

Jurakompakt

## Internationales Strafrecht

Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht

Bearbeitet von  
Von Prof. Dr. Edward Schramm

2. Auflage 2018. Buch. XXI, 223 S. Kartoniert  
ISBN 978 3 406 70776 6  
Format (B x L): 11,8 x 18,0 cm  
Gewicht: 246 g

[Recht > Strafrecht > Internationales Strafrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## Kapitel 3. Der Europarat, die EMRK und der EGMR

Der Europarat und die von ihm initiierte Europäische Konvention für Menschenrechte (EMRK) sind der historische Ausgangspunkt des heutigen europäischen Strafrechts. Entstanden sind sie vier Jahre nach dem Ende des 2. Weltkriegs. Zwar sind später zahlreiche europäische strafrechtliche Regelungen hinzugetreten, die auf die Europäische Gemeinschaft und Europäische Union zurückzuführen sind (mehr dazu im 4. Kapitel). Für das europäische Strafrecht bilden aber der Europarat, seine Konventionen (zB die Cybercrime-Konvention oder die Istanbulkonvention) und namentlich die EMRK und das für die EMRK geschaffene gerichtliche Rechtssystem bis heute überaus wirkungsmächtige und zentrale Institutionen des europäischen Strafrechts. Sie sind namentlich in denjenigen Staaten bedeutsam, die zwar zum Europarat, nicht (oder noch nicht) aber zur Europäischen Union gehören (wie zB Türkei, Russland, Ukraine oder Georgien). Im Folgenden soll, nach einem kurzen Blick auf den **Europarat (A.)**, vor allem die **Europäische Menschenrechtskonvention (B.)** skizziert werden, deren Einhaltung durch die **nationalen Gerichte (C.)** sowie den **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (D.)** kontrolliert wird.

### A. Der Europarat

*Winston Churchill* forderte in seiner berühmten Züricher Rede vom 19.9.1946 dass die durch den Zweiten Weltkrieg auseinandergerissene europäische Familie wiederhergestellt werden müsse; man könne sie, so Churchill, sogar „die Vereinigten Staaten von Europa“ nennen:

„... Und welches ist der Zustand, in den Europa gebracht worden ist? Zwar haben sich einige der kleineren Staaten gut erholt, aber in weiten Gebieten starren ungeheure Massen zitternder menschlicher Wesen gequält, hungrig, abgehärmt und verzweifelt auf die Ruinen ihrer Städte und Behausungen ...

Und doch gibt es all die Zeit hindurch ein Mittel, das, würde es allgemein und spontan von der großen Mehrheit der Menschen in vielen Ländern angewendet, wie durch ein Wunder die ganze Szene veränderte und in wenigen Jahren ganz Europa, oder doch dessen

*größten Teil, so frei und glücklich machte, wie es die Schweiz heute ist. Welches ist dieses vorzügliche Heilmittel? Es ist die Neuschöpfung der europäischen Völkerfamilie, oder doch soviel davon, wie möglich ist, indem wir ihr eine Struktur geben, in welcher sie in Frieden, in Sicherheit und in Freiheit bestehen kann. Wir müssen eine Art Vereinigte Staaten von Europa errichten. Nur auf diese Weise werden Hunderte von Millionen sich abmühender Menschen in die Lage versetzt, jene einfachen Freuden und Hoffnungen wiederzuerhalten, die das Leben lebenswert machen. Das Vorgehen ist einfach. Das einzige, was nötig ist, ist der Entschluss Hunderter von Millionen Männer und Frauen, recht statt unrecht zu tun und dafür Segen statt Fluch als Belohnung zu ernten (...)*

*Bei all diesen dringenden Aufgaben müssen Frankreich und Deutschland zusammen die Führung übernehmen. Großbritannien, das britische Commonwealth, das mächtige Amerika, und, so hoffe ich wenigstens, Sowjetrußland – denn dann wäre tatsächlich alles gut – sollen die Freunde und Förderer des neuen Europa sein und dessen Recht, zu leben und zu leuchten, beschützen. Darum sage ich Ihnen: Lassen Sie Europa entstehen!“*

*Quelle: [http://www.zeit.de/reden/die\\_historische\\_rede/200115\\_hr\\_churchill\\_1\\_englisch](http://www.zeit.de/reden/die_historische_rede/200115_hr_churchill_1_englisch)*

Am 5.5.1949 wurde der Europarat gegründet. Anders als von seinen Gründungsvätern erhofft, wurde aus ihm keine verfassungsgebende Versammlung, und die Churchill'sche Vision nicht Realität, da der Europarat bis heute (nur) eine intergouvernementale Organisation ohne hoheitliche Kompetenz ist. Deutschland ist 1950 beigetreten. Der Europarat umfasst 47 Mitgliedstaaten, darunter alle 28 EU-Mitgliedstaaten (Hecker, 3/2). Es fehlen somit nur der Vatikan (der aber Beobachterstatus hat), der Kosovo, Weißrussland (das aber Beitrittskandidat ist) und das Niemandsland Transnistrien (vgl. Schomburg, MPI-EurStR, 3/1). Der Europarat umschließt seit dem letzten Beitritt praktisch die gesamte geographische Region Europas, dh mehr als 800 Millionen Menschen, darunter 500 Millionen Menschen aus den EU-Mitgliedstaaten.

- 3 Die maßgebliche Rechtsgrundlage für den Europarat bildet die ERS, die Satzung für den Europarat v. 5.5.1949 (CETS 001). Der Europarat ist eine internationale Organisation mit Sitz in Straßburg (Art. 11 ERS). Der Europarat ist von der Europäischen Union völlig unabhängig. Seine Mitglieder bilden einen Staatenbund.

## I. Wertetrias

Ziel des Europarates ist es, eine Wiederholung der Verbrechen und Zerstörungen des 2. Weltkriegs zu verhindern. Zu diesem Zweck soll der Zusammenschluss unter den Mitgliedern verstärkt werden, um gemeinsame Ideale und Grundsätze zu schützen und zu fördern sowie den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt zu begünstigen (Art. 1 ERS). Nur derjenige kann Mitglied des Europarats werden, der dazu fähig und gewillt ist, die bis heute im Mittelpunkt der Arbeit des Europarats stehende Wertetrias der Rechtsstaatlichkeit, der Menschenrechte und der Demokratie zu beachten (Art. 3 Abs. 1 S. 1 ERS). Dazu gehört zentral die über die EMRK gewährte Garantie eines rechtsstaatlichen Straf- und Strafverfahrensrechts, mit der verhindert werden soll, das Strafrecht für die Durchsetzung menschenrechtswidriger oder totalitärer Zwecke einzusetzen.

Der Europarat darf **nicht verwechselt** werden mit dem Rat der Europäischen Union (Art. 15 Abs. 2 EUV: Versammlung der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten einschließlich des Präsidenten des Europäischen Rates und des Präsidenten der Kommission) und dem Europäischen Rat (Art. 16 Abs. 2 EUV: Versammlung der Minister der EU-Mitgliedstaaten).

## II. Handlungsformen

Handlungsformen des Europarats sind themenzentrierte Empfehlungen, Konventionen (= Abkommen, Übereinkommen), die den Mitgliedstaaten zu Beitritt und Ratifikation angeboten werden. Die Konventionen sind seit 2004 als Council of European Treaties (CETS; auf Deutsch: Sammlung der Verträge des Europarats = SEV) geordnet und tragen jeweils eine Nummer. So ist die Satzung des Europarats CETS (bzw SEV) 001 und Europäische Menschenrechtskonvention CETS (bzw SEV) 005.

Der Europarat kann als Zusammenschluss souveräner Staaten, als bloßer Staatenbund, keine Rechtsvorschriften erlassen, die in den Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung beanspruchen (*Esser*, 8/14). Denn die Mitgliedstaaten haben dem Europarat, anders als der Europäischen Union, keine Hoheitsrechte in Gestalt von Rechtssetzungskompetenzen übertragen (*Safferling*, 13/3). Es bleibt der souveränen Entscheidung der Mitgliedstaaten überlassen, ob sie einer Konvention des Europarats beitreten und diese durch **Ratifikation** in innerstaatliches Recht verwandeln.

Eine Konvention des Europarats erlangt somit in Deutschland erst dann rechtliche Bedeutung, wenn **1.** die zuständigen *Gesetzgebungsor-*

gane (also der Bundestag, ggf auch der Bundesrat) ihre Zustimmung zu dem völkerrechtlichen Vertrag gegeben haben, und zwar in Gestalt eines sog. Vertragsgesetzes gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG, und 2. der Bundespräsident danach die Ratifikationserklärung gem. Art. 59 Abs. 1 S. 2 GG abgegeben hat (M/D/Nettesheim, Art. 59 GG Rn. 95). So ist etwa Deutschland bis heute der Biomedizinkonvention des Europarats (CETS 164) nicht beigetreten, da es in Deutschland Widerstand gegen die in dieser Konvention vorgesehene Zulässigkeit von medizinischen Experimenten an einwilligungsunfähigen Personen (wie etwa Menschen mit einer massiven geistigen Behinderung) gibt.

- 9 Zu den **strafrechtlich bedeutsamen Konventionen** des Europarats zählen neben der EMRK (CETS 005) vor allem das Europäische Auslieferungsbübereinkommen (CETS 024), das Abkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen (CETS 030), die Folterkonvention (CETS 126), die Geldwäschekonvention (CETS 141), die Cybercrime-Konvention (CETS 189), die Konvention zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (CETS 201), das Übereinkommen zur Verhütung des Terrorismus (CETS 196), die Konvention gegen Menschenhandel (CETS 197), das Übereinkommen zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen (Istanbul-Konvention) (CETS 210) und die Konvention gegen den Handel mit menschlichen Organen (CETS 216),

### III. Organe und Einrichtungen des Europarats

- 10 Organe des Europarats sind das Ministerkomitee (= Versammlung der Außenminister der Mitgliedstaaten) und die Beratende Versammlung (= von den nationalen Parlamenten benannte Mitglieder) sowie das Sekretariat als Verwaltungsorgan (Art. 10 ERS). An der Spitze des Europarats steht der Generalsekretär (Art. 36 ERS; derzeit, in zweiter Amtszeit, der Norweger *Thorbjörn Jagland*). Die Tätigkeit des Europarats im Bereich des Strafrechts wird vom Europäischen Ausschuss für Strafrechtsfragen des Europarats (European Committee on Crime Problems, CDPC) koordiniert (*Hecker*, 3/10).
- 11 Darüber hinaus wurde 1997 ein Kommissariat für Menschenrechte eingerichtet. Der Kommissar hat die Aufgabe, die Öffentlichkeit im Bereich der Menschenrechte zu sensibilisieren, in Menschenrechtsfragen zu beraten und die Mitgliedstaaten bei der Behebung menschenrechtlicher Defizite zu unterstützen.

## B. Die Europäische Menschenrechtskonvention

### I. Allgemeines

#### 1. Völkerrechtlicher Vertrag; Struktur

Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der von Mitgliedstaaten des Europarats geschlossen wurde. Zwar bedeutet die Mitgliedschaft im Europarat nicht zwangsläufig auch den Beitritt zur EMRK. Inzwischen werden neue Mitglieder aber nur noch aufgenommen, wenn sich der Beitrittskandidat dazu verpflichtet hat, der EMRK beizutreten. 12

Von allen Konventionen des Europarats hat die EMRK die Strafrechtspflege der Konventionsstaaten am stärksten geprägt. Sie gilt als das „gemeineuropäische Grundgesetz“ (Hecker, 3/20), das einen bei jeder Strafverfolgung zu wahrenden europäischen Grundrechtsstandard gewährleistet. Trotz aller Verfassungsrhetorik ist aber zu beachten, dass die EMRK in Deutschland keinen Verfassungsrang, sondern formal nur den Rang eines einfachen Gesetzes einnimmt (mehr dazu unten Rn. 51). 13

Der EMRK vorangestellt ist die Präambel mit den allgemeinen Zielen der Konvention. Art. 1 EMRK verpflichtet die Vertragsstaaten (von der EMRK immer als „Hohe Vertragsparteien“ bezeichnet) zur Achtung der Menschenrechte. Daran schließen sich die drei Abschnitte der EMRK an: Der 1. Abschnitt enthält den Katalog der geschützten Menschenrechte (Art. 2–18 EMRK), der 2. Abschnitt die gerichtsverfassungsrechtlichen und prozessualen Regelungen zum *EGMR* (Art. 19–51) und der 3. Abschnitt weitere Bestimmungen wie etwa das Günstigkeitsprinzip (Art. 53 EMRK). 14

#### 2. Ratifikation und Zusatzprotokolle

Alle 47 Mitgliedstaaten haben die EMRK ratifiziert. Beispielhaft seien davon genannt Deutschland (1952), Türkei (1954), Österreich (1958), Schweiz (1974), Ukraine (1997), die Russische Föderation (1998), Georgien (1998), Serbien (2004), Monaco (2005) und Montenegro (2006). 15

Anders als bei Verfassungen, bei denen Änderungen durch eine entsprechende Modifikation des Normtextes vorgenommen werden, kann der Grundrechtsbestand der EMRK und das Verfahrensrecht des *EGMR* nur durch ein Zusatzprotokoll (ZP) ergänzt werden (*Grabewarter/Pabel*, 1/7). Ändert ein ZP den Text der EMRK (wie zB das 14. und 15. ZP), muss es von allen 47 Europaratsstaaten ratifiziert werden. Inzwischen sind 15 ZPe in Kraft getreten. Um der Überlastung des

EGMR entgegenzuwirken, sind im 14. Zusatzprotokoll zahlreiche organisatorische (siehe unten Rn. 59) und verfahrensrechtliche Änderungen (siehe unten Rn. 70) enthalten. Im **15. ZP** (2013) sind ebenfalls Änderungen zur Beschleunigung der Verfahren vorgesehen (zB Verkürzung der Individualbeschwerdefrist von 6 auf 4 Monate). Das 15. Zusatzprotokoll wurde bereits von Deutschland ratifiziert und unterschrieben. Es ist jedoch noch nicht in Kraft getreten. Durch das **16. ZP** (2013) soll die Möglichkeit der nationalen obersten Gerichte geschaffen werden, analog dem Vorabentscheidungsverfahren beim *EuGH* Rechtsgutachten beim EGMR zu Auslegungsfragen der EMRK einzuholen („advisory opinion“). Das 16. ZP ist am 1.8.2018 in Kraft getreten. Es wurde zuletzt von Frankreich ratifiziert, nicht aber bislang von Deutschland. Momentan gilt in Deutschland die EMRK idF der Bekanntmachung vom 22.10.2010 (BGBl. II 1198), geändert durch das 15. EMRK-Protokoll vom 24.6.2013 (BGBl. 2014 II 1034).

### 3. Die Kritik am EGMR

**15a** Der Schutzgehalt der EMRK ist freilich nicht nur durch die Vereinbarung von Zusatzprotokollen, sondern vor allem durch eine vielfach als „**expansiv**“ (HK-EMRK, Einleitung 3) bezeichnete Rechtsprechung des EGMR ausgebaut worden. Die einfachen Formeln ‚je mehr Europa, desto besser‘ und ‚je mehr europäischer Grundrechtsschutz, desto besser‘ „stimmen so plakativ nicht mehr“, wie die EGMR-Vizepräsidentin *Nußberger* einräumt (*dies.*, Zu viel Europa? Europäische Gerichte in der Kritik, APUZ 37/2017).

In manchen Ländern wird die Rechtsprechung des EGMR stark kritisiert und teilweise sogar laut über einen **Austritt aus der EMRK** nachgedacht. So stößt es in **England** bis heute auf großen Widerstand, neben EGMR-Entscheidungen zu Rechten von Homosexuellen auch die Jurisdiktion des EGMR (*Hirst* ./ England, 6.10.2005 – 74025/01) zu befolgen, wonach selbst im Gefängnis einsitzenden Schwerverbrechern ein Wahlrecht einzuräumen sei (Verstoß gegen Art. 3 des 1. ZP). Es wird davon berichtet, dass die englische **Ministerpräsidentin May** den **Austritt aus der EMRK** zu einem zentralen Thema ihres Wahlkampfes 2020 machen möchte (Independent v. 29.12.2016).

In der **Schweiz** wurde nach umstrittenen Urteilen des EGMR gegen die Ausweisung von straffälligen Ausländern (Verstöße gegen Art. 8 EMRK) von der Schweizer Volkspartei eine „Selbstbestimmungsinitiative – Schweizer Recht statt fremde Richter“ gestartet, die allerdings im Schweizer Ständerat gescheitert ist (NZZ v. 13.2.2018).

Zudem hat das Verfassungsgericht der **Russischen Föderation**, nachdem der EGMR ehemaligen Yukos-Anteilseignern eine große Entschädi-

gungssumme zugesprochen hat (u. a. wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK, vgl. *EGMR Yukos J. Russland* 31.7.2014 – 14902/04), die ausnahmslose Geltung der *EGMR*-Entscheidungen aufgehoben und festgestellt, dass die Entscheidungen des *EGMR*, die gegen russische Verfassungsgrundsätze verstoßen, für Russland entgegen Art. 46 Abs. 1 EMRK nicht bindend seien (SZ v. 15.7.2015). Das erinnert an die Identitätsskontrolle durch das *BVerfG* (allerdings bei EU-rechtlichen Fragestellungen). Auf harte Ablehnung in den russischen Medien ist die Entscheidung des *EGMR* gestoßen, die Begründetheit von Individualbeschwerden zu bejahen, die gegen das russische Verbot der öffentlichen Aktivitäten, die auf die Förderung der Homosexualität bei Minderjährigen abzielen, gerichtet waren (*EGMR, Bayev u. a./Russland*, Urt. v. 20.6.2017, Nr. 67667/09). Auch das *BVerfG* nimmt zuweilen eine kritische Haltung gegenüber dem *EGMR* ein, wenn es betont, dass in Deutschland nicht die EMRK (der *EGMR*), sondern das GG (das *BVerfG*) das letzte Wort habe (*BVerfG NJW* 2004, 3408 [Görgülü]).

Als **Reaktion** auf die **zunehmende Kritik am *EGMR*** ist in dem noch nicht in Kraft getretenen **ZP Nr. 15** (oben Rn. 15) vorgesehen, dass in der EMRK-Präambel das **Subsidiaritätsprinzip** und der politische Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten („margin of appreciation“) hervorgehoben wird (HK-EMRK/*Meyer-Ladewig*, Einleitung Rn. 4). Außerdem kommt es zunehmend zu einem **Dialog der nationalen Gerichte** mit dem *EGMR*, wie auch „**der missionarische Eifer**“, wonach Europa alles besser könne, einer nüchterneren Betrachtung weichen soll (so *Nußberger* aaO).

#### 4. Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK

Prinzipiell könnte auch die EU der EMRK beitreten (Art. 6 Abs. 2 16 EUV bzw Art. 59 Abs. 2 EMRK). Das Beitrittsverfahren wäre aber sehr kompliziert, Art. 218 AEUV. Die Beitrittsverhandlungen hatten 2010 begonnen (*Brodowski*, ZIS 2010, 749). Ziel dieses Beitritts wäre es, dass das Rechtssystem der EU einer unabhängigen externen Kontrolle unterworfen wäre. Außerdem bestünde ein gleicher Rechtsschutz von EU-Bürgern gegenüber EU-Gesetzen wie gegenüber nationalen Gesetzen. Konsequenzen eines Beitritts wären für das europäische Gerichtssystem zwei Grundrechtskataloge (GRCh, EMRK) und zwei Gerichte (*EuGH* für GRCh, *EGMR* für EMRK); was Probleme mit der Kohärenz der Rechtsprechung in Fragen der Grundrechte geschaffen hätte (die unions- und integrationsfreundliche Rspr. des *EuGH* einerseits – die menschenrechtlich orientierte, „obrigkeitskritische“ Rspr. des *EGMR* andererseits). Ebenfalls noch nicht geklärt wären die Ausübung des Rechts der EU, einen EU-Richter nach Straßburg zu senden,

sowie die Möglichkeit der Staatenbeschwerden der Mitgliedsländer untereinander oder gegenüber der EU. Schon heute existiert freilich eine Bindungswirkung der EMRK für die EU, jedoch (noch) keine unmittelbare (*Hecker*, 3/75), etwa durch den *EuGH* bei repressiven Eingriffen der EU in Rechte des Bürgers und der Unternehmen (etwa im Rahmen eines Lebensmittelkontrollverfahrens nach EU-Recht; vgl. *EuGHE* 2003, 3735). Außerdem sind seit dem Vertrag von Lissabon die Grundrechte der EMRK gem. Art. 6 Abs. 3 EUV als allgemeine Grundrechte Teil des Unionsrechts (dazu *Esser*, MPI-EurStR, 53/7 ff.). Dennoch gibt es Divergenzen zwischen der Rechtsprechung des *EGMR* und des *EuGH* (*Böse*, MPI-EurStR, 52/3 mit Fn. 21).

- 17 Der *EuGH* hat aber 2014 einem Beitritt der EU zur EMRK in seiner derzeit geplanten Form praktisch eine **Absage** erteilt. In dem *EuGH*-Gutachten 2/13 vom 18.12.2014 (= BeckRS 2015, 80256 = HRRS 2015 Nr. 172) zum Entwurf der Übereinkunft über den Beitritt der EU zur EMRK stellte der *EuGH* fest, dass es unionsrechtlich nicht mit Art. 6 Abs. 2 EUV vereinbar sei, die Autonomie und die Besonderheiten der EU einer Kontrolle des *EGMR* zu unterziehen; außerdem dürften die Entscheidungen des *EuGH* nicht zur Disposition des *EGMR* stehen. Bildlich gesprochen: Über dem *EuGH* soll quasi weiterhin nur „der Himmel“, nicht aber der *EGMR* stehen. Wie die Grundrechtecharta der EU zu interpretieren sei, unterliege allein der Kompetenz des *EuGH* (Würdigung des *EuGH*-Gutachtens bei *Schmahl*, JZ 2016, 921, *Tomuschat*, EuGRZ 2015, 133 und *Wendel*, NJW 2015, 921).

## II. Die Menschenrechte der EMRK

### 1. Dogmatik und Systematik der Grundrechte in der EMRK

- 18 Die Grundrechte der EMRK sind, anders als diejenigen der Europäischen Grundrechtecharta, nicht sozialer oder ökonomischer Art. Es sind vielmehr Bürgerrechte und politische Rechte, somit „universelle Rechte par excellence“ (*Pradel*, 2/10).

#### a) Dogmatik; „margin of appreciation“

- 18a Die Prüfung der EMRK-Menschenrechte weist große Ähnlichkeiten mit der Grundrechtsjudikatur des *BVerfG* auf (O/C/N/, § 17 Rn. 34). Dies zeigt sich vor allem bei den Abwehrrechten, die ähnlich dreistufig geprüft werden wie entsprechende Grundrechte des GG (unten Rn. 62): Zunächst wird der Schutzbereich des Menschenrechts definiert, sodann die Art des Eingriffs festgestellt und schließlich das Vorliegen einer Einschränkung, mithin einer Rechtfertigung geprüft (*Satzger*, 11/28).

Der *EGMR* räumt den EMRK-Vertragsparteien häufig einen erheblichen Beurteilungsspielraum (**margin of appreciation**) ein, vor allem bei der Beschäftigung mit moralischen und kriminalpolitischen Fragestellungen (O/C/N § 17 Rn. 34; zu europäischen Burkaverboten *Braun*, ZIS 2018, 268). Gibt es keinen Konsens unter den Mitgliedstaaten des Europarats, sei es über das Gewicht der betroffenen Interessen, sei es darüber, wie sie am besten zu schützen sind, enthält sich der *EGMR* einer Entscheidung, so etwa bei der Frage, ob der Inzest oder die Leihmutterschaft strafbar sein soll (vgl. *EGMR, Stübing v. Deutschland*, NJW 2013, 215 Rn. 66 [Inzest]; *EGMR, Paradiso/Campanelli v. Italien*, 25358/12, Rn. 182 [Leihmutterschaft]). Wenn es um einen wesentlichen Aspekt der Existenz oder Identität einer Person geht, ist dagegen der Ermessensspielraum des Staates begrenzt (*EGMR, Evans v. Vereinigtes Königreich*, NJW 2008, 2013 para 77). Mit Inkrafttreten des 15. ZP wird die „margin of appreciation“ ausdrücklich in die **Präambel** der EMRK aufgenommen. **18b**

## b) Systematik

Geläufig ist die Unterscheidung (vgl. *Safferling*, 13/38) zwischen **19**

- Freiheitsrechten (Art. 2, 3, 8, 9, 12 EMRK),
- den Gleichheitsrechten (Art. 14 EMRK),
- den politischen Rechten (Art. 10, 11 EMRK) und
- justizbezogenen Rechten (Art. 5, 6 EMRK)

Auch wenn sich die EMRK nicht ausschließlich mit dem Straf- und Strafverfahrensrecht beschäftigt, ist doch vorrangig dieses Rechtsgebiet betroffen. Dies zeigt sich auch darin, dass zwei Drittel der Fälle vor dem *EGMR* strafrechtlicher Natur sind (*Pradel* aaO). In der EMRK, die wenige Jahre nach dem Zweiten Weltkrieg und der Pervertierung des (Straf-)Rechts in totalitären Staaten entstanden ist, steht (in strafrechtlicher Hinsicht) folgerichtig der **Schutz des Bürgers gegen „die staatliche Gewalt**, die auch die Strafrechtspflege im weitesten Sinne ausübt“ (*Kühl*, ZStW 100 [1988] 410) im Mittelpunkt. **20**

## 2. Materielles Strafrecht (Art. 2, 7 EMRK)

Im Bereich des materiellen Strafrechts gewinnen vor allem das **21**

Recht auf Leben, Art. 2 EMRK, und der Gesetzlichkeitsgrundsatz, Art. 7 EMRK, große Bedeutung.

## a) Das Recht auf Leben, Art. 2 EMRK

**Prüfungsschema 15: Recht auf Leben**

1. Schutzbereich
2. Eingriff (zB Todesstrafe, Auslieferung)
3. Rechtfertigung (Art. 2 Abs. 2 EMRK):
  - a) Verteidigung gegenüber rechtswidriger Gewalt
  - b) Festnahme und Fluchtverhinderung
  - c) Verhinderung von Aufruhr und Aufstand

**Übungsklausur:** Hecker/Zöller, Klausur 15, S. 156.

## aa) Schutzbereich

- 22 Jeder Mensch ist in seinem Recht auf Leben geschützt (Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK). Das Recht endet mit dem Tod. Ob auch das ungeborene Leben darunterfällt, ist umstritten; der EGMR hat dem Foetus einen gewissen Schutz durch Art. 2 eingeräumt. Nicht von der EMRK erfasst ist das Recht auf Suizid, auf aktive bzw passive Sterbehilfe oder auf einen würdigen Tod (EGMR, *Pretty v. Vereinigtes Königreich*, Ur. v. 29.4.2002 = NJW 2002, 2851 para 39).

## bb) Eingriffe

- 23 Eingriffe sind zunächst alle Tötungshandlungen des Staates, unabhängig davon, ob sie vorsätzlich oder fahrlässig erfolgen. Für die **Todesstrafe** als absichtliche Tötung eines Menschen infolge eines strafrechtlichen Todesurteils scheint Art. 2 Abs. 1 S. 2 EMRK noch Ausnahmen vorzusehen, doch sind hier zwei Zusatzprotokolle zur EMRK besonders wichtig, nämlich das 6. ZP über die Abschaffung der Todesstrafe im Strafrecht (CETS 114) und das 13. ZP über die Abschaffung der Todesstrafe unter allen Umständen, also auch im Kriegrecht (CETS 187). Damit ist es dem Europarat gelungen, „Europa mit Ausnahme Weißrusslands zu einer todesstrafenfreien Region zu machen (...) und zwar zu allen Zeiten und unter allen Umständen“ (*Schomburg*, MPI-EurStR, 3/2).
- 24 Eine **Auslieferung** aus einem Konventionsstaat in einen Staat, in dem der Auszuliefernde konkret die Todesstrafe zu befürchten hat, verstößt gegen Art. 2 Abs. 1 EMRK, und zwar auch dann, wenn der ersuchende Staat nicht der EMRK beigetreten ist. Insofern entfaltet die EMRK eine „mittelbare territoriale Anwendbarkeit“ (*Hecker*, 3/43). In Deutschland steht schon Art. 102 GG (BVerfGE 75, 1) und einfach-

rechtlich § 8 IRG einer Auslieferung entgegen. Falls der ersuchende Staat zusichert, die Vollstreckung der Todesstrafe auszusetzen, kann es doch zu einer Auslieferung kommen, so etwa nach dem am EU-USA-Auslieferungsabkommen (vgl. *Ambos*, 12/13). Vor Inkrafttreten des 6. ZP wurde die Konventionswidrigkeit mit Art. 3 EMRK begründet (*EGMR, Soering v. Vereinigtes Königreich*, NJW 1990, 2183; zu diesem Fall vgl. auch *Ambos*, 12/36 mit Fn. 210; *Safferling*, 13/56).

### cc) Rechtfertigung

Keine konventionswidrige Tötung stellt es jedoch nach Art. 2 Abs. 2 25 EMRK dar, wenn die Tötung die Folge der Gewaltanwendung für bestimmte Zwecke ist (*Grabenwarter/Pabel*, 20/13) und die Gewaltanwendung unbedingt erforderlich ist, um

- entweder jemanden gegen rechtswidrige Gewalt (zB Angriffe auf Leben, Gesundheit, Freiheit) zu verteidigen (Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK),
- jemanden rechtmäßig festzunehmen oder ihn an der Flucht zu hindern (Art. 2 Abs. 2 lit. b EMRK) oder
- einen Aufruhr niederzuschlagen (Art. 2 Abs. 2 lit. c EMRK).

Besondere Bedeutung für das deutsche Strafrecht erlangt im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 lit a) EMRK neben der Frage nach der Zulässigkeit des sog. finalen Rettungsschusses (*S/S/W/Satzger*, Art. 2 Rn. 16: sehr strenger Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) vor allem die Frage der Einschränkung des Notwehrrechts bei Angriffen auf **Sachwerte** oder **immaterielle Güter**. Gemeint sind damit solche Fallkonstellationen, in denen jemand einen Angriff etwa auf sein Eigentum (zB nächtlicher Diebstahl eines Luxus-PKWs) einzig und allein dadurch abwenden kann, dass er zu einem lebensgefährlichen Verteidigungsmittel greift, das zum Tod des Angreifers führt. Die Ermächtigung staatlicher Stellen zur Tötung zur Abwehr eines ausschließlich gegen Sachen gerichteten Angriffs ist mit Art. 2 EMRK nicht vereinbar, bei Privatpersonen ist dies jedoch umstritten. Die Tötung des Angreifers (§§ 212, 222 StGB) wäre nach hM gem. § 32 StGB gerechtfertigt; es bestünde auch keine sozial-ethische Einschränkung des Notwehrrechts wegen eines krassen Missverhältnisses von Eingriffsgut und Rettungsgut. Legt man dagegen die EMRK zugrunde, bestehen Zweifel, ob ein solcher Angriff auf Eigentum als „Gewalt“ eingestuft werden kann und damit eine vorsätzliche Tötung des Angreifers von Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK gedeckt wäre. 26

Eine Entscheidung des *EGMR* zu dieser Problematik ist bislang 27 noch nicht ergangen. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass bereits in der deutschen Rechtsprechung die Notwehr beim Schusswaffeneinsatz häufig schon daran scheitert, dass das dreistufige „Verfahren“ – Androhen, Warnschuss, möglichst ungefährlicher Schuss – von

dem Täter nicht eingehalten wird und damit „eine Rechtfertigung der Tötung des Angreifers zur Verteidigung von Sachwerten in praxi häufig an den zu § 32 StGB entwickelten Restriktionen im Bereich des tödlichen Waffeneinsatzes scheitert“ (*Ambos*, 10/113).

28 Nach der sog. **Schutzrechtstheorie** der hM (vgl. etwa *Rengier*, AT, 18/60) gilt die EMRK nur im Verhältnis Staat – Bürger, nicht aber im Verhältnis der Bürger untereinander, weshalb Art. 2 EMRK § 32 StGB nicht einschränke. Nach der sog. **Übereinstimmungstheorie** (zB *Zieschang*, GA 2006, 419) erfasst das Tötungsverbot in Art. 2 EMRK nur die absichtliche oder direkt vorsätzliche Tötung eines Menschen, nicht aber diejenige mit *dolus eventualis*. Nach der international herrschenden Ansicht im europarechtlichen Schrifttum (sog. **absoluten Theorie**) verbietet dagegen Art. 2 Abs. 2 lit.a EMRK die Tötung zum Schutz von Sachwerten; dies gelte auch im Verhältnis der Bürger untereinander (vgl. LR-StPO/*Esser*, Art. 2 EMRK Rn. 52).

29 Für die letztgenannte Ansicht spricht die strenge Rechtsprechung des EGMR, nach der ein Staat seine Rechtsordnung strikt an dem Gebot des Lebensschutzes auszurichten hat und der EGMR eine davon abweichende Rechtspraxis in den Konventionsstaaten nicht akzeptieren wird. Auch muss gefragt werden, ob es in der Sache heute noch angemessen ist, wenn das deutsche Notwehrrecht prinzipiell keine Verhältnismäßigkeits-schranken enthält und die Tötung eines Menschen bereits zum Schutz von Sachwerten erlaubt. Es sprechen daher die besseren Gründe dafür, die Einschränkung des Art. 2 Abs. 2 lit. a EMRK auf *jede* Form der Gewaltanwendung zum Eigentumsschutz anzuwenden, die zu einem Tod des Angreifers führen kann (vgl. Sch/Sch/*Perron*, § 32 Rn. 62). § 32 StGB ist dementsprechend völkerrechtskonform zu interpretieren: Die absichtliche, wissentliche oder bedingt vorsätzliche Tötung eines Diebes ist nicht gerechtfertigt. Es handelt sich dabei um eine Frage der sozialethischen Einschränkung des Notwehrrechts unter dem Gesichtspunkt der Rechtsbewährung und damit der Gebotenheitsklausel in § 32 Abs. 2 StGB (vgl. etwa Sch/Sch/*Perron*, § 32 Rn. 43, 62).

29b Gegen diese Ansicht wird zwar der Einwand erhoben, sie sei verfassungswidrig und verstoße gegen den Wortlaut des § 32 StGB zu Lasten des Verteidigers (*S/S/W/Satzger*, Art. 2 EMRK Rn. 17), Aber die EMRK ist nicht „bloß“ ein völkerrechtlicher Vertrag, sondern zugleich ein Bundesgesetz (Art. 59 Abs. 2 GG) und damit nach Art. 20 Abs. 3 GG bindend. Das StGB besitzt normenhierarchisch keinen Vorrang gegenüber der EMRK. Vielmehr lässt die zusätzliche Verpflichtung zur völkerrechtsfreundlichen Interpretation des nationalen Rechts das Gewicht der Notwehrregelung in Art. 2 Abs. 2 EMRK schwerer erscheinen als das dasjenige des § 32 StGB. Im Übrigen ist es der Wort-sinn des Begriffs „Gebotenheit“ in § 32 Abs. 1 StGB, das Notwehr-

recht normativen Einschränkungen zu unterziehen und im Rahmen der Rechtsbewährung die Maßstäbe der Gesamtrechtsordnung zu berücksichtigen (statt aller *Roxin*, AT-1, 15/87).

### b) Keine Strafe ohne Gesetz, Art. 7 EMRK

Das in Art. 7 EMRK geschützte Gesetzlichkeitsprinzip ist einerseits 30 insofern enger als der gleichlautende Art. 103 Abs. 2 GG, als ein Verstoß gegen das Analogieverbot nicht bereits bei Missachtung des Wortlauts vorliegt oder die Verwendung unbestimmter Begriffe verboten wird. Sogar Gewohnheitsrecht kann „Gesetz“ iSd Art. 7 EMRK sein. Entscheidend ist vielmehr die **Vorhersehbarkeit der Bestrafung** für den Bürger. Andererseits ist in Art. 7 EMRK, anders als in Art. 103 Abs. 2 GG, auch das Schuldprinzip verankert.

Das Gesetzlichkeitsprinzip hat in zwei bedeutenden Verfahren gegen 31 Deutschland – den Mauerschützenfällen und bei der Sicherungsverwahrung – eine zentrale Rolle gespielt.

#### aa) Mauerschützenprozess

**Fall „Mauerschützen“** (*EGMR, Streletz, Kefler und Krenz v. Deutschland*, NJW 2001, 3035) Der *EGMR* hat in seinem Urteil zu den Schießbefehlen an der innerdeutschen Grenze die Verurteilung hochrangiger DDR-Funktionäre wegen Totschlags für vereinbar mit Art. 7 Abs. 1 EMRK erklärt. Zwar habe es Anweisungen gegeben, auf Republikflüchtlinge zu schießen, wie auch in § 27 DDR-Grenzgesetz ein Rechtfertigungsgrund für die Erschießung von Menschen bei einem Verdacht eines Verbrechens (wie zB die Republikflucht) enthalten sei. Doch diese Rechtfertigungsgründe seien in Wahrheit gar kein DDR-Recht gewesen. Denn es sei, so der *EGMR*, aufgrund des Rechts auf Leben, das sowohl in DDR-Verfassung (Art. 89, 30 DDR-Verf) wie im IPBürgR geschützt werde, eine Tötung von Flüchtlingen schon nach DDR-Recht offensichtlich rechtswidrig gewesen (*EGMR* aaO para 88). Daher könnten Egon Krenz und die beiden anderen Beschwerdeführer sich nicht auf Art. 7 Abs. 1 EMRK berufen, da „die Handlungen der Beschwerdeführer zur Tatzeit Straftaten darstellten, die nach dem Recht der DDR ausreichend zugänglich und vorhersehbar bestimmt waren“ (*EGMR* aaO para 89).

32

#### bb) Sicherungsverwahrung

Außergewöhnlich große Bedeutung hat die EMRK im Zusammenhang mit der Sicherungsverwahrung (SV) erlangt (§§ 66–66b StGB). Das *BVerfG* hatte diese Regelungen erst dann für verfassungswidrig 33

erklärt, nachdem der *EGMR* zuvor die nachträglich angeordnete bzw rückwirkend verlängerte *SV* für unvereinbar mit Art. 5 Abs. 1 lit.a EMRK und Art. 7 EMRK erklärt hatte. Bis zum 31.5.2013 galt eine vom *BVerfG* geschaffene Übergangsregelung in Anlehnung an das sog. Therapieunterbringungsgesetz (ThUG v. 22.10.2010, BGBl. I 2300). Am 1.6.2013 trat daraufhin das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (G. v. 5.12.2012, BGBl. I 2425) in Kraft.

34

**Fälle der rückwirkend verlängerten und nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung:** Die *SV* war früher auf 10 Jahre beschränkt, wurde aber nach einer Gesetzesänderung von 1998 unbefristet angeordnet (§ 67d Abs. 3 StGB). Selbst die Befristung in den Altfällen, in denen die *SV* noch auf 10 Jahre begrenzt war, wurde rückwirkend aufgehoben (sog. Parallelfälle). Darin lag, so das *BVerfG* in einem Urteil aus dem Jahre 2004 (NJW 2004, 739), kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot, da es sich bei der *SV* nicht um eine „Strafe“, sondern um Gefahrenabwehr handle. Ein Täter, gegen den nach altem Recht *SV* angeordnet wurde und der dementsprechend spätestens 2001 aus der *SV* hätte entlassen werden müssen, legte wegen der von den Fachgerichten und dem *BVerfG* unbeanstandeten Verlängerung seiner Unterbringungszeit Beschwerde bei dem *EGMR* ein.

Nach Ansicht des *EGMR* (*M v. Deutschland*, NJW 2010, 2495) war die nachträgliche Verlängerung der *SV* **nicht von Art. 5 Abs. 1 S. 1 lit. a EMRK gedeckt**. Sie verstieß zudem gegen **Art. 7 EMRK**: Diese Form der Haft bedeute genauso wie eine gewöhnliche Freiheitsstrafe einen Freiheitsentzug. In der Praxis seien Häftlinge in der Sicherungsverwahrung in gewöhnlichen Gefängnissen untergebracht; ihnen seien lediglich Verbesserungen bei den Haftbedingungen eingeräumt. Nach dem Strafvollzugsgesetz dienten beide Formen der Haft dem doppelten Zweck, die Öffentlichkeit zu schützen und den Strafgefangenen auf ein verantwortliches Leben in Freiheit vorzubereiten. Der *EGMR* sprach M 50.000 Euro für den erlittenen immateriellen Schaden als gerechte Entschädigung (Art. 41 EMRK) zu. M wurde daraufhin entlassen. In einer späteren Entscheidung wurde auch die von der rückwirkend verlängerten *SV* zu unterscheidende nachträglich angeordnete *SV* (§ 66b StGB) vom *EGMR* wegen Verstoßes gegen Art. 5, 7 EMRK beanstandet (*EGMR, Haidn v. Deutschland*, 13.1.2011 – 6587/04).

Das *BVerfG* hat daraufhin die Regelungen zur Sicherungsverwahrung insgesamt für verfassungswidrig erklärt (*BVerfG* NJW 2011,

1931 Rn. 168). Dabei hat das *BVerfG* in einer völkerrechtsfreundlichen Interpretation die EMRK und die maßgeblichen Aspekte der *EGMR*-Entscheidungen als „Auslegungshilfen“ ergebnisorientiert einbezogen (*BVerfG* aaO Rn. 94). Der Begriff der Strafe, wie er im Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK enthalten sei, stimme zwar nicht mit dem Begriff der Strafe in Art. 103 Abs. 2 GG überein. Die nachträglich verlängerte oder angeordnete SV verstoße daher nicht gegen das Rückwirkungsverbot iSd Grundgesetzes, da die SV nach deutschem Verfassungsverständnis keine Strafe sei. Wegen der Intensität des Eingriffs – es handle sich dabei um eine Beeinträchtigung des Grundrechts auf Freiheit in ihrer intensivsten Form – gewinne aber „die Erwartung des Untergebrachten, die Freiheit zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder zu erlangen, besondere Bedeutung“ (aaO Rn. 136). Mit der rückwirkend verlängerten SV werde gegen dieses verfassungsrechtliche Vertrauensschutzprinzip, wie es aus Art. 2 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 20 Abs. 3 GG folge, verstoßen. Da zudem die SV in der Vollzugspraxis der Freiheitsstrafe sehr weit angenähert sei, erreiche der Vertrauensschutz sogar die Dimension eines absoluten Vertrauensschutzes (Rn. 138). Dies gelte auch (*BVerfG* aaO Rn. 148, 162) in den Fällen der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung im Erwachsenenstrafrecht (§ 66b StGB), bei Heranwachsenden (§ 106 JGG) und Jugendlichen (§ 7 Abs. 2 JGG).

Die bisherige Ausgestaltung des Vollzugs der Sicherungsverwahrung widerspreche dem „Abstandsgebot“ zwischen einer Strafe und einer Maßregel der Besserung und Sicherung. Eine nachträgliche Freiheitsentziehung sei nur auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK möglich (*BVerfG* aaO Rn. 144, 151), dh beim Täter müsse eine psychische Störung festgestellt werden. Bis 31.5.2013 seien das ganze Recht und die Praxis der Sicherungsverwahrung zu reformieren.

Seit 2013 gilt nunmehr folgendes System der Sicherungsverwahrung: Das Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der SV (oben Rn. 33) behielt die traditionelle anfängliche Sicherungsverwahrung (§ 66) bei und beließ es auch bei der bestehenden Dreiteilung in primäre (§ 66), vorbehaltene (§ 66a) und nachträgliche Sicherungsverwahrung (§ 66b). Das Abstandsgebot wurde neu geregelt und in § 66c hervorgehoben. Das neu hinzugetretene *ThuG* (oben Rn. 33) ermöglicht eine nachträgliche Unterbringung von Personen, deren Unterbringung in der Sicherungsverwahrung rückwirkend verlängert wurde, sofern sie in Anknüpfung an die *EGMR*-Entscheidungen freizulassen wären. Dies setzt aber **1.** eine psychische Erkrankung **34a**

kung, 2. die Gefahr von bestimmten erheblichen Straftaten und 3. eine Gefahr für die Allgemeinheit voraus, der nicht mit milderem Mitteln begegnet werden kann. – Der EGMR hat inzwischen (*EGMR Bergmann v. Deutschland*, NJW 2017, 1007) diese Neuregelungen „abgesegnet“ und für mit der EMRK vereinbar erklärt, sofern die Freiheitsentziehung in einer für psychisch Kranke geeigneten Einrichtung und nicht bloß in einer gesonderten Abteilung der Haftanstalt erfolgt (vgl. auch unten Rn. 40b).

### 3. Die verfahrensrechtlichen Garantien der EMRK (Art. 3, 5, 6 EMRK)

#### a) Das Folterverbot, Art. 3 EMRK

#### 35 Prüfungsschema 16: Folterverbot

##### 1. Eingriffsart

- a) Folter (Art. 3 Var. 1 EMRK),
- b) unmenschliche Behandlung oder Strafe (Art. 3 Var. 2 EMRK)  
oder
- c) demütigende Behandlung (Art. 3 Var. 3 EMRK)

##### 2. Intensität des Eingriffs

- 3. bei Var.1 keine Einschränkungen möglich (Art. 15 EMRK), bei Var. 2, 3 immanente Einschränkungen

#### aa) Allgemeines

- 36 Drei Menschenrechtsverstöße sind in Art. 3 EMRK aufgezählt, wobei die Übergänge fließend sind. An der Spitze steht die *Folter* (1. Var. des Art. 3 EMRK) als schwerwiegendster Eingriff. Sie setzt objektiv voraus, dass eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung sehr ernste und grausame Leiden hervorruft (zB Abschneiden eines Ohrs durch Polizeibeamten; *Esser*, 9/151). In subjektiver Hinsicht muss dies zweckgerichtet geschehen, etwa zur Erzwingung eines Geständnisses. Die Tat muss zudem einen staatlichen Bezug aufweisen. Dabei wird auch auf die Definition in Art. 1 des UN-Übereinkommens gegen Folter zurückgegriffen.
- 37 Unter einer unmenschlichen Behandlung oder Strafe (2. Var. des Art. 3 EMRK) versteht man die Zufügung von intensiven physischen oder psychischen Leiden (*Ambos*, 10/118). Dies schließt die Verpflichtung des Staates ein, einen Gefangenen unter Bedingungen festzuhalten