo zunächst ebenfalls nur im Strafprozessrecht eine Wiederaufnahmeklausel existierte (§ 359 Nr. 6 StPO), seit Ende 2006 aber über § 580 Nr. 8 ZPO eine allgemeine Wiederaufnahmemöglichkeit geschaffen wurde, erfolgt gar nur in einer

Fußnote (S. 105 Fn. 277). Das wird der praktischen Bedeutung der Wiederaufnahmeklausel aus Sicht des Rezensenten nicht gerecht, zumal die Anwendung der neu geschaffenen ZPO-Norm Probleme aufwirft (BAG, Urteil vom 22. Nov. 2012, Az. 2 AZR 570/11). Im Übrigen dominiert im deutschrechtlichen Teil die Auseinandersetzung mit dem *Görgülü*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts (S. 97ff.), das Urteil zur Sicherungsverwahrung wird erst an späterer Stelle ausführlich behandelt. Nicht recht zu befriedigen vermögen dabei die Ausführungen der Verfasserin zur Bindungswirkung gem. § 31 BVerfGG: Während sie sich in diesem Teil der Arbeit der Auffassung des OLG Hamburg und weiter Teile des Schrifttums anschließt, dass § 31 BVerfGG bei einander widersprechenden Urteilen aus Karlsruhe und Straßburg völkerrechtskonform zu reduzieren sei (S. 107), erkennt sie später bei der Behandlung der Caroline-Fälle, dass es einer solchen Reduktion vielfach nicht bedarf (S. 189f.), ohne dass der Widerspruch dogmatisch aufgelöst würde.

Der interessanteste Teil der Arbeit folgt bei der Analyse der tatsächlichen Rechtsprechungsrezeption (S. 111ff.). Dabei lässt sich für den Conseil constitutionnel so gut wie überhaupt keine explizite Rezeption nachweisen. Entsprechend dem reduzierten Prüfungsmaßstabs des « bloc de constitutionnalité » werden etwaige Rezeptionsverhältnisse seitens der französischen Verfassungsgerichtsbarkeit nicht offengelegt. Das führt zu der unbefriedigenden Situation, dass der Interpret hier weitgehend auf Vermutungen angewiesen ist, was die „Verwandtschaft von Auslegungs- und Prüfungsmethoden“ (S. 113f.), die „inhaltliche Verwandtschaft der garantierten Rechte“ (S. 114ff.) oder die „Kreation ‚neuer‘, konventionsrechtlich inspirierter Garantien“ angeht (S. 117ff.). *Mellech* kommt hier zu dem Ergebnis, der Conseil lasse sich „in seinen Urteilen unbestreitbar von der Rechtsprechung des EGMR zu den konventionsrechtlichen Garantien inspirieren“ (S. 132). Auch für die Rechtsprechung der Cour de cassation gilt (S. 135ff.), dass

Bezugnahmen auf den EGMR selten sind und eine etwaige Rechtsprechungsanpassung an Straßburg daher nur stillschweigend erfolgt. Bisweilen scheut die ordentliche Gerichtsbarkeit aber auch vor der offenen Konfrontation mit Straßburg nicht zurück (S. 143ff.). Im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die Situation insofern eine günstigere, als mit den Schlussfolgerungen des Commissaire du gouvernement (heute: Rapporteur public) ein Begründungsvorschlag existiert, der zur Auslegung der notorisch knapp gehaltenen Entscheidungsgründe des Conseil d’Etat herangezogen werden kann (S. 150ff.). Hier lässt sich, jedenfalls was die Conclusions angeht, eine umfangreiche Rezeption der Straßburger Rechtsprechung nachweisen. Ob die insoweit formulierten Rechtsauffassungen allerdings auch Eingang in die Entscheidungsfindung des Conseil d’Etat gefunden haben, bleibt mangels Offenlegung durch den Verwaltungsrat letztlich wiederum Spekulation. Hervorgehoben wird von der Verfasserin die nach neuerer Rechtsprechung bestehende Möglichkeit, bei Verletzungen der EMRK durch den nationalen Gesetzgeber Staatshaftungsansprüche geltend zu machen (S. 168ff.).

Was die deutsche Rechtsordnung angeht, wird dem Bundesverfassungsgericht das grundsätzliche Bemühen um Kohärenz mit der Straßburger Rechtsprechung attestiert (S. 173ff.). Auch wenn eine Verfassungsbeschwerde nicht allein mit der Verletzung der EMRK begründet werden kann, führt die bereits angesprochene Funktion als „Auslegungshilfe“ dazu, dass die EGMR-Rechtsprechung mittelbar, bei der Auslegung der deutschen Grundrechte, mit herangezogen wird. Ausnahmsweise sieht *Mellech* jedoch auch hier Inkohärenzen (S. 179ff.), nämlich zum einen im Bereich der Caroline-Rechtsprechung, zum anderen bei der Sicherungsverwahrung. Daran ist so viel richtig, dass in beiden Fällen der EGMR nach einer Billigung durch das Bundesverfassungsgericht eine Konventionsverletzung festgestellt hat. In beiden Fällen hat sich das Bundesverfassungsgericht „im zweiten Anlauf“ jedoch um

Gleichklang mit Straßburg bemüht. Das erfolgt im Fall Caroline III, nachdem der Bundesgerichtshof seine ständige Rechtsprechung zur „absoluten Person der Zeitgeschichte“ aufgegeben und durch ein EMRK-konformes Prüfungskonzept ersetzt hatte. Ein Konflikt mit § 31 BVerfGG stellte sich insoweit in der Tat nicht, denn das Bundesverfassungsgericht hatte im Fall Caroline II lediglich das damalige Kriterium des Bundesgerichtshofs („örtliche Abgeschlossenheit“) gebilligt, ohne dass dieses Kriterium jedoch verfassungsrechtlich zwingend geboten gewesen wäre. Der Fall der Sicherungsverwahrung war insofern anders gelagert, als das Bundesverfassungsgericht hier die Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen Gesetzesvorschrift positiv festgestellt hatte. Auch aus Sicht der Verfasserin ist das Bundesverfassungsgericht „weitgehend auf die Straßburger Linie eingeschwenkt“ (S. 184). Bedauerlich ist in diesem Zusammenhang vor allem, dass *Mellech* es unterlässt, die Reaktion der deutschen Gerichte vor Ergehen der zweiten Verfassungsgerichtsentscheidung näher zu analysieren. Ob und in welchem Umfang die deutschen Gerichte in anderen Fällen als den vom EGMR entschiedenen zu einer Freilassung der Sicherungsverwahrten verpflichtet waren, wurde in der obergerichtlichen Rechtsprechung sehr unterschiedlich beurteilt. Selbst innerhalb des Bundesgerichtshofs bestand keine Einigkeit darüber, ob der einschlägige § 2 Abs. 6 StGB einer konventionsformen Auslegung zugänglich sei (so der 4. Strafsenat) oder der eindeutig feststellbare Wille des Gesetzgebers einer „Berücksichtigung“ der EGMR-Rechtsprechung entgegenstehe (so der 5. Strafsenat). Die daraufhin erfolgte Anrufung der Großen Kammer hat sich erst durch das Hauptsacheurteil des Bundesverfassungsgerichts erledigt.

Abgesehen davon führt *Mellech* weitere Urteile des Bundesgerichtshofs wie auch des Bundesverwaltungsgerichts an, die ein interessantes Licht auf das Verhältnis zum EGMR werfen und von denen hier nur einige stichwortartig benannt werden können: so die Entscheidung zur Unpfänd-

barkeit einer gem. Art. 41 EMRK zugesprochenen gerechten Entschädigung (S. 191), zum Wiederaufgreifen gem. § 51 VwVfG (S. 202 – allerdings unter verkürzter Darstellung, da die vom Bundesverwaltungsgericht bejahte Möglichkeit des „Wiederaufgreifens im weiteren Sinne“ unerwähnt bleibt) oder zum vereinfachten Berufungsverfahren gem. § 130a S. 1 VwGO (S. 204). Die dem EGMR offen widersprechende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Ausweisung bei nichtstaatlicher Bedrohung findet selbstverständlich auch Erwähnung (S. 205). Kritisiert wird die fehlende Anerkennung einer Staatshaftung für konventionswidrige Gesetzgebung entsprechend dem französischen Vorbild (S. 195). Das erscheint jedenfalls in der Kürze so nicht haltbar, da mit der Frage der Haftung des Staates für legislatives Unrecht eine Fülle weiterer Probleme angesprochen sind, die den Gegenstand der Untersuchung naturgemäß übersteigen. Schließlich erwähnt die Verfasserin (aufbautechnisch allerdings an etwas ungewöhnlicher Stelle, S. 210f.) die gesetzgeberische Korrektur in Sachen Staatshaftung für überlange Verfahrensdauer.

Interessant ist die Diagnose *Mellechs*, dass die französische Fachgerichtsbarkeit in Fällen konventionswidriger Gesetze in einer besseren Lage sei als die deutsche: Während der deutsche Richter keine unmittelbare Verwerfungskompetenz hat, sondern das Bundesverfassungsgericht im Wege der konkreten Normenkontrolle anrufen muss, welches dann das deutsche Grundrecht möglicherweise vor dem Hintergrund der EGMR-Rechtsprechung anders auslegt, kann der französische Fachrichter eine konventionswidrige Gesetznorm aus eigener Kompetenz unangewendet lassen (S. 209f.). Das ist gerade die Konsequenz der IVG-Rechtsprechung des Conseil constitutionnel, in welcher dieser eine eigene Zuständigkeit zur Prüfung am Maßstab der EMRK abgelehnt hat. Dadurch ist es zu einer „Emanzipation“ der (Fach-)Gerichtsbarkeit gegenüber dem Gesetzgeber gekommen (S. 172f.). Insgesamt kommt *Mellech* zu dem Ergebnis, dass

der EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR sowohl in der französischen als auch in der deutschen Rechtsordnung „inzwischen in der Regel zu umfassender Wirkung verholfen“ werde (S. 213). Das ist recht optimistisch, zeigt doch *Mellechs* Arbeit zur Genüge, welche Fallstricke sich im Einzelfall immer wieder stellen können. In beiden Rechtsordnungen bestehen zudem

argumentative Ansatzpunkte, um eine für unerwünscht erachtete EGMR-Rechtsprechung abzuwehren. Bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung des EGMR künftig in noch stärkerem Maße innerstaatlich Berücksichtigung finden wird, als dies derzeit der Fall ist.

Marten Breuer