

Menschenrechte in der Praxis der Strafverteidigung

Robert ESSER *

1. Menschenrechte als Potential der Strafverteidigung

Die Garantie eines wirksamen staatenübergreifenden internationalen Schutzes der Menschenrechte ist das Grundanliegen des Europarates und damit auch seiner Mutterkonvention im Bereich des Menschenrechtsschutzes, der EMRK.

Während die deutsche Verfassung, das Grundgesetz aus dem Jahr 1949, nur wenige *speziell* auf das Strafverfahren zugeschnittene Grundrechte enthält, verfügen die **Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)** vom 4. November 1950 und ihre mittlerweile zur Zeichnung aufgelegten sechs *Zusatz*protokolle (Nr. 1, 4, 6, 7, 12, 13) über zahlreiche speziell auf das materielle Straf-/Sanktionenrecht und das Strafverfahrensrecht ausgerichtete Garantien.

Ebenso verhält es sich bei dem auf UN-Ebene geschlossenen **Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)** vom 19. Dezember 1966, der im Jahr 2016 seinen 50. Geburtstag feiern konnte. Dort sind einige strafprozessuale Rechte, die der EGMR für die EMRK erst einzelfallbezogen über die Garantie eines fairen Verfahrens (Art. 6 I EMRK) ableiten musste, bereits ausformuliert, darunter das Schweigerecht (Selbstbelastungsprivileg, Art. 14 III *lit. g* IPBPR).

Ergänzt werden diese beiden Konventionen jeweils um weitere spezielle völkerrechtliche Übereinkommen mit strafrechtlichem Bezug, so etwa die **UN-Antifolterkonvention** (United Nations Convention against Torture–UNCAT) vom 10. Dezember 1984 und das **Europäische Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher Behandlung oder Strafe** (European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment–ECPT) vom 26. November 1987.

Die EMRK spricht bereits in ihrer Präambel die **Gerechtigkeit** als gesellschaftliche Rahmenbedingung und gleichsam Zielvorstellung an. Sie ist auch für die Strafverteidigung das wichtigste rechtlich verbindliche internationale Regelwerk, in der Form eines multilateralen völkerrechtlichen Vertrages.

Bemerkenswert ist, dass die Garantien der Konvention in ihrer strukturellen Art und

* Prof. Dr. Robert Esser, Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht, Leiter der Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCPP), Universität Passau, Juristische Fakultät.

inhaltlichen Konzeption bis heute **unverändert** geblieben sind – auch und vor allem, und das ist besonders hervorzuheben, die Tatbestände für eine mögliche Beschränkung von Rechten (sog. Schrankenbestimmungen).

Die EMRK reflektiert bis heute an zahlreichen Stellen den **historischen Hintergrund** ihrer Entstehung, die Gräueltaten des 2. Weltkriegs, in die vor allem im damaligen Deutschland maßgeblich auch Gerichte, Strafverfolgungsbehörden und Geheimdienste verwickelt waren.¹⁾

Die Konvention ist bis heute die Grundlage für das **weltweit wirksamste System des Menschenrechtsschutzes**. Gerade auch im Bereich der Strafverteidigung haben die menschenrechtlichen Garantien der Konvention Modell- und Vorbildcharakter für viele Vertragswerke aus der jüngeren Zeit.

So haben die menschenrechtlichen Garantien der EMRK und die sie prägende Rechtsprechung des EGMR inhaltlich Eingang gefunden in die nach langem Vorlauf endlich im Jahr 2009 in Kraft getretene **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**, für deren Auslegung der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in Luxemburg zuständig ist.²⁾

2. Materielle und prozessuale Garantien der EMRK mit einem Bezug zur Strafverteidigung

Um die Bedeutung der EMRK für den Strafprozess im Allgemeinen und die Arbeit des Strafverteidigers im Besonderen zu skizzieren, sei kurz auf die wichtigsten Garantien der Konvention eingegangen, die den Tätigkeitsbereich des Strafverteidigers berühren. Da ist zum einen das **Recht auf Leben (Art. 2 EMRK)**, aus dem sich insbesondere bei Tötungsdelikten konkrete Anforderungen an die Art und Intensität der Aufklärungsarbeit durch Strafverfolgungsbehörden ableiten lassen.³⁾ Damit ist vorrangig zwar nicht die Arbeit des Strafverteidigers selbst angesprochen, allerdings berührt das Gebot einer effektiven Einbeziehung Dritter in den Strafprozess (Nebenkläger, Zeugen) naturgemäß auch die Effektivität der Verteidigung als „Gegenpart“.⁴⁾

Die sicherlich wichtigste Garantie für das materielle Strafrecht ist der Grundsatz ***nulla poena, nullum crimen sine lege***, den die EMRK in **Art. 7 I EMRK** verbürgt und der auch Deutschland schon, wie Justizpraktiker sagen werden, „leidvolle“ Erfahrungen beschert hat. Die weitreichenden gesetzgeberischen Reformen der Sicherungsverwahrung in den letzten

1) Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1.

2) Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016; Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014; Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, 2016.

3) Siehe Esser, Das Recht auf Leben in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: Zöller/Sinn/Esser (Hrsg.), Lebensschutz im Strafrecht, 4. Deutsch-Taiwanesisches Strafrechtsforum, 2017, S. 15 ff.

4) Vgl. Karpenstein/Mayer/Schübel-Pfister, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 2 EMRK Rn. 32.

Jahren als unmittelbare Reaktion auf das Urteil des EGMR im Fall „*M.[ücke]*“⁵⁾ beruhen maßgeblich auf dieser Vorschrift (und den Rahmenbedingungen für Freiheitsentziehungen, Art. 5 EMRK).

Weitaus größere Bedeutung für die tägliche Arbeit des Strafverteidigers haben allerdings naturgemäß die **prozessualen Garantien der EMRK**. Neben dem bereits erläuterten Art. 2 EMRK, der signifikante Vorgaben für eine effektive Strafverfolgung verbürgt und damit zugleich auch deren potentielle Grenzen statuiert (etwa für das Klageerzwingungsverfahren), sind **Art. 3 EMRK** und die dort niedergelegten **Misshandlungsverbote** zu nennen. Diese spielen bei der Bewertung von Vernehmungssituationen eine Rolle. Nicht nur im Falle der Untersuchungshaft sondern auch bei der Betreuung des Mandanten im abschließenden Stadium der Strafvollstreckung ist es insbesondere die **Haftsituation**, die immer wieder von deutschen Gerichten im Kontext des Art. 3 EMRK thematisiert wird (Größe, Ausstattung und Belegung des Haftstraums).⁶⁾

Für die **vorläufige Festnahme/Verhaftung** und die sich gegebenenfalls anschließende **Untersuchungshaft** setzen die Garantien des **Art. 5 I EMRK** (Recht auf Freiheit) signifikante Vorgaben – und Grenzen. Im Kampf gegen den Terrorismus engagierte Politiker seien an dieser Stelle daran erinnert, dass das ebenfalls in Art. 5 I EMRK niedergelegte Recht „auf Sicherheit“ die Freiheit vor willkürlichen Freiheitsentziehungen meint – nicht ein Recht auf Anti-Terrormaßnahmen.

Zu den wichtigsten Garantien für den Strafverteidiger zählen die **Beschuldigtenrechte des Art. 6 EMRK**. Sie ergänzen, wie später noch zu zeigen sein wird, die Verteidigungsstandards, die sich zwar auch größtenteils aus der deutschen Verfassung, aber dort eben nur aus übergelagerten Prinzipien und Grundsätzen, wie dem Rechtsstaatsprinzip oder dem fairen Verfahren, ableiten lassen.⁷⁾

Nicht zu unterschätzen in ihrer strafprozessualen Relevanz ist schließlich die Vorschrift des **Art. 8 EMRK**. Eingriffe in das Privatleben, die Wohnung beziehungsweise die Kommunikation berühren klassische prozessuale Eingriffsmaterien, die von Ermittlungsmaßnahmen in fast jedem Strafverfahren erfasst werden: Durchsuchung, Telefon- und Wohnraumüberwachung, um nur die wichtigsten Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden zu nennen.

5) EGMR, *M./Deutschland*, Urt. v. 17.12.2009, Nr. 19359/04, EuGRZ 2010, 25 = NJW 2010, 2495 = NStZ 2010, 263 = StV 2010, 181.

6) BVerfG, Beschl. v. 22.2.2011–1 BvR 409/09, EuGRZ 2011, 177 = NJW-RR 2011, 1043 = StraFo 2011, 142; BVerfG, Beschluss v. 27.12.2005–1 BvR 1359/05, NJW 2006, 1580; BGH, Urt. v. 11.3.2010–III ZR 124/09, NJW-RR 2010, 1465 = MDR 2010, 743 = FS 2010, 235 = StraFo 2011, 157 zum Anspruch auf Schadensersatz wegen menschenunwürdiger Haftbedingungen in der JVA und der Frage der Kausalität zwischen dieser und der Nichteinlegung eines Rechtsmittels); BGH, NJW 2006, 306; NJW 2006, 3572; OLG Frankfurt, NStZ 1985, 572 (überbelegte Zelle); OLG Frankfurt, NJW 2003, 2843; OLG Celle, NJW 2004, 2766; OLG Naumburg, NJW 2005, 514; OLG Frankfurt, NStZ-RR 2005, 155.

7) Vgl. Löwe-Rosenberg/*Esser*, Bd. 11, EMRK, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 13 ff.

Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die EMRK, die beim Strafverteidiger aufgrund des elaborierten Kontrollsystems, das im Falle einer Menschenrechtsverletzung mit einem völkerrechtlich verbindlichen (Feststellungs-)Urteil des EGMR endet (Art. 41 EMRK), gegenüber dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR) einen gewissen Vorrang in der „gedanklichen Wahrnehmung“ hat.

Aufgeworfen und gleichsam zu beantworten ist nun die Frage nach dem Verhältnis der Garantien der EMRK zu den bereits aus dem Grundgesetz abzuleitenden strafprozessualen Gewährleistungen.

3. Verhältnis menschenrechtlicher Verteidigungsgarantien zu den Grundrechten der deutschen Verfassung

Für den Rechtspraktiker im Allgemeinen und den Verteidiger im Besonderen ist die Frage nach dem Verhältnis menschenrechtlicher Standards zum Verfassungsrecht von großer Bedeutung. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass die Konventionen selbst nicht determinieren, dass die von ihnen verbürgten Rechte auf nationaler Ebene in formellen Verfassungsrang überführt werden müssen.

Die EMRK besitzt in der deutschen Rechtsordnung weder den Status von Verfassungsrecht noch den einer allgemeinen Regel des Völkerrechts (Art. 25 GG). Die Konvention nimmt (nur) den Rang **eines einfachen Bundesgesetzes** ein (Art. 59 II GG).⁸⁾ Ihre Bestimmungen sind damit allerdings **unmittelbar geltendes deutsches Recht**. Sie binden sowohl die vollziehende Gewalt als auch die Rechtsprechung (Art. 20 III GG)–und genau das macht sie für die Arbeit des Strafverteidigers interessant.

Weder die EMRK noch der IPBPR verdrängen innerstaatliche Gewährleistungen von Menschenrechten und Grundfreiheiten, sie setzen deren Fortbestand gerade voraus, vgl. Art. 53 EMRK / Art. 5 II IPBPR.

Das BVerfG hat in seinem vielbeachteten **Görgülü-Beschluss** vom 14.10.2004⁹⁾ betont, dass darüber hinaus die gesamte Rechtsprechung des EGMR–über das Zustimmungsgesetz zur Ratifizierung (Art. 59 II GG)–an der innerstaatlichen Verbindlichkeit der EMRK teilnimmt.

Ferner lässt sich über **Art. 1 EMRK** eine völkerrechtliche Bindung der BR Deutschland an den übertragungsfähigen Inhalt der *gesamten* Rechtsprechung des EGMR herleiten.¹⁰⁾

An die Rechtsprechung des EGMR sind somit alle nationalen staatlichen Stellen im Rahmen der Strafverfolgung, vor allem aber die deutschen Strafgerichte, zwar nicht *völkerrechtlich*, wohl aber innerstaatlich gebunden.¹¹⁾

8) BVerfGE 74, 358, 370; 82, 102, 120. Hinsichtlich des IPBPR: BVerwGE 65, 188.

9) BVerfGE 111, 307 (Görgülü) = NJW 2004, 3407 = JZ 2004, 1171.

10) Löwe-Rosenberg/*Esser* (Fn. 7), Art. 1 EMRK Rn. 2 ff.

11) Abgesichert wird diese Pflicht dadurch, dass die Nichtberücksichtigung als Verletzung des jeweils ↗

Jeder Polizeibeamte, jeder Staatsanwalt, jeder Richter hat die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes *im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung* und im Lichte der gesamten Rechtsprechung des EGMR in jedem Strafverfahren zu beachten und anzuwenden.¹²⁾

Das BVerfG stellt diesen Grundsatz allerdings unter einen **verfassungsrechtlichen Vorbehalt** („*sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt*“)¹³⁾, dessen inhaltliche Reichweite nicht abschließend geklärt ist.¹⁴⁾

Die Strafgerichte müssen die in einem Strafverfahren relevanten Gesetze und sonstigen Vorschriften **im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der BR Deutschland auslegen**, da nicht anzunehmen sei – so das BVerfG – dass der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet habe, von diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen abweichen oder ihre Verletzung ermöglichen wolle.¹⁵⁾

Die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR muss dabei „**im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung**“¹⁶⁾ erfolgen.

Das Grundgesetz weise mit Art. 1 II GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser sei in Verbindung mit Art. 59 II GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die EMRK in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet seien, treffe deutsche Gerichte – auch die Strafgerichte – die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.

Eine Grenze für die konventionskonforme, völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes sieht das BVerfG jedoch, aber eben auch erst in „**eindeutig entgegenstehendem Gesetzesrecht oder deutschen Verfassungsbestimmungen**“¹⁷⁾.

Über das Gebot einer **völkerrechtsfreundlichen Auslegung** kommt der EMRK und der gesamten Rechtsprechung des EGMR damit eine weitreichende **Klarstellungs- und Konkretisierungsfunktion für das deutsche Strafverfahrensrecht**¹⁸⁾ zu, insbesondere eben für solche Garantien, die in der deutschen Verfassung (Grundgesetz) nicht

↘ betroffenen (parallelen) Grundrechts in der deutschen Verfassung i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) vor dem BVerfG gerügt werden kann.

12) BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 321, 323 f. = NJW 2004, 3407 (Görgülü); BVerfG NJW 2009, 1133, 1134; NJW 2015, 1083, 1085. Siehe auch: BGH NJW 2001, 309, 311.

13) Vgl. BVerfGE 111, 307, 317; 128, 326, 371; BVerfG NJW 2008, 2978, 2981; EuGRZ 2016, 311, 313.

14) Vgl. auch BVerfGE 112, 1, 25 f.

15) Vgl. BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 115; 83, 119, 128; NJW 2001, 2245, 2246; BGHSt 45, 321, 329; 46, 93 = NJW 2000, 3505, 3507.

16) BVerfGE 111, 307, 323.

17) BVerfGE 111, 307, 329.

18) Löwe-Rosenberg/Esner (Fn. 7), Einf. Rn. 94.

ausdrücklich genannt sind (z.B. der Grundsatz eines fairen Verfahrens) und sich dort nur über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) erschließen.

Gerade bei innerstaatlichen Auslegungs- und Abwägungsspielräumen – und davon gibt es im deutschen Strafverfahrensrecht mehr als man denkt – kommt der Auslegung des EGMR innerstaatlich Vorrang zu, sofern eben dabei keine verfassungsrechtlichen Grenzen überschritten werden.¹⁹⁾

4. „Mehrwert“ der EMRK gegenüber dem Grundgesetz aus Sicht der Strafverteidigung

Nachdem nun die Rangwirkung der EMRK im deutschen Strafverfahren im Allgemeinen und im Strafverfahrensrecht im Besonderen dargelegt ist, stellt sich für den Strafverteidiger die Frage, welchen Mehrwert die Garantien der EMRK gegenüber den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Grundgesetzes in seiner täglichen Arbeit liefern.

Das Grundgesetz arbeitet im Bereich des *Strafverfahrensrechts* von seiner Konzeption her primär mit **Prinzipien und Grundsätzen**, weniger mit konkreten einer individuellen Person zugeschriebenen Verfahrens-Grundrechten. Das ist für Verfassungsrechtler keinesfalls überraschend, stellt allerdings für den Rechtspraktiker durchaus eine Schwierigkeit dar, vor allem vor dem bereits skizzierten Hintergrund, dass das Grundgesetz nur wenige speziell strafprozessual determinierte Garantien enthält.

Was etwa unter einem *fairen Verfahren* (nicht einmal diesen Begriff enthält geschweige denn definiert die deutsche Verfassung) zu verstehen ist, ergibt sich letztlich nur durch eine genaue Lektüre der EMRK, nicht aber durch jene des deutschen Grundgesetzes. Der Dreiklang „Rechtsstaatsprinzip – faires Verfahren – konkrete Beschuldigtenrechte“ erschließt sich für den Rechtspraktiker erst und nur durch eine Zusammenschau von Grundgesetz und EMRK auf der Basis der Judikatur von BVerfG und EGMR und deren Rezeption durch die nationale Strafgerichtsbarkeit.

Zu den wichtigsten Garantien, die die Konvention im Gegensatz zum Grundgesetz ausdrücklich verbrieft, gehören die **Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK)** und das bereits angesprochene **faire Verfahren (Art. 6 I EMRK)**. Auch die **Öffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens** ist in der EMRK (Art. 6 I EMRK) anders als im deutschen Recht (überwiegend bestehend aus formalen Regelungen der *Gerichtsverfassung*) aus der Perspektive des Beschuldigten normiert. Weitere zentrale Beschuldigtenrechte (etwa das **Recht auf Konfrontation**, auf eine **effektive Verteidigung** und auf den **Zugang zum Dolmetscher**) folgen sodann in **Art. 6 III EMRK**.

19) BVerfG, Urt. v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 (Sicherungsverwahrung), BVerfGE 128, 326 = NStZ 2011, 450 = StV 2011, 470.

Einen besonderen Mehrwert gegenüber der deutschen Verfassung hat die Europäische Menschenrechtskonvention für den Strafverteidiger durch den **abschließenden Katalog zulässiger Möglichkeiten einer Freiheitsentziehung**, die in **Art. 5 EMRK** niedergelegt sind.

Zudem enthält Art. 5 EMRK **ausgeschriebene Haft(vollzugs)rechte** für Personen, denen die Freiheit entzogen worden ist – nicht nur, aber vor allem im Rahmen eines Strafverfahrens.²⁰⁾ In diesem Punkt ist zwar auch Art. 104 GG in seiner inhaltlichen Aussage schon erfreulich konkret, gleichwohl ist es gerade die strenge, in sich widerspruchsfreie Struktur von Art. 5 EMRK, die zurückliegende Phasen des Terrorismus in Europa (IRA, RAF) und sonstiger schwerer Kriminalität bis heute „überlebt“ hat – und hoffentlich auch die aktuelle Bedrohungslage durch den islamistischen Terror und „reaktionäre“ politische Gegenströmungen unbeschadet überstehen wird.

Die deutsche StPO ist bei näherer Lektüre letztlich ein **Handbuch für Strafverfolgungsbehörden** und ein **Drehbuch für die mündliche Verhandlung vor dem Strafgericht**. Nur an wenigen Stellen findet sich eine Normierung von Beschuldigtenrechten. Das ist wiederum für eine *Strafprozess*-Ordnung nicht ungewöhnlich, allerdings für die Arbeit des Strafverteidigers, der naturgemäß daran interessiert ist, die konkreten Rechte zu erfahren, die ihm und seinem Mandanten im Verfahren zur Verfügung stehen, eher hinderlich.

Ermächtigungsgrundlagen und staatliche Handlungspflichten sagen eben wenig über den materiellen Schutzgehalt eines hinter ihnen stehenden Grund- und/oder Menschenrechts aus. Das gilt auch für Belehrungsvorschriften, wie die des § 136 I StPO: normiert ist eine Pflicht zur Belehrung des Beschuldigten, adressiert an den Richter, nicht aber die unmittelbare Zuschreibung von Rechten an den Beschuldigten. Solche lassen sich allenfalls mittelbar aus der Belehrungspflicht ableiten.

Für den menschenrechtlichen Blickwinkel und die damit verbundene Perspektive im Verfahren ist das grundlegend anders: **Menschenrechte** verbiefen keine Prinzipien, sondern **Individual-Rechte**.

Ausgehend vom Gegensatz „Prinzipien vs. Rechte“ erklärt sich auch der dogmatische Ansatz in der EMRK, dass der Beschuldigte auf bestimmte, eben eigene Rechte **verzichten** kann²¹⁾, wohingegen gleichlautende Standards im deutschen Strafverfahrensrecht als Prozessmaximen und Prinzipien unverhandelbar, d.h. nicht disponibel sind.²²⁾ Auch insofern stellt die EMRK die menschenrechtliche Perspektive den Beschuldigten in den Mittelpunkt: dieser soll auch über seine Rechte und die Prozesssituation insgesamt disponieren können.

20) Siehe dazu: Löwe-Rosenberg/Esser (Fn. 7), Art. 5 Rn. 172 ff.

21) Vgl. Löwe-Rosenberg/Esser (Fn. 7), Art. 6 EMRK Rn. 129.

22) Siehe als Beispiel: BeckOK-StPO/Monka, Stand: 1.1.2017, § 136a Rn. 28.

5. „Unionisierung“ menschenrechtlicher Verteidigungsstandards auf der Ebene der Europäischen Union

Die eingangs geschilderten Vertragswerke und insbesondere die zur Auslegung der EMRK in den letzten 60 Jahren entstandene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) haben zu einem sehr weit gefächerten System von Beschuldigtenrechten und Verteidigungsstandards geführt.

Wie aber geht die in der Praxis wichtigste Rechtsmaterie in Europa, das Unionsrecht, mit diesen Standards um? Konkret ist auch hier wiederum die Frage aufgeworfen, ob der Verteidiger aus unionsrechtlichen Gewährleistungen konkrete Schutzstandards für seine Arbeit herleiten kann. Das hätte für ihn einen erheblichen Mehrwert gegenüber der EMRK und dem deutschen Grundgesetz, denn das Unionsrecht ist im Gegensatz zum klassischen Völkerrecht mit einem so genannten Anwendungsvorrang ausgestaltet.²³⁾

a) Charta der Grundrechte

Für die Unionisierung von menschenrechtlichen Verteidigungsstandards verantwortlich ist in erster Linie die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die seit dem 1. Dezember 2009 mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon als Primärrecht der Europäischen Union verbindlich geworden ist.

Die Charta enthält in Titel VI (auch) für das Strafrecht relevante **justizielle Rechte**, darunter das **Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf** und auf ein **unparteiisches Gericht** (Art. 47), die **Unschuldsvermutung** (Art. 48) sowie **Verteidigungsrechte** (Art. 48).

Ergänzend sei auf die **Grundsätze der Gesetzmäßigkeit und der Verhältnismäßigkeit** im Zusammenhang mit Strafen und Straftaten (Art. 49) hingewiesen. Nicht zuletzt der Grundsatz **ne bis in idem** (Art. 50), das Doppelverfolgungsverbot, hat bereits den EuGH in zahlreichen Vorabentscheidungsverfahren beschäftigt.²⁴⁾

Ein großes Manko dieses Katalogs an Verteidigungs-Grundrechten ist, dass die Union anders als das Grundgesetz (Verfassungsbeschwerde) und die EMRK (Individualbeschwerde) nicht über eine allgemeine **Grundrechtsbeschwerde zum EuGH** verfügt. Die Etablierung dieser Standards ist jedenfalls in Verfahren vor dem EuGH bisher noch nicht hinreichend etabliert.

Einen praktischen Einstieg ermöglicht neben dem Verfahren der Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV), das allerdings nur durch ein „Gericht“ initiiert werden kann bzw. muss, nur die Nichtigkeitsklage (Art. 263 AEUV), die allerdings mit zahlreichen tatbestandlichen

²³⁾ Siehe zum Anwendungsvorrang: *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 9 Rn. 1 ff.

²⁴⁾ Grundlegend zu Art. 54 SDÜ: EuGH, C-385/01 u. C-187/01 (Gözütok u. Brügge), 11.2.2003, Slg. 2003 I-1345 = NJW 2003, 1173 = NStZ 2003, 332 = StV 2003, 201.

Zugangshindernissen ausgestattet ist und auf die Kontrolle eines Handelns von Unionsstellen beschränkt ist.

b) EU-Initiativen zur Harmonisierung strafprozessualer Verfahrensrechte

Weitaus interessanter für die Strafverteidigung sind daher die in den letzten Jahren voranschreitenden **Harmonisierungstendenzen bestimmter Verfahrensrechte** im Strafverfahren.

Ausgangspunkt ist **Art. 82 AEUV**, mit dessen Hilfe die Union grundlegende strafprozessuale Standards in Europa insbesondere auf der Grundlage der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen etablieren kann – und will.

Die Harmonisierungsbestrebungen der Union gehen zurück auf ein **Konsultationspapier** (Verfahrensgarantien für Verdächtige und Angeklagte in Strafverfahren) aus dem Jahr 2002, ergänzt durch ein **Grünbuch Verfahrensgarantien in Strafverfahren** innerhalb der Europäischen Union aus dem Jahr 2003.

Die deutsche Bundesregierung hatte die Initiative eines **Rahmenbeschlusses zu Verfahrensrechten des Beschuldigten** im Jahr 2004 nachdrücklich unterstützt. Diese Initiative scheiterte allerdings im Jahr 2006 ausgerechnet unter deutscher Ratspräsidentschaft.

Der sodann in den letzten Jahren eingeschlagene Weg, einzelne Mitwirkungsrechte im Strafverfahren durch spezielle Regelwerke näher auszuformen, hat zu insgesamt **sechs EU-Richtlinien** auf dem Gebiet der Beschuldigtenrechte geführt, die sich inhaltlich eng an die Vorgaben der EMRK anlehnen.

- **RL 2010/64/EU (Recht auf Dolmetschleistungen):**²⁵⁾ ab Kenntnis, dass eine Person der Begehung einer Straftat verdächtig oder beschuldigt ist, bis zum Abschluss des Verfahrens, der Festlegung des Strafmaßes und der abschließenden Entscheidung in einem Rechtsmittelverfahren
- **RL 2012/13/EU (Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren):**²⁶⁾ über den erhobenen Tatvorwurf; umgehende mündliche/schriftliche Belehrung (in einfacher, verständlicher Sprache) über das Recht auf (ggf. unentgeltliche) Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes pp.
- **RL 2013/48/EU (Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren):**²⁷⁾ gesamte Bandbreite der speziell mit rechtlichem Beistand verbundenen

25) Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren.

26) Richtlinie 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren.

27) Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs.

Dienste; unverzüglicher Zugang zu einem Rechtsbeistand, Gewährleistung einer vertraulichen Kommunikation mit diesem, Vier-Augen-Gespräche sowie wirksame Teilnahme des Beistands in jedem Verfahrensstadium

- **RL 2016/343/EU (Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren)**²⁸⁾
- **RL 2016/800/EU (Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind)**²⁹⁾
- **RL 2016/1919/EU (Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls)**³⁰⁾

Wie konkret diese einzelnen Richtlinien in den nächsten Jahren das nationale Strafverfahren beeinflussen werden, verdeutlicht ein Blick auf **Art. 5 der EU-Richtlinie 2016/343/EU zur Unschuldsvermutung**.

Dort geht es um die Darstellung von Verdächtigen und beschuldigten Personen. Nach Absatz 1 ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Verdächtige und beschuldigte Personen vor Gericht und in der Öffentlichkeit nicht durch den Einsatz von physischen Zwangsmaßnahmen so dargestellt werden, als seien sie schuldig. Angesprochen konkret werden dadurch etwa in der Praxis angelegte Hand- und/oder Fußfesseln zur Vorführung von Beschuldigten aus der Untersuchungshaft.³¹⁾

Warum die genannten EU-Richtlinien an dieser Stelle überhaupt Erwähnung finden, ist der eingangs aufgestellten These geschuldet, dass über sie letztlich eine **Unionisierung menschenrechtlicher Standards** voranschreitet, der seinerseits auf einer, nicht nur aber vor allem von Strafverteidigern zum Teil recht mühevoll errungenen Judikatur des EGMR beruht.

Welchen Mehrwert haben nun diese EU-Initiativen gegenüber der Judikatur des EGMR?

28) Richtlinie 2016/343/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über die Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren.

29) Richtlinie 2016/800/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind.

30) Richtlinie 2016/1919/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.

31) Hierzu kritisch: *Esser*, Die Fesselung des Angeklagten in der Hauptverhandlung – eine haftgrundbezogene Beschränkung der Untersuchungshaft? – Plädoyer für die Schaffung einer eingriffsspezifischen gesetzlichen Grundlage, in: Herzog/Schlothauer/Wohlers, Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte, Gedächtnisschrift für Edda Weßlau (2016), S. 97 ff.

6. Mehrwert der EU-Initiativen gegenüber der Judikatur des EGMR

a) Der **EGMR** entscheidet im Rahmen und in Ausübung der ihm zugewiesenen Kontrollfunktion stets aus der **Retrospektive**, und das auch nur über den jeweils konkret zu beurteilenden Fall. Des Weiteren sind ihm enge Grenzen aufgrund der **Subsidiarität des Kontrollverfahrens** auferlegt. Dazu gehören etwa die **Erschöpfung des nationalen Rechtsschutzes** (Art. 35 I EMRK) und die **Geltendmachung entsprechender Verstöße bereits im nationalen Verfahren** – aber auch die Möglichkeit einer **gütlichen Einigung** (Art. 39 EMRK), mit der das Verfahren ohne Entscheidung in der Sache endet.

Vor allem aber trifft der EGMR im Kern **keine Aussage zur Auslegung des nationalen Rechts**, etwa der Strafprozessordnung. Sein Urteil ist – immerhin, aber auch nur – im engen Rahmen des Art. 46 I EMRK völkerrechtlich verbindlich.

Zudem leidet das Verfahren vor dem EGMR nicht selten an einer **unangemessenen Dauer**.³²⁾

b) Die genannten **EU-Richtlinien** dagegen wirken **präventiv**. Es besteht eine Pflicht zur Umsetzung ihrer Garantien im nationalen Recht. Ob die Umsetzung fristgerecht und auch inhaltlich vollständig geschieht, kann im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens zum EuGH jedenfalls durch ein vorlageberechtigtes/-pflichtiges nationales Gericht (dazu zählt im Strafverfahren neben dem **erkennenden Straferichter** auch der **Ermittlungsrichter**) überprüft werden.

Die Nichtumsetzung kann bei EU-Richtlinien, jedenfalls wenn deren rechtlicher Gehalt hinreichend konkret ist und die Verfahrensposition des Beschuldigten verbessern soll, auch über die Grundsätze der **unmittelbaren Wirkung** praxisrelevanten Einfluss auf das Strafverfahren haben.³³⁾

7. Auslegungsgrundsätze als „Einfallstor“ menschenrechtlicher Standards

Die Einflussnahme von menschenrechtlichen Verteidigungsstandards auf das nationale Verfahren erfolgt über klassische völkerrechtliche **Auslegungsgrundsätze**. Die Konventionen sind und bleiben trotz ihrer Transformation in innerstaatliches Recht völkerrechtliche Verträge.

Sie unterliegen den Grundsätzen der **völkerrechtlichen Vertragsauslegung** und den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention. Ihre Auslegung hat im **Einklang mit den anderen Grundsätzen des Völkerrechts** zu geschehen. Die gemeinsame Zielsetzung der

32) *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 6 Rn. 3 ff.

33) Siehe hierzu: *Hermann/Michl*, JuS 2009, 1065.

Staaten ist und bleibt das Richtmaß für die Auslegung der Einzelbestimmungen.

Das hat nicht zuletzt in der Rechtsprechung des EGMR dazu geführt, dass **zentrale strafprozessuale Begriffe der EMRK zweckbezogen und autonom ausgelegt** werden müssen, und zwar so, dass sie nicht immer unbedingt dem jeweiligen nationalen System entsprechen, geschweige denn mit diesem harmonieren, aus dem der konkret zu entscheidende Fall stammt, sondern eine Form der Auslegung annehmen, die für alle 47 Mitgliedstaaten des Europarates und der EMRK verbindlich sind.

Treffend formuliert der EGMR: „*The object and purpose of the Convention requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective*“.³⁴⁾

Das wiederum hat erhebliche Auswirkungen etwa auf den Begriff der **strafrechtlichen Anklage** in Art. 6 I EMRK. So wird der Begriff des *Strafrechtlichen* im Kontext der EMRK längst nicht so eng wie im nationalen deutschen Recht verstanden.

Bereits seit 1984 ist geklärt, dass auch **Ordnungswidrigkeiten** *Verfahrensstrafrecht* im Sinne des Art. 6 EMRK darstellen. Auch im Bereich der **Sicherungsverwahrung** hat der deutsche Gesetzgeber lernen müssen, dass der Begriff des Strafrechts vom EGMR weniger formell, sondern eher materiell, an der Situation des Betroffenen orientiert, interpretiert wird.³⁵⁾

Weitere mutmaßlich „strafrechtliche“ Baustellen deuten sich für die Zukunft an, etwa im Bereich der Disziplinarverfahren, bei Fragen der **Auslieferung**, aber auch im Rahmen der **Vollstreckung von Strafurteilen**. Hier ist das deutsche Recht immer noch sehr formell an über Jahrzehnten „eingeübten“ Verhaltens- und Normenmustern orientiert. Auch hier wird es zu Veränderungen durch eine extensive Judikatur des EGMR kommen, ja am Ende kommen müssen.

Ein weiterer wichtiger Bereich, in dem die Menschenrechte den Strafprozess und damit auch die Situation des Verteidigers sehr nachdrücklich verändert haben, ist der **Begriff des Belastungszeugen**, den der Beschuldigte im Laufe des Verfahrens wenigstens einmal effektiv konfrontieren können muss (Art. 6 III *lit. d* EMRK). Dass hierunter auch Sachverständige (jedenfalls wenn sie nicht mehr die gebotene Neutralität aufweisen) und auch Mitbeschuldigte fallen, mussten die deutschen Strafgerichte erst mühsam lernen. Dass das Gebot einer effektiven Verteidigung auch die *Vertretung* des abwesenden Angeklagten umfassen und deren Zulassung gebieten kann, war ebenfalls ein eher schwieriger Lernprozess für die deutsche Strafjustiz (§ 329 StPO).

34) EGMR, Rantsev/Zypern u. Russland, Urt. v. 7.1.2010, Nr. 25965/04, § 275.

35) Vgl. EGMR, M./Deutschland, Urt. v. 17.12.2009, Nr. 19359/04; EGMR, Bergmann/Deutschland, Urt. v. 7.1.2016, Nr. 23279/14; EGMR, Petschulies/Deutschland, Urt. v. 2.6.2016, Nr. 6281/13.

8. Möglichkeit der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, § 359 Nr. 6 StPO

Eine wichtige Beratungsperspektive im Hinblick auf ein vor dem EGMR anzustrengendes Verfahren ist die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach § 359 Nr. 6 StPO aus Anlass einer Verurteilung der BR Deutschland durch den EGMR – ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der übrigens erst seit 1998 zur Verfügung steht. Vormalig mühte man sich mehr oder weniger krampfhaft, **eine Analogie zur Bindungswirkung von Urteilen des BVerfG** herzuleiten, was aus heutiger Sicht eher peinlich anmutet.

Die Möglichkeit, mit Hilfe des EGMR eine Wiederaufnahme des bereits abgeschlossenen nationalen Strafverfahrens zu erreichen, ist auf jeden Fall eine interessante mittelfristige Verteidigungsperspektive – wenngleich natürlich die vom Gesetzgeber nicht ohne Grund aufgenommene Klausel, dass die Verurteilung auf dem vom EGMR festgestellten Fehler **beruhen muss**, dazu führt, dass viele Verstöße, die der EGMR in Straßburg für relevant hält, nicht automatisch dazu führen, dass das Verfahren wiederaufgenommen wird. Während eine solche Restriktion etwa bei einer zu langen Untersuchungshaft (Art. 5 III 1 EMRK) durchaus sinnvoll ist, wird die „Beruhens-Klausel“ im Bereich der Beschuldigtenrechte zu zurückhaltend ausgelegt.

9. Aktuelle Straßburger Judikatur in der Strafverteidigerpraxis

a) Verbot der Tatprovokation

Zu den wichtigsten prozessualen Fragen mit EMRK-Bezug, die derzeit die Strafverteidigung beschäftigen, gehört sicherlich die Thematik der Tatprovokation. Hierzu hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in den letzten Jahren bereits mehrfach judiziert, auch in Fällen gegen Deutschland (*Furcht*³⁶/*Scholer*³⁷). Dabei hat der Gerichtshof klargestellt, dass er aus menschenrechtlicher Perspektive unter dem rechtsstaatlich zulässigen verdeckten Einsatz von Polizeibeamten (*undercover agents*) lediglich die rein passive Untersuchung einer bereits existierenden kriminellen Aktivität versteht (*mere passive investigation of existing criminal activity*).

Den Einsatz von V-Leuten und Verdeckten Ermittlern stuft der EGMR damit nicht generell als konventionswidrig ein. Wie er schon in den Urteilen *Lüdi*³⁸ und *Teixeira*³⁹

36) EGMR, *Furcht/Deutschland*, Urt. v. 23.10.2014, Nr. 54648/09, NJW 2015, 3631 = NStZ 2015, 412 = StV 2015, 405.

37) EGMR, *Scholer/Deutschland*, Urt. v. 4.3.2010, Nr. 14212/10, EuGRZ 2015, 454.

38) EGMR, *Lüdi/Schweiz*, Urt. v. 15.6.1992, Nr. 12433/86 = NJW 1992, 3088 = StV 1992, 499.

39) EGMR, *Teixeira de Castro/Portugal*, Urt. v. 9.6.1998, Nr. 25829/94, NStZ 1999, 47 = StV 1999, 127.

hervorgehoben hat, gibt es Kriminalitätsfelder, die den Einsatz verdeckter Ermittlungen (*legitimate undercover techniques/infiltration*) als notwendig und damit auch als legitim erscheinen lassen.

Dogmatisch überzeugend trennt der Gerichtshof dabei zwischen einer zulässigen verdeckten Ermittlungsarbeit (*undercover work*) und einer Tatprovokation (*incitement/entrapment*), die menschenrechtlich nicht mehr akzeptabel ist. Als wichtiges Kriterium hat sich dabei eben herauskristallisiert, ob das Verhalten einer Person lediglich passiv untersucht („investigate criminal activity in an essentially passive manner“⁴⁰⁾ bzw. ob eine bereits bestehende Straftat lediglich „begleitet“ wird („merely join an on-going offence“⁴¹⁾ oder ob eine Person aktiv zur Begehung einer Straftat beeinflusst wird („exert influence ... as to incite“⁴²⁾; „investigate the offence“).

b) Vertretung des abwesenden Angeklagten als Form effektiver Verteidigung

In der jüngeren Vergangenheit stark beschäftigt hat die deutschen Strafgerichte neben der Tatprovokation auch die Frage, ob der Angeklagte – in der Berufungsinstanz – ein Recht auf Vertretung in der Hauptverhandlung hat. Die Frage kreiste um eine Vorschrift in der deutschen StPO, wonach das Rechtsmittel der Berufung zwingend zu verwerfen war, wenn der Angeklagte unentschuldigt nicht zur Verhandlung über sein Rechtsmittel der Berufung erschienen war (§ 329 I StPO a.F.).

Basierend auf zahlreichen Urteilen des EGMR u. a. gegen Frankreich und die Niederlande aus den 1980er und 1990er Jahren hatten auch hier erst ein Urteil des EGMR gegen Deutschland (*Neziraj*) im Jahr 2012⁴³⁾ und eine daraufhin erfolgte Änderung der StPO die Wende zur Konventionskonformität der deutschen Rechtspraxis herbeigeführt.

Die frühere Fassung des § 329 I StPO („in den Fällen, in denen dies zulässig ist“) hätte zwar durchaus die Möglichkeit einer konventionskonformen Auslegung dahingehend ermöglicht, eine Vertretung des Angeklagten durch einen Verteidiger in der Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht auch dann zuzulassen, wenn ein Verteidiger mit Vertretungsbereitschaft und entsprechender Legitimation anzeigt, für den nicht anwesenden Angeklagten auftreten zu wollen und entsprechend vom Angeklagten autorisiert zu sein.

Diesem menschenrechtsfreundlichen Ansatz hatten sich allerdings zahlreiche Oberlandesgerichte mit erheblichen rechtlichen Bedenken widersetzt. Einige sahen für eine entsprechende Auslegung schon die **Wortlautschanke des § 329 I StPO** überschritten.⁴⁴⁾ Andere beriefen sich dagegen auf die **innere Systematik** der deutschen Strafprozessord-

40) EGMR, Furcht/Deutschland, Urt. v. 23.10.2014, Nr. 54648/09, § 48.

41) EGMR, Bannikova/Russland, Urt. v. 4.11.2010, Nr. 18757/06, § 37.

42) EGMR, Furcht/Deutschland, Urt. v. 23.10.2014, Nr. 54648/09, § 48.

43) EGMR, *Neziraj/Deutschland*, Urt. v. 8.11.2012, Nr. 30804/07, *StraFo* 2012, 15 m. Anm. *Püschel* = *NStZ* 2013, 350 = *StV* 2013, 289; zur Thematik: *Esser*, *StV* 2013, 331.

44) OLG München, *Beschl. v. 17.1.2013*, 4 *StRR* (A) 18/12–*StraFo* 2013, 252 = *StV* 2013, 301 m. Anm. *Esser*, *StraFo* 2013, 253; OLG Celle, *Beschl. v. 19.3.2013–32 Ss 29/13*, *NStZ* 2013, 615.

nung.⁴⁵⁾

c) Zugang zur Verfahrensakte zur Vorbereitung der Verteidigung

Die Verfahrensakte spielt im deutschen Strafprozess eine sehr zentrale Rolle. Hier werden sämtliche Ergebnisse aus dem Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft chronologisch gesammelt und dann im Verbund mit der Anklageschrift dem zuständigen Gericht zugeleitet. Insofern ist es für den Verteidiger und auch für den Beschuldigten selbst eine essentielle Frage, wann sie zur **Vorbereitung einer effektiven Verteidigung** (Art. 5 IV EMRK / Art. 6 III *lit.* b und *lit.* c EMR) Zugang zu dieser Verfahrensakte erhalten und wenn ja, ob dieser Zugang inhaltlich und zeitlich effektiv ausgestaltet ist oder eben nur einzelne relevante Verfahrensakenteile betrifft und im Gebäude des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft zu bestimmten Zeiten ermöglicht wird.

Das Grundmodell des § 147 StPO sieht vor, dass bis zum Abschluss der Ermittlungen der Zugang zur Verfahrensakte verweigert werden kann. Eine Ausnahme bestand schon seit den 1990er Jahren durch eine Judikatur des BVerfG, die immerhin in Fällen einer **vollzogenen Untersuchungshaft** einen Teilaktenzugang zur Vorbereitung auf die Haftprüfung proklamierte.⁴⁶⁾ Diese Rechtsprechung war aber zunächst nur im Ansatz in die gesetzliche Fassung des § 147 StPO aufgenommen worden – bis zum Jahr 2010.

Nachdem die BR Deutschland im Jahr 2001 in drei Fällen wegen eines rechtswidrigen und damit konventionswidrigen Vorenthaltens des Zugangs zur Verfahrensakte vom EGMR verurteilt worden war,⁴⁷⁾ sah sich der deutsche Gesetzgeber auch in dieser Frage gezwungen, eine Neu-Regelung in der StPO herbeizuführen.

Erst neun Jahre später, im Zuge einer grundlegenden **Reform des deutschen Untersuchungshaftvollzugsrechts im Jahr 2010**, kam es zu weitreichenden Änderungen und Klarstellungen in den Regelungen des § 147 StPO. Heute finden wir dort in Absatz 2 eine Formulierung, die dem Verteidiger in Fällen einer vollzogenen Untersuchungshaft, d.h. zur Vorbereitung einer Haftprüfung, einen sehr weitgehenden Anspruch auf Zugang zur Verfahrensakte garantiert. Die jetzt im Gesetz genannten Abwägungskriterien sind freilich immer noch recht vage, aber immerhin menschenrechtlich determiniert.

d) Unschuldsvermutung, Art. 6 II EMRK

Im Schnittfeld von Strafverfahrensrecht und Sanktionsrecht liegt die von Art. 6 II EMRK geforderte Beachtung der Unschuldsvermutung beim **Widerruf einer Strafaus-**

45) OLG Bremen, Beschl. v. 10.6.2013–2 Ss 11/13 m. Anm. *Burhoff*, StRR 2013, 388; OLG Hamburg, Beschl. v. 3.12.2013–1–25/13 (REV), 1–25/13 (REV)–1 Ss 68/13.

46) BVerfG, Beschl. v. 11.7.1994, 2 BvR 777/94 = NStZ 1994, 551.

47) EGMR, *Garcia Alva/Deutschland*, Nr. 23541/94; *Lietzow/Deutschland*, Nr. 24479/94; *Schöps/Deutschland*, Nr. 25116/94; Urt. v. 13.2.2001, StV 2001, 201 ff. (Akteneinsichtsrecht bei U-Haft) m. Anm. *Kempf*, NJW 2001, 206 f. u. *Kühnel/Esser*, StV 2002, 383, 390 ff.

setzung zur Bewährung aus Anlass einer neuen Tat. Es geht dabei konkret um die Frage, ob ein Gericht eine zur Bewährung ausgesetzte Strafe bereits dann widerrufen kann, wenn im Hinblick auf eine (neue) Tat–lediglich–hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sind, nicht aber bereits ein (rechtskräftiges) Urteil oder ein (vor einem Richter abgelegtes) Geständnis.

Nachdem der EGMR bereits im Urteil *Böhmer* im Jahr 2002 klargestellt hatte, dass das „Widerrufungsgericht“ sich keine in die Zuständigkeit des Instanzgerichts für die „neue“ Tat fallende Kompetenz zur Feststellung einer Tatschuld anmaßen dürfe,⁴⁸⁾ überrascht es, dass der EGMR im Dezember 2015 die BR Deutschland erneut wegen einer Verletzung der Unschuldsvermutung verurteilen musste (*El Kaada*).⁴⁹⁾ Dies zeigt, dass den deutschen Gerichten ganz offensichtlich mit den gesetzlichen Vorgaben im deutschen Recht (§ 56f StGB einerseits und § 26 JGG andererseits) kein praktikables Werkzeug an die Hand gegeben wird, die internationalen Rahmenbedingungen der EMRK zur Anwendung zu bringen. Der deutsche Gesetzgeber wird auch hier letztlich nicht um eine gesetzliche Neuregelung umhinkommen.

10. Menschenrechte als Korrektur „von außen“ und Selbstverpflichtung „im Inneren“

Welche Rolle Menschenrechte im nationalen Strafverfahren spielen, hängt letztlich immer von der Bereitschaft der nationalen Strafgerichte zu ihrer Rezeption (oder Obstruktion) ab. Auch das Verhältnis eines nationalen Verfassungsgerichts (so denn ein solches im nationalen Gerichtssystem vorhanden ist) zum EGMR spielt in diesem Kontext eine große Rolle.

Ein solches Verfassungsgericht kann einerseits eine gehörige Filterfunktion übernehmen und Standards, die der EGMR über die Menschenrechte herleitet, bereits in die Auslegung der nationalen Grundrechte einfließen lassen.

Auf der anderen Seite birgt eine solche Bi-Polarität zwischen Verfassungsgericht und Menschenrechtsgerichtshof nicht selten auch die Gefahr eines gewissen Interessenkonfliktes, der mitunter sogar in eine Art wechselseitigen „Selbsterhaltungstrieb“ einmünden kann.

Auffallend ist, dass Staaten wie etwa die Niederlande, die nicht über ein Verfassungsgericht „oberhalb“ ihrer Fachgerichtsbarkeiten verfügen, die Standards der EMRK traditionell ergiebiger und bereitwilliger rezipieren als dies etwa in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in Deutschland lange Zeit der Fall war.

48) EGMR, *Böhmer/Deutschland*, Urte. v. 3.10.2002, Nr. 37568/97, NJW 2004, 43 = StV 2003, 82 = NStZ 2004, 159 (§ 56f StGB).

49) EGMR, *El Kaada/Deutschland*, Urte. v. 12.11.2015, Nr. 2130/10, NJW 2016, 3645 = StV 2016, 703; hierzu: *Esser*, NStZ 2016, 697.

Für Deutschland ist zu konstatieren, dass die Menschenrechte auch in zentralen Fragen des Sanktionenrechts und Strafverfahrensrechts eine Korrektur „von außen“ bewirkt haben, die in den über Jahrzehnte gewachsenen Strukturen und Systemen „von innen“ kaum zu bewerkstelligen gewesen wäre.

Dazu gehören etwa die weitreichenden Reformen der **Sicherungsverwahrung**, aber auch die Diskussion um den **Brechmitteleinsatz**, die in Deutschland bereits „abgeschlossen“ schien, bevor dann der EGMR⁵⁰⁾ endlich die Beteiligten wachrüttelte.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die Menschenrechte in den letzten Jahren zu *Veränderungen*, im Sinne einer positiven Stärkung der Standards der Strafverteidigung in Deutschland geführt haben – frei nach dem deutschen Sprichwort „*steter Tropfen höhlt den Stein*“.

Zum anderen bewirken die Menschenrechte auch eine gewisse *Festigung* auf nationaler Ebene bereits errungener Standards. Wir sehen dies etwa bei den Eingriffsbefugnissen für Freiheitsentziehungen, zum Beispiel bei der Abschiebungshaft, deren Ausweitung derzeit in Deutschland lebhaft diskutiert wird.

Auch vollzieht sich die Implementierung völkerrechtlicher Standards meist über einen längeren Zeitraum – und sie verlangt dabei nach einer gewissen Hartnäckigkeit auf Seiten der Strafverteidigung.

Menschenrechte sind in Politik und Gesellschaft immer willkommen, wenn man sie *anderen* Staaten als rechtsstaatliche Orientierung vorhalten, um nicht zu sagen vorschreiben kann, etwa um Mängel im „fremden“ System zu lokalisieren und dann nicht selten medienwirksam zu rügen.

Wer den Schutz der Menschenrechte allerdings wirklich ernst meint, muss auch bereit sein, seine eigenen wohl geliebten und auf nationaler Ebene gepflegten „Standards“ regelmäßig einer kritischen Überprüfung und gegebenenfalls auch Korrektur zu unterziehen.

Dies sollte möglichst ohne eine konkrete Rüge „von oben“ durch den EGMR geschehen. Dass die Umsetzung dieser Erkenntnis im praktischen Leben schwierig ist, dafür stehen die Namen „*Neziraj*“, „*Jalloh*“⁵¹⁾, „*Mooren*“⁵²⁾, „*Gäfigen*“⁵³⁾ und „*M.*“⁵⁴⁾ – Beschwerdeführer in Verfahren, in denen die BR Deutschland durch den EGMR wegen „struktureller“ Verfahrensmängel verurteilt worden ist. Es bleibt sehr zu hoffen,

50) EGMR, Jalloh/Deutschland, Urt. v. 11.7.2006, Nr. 54810/00, NJW 2006, 3117 = StV 2006, 617 (Brechmitteleinsatz).

51) EGMR, Jalloh/Deutschland (Fn. 50).

52) EGMR, Mooren/Deutschland, Urt. (Kammer) v. 13.12.2007 (Zugang zur Verfahrensakte; Beschleunigungsgrundsatz bei Haftprüfung); Urt. (GK) v. 9.7.2009, StV 2010, 490 = EuGRZ 2009, 566.

53) EGMR, Gäfigen/Deutschland, Urt. v. 30.6.2008 (Folter – Beweisverwertungsverbot – Fernwirkung – Art. 6 EMRK); Urt. (GK) v. 1.6.2010, NJW 2010, 3145. Hierzu: *Grabenwarter*, NJW 2010, 3128.

54) EGMR, M./Deutschland, Urt. v. 17.12.2009 (Sicherungsverwahrung; § 67d III StGB a.F.), NJW 2010, 2495 = NSZ 2010, 263.

dass diese Liste strafrechtlich „Prominenter“ in den nächsten Jahren keine allzu große Erweiterung finden wird.