Armin Höland (Hrsg.)

Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im deutschen Recht

BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
für Menschenrechte im deutschen Recht

Armin Höland (Hrsg.)

Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im deutschen Recht

BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2728-2

Für die großzügige Unterstützung des deutsch-polnischen Kolloquiums vom April 2010 bedanken wir uns bei der Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung (DPWS) und der Stiftung für deutsch-polnische Zusammenarbeit (SdpZ).

© 2012 BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv-verlag.de, Internet: http://www.bwv-verlag.de
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort und Einleitung

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat eine interessante Wirkungsgeschichte. Sie verläuft in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht anders als die Verarbeitung obergerichtlicher Entscheidungen und *obiter dicta* in innerstaatlichen Instanzenzügen. In zeitlicher Hinsicht ist die Wirkung des EGMR, um es mit einer musikalischen Vortragsbezeichnung wie im Beitrag von *Joachim Renzikowski* auszudrücken, durch ein *crescendo* gekennzeichnet. Die Wahrnehmung der Rechtsprechung des EGMR unterlag hingegen über viele Jahre hinweg in Deutschland wie in anderen Konventionsstaaten einem *ritardando.* Der Gerichtshof wurde, auf der Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention vom 4. November 1950, im Jahr 1959 in der elsässischen Rheinmetropole Straßburg, hier im Palais des Droits de l'Homme, errichtet. Seine erste und in diesem Jahr einzige Entscheidung fällte er ein Jahr später in der Rechtssache *Lawless gegen Irland.* Auch in den folgenden Jahren blieb es bei einem gemächlichen Gerichtsbetrieb. Die jährlichen Verfahrenszahlen vor den juristischen Spruchkörpern waren bis Ende der 1970er Jahre einstellig und wuchsen anschließend langsam an. Insgesamt führte der Gerichtshof in Straßburg über gut drei Jahrzehnte hinweg eine auch in der juristischen Fachöffentlichkeit wenig beachtete Existenz.

Dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erst in den letzten zwölf Jahren in der europäischen Rechtsöffentlichkeit verstärkt Beachtung gefunden hat, hat zwei äußere Gründe. Zum Ersten ist die Zunahme der Zahl der Staaten zu berücksichtigen, die die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unterzeichnet und ratifiziert haben. Am 4. November 1950 hatten zwölf Regierungen Mitglieder des Europarates die Menschenrechtskonvention unterzeichnet. Bis zum Jahr 2007 hatte sich die Zahl der Mitgliedstaaten des Europarates, von denen die Konvention unterzeichnet und in Kraft gesetzt worden war, mit 47 fast vervierfacht. Vor allem die politischen Umbrüche in Mittel- und Osteuropa ab 1989, die Auflösung der Sowjetunion und der Zerfall des Staates Jugoslawien hatten der EMRK in den 1990er und frühen 2000er Jahren einen Schub an neuen Unterzeichnerstaaten beschert.

Eine zweite Ursache für das Mengenwachstum und die damit einhergehende Verstärkung der europaweiten öffentlichen Aufmerksamkeit für die Tätigkeit des EGMR liegt in der Binnenorganisation der Institution und der Verfahren. Der Nachweis für diese Aussage lässt sich einfach führen, weil die Verfahrensreform von 1998 zu einer gründlichen Reorganisation der Verfahrensabläufe und damit zu einer Zäsur führte, die einen Vorher-Nachher-Vergleich ermöglicht. Von seiner Gründung im Jahr 1959 bis zum September 1998 war der Gerichtshof mit etwas mehr als 1 000 Verfahren befasst. Der „Neue Gerichtshof", der durch das Protokoll

Nr. 11 zur Menschenrechtskonvention mit Wirkung zum 1. November 1998 errichtet wurde, hatte bereits zehn Jahre später, am 18. September 2008, seine 10.000ste Entscheidung getroffen. Damit lässt sich das *crescendo* in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch statistisch fassen. Das Zahlenverhältnis der Entscheidungen des EGMR beträgt rund 1 zu 9 für die Zeiträume vor und nach 1998. Mit diesem Zuwachs an Verfahrenszahlen ist ein deutlicher Zuwachs an öffentlicher Aufmerksamkeit und an Beachtung durch die Gerichte verbunden.

Neben den äußeren, auch in Zahlen ausdrückbaren Veränderungen interessiert aus rechtswissenschaftlicher und rechtsvergleichender Sicht die inhaltliche Dimension der Beachtung von Entscheidungen und Erwägungen des EGMR in den nationalen Rechtsordnungen. In methodischer Hinsicht bedeutet das, sich in den Entscheidungsbegründungen nationaler Gerichte auf die Suche nach Beispielen unmittelbarer oder mittelbarer Bezugnahme auf Entscheidungen und Erwägungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu begeben und sie, hat man sie identifiziert, auf die Art und Weise der Verarbeitung von EGMR-Rechtsprechung durch das jeweilige Gericht im Konventionsstaat zu untersuchen. Mit dem Ziel einer die Rezeptionserfahrungen im deutschen und polnischen Recht vergleichenden Untersuchung fand vom 23. bis 25. April 2010 in der „Leucorea“ in Lutherstadt Wittenberg ein deutsch-polnisches Kolloquium zum Thema „Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Beachtung in Rechtswissenschaft und Rechtsprechung in Deutschland und Polen Kooperations- oder Spannungsverhältnis?“ statt. Veranstaltet worden war es von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg im Zusammenwirken mit dem Lehrstuhl von *Prof. Dr. Andrzej Zoll* (Strafrecht) an der Juristischen Fakultät der Jagiellonen-Universität Krakau. Finanziell gefördert wurde das Kolloquium aus Mitteln der Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung (Frankfurt an der Oder) und der Stiftung für deutsch-polnische Zusammenarbeit (Warschau). Aufgeteilt nach den Fachzonen des öffentlichen Rechts, des Strafrechts und des Zivilrechts, ergänzt um rechtssoziologische Erkenntnisse, wurden Beobachtungen zu Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland und Polen zusammengetragen und diskutiert. Erkenntnisse aus polnischer Sicht boten die Professoren *Wlodzimierz Wróbel*, *Andrzej Zoll* und *Fryderyk Zoll* von der Juristischen Fakultät der Jagiellonen-Universität Krakau, die Soziologieprofessorin *Grażyna Skąpska* von dieser Universität und *Prof. Dr. Andrzej Rzepliński* von der Universität Warschau, seit Dezember 2010 Präsident des polnischen Verfassungsgerichts. Vorträge und Diskussion boten ein so interessantes Bild, dass es uns lohnend erschien, einen Teil der Beiträge in diesem Band zusammenzufassen und als Anregung für die weitere Diskussion der Wirkungen des EGMR zu veröffentlichen. Schriftlich aufbereitet standen (leider) nur die deutschen Beiträge zur Verfügung; für die polnischen Referate

wäre die Verschriftlichung in Deutsch zu aufwändig geworden. Aber da sich die deutschen Beiträge zum Teil auch auf Polen beziehen (wie beispielsweise der Beitrag von *Joachim Renzikowski*) und da die Rechtsprechung des EGMR schon kraft ihrer Konventionsgrundlage grenzüberschreitende Bedeutung hat, erschien es in der Abwägung gerechtfertigt, die Veröffentlichung auf die deutschen Beiträge zu beschränken.

Die „Beobachtungen", die *Christiane Schmaltz* zum Verhältnis zwischen nationaler und europäischer Rechtsordnung mit Bezug zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anstellt, sind authentische Wahrnehmungen. Frau *Schmaltz*, Richterin am Amtsgericht, war in den Jahren 2009 und 2010 als erste deutsche Richterin vom Bundesministerium der Justiz an den EGMR abgeordnet worden. Aus der Doppelperspektive von Richterin „unten" und Richterin „oben" bekräftigt sie die These des ehemaligen Präsidenten des EGMR, Rolv Ryssal, wonach der erste Garant der Menschenrechte der „nationale" Richter, nach *Schmaltz* genauer: der erstinstanzliche Richter ist. Dass Richter in ihrer Praxis dieser Erwartung häufig nicht gerecht werden, liegt nach ihrer Auffassung nicht nur an der Überlastung der Gerichte, sondern auch und vielmehr an der mangelnden Präsenz der Konvention und der Rechtsprechung des EGMR in den Köpfen deutscher Richter. Mit praktischem Erfahrungswissen erörtert *Christiane Schmaltz* die richterlichen Gestaltungsmöglichkeiten auch vielleicht besonders schon in der ersten Instanz am Beispiel der Pflicht zur Prozessförderung, um dem Gebot der angemessenen Frist nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK gerecht zu werden. Für die Diskussion bietet die Referentin die These an, dass es materiellrechtliche Garantien der EMRK bei der Rezeption durch die nationale Rechtsprechung leichter haben als verfahrensrechtliche Garantien.

Der Beitrag von *Joachim Renzikowski*, Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Rechtsphilosophie/Rechtstheorie an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, zur „Bedeutung der EMRK für das Strafprozessrecht" führt, wissenschaftlich kraftvoll und mit zahlreichen Belegen und weiterführenden Hinweisen, in aktuelle Probleme der Konventionsgarantien der Art. 5 und Art. 6 EMRK ein. Für beide Menschenrechtsverbürgungen lassen sich zahlreiche Beispiele für die Einwirkung der Rechtsprechung des EGMR feststellen. So kann beispielsweise im Themenfeld des Rechts auf Freiheit und Sicherheit nach Art. 5 EMRK der Beitrag, den der EGMR für die Transformation der osteuropäischen Rechtsordnungen zur Rechtsstaatlichkeit erbringt, nach Auffassung von *Renzikowski* gar nicht hoch genug eingeschätzt werden. Aus der Sicht des deutschen Straf- und Strafprozessrechts notiert der Beitrag eine Reihe von noch bestehenden oder unter der Einwirkung der Rechtsprechung des EGMR bereits EMRK-konform gemachten Problempunkten. Beispiele mit Bezug zu Art. 5 EMRK sind: die mit Art. 5 Abs. 3 S. 1 EMRK nach Auffassung des Verfassers nicht vereinbare beschränkte Befugnis des „Richters des nächsten Amtsgerichts" bei der Vorführung des in Untersuchungshaft genomme-

nen Beschuldigten nach § 115a Abs. 2 S. 3 StPO; die Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs im Lichte von Art. 5 Abs. 4 EMRK und damit zusammenhängend das Recht auf Einsicht in die Ermittlungsakten, das nicht durch mündliche Informationen oder die Mitteilung des Haftbefehls ersetzt werden kann (der Druck der Rechtsprechung des EGMR in diesem Punkt hat inzwischen zu einer Anpassung der Regelung des § 147 Abs. 2 StPO geführt); die Auswirkung der Haftprüfung auf die Unparteilichkeit des Gerichts der späteren Hauptverhandlung. Mit Bezug zu Art. 6 EMRK erörtert der Beitrag von *Joachim Renzikowski* unter anderem die Folgen der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK durch überlange Verfahrensdauer (Stichwort: die vom Großen Senat des BGH entwickelte „Vollstreckungslösung" in Analogie zu § 51 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 S. 2 StGB); die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 EMRK; die Frage, welche Schlüsse aus dem Schweigen des Beschuldigten gezogen werden dürfen; die Grenzen zulässiger Tatprovokation; das Recht auf Beistand eines Verteidigers nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; die Sicherung der „Waffengleichheit" beim Zeugenbeweis nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; die durch dieselbe Vorschrift verlangte Möglichkeit der konfrontativen Befragung von Belastungszeugen und die Folgen der Unterlassung einer solchen Befragung für die Begründung des Urteils.

Aus der Sicht eines deutschen Strafverteidigers fügt *Werner Beulke*, bis zu seiner Emeritierung im Frühjahr 2011 Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Kriminologie der Juristischen Fakultät der Universität Passau, Beobachtungen zum Beitrag des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Entwicklung des deutschen Verfahrensrechts an. Er bestätigt in seinem Beitrag die allgemeine Beobachtung einer in den letzten 10 15 Jahren rasch gewachsenen Wirkung der Rechtsprechung des EGMR und hebt die Bedeutung der Urteile des EGMR gerade für die Strafverteidiger in Deutschland hervor. Nach seiner Beobachtung ist der durch die Entscheidungen des EGMR im Bereich des Strafrechts entstandene Druck mittlerweile so groß, dass auch die deutsche Rechtsprechung in zunehmendem Maße rechtsstaatliche Positionen aus der EGMR-Rechtsprechung übernimmt, denen sie früher ablehnend gegenüberstand. Alles sei noch im Fluss und aus der Sicht der Strafverteidiger werde noch viel zu wenig Gedankengut aus Straßburg rezipiert. Der Anfang sei jedoch gemacht und er stimme „partiell hoffnungsvoll". Als ein Beispiel dafür, wie stark die Entscheidungen des EGMR den Umgang der Strafverfolgungsbehörden mit Beschuldigten in Deutschland beeinflussen, erörtert *Beulke* das Urteil *Jalloh ./. Deutschland* (Verstoß gegen Art. 3 EMRK durch Einsatz eines Brechmittels). Ein weiteres, auch von *Renzikowski* erörtertes Beispiel ist die Veränderung des Akteneinsichtsrechts in Deutschland zu Gunsten des Beschuldigten (siehe den daraufhin neu gefassten § 147 Abs. 2 S. 2 StPO). Ohne „die Pionierarbeit des EGMR" wäre es hierzu nach Auffassung von *Beulke* sicherlich nicht gekommen. Das dritte Beispiel für die Einflussnahme der Rechtsprechung des EGMR auf die deutsche Strafrechtspraxis ist die Befragung

anonymer Zeugen. Zwar hat der EGMR eine derartige Befragung nicht gänzlich untersagt. Er hat sie jedoch unter rechtsstaatlich schärfere Bedingungen gestellt. So muss in den Fällen, in denen eine so genannte konfrontative Befragung nicht möglich ist, zumindest ein Verteidiger eingeschaltet werden, damit das Fragerecht durch diesen ausgeübt werden kann.

Einen anderen Blickwinkel nimmt *Sabine Swoboda*, wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin an der Juristischen Fakultät der Universität Passau, mit ihrem Beitrag zur Europäischen Menschenrechtskonvention in Strafverfahren vor Internationalen Strafgerichtshöfen ein. Im Mittelpunkt steht hier nicht die Interaktion zwischen dem EGMR und nationalen Gerichten, sondern die Bedeutung der EMRK und des EGMR als Referenzordnungen für die in einem anderen institutionellen Umfeld tätigen Internationalen Strafgerichtshöfe. Das Ziel dieses Beitrags ist die Untersuchung der Selbstverpflichtung auf internationale Menschenrechtsstandards für die völkerrechtliche Legitimation internationaler Straftribunale. Besondere Aufmerksamkeit wendet die Verfasserin den Legitimationsgrundlagen der *ad hoc*-Tribunale der Vereinten Nationen, das heißt des Jugoslawien- und des Ruandatribunals, zu, deren Existenz auf die Befugnisse des UN-Sicherheitsrats zur Friedenssicherung unter Kapitel VII der Charta der Vereinten Nationen, nicht jedoch auf klassische völkervertragsrechtliche Grundlagen gestützt ist. Zur Verdeutlichung der Unterschiede zu nationalen Strafverfahren verweist *Swoboda* auf den völlig anderen Funktionshintergrund und auf die Abhängigkeit internationaler Gerichte vom Wohlwollen und der Kooperationsbereitschaft der Staaten. Hierin liege der Grund, dass für internationale Strafverfahren andere Fairnessmaßstäbe entwickelt werden als sie u. a. vom EGMR für nationale Strafverfahren ausgeformt wurden. Nach der Beobachtung von *Swoboda* verfolgen die *ad hoc*- Tribunale der Vereinten Nationen und der Ständige Internationale Strafgerichtshof bei der Frage der Einbindung internationaler Fairnessgrundsätze in das eigene Recht einen pragmatischen Ansatz: Sie bekennen sich prinzipiell zu den in den internationalen Menschenrechtsinstrumenten niedergelegten Schutzstandards, halten sich aber zugleich auch die Möglichkeit einer zweck- und kontextbezogenen Auslegung offen. Lehrreich ist das in diesem Zusammenhang eingeführte Fallbeispiel des gerichtlich ausgetragenen Streits zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien in Den Haag auf der einen Seite, der Meinungs- und Pressefreiheit der französischen Journalistin *Florence Hartmann* auf der anderen Seite. Im Ergebnis bildet die Rechtsprechung des EGMR nach der Untersuchung von *Swoboda* auch für die internationalen Strafgerichte den grundlegenden Maßstab, auch wenn die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR unterschiedlichen Intentionen folgen kann: entscheidungsrelevante Verarbeitung oder verschleierte Abweichung.

Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die deutsche Verfassungsrechtsprechung ist Gegenstand des Beitrags von *Michael Kilian*, Uni-

versitätsprofessor in Halle für Öffentliches Recht, Finanz- und Umweltrecht, Völker- und Europarecht. Die Ausführungen widmen sich zwei Streitfragen im deutschen Verfassungsrecht, der Frage des Rangs der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Verbindlichkeit der Urteile des EGMR für die deutsche Rechtsordnung. Im Unterschied beispielsweise zu Österreich hat die EMRK in Deutschland keinen Verfassungsrang, sondern steht unterhalb des Grundgesetzes. Die herrschende Meinung hat sich bisher allen Versuchen widersetzt, die EMRK im deutschen Verfassungsrecht im Rang höher zu stufen. Auch das Bundesverfassungsgericht sah bislang keinen Grund zur Rangänderung. Unter dem Blickwinkel der Bindungswirkung besteht für die Entscheidungen des EGMR lediglich eine völkerrechtliche Befolgungspflicht der Staaten gem. Art. 46 Abs. 1 EMRK. Auch für die Rechtsprechung in den Konventionsstaaten ist die Wirkung des EGMR beschränkt. Seine Urteile stellen lediglich fest, das Recht der Kassation kommt ihnen nicht zu. Darüber hinaus besteht jedoch, nicht ganz widerspruchsfrei, Einigkeit darüber, dass den Entscheidungen des EGMR schon zur Vermeidung von Konventionsverstößen eine Orientierungswirkung zukommt. Die Methodik der Anwendung der Orientierungswirkung wiederum ist wenig klar. Insgesamt bezeichnet *Kilian* die Rechtslage als unbefriedigend. Die durch den Vertrag von Lissabon umgestaltete EU-Rechtslage hat am mangelnden Vorrang der EMRK im deutschen Rechtssystem bislang nichts geändert. Das habe seinen Grund vor allem darin, dass die EMRK keine Verpflichtung der Mitglieder (sowohl der Mitgliedstaaten als auch der EU) enthält, die Entscheidungen des EGMR für verbindlich anzuerkennen und zu vollziehen. Das oben geschilderte Problem habe sich damit nur auf die EU verlagert.

Mit dem „Einfluss der EMRK auf das (nationale) öffentliche Dienstrecht“ setzt sich *Ulrich Widmaier* in seinem Beitrag auseinander, Honorarprofessor an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D. Der Beitrag geht von einem Bedeutungszuwachs der Rechtsprechung des EGMR auch auf diesem Gebiet aus und stellt fest, dass die Anwendung des Straßburger Gerichtshofs aus der EMRK eine Grundrechtsverfassung und nicht lediglich eine Menschenrechtsdeklaration gemacht habe. Das Spannungsverhältnis zwischen den menschenrechtlichen Gewährleistungen der EMRK und nationalstaatlichen Traditionen und Verständnissen von öffentlichem Dienstrecht und von den besonderen Anforderungen an staatsnahe Tätigkeiten und hoheitliche Befugnisse tritt bislang vor allem für die Artikel 6, 8, 9, 10 und 11 EMRK hervor. Eine wichtige Entwicklungslinie der Rechtsprechung des EGMR lässt sich mit Bezug zur Frage erkennen, wie sich im öffentlichen Dienstrecht der Personenkreis, der in den Anwendungsbereich des Artikels 6 EMRK fällt, bestimmen lässt. Erkennbar wird die Tendenz der Rechtsprechung des Gerichtshofs, die aufgrund hoheitlicher Befugnisse aus dem Wirkungskreis des Art. 6 Abs. 1 EMRK ausgeschlossenen Gruppen von öffentlichen

Bediensteten mit Rücksicht auf die Verfahrensgarantien klein zu halten. So gibt es beispielsweise für Fragen der Entlohnung einschließlich der Zulagen und Zuschüsse nach Auffassung des Gerichtshofs grundsätzlich keine Rechtfertigung für den Ausschluss öffentlich Bediensteter von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Der Gerichtshof unterscheidet zwischen gewöhnlichen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten und den Sonderbedingungen hoheitlicher Funktionen. Wirkung entfaltet die Rechtsprechung des EGMR kraft autonomer Auslegung von Konventionsbegriffen, hier des Begriffs der „strafrechtlichen Anklage" in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, auch im Hinblick auf das dienstrechtliche Sanktionensystem. Zwar können die Mitgliedstaaten der EMRK die Grenze zwischen Strafrecht und Disziplinarrecht nach eigenem Gutdünken ziehen. Jedoch können sich die Verfahrensgarantien des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs in Abhängigkeit vom Kriterium „Natur und Schwere der angedrohten bzw. tatsächlich verhängten Sanktion" bei schwerwiegenden Disziplinarmaßnahmen auch auf beamten- und soldatenrechtliche Disziplinarangelegenheiten erstrecken.

An ausgewählten Beispielen aus dem Privatrecht in Deutschland erörtert *Armin Höland* in seinem Beitrag Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Die ausgewählten Beispiele haben das Eigentum und das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Gegenstand. Eigentumsrechtliche Fragen hatten eine besondere historische und rechtliche Bedeutung im Zusammenhang der deutschen Einigung erlangt. Mit der Transformation sozialistischer Eigentumsverhältnisse in mit dem Grundgesetz und dem Bürgerlichen Gesetzbuch kompatible Rechtspositionen wurde mehrfach auch der EGMR befasst. An der Frage der Entschädigung der Eigentümer von Grundstücken aus der so genannten Bodenreform zeigt der Beitrag die Schwierigkeiten einer konsistenten Entscheidungsbildung zu dieser besonderen Eigentumsproblematik auch innerhalb des EGMR. Eine Schlüsselrolle in den Erwägungen der Straßburger Richter spielte in diesem Zusammenhang der vom EGMR eingeführte Begriff der außergewöhnlichen Umstände, mit dem eine Ausnahme im Rahmen des Artikels 1 des Protokolls Nr. 1 gerechtfertigt wurde.

Das zweite Beispiel ist die anhaltend virulente Problematik des Schutzes der Familien- und Privatsphäre gegenüber textlicher und bildlicher Berichterstattung in den Medien. Mit Bezug auf die reichhaltige Judikatur zum Privatheitsschutz der *Prinzessin Caroline von Hannover* zeigt der Beitrag, dass und wie durch den EGMR den deutschen Medien in der Abwägung zwischen den Schutzgütern Pressefreiheit nach Art. 10 EMRK und Privat- und Familienleben nach Art 8 Abs. 1 EMRK deutlich engere Grenzen gezogen wurden als bis dahin durch den BGH und das BVerfG.

Weder das deutsch-polnische Kolloquium vom April 2010 zu den Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte noch die Veröffentlichung der hieraus entstandenen Beiträge wären ohne die großzügige

Unterstützung durch zwei für das deutsch-polnische Kultur- und Wissenschaftsverhältnis ungemein wichtige Stiftungen möglich gewesen, die Deutsch-Polnische Wissenschaftsstiftung und die Stiftung für deutsch-polnische Zusammenarbeit. Bei beiden Stiftungen bedanken wir uns für die Förderung des Kolloquiums, bei der Deutsch-Polnischen Wissenschaftsstiftung zusätzlich für die Ermöglichung des Drucks dieses Buches. Bei meiner Sekretärin *Regina Haberland*, meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Sabine Schmidt* und bei den beiden studentischen Hilfskräften *Lars Raabe* und *Ariane Stojan* bedanke ich mich unter Verzicht auf die Aufzählung von Einzelheiten für ihre für das Gelingen des gesamten Projektes unerlässliche Mitwirkung.

Halle, den 22. August 2011

Armin Höland

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Einleitung 5

Dr. Christiane Schmaltz
Das Verhältnis zwischen europäischer und nationaler Rechtsprechung Beobachtungen einer an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte abgeordneten Amtsrichterin 15

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Die Bedeutung der EMRK für das Strafprozessrecht 25

Prof. Dr. Werner Beulke
Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Entwicklung des deutschen Verfahrensrechts aus Sicht eines deutschen Strafverteidigers 71

Dr. Sabine Swoboda
Die Europäische Menschenrechtskonvention in Strafverfahren vor Internationalen Strafgerichtshöfen 83

Prof. Dr. Michael Kilian
Der Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention auf die deutsche Verfassungsrechtsprechung 119

Prof. Dr. iur. Ulrich Widmaier,
Der Einfluss der EMRK auf das (nationale) öffentliche Dienstrecht 147

Prof. Dr. Armin Höland
Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das Privatrecht in Deutschland Beobachtungen zu ausgewählten Beispielen 165

Autoren 187

Das Verhältnis zwischen europäischer und nationaler Rechtsprechung – Beobachtungen einer an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte abgeordneten Amtsrichterin

Dr. Christiane Schmaltz[1]

I. Einleitung

Man hat mich gebeten, etwas zum Verhältnis zwischen europäischer und nationaler Rechtsprechung zu sagen. Ich möchte an dieser Stelle keine generellen Ausführungen zur Einwirkung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) auf das Recht der Mitgliedsstaaten machen; dazu ist viel geschrieben worden, man muss nur in die einschlägigen Lehrbücher und Kommentare schauen. Ich möchte Ihnen vielmehr aus der Sicht einer Praktikerin, die Einblicke sowohl in den amtsrichterlichen Alltag als auch in die Arbeitsweise des EGMR hat, erzählen, wie es aus meiner ganz persönlichen Sicht tatsächlich um das Verhältnis zwischen nationaler Rechtsprechung und der Rechtsprechung des EGMR bestellt ist. Und dabei soll mein Fokus auf der nationalen Eingangsrechtsprechung liegen, nicht auf der Rechtsprechung der Bundesgerichte.

Warum ist das Verhältnis zwischen nationaler Rechtsprechung und dem EGMR überhaupt wichtig?

„Der nationale Richter ist der erste Garant der Menschenrechte!“ Dieser Satz stammt von Rolv Ryssdal[2], dem ehemaligen Präsidenten des Gerichtshofes. Seiner Auffassung schließe ich mich voll und ganz an. Ich möchte die Aussage allerdings etwas präzisieren: der wirklich erste Garant der Menschenrechte ist der *erstinstanzliche* nationale Richter[3].

Aus gutem Grund sieht die Konvention in ihrem Artikel 35 Absatz 1 daher auch die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs als ein Zulässigkeitskriterium

1 Dr. jur, LL.M. (University of Virginia), RiAG, Lübeck. Die Autorin war in den Jahren 2009/2010 die erste vom Bundesministerium der Justiz an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte abgeordnete deutsche Richterin.

2 Rolv Einar Rasmussen Ryssdal (* 27. Oktober 1914, † 18. Februar 1998) war von 1981 bis 1985 Vizepräsident und von 1985 bis 1998 Präsident des EGMR.

3 Der Einfachheit halber wird im Text nur die männliche Form benutzt, die jedoch immer die weibliche mit einschließt.

vor. Sie vertraut also in erster Linie dem nationalen Richter die Überwachung der Einhaltung der Menschenrechte an. Der nationale Richter – und zwar *jeder* nationale Richter, nicht nur der Bundesrichter, sondern gerade auch der erstinstanzliche Richter – hat damit eine wichtige *Garantenstellung* inne (er ist sozusagen *Überwachergarant*), die er angemessen nur ausfüllen kann, wenn er mit der europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung des EGMR vertraut ist. Diese Vertrauensstellung spiegelt sich auch darin wider, dass der EGMR sich gerade nicht als Superrevisionsinstanz sieht, sondern den nationalen Gerichten einen Beurteilungsspielraum einräumt, zum Beispiel bei der Beweiswürdigung und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Wird aber der nationale Richter diesem Vertrauensvorschuss tatsächlich immer gerecht?

Für meine eigene richterliche Tätigkeit kann ich dies mit einem klaren „Jein" beantworten. Ich habe mit Sicherheit nicht immer alle Verfahren mit der von der Konvention geforderten Zügigkeit bearbeitet. Auf der anderen Seite bin ich im Rahmen des amtsrichterlichen Bereitschaftsdienstes natürlich auch am Wochenende zu Anhörungen in die Psychiatrie gefahren.

Als möglicherweise prominentestes Negativbeispiel muss man an dieser Stelle wohl das Oberlandesgericht Naumburg im Fall *Görgülü gegen Deutschland*[4] anführen, dessen Entscheidungen jedoch glücklicherweise durch den EGMR und anschließend durch das Bundesverfassungsgericht gerade gerückt wurden.

Kurz zum Sachverhalt: Der Beschwerdeführer, ein in Deutschland lebender türkischer Staatsbürger, stritt über Jahre hinweg um die elterliche Sorge für seinen Sohn sowie um ein Umgangsrecht mit ihm. Die deutsche Mutter hatte das Kind nach der Geburt ohne Kenntnis und ohne Zustimmung des Beschwerdeführers zur Adoption freigegeben. Entscheidungen des Amtsgerichts Wittenberg zu Gunsten des Beschwerdeführers wurden immer wieder vom Oberlandesgericht Naumburg aufgehoben. Eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg wurde dann vom EGMR für mit Artikel 8 EMRK unvereinbar erklärt, weitere Entscheidungen des Oberlandesgerichts Naumburg wurden vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben. Letztlich wurden die beteiligten Richter des Oberlandesgerichts Naumburg sogar wegen Rechtsbeugung angeklagt, die Eröffnung des Hauptverfahrens jedoch in zwei Instanzen abgelehnt.

Ein Zitat aus dem Beschluss des Verfassungsgerichts vom 14. Oktober 2004 (2 BvR 1481/04) verdeutlicht, weshalb ich hier von Negativbeispiel spreche:

> „Das Oberlandesgericht nimmt insbesondere in verfassungsrechtlich nicht haltbarer Weise an, dass ein Urteilsspruch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

4 *Görgülü gg. Deutschland*, Nr. 74969/01, Urteil vom 26. Februar 2004.

> nur die Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt, nicht aber deutsche Ge richte binde."
>
> „Im vorliegenden Fall hatte das Oberlandesgericht durch das Urteil des Gerichtshofs vom 26. Februar 2004 besondere Veranlassung zu einer Auseinandersetzung mit dessen Gründen, weil die Entscheidung, mit der ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen die Konvention festgestellt wurde, zu dem Gegenstand ergangen war, mit dem das Oberlandesgericht erneut befasst war. Die Berücksichtigungspflicht beeinträchtigt das Oberlandesgericht weder in seiner verfassungsrechtlich garantierten Unabhängig keit, noch zwingt sie das Gericht zu einem unreflektierten Vollzug der Entscheidung des Gerichtshofs. Das Oberlandesgericht ist jedoch an Gesetz und Recht gebunden, wozu nicht nur das bürgerliche Recht und das einschlägige Verfahrensrecht gehören, sondern auch die im Range eines einfachen Bundesgesetzes stehende Europäische Menschenrechtskonvention."

Woran liegt es nun, dass mancher mag hinzufügen „sogar" deutsche Richter in ihrer täglichen Arbeit gegen die Konvention verstoßen? Meines Erachtens liegt das nicht nur an der teilweisen Überlastung der nationalen Gerichte; vielmehr liegt es an der mangelnden Präsenz der Konvention und der Rechtsprechung des EGMR in den Köpfen deutscher Richter. Und das wirkt sich natürlich auch auf die Rezeption bzw. die mangelhafte oder gar fehlende Rezeption der Rechtsprechung des EGMR aus.

Ich gebe allerdings zu, dass der deutsche Richter etwas allein gelassen wird, wenn es um eine Auseinandersetzung mit der EMRK und dem Gerichtshof geht. Bereits die Ausbildung weist hier Lücken auf: Im Studium dürfte das Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention regelmäßig nur eine Wahlfachveranstaltung sein. Auch im Referendariat spielt sie zumindest nach meiner Erfahrung keine Rolle. In der Einführungsphase für Richterinnen und Richter auf Probe, wie es sie beispielsweise in Schleswig-Holstein gibt, sucht man einen Vortrag zu diesem Thema ebenfalls vergeblich; und die Deutsche Richterakademie bietet lediglich alle zwei Jahre ein Seminar zur EMRK an. Die Anregung der deutschen Richterin am EGMR, Dr. Renate Jaeger[5], bei jedem fachbezogenen Seminar auch die Einflüsse der europäischen Rechtsprechung zu berücksichtigen, wurde meines Wissens bislang nicht aufgegriffen. Die Möglichkeit einer Abordnung an den EGMR, wie ich sie derzeit genieße, besteht überhaupt erst seit 2009. Ob sie nach dem Ende meiner Abordnungszeit weitergeführt wird, hängt insbesondere davon ab, ob der Bund und die Länder weiterhin zur Finanzierung bereit sind. Und schließlich muss auch noch das Sprachproblem berücksichtigt werden: Viele Entscheidungen des Gerichtshofes sind nur in englischer oder französischer Sprache verfügbar. Auch wenn es mich, ehrlich gesagt, sehr überrascht hat, stellt dies selbst

5 Renate Jaeger war von 2004 2010 Richterin am EGMR.