

Buchbesprechungen

Valta, Matthias: Staatenbezogene Wirtschaftssanktionen zwischen Souveränität und Menschenrechten. Tübingen: Mohr Siebeck. 2019. Jus Publicum. Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 283. ISBN 978-3-16-155527-5 (eBook) / ISBN 978-3-16-155526-8 (Hardback). XVII, 280 S. € 89,00

Von der “Maximum Pressure”-Strategie der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) gegen den Iran bis zu den Maßnahmen der Europäischen Union (EU) gegen Russland zur Umsetzung des Minsker Abkommens für Stabilität in der Ukraine – Wirtschaftssanktionen sind eines der wichtigsten außenpolitischen Handlungsinstrumente von Staaten, um andere Staaten zu Verhaltensänderungen zu bewegen. Mit seiner Heidelberger Habilitationsschrift zu “Staatenbezogenen Wirtschaftssanktionen zwischen Souveränität und Menschenrechten” hätte *Matthias Valta* daher kaum ein praxisrelevantes Thema wählen können. Der mit 280 Seiten über drei Kapitel kompakt geschriebene Band schließt dabei eine Lücke in der völkerrechtlichen Betrachtung von Sanktionsregimen, die in bisherigen Analysen jüngerer Zeit nur wenig Beachtung gefunden hatte.

Das erste Kapitel eröffnet mit einer Definition von Wirtschaftssanktionen und Abgrenzung zu anderen Maßnahmen. Schon hier überzeugt vor allem die gewählte weite Definition: So wird richtigerweise einer verbreiteten, aber verengenden Pauschalgleichsetzung von “Wirtschaftssanktion” mit der “Repressalie” – also einer *prima facie* völkerrechtswidrigen Reaktion auf völkerrechtswidriges Verhalten eines Staates – widersprochen. Denn Sanktionen sind keinesfalls nur als Gegenmaßnahme zulässig oder gar stets nur eine Reaktion auf völkerrechtswidriges Verhalten – sondern können in vielen Fällen schon auf dem Level einer bloßen Retorsion bleiben. Sodann werden exemplarisch vier Sanktionsregime mit Blick auf die Auswirkungen auf die betroffene Bevölkerung und Erreichung der mit den Sanktionen verfolgten Ziele dargestellt. Mit Irak, Iran, Kuba und Russland wurden dabei relevante Fallbeispiele gewählt, auf die im Verlauf der Arbeit an verschiedenen Stellen zur Subsumption zurückgegriffen werden kann.

Die von *Valta* identifizierte Forschungslücke erscheint gut gewählt: In der Tat beschäftigten sich viele neuere Arbeiten vornehmlich mit (vor allem personenbezogenen) sogenannten “Smart Sanctions”, während staatenbezogene Sanktionen spätestens seit dem umfassenden Sanktionsregime gegen den Irak in den Neunzigern oft als “veraltet” galten. Heute kommen, wie *Valta* gleich zu Beginn seiner Arbeit richtig feststellt, viele Sanktionsregime jedoch allenfalls nur noch im Gewand der “Smart Sanctions” daher – errei-

ZaöRV 80 (2020), 733-771

chen, wie bei den Regimen gegen Kuba, Russland oder Iran, aber in vielen Fällen das Ausmaß eines umfassenden Sanktionsregimes.

Der schwierigen Frage, ob Sanktionen denn nun “wirken”, also ob sie kausal für die intendierten Verhaltensänderungen der Zielstaaten sind, wird zu Beginn des zweiten Kapitels ein gut strukturierter eigener politökonomischer Abschnitt gewidmet. Dabei wird deutlich, dass die “Wirksamkeit” eines Sanktionsregimes stark davon abhängt, welches Ziel man betrachtet: Sieht man die symbolische Wirkung auf den innenpolitischen Diskurs im Sanktionsurheber-Staat im Vordergrund, ist das Ziel meist schnell erreicht. Will man unter “Wirkung” indes das Erreichen einer Verhaltensänderung des Sanktionsziel-Staats verstehen, so fällt die Bilanz weitaus gemischter aus (wie schon die beispielhaft gewählten Regime gegen Kuba oder Russland zeigen, die trotz andauernder Sanktionen nur wenig Politikwechsel im Sinne der Sanktionsziele erkennen lassen). Sodann folgt eine eher überblicksartige Darstellung der relevanten Akteure und Rechtsgrundlagen für den Erlass von Sanktionen auf Ebene der Vereinten Nationen (UN), der Europäischen Union und Deutschlands. Wer hier eher eine Darstellung der für die Praxis wohl noch relevanteren nationalen Rechtsgrundlagen der USA für den Erlass von Sanktionen erwartet hatte, wird im weiteren Verlauf des Buches nicht enttäuscht: So wertet *Valta* insbesondere das aktuelle und als Staatenpraxis relevante “US Restatement on US Foreign Relations Law” im späteren dritten Abschnitt noch umfassend aus. Insgesamt stellt die Arbeit bis hierhin vor allem eine sorgfältige Absteckung des Untersuchungsfelds dar, die auch als gut sortierter Wegweiser durch das Thema Sanktionen dienen kann. Gleichzeitig lässt die Breite der behandelten Aspekte noch wenig Platz für eigene Überlegungen oder tiefere Analysen.

Den Kern der Arbeit bildet der dritte und umfangreichste Teil. Anhand detaillierter Überlegungen von Souveränität über Verhältnismäßigkeit bis zu Menschenrechten sollen hier Maßstäbe für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit staatenbezogener Wirtschaftssanktionen herausgearbeitet werden. Einige zunächst denkbare Rechtmäßigkeitsgrenzen können dabei schnell und bündig abgearbeitet werden: Weder kennt das Völkerrecht einen allgemeinen Anspruch auf Handel noch dürfte der Erlass von Sanktionen je gegen das Gewaltverbot im Sinne von Art. 2 Abs. 4 der UN-Charta verstoßen. Auch das Welthandelsrecht bietet – nicht zuletzt aufgrund recht breiter Ausnahmebestimmungen in den wichtigsten Handelsabkommen (Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen [GATT], Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen [GATS], Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums [TRIPS]) – keinen geeigneten Rahmen für eine differenzierte Betrachtung der Rechtmä-

ßigkeit von Sanktionen. Das Recht der Gegenmaßnahmen enthält zwar einige Regelungen; da es sich bei Sanktionen aber häufig um *prima facie* rechtmäßige Mittel handelt und sie daher nicht unbedingt einer Rechtfertigung als Gegenmaßnahme bedürfen, bietet auch dieses Regime keinen allgemein anwendbaren Rahmen für eine Rechtmäßigkeitsbeurteilung. Viele andere Arbeiten zu Wirtschaftssanktionen begnügen sich mit diesem für die Analyse recht unbefriedigenden Befund: Danach sei der völkerrechtliche Rahmen häufig unklar, die Staatenpraxis uneinheitlich. Überzeugenderweise setzt *Valta* genau an dieser Stelle den Schwerpunkt seiner Arbeit.

Ausgangspunkt bildet dabei der Gedanke territorialer Souveränität, wie er auch im Interventionsverbot Ausdruck findet. Einige der bisherigen Arbeiten zu Wirtschaftssanktionen begnügen sich dabei mit der lapidaren Feststellung, Wirtschaftssanktionen tangierten in seltensten Fällen das Interventionsverbot nach Art. 2 Abs. 1 der UN-Charta, da sie den Sanktionszielstaat kaum so sehr in seiner Entscheidungsfreiheit einschränken, dass ein hinreichender “Zwang” bestünde – immerhin entscheiden sich zahllose Staaten trotz erheblicher Sanktionslast, ihr Verhalten nicht anzupassen. *Valta* blickt hier tiefer, stellt sich der Ansicht einiger Autoritäten des Gebiets (*Joyner, Cleveland, Ipsen*) entgegen und begreift Wirtschaftssanktionen zunächst vor allem als inländische Gesetzestatbestände, die stets an im Ausland verwirklichte Sachverhalte anknüpfen. Insbesondere machen minimale Bezüge zur eigenen Rechtsordnung einen derartigen Vorgang noch nicht zu einem ohne weiteres regelbaren “Inlandssachverhalt”. Diese Erkenntnis ist für die Praxis nicht zuletzt deshalb bedeutsam, da insbesondere die USA einen Sachverhalt schon dann als “inländisch” ansehen wollen, sobald ein Geschäft in US-Dollar abgewickelt wird – richtigerweise wird diese Ansicht von *Valta* als zu weit gehend zurückgewiesen. Bei Wirtschaftssanktionen wird demnach immer auch die Souveränität des Zielstaats (bzw. bei Sekundärsanktionen: Drittstaats) berührt; es liegt eine sog. “völkerrechtliche Überwirkung” vor. Für die Zulässigkeit dieser Überwirkung bedürfe es nach *Valtas* überzeugender Darlegung unter Rückgriff u. a. auf die Staatenpraxis und die im zweiten Teil dargestellten Außenhandelstheorien stets eines Nachweises, dass zwischen dem im Ausland verwirklichten Sachverhalt und dem die Regelung erlassenden Inland eine sachliche Verbindung besteht. Nur wenn eine solche sachliche Anknüpfung besteht, darf ein Staat den ausländischen Sachverhalt durch eine Sanktionsnorm regeln. Diese Überlegung enthält den Schlüssel zur rechtlichen Beurteilung *de lege lata* heutiger Sanktionsregime – und dürfte insbesondere für die Bewertung der sog. “extraterritorialen Sekundärsanktionen” der entscheidende Maßstab sein.

ZaöRV 80 (2020)

Extraterritoriale Sekundärsanktionen sind die in der Praxis bedeutendste Form der Wirtschaftssanktionen und gleichzeitig eine der rechtlich bislang am wenigsten beleuchteten. Es handelt sich dabei um Sanktionen, mit denen ein Staat versucht, auch auf den Handel zwischen Drittstaaten Einfluss zu nehmen – oftmals ohne oder mit nur sehr geringem Bezug zum sanktionierenden Staat. Dieses Mittel wird in erheblichem Umfang insbesondere durch die USA eingesetzt, beispielsweise im Sanktionsregime gegen den Iran: Hier wird in vielen Fällen nicht nur US-Unternehmen verboten, Handel mit dem Iran zu treiben. Vielmehr wird versucht, auch Handelsbeziehungen von Drittstaaten ohne Bezug zu den USA – beispielsweise das Geschäft eines europäischen Unternehmens mit dem Iran ohne signifikante Berührung der US-Jurisdiktion – zu unterbinden. Freilich treffen die Sanktionswirkungen das Unternehmen in einem solchen Fall nur in den USA, da die Sanktion nicht im Ausland unmittelbar durchgesetzt werden kann. Dennoch muss sich das betroffene Unternehmen dann entscheiden, ob es sein US-Geschäft für den Handel mit dem Iran riskieren will. Derartige Maßnahmen entfalten damit in der Praxis regelmäßig eine erhebliche Wirkung. Aus rechtlicher Sicht wird dabei versucht, einen Sachverhalt zu regeln, der sich vollständig außerhalb der eigenen Jurisdiktion bewegt. Das wirft die schwierige, wie analytisch spannende, Frage der Abgrenzung von Hoheitsräumen – oder häufig zuspitzend: dem “Kampf der Jurisdiktionen” – auf. Die Frage hat erhebliche praktische Relevanz: So können bspw. Staaten der Europäischen Union ihre außenpolitische Handlungsfreiheit und Autonomie im Einsatz des Mittels von Wirtschaftssanktionen nur wahren, wenn sie die effektive Regelungshoheit erhalten. Haben indes US-Sanktionen aufgrund der Marktmacht der USA quasi weltweite Wirkung, so kommt es kaum noch darauf an, ob sich andere Staaten zum Erlass oder zur Aufhebung von Sanktionen entschließen. Dies wird erneut nicht zuletzt am Beispiel des Iran deutlich: Nach ihrem Ausstieg aus dem Atomabkommen (Joint Comprehensive Plan of Action [JCPOA]) im Jahr 2018 hatten allein die USA ihre Sanktionen gegen den Iran wieder eingeführt, nicht aber die restlichen Staaten des Abkommens Russland, China, Deutschland, Großbritannien und Frankreich. Dennoch konnten die extraterritorialen Sanktionen der USA in vielen Fällen erreichen, dass auch zahlreiche Unternehmen aus diesen Ländern aus Angst vor extraterritorialen Sekundärsanktionen der USA ihren Handel mit dem Iran einstellten. Vergleichbare Fragen der Handlungsautonomie stellen sich aktuell beispielsweise auch beim Versuch der USA, die Fertigstellung der zwischen Russland und Deutschland geplanten Gasleitungen unter der Bezeichnung “Nord Stream 2” durch die extraterritoriale Sanktionierung am Ausbau beteiligter Unternehmen zu

verhindern. Mag man dem Projekt kritisch oder wohlwollend gegenüberstehen – in jedem Fall stellt sich die Frage, ob die Entscheidung über die Durchführung des Projekts einer von der US-Regierung erlassenen Regelung unterliegen kann, oder allein in Russland und Europa zu entscheiden sein muss.

Es erscheint daher nur allzu richtig, dass sich *Valta* in seiner Arbeit insbesondere auch mit diesem Themenkomplex – so intensiv wie kaum eine Arbeit im Bereich der Wirtschaftssanktionen zuvor – auseinandersetzt. Im Ergebnis kommt er zur überzeugenden Feststellung, dass jede derartige Regelung ausländischer Sachverhalte durch eine sachliche Anknüpfung gerechtfertigt werden muss – die Anknüpfung kann formal am Adressaten der Sanktionsnorm erfolgen (sog. aktives Personalitätsprinzip) oder materiell am Zweck der erlassenen Sanktion (über das sog. passive Personalitätsprinzip bzw. Wirkungs-, Schutz- oder Universalitätsprinzip, wobei die vier Prinzipien im Kern als Ausformungen der letztgenannten beiden Prinzipien kondensiert werden). Bei den oben beschriebenen Sekundärsanktionen liegt eine derartige Anknüpfung regelmäßig nicht vor, da insbesondere eine Berufung auf das Schutzprinzip nur gegenüber dem Staat gelingen kann, der diese Schutzgüter auch gefährdet. Im nächsten Abschnitt stellt *Valta* einige Ansätze vor, welche die völkerrechtsmäßige Regelungshoheit darüber hinaus durch eine Verhältnismäßigkeitsabwägung beschränken wollen. Einen weiteren Kern der Arbeit bilden folglich Überlegungen, wie konkurrierende Souveränitätssphären von Sanktionsurheber und Sanktionszielstaat in einen verhältnismäßigen Ausgleich gebracht werden können – hier soll beispielsweise das Entgegenhalten der eigenen Souveränität eingeschränkt werden, soweit ein Staat seiner menschenrechtlichen Schutzverantwortung nicht nachkommt. Die Argumentation steht aber auch im Zusammenhang mit dem letzten Teil des dritten Kapitels, welches Wirtschaftssanktionen aus der Perspektive des Menschenrechtsschutzes beleuchtet. Souveränität und Menschenrechten sei funktional gemein, dass sie Freiheits- und Verantwortungssphären abgrenzen sollen. Daher könne zwischen dem klassischen Verständnis einer weitgehend binären „sachlichen Anknüpfung“ und den einer differenzierteren Abwägung zugänglichen menschenrechtlichen Prinzipien kein normativer Unterschied gemacht werden. Die Abwägung der Souveränitätssphären zwischen Sanktionsurheber und -zielstaat soll dementsprechend vor allem in die menschenrechtliche Prüfung verlagert werden. Dafür greift *Valta* sowohl bei der extraterritorialen Anwendbarkeit menschenrechtlicher Gewährleistungen wie auch bei der menschenrechtlichen Zurechnung und dem Verständnis eines Eingriffs auf weite Ansichten zurück.

ZaöRV 80 (2020)

Angesichts der Tatsache, dass große Teile der Staatenpraxis bereits das Vorliegen von Auslandssachverhalten anzweifeln oder sich jedenfalls hinsichtlich des Erfordernisses der sachlichen Anknüpfung erhebliche Freiheiten herausnehmen, dürften die von *Valta* vorgeschlagenen weiteren Einschränkungen und differenzierten menschenrechtlichen Abwägungen in vielen Fällen vorerst Überlegungen *de lege ferenda* bleiben. Sie würden einen Grad an Konstitutionalisierung voraussetzen, von dem die Realität der Völkerrechtspraxis noch erheblich entfernt scheint. Die komplexen Überlegungen zur Zurechnung dürften zudem in der Praxis auf erhebliche Probleme stoßen: Wann kann der Eintritt einer Sanktionsfolge bei einer menschenrechtlich betroffenen Einzelperson im Kontext komplexer wirtschaftlicher Abhängigkeiten wirklich konkret dem Sanktionsurheberstaat zugerechnet werden? Wenn bspw. der Iran sich im Angesicht eines US-Embargos seiner Ölverkäufe dazu entscheidet, die nun knapperen Ressourcen nicht für den Kauf von Medikamenten sondern bspw. für die Aufrechterhaltung öffentlicher Sicherheit einzusetzen – folgt daraus wirklich ein zu-rechenbarer Menschenrechtseingriff der USA bei jenem konkreten Iraner, der nun etwa unter dem Mangel an Medikamenten leidet? Umso komplexer wird die Zurechnungsfrage bei Sekundärsanktionen, da hier sogar noch das Handeln weiterer Akteure dazwischentritt: Entscheidet sich etwa ein italienisches Unternehmen, aufgrund von extraterritorialen US-Sekundärsanktionen (deren Befolgung nach der Blocking-Verordnung der Europäischen Union sogar verboten ist) aus einer Risikoabwägung im Ergebnis nur “freiwillig”, sein Irangeschäft aufzugeben – durchbricht dies die Zurechnungskette zum US-Sanktionsurheber? Dies gilt umso mehr, als nicht ganz klar wird, welches Forum – insbesondere außerhalb Europas – derartigen menschenrechtlichen Abwägungen praktische Wirksamkeit verleihen soll. Auch *Valtas* Subsumption der eigenen vier Fallbeispiele Iran, Kuba, Russland und Irak zeigt, dass die menschenrechtlichen Erwägungen allenfalls im letztgenannten Fall bei der Bewertung einen ausschlaggebenden Beitrag leisten, wo man bspw. an eine sachliche Anknüpfung von Sanktionsregelungen zum Schutz menschenrechtlich begründeter Partizipationsrechte denken könnte. Ihrem akademischen Mehrwert tut all das jedoch keinen Abbruch; die Überlegungen bilden für einige Sanktionsregime ein handhabbares und gut hergeleitetes Instrumentarium der rechtlichen Bewertung und enthalten viele wertvolle Argumentationslinien insbesondere zum Verhältnis von Menschenrechten und Souveränität. Selbst für die Frage der Bewertung von Sekundärsanktionen lassen sich auch menschenrechtliche Aspekte heranziehen: So könne ein Eingriff in die Rechte von Unternehmen in Drittstaaten durch extraterritoriale Sekundärsanktionen bspw. allenfalls damit gerecht-

fertigt werden, dass der betreffende Drittstaat trotz einer entsprechenden Verpflichtung nicht selbst von sich aus den Zielstaat sanktioniert – eine solche weitgehende Verpflichtung zum Erlass von Sanktionen könne aber nur in absoluten Ausnahmefällen angenommen werden, etwa bei Verstößen des Sanktionszielstaats gegen die qualifizierten Völkerrechtsstandards des *ius cogens*. Der die letzten etwa 40 Seiten der Arbeit umfassende primär menschenrechtliche Teil, der anhand von Schutzbereichen und Verhältnismäßigkeitsprüfungen verschiedene menschenrechtliche Regime durchdekliniert, steht dabei trotz allem ein wenig losgelöst neben den vorhergehenden Abschnitten. Ein zusätzliches Kapitel, welches die roten Fäden der einzelnen Abschnitte noch einmal zusammenführt – und bspw. die ausgeführten menschenrechtlichen Abwägungen für die vier Fallbeispiele konkret vornimmt – hätte eventuell noch einen weiteren Erkenntnismehrwert bieten können.

Im Ganzen handelt es sich um eine ausgewogene, gut zu lesende und dicht geschriebene Arbeit: *Valta* hat in weiten Teilen seines Buches einerseits ein gut sortiertes Nachschlagewerk verfasst, das den aktuellen Diskussionsstand zu nahezu allen Aspekten staatenbezogener Wirtschaftssanktionen umfassend darstellt und zusammenfasst. Insbesondere seine Überlegungen zur Abgrenzung von Souveränitätssphären gehen weit darüber hinaus und schaffen in einer bislang nicht dagewesenen Tiefe einen überzeugenden Maßstab für die Rechtmäßigkeitsbeurteilung von Sanktionen, der in einigen Teilen auch bereits für die Praxis handhabbar bleibt – in anderen Teilen eher nach vorne schaut. Nicht zuletzt *Valtas* Befund, dass extraterritoriale Sekundärsanktionen mangels hinreichender Anknüpfung ganz überwiegend völkerrechtswidrig sein dürften, böte schließlich noch zahlreiche Ansatzpunkte für noch weitergehende Untersuchungen im Lichte der aktuellen Staatenpraxis: Bietet beispielsweise die von der Europäischen Union erlassene sog. Blocking-Verordnung, die eine Befolgung derartiger Sanktionen verbietet und in ihrem Wortlaut sogar (in der Praxis bislang noch nicht zur Anwendung gekommene) Schadensersatzansprüche gegen hoheitliche Güter des Sanktionsurheberstaates vorsieht, eine geeignete Abhilfe? Welche sonstigen Rechtsschutzinstrumente oder gerichtlichen Verfahren könnten Erfolg haben? Wie lässt sich der theoretische Befund mit einer Staatenpraxis zusammenbringen, die extraterritoriale Sanktionen über viele Jahrzehnte zur Anwendung bringt?

ZaöRV 80 (2020)

Das Thema staatenbezogener Wirtschaftssanktionen wird Theorie und Praxis daher auf absehbare Zeit weiter intensiv beschäftigen. Für diese Diskussion leistet *Valta* mit seinem Band einen fundierten und gleichzeitig innovativen Beitrag.

Alexander Pyka*, Teheran

Carpanelli, Elenal/Lazzerini, Nicole (eds.): Use and Misuse of New Technologies. Contemporary Challenges in International and European Law. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag. 2019. ISBN 978-3-030-05648-3 (eBook), € 117,69 / ISBN 978-3-030-05647-6 (Hardback). XVIII, 363 pp. € 149,79.

“The technophile and the technophobe ask the same question: What’s next?”
L. Floridi, *The 4th Revolution: How the Infosphere Is Reshaping Human Reality*

If today one – either as a technophile or a technophobe – tried to answer the question posed by *Luciano Floridi* in 2014 from the perspective of international and European law, the book presented here would be an essential starting point. Its contributions address a broad range of key issues: From the impact of new technologies (NTs) on policy fields such as migration control or crime prevention, over more classical questions regarding data protection and privacy issues, to the use of drones and lethal autonomous weapons (LAWs). Most importantly, it brings together a comprehensive collection of work on the current state and the future challenges of the relationship between international law (IL) and technology, equally interesting for scholars, practitioners and lawmakers.

The first section of the book addresses the legal implications of the use of NTs in law enforcement activities “*and beyond*”. *Philip Hanke* and *Daniela Vitello* discuss implications of mass storage and exchange of data relevant to border security at the European Union (EU) level and explain how pushing for enhanced interoperability of the existing border protection agencies could be the only available “*technical antidote to the crisis of Schengen*” (p. 31). Being nevertheless more concerned about how the aspired cooperation might increase data collection and surveillance abuses, they warn not to overlook the need for political cooperation on the matter. *Stefano Montaldo* similarly highlights how interoperability and information cooperation, at both extra- and intra-European level, could facilitate violations of data protection standards such as the principles of data minimisation and purpose

* *Dr. Alexander Pyka* arbeitete 2016-19 im Völkerrechtsreferat des Auswärtigen Amts, heute an der Deutschen Botschaft Teheran. Der vorliegende Beitrag stellt ausschließlich eine private Meinungsäußerung dar.

limitation (p. 51). In the next chapters the topic of LAWs is introduced with the legal problems being first analysed in the context of their application in law-enforcement activities. With a relatively normative approach, *Andrea Spagnolo* questions the compatibility of LAWs with international human rights law (IHRL) for policing activities or border controls. Interestingly, he analyses these questions not merely with a view on States' obligation to respect and protect the right to life but also to privacy; thereby reminding that to function properly LAWs require massive amounts of data. Based on States' positive obligations to protect human rights, he concludes that "*autonomy implies a meaningful human control on the activities [of LAWs]*" (p. 58). *Marco Longobardo* next discusses a largely unexplored but crucial question: To what extent are States obliged to adjust the military training and international humanitarian law (IHL) education of armed forces when applying novel warfare technology? Examining recent case-law, he finds that States can be held responsible at least when insufficient training is *ex post* identified to have led to breaches of IHL. However, he does not bring his findings to the point of arguing that a lack of a specific IHL training may be considered a violation of IHL in every case. *Claudia Candelmo* moves onto the question of the legality of the actual use of military technology in armed conflict. Taking the angle of the law governing the use of force, IHRL and IHL, she provides a clear-cut analysis on how the responsibility of States is engaged when carrying out drone strikes in foreign territory.

After having examined how States and inter- or supranational organisations (IOs) adjust to technological challenges, the second section of the volume depicts how they are themselves actively "*defining normative standards for technology-related challenges*" (p. 114). In this way, not only are there found answers to the question of where regulatory gaps exist, but also to who might fill them. *Stefano Saluzzo* assesses the role of the EU as a global standard setter in the field of international data transfers for commercial and law-enforcement purposes (p. 115), a topic acquiring even more importance in light of the pending *Schrems II* proceeding before the Court of Justice of the European Union (CJEU). Absent a multilateral legal framework, the so-called adequacy approach taken by the European Commission is said to become the global standard, producing a "*Brussels effect*" (p. 117). Despite the somehow traditional focus on the EU as a global normative power, however, no proper follow-up is given on the effect's empirical measurability. The role of the European courts is further highlighted in the following chapters. *Valentina Nardone* examines the CJEU Opinion 1/15 on the *Passenger Name Record (PNR)* case, explaining its potentially

ZaöRV 80 (2020)

far-reaching consequences for agreements similar to the EU-Canada PNR agreement. *Mario Gervasi* next analyses the European Court of Human Rights' (ECtHR) judgement in *Paradiso et Campanelli*, dealing with cross-border surrogacy. While voicing understandable concerns, his legal assessment appears to stem from arguments that are not directly related to the technological side to surrogacy, and that could largely be applied to adoption cases as well. *Karolina Podstawa* comes back to a classic of internet law: hate speech online. Advocating for a close cooperation between Internet Service Providers (ISPs) and governments, she analyses the European Commission's Code of Conduct on Combatting Illegal Hate Speech Online – unfortunately when some recent judgements by the German Constitutional Court (1 BvQ 42/19, 22.5.2019) and the Tribunal of Rome (*Casa Pound v. Facebook*, 12.12.2019), both somehow rejecting Facebook's role as an autonomous gatekeeper, had not been pronounced yet. Indeed, aiming to safeguard democratic legitimacy and the role of public authorities, the latter asserted the judiciary's power to have the final say about who might access social media. It would have been interesting to see whether the author would have reversed her view of ISPs as "gatekeepers" that "set the rules of access" (p. 168) to the respective sites in light of these decisions. The volume's section is wrapped up with a chapter by *Francesco De Vanna*, underlining the importance of an unexpected group of actors for norm-setting. As "Future 'always comes too fast' and law cannot keep pace with it" (p. 191), it is computer-programmers, software-developers and private bodies that fill legal gaps, often lacking democratic supervision. Relying on *Lessig's* theory, the author explains how the "architecture" of a technology is its "most pervasive agent" (p. 194), regulating the user's choices *ex ante* while the law will only be able to punish *ex post*, reason for which how technology is designed should be subject of regulation.

The final part of the volume analyses the legal consequences of violations of the law regulating the use of NTs. It becomes clear rather quickly that, here again, responsibility issues might be resolved not solely by looking at how technology is applied but also at *how* and *by whom* it is designed. *Daniele Amoroso* and *Benedetta Giordano* recall this in the context of the heated issue of responsibility for wrongdoings of LAWs. Their use, the authors argue, could eventually reduce members of military forces "to puppets in the hands of war geek-criminals" (p. 219). More relevant, because more realistic, seems the scenario that a wrongdoing was less intended than merely accepted as a potential risk by the programmer or his contractor, a State. A risk, surely, that could never be reduced to zero. The authors therefore conclude that a no-fault liability regime could be a viable option to resolve

the explained uncertainties – however far-fetched reaching an international consensus on this possibility may appear. Thereupon, *François Delerue* and *Martina Buscemi* analyse a specific aspect necessary for invoking international responsibility: attribution of a wrongful act, to States and IOs respectively. Both chapters seem to conclude that neither can easily evade responsibility where they should be held accountable for IL violations committed under their auspices. The legal situation is still rather complex: For instance, the degree of control needed to induce non-state actors to conduct cyber warfare operations is commonly very low, thus posing serious problems when aiming to attribute their acts to the State in question. Completing these thoughts, the final three chapters turn to issues of jurisdiction and justiciability. In an essential glimpse into private international law, *Ornella Ferraci* provides an analysis of how the CJEU's approach of assigning jurisdiction over online defamation and intellectual property rights (IPR) infringements has evolved in adapting to the internet age. Explaining the difficulties that arise where the “*seemingly borderless internet is brought to a bordered world*” (p. 279), she argues how fundamental adaptations to new circumstances needed and still need to be made. The following chapter by *Alberto Miglio* addresses the same issue of defining jurisdiction, albeit not within but outside the EU. Analysing the possibly extraterritorial reach of the General Data Protection Regulation, and more specifically of the right to be forgotten, the author also highlights the more practical question of its implementation beyond EU borders. However innovative the new features of our technology-driven world may be, the conclusion appears to be that to dispense justice has always and will continue to mean that different rights and interests need to be balanced against each other. Finally, *Luca Gervasoni* underlines how some balancing exercises must have a clear result, namely those putting up political interests, especially in foreign affairs matters, against fundamental human rights. IL, he argues, should be considered to impede the application of non-justiciability doctrines when courts assess the legality of targeted killings through drone strikes.

In the very last pages, *Maurizio Arcari* sums up the main arguments of the volume, underlining how “*inherently tricky to manage*” NTs are from a legal standpoint (p. 356). His praise of the book, that according to him lifts the “*fog of technologies*” (p. 355), while maybe overly enthusiastic, seems justified.

Overall, the volume is characterised by two main *fil rouge*s: on the one hand, how international and EU law governs opportunities and dangers arising from NTs; on the other hand, how the internal structures and functions of law consequently change. These *fil rouge*s are closely intertwined and

keep together the extremely diverse array of topics addressed, leading the reader throughout the chapters in a natural way. Admittedly, not a few potentially highly relevant topics related to NTs and law can be said to be missing from the volume. *Arcari* himself enumerates several, among which two appear particularly relevant: climate change and health care. Indeed, a discussion of the value and dangers of applying technical solutions to environmental problems would have been indispensable. Genetically altered seeds, artificial dams and islands, the – still futuristic – possibility to manipulate weather phenomena may soon decide about the life of more human beings than LAWs ever could. Some insights on the way how NTs could contribute to achieve or impair the fulfilment of climate goals and climate justice would have therefore greatly diversified the volume's outlook; especially as the regulation of geo-engineering at the global scale is still fairly underexplored in international environmental law-scholarship. Generally, scholarship is still awaiting a comprehensive compilation of works on the way NTs are impacting international environmental issues, whereas the topic of LAWs has already attracted comparatively much attention.

Technology will equally play an increasingly crucial role in the organisation of health care systems. It is indeed unclear how this evolution will turn, especially in times of COVID-19 pandemic. To highlight the legal implications of tracking infectious persons via Global Positioning System (GPS) or of merely calculating the probability of a cell phone owner to be infected with a disease due to his travel routes would have been highly interesting. Discussions on comparable tracing apps have recently conveyed to a larger public that the “*security through design*”-approach praised in several of the above-outlined chapters is oftentimes complicated to put into practice. Thinking beyond crisis situations, the protection or exchange of patient data on a regular basis deserves attention in equal measure.

Further ideas could come to mind: The increasing capacities of machine learning systems to foresee the outcome of judicial or administrative proceedings, for instance. Although hinted to in *De Vanna's* chapter, a thorough discussion on the matter is missing. This is somehow surprising, considering the already well-established scholarly debate on the issue and, above all, the practical relevance of such systems, which have been proven to be potentially used to predict the decisions of international adjudication bodies such as the ECtHR.

Nonetheless, the diversity of topics still reflects the wide array of issues gravitating around the relationship between law and NTs. Overall, the editors and contributors have found their own way of answering to *Floridi's* “*What's next?*”. The complexity of the legal challenges arising from the

(mis)use of technological innovations is carved out with attention to detail and an eye for the overall picture alike. All this while providing equally in-depth information of the technological aspects of the analysed legal questions. The breadth and depth of the different contributions, at both normative-theoretical and positive level, moreover avoids disciplinary self-referentiality. This feature – together with the capacity to create a constructive dialogue between IL and EU law – is the added value of the volume, also compared to existing literature in this field.

In this regard, the volume reflects the inherently transnational dimension of the way NTs unfold their impact. How these developments create novel, seemingly borderless spaces, requiring an unseen level of cooperation between lawmakers and enforcement agencies, while raising complex inter- and transnational legal issues, is present throughout the volume. This leads to a final consideration. While not openly addressing the issue, the volume is an essential starting point for the analysis of the *constitutional* dimension of the relationship between law and NTs. How national, supranational *and* international constitutionalism is affected by NTs; and how private and hybrid transnational normative systems (may) evolve in constitutional sense are issues that can only be addressed with full awareness of the legal landscape at EU and IL level. The *power* dimension – and the *actual* capacity of law to constrain it even after the “fourth” revolution – is a silent but persistent presence throughout the volume, which makes it an even more useful instrument for public law scholars who want to engage with such topics.

Rachel F. Behring/Angelo Golia, Heidelberg

Kob, Tommy: Building a New Legal Order for the Oceans. Singapore: NUS Press. 2020. ISBN: 978-9813250895. xxiii, 353 pp. S\$ 38.00

“A constitution for the oceans” has probably become one of the most iconic descriptions of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (LOSC). This famous dictum was coined by Professor *Tommy Kob* in his address at the last meeting of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea (UNCLOS III) in December 1982. While one can argue about the accuracy of this label it has lent gravitas to the LOSC since the Convention was adopted almost 40 years ago.

Beyond this successful “marketing”, *Kob’s* name is associated with UNCLOS III and the LOSC probably more intimately than that of any other single person. *Kob* served as President of UNCLOS III from 1981, bringing the negotiations to their conclusion in 1982. The book “Building a New Legal Order for the Oceans” (NUS Press, 2020) is described in the blurb as an anthology of some of *Kob’s* “most important writings on the

ZaöRV 80 (2020)

law of the sea” and can be seen as a tribute to *Kob*’s commitment to the law of the sea in general and the LOSC in particular.

The book is structured in three sections, the first of which contains *Kob*’s Stimson Lectures that he delivered at Yale University in 1982. The second section consists of a collection of essays, speeches and newspaper articles that *Kob* published between the late 1980s and 2017. The last section comprises three academic essays on specific aspects of the LOSC and ends with a survey of the LOSC’s achievements and challenges on its 30th anniversary. *Kob*’s crisp and clear language makes the reading accessible throughout, which one especially appreciates when more complex legal questions are being discussed.

Dubbed by *Sharen Seah*, the book’s editor, as “historical gems to the international law of the sea community” in the foreword (p. xiii), the Stimson Lectures were given at a turning point in the history of the law of the sea. The lectures are being published in the present book for the first time and provide a glimpse of the time the famously long negotiating process of UNCLOS III from 1973-1982 came to an end. The first lecture, “The Collapse of the Old Order”, very briefly recounts the history of the law of the sea before entering into a description of the LOSC’s features regarding the territorial sea, straits, archipelagic states and the protection of the marine environment. *Kob* considers the main reasons for the “collapse of the old order” – as he frames the events leading up to UNCLOS III – to lie in progress in technology, new uses of the ocean, failure of international law to address coastal state concerns regarding oceanic resources and the emergence of developing countries (p. 5). For example coastal states, in light of new technologies permitting more efficient exploitation of living and non-living resources, initiated “a historic movement for the expansion of [their] jurisdiction and resource rights” (p. 7). These rights originally had no place in the traditional law of the sea.

The second lecture, “Reconciling Competing Claims to the Resources and the Uses of the Sea”, provides an introduction to the then-new concepts of the Exclusive Economic Zone (EEZ) and the re-fashioned regime of the Continental Shelf under the LOSC. Subsequently, *Kob* briefly presents the rules on maritime scientific research and settlement of disputes.

In his third lecture, “A Common Heritage of Mankind”, *Kob* presents the regime governing the resources of the seabed in areas beyond national jurisdiction. However, he goes beyond the terms of the LOSC and addresses the roles of individuals in UNCLOS III. These include the famous Maltese Ambassador *Avid Pardo*, advocate of the common heritage of mankind in the United Nations (p. 48), *Elliot Richardson*, leader of the United States

(US) delegation to UNCLOS III (p. 53), and *President Reagan*, who once in power initiated a reversal of the US' position regarding the LOSC's Part XI on The Area, which has been an obstacle to the US joining the LOSC ever since (pp. 53-54). *Koh* ends his third lecture by observing that the opposition of the US to the LOSC regime on The Area "is based not on functional or pragmatic interests but on philosophical and ideological grounds" (p. 66). His words leave no doubt that he considers these to be inadequate reasons, which may be explained by *Koh's* diplomatic commitment for compromise, his belief in the inherent value of what he calls "the rule of law" (p. 92) or a combination of the two.

The last of the Stimson Lectures, "Reflections on the Negotiating Process", will probably form one of the most interesting parts of the book for many readers, as it lets them benefit from the author's unique perspective. In the lecture, *Koh* describes the specificities of the UNCLOS III negotiating process as well as what he considers to be the reasons for the success of what were some of the most complex treaty negotiations in the history of international law. One of the conference's most characteristic features was the consensus-based approach he presents comprehensively (p. 68). With the goal of protecting minorities' interests (p. 125) no single article of the convention was adopted by vote, instead consensus was sought. *Koh* also emphasises the importance of individuals (pp. 76-78) organising private informal negotiating groups supplementing the formal negotiation process (pp. 72-73).

The second section of the book begins with the famous address, "A Constitution for the Oceans", which *Koh* gave at the final session of UNCLOS III in Montego Bay, Jamaica, in 1982. The speech, delivered with pathos and pride, highlights the achievement of having agreed on a new comprehensive treaty governing the law of the sea: "We proved the sceptics wrong and we succeeded in adopting a Convention covering every aspect of the uses and resources of the sea." (p. 85)

An essay on the regulation of straits used for international navigation follows the address, setting out the framework developed under the LOSC (p. 94 et seq.). One can regard the ensuing two essays, "Negotiating a New World Order for the Sea" – from which the book derives its title – and "Negotiating the United Nations Convention on the Law of the Sea. A Practitioners Perspective", as expansions of *Koh's* fourth Stimson Lecture. While the former places a greater emphasis on the historical developments leading up to UNCLOS III, the latter is a brief summary of the inner working of the conference. For the reader the book here appears most worthwhile once again as *Koh* shares his distinctive point of view as President of

the Conference in examining the manifold processes that the negotiators had to consider, for example the importance of an efficient Collegium of the Conference.

The rest of the second section of the book covers mostly newspaper articles published in the *Strait Times* and accordingly caters more to a generalist audience than to the international law of the sea community.

The book's final section foremostly consists of three articles published in the *Malaya Law Review* (now the *Singapore Journal of Legal Studies*) between 1987 and 1988, providing an introduction to some of the relevant features of the LOSC in an instructive manner. The first article, regarding the origins of the LOSC, for example, is the book's most comprehensive historical account of the circumstances that led to UNCLOS III. The second piece depicts the rights and duties of states in the territorial sea as well as the contiguous zone and explains the LOSC rules on archipelagos and straits. The last contribution on the EEZ provides an in-depth account of the developments leading to the birth of this maritime zone and the provisions governing it in the LOSC.

The book ends with *Koh's* "Letter on the Law of the Sea", which was published on the occasion of the 30th anniversary of the LOSC in 2013. Here *Koh* touches on some of the challenges to the LOSC system like the increasing depletion of fish stocks due to the lack of functioning fisheries regulation and the relationship between oceans and climate change.

Koh was one of the most decisive figures in the process that led to the conclusion of one of the most important treaties in the history of international law. A reader with no specialised background in the law of the sea will benefit from the introductory character of many of the pieces assembled in this book. Yet attentive readers will also quickly become aware that the texts were not written as chapters of one book. This is most prominent in light of the repetitions throughout the book. Some of the pieces overlap considerably, so one will read about the developments leading up to UNCLOS III, the rules governing straits and certain maritime zones under the LOSC multiple times. This becomes especially evident due to the descriptive character of most chapters in the book. A majority of the chapters primarily seem to serve the purpose of informing the addressees about the contents of the LOSC, a valuable exercise in the 1980s when the Convention was completely novel. However, more experienced readers may sometimes wish for the content to go beyond the black letter of the LOSC.

"Building a New Legal Order for the Oceans" is most engaging when *Koh* shares his insights into the dynamics of UNCLOS III, the techniques that shaped the negotiation and the context that influenced the UNCLOS III-

microcosm. Also, as most of the texts stem from the 1980s they give an idea of the feat that the adoption of the Convention constituted to present-day students of the law of the sea. At the same time, the date of publication and descriptive character of most texts makes the book sit slightly uncomfortably between a textbook and a historical document – amongst the numerous high-quality textbooks on the one hand and rich historical perspectives on the law of the sea on the other – it seems difficult for the book to carve an identity of its own.

However, if one is willing to pay attention to changes in tone, naturally often voiced in a rather diplomatic language, one can also take a closer look at *Koh* away from this book. The anthology reveals the author to be a fervent advocate of the rules-based international order and at the same time one of its architects. With great acumen he provides criticism of positions that he considers as jeopardising this order, for example when addressing the US refusal to join the LOSC. Unsurprisingly, *Koh* at all times showcases a very positive view of the LOSC and emphasises its success more than its shortcomings and current challenges. While one may question whether the LOSC is a “constitution of the oceans”, the prevalence of referrals to this claim demonstrate the influence of the author – and this book provides a worthwhile window into his thinking.

Fabian Simon Eichberger, Cambridge

Ammann, Odile: Domestic Courts and the Interpretation of International Law. Methods and Reasoning Based on the Swiss Example. Developments in International Law, Bd. 72. Leiden/Boston: Brill/Nijhoff. 2019. ISBN 978-90-04-40986-6. 383 S. € 127,00

Nationale Gerichte sind völkerrechtlich in eine *amour impossible* verstrickt (*Hervé Ascensio*). Einerseits müssen sie das Völkerrecht, wie es sich in Verträgen und Völkergewohnheitsrecht äußert, umsetzen; andererseits formen sie eben diese Rechtsnormen und machen sie für die Praxis anwendbar. Die Gerichte stehen sowohl aufseiten der Rechtsanwendung als auch der Rechtsquellen. Wie sich diese Doppelrolle in der Auslegungspraxis der schweizerischen Gerichte niederschlägt, untersucht *Odile Ammann* in ihrer 2019 veröffentlichten Dissertation. Ihr Ausgangspunkt ist die völkerrechtliche Fragestellung, welchen Rechtspflichten die innerstaatlichen Gerichte dabei unterliegen; darüber hinaus betrachtet die Autorin die gerichtlichen Entscheidungen aus einem qualitativen Blickwinkel, sie untersucht, ob die Gerichte vorhersehbar, klar und kohärent urteilen. Letztlich geht es ihr darum, Lösungen zur Verbesserung der innerstaatlichen Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung des Völkerrechts zu liefern. Die Autorin ver-

ZaöRV 80 (2020)

knüpft theoretische Überlegungen zur gerichtlichen Auslegungspraxis mit den völkerrechtlichen Maßgaben zur Auslegung von Vertrags- und Gewohnheitsrecht.

Die Gliederung der Arbeit folgt dem *Raz'schen* Dreischritt: What is interpretation? Why interpret? How to interpret? In das Themenfeld der gerichtlichen Auslegung führt die Autorin über einen Vergleich mit außerrechtlichen Auslegungspraktiken ein, Auslegung wird nach *Andrei Marmor* als "the ascription of meaning to an object" (S. 44) definiert. Auslegung an sich sei kontextgebunden, verlange die Anwendung spezifischer Methoden, ermögliche es, unterschiedliche Ergebnisse zu erzielen, und bedürfe der Begründung (S. 164 f.). Im Unterschied zur Interpretation bspw. eines Kunstwerks zeichne sich die gerichtliche Auslegung aber insbesondere durch die Kompetenz der Gerichte aus, Streitigkeiten bindend beizulegen: "Legal interpretation is different from non-legal interpretation mainly because the law (the *interpretandum*) is idiosyncratic", S. 45. Diese Gegenüberstellung erkläre, warum sowohl Völkerrecht als auch innerstaatliches Recht die Gerichte auf bestimmte Auslegungsmethoden verpflichten (S. 167).

Die theoretischen Ansätze verbindet *Ammann* mit einem Überblick zur Entstehung von Auslegungsmethoden sowohl im nationalen als auch im internationalen Recht. Dafür stützt sie sich auf eine Analyse des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVK) sowie auf die Draft Conclusions on Identification of Customary International Law der International Law Commission. Wichtig ist ihre Feststellung, dass die Auslegungsmethoden keine grundlegenden Unterschiede aufweisen: "The basic methods prescribed by the VCLT, for instance, are the same as those that govern statutory and constitutional interpretation", S. 175. Beide Regelungsebenen verlangten, nach dem Wortlaut, der Systematik, dem Telos und der Entstehung der Norm auszulegen (S. 197 ff.). Alle vier Auslegungsmethoden gelten laut *Ammann* völkergewohnheitsrechtlich und für sämtliche Völkerrechtsquellen (S. 220 f.); sie sind gleichrangig und gemeinsam heranzuziehen, wobei bestimmte Rechtsquellen Anpassungen erfordern (S. 220). Interessanterweise diskutiert die Autorin die Argumente für und gegen die Heranziehung völkerrechtlicher Auslegungsmethoden durch nationale Gerichte abstrakt und unabhängig vom untersuchten Rechtsprechungskorpus. Letztlich erlaubt ihr diese Vorgehensweise aber, nicht bei der Rechtspflicht zur Anwendung der Auslegungsmethoden stehen zu bleiben, sondern darüber hinaus einen normativen Maßstab für gerichtliches Entscheiden zu entwickeln: Neben der Legalität seien die Gerichte der Qualität verpflichtet, sie müssen vorhersehbare, klare und kohärente Entscheidungen treffen. Andernfalls sei ihre Rolle bei der Rechtsschöpfung in Bezug auf die Völker-

rechtsquellen nach Art. 38 Abs. 1 lit. a-c Statut des Internationalen Gerichtshofs (IGH) sowie als Hilfsmittel der Auslegung nach Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH Statut gemindert (S. 10 f.).

Rechtspflicht und Qualitätsstandard werden schließlich auf einen umfassenden Rechtsprechungskorpus unterschiedlicher schweizerischer Gerichte angewendet, die Autorin schreibt: "I examine the extent to which Swiss courts [...] respect the methods of treaty interpretation required by international law and [...] interpret treaties in a predictable, clear, and consistent way", S. 224. Sie untersucht im Zeitraum von 1954 bis 2019 die Auslegung sowohl völkerrechtlichen Vertragsrechts als auch ungeschriebenen Völkerrechts (Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze). Die Auswahl der Entscheidungen beruht auf einer Datenbankrecherche anhand von Stichworten (S. 225, 283); den Untersuchungsgegenstand der Arbeit bildet die Rechtsprechung der obersten schweizerischen Bundesgerichte sowie ausgesuchter kantonaler Gerichte (Cour de Justice Genève, Obergericht und Verwaltungsgericht Zürich, Appellationsgericht Basel-Stadt und Obergericht und Verwaltungsgericht Bern).

Im Ergebnis äußern sich am doppelten Maßstab der Legalität und Qualität der Entscheidungen Probleme: Bei der Auslegung von Vertragsrecht vernachlässigten die schweizerischen Gerichte völkerrechtliche Auslegungsmethoden, sei es durch eine im Völkerrecht nicht haltbare Priorisierung von Auslegungsansätzen, sei es durch gänzlich fehlende Auslegung oder durch die Einbeziehung innerstaatlicher Rechtsfiguren, wie dem *effet utile* (S. 270). Insgesamt fehle es den angewandten Auslegungsmethoden häufig an Transparenz (S. 269).

Die Autorin stellt zudem die Selbstbezogenheit und Zirkularität der schweizerischen Gerichtsentscheidungen fest: Sie rekurrerten sowohl in Bezug auf das Verständnis von Vertragsinhalten als auch bei der Frage, ob eine Norm ungeschriebenes Völkerrecht darstellt, auf die Praxis schweizerischer Organe und zögen häufig ihre eigene Rechtsprechung zur Begründung hinzu (S. 271, 318). In der Entscheidung zu einem Akteneinsichtsbegehren stützte das schweizerische Bundesverwaltungsgericht seine Auslegung des Art. 4 Abs. 4 lit. c der Aarhus Konvention bspw. auf die Genehmigung der Aarhus Konvention durch den Bundesrat – ein Ansatz, den Art. 32 WVK nicht trägt (vgl. Bundesverwaltungsgericht, A-4186/2015, Urteil vom 28.1.2016, Rz. 7.5.3). Bei der Begründung findet *Ammann* weitere Schwächen der schweizerischen Rechtsprechung: Sie beruhe insbesondere in Bezug auf ungeschriebenes Völkerrecht auf ungenauer Terminologie und bleibe oft oberflächlich (S. 318). Schließlich sei auch der Verweis auf die in Art. 38 Abs. 1 lit. d IGH Statut genannten Quellen unsystematisch, über-

ZaöRV 80 (2020)

wiegend beziehen sich die schweizerischen Gerichte auf Lehrmeinungen und übersehen dabei die Staatenpraxis sowie Entscheidungen völkerrechtlicher Gerichte (S. 271).

In Ergänzung zur umfassenden Literatur, die die Funktion nationaler Gerichte im Völkerrecht erforscht, scheut sich die Studie nicht, inhaltlich-qualitative und rechtliche Anforderungen an die nationale Rechtsprechung zu stellen und adressiert so auch die Praxis. Darin liegt die Stärke des vorgestellten Buchs. Zu kurz kommt indes die im Zusammenspiel der rechtlichen Ebenen angelegte Spannungslage, in der sich die Gerichte bei der Auslegung von Völkerrecht bewegen.

In der Zusammenführung der Rechtsprechung gelingt der besprochenen Arbeit ein fundierter Überblick über die Herangehensweise schweizerischer Gerichte an die Auslegung des Völkerrechts. Die klare Maßstabbildung in den einführenden Kapiteln ermöglicht es der Leserin, die geschilderte gerichtliche Argumentation sowohl mit den völkerrechtlichen Auslegungsmethoden als auch mit der Qualität gerichtlicher Entscheidungen abzugleichen. Freilich wäre es wünschenswert, in den ein oder anderen Fall tiefer einzutauchen. Dem steht die Aufteilung des Buchs teilweise entgegen, da die Kontextualisierung des schweizerischen Rechtssystems an den Anfang gestellt und dadurch von der Rechtsprechung getrennt bearbeitet wird. Bei der Untersuchung der Rechtsprechung bleiben die Verweise auf die Kontexte dann kursorisch. Das ist bedauerlich, weil die Hintergründe auf einer ausführlichen und übersichtlichen Rechtsprechungsanalyse basieren. Dort treten die Besonderheiten des schweizerischen Rechtssystems hervor: Die Spielräume der Gerichte im monistischen System, die Neutralität der Schweiz in den internationalen Beziehungen (S. 68) sowie die starke Stellung legislativer und plebiszitärer staatlicher Gewalt (S. 92 ff., 112 ff.) machen die Schweiz zu einem interessanten Untersuchungsfeld. Hinzu tritt die umstrittene Wahl der Richterinnen und Richter durch die Legislative und die aktuelle Debatte um ihre Unabhängigkeit (S. 114 ff.). Die Kontextualisierung fokussiert zudem den vom Bundesgericht begründeten pragmatischen Methodenpluralismus, mit ihm verfolgen die schweizerischen Gerichte eine ergebnisorientierte Auslegungspraxis. Wie diese Umstände die Auslegung der Gerichte im Einzelfall bedingen, wird jedoch nur angerissen (vgl. bspw. die Zurückhaltung des Bundesgerichts gegenüber der Exekutive im Bereich der Immunität, S. 291). So bleibt teils unklar, worauf die Urteilspraxis der Gerichte beruht und inwiefern letztlich doch Konflikte aus der gleichzeitigen Verpflichtung aus nationalem und aus internationalem Recht entstehen können. Die von der Autorin gewählte Trennung von Kontexten und Rechtsprechungsanalyse ermöglicht aber die Gegenüberstellung der

schweizerischen Praxis mit einem Überblick zur Praxis anderer nationaler Gerichte weltweit.

Dem Wunsch nach einer tieferen Kontextualisierung liegt eine Frage zugrunde, die das vorgestellte Buch anreißt und an die weitere Forschung anknüpfen kann: Nationale Gerichte tragen zwei Hüte (*Anthea Roberts*), sie setzen Völkerrecht um und legen seinen Inhalt fest. Zusätzlich bestimmen sie, wie von *Ammann* dargestellt, das Verhältnis von Völkerrecht und nationalem Recht (S. 74, 80). Nationale Gerichte prägen somit auch die Anwendung von Auslegungsmethoden, sie setzen sie nicht nur um – das macht den Praxisbezug der rezensierten Arbeit so überzeugend. Unter welchem (rechtlichen) Druck stehen aber die nationalen Gerichte in dieser Doppelrolle?

Obwohl die Auslegungsmethoden grundsätzlich innerstaatlich und völkerrechtlich parallel laufen, können im Einzelfall Spannungen entstehen, die sich besonders auf das Verhältnis der vier Methoden und auf die simultane Anwendung des Auslegungskanons beziehen. *Ammann* zeigt auf, dass Völkerrecht teils “deliberately vague” (S. 178 ff.) bleibt. Zudem folgen Völkerrecht und nationales Recht unterschiedlichen Wegen bei der Rechtssetzung (S. 59, 178). Die Doppelrolle der nationalen Gerichte ist somit von Spannung durchzogen, sie sind zwei Rechtsebenen verpflichtet. Das gilt selbst im monistischen System der Schweiz (vgl. S. 73: “[T]he distinction between monism and dualism is a spectrum rather than a dichotomy.”). Die Autorin erkennt dies und formuliert abschließend Empfehlungen zur Verbesserung der innerstaatlichen Rechtsprechung (S. 323 ff.): Die Völkerrechtsexpertise der Richterinnen und Richter sei zu fördern, die richterliche Unabhängigkeit zu stärken. Interessant wäre es, auf der Grundlage des kontextualisierten Rechtsprechungskorpus darüber hinaus zu erarbeiten, inwiefern diese Spannung ein Problem der Stellung nationaler Gerichte im Völkerrecht ist – und sich nicht in einer zu verbessernden Situation der Gerichte erschöpft, die durch institutionelle Reformen und Bildungsmaßnahmen zu lösen wäre. *Ammann* schreibt über “the ambivalence of judicial interpretation. It is an activity that is both constrained and free” (S. 162). In der Weiterführung dieses Gedankens stellt sich die Frage, aus welchen Richtungen die Gerichte beschränkt werden und wie sie mit den teils divergierenden Anforderungen, nicht nur an die Legalität und Qualität ihrer Entscheidungen, sondern bspw. auch an die Gewaltengliederung, umgehen.

Odile Ammann leistet mit ihrer Studie einen wichtigen Beitrag zur Konkretisierung völkerrechtlicher Auslegungsmethoden. Vor einem theoretischen Hintergrund weist ihre Arbeit einen überzeugenden Praxisbezug auf. “Interpretative methods aim at bringing light upon the black box of judicial

discretion. They provide a benchmark against which exercises of judicial power can be evaluated and anticipated with reasonable certainty”, schreibt die Autorin (S. 182). Ihr gelingt es, auch über die schweizerische Rechtsordnung hinaus, Licht auf die Auslegungsmethoden und ihre innerstaatliche rechtliche Relevanz zu werfen und die völkerrechtlichen Pflichten nationaler Gerichte zu schärfen. Auf der Grundlage eines umfassenden Rechtsprechungskorpus arbeitet sie die Schwächen der schweizerischen Rechtsprechung heraus. Vergleichende Ansätze werden an *Ammanns* Methoden und Ergebnisse anknüpfen und diese für sich fruchtbar machen können.

Anna-Julia Saiger, Berlin/Freiburg

Von Lingen, Kerstin: “Crimes Against Humanity”. Eine Ideengeschichte der Zivilisierung von Kriegsgewalt 1864-1945. Krieg in der Geschichte, Bd. 102. Stuttgart: Verlag Ferdinand Schöningh. 2018. ISBN 978-3-657-78775-3 (eBook), ISBN 978-3-506-78775-0 (Hardback). 386 pp. € 79,00

Central Peripheries: Jurists-in-Exile and the Martens Clause in *Kerstin von Lingen’s* Crimes Against Humanity

Kerstin von Lingen, a professor of contemporary history at the University of Vienna, has written an ambitious new history of crimes against humanity.

Von Lingen emphasizes the importance of tracing the history of crimes against humanity back to the 1860s. By doing so, she departs from *Philippe Sands’s* focus on the 1940s in “East West Street” (2016) and even more capacious temporalizations like *Norman Geras’s* starting point of *Grotius’s* idea of limits to sovereign authority (*Crimes Against Humanity: Birth of a Concept*, 2011). According to *von Lingen*, the appeal of the concept as a tool for criminal prosecution at Nuremberg and Tokyo drew on earlier political and moral meanings. It is an argument about conceptual history, the accumulation of layers of meaning over time. The extended temporal scope also expands *von Lingen’s* cast of characters. She highlights the role of civil society and the concept’s deep embedment within the history of the laws of war. Despite the expanded temporal scope, however, *von Lingen’s* narrative continues to centralize the 1940s, where her analysis of the concept culminates.

Von Lingen’s second intervention is about who-did-what during the juridification of crimes against humanity in the 1940s. In her telling, *Hersch Lauterpacht* – “the man who put the words ‘crimes against humanity’ into the Nuremberg Trial”, (*Philippe Sands*, following *Martti Koskeniemi* and *William Schabas*) – shrinks to the size of a mere “transmitter” (p. 23) and “connecting link” [*Bindeglied*, p. 324]. Less established international law-

yers and diplomats in exile from the occupied states of Europe, not *Lauterpacht*, paved the way for the juridification of crimes against humanity. To use *von Lingen*'s turn of phrase, *Lauterpacht* himself was "semi-peripheral" to the construction of the Nuremberg legal framework in the sense that he provided access to decisionmakers but barely contributed to the creative process. Hitherto overlooked jurists certainly contributed much to the conceptualization of crimes against humanity in the 1940s, but the division between *Lauterpacht* – a refugee from Nazi occupation himself – and the other jurists-in-exile often seems drawn too sharply.

As *von Lingen* recontextualizes the 1940s and allied jurists, she creates new narrative centers: conceptually, the Martens Clause becomes a transtemporal "structuring element" [*Strukturelement*, p. 28], and on the actor level she centers the group of jurists-in-exile in London.

The book is structured in two parts. Part I – "The Fulfillment of the Martens Clause?" – traces the moral and political lives of crimes against humanity from the 1860s to the interwar period. Since the mid-nineteenth century, the laws and requirements of humanity were referenced in various "arenas of juridification" of the laws of war including the St. Petersburg Conference (1868), the Brussels Conference (1874), and especially the 1899 and 1907 Hague Peace Conferences.

Von Lingen insists on the importance of the Martens Clause, which resulted from the 1899 Hague Peace Conference, to the history of crimes against humanity. The clause placed populations and combatants under the protection of "the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of public conscience [...] until a more complete code of the laws of war is issued." For the first time, the connection between civilization, the laws of humanity, and public conscience was codified in positive international law.

The inscription of the Martens Clause into the history of crimes against humanity is familiar. The abovementioned *Norman Geras* sees the Martens Clause as "the decisive point of entry into the actual instruments of international law of part of the thinking behind crimes against humanity" (p. 5), and *Cherif Bassouni* likewise finds the "genesis" of the concept in the preamble to the First Hague Convention (Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application, 2011, p. 86).

Following the golden age of codifications, the First World War brought with it a series of blunted firsts. In a 1915 telegram, the governments of France, Great Britain, and Russia condemned the Ottoman Empire for crimes against humanity, marking the first-ever use of the concept in a dip-

lomatic document. (Earlier drafts spoke of crimes against Christianity, but the turn of phrase was changed for fear of offending the Ottoman government.) Either way, the telegram barely resonated and spurred no legal action. After the First World War, crimes against humanity came up at the Paris Peace Conference, but the texts of the peace treaties themselves did not mention it. The trials of Leipzig and Constantinople, finally, became cautionary tales for the ineffectiveness of vanquished states prosecuting their own military leaders. Well into the interwar period, *von Lingen* demonstrates, crimes against humanity had moral and political salience but lacked legal efficacy.

Only during the Second World War did the phrase crimes against humanity get juridified and begin to hold the legal weight it wields today. This is the story *von Lingen* tells in Part II – “Expert Commissions in the ‘London hub’”. In London, jurists-in-exile from Nazi-occupied Europe transformed crimes against humanity from a moral and political concept into a “legal tool.”

According to *von Lingen*, *Marcel de Baer* (Belgium), *Bohuslav Ečer* (Czechoslovakia), *Jan Maarten de Moor* (Netherlands), and *René Cassin* (France) were at the forefront of this transformation. First at the Cambridge Commission – which grew out of a conference organized by *Hersch Lauterpacht* at the Cambridge Faculty of Law –, then at the London International Assembly (LIA), and finally at the United Nations War Crimes Commission (UNWCC), these jurists-in-exile advocated for crimes against humanity as an antidote to the excesses of state sovereignty and the limitations of the category of war crimes (which only applied to acts committed during wartime, among other limitations). *Lauterpacht*, who according to *Sands* had the idea of putting the words crimes against humanity into the Nuremberg statute, is accordingly sidelined as a mere facilitator of access to political elites in *von Lingen*’s narrative, even though he also organized the inaugural conference of the Cambridge Commission and proposed the definition of crimes against humanity. As eventually codified in Article 6 c) of the London Charter in 1945, crimes against humanity held individuals accountable for crimes committed by states against any civilian population, including their own, before or during wartime. In theory, this signaled the end of officials’ immunity from prosecution for involvement in state crimes and dramatically expanded the reach of international law.

The UNWCC was, to use *von Lingen*’s metaphor, the “metronome” [*Taktgeber*, p. 297] of international legal reform in the 1940s, steadily advocating for criminal prosecution of Nazi leaders. Meanwhile, British and United States government officials often deferred to or even defended state

sovereignty. In a particularly striking citation, *von Lingen* quotes British Foreign Minister *Anthony Eden* as coldly saying that nothing was to be done about Buchenwald, as “crimes committed by Germans against Germans, however reprehensible, are in a different category from war crimes and cannot be dealt with under the same procedure” (p. 306).

Conversely, the UNWCC – the Czech jurist and politician *Bobuslav Ečer* in particular – advocated for an expansive notion of crimes against humanity. It was the UNWCC that reanimated crimes against humanity from its interwar hiatus, using the concept in a 1944 meeting to describe the legal responsibility of the Nazi leadership for crimes committed in German territories against German citizens. Here, the concept was for the first time defined in a way that made it useful as a tool for criminal prosecution, a breakthrough that would continue in fits and starts at the Nuremberg and Tokyo Trials, and culminate in the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia (1993) and Rwanda (1994).

Von Lingen’s wide-ranging research uncovers crucial debates within the UNWCC, with *De Baer* and *Ečer* among the most active participants. Here, the two halves of the book could have spoken more to one another by connecting the conceptual argument with the archival intervention. Uncovering a group of overlooked historical actors is an achievement in its own right, but I was left wondering about its conceptual implications for the history of crimes against humanity.

If the UNWCC was the metronome of legal reform, the Martens Clause supplied the “triad” [*Dreiklang*, p. 337] that animated its melody: civilization, the laws of humanity, and public conscience. The centrality of the Martens Clause to *von Lingen’s* history of crimes against humanity raises questions about the conflicting temporalities of law and history: how does law use history, and vice versa?

The Martens Clause’s orientation toward progressive completeness and the universal valence of “humanity” meant that again and again, jurists returned to the Martens Clause to legitimize new law by grounding it on old principles – an old trick or, perhaps, one of the foundational methodologies of law. In 1942, *Georg Schwarzenberger* based his appeal for the criminalization of actions running counter to international law on the Martens Clause (p. 293). In 1944, *Ečer* emphasized that the Martens Clause and its central concept of humanity were still at the very heart of international law. These are examples of lawyers using past law, drawing on the prestige of well-known declarations to propose reform. They present a fascinating and underexplored tension between the centrality of sovereignty in the Hague

Rules of Land Warfare and the use of the Martens Clause by lawyers in the 1940s to articulate legal principles that reached beyond sovereignty.

Von Lingen not only records the historical uses of the Martens Clause, she also interprets the historical record through its triad. When *Marcel de Baer* reached out to *Lord Maugham* in 1942 to have him advocate for an international criminal court in the House of Lords, he engaged the public “in line with the third element of the Martens Clause” – public conscience – *von Lingen* maintains (p. 257). Similarly, when UNWCC Chair *Sir Cecil Hurst* advocated for the work of his organization to be given broader scope in 1944, he legitimized this step with reference to the “public mind”, which amounted to “an explicit reference to ‘public conscience’, an element known from the Martens Clause” (p. 296). And when *Lord Wright* and the UNWCC advocated that crimes against humanity should be a universal concept applicable to the Holocaust and to other future mass atrocities as well, this was “clearly reminiscent of the universalist aspirations of the Martens Clause” (p. 316).

Here, *Kerstin von Lingen* takes up law to structure historical narratives and bring order into a messy conceptual universe. In “Crimes Against Humanity”, civilization, the laws of humanity, and public conscience seem neatly anchored in the Martens Clause. But it is a deceptive tidiness. After all, the concepts of the “triad” were used in a great number of other nineteenth-century legal documents and circulated widely beyond them as well. They were basic concepts (*Grundbegriffe*) in their own right, unwieldy and capacious. By affixing the intellectual history of crimes against humanity to the Martens Clause, *von Lingen* foregoes a more thorough treatment of the multilayered conceptual histories of civilization, humanity, and public conscience.

Most provocatively, even when documents are silent on the Martens Clause and its constituent concepts, *von Lingen* nevertheless reads them into history. She admits, for example, that the final report of the LIA did not mention the term humanity, but still insists that “the universalist aspirations of the Martens Clause are tangible”, in concepts like the “laws of mankind” perhaps, or the appeal to “certain standards” below which public morality ought not fall (p. 255). I, too, see the final report’s universalist aspirations, but am troubled by the interpretive connection of this universalism to the Martens Clause. What are the stakes of such a connection, and to what extent does it overstate the importance of the Martens Clause to the history of crimes of humanity?

It is one thing, in other words, to describe how jurists turned to a foundational document like the Martens Clause to legitimize attempts at interna-

tional legal reform. But to structure history according to the progressive logic of this foundational document is to replicate the lawyers' legitimizing impulse, only here not to bolster reform but rather to celebrate the Martens Clause itself. In an article in 2000, Italian jurist *Antonio Cassese* called the Martens Clause a "legal myth" ("The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky", p. 188). This myth animates and therefore remains intact in "Crimes Against Humanity".

Equally perplexing is the narrow definition of the legal in "Crimes Against Humanity". Even in its primarily moral and political incarnations, crimes against humanity was bound up with juridification debates, and yet *von Linggen* insists that it only became a legal tool in the 1940s. I want to propose a more pluralistic concept of law and the legal, one that makes room for diachronic change and synchronic multilayeredness. Similarly, I wished for more of an explanation of what, to *von Linggen*, makes a concept either moral or political, and what the stakes of such a binary distinction are compared to thinking through the moral politics (*Moralpolitik*) of crimes against humanity.

Lastly, I grapple with the consequences of a narrowly defined concept of the legal for the overall narrative of "Crimes Against Humanity". If crimes against humanity only became a legal concept during the Second World War, its earlier history, notwithstanding all insistence on the importance of the nineteenth century, becomes a kind of pre-history. The movement from the nineteenth century to Nuremberg, then, becomes an act of modernization (*Modernisierung*, e.g. p. 138, p. 168) and, cautiously, even progress (*Fortschritt*, e.g. p. 168). This modernization narrative leaves little room for the ambivalences of the ever-increasing legal codification and institutionalization of law over the last 160 years. It takes up the normative impulse of the Martens Clause toward a "more complete code" without reflecting on the particular historicity of this legalistic optimism.

Elena Kempf^{*}, Berkeley, USA

Frantziou, Eleni: The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union. Oxford U.K.: Oxford University Press. 2019. ISBN 978-0-19-883715-2. XXI, 231 S. £ 80,00

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zur Drittwirkung von Grundrechten ist unübersichtlich. Ausgangspunkt

* *Elena Kempf* is a PhD Candidate in the Department of History at the University of California, Berkeley. She is writing a dissertation on the history of weapons prohibitions in international law between the 1860s and 1920s. She is interested in the histories of human rights, humanitarianism, and international law.

einer langen und komplexen Entwicklung ist die berühmte *Van Gend en Loos*-Entscheidung (Rs. 26/62, EU:C:1963:1), in welcher der Gerichtshof die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts grundsätzlich anerkannte. In *Defrenne II* (Rs. 43/75, EU:C:1976:56) erkannte der EuGH die unmittelbare Drittwirkung einer grundrechtlichen Vertragsnorm, des heutigen Art. 157 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der den Grundsatz der Entgeltgleichheit von Männern und Frauen gewährleistet, an. Da allerdings kaum weitere Grundrechte im primären Unionsrecht normiert waren, spielten sich Fälle, in denen (Grund-)Rechte gegenüber Privaten geltend gemacht wurden, hauptsächlich im Rahmen der Durchsetzung von Rechten aus Richtlinien ab. Deren fehlende ordnungsgemäße Umsetzung kann zwar bekannterweise zur unmittelbaren Wirkung von inhaltlich unbedingten und hinreichend genauen Richtlinienbestimmungen führen; die positive unmittelbare Wirkung von Richtlinien im horizontalen Rechtsverhältnis ist allerdings immer ausgeschlossen worden. Dies führte zu der eher zufälligen Unterscheidung, dass primärrechtliche und in Verordnungen verbürgte Grundrechtsnormen potenziell Drittwirkung entfalten konnten, in Richtlinien verankerte Rechte an sich hingegen nicht. Mit der großzügigen Konzeption der verschiedenen Erscheinungsformen des richtliniengebundenen Staates (grundlegend: *Foster*, C-188/89, EU:C:1990:313) und Verweisen auf Staatshaftungsansprüche nach der *Francovich*-Doktrin versuchte der EuGH punktuell, diese Situation zu verbessern.

In der Rechtssache *Mangold* (C-144/04, EU:C:2005:709) umging der EuGH schließlich die fehlende unmittelbare Wirkung der Altersdiskriminierungsrichtlinie 2000/78 zwischen Privaten, indem er dem in dieser Richtlinie konkretisierten allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung (heute Art. 21 Grundrechtecharta [GRC]) eine unmittelbare Drittwirkung zuerkannte. Das Inkrafttreten der Grundrechtecharta brachte zunächst nur wenig Bewegung in die Rechtsprechung. In zahlreichen Fällen bestätigte der EuGH, dass eine Drittwirkung gewisser Rechte, die in Richtlinien konkretisiert wurden, von ihrer Stellung als allgemeine Rechtsgrundsätze abhängt, wobei ihre Kodifizierung in der GRC allenfalls als Bestätigung dieses Status herangezogen wurde.

Behutsam entwickelte der EuGH sodann für die Rechte der GRC, im Unterschied zu den dort verbürgten Prinzipien (*AMS*, C-176/12, EU:C:2014:2), ein System der grundrechtlichen Drittwirkung. So erkannte der EuGH sukzessive an, dass Art. 21 und 47 GRC aus sich heraus oder durch eine Richtlinie konkretisiert, Drittwirkung entfalten können (*Dansk Industri*, C-441/14, EU:C:2016:278; *Egenberger*, C-414/16, EU:C:2018:257;

IR, C-68/17, EU:C:2018:696). Wenn es um Ansprüche und Rechte aus Richtlinien geht, bleibt somit der “Ausweg” aus der fehlenden Horizontalwirkung von Richtlinien über Rechte in der GRC erhalten, doch wird auch eine unmittelbare Drittwirkung gewisser Grundrechte in Konstellationen ermöglicht, in denen die geltend gemachten Rechte nicht aus Richtlinien stammen.

Der vorerst letzte größere Schritt dieser Rechtsprechungslinie kam in den Urteilen *Bauer und Willmeroth* (verb. Rs. C-569/16 und C-570/16, EU:C:2019:871) sowie *Max-Planck-Gesellschaft* (C-684/16, EU:C:2019:874). Der EuGH stellte klar, dass die GRC, entgegen einer engen Lesart von Art. 51 Abs. 1 GRC, grundsätzlich aus sich heraus Drittwirkung entfalten kann. Dies ergebe sich nicht etwa aus der besonderen Wichtigkeit bestimmter dort verankerter Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, sondern aus der verfassungsrechtlichen Stellung der GRC selbst. Welche Grundrechte der GRC unmittelbare Wirkung zwischen Privaten entfalten, bestimmt der EuGH danach, ob die fragliche Vorschrift an sich zwingend und nicht von Bedingungen, wie einer sekundärrechtlichen oder mitgliedstaatlichen Umsetzung oder Konkretisierung, abhängig ist. Dennoch legt der EuGH großen Wert darauf, dass die Durchsetzung dieser Grundrechte mit Drittwirkung den nationalen Gerichten überlassen bleibt – diese müssen z. B. den in *Bauer* streitgegenständlichen Art. 31 Abs. 2 GRC nicht unmittelbar zwischen Privaten anwenden, wenn es andere Möglichkeiten gibt, das nationale Recht unionsrechtskonform auszulegen. Darüber hinaus hält der EuGH an der Unmöglichkeit, Richtlinien zwischen Privaten anzuwenden, fest. Der Test, ob sich Grundrechte zur horizontalen Drittwirkung eignen, greift einerseits die Unterscheidung von individuellen Rechten und Grundsätzen auf und spiegelt andererseits die allgemeinen Anforderungen an die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts, wengleich mit besonderem Fokus auf die Unbedingtheit der Vorschrift.

Diese komplizierte Entwicklung, die auf verschiedenen Ebenen operiert und sie regelmäßig vermengt, verdeutlicht die zahlreichen Entwicklungspotenziale und Unklarheiten dieser Rechtsprechung. Vor dem Hintergrund der deutlichen Aufwertung der ggf. mit Drittwirkung versehenen Unionsgrundrechte zu relevanten Prüfungsmaßstäben durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinen Beschlüssen zum *Recht auf Vergessen I & II* (1 BvR 16/13 und 1 BvR 276/17) ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Fragen auch für die nationale Praxis zwingend.

In ihrem Werk “The Horizontal Effects of Fundamental Rights in the European Union”, beruhend auf ihrer doctoral thesis am University College London, schickt sich *Eleni Frantziou* an, dringend benötigtes Licht ins

ZaöRV 80 (2020)

Dunkle der Horizontalwirkung der Unionsgrundrechte zu bringen. Das Buch gliedert sich in drei Teile. Zunächst beschreibt *Frantziou* das Problem der Drittwirkung von Grundrechten in einer Zeit, in der die Bedeutung des Staates aufgrund der Globalisierung und der Privatisierung von ehemals öffentlichen Funktionen abnimmt. So ließe sich eine strikte Unterscheidung von öffentlichen und privaten Akteuren nicht aufrechterhalten. Immer mehr privatrechtliche Beziehungen seien von öffentlicher Relevanz, aber aufgrund ihrer privatrechtlichen Natur ohne eine sinnvolle grundrechtliche Drittwirkung grundrechtlich schutzlos gestellt. In einer kurzen Betrachtung verschiedener mitgliedstaatlicher Modelle grundrechtlicher Drittwirkung und den dort bestehenden Debatten zeigt die Autorin auf, dass Drittwirkung jeweils ein größeres Puzzleteil in einem verfassungsrechtlichen Wertesystem sei, während gleichzeitig die zu verschiedenen nationalen Ansätze eine eigenständige Drittwirkungstheorie für den supranationalen Raum nötig machen würden.

Sodann analysiert und kritisiert *Frantziou* in beeindruckender Detailtiefe den oben grob skizzierten Stand der Rechtsprechung des EuGHs zur Drittwirkung von Grundrechten bis Mitte des Jahres 2018, einschließlich des Urteils in *Egenberger*. Hierbei argumentiert *Frantziou*, dass die bis dahin vorherrschende Vermengung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts mit der Frage nach der Drittwirkung von Unionsgrundrechten nicht mehr tragfähig sei. Die Überlagerung dieser Fragestellungen werde der Problematik der Drittwirkung der Grundrechte nicht gerecht. Vor allem bemängelt *Frantziou* die Inkohärenz dieser Rechtsprechungslinien, die verschiedene Inkarnationen etwa des Gleichbehandlungsgrundsatzes mehr oder weniger zufällig in unterschiedliche Kategorien einteile und das Inkrafttreten der GRC und ihre Bedeutung für das unionsrechtliche System an sich nur unzureichend aufnehme. Ferner wird die kritische Rezeption von *Mangold*, die zum *Honeywell* Beschluss des BVerfGs (BVerfGE 126, 286) führte und die *ultra vires* Rüge durch das dänische Höchstgericht (Fall 15/2014, *Dansk Industri acting for Ajos A/S v. The estate left by A.*) in Bezug auf *Dansk Industri* herangezogen, um für eine Änderung der Rechtsprechung zu plädieren. Noch tiefergehender knüpft *Frantziou* an ihre Feststellung an, dass Drittwirkung Teil eines bestimmten verfassungsrechtlichen Wertesystems sei, wobei die Diskussion in der Europäischen Union (EU) ein solches System nicht zufriedenstellend entwickle. Das Problem sei, dass die einschlägige Rechtsprechung, exemplifiziert durch die Urteile in *Laval* (C-341/05, EU:C:2007:809) und *Viking* (C-438/05, EU:C:2007:772), die Grundrechte und ihre Ausübung als Beschränkungen des Marktes konzeptualisiere und keine Auseinandersetzung mit der Rolle der GRC für die

EU als politische Gemeinschaft von Grundrechtsträgern zuließe. Für eine funktionierende, unionsverfassungsrechtliche Theorie der Drittwirkung müsse das Denken des Unionsrechts von individuellen Rechtspositionen her überwunden werden. Vielmehr sei Drittwirkung in einer “*constitutional polity*” zu denken.

Vor diesem Hintergrund schlägt *Frantziou* schließlich im dritten Teil des Buches eine eigenständige, unionsverfassungsrechtlich grundierte Rechtfertigung der Drittwirkung von Unionsgrundrechten vor, die sich von der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts löst und auf eigenen Füßen steht. *Frantziou* sieht in einer eigenständigen, ausdrücklich auf der Charta aufbauenden Begründung für Drittwirkung die Möglichkeit, eine klare Struktur und Vorhersehbarkeit der Drittwirkung zu gewährleisten, was die Akzeptanz der Drittwirkungsrechtsprechung erhöhen soll. *Frantziou* befürwortet als Grundlage für eine solche eigenständige Theorie die politische Gleichheit der UnionsbürgerInnen. Politische Gleichheit sei eine allgemeine Rechtfertigung für Grundrechte, da Grundrechte die unterschiedlose Teilhabe von BürgerInnen am politischen Geschehen in ihrem System gewährleisten. Als Test für die Drittwirkung fungiere die politische Gleichheit, indem Grundrechte auch gegenüber Privaten gelten sollten, wenn Letztere in einer bestimmten Situation die Macht hätten, die Gewährleistungen von Grundrechten in privatrechtlichen Formen von öffentlicher Teilhabe einzuschränken. Es gehe darum, Umstände zu gewährleisten, in denen Individuen selbst in der Lage sind, ihre Beziehungen zu anderen, ihnen gleichgestellten Individuen, zu gestalten. Nach diesem Modell seien nicht alle Grundrechte der GRC automatisch in allen denkbaren Konstellationen horizontal anwendbar. Vielmehr hänge die Horizontalwirkung von der Rolle des jeweiligen Grundrechts im Einzelfall und seiner Bedeutung zur Verwirklichung der politischen Gleichheit der UnionsbürgerInnen in der jeweiligen Situation ab.

Auch nach den bedeutenden Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH nach Abschluss des Buches, welche die Autorin in einer Urteilbesprechung mitverfolgt hat (*Frantziou*, (Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable, 15 EUConst 2019, S. 306-323), bleibt das Werk relevant. Einerseits hat der EuGH seine ältere Rechtsprechung keineswegs aufgegeben. Es ist ein großer Verdienst des Werkes, diese schwer durchdringliche Materie umfassend und kritisch aufzubereiten. Die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung erfolgt durchweg auf hohem Niveau und zeigt unterschiedliche Schwächen und Inkonsistenzen aus grundrechtlicher Sicht auf. Andererseits ist der ambitionierte Versuch, eine eigenständige Theorie der grundrechtlichen Drittwirkung im Unionsrecht vorzule-

ZaöRV 80 (2020)

gen, ein gewichtiger Beitrag zur Diskussion um grundrechtliche Drittwirkung, auch jenseits des unionsrechtlichen Rahmens. Es ist eine besondere Leistung des Werkes, eine Theorie vorgelegt zu haben, mit der sich AkademikerInnen, der EuGH und nationale Gerichte auf ihrer Suche nach einer belastbaren Herangehensweise an die Drittwirkung von Grundrechten nunmehr auseinandersetzen sollten.

Allerdings sollte hierbei bedacht werden, dass die Kritik an der Rechtsprechung des EuGHs hauptsächlich daher rührt, dass die Autorin sie daraufhin untersucht, ob der EuGH eine belastbare Herangehensweise an die Drittwirkung von Grundrechten konzipiert. Dies wird aber der historischen Entwicklung dieser Rechtsprechung nur bedingt gerecht – schließlich war der EuGH stets angehalten, Lösungen für einen konkreten Einzelfall zu finden, der wiederum oft die Auslegung und Anwendung einer konkreten Richtlinie betraf. Der EuGH scheut, wohl im Ergebnis zurecht, den Schritt, Richtlinien eine unmittelbare Horizontalwirkung zuzuerkennen. Die Lösung in *Mangold* über die allgemeinen Rechtsgrundsätze war ein kreativer Ausweg aus dieser Sackgasse in einer Zeit, in der die GRC noch keine Rechtskraft erlangt hatte. Die Folgeverfahren, die wiederum stets in Richtlinien verbürgte Rechte betrafen, konsolidierten diesen Ausweg aus der fehlenden Horizontalwirkung von Richtlinien. Die allein grundrechtliche Perspektive wäre in diesen Verfahren den an den EuGH gerichteten Vorlagefragen, die den Umgang mit bestimmten in Richtlinien verbürgten Rechten betrafen, nicht gerecht geworden. *Frantzious* Kritik ist daher wohl vor allem Ausdruck einer eher akademischen Frustration mit der evolutiven und nur jeweils am Einzelfall entwickelten Fortschreibung des Unionsrechts durch den EuGH, der mehr an der Lösung eines konkreten Falles als an der Schaffung dogmatisch und theoretisch ausgeklügelter Obersätze interessiert ist. Insofern bezeugt die Aufarbeitung der Rechtsprechung vor allem die wachsende Bedeutung der GRC, die teils nur langsame Gewöhnung an ihre Nutzung und ihre stete Entfaltung durch nationale Gerichte und den EuGH. Dieser Prozess ist weder auf nationaler noch auf EU-Ebene abgeschlossen. *Frantzious* Werk ist jedenfalls geeignet, dieser Diskussion bedeutende Impulse zu geben.

Dabei wird auch die tiefere Begründung der Drittwirkung der GRC eine Rolle spielen. Es erscheint allerdings mit Blick auf die bisherige Entwicklung unwahrscheinlich, dass der EuGH eine solche Begründung in voller Breite liefern wird. In seinen neuesten Entscheidungen rekurriert der EuGH auf die altbekannten Kriterien der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts und stellt damit die grundrechtliche Drittwirkung in die Tradition von *van Gend en Loos*. Es wäre schon mit erheblichem Aufwand

verbunden, zu erklären, warum für die GRC eine gänzlich andere Begründung von unmittelbarer Anwendbarkeit zwischen Privaten gelten soll, als für den Rest des Unionsrechts. Überdies ist fraglich, ob eine ausladende Begründung, die offensiv eine verfassungsrechtliche Perspektive mit Fokus auf die politische Gleichheit der UnionsbürgerInnen propagiert, die Akzeptanzrisiken einer solchen Rechtsprechung, besonders bei nationalen Höchstgerichten, eher erhöht, statt sie zu minimieren. Gleichwohl ist eine eigenständige, der unionsverfassungsrechtlichen Stellung der GRC angemessene Begründung sicherlich in der Lage, vertieftes Verständnis für die Funktion und die verfassungsrechtliche Rolle von Grundrechten in der EU zu liefern.

Die Kreativität von *Frantzious* Ansatz lädt hierbei zu vertieftem Nachdenken ein und bietet eine plausible, von der EU als echte Verfassungsordnung geprägte, Richtschnur für die horizontale Wirkung der Unionsgrundrechte. Als Inspiration für die Fortentwicklung der unmittelbaren Drittwirkung der GRC und des noch nicht in der Praxis realisierten Potenzials ihrer Titel III und IV taugt dieses Konzept allemal. Freilich bleibt die konkrete Verbindung dieses Ansatzes zur GRC etwas unklar. Vielmehr scheint die Begründung der Drittwirkung durch politische Gleichheit vor allem dadurch vorgezeichnet zu sein, dass hier die Notwendigkeit von horizontaler Grundrechtswirkung an sich hauptsächlich im Potenzial privater Akteure zur Einschränkung der gleichberechtigten Teilhabe am Leben im öffentlichen Raum gesehen wird. Dieser Ansatz beschreibt in der Tat plausibel die Notwendigkeit für eine Neukonzeption von grundrechtlicher Drittwirkung, und auch das Potenzial der EU für die Bewältigung solcher Gefahrenlagen ist unbestritten. Als Begründung der Drittwirkung ausgerechnet der GRC werden jedoch lediglich die Verbindung der GRC zur Unionsbürgerschaft im Sinne einer Bürgerschaft mit gleichen Rechten und Pflichten, sowie die Struktur der Union mit ihrem Fokus auf Gleichbehandlung im freien Markt, angeführt. Dies sind jedoch lediglich zwei Aspekte der Charta und des Unionsrechts. Andere Leitmotive, wie die erhöhte Sichtbarkeit der Unionsgrundrechte, die Modernität der GRC, ihr Fokus auf soziale Rechte und Gleichheitsrechte, die Unterscheidung von Rechten und Grundsätzen, die fehlende Kompetenzerweiterung der EU durch die GRC, sowie die Vereinigung unterschiedlicher mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen in der Charta, bleiben hierbei außen vor. Gleichwohl hätten ihnen ggf. auch wichtige Impulse entnommen werden können.

Ferner ist es bedauerlich, dass die verschiedenen mitgliedstaatlichen Modelle der Drittwirkung von Grundrechten nur oberflächlich gestreift werden und hauptsächlich als Argument für die Notwendigkeit einer eigen-

ZaöRV 80 (2020)

ständigen, allein auf die spezifische supranationale Situation der EU zugeschnittene Drittwirkungstheorie herangezogen werden. Gerade weil sich einerseits Rezeptionsschwierigkeiten des Unionsrechts oft vor dem Hintergrund nationaler Erfahrungshorizonte erklären (wenn sie diese auch nicht notwendigerweise legitimieren), andererseits das Unionsverfassungsrecht die Erfahrungen der Mitgliedstaaten als Ressource nutzen sollte, hätte die Berücksichtigung der mitgliedstaatlichen Herangehensweisen die Theoriebildung der Drittwirkung auf unionsrechtlicher Ebene noch abgerundet.

Trotz dieser Kritik: Insgesamt ist "The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union" eine anregende Lektüre. Die prägnante Beschreibung der Notwendigkeit von grundrechtlicher Drittwirkung in der heutigen Zeit, die umfassende Rezeption der Rechtsprechung des EuGHs und der innovative eigene Vorschlag zur Begründung der Drittwirkung von Unionsgrundrechten leisten bemerkenswerte Beiträge zu diesem notorisch unübersichtlichen Rechtsbereich. Dessen weitere Entwicklung sollte von den beeindruckenden Leistungen dieses Werkes profitieren.

Luc von Danwitz, Freiburg i. Br./Bonn

Dregger, Sebastian: Die Verfassungsinterpretation am US-Supreme Court. Begründungen und politische Ausrichtung zwischen "Originalism" und "Living Constitution". Baden-Baden: Nomos. 2019. ISBN 978-3-8487-5661-2. 506 S. € 94,00

Als im Jahre 2016 Supreme Court-Richter *Antonin Scalia* mitten im amerikanischen Vorwahlkampf unerwartet verstarb, waren die Teilnehmer an der Debatte der republikanischen Präsidentschaftskandidaten schnell dabei, ihn wegen seiner Sicht der Verfassungsinterpretation als das Idealbild eines Richters am Obersten Gericht der Vereinigten Staaten zu preisen. Ohne viel unterstellen zu wollen, wird man davon ausgehen können, dass die Mehrzahl dieser Politiker kein profunderes Wissen über *Scalias* als *originalism* – er selbst nannte ihn lieber *textualism* – beschriebenen interpretativen Ansatz hatten, sondern eher annahmen, dass eine Interpretation wie die *Scalias*, weil sie meist zu konservativen Ergebnissen zu führen schien, die richtige für einen konservativen Kandidaten für den Supreme Court sei. Stimmt es aber, dass eine am ursprünglichen Wortlaut der Verfassung festhaltende Interpretation zu konservativen Ergebnissen führt, während eine Methode, die den Wortlaut der Verfassung im Lichte der veränderten Gegebenheiten umzuinterpretieren bereit ist, die Verfassung also nicht als ein totes Instrument, sondern als etwas Lebendes, als *Living Constitution*, betrachtet, eher zu liberalen, fortschrittlichen Ergebnissen kommt? *Sebastian Dregger* ist genau dieser Frage in seiner Eichstätter politikwissenschaftlichen Disserta-

tion, die im Jahre von *Scalias* Tod bereits angenommen war, aber erst drei Jahre später als Buch erschien, nachgegangen. Es ist eine Arbeit, die durch ihre Gründlichkeit besticht, deren Verfasser aber auch ehrlich genug ist, bei der (teilweise zu) ausführlichen Schilderung seiner eigenen Methodik deren Limitierungen nicht zu verschleiern.

In seinem ersten Hauptkapitel befasst sich *Dregger* mit der akademischen Debatte über *originalism* und Interpretation im Sinne einer *Living Constitution*, die ich lieber als "dynamische Verfassungsinterpretation" bezeichnen würde. Als Theoretiker des *originalism* nennt der Autor dabei zunächst *Raoul Berger*, der sich bei der Interpretation der amerikanischen Verfassung an der ursprünglichen Bedeutung einer Klausel orientiert, wobei für ihn die Quellen zur Ermittlung derselben u. a. die Debatten der Verfassungs- und (für die *Bill of Rights*) Ratifikationskonvente sowie die *Federalist Papers* sind. Der vielleicht bekanntere akademische Vertreter des *originalism*, dem sich *Dregger* besonders widmet, ist *Robert Bork*, der übrigens von *Reagan* im Jahre 1987 für den Supreme Court nominiert war, aber vom demokratischen Senat wegen seiner extrem konservativen Auffassungen blockiert wurde. Nach *Borks* Ansicht muss die richterliche Verfassungsauslegung so neutral wie möglich sein und darf dem Richter möglichst wenig Handlungsspielräume lassen. Dies werde am besten dadurch gewährleistet, dass man mittels historischer Exegese ermittle, welche Rechtsgrundsätze die Ratifizierenden mit einer Verfassungsbestimmung zu etablieren suchten. Trotz dieser Grundeinstellung betont *Bork* den Wert von Präzedenzentscheidungen, die, selbst wenn sie mit einer originalistischen Interpretation nicht vereinbar seien, nicht ohne weiteres aufgehoben werden dürften, besonders dann nicht, wenn sie bereits zum allgemeinen amerikanischen Kulturgut geworden seien, was er aber zum Beispiel bei der die Abtreibung liberalisierenden Entscheidung *Roe v. Wade* verneint.

Dregger schildert auch einige der Einwände, die gegen eine ursprungsorientierte Verfassungsinterpretation vorgebracht werden. Einer davon ist, dass man sich beim Festhalten an einem vergangenen Verständnis den "toten Händen" der Gründungsväter ausliefert. Wer die originalistische Interpretation damit rechtfertigt, dass der Souverän und nicht demokratisch kaum legitimierte Richter über den Inhalt der Verfassung befinden sollten, muss sich fragen lassen, ob es sich dabei um die Souveränität des heutigen oder eines früheren Volkes handelt. Ein anderes Problem sei, ob man diesen vergangenen Willen des Verfassungsgebers überhaupt zutreffend ermitteln könne. Es bestehe unter Originalisten auch kein völliges Einverständnis darüber, welche Quellen man zur Aufdeckung der ursprünglichen Bedeutung von Normen heranziehen dürfe bzw. müsse. Einig sind sich *originalists*

ZaöRV 80 (2020)

aber darüber, dass Richter kein neues Verfassungsrecht kreieren dürfen. In der praktischen Auslegung bedeutet dies, dass sie vor allem das richterrechtlich geschaffene Recht auf Privatheit in seinen verschiedenen Verästelungen ablehnen.

Gewissermaßen als Gegenmethode zum Originalismus präsentiert *Dregger* die dynamische Verfassungsinterpretation, denn diese hält sich gerade nicht sklavisch an das ursprüngliche Verständnis von Begriffen, sondern erlaubt zum Teil die Berücksichtigung allgemeiner Prinzipien des Rechts und der Vernunft und der veränderten gesellschaftlichen Wirklichkeit, um die Verfassung fortzuentwickeln. Als vielleicht wichtigsten Vertreter einer *Living Constitution* betrachtet *Dregger* dabei den Rechtstheoretiker *Ronald Dworkin*, für den die Verfassung der Vereinigten Staaten auf fundamentalen moralischen Prinzipien ruht, deren oberstes er in der Forderung sieht, alle Mitglieder der Rechtsgemeinschaft mit gleichem Respekt zu behandeln. Er erkennt dem Richter das Recht zu, diesen obersten Moralprinzipien zum Durchbruch zu verhelfen. Wesentlich empirischer orientiert ist die Theorie des von *Dregger* ebenfalls genannten *Bruce Ackerman*, dessen Hauptthese es ist, dass Verfassungsänderungen nicht nur im Wege des in der Verfassung statuierten formellen Verfahrens vor sich gehen können, sondern auch durch das Handeln der Verfassungsakteure, etwa durch die Verabschiedung von Supergesetzen, was er zum Beispiel an der *New Deal*-Gesetzgebung der 1930er-Jahre und den Bürgerrechtsgesetzen der 1960er-Jahre zu verdeutlichen sucht.

Im folgenden Kapitel versucht *Dregger* aufzuzeigen, wie in der von ihm untersuchten Phase unter den beiden Chief Justices *William Rehnquist* (1987-2005) und unter dem noch amtierenden *John Roberts* (hier nur von 2005-2014) die Obersten Richter ihre Interpretationsmethoden literarisch selbst einordnen. Da er sich auf methodische Äußerungen beschränkt, die die Richter außerhalb ihrer Urteile publiziert haben, kann er aber nur auf eine recht schmale Basis zurückgreifen, denn selbst *Scalia* und sein Gegenspieler *Stephen Breyer* haben eigentlich nur kleinere Schriften verfasst. Bei vielen Richtern, einschließlich Chief Justice *Roberts*, rekurriert der Autor nur auf kürzere Aufsätze oder Reden. Als profiliertesten Vertreter einer originalistischen Herangehensweise nennt der Autor *Antonin Scalia*, der sich von den klassischen Vertretern dieser Auslegungsmethode aber dadurch unterscheidet, dass er die Autoren und Ratifizierer der Verfassung sowie die zeitgenössische Debatte unbeachtet lässt und rein textlich nur darauf abstellt, was ein "allgemein informierter, sprachlich kompetenter Amerikaner" zur Zeit der Verabschiedung der Verfassungsvorschrift unter dieser verstand. *Clarence Thomas* ist neben *Scalia* der andere Richter am Supreme

Court, der sich einer originalistischen Auslegung verschreibt, wobei er, anders als *Scalia*, aber auch die Absichten der Autoren und Ratifizierer der entsprechenden Klauseln berücksichtigt. Beiden gemeinsam ist, dass sie kategorische Regeln aus der Verfassung ableiten wollen und sich einem Prinzip der Abwägung widersetzen.

Als prominentesten Vertreter eines Abwägungsverfahrens im Gericht erwähnt der Autor *Stephen Breyer*. Für ihn sind Wortlaut und Struktur der Verfassung Ausgangs-, aber mitnichten bereits Endpunkt der Verfassungsinterpretation. Der Autor erkennt bei dem, was *Breyer* in seinen Publikationen schreibt, eine Mischung aus pragmatischer, repräsentationsverstärkender sowie auf Präzedenzfälle und Implementierung der Urteile bedachter Interpretation. Von den anderen von *Dregger* genannten Richtern scheint eigentlich nur *William Brennan* als Vertreter einer *Living Constitution* im Sinne der zuvor geschilderten theoretischen Ansätze identifizierbar, denn er orientiert sich bei der Auslegung der Verfassung auch an moralischen Prinzipien wie der in dieser verwirklichten Leitidee der Menschenwürde und erscheint damit für *Dregger* als eine "Miniatur-Version" von *Dworkin*. Insgesamt stellt der Autor bei fast allen Richtern eine Betonung der Relevanz von Präzedenzentscheidungen fest. Außer *Scalia* und *Thomas* verschreibt sich aber kein Richter einer bestimmten Auslegungsmethode. Wenn der Autor am Ende nur zwei Originalisten und einen klaren Anhänger der *Living Constitution* identifiziert, scheint mir dieses Kapitel den eigentlichen Untersuchungsgegenstand des Autors, inwieweit *originalism* und dynamische Verfassungsinterpretation zu verschiedenen politischen Ergebnissen führen, eher zu untergraben denn vorzubereiten.

Der umfangreichste Teil der Untersuchung besteht in einer empirischen Analyse von Grundsatzentscheidungen des Supreme Court über den besagten Zeitraum. Der Autor hat dabei eine relative Zufallsauswahl eines Urteils pro Jahr vorgenommen, die er in "Case Briefings" vorstellt, in denen der Sachverhalt dargestellt, die entscheidende Rechtsfrage benannt und die Argumentation des dominierenden Mehrheits- und Minderheitsvotums präsentiert werden. Außerdem arbeitet *Dregger* bei jedem einzelnen der behandelten Voten heraus, welche rechtlichen und außerrechtlichen "Begründungsmodi" in ihnen zu Tage treten, also z. B., ob die Beachtung von Präzedenzfällen oder der praktischen Auswirkungen der Entscheidung sichtbar ist oder ob originalistische bzw. die Rechtsfortbildung im Sinne einer dynamischen Interpretation unterstützende Argumente zu erkennen sind. Da er aber nicht gewichtet (und man es wohl auch schwierig kann), welche Bedeutung die einzelnen Argumente in den jeweiligen Voten haben, bleibt seine sehr sorgfältige Analyse nur bedingt aussagekräftig. Den Urteilsergebnis-

sen wird von ihm zudem jeweils eine politische Ausrichtung angeheftet, wobei sich der Verfasser auf eine politikwissenschaftliche Untersuchung stützt, deren Verfasser (*Segal/Spaeth*) diese Zuordnung recht schematisch vorgenommen haben. Danach gelten zum Beispiel Urteile, die bundesstaatliche Kompetenzen stärken, grundsätzlich als liberal, solche, die Wirtschaftsinteressen unterstützen, als konservativ. Das führt nur selten zu eindeutigen Bewertungen, etwa, wenn die Entscheidung *Metro Broadcasting* (1990), mit der die Minderheitenförderung im Bereich der Lizenzvergabe im Radio- und Fernsehbereich als verfassungsgemäß erachtet wurde, als liberal eingestuft oder *Shelby* (2013), das Urteil, mit dem die im *Civil Rights Act* enthaltenen Vorweg-Kontrollen von Wahlrechtsänderungen in früheren Sklavenstaaten aufgehoben wurden, als konservativ bewertet werden. In den meisten Fällen werden die Urteile aber in politischer Hinsicht als nicht ganz unzweideutig gewertet, was mitunter befremdlich anmutet. So wird die Entscheidung *Webster v. Reproductive Health Services* aus dem Jahre 1989, mit der das Recht auf Abtreibung im US-Staat Missouri eingeschränkt wurde, als nicht eindeutig konservativ bewertet, weil es eine Wirtschaftsregulierung aufrechterhalte, und selbst die Entscheidung *Bush v. Gore* (2000) wird deshalb als nicht eindeutig konservativ gesehen, weil sie sich unter anderem auf den Gleichheitssatz der Verfassung stützte. Im amerikanischen politischen Kontext dürften diese Entscheidungen jedoch völlig unstrittig als liberal bzw. konservativ zu werten sein. Vielleicht wäre es eine interessantere Untersuchung gewesen, die Voten, tragend oder nicht, solcher Richter, die sich selbst als Anhänger einer Methode zu erkennen geben, daraufhin zu prüfen, ob sie diese wirklich anwenden und zu welchen (politischen) Ergebnissen sie gelangen.

Im Rahmen seiner Untersuchung kommt *Dregger* zu dem Schluss, dass originalistische Begründungsmodi und solche der *Living Constitution* eine weit geringere Rolle spielen als angenommen und auch nur selten auf das politische Ergebnis der Interpretation durchschlagen. Vielleicht ist an diesem Resultat aber auch seine zu rigide Untersuchungsthese mitverantwortlich, denn selbst juristische Beobachter, die eine politische Tendenz bei der Methodenauswahl vermuten, werden kaum die These vertreten, dass *originalism* oder dynamische Interpretation die betreffenden Richter so stark in ihrer Arbeit beeinflussen bzw. lenken, dass sie ihr normales juristisches Handwerkszeug vernachlässigen. Eine andere Schlussfolgerung des Autors muss ebenfalls hinterfragt werden. Nach seiner Ansicht geht es bei der Debatte über originalistische und dynamische Interpretation um die Rolle der rechtsprechenden Gewalt. Während erstere die Bedeutung der Legislative hervorhebe, sehe die zweite Auslegungsvariante die Richter als höchste Au-

torität an. Meines Erachtens handelt es sich dabei aber nicht um eine empirisch gewonnene Schlussfolgerung. Vielmehr scheint mir der Verfasser hier auf die Eigenverlautbarungen der Originalisten zu rekurrieren. Wenn zum Beispiel *Scalia* aber in *Heller*, der Entscheidung, mit der aus dem 2. Zusatzartikel der Verfassung ein Recht auf individuellen Waffenbesitz hergeleitet wurde, sein Mehrheitsvotum auf originalistische Argumente stützte, setzte er sich einerseits über ein seit der Verabschiedung gängiges Verständnis des Artikels als kollektives Recht, andererseits aber auch über die Entscheidung des gegenwärtigen Gesetzgebers zur Regulierung des Waffenbesitzes hinweg. Der *originalism* gibt daher nicht dem Gesetzgeber an sich Vorrang, sondern lediglich dem historischen Verfassungsgeber, wobei er diesem die eigene historische Interpretation als die seinige unterstellt. Man denke daran, dass die Minderheitsmeinung von Richter *John Paul Stevens* in *Heller* mit einer ebenfalls originalistischen Deutung zum entgegengesetzten Ergebnis gelangte. Womöglich ist die eigentlich interessante Frage doch die, wie aktivistisch Richter an die Verfassungsinterpretation herangehen, wie sehr sie mit ihren Entscheidungen den demokratischen Entscheidungsprozess außer Kraft setzen. *Dregger* hat mit seiner lobenswerten Untersuchung zwar eine wichtige Frage der amerikanischen Verfassungsinterpretation angerissen, hat aber dadurch, dass er einen zu weitgehenden, alle (und nur die) dominanten Voten betreffenden Untersuchungsansatz wählte, die Frage, inwieweit die von den Richtern gewählte Methode ihnen hilft, zu ihnen liebsamen politischen Ergebnissen zu kommen, wohl nur gestreift.

Manfred H. Wiegandt, Wareham, Massachusetts

