

## **Stefan Kirsch**

*Dr. jur., Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in Frankfurt am Main, Honorary Fellow Durham University und Lehrbeauftragter an der Philipps-Universität / Marburg*

### **DIE RECHTSWEGERSCHÖPFUNG NACH ART. 35 EMRK UND DIE ROLLE DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS**

**Stefan Kirsch.** Роль Федерального Конституційного Суду у разі вичерпання всіх засобів правового захисту згідно ст. 35 Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. – Стаття.

Стаття присвячена аналізу ролі національної влади в забезпеченні прав і свобод людини, закріплених Європейською Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, зокрема діяльності Федерального Конституційного Суду ФРН як гаранту цих прав.

*Ключові слова:* права людини, Федеральний Конституційний Суд ФРН, вичерпання внутрішніх засобів правового захисту.

**Stefan Kirsch.** Роль Федерального Конституционного Суда в случае исчерпания всех средств правовой защиты согласно ст. 35 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод – Стаття.

Стаття посвящена аналізу ролі національних властей в обеспечении прав и свобод человека, закрепленных Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, в частности деятельности Федерального Конституционного Суда ФРГ как гаранта этих прав.

*Ключевые слова:* права человека, Федеральный Конституционный Суд ФРГ, исчерпание внутренних средств правовой защиты.

#### **Summary**

**Stefan Kirsch.** Exhaustion of domestic remedies under Art. 35 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. – Article.

The article is devoted to the analysis of the role of national authorities in the guaranteeing of human rights and freedoms, estimated by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the activity of the Constitutional Court of Germany as a guarantee of these rights.

*Key words:* human rights, Constitutional Court of Germany, exhaustion of domestic remedies.

Dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strasbourg (EGMR) kommt im Hinblick auf die Sicherung der in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verbürgten Rechte lediglich eine subsidiäre Funktion zu. Vielmehr ist es zunächst die Aufgabe der Konventionsstaaten selbst, die Einhaltung der Konventionsrechte sicherzustellen. Nur dann, wenn die Konventionsstaaten dieser Aufgabe nicht nachkommen, ist der Gerichtshof befugt, über Individualbeschwerden (Art. 34 EMRK) zu entscheiden.

Die subsidiäre Funktion des Individualbeschwerdeverfahrens vor dem EGMR zeigt sich sowohl im Rahmen der substantiellen Verbürgungen der Konvention (Art. 13 EMRK) als auch im Rahmen der Verfahrensvorschriften (Art. 35 (1) EMRK).

«By virtue of Article 1 (which provides: «The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention»), the primary responsibility for implementing and enforcing the guaranteed rights and freedoms is laid on the national authorities. The machinery of complaint to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights. This subsidiary character is articulated in Articles 13 and 35 § 1 of the Convention.

The purpose of Article 35 § 1, which sets out the rule on exhaustion of domestic remedies, is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Court (see, as a recent authority, *Selmouni v. France* [GC], no. 25803/94, § 74, ECHR 1999-V). The rule in Article 35 § 1 is based on the assumption, reflected in Article 13 (with which it has a close affinity), that there is an effective domestic remedy available in respect of the alleged breach of an individual's Convention rights (*ibid.*).

In that way, Article 13, giving direct expression to the States' obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system, establishes an additional guarantee for an individual in order to ensure that he or she effectively enjoys those rights. The object of Article 13, as emerges from the travaux préparatoires (see the Collected Edition of the «Travaux Préparatoires» of the European Convention on Human Rights, vol. II, pp. 485 and 490, and vol. III, p. 651), is to provide a means

whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court.»<sup>1</sup>

«Under Article 1 of the Convention, which provides that «[the] High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention», the primary responsibility for implementing and enforcing the rights and freedoms guaranteed by the Convention is laid on the national authorities. The machinery of complaint to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights. This subsidiary character is articulated in Article 13 and Article 35 § 1 of the Convention (see *Scordino v. Italy* (no. 1) [GC], no. 36813/97, § 140, ECHR 2006-V, and *Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, § 38, ECHR 2006-V).»<sup>2</sup>

Nach Art. 13 EMRK hat jede Person, die in ihren in der Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben. Dies gilt auch, wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.

Die Konventionsstaaten müssen daher einen Rechtsbehelf zur Verfügung stellen, mit dem im innerstaatlichen Recht eine Konventionsverletzung festgestellt werden kann. Die Verfahrensgarantie des Art. 13 EMRK verpflichtet die Konventionsstaaten aber nicht, die Verbürgungen der EMRK in das innerstaatliche Recht zu inkorporieren, sondern überlässt es ihnen, auf welche Weise sichergestellt wird, dass im innerstaatlichen Recht Garantien bestehen, die mindestens so weit gehen wie die der EMRK und der Protokolle dazu.

Die Zugangsvoraussetzungen des in Art. 13 EMRK vorgesehenen Rechtsbehelfs können die Konventionsstaaten näher bestimmen, solange sie das Recht nicht in seinem Wesensgehalt antasten.

Eine Verletzung von Art. 13 EMRK setzt nicht die Feststellung voraus, dass ein anderes (materielles) Recht der Konvention verletzt ist. Vielmehr genügt die «vertretbare» Behauptung («arguable claim»), in einem Konventionsrecht verletzt zu sein. Die entsprechende Voraussetzung wird aber in der Rechtsprechung des Gerichtshofs eher eng aus-

---

<sup>1</sup> KUDŁA v. POLAND (Application no. 30210/96), Judgment, 26.10.2000, Rn. 152.

<sup>2</sup> SÜRMELI v. GERMANY (Application no. 75529/01), Judgment, 8.6.2006, Rn. 97.

gelegt.<sup>1</sup> Allerdings hat der Gerichtshof klargestellt, dass ein Erfolg des Rechtsbehelfs nach Art. 13 EMRK nicht sicher sein muss.

«Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an «arguable complaint» under the Convention and to grant appropriate relief. The effectiveness of a remedy within the meaning of Article 13 does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant. Also, even if a single remedy does not by itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so. It is therefore necessary to determine in each case whether the means available to litigants in domestic law are «effective» in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that has already occurred (see Kudła, cited above, §§ 157-58).»<sup>2</sup>

Nach Art. 35 (1) EMRK setzt die Zulässigkeit einer Individualbeschwerde die Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe voraus. Die Prüfung, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, erfolgt allerdings „ohne übertriebenen Formalismus“<sup>3</sup>.

«The Commission was therefore quite right in declaring in various circumstances that there was a need for a certain flexibility in the application of the rule (see, for example, the decision of 30th August 1958 on the admissibility of application No. 332/57, *Lawless v. Ireland*, Yearbook of the Convention, Vol. 2, pp. 324-326).»<sup>4</sup>

Ein Rechtsbehelfsverfahren ist aber etwa dann nicht erforderlich, wenn ein solches aufgrund behördlicher Praxis von vorneherein aussichtslos erscheint.

«Under Article 26 (art. 26), normal recourse should be had by an applicant to remedies which are available and sufficient to afford redress in respect of the breaches alleged. The existence of the remedies in ques-

---

<sup>1</sup> Kritisch insoweit Frowein/Peukert, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 13, Rn. 3, m.w.Nachw.

<sup>2</sup> SÜRMELE v. GERMANY (Application no. 75529/01), Judgment, 8.6.2006, Rn. 98.

<sup>3</sup> So Frowein/Peukert, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 35, Rn. 3.

<sup>4</sup> RINGEISEN v. AUSTRIA (Application no 2614/65), Judgment, 16.7.1971, Rn. 89.

tion must be sufficiently certain not only in theory but in practice, failing which they will lack the requisite accessibility and effectiveness.

However, there is no obligation to have recourse to remedies which are inadequate or ineffective. In addition, according to the «generally recognised rules of international law» to which Article 26 (art. 26) makes reference, there may be special circumstances which absolve the applicant from the obligation to exhaust the domestic remedies at his disposal. The rule is also inapplicable where an administrative practice consisting of a repetition of acts incompatible with the Convention and official tolerance by the State authorities has been shown to exist, and is of such a nature as to make proceedings futile or ineffective (see the above-mentioned *Akdivar and Others* judgment, p. 1210, paras. 66 and 67).»<sup>1</sup>

In der Bundesrepublik Deutschland hat die EMRK mit ihrer Ratifizierung den Rang eines innerstaatlichen Gesetzes, ist also unmittelbar anwendbar und kann auch vor deutschen Gerichten geltend gemacht werden.

Ungeachtet dessen werden die Garantien der EMRK ihrem Wesen nach auch in den Grundrechten des Grundgesetzes erfasst, sodass in der Praxis keine strukturellen Unterschiede im Anwendungsbereich und Gebrauch der EMRK und der Grundrechte des Grundgesetzes erkennbar sind.

«Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt, eine Wirkung, die die Konvention indes selbst ausgeschlossen wissen will (Art. 60 EMRK). Deshalb dient insoweit auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungshilfe für die Bestimmung und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes».<sup>2</sup>

«Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes und damit unter dem Grundgesetz. Sie ist jedoch als Auslegungshilfe bei der Auslegung der Grundrech-

---

<sup>1</sup> AKSOY v. TURKEY (Application no. 21987/93), Judgment, 18.12.1996, Rn. 52.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschluss vom 26.3.1987 – 2 BvR 589/79, 740/81 und 284/85 = BVerfGE 74, 358 (370).

te und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen. Dies gilt auch für die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Die Heranziehung als Auslegungshilfe verlangt allerdings keine schematische Parallelisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der Europäischen Menschenrechtskonvention, sondern ein Aufnehmen von deren Wertungen, soweit dies methodisch vertretbar und mit den Vorgaben des Grundgesetzes vereinbar ist (vgl. BVerfGE 111, 307 <315 ff.>; 128, 326 <366 ff.>; zur Aufnahme der Wertungen über das Verhältnismäßigkeitsprinzip BVerfGE 128, 326 <371>»<sup>1</sup>.

Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden allerdings dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint<sup>2</sup> oder der Wille des nationalen Gesetzgebers in der Gestalt von bestehendem Gesetzesrecht entgegensteht<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BVerfG, Beschluss vom 20.6.2012 – 2 BvR 1048/11, Rn. 91.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 04.05.2011 – 2 BvR 2333/08, Rdn. 93: „Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Sie darf zunächst nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird; das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus (vgl. Art. 53 EMRK, siehe BVerfGE 111, 307 <317> m.w.N.). Dieses Rezeptionshemmnis kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das „Mehr“ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger“ für einen anderen bedeutet (vgl. Wahl/Masing, JZ 1990, S. 553 ff.; Hoffmann-Riem, EuGRZ 2006, S. 492; Calliess, in: Merten/Papier, HGR, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 18 ff. m.w.N.). Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint (vgl. BVerfGE 111, 307 <329>; s. auch Bernhardt, in: Festschrift für Helmut Steinberger, 2002, S. 391 <397>; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. II, 2. Aufl. 2007, S. 148, Rn. 184; zur absoluten Grenze des Kerngehalts der Verfassungsidentität des Grundgesetzes gemäß Art. 79 Abs. 3 GG, vgl. BVerfGE 123, 267 <344>; s. auch A. Peters, ZÖR 65 (2010), S. 3 <59 ff.>.“

<sup>3</sup> Vgl. BGH, Beschluss des BGH vom 09.11.2010, 5 StR 394/10, Rn. 32: „Aus dem Stellenwert der Europäischen Menschenrechtskonvention als lediglich einfaches Bundesrecht folgt indes, dass die Verpflichtung deutscher Gerichte zu vorrangiger konventionskonformer Auslegung auf Fälle vorhandener Auslegungs- und Abwägungsspielräume beschränkt ist (BVerfGE aaO S. 329). Die Zulässigkeit konventionskonformer Auslegung endet aus Gründen der Gesetzesbindung der Gerichte dort, wo der gegenteilige Wille des nationalen Gesetzgebers deutlich erkennbar wird (BGH NStZ 2010, 565, 566, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt; Giegerich in Grote/Maruhn [Hrsg.], EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz 2006 Kap. 2 Rdn. 20; Radtke NStZ 2010, 537, 542 ff.). Die Europäische Menschenrechtskonvention eröffnet den Gerichten keine Verwerfungskompetenz für eindeutig entgegenstehende

Der damit bewirkte «Einschluss» der Gewährleistungen der EMRK in die Grundrechte des Grundgesetzes führt in der Praxis dazu, dass vor der zulässigen Anrufung des EGMR regelmässig die Erhebung einer (Individual-) Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG) erforderlich ist.

Sichert also in den allermeisten Fällen das Bundesverfassungsgericht die Gewährleistung der Konventionsgrundrechte, so geschieht es gleichwohl, dass Beschwerden gegen die Bundesrepublik Deutschland

---

Gesetze. Anders als bei deren Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz (Art. 100 Abs. 1 GG) besteht hier auch keine Vorlegungsmöglichkeit. In diesen Fällen ist allein der Gesetzgeber aufgerufen, eine Verletzung der Konvention infolge Anwendung eindeutiger gesetzlicher Regelungen durch deren Abänderung zu beseitigen“ und BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04, Rdn. 62: „Das Grundgesetz weist mit Art. 1 Abs. 2 GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser ist in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen (vgl. BVerfGE 74, 358 <370>). Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt. “Berücksichtigen” bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt. Die Konventionsbestimmung muss in der Auslegung des Gerichtshofs jedenfalls in die Entscheidungsfindung einbezogen werden, das Gericht muss sich zumindest gebührend mit ihr auseinandersetzen. Bei einem zwischenzeitlich veränderten oder bei einem anderen Sachverhalt werden die Gerichte ermitteln müssen, worin der spezifische Konventionsverstoß nach Auffassung des Gerichtshofs gelegen hat und warum eine geänderte Tatsachenbasis eine Anwendung auf den Fall nicht erlaubt. Dabei wird es immer auch von Bedeutung sein, wie sich die Berücksichtigung der Entscheidung im System des jeweiligen Rechtsgebietes darstellt. Auch auf der Ebene des Bundesrechts genießt die Konvention nicht automatisch Vorrang vor anderem Bundesrecht, zumal wenn es in diesem Zusammenhang nicht bereits Gegenstand der Entscheidung des Gerichtshofs war. Vor diesem Hintergrund muss es jedenfalls möglich sein, gestützt auf das einschlägige Grundrecht, in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu rügen, staatliche Organe hätten eine Entscheidung des Gerichtshofs missachtet oder nicht berücksichtigt. Dabei steht das Grundrecht in einem engen Zusammenhang mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vorrang des Gesetzes, nach dem alle staatlichen Organe im Rahmen ihrer Zuständigkeit an Gesetz und Recht gebunden sind (vgl. BVerfGE 6, 32 <41>)“. Zum Verhältnis der Grundrechte zu den Unionsgrundrechten aus der EU Grundrechtecharta (2000/C 364/01) vgl. Gärditz, Anmerkung zu BVerfG, Urteil v. 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 = JZ 2013, 621, in: JZ 2013, 633 (635).

vor dem EGMR Erfolg haben. In der Regel stossen solche Entscheidungen auf grosses Interesse von Rechtsprechung und Literatur und führen nicht selten zu einer weiteren Ausdifferenzierung der Grundrechtsdogmatik und einer Anpassung an Entwicklungen ausserhalb Deutschlands. Nicht selten führen entsprechende Entscheidungen aus Strasbourg auch zu gesetzgeberischem Handlungsbedarf.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> So hat etwa das BVerfG durch Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a. – im Lichte der Rechtsprechung des EGMR (Vgl. M. v. GERMANY [Application no. 19359/04], Judgment, 17.12.2009) – die gesetzlichen Regelungen zur Sicherungsverwahrung für verfassungswidrig erklärt und den Gesetzgeber verpflichtet, bis spätestens 31. Mai 2013 verfassungskonforme Regelungen zu schaffen und die Sicherungsverwahrung neu auszugestalten.

Mit Spannung zu erwarten sind auch die Folgen der Entscheidung NEZIRAJ v. GERMANY (Application no. 30804/07), Judgment, 8.11.2012, zur Möglichkeit der Vertretung des Beschuldigten in der Berufungshautverhandlung, denn die Rechtsprechung verweigert dieser Entscheidung die Gefolgschaft (vgl. OLG München, Beschl. v. 17. 01. 2013, 4 StRR (A) 18/12: „1. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 8. November 2012, StraFo 2012, 490ff., wonach § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht mit Art. 6 Abs. 1 und 3 MRK vereinbar sei, verkennt das Regelungsgefüge dieser Vorschrift und die Stellung des Verteidigers im deutschen Strafprozessrecht. 2. Selbst bei einer unterstellten Konventionswidrigkeit ist die Vorschrift angesichts ihres eindeutigen Wortlautes von deutschen Gerichten aufgrund ihrer Bindung an die geltenden Gesetze anzuwenden und eine auf die Konventionswidrigkeit der Vorschrift gestützte Revision offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO)“). Instruktiv Engel, ZIS 2013, 339.