

Publikationen

Prof. Dr. **Gerhard Fezer**, Hamburg – **Anmerkung zu BGH 1 StR 534/05 – Beschluss vom 7. März 2006** (BGH HRRS 2006 Nr. 473) S. 239

Karsten Gaede, Hamburg – **Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall Jalloh** (Besprechung von EGMR HRRS 2006 Nr. 562) S. 241

Oberass. Dr. **Daniela Demko** (LLM), Zürich – **Die gerichtliche Fürsorgepflicht zur Wahrung einer „tatsächlichen und wirksamen“ Verteidigung im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK** (*Reihe Strafprozessuale Leitfälle zur EMRK*) S. 250

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR **Jalloh v. Germany – Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig**

BVerfG **Fall „Babycaust“ – Meinungsfreiheit und Abtreibung**

BVerfG **Gesetzlicher Richter und Überdehnung des § 26a StPO**

BGH **Keine Obergrenze bei der Strafzumessung wegen statistischer Erkenntnisse zur Lebenserwartung (BGHSt)**

BGH **Reaktionen der Strafsenate im Anfrageverfahren zur Rügeverkümmern**

BGH **Keine Revisionserstreckung bei Ausschluss gemäß § 55 II JGG (BGHSt)**

BGH **Überdehnung des § 26a StPO und Ausgleich über eine nachträglich als verspätet erkannte Rüge**

BGH **Einschränkung der §§ 247, 338 Nr. 5 StPO im Einzelfall**

BGH **Verjährungsunterbrechung bei Anordnung der Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens (elektronischer Befehl des Sachbearbeiters – BGHSt)**

SCHRIFTLLEITUNG

Karsten Gaede

c/o RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate

Holstenwall 7, 20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,

Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LLM (Zürich); *Antje du Bois-Pedain*, MJur (Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg i.Br. Dr. *Frank Meyer*, LLM (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 70 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche
Rechtsprechung zum Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFLEITUNG

Karsten Gaede
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M., (Univ. Zürich); *Antje du Bois-Pedain*, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

7. Jahrgang, Juli 2006, Ausgabe

7

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

562. EGMR Nr. 54810/00 (Große Kammer) – Beschluss vom 11. Juli 2006 (Jalloh v. Germany)

Einsatz von Brechmitteln; Selbstbelastungsfreiheit (Schutzbereich; faires Verfahren; Verwertungsverbot bei Beweismitteln, die in Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewonnen worden sind; Gesamtbetrachtung); Folterverbot (unmenschliche und erniedrigende Behandlung; Menschenwürde; Verhältnismäßigkeit); Recht auf Privatleben; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde und der EMRK; redaktioneller Hinweis.

Art. 3 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 35 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 81a StPO; § 136a StPO; § 90 Abs. 2 BVerfGG

1. Deutsche Brechmitteleinsätze zur Erlangung von Beweismitteln gemäß § 81a StPO lassen sich vor der EMRK nicht mit dem Argument rechtfertigen, man habe die Gesundheit des Betroffenen schützen wollen.

2. Zwangsweise medizinische Eingriffe, die zur Aufklärung von Straftaten beitragen sollen, werden von der EMRK nicht per se untersagt. Jeder Eingriff in die

körperliche Unversehrtheit, der mit dem Ziel der Beweismittelerlangung ausgeführt wird, muss zur Wahrung des Art. 3 EMRK einer strikten Prüfung unterzogen sein, bei der die folgenden Faktoren von besonderer Bedeutung sind: Das Ausmaß, in dem der zwangsweise medizinische Eingriff zur Erlangung von Beweismitteln erforderlich gewesen ist; die vorhandenen Gesundheitsrisiken für den Verdächtigen; die Art und Weise, wie der Eingriff durchgeführt worden ist; der physische Schmerz und das mentale Leiden, das verursacht worden ist; der Umfang der vorhandenen medizinischen Überwachung und die Folgen für die Gesundheit des Verdächtigen. Im Licht all dieser Umstände des Einzelfalles darf der Eingriff nicht das Maß an Schwere erreichen, das ihn zu einem Fall des Art. 3 EMRK macht. Zu einem Einzelfall der Verletzung des Art. 3 EMRK durch einen Brechmitteleinsatz, bei dem keine erheblichen Folgen für die Gesundheit des Betroffenen belegt worden sind (vgl. näher die Besprechung in diesem Heft 7/2006).

3. Die Verwertung eines in Verletzung des Verbots der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung gewonnenen Beweismittels verstößt jedenfalls dann

gegen Art. 6 EMRK, wenn es das wesentliche Beweismittel im Verfahren gegen den gemäß Art. 3 EMRK Verletzten darstellt, ein Ausschluss des Beweismittels nach nationalem Recht mit Blick auf Art. 3 EMRK wegen der Rechtmäßigkeit der Behandlung nach nationalem Recht nicht erlangt werden konnte und es um die Verfolgung eines vergleichsweise minder schweren Falls des Drogenhandels ging. Es bleibt offen, ob es stets automatisch auch gegen Art. 6 EMRK verstößt, wenn ein unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangtes Beweismittel in einem Strafprozess Verwendung findet. Werden Beweismittel aber durch Folter i.S. des Art. 3 EMRK erlangt, ist unabhängig vom Beweiswert und der Art der Beweismittel eine Verwertung auszuschließen.

4. Die Selbstbelastungsfreiheit des Art. 6 EMRK schützt auch vor der mit erheblicher körperlicher Gewaltanwendung verbundenen zwangsweisen Überwindung des Beschuldigtenwillens, mit der das unnatürliche Erbrechen von Beweismitteln bewirkt werden soll (Weiterentwicklung der Saunders-Rechtsprechung; zu einem Einzelfall der Verletzung durch einen deutschen Brechmittelersatz vgl. die genannte Besprechung).

563. BVerfG 1 BvR 49/00 – Beschluss vom 24. Mai 2006 (BayObLG; LG Nürnberg-Fürth; OLG Nürnberg)

Meinungsfreiheit (drastische Äußerungen; Abtreibung; „Babycaust“; „Kinder-Mord“; „Tötungs-Spezialist für ungeborene Kinder“; räumlicher Kontext der Meinungsäußerung; Auslegung); Beleidigung (zum Nachteil einer kommunalen Klinikträgerin; individuell betroffene natürliche Person; Beleidigungsabsicht); Abwägung (schwer wiegende Persönlichkeitsverletzung; Schmähkritik); Strafzumessung (presserechtliche Verantwortlichkeit); zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch (Auslegung; andere Maßstäbe als bei strafrechtlicher Verurteilung; keine Verkürzung bei Inanspruchnahme von Rechtsschutz); Schuldgrundsatz.

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 185 StGB; § 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB; § 1004 BGB

1. Selbst eine polemische oder verletzende Formulierung entzieht eine Äußerung nicht dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 93, 266, 289 f.).

2. Hält ein Gericht eine Äußerung fälschlich für eine Schmähung, so ist dies nur dann ein verfassungsrechtlich erheblicher Fehler, der zur Aufhebung der Entscheidung führt, wenn das Gericht aus diesem Grund eine Abwägung unterlässt oder fehlerhaft vornimmt und die Entscheidung hierauf beruht (vgl. BVerfGE 82, 272, 281; 93, 266, 294). Ist das Gericht jedoch erkennbar in eine Abwägung eingetreten und sind die hierbei angestellten Erwägungen für sich genommen verfassungsrechtlich tragfähig, so wird das Ergebnis dieser Abwägung nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Fachgericht unzutreffend das Vorliegen von Schmähkritik bejaht hat (vgl.

BVerfGK 4, 54, 59).

3. Bei der Erfassung des Sinns einer Äußerung haben fern liegende Deutungen außer Ansatz zu bleiben (vgl. BVerfGE 93, 266, 296).

4. Die strafrechtliche Einordnung von Äußerungen als Beleidigung einer juristischen Person oder als so genannte Kollektivbeleidigung unterliegt unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen. Im Hinblick auf Hoheitsträger kann die Anwendbarkeit der Ehrenschutzvorschriften der §§ 185 ff. StGB nicht auf das natürlichen Personen zustehende Persönlichkeitsrecht gegründet werden. Strafrechtlicher Ehrenschutz kann hier allerdings das Ziel verfolgen, dasjenige Mindestmaß an öffentlicher Anerkennung zu gewährleisten, das erforderlich ist, damit die betroffenen staatlichen Einrichtungen ihre Funktion erfüllen können.

5. Wollen die Gerichte von einer Beleidigung Einzelner durch Verwendung einer Kollektivbezeichnung ausgehen, so haben sie dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds umso schwächer wird, je größer das Kollektiv ist, auf das sich die herabsetzende Äußerung bezieht.

6. Durch eine unzutreffende Deutung von Äußerungen darf weder die Meinungsfreiheit noch der grundrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts verkürzt werden (vgl. BVerfG NJW 1999, 483, 484).

7. Die Regeln zur Behandlung mehrdeutiger Äußerungen sind unterschiedlich, je nachdem, ob über eine strafrechtliche Sanktion für die erfolgte Äußerung zu entscheiden ist oder ob über einen Anspruch auf deren zukünftige Unterlassung entschieden wird (vgl. BVerfG NJW 2006, 206, 208 f.).

8. Für strafrechtliche oder zivilgerichtliche Sanktionen, die an eine Äußerung anknüpfende, gilt im Interesse der Meinungsfreiheit, insbesondere zum Schutz vor Einschüchterungseffekten bei mehrdeutigen Äußerungen, der Grundsatz, dass die Sanktion nur in Betracht kommt, wenn die dem Äußernden günstigeren Deutungsmöglichkeiten mit hinreichender Begründung ausgeschlossen worden sind (dazu vgl. BVerfGE 82, 43, 52; 94, 1, 9).

9. Steht hingegen ein zukunftsgerichteter Anspruch auf Unterlassung künftiger Persönlichkeitsbeeinträchtigungen in Frage, wird die Meinungsfreiheit nicht verletzt, wenn von dem Betroffenen im Interesse des Persönlichkeitsschutzes anderer verlangt wird, den Inhalt seiner mehrdeutigen Aussage gegebenenfalls klarzustellen. Geschieht dies nicht, sind die nicht fern liegenden Deutungsmöglichkeiten zu Grunde zu legen und es ist zu prüfen, ob die Äußerung in einer oder mehrerer dieser Deutungsvarianten zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts führt (vgl. BVerfG NJW 2006, 207, 208 f.). Diese Grundsätze gelten für Tatsachenaussagen wie auch für Werturteile.

10. In einem Rechtsstaat, der den Bürgern die Verfolgung ihrer Rechte garantiert, darf die Inanspruchnahme von Rechtsschutz nicht zum Anknüpfungspunkt für eine Minderung der Belange des Persönlichkeitsrechts gewählt werden.

567. BVerfG 2 BvR 836/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Februar 2006 (BGH/LG Köln)

Recht auf den gesetzlichen Richter (Gewährleistung des unbefangenen Richters; Willkür; Richter in eigener Sache); Auslegung und Anwendung des § 26 a StPO (reine Formalentscheidungen; völlige Ungeeignetheit der Begründung; kein Eingehen auf den Verfahrensgegenstand); Behandlung der fehlerhaften Anwendung des § 26a StPO in der Revision (keine Prüfung der hypothetischen Begründetheit; zwingende Zurückverweisung; Beschwerde); rechtliches Gehör (verkürzte Behandlung des Vorbringens der Verteidigung); redaktioneller Hinweis.
Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch einen materiellen Gewährleistungsgehalt. Die Verfassungsnorm garantiert, dass der Rechtsuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (vgl. BVerfGE 10, 200, 213 f.; 89, 28, 36).

2. Eine „Entziehung“ des gesetzlichen Richters durch die Rechtsprechung, der die Anwendung der Zuständigkeitsregeln und die Handhabung des Ablehnungsrechts im Einzelfall obliegt, kann nicht in jeder fehlerhaften Rechtsanwendung gesehen werden. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind aber jedenfalls dann überschritten, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar sind oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt (vgl. BVerfGE 82, 286, 299).

3. § 26 a StPO ermöglicht nur echte Formalentscheidungen. Die Vorschrift ist eng auszulegen. In Fällen, in denen die Frage der Unzulässigkeit nicht klar und eindeutig zu beantworten ist, wird es nahe liegen, das Regelverfahren nach § 27 StPO zu wählen, um jeden Anschein einer Entscheidung in eigener Sache zu vermeiden. Auf Fälle „offensichtlicher Unbegründetheit“ des Ablehnungsgesuchs darf das vereinfachte Ablehnungsverfahren – vorbehaltlich einer anderweitigen gerichtlichen Regelung – wegen des sonst vorliegenden Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht ausgedehnt werden.

4. Bei der Anwendung des § 26 a Abs. 1 Nr. 3 StPO ist darauf Bedacht zu nehmen, dass die zu Nr. 2 der Vorschrift erkannten verfassungsrechtlichen Probleme nicht in die Prüfung der Verschleppungsabsicht oder der Verfolgung verfahrensfremder Zwecke verlagert werden.

5. Die Auffassung, ein Ablehnungsgesuch, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung des Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet sei, einem Ablehnungsgesuch ohne Angabe eines Ablehnungsgrundes gleichsteht, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

6. Völlige Ungeeignetheit in diesem Sinne wird dann anzunehmen sein, wenn für eine Verwerfung als unzulässig jedes Eingehen auf den Gegenstand des Verfahrens selbst entbehrlich ist. Ist hingegen ein – wenn auch nur geringfügiges – Eingehen auf den Verfahrensgegenstand erforderlich, scheidet die Ablehnung als unzulässig aus.

7. Bei der Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs ist das Gericht in besonderem Maße verpflichtet, das Ablehnungsgesuch seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen und gegebenenfalls wohlwollend auszulegen. Überschreitet das Gericht bei dieser Prüfung die ihm gezogenen Grenzen, so kann dies seinerseits die Besorgnis der Befangenheit begründen (BVerfG NJW 2005, S. 3410, 3412).

8. Im Fall der Überdehnung des Anwendungsbereichs von § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO darf das Revisionsgericht nicht über die hypothetische Begründetheit des Ablehnungsgesuchs entscheiden, sondern hat vielmehr gerade darüber zu entscheiden hat, ob die Grenzen der Vorschrift des § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO eingehalten wurden. Jedenfalls bei einer willkürlichen Überschreitung des von § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO gesteckten Rahmens hat das Revisionsgericht die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben und die Sache an das Tatgericht zurückzuweisen.

9. Mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, wenn das Revisionsgericht auch in den Fällen, in denen ein Ablehnungsgesuch willkürlich und unter Verletzung des grundrechtsgleichen Anspruchs des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs im Ablehnungsverfahren als unzulässig verworfen worden ist, lediglich prüft, ob das Ablehnungsgesuch in der Sache erfolgreich gewesen wäre.

564. BVerfG 2 BvR 1675/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Mai 2006 (LG Bielefeld)

Recht auf effektiven Rechtsschutz (Eilrechtsschutz im Strafvollzug; Wirksamkeit; innerhalb angemessener Zeit); drohende prozessuale Überholung (zu lange Stellungnahmefristen; Disziplinarmaßnahmen); Entscheidung ohne schuldhaftes Zögern (unverzögliche Verwerfung unzulässiger Anträge; kurze Stellungnahmefristen; fernmündliche Stellungnahme der Anstalt; Übermittlung per Fax); Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Wiederholungsgefahr).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 S. 1 GG; § 104 Abs. 1 StVollzG

1. Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet den Rechtsweg gegen jede behauptete Verletzung subjektiver Rechte durch ein Ver-

halten der öffentlichen Gewalt. Er gewährleistet dabei nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern garantiert auch die Effektivität des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 35, 263, 274; 35, 382, 401 m.w.N.).

2. Gerichtlicher Rechtsschutz muss soweit wie möglich der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen zuvorkommen, die dann, wenn sich eine Maßnahme bei richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können (vgl. BVerfGE 37, 150, 153; 65, 1, 70).

3. Bei seiner Entscheidung nach § 114 Abs. 2 Satz 1 StVollzG ist das angerufene Gericht verpflichtet, ohne weiteres Zögern in der jeweils situationsgerechten Weise tätig zu werden:

a) Ist etwa der Antrag nicht schlüssig begründet, so kann es den Antrag sofort als unzulässig verwerfen, sofern es nicht Anlass hat, sich durch Rückfrage - gegebenenfalls fernmündlich - beim Beschwerdeführer oder bei der Justizvollzugsanstalt ergänzende Klarheit zu verschaffen. Dies gilt auch für mangelnde Darlegungen zur Interessenabwägung.

b) Ist der Antrag hingegen ausreichend begründet und kommt das Gericht - etwa aufgrund einer Nachfrage bei der Justizvollzugsanstalt (auch fernmündlich) - zu dem Ergebnis, dass der Vortrag des Antragstellers glaubhaft ist, so hat es aufgrund einer Abwägung nach dem Maßstab des § 114 Abs. 2 Satz 1 StVollzG über die Aussetzung der Maßnahme zu entscheiden. Bei besonders belastenden Eingriffen wird das Gericht auch eine vorläufige Aussetzung ohne Abwarten einer Äußerung der Justizvollzugsanstalt in Betracht zu ziehen haben.

565. BVerfG 2 BvR 1693/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. Mai 2006 (OLG Frankfurt am Main/LG Gießen)

Strafrechtliche Verfolgbarkeit von Verstößen gegen die Schulpflicht aus religiösen Gründen; Grundrecht auf Religionsfreiheit; Elterngrundrecht und staatlicher Erziehungsauftrag (Gemeinwohlinteresse; legitimer Zweck; Meinungsneutralität; Konfrontation mit anderen Meinungen); praktische Konkordanz; Berücksichtigung religiöser Überzeugungen bei Strafzumessung und im Strafverfahren (Verhältnismäßigkeit; Gewissenskonflikt; Zumutbarkeit rechtmäßigen Alternativverhaltens); Nichtannahmebeschluss.

Art. 4 Abs. 1 GG; Art. 7 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 GG; § 182 Abs. 1 HessSchulG; § 59 StGB

1. In Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, der den Eltern das Recht zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder garantiert, gewährt Art. 4 Abs. 1 GG das Recht zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht. Danach ist es Sache der Eltern, ihren Kindern Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln (vgl. BVerfGE 41, 29 44, 47 f.) und nicht geteilte Ansichten von ihnen fernzuhalten (vgl. BVerfGE 93, 1, 17).

2. Das keinem Gesetzesvorbehalt unterliegende Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG ist aber Einschränkungen zugänglich, die sich aus der Verfassung selbst ergeben. Hierzu gehört der dem Staat in Art. 7 Abs. 1 GG erteilte Erziehungsauftrag (vgl. BVerfGE 34, 165, 181; 93, 1, 21). Im Einzelfall sind Konflikte zwischen dem Erziehungsrecht der Eltern und dem Erziehungsauftrag des Staates im Wege einer Abwägung nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz zu lösen (vgl. BVerfGE 93, 1, 21).

3. Stellt der Staat bestimmte Handlungen unter Strafe, kann die Ausstrahlungswirkung des Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 GG auch die Art und das Maß der zulässigen Sanktionen beeinflussen. Betätigungen und Verhaltensweisen, die aus einer bestimmten Glaubenshaltung fließen, sind daher nicht ohne Weiteres jenen Sanktionen zu unterwerfen, die der Staat für ein solches Verhalten bei Fehlen einer religiösen Motivation vorsieht. Vielmehr ist jeweils zu fragen, ob unter den besonderen Umständen des Falles eine Bestrafung den Sinn staatlichen Strafens erfüllt. Daran fehlt es, wenn der Täter sich nicht aus mangelnder Rechtsgesinnung gegen die staatliche Rechtsordnung auflehnt, sondern sich in eine Grenzsituation gestellt sieht, in der die allgemeine Rechtsordnung mit dem persönlichen Glaubensgebot in Widerstreit tritt und er die Verpflichtung fühlt, hier dem höheren Gebot des Glaubens zu folgen.

4. Der bewusste Verstoß gegen Strafnormen ist jedoch auch im Lichte von Art. 4 Abs. 1 GG nicht als Mittel der Wahl, sondern nur als letzter Ausweg aus einem ansonsten unauflösbaren Konflikt zwischen staatlichen und religiösen Verhaltensanforderungen hinzunehmen. Wer es bewusst unterlässt, den Gewissenskonflikt durch nahe liegende andere rechtmäßige Handlungsalternativen zu lösen, kann sich regelmäßig nicht darauf berufen, sich aus einer seelischen Zwangslage heraus gegen die Rechtsordnung auflehnen zu dürfen. In diesem Fall ist dem Staat die Feststellung strafrechtlicher Schuld nicht von vornherein verwehrt; einer von Art. 4 Abs. 1 GG geschützten religiösen Motivation kann dann im Einzelfall bei der Bestimmung der Sanktion, auch durch Einstellungen des Verfahrens nach §§ 153, 153 a StPO oder die Anwendung des § 59 StGB, angemessen Rechnung getragen werden.

566. BVerfG 2 BvR 820/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Mai 2006 (LG Mannheim/AG Mannheim/BGH)

Recht auf Eigentum (Arrest in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Arrest auf das gesamte Vermögen); richterliche Prüfung (Anforderungen; Darlegung; auf Einzelfall bezogene Darstellungen; keine formelhaften Begründungen; unzureichende Auseinandersetzung mit Zeugenaussagen); Verfall wenn Beschuldigter Beauftragter, Vertreter oder Organ einer juristischen Person ist (regelmäßige Trennung).

Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 111 e Abs. 1 Satz 1 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73 Abs. 3 StGB

1. Nicht nur die entsprechenden Normen des Prozessrechts, sondern auch der Schutz des Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG verlangen vom Ermittlungsrichter und dem Rechtsmittelgericht, dass sie die tatsächlichen Grundlagen einer Arrestanordnung selbst ermitteln und ihre rechtliche Auffassung unabhängig von der Exekutive gewinnen und begründen.

2. Im Rahmen der eigenen richterlichen Prüfung müssen die Voraussetzungen des Eingriffs und die umfassende Abwägung zur Feststellung seiner Angemessenheit mit auf den Einzelfall bezogenen Ausführungen dargelegt werden. Schematisch vorgenommene Anordnungen oder formelhafte Bemerkungen in den Beschlussgründen vertragen sich mit dieser Aufgabe nicht (vgl. BVerfGE 15, 275, 282; 107, 299, 325).

3. Wird im Wege vorläufiger Sicherungsmaßnahmen das

gesamte oder nahezu das gesamte Vermögen der Verfügungsbefugnis des Betroffenen entzogen, fordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht lediglich eine Vermutung, dass es sich um strafrechtlich erlangtes Vermögen handelt; vielmehr bedarf dies einer besonders sorgfältigen Prüfung und einer eingehenden Darlegung der dabei maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen in der Anordnung, damit der Betroffene dagegen Rechtsschutz suchen kann (vgl. BVerfGK 5, 292, 301).

4. Die pauschale Annahme eines Vermögensvorteils auch beim Organ der durch die Tat begünstigten Gesellschaft oder einer gesamtschuldnerischen Haftung in Bezug auf eine Verfallsanordnung findet in den Vorschriften des § 73 Abs. 1 und 3 StGB keine Stütze, und eine so begründete Arrestanordnung kann am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG keinen Bestand haben (BVerfGK 5, 217, 221 f.).

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

506. BGH 2 StR 72/06 - Urteil vom 7. Juni 2006 (LG Aachen)

Verabredung zu einem Verbrechen; Aufklärungspflicht (Rügeanforderungen); teilweise Einstellung des Verfahrens (Wiedereinbeziehung bei Freispruch; Unterlassen der Wiedereinbeziehung); Kognitionspflicht.

§ 30 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 154a StPO; § 264 StPO

1. Der Tatbestand der Verabredung zu einem Verbrechen ist nicht erfüllt, wenn der Beteiligte nur als Gehilfe tätig werden will.

2. Die Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht ist jedenfalls dann nicht zulässig ausgeführt, wenn die Revision nicht mitteilt, welcher konkreten weiteren Beweismittel sich der Tatrichter hätte bedienen sollen und zu welchem Beweisergebnis diese weitere Beweiserhebung geführt hätte.

3. Kann dem Angeklagten die Gesetzesverletzung, auf die die Verfolgung gemäß § 154a StPO beschränkt worden ist, nicht nachgewiesen werden, so muss das Gericht zwar grundsätzlich auch ohne Antrag den ausgeschiedenen Teil wiedereinbeziehen, um seiner Kognitionspflicht (§ 264 StPO) zu genügen. Das gilt jedoch nicht, wenn die Beweislage die Beurteilung zulässt, dass im Falle der Wiedereinbeziehung der Angeklagte auch von dem Vorwurf freizusprechen gewesen wäre, der den ausgeschie-

denen Tatteil betrifft. Aufgrund einer solchen Beurteilung der Beweislage kann der Tatrichter von der förmlichen Wiedereinbeziehung des ausgeschiedenen Tatteils auch stillschweigend absehen, sofern sich den Urteilsausführungen die entsprechende fehlende Überzeugung des Tatrichters entnehmen lässt.

544. BGH 4 StR 575/05 – Beschluss vom 28. März 2006 (LG Essen)

Minder schwerer Fall des Totschlages (Affekttat und vermeintlicher Affektabbau bei fortwährenden erheblichen Angriffen; affekttypischer Erinnerungsverlust); Aufklärungspflicht (gebotene Vernehmung eines weiteren psychiatrischen Sachverständigen mangels eigener Sachkunde; Abweichung vom Gutachter bei der Frage der erheblich verminderten Schuldfähigkeit: Darlegungspflichten des Tatrichters).

§ 213 StGB; § 21 StGB; § 72 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

1. Zwar muss der Tatrichter nicht in jedem Fall, in dem er von dem Gutachten des in der Hauptverhandlung gehörten Sachverständigen abweichen will, einen weiteren Sachverständigen hinzuziehen. Voraussetzung ist aber, dass er die für die abweichende Beurteilung erforderliche Sachkunde besitzt, selbst wenn er erst durch das Gutachten genügend sachkundig geworden ist, um die Beweisfrage beurteilen zu können (vgl. BGH NSStZ 2000, 437). Außerdem muss er die Ausführungen des Sachverständigen in nachprüfbarer Weise im Urteil wiedergeben, sich

mit ihnen auseinandersetzen und seine abweichende Meinung begründen (vgl. BGH NStZ 1983, 377; 1994, 503; 2000, 550 f.).

2. Auch eine nur auf das unmittelbare Tötungsgeschehen begrenzte Lücke kann Ausdruck eines affekttypischen Erinnerungsverlusts sein (vgl. BGH NStZ 1987, 503, 504).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

543. BGH 4 StR 572/05 – Urteil vom 27. April 2006 (LG Hagen)

BGHSt; Strafzumessung (keine Obergrenze aus statistischen Erkenntnissen zur Lebenserwartung; Gewissheit, im Anschluss an die Strafverbüßung in die Freiheit entlassen zu werden; minder schwere Fälle und Strafrahmenwahl; Strafmilderungsgrund hohen Alters; gerechter Schuldausgleich; Aufbau der Strafzumessungsentscheidung); Menschenwürde (Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden).

§ 46 Abs. 1 StGB; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Einen Rechtssatz des Inhalts, dass jeder Straftäter schon nach dem Maß der verhängten Strafe die Gewissheit haben muss, im Anschluss an die Strafverbüßung in die Freiheit entlassen zu werden, gibt es nicht. Insbesondere kann sich aus dem hohen Lebensalter eines Angeklagten, etwa unter Berücksichtigung statistischer Erkenntnisse zur Lebenserwartung, keine Strafobergrenze ergeben. (BGHSt)

2. Einem Verurteilten muss aber unter Vollstreckungsgesichtspunkten grundsätzlich eine Chance verbleiben, wieder der Freiheit teilhaftig zu werden (vgl. BVerfGE 45, 187, 228 f., 239, 242, 245; 86, 288, 312). (Bearbeiter)

3. Auch für die Strafrahmenwahl gilt, dass die Strafzumessung grundsätzlich Sache des Tatrichters ist. Das Revisionsgericht kann daher auch insoweit – ebenso wie bei der Strafhöhenbemessung – nur eingreifen, wenn die durch den Tatrichter vorgenommene Bewertung Rechtsfehler aufweist, etwa weil die maßgeblichen Erwägungen rechtlich anerkannten Strafzumessungsgrundsätzen zuwiderlaufen, sie in sich widersprüchlich oder sie in dem Sinne lückenhaft sind, dass nahe liegende, sich aufdrängende Gesichtspunkte nicht bedacht wurden (st. Rspr.). (Bearbeiter)

530. BGH 1 StR 23/06 – Beschluss vom 11. Mai 2006 (LG Baden)

Verfall (entgegenstehende Ansprüche der Geschädigten; Einleitung einer gesetzlich nicht geregelten nachträglichen Verteilung unter den Verletzten; Auffangrechtserwerb); verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Rückgewinnungshilfe (Anspruchsdurchsetzung in der

Schweiz); Gesetzentwurf zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten.

§ 73 StGB; § 111i StPO; § 111b Abs. 5 i.V.m. § 111b Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Die zivilrechtlichen Ansprüche der im Urteil namentlich festgestellten Geschädigten genießen grundsätzlich Vorrang (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; st. Rspr.). Anders kann es dann liegen, wenn die Geschädigten keinen Anspruch geltend machen und darauf verzichten, dem Angeklagten also keine doppelte Inanspruchnahme droht und den Geschädigten auch keine Ersatzmöglichkeit entzogen wird (BGH NStZ-RR 2004, 54, 55).

2. Eine „materiellrechtliche Rückgewinnungshilfe“ ist mit dem geltenden Recht nicht vereinbar.

516. BGH 3 StR 41/06 - Urteil vom 11. Mai 2006 (LG Hildesheim)

Verfall von Wertersatz; Ersatzansprüche der Geschädigten (Verzicht; Verwirkung; widersprüchliches Verhalten; Verjährung); Urteilsgründe.

§ 73 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 823 BGB; § 826 BGB; § 267 Abs. 3 StPO

1. Ist dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch gegen den Täter oder Teilnehmer erwachsen, dessen Erfüllung diesem den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde, so ist die Anordnung des Verfalls und des Wertersatzverfalls gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB grundsätzlich allein schon durch die Existenz dieser Forderung ausgeschlossen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Verletzte bekannt ist, er den Täter oder Teilnehmer tatsächlich in Anspruch nimmt oder hiermit zumindest noch zu rechnen ist.

2. Es ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, dass der Tatrichter in Betracht kommende Ersatzansprüche zivilrechtlich nicht näher spezifiziert, wenn sich von selbst versteht, dass durch die abgeurteilten Taten Ansprüche der Geschädigten gegen den Angeklagten jedenfalls gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB und § 826 BGB begründet wurden. In einem solchen Fall erübrigen sich insbesondere Erwägungen zu möglicherweise daneben bestehenden bereicherungsrechtlichen Ansprüchen.

3. Auch unabhängig vom Zustandekommen eines wirklichen Erlassvertrages zwischen dem Verletzten und dem Angeklagten steht § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB der Anordnung des Verfalls (von Wertersatz) dann nicht entgegen, wenn der Verletzte ausdrücklich auf seine Ersatzforderung verzichtet und in Übereinstimmung mit dieser Erklärung keine Ansprüche gegen den Angeklagten geltend macht (Forderungsverzicht mit Verwirklichungsfolge). Abzustellen ist darauf, dass weder dem Verletzten durch die Anordnung des Verfalls eine Ersatzmöglichkeit entzogen wird noch umgekehrt dem Angeklagten eine doppelte Inanspruchnahme droht, weil eine erfolgreiche Durchsetzung der Forderung aus Rechtsgründen ausgeschlossen werden kann und nicht lediglich aus tatsächlichen Gründen nicht (mehr) zu erwarten steht.

4. Die Anordnung des Verfalls von Wertersatz wird durch § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB nicht ausgeschlossen, wenn die Ersatzforderungen der jeweiligen Geschädigten bereits verjährt sind.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

533. BGH 1 StR 57/06 – Beschluss vom 9. Mai 2006 (OLG Karlsruhe)

BGHSt; (keine) Revisionserstreckung bei Revisionsabschluss gemäß § 55 Abs. 2 JGG (analoge Anwendung; Bindung der Erstreckung an einen Widerspruch bzw. an eine Zustimmungslösung); redaktioneller Hinweis. § 121 Abs. 2 GVG; § 357 StPO; § 55 Abs. 2 JGG

1. § 357 StPO ist nicht zu Gunsten eines früheren Mitangeklagten anwendbar, für den die Revision wegen § 55 Abs. 2 JGG unzulässig war. (BGHSt)

2. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Vorschrift des § 357 StPO auch zu Gunsten von früheren Mitangeklagten anzuwenden, die Revision eingelegt haben, wenn sie die Revision später zurückgenommen haben (vgl. BGH NJW 1996, 2663, 2665), ihre Revision auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt haben (vgl. BGH NJW 1954, 441) oder sie nicht zulässig begründet haben (vgl. BGHR StPO § 338 Nr. 7 Entscheidungsgründe 2). (Bearbeiter)

3. Die Rechtsnatur des § 357 StPO als einer rechtskraftdurchbrechenden Ausnahmeregelung verbietet zwar nicht von vornherein jede erweiternde Auslegung oder Analogie, legt es aber nahe, von seiner Anwendung nur zurückhaltend Gebrauch zu machen. (Bearbeiter)

545. BGH 4 ARs 3/06 – Beschluss vom 3. Mai 2006

Anfrageverfahren zur Rügeverkümmern (Erheblichkeit einer Protokollberichtigung nach erhobener Verfahrensrüge; Gewohnheitsrecht; Kontinuität der Rechtsprechung); Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls; Ergänzung im Wege des Freibeweisverfahrens; Wahrheit im Strafverfahren; Zulässigkeit des Anfrageverfahrens (Entscheidungserheblichkeit); unterbliebene Verlesung des Anklagesatzes (Beruhen; einfach gelagerte Fälle).

538. BGH 4 StR 75/06 – Urteil vom 1. Juni 2006 (LG Bochum)

Darlegungsanforderungen an die Beweisantragsrüge;

Sicherungsverwahrung (Gelegenheits- und Augenblickstaten als Symptomtaten).

§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 66 StGB

Auch Gelegenheits- und Augenblickstaten können als Symptomtaten im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB in Betracht kommen; die Anwendung des § 66 StGB ist nur dann ausgeschlossen, wenn eine äußere Tatsituation oder eine Augenblickserregung die Tat allein verursacht hat (BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 7). Auch bei einer Gelegenheitstat ist deshalb regelmäßig im Rahmen einer umfassenden Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten zu prüfen, ob die Tat Symptomcharakter zeigt (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 6).

§ 274 StPO; Art. 6 EMRK; § 132 Abs. 3 GVG; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, die der vom 1. Strafsenat beabsichtigten Entscheidung entgegensteht. Danach darf eine Protokollberichtigung, durch die einer zulässigen Verfahrensrüge zum Nachteil des Beschwerdeführers die Tatsachengrundlage entzogen würde, bei der Revisionsentscheidung nicht berücksichtigt werden.

2. Der Beschleunigungsgrundsatz findet dort seine Grenze, wo das insgesamt ausgewogene – gerade auch dem Schutz des Angeklagten dienende – Rechtsmittelrecht der Rechtskraft der Entscheidung entgegensteht (vgl. BGH StV 2006, 237, 238 f.; 241 f.).

3. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruht das Urteil bei einem einfach gelagerten Sachverhalt nicht auf der unterbliebenen Verlesung des Anklagesatzes (vgl. nur BGH NSTz 1982, 431, 432; 1991, 28; 1995, 200, 201; 2000, 214).

4. Die Kontinuität der Rechtsprechung, das auf ihr beruhende Vertrauen der Rechtsunterworfenen und der Rechtsanwender, die Sache werde nach denselben Maßstäben entschieden, die bisher galten, ist ein eigener Wert. Dieser allgemeine Grundsatz wurzelt in dem Gedanken der Rechtssicherheit, die wesentliches Element der rechtstaatlichen Praxis ist. Die Änderung einer ständigen Rechtsprechung setzt daher voraus, dass schwerwiegende Gründe dafür sprechen müssen (vgl. BVerfGE 19, 38, 47; BGH [1. Strafsenat] StV 2000, 670, 674).

513. BGH 2 ARs 53/06 - Beschluss vom 31. Mai 2006

Anfrageverfahren; Rügeverkümmern nach Protokollberichtigung (Beweiskraft des Hauptverhandlungsproto-

kolls; besonderes Freibeweisverfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Beschleunigungsgrundsatz); Verfahrensrüge (Wegfall der Tatsachengrundlage).
§ 274 StPO; § 132 Abs. 3 GVG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Der Senat stimmt der Rechtsansicht des anfragenden 1. Strafsenats zur Protokollberichtigung zu. Er gibt entgegenstehende eigene Rechtsprechung auf.

2. Das Gebot der Verfahrensbeschleunigung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK erfordert, dass im Falle einer Protokollberichtigung in der Revisionsinstanz das berichtigte, von den Unterschriften der Urkundspersonen gedeckte Protokoll zugrunde zu legen ist und nicht ein von den Verantwortlichen als unrichtig bezeichnetes, das zu einer unnötigen Aufhebung des Urteils führen würde.

3. Im Falle einer Protokollberichtigung gilt die absolute Beweiskraft für das berichtigte Protokoll.

561. BGH 5 ARs 13/06 – Beschluss vom 9. Mai 2006

Rügeverkümmung; Recht auf ein faires Verfahren.
Art. 6 EMRK; § 274 StPO

Der 5. Strafsenat tritt einer Änderung der ständigen Rechtsprechung zur Protokollberichtigung („Rügeverkümmung“) mehrheitlich entgegen: Er wird seine diesbezügliche Rechtsprechung nicht ändern.

526. BGH 3 StR 429/05 - Beschluss vom 25. April 2006 (LG Krefeld)

Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs (fehlende Begründung; völlig ungeeignete Begründung; Entscheidung in eigener Sache; Verspätung; Austausch des Zurückweisungsgrundes durch das Revisionsgericht; Verschleppungsabsicht; Missbrauch); gesetzlicher Richter (fares Verfahren); redaktioneller Hinweis.
§ 26a StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 338 Nr. 3 StPO

1. Der fehlenden Begründung eines Ablehnungsgesuchs wegen Besorgnis der Befangenheit wird in ständiger Rechtsprechung der Fall gleichgestellt, dass die Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist. Bei der Prüfung, ob die für eine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit gegebene Begründung in dem genannten Sinne völlig ungeeignet ist, muss im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG jedoch ein strenger Maßstab angelegt werden. Eine Begründung ist jedenfalls dann nicht völlig ungeeignet, wenn der Richter zur Prüfung sein eigenes Verhalten beurteilen und somit eine Entscheidung in eigener Sache treffen muss.

2. An die Auslegung des Begriffs „unverzüglich“ im Sinne des § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO ist im Interesse einer zügigen Durchführung des Verfahrens ein strenger Maßstab anzulegen. Die Ablehnung muss zwar nicht „sofort“, aber „ohne schuldhaftes Verzögern“, d. h. ohne unnötige, nicht durch die Sachlage begründete Verzögerungen

geltend gemacht werden. Durch die Sachlage begründet ist eine Verzögerung, die dadurch entsteht, dass der Antragsteller, nachdem er Kenntnis vom Ablehnungsgrund erlangt hat, eine gewisse Zeit zum Überlegen und zum Abfassen des Gesuchs benötigt.

3. Ist eine Äußerung der Vorsitzenden Anlass zur Stellung eines Befangenheitsantrages, die gefallen ist, nachdem bereits die Schlussvorträge gehalten worden waren und nach der nur noch das letzte Wort des Angeklagten ausstand, handelt der Angeklagte nur noch dann „unverzüglich“ i. S. v. § 25 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO, wenn er seine Entschließung über die Ablehnung trifft und ggf. die Ablehnung erklärt, bevor er von dem Recht zum letzten Wort Gebrauch macht oder darauf verzichtet. Das bedeutet nicht, dass er die Ablehnung sofort erklären muss. Dem Angeklagten ist auch in dieser Situation eine angemessene Zeitspanne zum Überlegen und zur Beratung mit seinem Verteidiger einzuräumen. Erforderlich und zumutbar ist es aber, dass der Angeklagte nunmehr zumindest eine Unterbrechung der Hauptverhandlung beantragt, um sich sein weiteres Vorgehen zu überlegen und sich mit seinem Verteidiger zu beraten.

535. BGH 4 StR 131/06 – Beschluss vom 11. Mai 2006 (LG Halle)

Kein Teilfreispruch bei nicht auszuschließender Tateinheit; Anwesenheit des Angeklagten und Ausschließung bei der Vernehmung (absoluter Revisionsgrund; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung; Entscheidung über die Vereidigung und Entlassung eines als Geschädigter vernommenen Zeugen; Ausschluss des Beruhens im Einzelfall; Auswirkung der Nichtvereidigung als Regelfall); Konfrontationsrecht (Fragerecht).
§ 267 StPO; § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 59 StPO; § 60 StPO

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehören die Verhandlung über die Vereidigung ebenso wie die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen nicht mehr zu dessen Vernehmung, sondern bilden einen selbständigen Verfahrensabschnitt. Danach ist *in der Regel* der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO gegeben, wenn der Angeklagte während dieser Verhandlungsteile von der Hauptverhandlung ausgeschlossen war (vgl. BGHSt 26, 218; BGH NSTZ 2000, 440; BGHR StPO § 247 Abwesenheit 19, 20 und StPO § 338 Nr. 5 Angeklagter 25).

2. Der absolute Revisionsgrund kann jedoch trotz förmlicher Erfüllung seiner Voraussetzungen (vgl. BGHR StPO § 247 Abwesenheit 25) bei Besonderheiten des Verfahrensgangs im Zusammenhang mit der Vernehmung ausscheiden. Es kann unter Umständen ausnahmsweise jegliches Beruhen des Urteils auf der bloßen Abwesenheit des Angeklagten während der Entscheidung über die Vereidigung und Entlassung des Zeugen denkgesetzlich ausgeschlossen werden (vgl. BGHR StPO § 338 Beruhen 1 und StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Besetzungsrüge 6). Zu einem solchen Einzelfall, in dem insbesondere eine Simultanvideoübertragung erfolgte, eine Vereidigung nicht beantragt wurde und in dem die Verteidigung auf eine

weitere Befragung des betroffenen Zeugen verzichtet hatte.

537. BGH 4 StR 40/06 – Beschluss vom 3. Mai 2006 (LG Paderborn)

Verwertungsverbot bei im Einzelfall unzureichender Belehrung über ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht (fortdauernde Schwägerschaft; Beruhen mit Blick auf das hypothetische Aussageverhalten des betroffenen Zeugen: Anschluss als Nebenkläger und Antrag, die Revision des Angeklagten zu verwerfen).

§ 52 Abs. 3 StPO; § 337 StPO; § 1590 Abs. 1, Abs. 2 BGB

1. Ein unter Verwendung eines Vordrucks gegebener und abstrakt gehaltener Hinweis auf die Vorschrift des § 52 Abs. 1 StPO kann im Einzelfall eine unzureichende Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht sein. Zwar steht die Art und Weise der Belehrung gemäß § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO im Ermessen des vernehmenden Richters, beim Kollegialgericht also des Vorsitzenden (vgl. BGHSt 9, 195, 197). Allerdings wird sich in der Regel der Fälle eine Belehrung nach den Angaben zur Person anbieten, weil sich häufig aus den persönlichen Daten das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts erst ergibt (vgl. BGH StV 1984, 405). Die Belehrung muss so klar und sachgemäß sein, dass der Zeuge das Für und Wider seiner Entscheidung abwägen kann (vgl. BGH StV 1984, 405). Hierfür kann es ausreichen, dass ein Zeuge darauf hingewiesen wird, dass er ein Zeugnisverweigerungsrecht habe, „falls“ er zu den in § 52 Abs. 1 StPO bezeichneten Angehörigen des Angeklagten gehöre (vgl. BGHSt 32, 25, 30 f.). Dies gilt jedoch nur, wenn der Zeuge eine solche Belehrung für den auf ihn zutreffenden Fall erhält, dass er Angehöriger des Angeklagten ist (vgl. BGHSt 32, 25, 31). Daran kann es fehlen, wenn der Zeuge davon ausgegangen ist, dass er nicht mehr der Stiefsohn des Angeklagten sei.

2. Dass der betroffene Zeuge nun als Nebenkläger die Verwerfung der Revision des Angeklagten beantragt hat, muss für die Frage, ob ein Urteil auf einer rechtsfehlerhaften Nichtbelehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht beruht, außer Betracht bleiben, die grundsätzlich nur aufgrund der Urteilsgründe und des bis zur Urteilsverkündung entstandenen Akteninhalts beantwortet werden kann (vgl. BGH StV 2002, 3; BGHR StPO § 52 Abs. 3 Satz 1 Verletzung 3).

532. BGH 1 StR 37/06 – Urteil vom 9. Mai 2006 (LG München)

Aufklärungsrüge (Abgrenzung von der Rüge der mangelnden Verwertung eines in die Hauptverhandlung eingeführten Beweismittels); Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit; Zweifelsgrundsatz: in dubio pro reo als Entscheidungsregel, Gesamtwürdigung; Erörterungsmangel).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

1. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- und Rechtsfolgenauspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 24, 27). Es ist daher verfehlt, ihn isoliert auf einzelne Indizien anzuwenden; er kann erst bei der abschließenden Gesamtwürdigung zum Tragen kommen (vgl. BGHSt 49, 112, 122 f.; BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 20; NStZ-RR 2004, 238, 239).

2. Die Nichtverwertung von eingeführten Beweismitteln ist nicht mit der Aufklärungsrüge, sondern vielmehr mit einer Rüge der Verletzung des § 261 StPO zu beanstanden, die darauf zielt, dass der Tatrichter nicht das gesamte Ergebnis der Hauptverhandlung seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat.

515. BGH 3 StR 23/06 – Urteil vom 11. Mai 2006 (LG Osnabrück)

Freisprechendes Urteil (Begründungspflicht; lückenhafte Beweiswürdigung); Mittäterschaft (Abgrenzung zur Beihilfe); Anordnung der Telefonüberwachung (richterlicher Beurteilungsspielraum).

§ 267 StPO; § 25 StGB; § 27 StGB; § 100a StPO

1. Die Beweiswürdigung ist lückenhaft, wenn sich das Urteil im Rahmen der zur Schuldfrage erforderlichen Gesamtwürdigung nicht mit allen wesentlichen Indizien auseinandergesetzt hat, die geeignet sind, das Beweisergebnis zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten zu beeinflussen.

2. Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Täter oder Gehilfe begeht, ist in wertender Betrachtung nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können sein der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch von seinem Willen abhängen.

505. BGH 2 StR 61/06 - Beschluss vom 26. April 2006 (LG Aachen)

Gleichartige Tateinheit (Urteilsformel); Angemessenheit der Rechtsfolge.

§ 260 Abs. 4 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

Bei gleichartiger Tateinheit ist in der Urteilsformel zum Ausdruck zu bringen, wie oft der Tatbestand verwirklicht wurde.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

559. BGH 5 StR 578/05 – Beschluss vom 22. Mai 2006 (OLG Brandenburg)

BGHSt; verjährungsunterbrechende Anordnung der Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens (Erstellung und Versendung eines Anhörungsbogens durch individuellen elektronischen Befehl durch den Sachbearbeiter der Verwaltungsbehörde; sichere Feststellbarkeit von Zeitpunkt und Bearbeiter; Form von Unterbrechungshandlungen).

§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 OWiG; § 78 StGB

1. Für eine verjährungsunterbrechende Anordnung der Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 OWiG reicht es aus, dass der Sachbearbeiter der Verwaltungsbehörde die Erstellung und Versendung eines Anhörungsbogens durch individuellen elektronischen Befehl veranlasst, wenn sich Zeitpunkt und Bearbeiter dieses Vorgangs sicher feststellen lassen. (BGHSt)

2. Der Senat weist darauf hin, dass nichts anderes zu gelten hätte, wenn die Bekanntgabe der Einleitung des Ermittlungsverfahrens dem Betroffenen mittels eines (auch gespeicherten) elektronischen Briefes erfolgt oder wenn ein – fortentwickeltes – Arbeitsprogramm des Rechners der Verwaltungsbehörde nach individueller Eingabe der Daten des Betroffenen die Erstellung und Versendung des Anhörungsbogens selbsttätig veranlasst. (Bearbeiter)

3. Die Wirksamkeit einer Unterbrechungshandlung hängt nur von der Einhaltung einer bestimmten Form ab, wenn solches ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben ist. (Bearbeiter)

4. Die Rechtseinrichtung der Verjährung soll dem Rechtsfrieden und damit der Rechtssicherheit dienen und einer etwaigen Untätigkeit der Behörden in jedem Abschnitt des Verfahrens entgegenreten (vgl. BGHSt 11, 393, 396; 12, 335, 337). Der Rechtsfrieden tritt nach Ablauf der gesetzlich bestimmten Verjährungsfrist durch Eintritt der Verfolgungsverjährung ein. (Bearbeiter)

5. Jede Feststellung, ob die Verjährungsfrist abgelaufen ist, erfordert eine hierfür ausreichend transparente Entscheidungsgrundlage. Die Voraussetzungen einer verjährungsunterbrechenden Anordnung müssen deshalb nach ihrem Inhalt und dem Zeitpunkt ihres Ergehens erkennbar sein und in ihrer Wirkung auf das Verfahren abgeschätzt werden können. Für die Wirksamkeit der Anordnung, dem Betroffenen die Einleitung des Ermittlungsverfahrens bekannt zu geben, ist es ausreichend, dass sich für deren Zeitpunkt und Inhalt konkrete Anhaltspunkte aus den Akten ergeben und sich so der behördliche Wille zur Vornahme der Unterbrechungshandlung mit Gewissheit feststellen lässt. (Bearbeiter)

522. BGH 3 StR 111/06 - Beschluss vom 9. Mai 2006 (Landgericht Kleve)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erneute Anordnung trotz Vollzugs; Verhältnismäßigkeit).

§ 63 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

Wird die Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB bereits gegen den Beschuldigten vollzogen, so setzt der nochmalige Anspruch dieser Maßregel voraus, dass die erneute Anordnung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang steht. Maßgeblich ist dafür, ob sie zur Erreichung des Maßregelziels der Besserung (Heilung) und Sicherung geeignet und erforderlich ist, weil von ihr Wirkungen ausgehen, die der erste Maßregelanspruch nicht zeitigt. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn das neue Urteil erhebliche Auswirkungen auf Dauer und Ausgestaltung des Maßregelvollzugs haben kann und das Erkenntnisverfahren in besserer Weise als das Vollstreckungsverfahren dazu geeignet ist, die neue Symptomtat sowie die sich darin widerspiegelnde Gefährlichkeit des Beschuldigten für alle an der Maßregelvollstreckung Beteiligten verbindlich festzustellen und damit Änderungen in der Ausgestaltung des Vollzugs oder die Anordnung von dessen Fortdauer zu legitimieren.

531. BGH 1 StR 32/06 – Urteil vom 1. Juni 2006 (LG München)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit: kein Ausschlussgrund des Handelns aus familiärer Verbundenheit).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a BtMG

Nach ständiger Rechtsprechung sind unter Handeltreiben alle eigennützigen Bemühungen zu verstehen, die darauf gerichtet sind, den Umsatz mit Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern (BGH NJW 2005, 3790). Täter eines unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln kann nur sein, wer selbst eigennützig handelt. Eigennützig ist eine Tätigkeit nur, wenn das Handeln des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird oder wenn er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder immateriell besser gestellt wird (BGHSt 34, 124, 126). Es kommt nicht darauf an, aus welchem Grund der Täter den Gewinn erzielen will und ob er ihn an Dritte weitergeben will.

571. BGH 3 StR 142/06 - Beschluss vom 23. Mai 2006 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge; Schuldumfang; Wirkstoffgehalt; Abrede; Lieferung); Strafzumessung.

§ 29a BtMG; § 46 StGB

1. Beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln kommt es sowohl für die Frage des Vorliegens einer nicht geringen Menge als auch für den Schuldumfang bereits auf die Abrede über den Kauf und nicht erst auf die spätere Lieferung an.

2. Wird nachträglich nicht die bestellte, zumindest durchschnittliche Qualität an Betäubungsmitteln, sondern schlechtere Ware geliefert, so kann dies an dem bereits vorher verwirklichten Tatumrecht nichts mehr ändern. Die mangelhafte Qualität kann lediglich ähnlich wie eine nachträgliche Sicherstellung der Ware bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

511. BGH 2 ARs 176/06 / 2 AR 101/06 - Beschluss vom 10. Mai 2006

Zuständigkeitsbestimmung; erhebliche Erschwernisse für das Verfahren.

§ 42 JGG; § 108 JGG

Der in § 42 Abs. 3 i.V.m. § 108 JGG zum Ausdruck kommende Grundsatz, dass Heranwachsende sich vor dem für ihren Aufenthaltsort zuständigen Gericht verantworten sollen, darf nur durchbrochen werden, wenn die Erschwernisse für das Verfahren erheblich sind. So kann der Fall liegen, wenn eine größere Zahl von Zeugen, deren Vernehmung durch den Tatrichter notwendig erscheint, am selben vom Wohnsitz des Beschuldigten verschiedenen Ort wohnen.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Anmerkung zu BGH 1 StR 534/05 – Beschluss vom 7. März 2006 (BGH HRRS 2006 Nr. 473)

Von Prof. Dr. Gerhard Fezer, Hamburg.

Verfahrensrügen haben es in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung schon seit längerem recht schwer. Insbesondere die Strafsenate des BGH suchen mit unterschiedlicher Intensität zu vermeiden, daß ein sachlich nicht zu beanstandendes Urteil nur wegen einer Verfahrensverletzung im Sinne eines rein formalen Fehlers aufgehoben werden muß. Die prozessualen Mittel dieser restriktiven Spruchpraxis sind hauptsächlich folgende:

- Verfahrensfehler bei der Beweisgewinnung sollen möglichst nicht zu einem Verwertungsverbot führen.
- Der Angeklagte kann sich nicht mehr auf ein Verwertungsverbot berufen, wenn er in der Hauptverhandlung der Verwertung nicht rechtzeitig widersprochen hat (sog. Widerspruchslösung).
- Die Anforderungen an die gemäß § 344 II 2 StPO erforderliche Begründung einer Verfahrensrüge sind inzwischen so streng geworden, daß in einem beträchtlichen Ausmaß Verfahrensrügen an der Zulässigkeitschürde scheitern.

Vor diesem Hintergrund ist der vorstehend abgedruckte Beschluß des 1. Strafsenats zu sehen. Der Beschwerdeführer muß nicht nur erleben, daß seine Verfahrensrüge als unzulässig verworfen wird (das ist der entscheidungserhebliche Teil des Beschlusses). Sicherheitshalber wird er durch das Revisionsgericht (in längeren nicht entscheidungserheblichen Ausführungen) auch noch darüber informiert, daß seine Rüge unbegründet gewesen wäre. Angesichts dieses geballten Einsatzes des Restriktionspotentials hatte er von vornherein keinerlei Chance.

Dabei enthält der Beschluß die klare und eindeutige Erkenntnis, daß die Abhörenordnungen des Ermittlungsrichters und der Staatsanwaltschaft mit einem Verfahrensfehler behaftet sind, weil sie den höchstrichterlich geforderten Begründungsanforderungen nicht entsprechen: Der Ermittlungsrichter hätte die den Tatverdacht begründenden Tatsachen und die entsprechende Beweislage wenigstens knapp darlegen müssen, und der Staatsanwalt wäre verpflichtet gewesen, die besondere Eilbedürftigkeit der Maßnahme zu dokumentieren. Dieser Verstoß gegen die Begründungspflicht soll nun aber zu keinem Verwertungsverbot führen, weil nach Auffassung des Senats die Rechtmäßigkeit der Anordnungen dadurch letztlich nicht berührt wird. Der zentrale Satz lautet (Abschnitt III b): „Die ungenügende Fassung der richterlichen oder staatsanwaltlichen Anordnungen der Überwachung der Telekommunikation begründet jedoch nicht per se die Rechtswidrigkeit dieser Maßnahmen mit der Folge der Unverwertbarkeit der hieraus gewonnenen Erkenntnisse“. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Überwachungsanordnung seien vielmehr die tatsächlichen Voraussetzungen im Zeitpunkt der Entscheidung der Anordnung maßgebend. Wenn danach die Gestattung der Überwachung ‚vertretbar‘ erscheint, ist sie – trotz fehlender oder fehlerhafter Begründung – nicht rechtswidrig. Der 1. Senat knüpft insoweit der Sache nach – ohne dies ausdrücklich zu erwähnen – an die Entscheidungen BGHSt 41, 30 und BGHSt 47, 363 an. Diese gehen davon aus, daß dem Ermittlungsrichter bzw. dem Staatsanwalt hinsichtlich wesentlicher gesetzlicher Anordnungsvoraussetzungen (wie etwa Tatverdacht oder das Fehlen anderer Ermittlungsmöglichkeiten) ein Beurteilungsspielraum eingeräumt sei. Dadurch sei die Nachprüfung durch den erkennenden Richter und durch das Revisionsgericht beschränkt. Als rechtswidrig (mit der Folge eines Verwertungsverbots) stellt sich danach die vom Ermittlungsrichter oder vom Staatsanwalt angeordnete Überwachung nur dann dar, wenn sie willkürlich oder grob fehlerhaft, also nicht mehr vertretbar erscheint. Andernfalls sei im Verfahren vor dem Tatrichter und

auch im Revisionsverfahren von der Rechtmäßigkeit der Anordnung und folglich von der Verwertbarkeit auszugehen (BGHSt 41, 30, 34). Fehlt in einer Überwachungsanordnung eine Begründung, so ist sie allein deswegen nicht rechtswidrig (BGHSt 47, 363, 366, 367). In diesem Fall habe der Tatrichter den Ermittlungsstand zum Zeitpunkt der ermittelrichterlichen Entscheidung eigenständig zu rekonstruieren und auf dieser Grundlage die Vertretbarkeit der Anordnung zu untersuchen¹. Das erfordere eine Sichtung des Aktenbestandes, wie er sich dem Ermittlungsrichter bei dessen Entscheidung geboten habe. Der Tatrichter ist aber nicht gehalten, die Überprüfungsvorgänge später im Urteil darzustellen². Vielmehr muß der Revisionsführer mittels einer Verfahrensrüge die Verwertung beanstanden. Dazu muß er (was der Tatrichter nicht muß!) gemäß § 344 II 2 StPO die Verdachtslage und die übrigen Eingriffsvoraussetzungen mitteilen. Sonst könne das Revisionsgericht nicht überprüfen, ob die beanstandete Maßnahme zu Recht oder zu Unrecht angeordnet worden sei. Im vorliegenden Fall vermißt der 1. Senat einen solchen Revisionsvortrag, so daß die entsprechende Verfahrensrüge unzulässig ist.

Zu alledem ist zu bemerken: Die beiden zitierten Entscheidungen (BGHSt 41, 30; BGHSt 47, 363) sind hinsichtlich ihrer tragenden Erwägungen (Stichworte: Beurteilungsspielraum, beschränkte Nachprüfung im Sinne einer Vertretbarkeitsprüfung) vom Schrifttum überwiegend abgelehnt worden³. Der 1. Senat ignoriert dies völlig⁴, was leider keinen Einzelfall darstellt. Es ist immer wieder zu bemerken, daß sich die strafprozessuale BGH-Rechtsprechung einer Beeinflussung durch das Schrifttum weitgehend entzieht. Bei der vom Senat praktizierten Widerspruchslösung ist dies nicht anders. Diese hat folgenden Inhalt: Das Verwertungsverbot ist für den Angeklagten „disponibel“⁵; es wird vom Gericht nur beachtet,

wenn der Beschwerdeführer innerhalb der Hauptverhandlung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt der Verwertung eines rechtswidrig gewonnen Beweises ausdrücklich widersprochen hat. In neueren Entscheidungen macht sich der BGH keine Mühe mehr, dieses noch nie ausführlich begründete, mehrheitlich im Schrifttum abgelehnte Erfordernis zu begründen⁶. Im vorliegenden Fall ergibt die auf freibeweisliche Erkenntnis gestützte hypothetische Begründetheitsprüfung, daß es an dem erforderlichen Widerspruch fehlt. Dabei läßt der Senat offen, ob nicht in einem Antrag gemäß § 238 II StPO generell ein Widerspruch enthalten sein könnte. Dies ist meines Erachtens durchaus zu bejahen: Wenn der Verteidiger „einen Gerichtsbeschuß über das Vorspielen der abgehörten Telefonate herbeiführt“, dann verfolgt er das Ziel, daß dieses Vorspielen unterbleibt. Im übrigen war dem Senat offensichtlich eine Begründetheitsprüfung möglich, obwohl er wegen unzureichender Angaben zum Widerspruch bereits die Zulässigkeit der Rüge verneint hatte. Der Beschwerdeführer hatte in seiner Revisionsbegründung zwar geschrieben, daß sich die Verteidigung der Verwertung „widersetzt“ habe. Dieser Satz fand jedoch bei der Zulässigkeitsprüfung keine Berücksichtigung: Der Senat bemerkte tadelnd (und reichlich autoritär), daß der Beschwerdeführer eine solche Behauptung gar nicht schreiben durfte, weil er damit in die Beurteilungskompetenz des Revisionsgerichts eingegriffen habe (Abschn. IIa). Es ist mir nicht klar, wie sich der Beschwerdeführer im Hinblick auf § 344 II 2 StPO hätte richtigerweise verhalten müssen. Die Unzulässigkeit der Verfahrensrüge hat den Senat jedenfalls nicht daran gehindert, ausführlich die Begründetheit zu prüfen.⁷ Diese rein hypothetischen Ausführungen, in denen manches auch wieder offen bleibt, nehmen im übrigen einen breiteren Raum ein als die Begründung der Unzulässigkeit. Die Überzeugungskraft der Entscheidung wird dadurch nicht erhöht.

¹ Während BGHSt 47, 366 von einer revisionsgerichtlichen Prüfung von Amts wegen ausging, vertritt der 1. Strafsenat im vorstehenden Beschluß (BGH HRRS 2006 Nr. 473) die gegenläufige Auffassung.

² Diese Frage ist von BGHSt 48, 240, 242 offen gelassen.

³ Gegen BGHSt 41, 30 vgl. z.B. Küpper JR 1996, 214; Bernsmann NStZ 1995, 510; Neuhaus, Festschrift für Rieß, 2002, S. 375, 394 ff.; Schlothauer StraFo 1998, 402, 411 ff.; Störmer, StV 1995, 653 ff.; Schäfer in Löwe-Rosenberg § 100a Rn. 99a ff. Gegen BGHSt 47, 322 vgl. z.B. Schlothauer StV 2003, 208; auch Franke GA 2003, 888, 889.

⁴ In BGHSt 47, 363, 366 heißt es zur Kritik an BGHSt 41, 30 lediglich: „Hieran trotz teilweise kritischer Stimmen im Schrifttum festzuhalten (vgl. dazu Bernsmann NStZ 1995, 112; Störmer StV 1995, 653)“. Eine Argumentation findet also nicht im Ansatz statt.

⁵ Die vorstehend abgedruckte Entscheidung verweist insoweit auf die Senatsentscheidung vom selben Tag (1 StR 316/05 = StV 2006, 225 = HRRS 2006 Nr. 313): Der Richter sei während des Hauptverfahrens ohnehin nicht gehalten, die materielle Rechtmäßigkeit jeder Ermittlungshandlung während des Vorverfahrens von vornherein in Zweifel zu ziehen. „Das erkennende Gericht darf grundsätzlich darauf vertrauen, daß das Ermittlungsverfahren entsprechend den gesetzlichen Vorgaben geführt wurde“. Dem erkennenden Gericht wird gerade noch gestattet (ihm „ist es freilich nicht zu verwehrt“), die Verwertbarkeit zu prüfen. Die Suspendierung des Amtsaufklärungsgrundsatzes in diesem Bereich ist ein Irrweg.

⁶ Vgl. BGH JZ 2006, 473 mit Anm. Fezer.

⁷ Vgl. insoweit auch BGHSt 48, 240: Zunächst wird eine nicht zureichend ausgeführte Rüge als unzulässig bewertet, sodann heißt es: die Verfahrensrüge wäre im Ergebnis unbegründet.

Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzentscheidung des EGMR im Fall Jalloh

Entscheidungsrezension zum Urteil der Großen Kammer des EGMR Nr. 54810/00 vom 11.7.2006 zu Art. 3 und 6 EMRK (EGMR HRRS 2006 Nr. 562).

Von **Karsten Gaede**,* Hamburg

Mit der Entscheidung der Großen Kammer des EGMR zum Brechmitteleinsatz in Deutschland erfährt eine weitere viel beachtete Frage des deutschen (Strafprozess-)Rechts eine Zwangseuropäisierung. Die deutsche Diskussion hatte sich hinsichtlich der EMRK wie so oft zu einer vergleichsweise jungen Rechtsfrage ein Schweigerecht herausgenommen. Während man im Ausland schon vor dem Urteil den deutschen Brechmitteleinsatz anstößig fand,¹ bei dem – wie auch der EGMR bemerkt – zwei Menschen zu Tode gekommen sind, hat man in Deutschland heute eine Entscheidung auszuwerten, die Deutschlands Verantwortung für eine Verletzung des Folterverbots des Art. 3 EMRK feststellt. Diesen Satz hätte auch ein Ausrufezeichen beschließen können, denn die Große Kammer des EGMR hat mit dem Urteil einem Staat, der sich durchaus als menschenrechtlicher Muster-schüler versteht, bei aller nötigen Erörterung der Sachfragen letztlich klar die Verletzung eines der grundlegendsten menschenrechtlichen Verbote durch eine *staatlich institutionalisierte Praxis* vorgehalten.

Die folgende Besprechung stellt eingangs knapp den Fall und den Meinungsstand in Deutschland dar (I.). Sie zeichnet den wesentlichen Begründungsgang der umfangreichen und noch unübersetzten Entscheidung nach (II. – III.). Knapp werden die Sondervoten eingeordnet (IV.), um sodann ausgewählte wahrscheinliche Konsequenzen, besonders bemerkenswerte Charakteristika aber auch offene Folgefragen des Urteils herauszustellen (V.).

I. Die deutsche Ausgangslage

1. Grundzüge des Falles Jalloh

Der Beschwerdeführer (Bf.) Jalloh wurde am 29.10.1993 von Polizisten dabei beobachtet, wie er kleine Plastikpäckchen („Bubbles“), die er in seinem Mund versteckt

* Für wertvolle Durchsichten des Beitrages danke ich herzlich Rechtsanwältin *Alexandra Elek*, Fachanwältin für Strafrecht, m.e.s., Hamburg und Wiss. Ass. *Stephan Schlegel*, Leipzig/Zürich.

¹ Vgl. m.w.N. *Schlauri*, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren (2003), S. 130 ff. und S. 161 f.: Grenzen zur Folter fließend, Gefahr exzessiver Gewaltausübung nach deutschem Recht! Vgl. aber auch schon in Deutschland letztlich richtungsweisend *Neumann*, E.A.Wolff-FS (1998), S. 373 ff.

hielt, an vermeintlich Drogenabhängige verkaufte. Die Polizei verhaftete Jalloh in dem Verdacht, dass die Päckchen Drogen enthielten. Bei der Festnahme verschluckte der Bf. ein Päckchen, das er noch verborgen hielt. Weitere Drogen fand die Polizei bei ihm nicht.

Weil ein Abwarten die Tataufklärung hätte verzögern können, ordnete die Staatsanwaltschaft den Einsatz von Brechmitteln durch einen Mediziner an, damit das Verschluckte wieder als Beweismittel zur Verfügung stand. Nach der Darstellung der deutschen Regierung wurde von dem durchführenden Arzt eine Anamnese vorgenommen, der Bf. also nach möglichen Gesundheitsrisiken befragt. Jalloh, der kein Deutsch und nur gebrochen Englisch spricht, bestreitet, von einem Arzt befragt worden zu sein. Der Bf. verweigerte tötlich die Einnahme der Brechmittel. Hierauf hielten ihn vier Polizisten fest. Jalloh wurde eine Magensonde durch die Nase in den Magen eingeführt, damit der Arzt ihm zwangsweise das Brechmittel Ipecacuanha einführen konnte. Zusätzlich wurde ihm das Morphinderivat Apomorphin verabreicht. Der Bf. erbrach daraufhin ein Päckchen, das 0,2182 g Kokain enthielt. Eineinhalb Stunden nach Verhaftung und Verbringung in ein Krankenhaus wurde er durch einen Arzt für hafttauglich erklärt. Der Bf. behauptete, dass er nach dem Brechmitteleinsatz drei Tage nur Suppe trinken konnte und dass seine Nase wiederholt über zwei Wochen lang wegen der erlittenen Wunden zu bluten begann. Ein ärztliches Attest hierrüber legte Jalloh nicht vor. Behauptete Magenirritationen infolge des Einsatzes konnte der Bf. ebenfalls nicht auf einen ärztlichen Befund stützen. Die Regierung bestritt jeden körperlichen Folgeschaden.

2. Rechtliche Beurteilung im Fall und in Deutschland allgemein

Während seiner Hauptverhandlung widersprach Jalloh über seinen Verteidiger eingehend der Verwendung von Beweismitteln, die durch den Brechmitteleinsatz erlangt worden sind. Das AG Wuppertal verurteilte den Bf. jedoch und stufte den Brechmitteleinsatz als nach § 81a StPO gerechtfertigt ein. Auf seine Berufung verurteilte ihn auch das LG Wuppertal in diesem Sinne, wobei es die Strafe von einem auf ein halbes Jahr Freiheitsstrafe auf Bewährung milderte. Unter *Rückgriff auf verfassungsrechtliche Argumentationen* (Menschenwürde und Selbstbelastungsfreiheit) legte er erfolglos Revision zum OLG Düsseldorf ein.

Die vom Bf. daraufhin erhobene Verfassungsbeschwerde nahm eine Kammer des BVerfG nicht zur Entscheidung an, weil der Bf. den im Strafverfahren möglichen Rechtsschutz nicht voll ausgeschöpft habe.² Obiter führte die Kammer einerseits aus, dass der Brechmitteleinsatz Fragen *unter Art. 2 II GG und unter dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit* aufwerfe. Andererseits äußerte sie aber in einem Nebensatz, dass gegen erzwungene Brechmitteleinsätze *keine* prinzipiellen

² Siehe dazu und zum Folgenden BVerfG StV 2000, 1 m. treffend abl. Anm. *Naucke*.

verfassungsrechtlichen Einwände im Hinblick auf die Menschenwürde (Art. 1 I GG) und die Selbstbelastungsfreiheit (Art. 1 I i.V.m Art. 2 I GG) bestünden.

Allgemein ist der – vom EGMR entsprechend referierte – Meinungsstand in Deutschland kurz skizziert der Folgende: Mehrheitlich sehen die deutschen Gerichte den zwangsweisen Brechmitteleinsatz als eine gemäß § 81a I StPO gerechtfertigte Maßnahme an.³ Das Schrifttum teilt oft diese Auffassung.⁴ Einige Autoren sehen den Brechmitteleinsatz „bei Kleindealern“ aber als nach deutschem Recht unverhältnismäßig an.⁵ Eher wenige Stimmen lehnen den Brechmitteleinsatz und die Verwertung seiner Erkenntnisse als Verstoß gegen die Menschenwürde und/oder die Selbstbelastungsfreiheit umfassend ab.⁶

II. Die Beurteilung des EGMR gemäß Art. 3 EMRK

Der EGMR hat den Brechmitteleinsatz nun mehrheitlich als unmenschliche und erniedrigende Behandlung eingestuft und damit auf eine Verletzung des Folterverbots des Art. 3 EMRK erkannt. Hierzu gelangte er wie folgt:

1. Allgemeine Grundsätze

Zunächst stellt der Gerichtshof nach seinem vertrauten Muster die für den Fall einschlägigen Auslegungsmaßstäbe zusammen, die sich aus den bisherigen Präjudizien ergeben. Eine belastende Maßnahme muss danach, soll sie dem Verdikt des Art. 3 EMRK unterfallen, nach den Gesamtumständen des Einzelfalles ein Mindestmaß an Intensität aufweisen.⁷ Bei der *unmenschlichen Behandlung* werden dem Opfer vorsätzlich schwere physische oder psychische Leiden zugefügt, ohne dass der Eingriff die stigmatisierende Intensität erreicht, welche nach dem EGMR die Folter kennzeichnet.⁸ Eine *erniedrigende Behandlung* liegt vor, wenn Gefühle der Angst, des Schmerzes oder der Minderwertigkeit erweckt werden, die geeignet sind, das Opfer zu demütigen bzw. zu entwürdigen und seinen psychischen oder moralischen Widerstand zu brechen.⁹ Für die erniedrigende Behandlung ist ein nicht konstitutiver aber doch im Fall seines Ein-

greifens gewichtiger Faktor, ob die geprüfte Behandlung die Demütigung oder Entwürdigung bezweckt.¹⁰

Speziell für medizinische Zwangseingriffe gegenüber Inhaftierten gebietet Art. 3 EMRK ausnahmslos, die Gesundheit des Betroffenen zu schützen. Medizinisch indizierte Maßnahmen können indes grundsätzlich nicht als unmenschlich und erniedrigend eingestuft werden, wenn die medizinische Indikation überzeugend in einem rechtsstaatlichen Verfahren nachgewiesen wird.¹¹ Auch ohne medizinische Indikation sind aber zwangsweise körperliche Eingriffe zur Beweiserlangung wie die Entnahme einer Blutprobe nicht stets ein Verstoß gegen Art. 3 und 8 EMRK.¹² In jedem Fall bedarf eine zwangsweise medizinische Maßnahme zur Beweismittelerlangung stets einer überzeugenden Rechtfertigung. Dies gilt besonders dann, wenn Beweismittel aus dem Körperinneren hervorgebracht werden sollen. Hier muss eine strikte Prüfung aller einzelnen Umstände erfolgen, wobei der Schwere der verfolgten Tat besonderes Gewicht beizumessen ist und alternative Ermittlungsmaßnahmen zu prüfen sind. Der Prozedur darf kein Risiko einer bleibenden Gesundheitsschädigung inne wohnen. Ebenso darf die zwangsweise Ausführung des Eingriffs nicht die Eingriffsschwelle des Art. 3 EMRK überschreiten, wobei auf ernsthafte physische Schmerzen oder Leiden als Folge der Zwangsmedikation zu achten ist. Ein wesentliches Kriterium ist auch, ob der Eingriff durch Mediziner angeordnet und durchgeführt worden ist und ob der Betroffene unter ständiger medizinischer Beobachtung stand. Schließlich ist ein relevantes Kriterium, ob der Zwangseinsatz zu irgend einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Betroffenen geführt hat und ob er Spätfolgen für seine Gesundheit hatte.

2. Anwendung im Einzelfall

Bei der Anwendung seiner Kriterien verwirft der EGMR eingangs in aller Deutlichkeit das Argument, der Brechmitteleinsatz diene der Gesundheit des Betroffenen, weil einem zwischenzeitlichen Aufplatzen der Päckchen im Körper entgegen gewirkt werde. Der EGMR nimmt der Regierung diese Erwägung schlicht nicht ab und verweist darauf, dass die Rechtfertigung für den Eingriff in der strafprozessualen Beweiserhebungsvorschrift § 81a StPO liegen soll und eine nähere Untersuchung der vermeintlich ausschlaggebenden Gefahr gar nicht erfolgt.¹³ Die Inkonsequenz zeigt sich für den Gerichtshof auch darin, dass – wie die Regierung zugleich vorgetragen hatte – der Brechmitteleinsatz bei Jugendlichen nur in schwersten Verdachtsfällen erfolgt, was zu der rhetorischen Frage führt, ob denn die Gesundheit weniger verdächtiger Jugendlicher weniger wert sei.

³ Vgl. OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270; KG Berlin JR 2001, 162 ff.; m.w.N. Meyer-Göfner, StPO, 49. Aufl., § 81a Rn. 22.

⁴ Vgl. etwa m.w.N. Rogall NStZ 1998, 66 ff.; Schaefer NJW 1997, 2437 f.

⁵ Vgl. dafür Meyer-Göfner (Fn. 3), § 81a Rn. 22; Binder/Seemann NStZ 2002, 234, 237 f.; Beulke, StrafprozessR, 8. Aufl. (2005), Rn. 241; so letztlich aber auch Rogall NStZ 1998, 66, 67.

⁶ Vgl. OLG Frankfurt a.M. StV 1996, 651 ff. m. im Ergebnis zust. Anmerkung Weßlau StV 1997, 341 ff.; vgl. daneben vor allem Dallmeyer StV 1997, 606 ff.; ders. KritV 2000, 252 ff.

⁷ Vgl. neben der EGMR-Entscheidung für diese stRspr. m.w.N. Grabenwarter, EMRK, 2. Aufl. (2005), § 20 Rn. 21.

⁸ Siehe dazu IRE v. GB, Nr. 25, § 167; Grabenwarter (Fn. 7), § 20 Rn. 23; Villiger, Handbuch EMRK, 2. Aufl. (1999), Rn. 179.

⁹ Vgl. Soering v. GB, Nr. 161, § 100; Smith u. Grady v. GB, NJW 2000, 2089, § 120; Grabenwarter (Fn. 7), § 20 Rn. 25; Esser, Auf dem Weg zu einem europ. StrafverfahrensR (2002), S. 381 ff.

¹⁰ Vgl. etwa zum Handschelleneinsatz Raninen v. FIN, Rep. 1997-VIII, § 55.

¹¹ Vgl. zum Vorhergehenden den § 69 im Urteil, der etwa die Zwangsernährung zulässt.

¹² Vgl. hierzu und zum Folgenden die §§ 70-74 des Urteils.

¹³ Vgl. den § 75 des Urteils.

Der EGMR fasst dann seine obigen Maßstäbe für Eingriffe zur Beweismittelerlangung nochmals zusammen. Danach muss jeder Eingriff in die körperliche Unversehrtheit zur Wahrung des Art. 3 EMRK einer strikten Prüfung unterzogen werden, bei der die folgenden Faktoren von besonderer Bedeutung sind: Das Ausmaß, in dem der medizinische Zwangseingriff zur Erlangung von Beweismitteln erforderlich gewesen ist; die vorhandenen Gesundheitsrisiken für den Verdächtigen; die Art und Weise, wie der Eingriff durchgeführt wurde; der verursachte physische Schmerz und das hervorgerufene mentale Leiden; der Umfang der vorhandenen medizinischen Überwachung und die tatsächlichen Folgen¹⁴ für die Gesundheit des Verdächtigen. Zum Fall des Bf. vertritt der EGMR im Einzelnen:

- Zwar ist Drogenhandel eine schwere Straftat. Angesichts der Aufbewahrung von Drogen im Mund war aber klar, dass es nicht um große Mengen gegangen sein kann. Die Beweise hätten durch ein Abwarten des natürlichen Austritts der Drogen erlangt werden können, wie es in vielen anderen Staaten des Europarats gehandhabt wird.
- Der EGMR schätzt den Einsatz von Ipecacuanha über die Magensonde als gesundheitsgefährdend ein: Da Mediziner von der Gesundheitsgefahr ausgehen, bereits Menschen an den Einsätzen gestorben sind und viele Staaten des Europarats sowie deutsche Länder von der zwangsweisen Verabreichung absehen, vermochte sich der EGMR nicht von der Ungefährlichkeit des Einsatzes zu überzeugen.
- Die Art und Weise der zwangsweisen Einführung der Magensonde nach Sistierung durch vier Polizisten betrachtet der Gerichtshof als schmerzhaft und angsteinflößend. Der Zwang, unter Beobachtung erbrechen zu müssen, muss vom Bf. als erniedrigend angesehen worden sein.
- Angesichts der geringen sprachlichen Fähigkeiten und des energisch ablehnenden Verhaltens des Bf. geht der EGMR davon aus, dass keine Anamnese zum Ausschluss besonderer Gesundheitsrisiken stattgefunden hat: Der Bf. muss als zur Beantwortung der nötigen Fragen unfähig oder unwillig angesehen werden.
- Da der Bf. keine entsprechenden Dokumentationen beibringen konnte, geht der Gerichtshof davon aus, dass der Brechmitteleinsatz praktisch keinen weiteren

¹⁴ Dieses Kriterium ist – wie der Schluss von der nachträglichen Strafe auf die vor dem Eingriff zu prognostizierende Schwere der Tat – problematisch: Konsequenzialistisch nach den tatsächlichen Folgen einer Handlung zu entscheiden, ob sie im Moment der Ausführung zulässig war, kann nicht als Leitlinie für die eigentliche Zulässigkeitsentscheidung ex ante herangezogen werden. Es ist kaum ein Zufall, dass das im Fall vom EGMR angenommene Ausbleiben tatsächlicher Folgen die Verurteilung nicht hinderte. *Wildhaber/Caflisch* verweisen ebenfalls kaum zufällig nur auf die §§ 67-73.

Behandlungsbedarf und keine Folgeschäden bei dem Bf. ausgelöst hat.¹⁵

In seiner Zusammenfassung betont der EGMR den vorliegenden gravierenden Zwangseingriff in die körperliche Unversehrtheit und die seelische Integrität: Er hätte durch mildere Mittel abgewendet werden können und führte zu den belastenden Gefühlen, Schmerzen und Leiden, die Art. 3 EMRK vermeiden will. Darüber hinaus waren weitere Gesundheitsschäden nicht ausgeschlossen. Hierin lag für den EGMR eine unmenschliche und erniedrigende Behandlung entgegen Art. 3 EMRK.

III. Beurteilung gemäß Art. 6 EMRK

Der Bf. hat des Weiteren – neben einer vom EGMR nicht erörterten Beschwerde gemäß Art. 8 EMRK¹⁶ – auch die Verwertung der durch den Brechmitteleinsatz erlangten Beweismittel als Verletzung des Art. 6 EMRK speziell unter dem Teilrecht der Selbstbelastungsfreiheit gerügt.

1. Allgemeine Ausgangspunkte (Gesamtbeurteilung)

Auch zu Art. 6 EMRK gibt der EGMR zunächst die einschlägigen Präjudizien und Strukturen seiner Auslegung mustergültig wieder. Gerafft erinnert er an das Folgende:

Die Aufgabe des EGMR besteht für das Strafverfahren gemäß Art. 6, 19 EMRK nicht darin, die nationalen Gerichte schlechthin auf rechtliche oder tatsächliche Fehler zu prüfen, sondern er prüft allein Fehler, die Menschenrechtsverletzungen nach europäischem Recht darstellen können. Bei der Überprüfung von Beweisverwertungen gibt Art. 6 EMRK dabei – *prinzipiell* – keine abstrakten Beweisregeln vor, sondern er garantiert bei jeder Art von Straftat auch über seine einzelnen Teilrechte einen insgesamt fairen Strafprozess.¹⁷ Die Rechtswidrigkeit einer Beweiserlangung wird vom EGMR in diese Gesamtprüfung einbezogen, wobei die Natur der Rechtsverletzung, die Vortragsmöglichkeiten der Verteidigung gegen die Verwertung und die im Übrigen vorliegenden Beweise

¹⁵ Dies ist – stellt man auf das Kriterium überhaupt ab – zumindest zweifelhaft: Wenn die Staaten doch nach den Maßstäben des EGMR verpflichtet sind, sich bei Inhaftierungen umfassend um die Gesundheit des Inhaftierten zu sorgen, so hätte man durchaus an staatliche Nachuntersuchungspflichten, bzw. an Angebote hierzu und an entsprechende staatliche Dokumentationspflichten denken können. Aus deren Verletzung wäre ein auch sonst bei Art. 3 EMRK anerkannter Schluss auf nicht auszuschließende Verletzungen immerhin diskutabel.

¹⁶ Siehe dazu im Urteil die §§ 84 ff.

¹⁷ Vgl. neben der Entscheidung zum sinnvollen Verständnis der Gesamtbetrachtungsrechtsprechung knapp *Gaede* JR 2006 Heft 7 und eingehend ders., *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK* (Diss. Univ. Zürich WS 2005, zur Publikation in den Strafrechtlichen Abhandlungen N.F. bei Duncker & Humblot in Vorbereitung).

Entscheidungskriterien darstellen.¹⁸ Besonderheiten bzw. striktere Maßstäbe gelten dann, wenn Beweismittel durch eine Verletzung des Art. 3 EMRK erlangt worden sind. Hier kann Art. 6 EMRK verletzt sein, selbst wenn die Verwertung des Beweises für die Verurteilung nicht konstitutiv war, denn Art. 3 EMRK verbürgt eine der grundlegenden Werte demokratischer Gesellschaften, die auch im „Kampf“ gegen Terrorismus und organisierte Kriminalität absolut gelten.¹⁹

Art. 6 EMRK garantiert als eigenständiges Teilrecht auch die Selbstbelastungsfreiheit und das Schweigerecht.²⁰ *Das Recht gebietet, dass die Strafverfolgungsorgane ihre strafrechtliche Anklage zu beweisen suchen, ohne zu Beweisen Zuflucht zu nehmen, welche durch Methoden des Zwangs oder des Drucks gegenüber dem Willen des Beschuldigten erlangt worden sind.* Beweise, die in Verknennung des Wesensgehalts der Selbstbelastungsfreiheit erlangt worden sind, sind unverwertbar. Als Kriterien hierfür prüft der EGMR die Art und das Ausmaß des angewendeten Zwangs, die existierenden prozeduralen Schutzinstrumente und die Art und Weise der Verwendung des so erlangten Materials. Die Selbstbelastungsfreiheit dient in erster Linie dem Schutz des Willens eines Beschuldigten, zur Anklage schweigen zu wollen. Sie schließt nicht stets aus, vom Angeklagten herrührendes Material zu verwerten, das eine vom Willen des Beschuldigten unabhängige Existenz hat.²¹

2. Beurteilung im Konnex mit Art. 3 EMRK (Menschenrechtsverstärkung)

Der EGMR prüft zuerst, ob eine Verletzung des Art. 6 EMRK unter Einbeziehung des Art. 3 EMRK begründet ist. Er prüft so ein Phänomen der Menschenrechtsverstärkung, bei dem sich Schutzrichtungen verschiedener Konventionsrechte wie bei der deutschen Grundrechtsverstärkung systematisch ergänzen und dadurch verstärken können.²² Eingangs hält er fest, dass die Beweise nach nationalem Recht nach mehrheitlicher Auffassung rechtmäßig erlangt worden sind. Die im Prozess benutzten Beweise stellen jedoch nach seiner obigen Prüfung direkte Ergebnisse einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung des Bf. dar. Dies stellt für den EGMR einen fairen Prozess ernsthaft in Frage. Für die hier nicht vorliegende Folter als gravierendste Form des Verstoßes gegen Art. 3 EMRK hält der EGMR obiter

bereits ein zwingendes Verwertungsverbot fest, das er vom Beweiswert und der Art der Beweismittel unabhängig ausgestaltet wissen will und das er mit Art. 15 UN-Antifolterkonvention und durch Bezugnahmen auf die ältere U.S. Supreme Court-Rechtsprechung (Rochin vs. California) begründet.²³ Zu den Alternativen der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung erwägt er eine vergleichbare Automatik. Er lässt diese aber sodann offen. Vielmehr entscheidet der Gerichtshof im Fall Jalloh, dass die Verwertung eines Beweismittels, das in Verstoß gegen diese Alternativen des Art. 3 EMRK gewonnen wurde, einen Prozess gegen den Betroffenen jedenfalls dann insgesamt unfair macht, wenn das Beweismittel das wesentliche Beweismittel in diesem Prozess darstellt. Mitbegründend stellt er darauf ab, dass Jalloh wegen der Rechtmäßigkeit des Brechmitteleinsatzes nach nationalem Recht kein Verwertungsverbot hätte erlangen können²⁴ und dass es um die Verfolgung eines vergleichsweise minder schweren Falls des Drogenhandels ging.

3. Beurteilung allein gemäß Art. 6 EMRK: Fortentwicklung der europäischen Selbstbelastungsfreiheit

Der EGMR hätte nun seine Erörterung im Einklang mit seiner überwiegenden Praxis abbrechen können: Art. 6 EMRK gewährt ein integrales Gesamtrecht (also ein Recht, zu dem alle anerkannten Teilrechte stets gemeinsam beitragen) und eben dessen Verletzung hat der EGMR – wie er explizit festhält – bereits mit den eben referierten Erwägungen begründet. Er hätte weitere begründende Ausführungen unterlassen können, da diese für ihn letztlich immer wieder das eine Gesamtrecht als verletzt zeigen würden.²⁵ Der EGMR geht aber anders vor und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Teilrechte des Art. 6 EMRK nicht etwa beliebig im Gesamtrecht *und* in der dieses prüfenden Gesamtbetrachtung aufgehen: Die einzelnen Teilrechte des Art. 6 EMRK können selbständig und nebeneinander Verletzungen des Art. 6 EMRK auslösen, eben weil alle diese Teilrechte für das Gesamtrecht konstitutiv sind.²⁶ So muss ein Strafverfahren zum Beispiel nicht nur im Kontext zu Art. 3 EMRK seine Fairness wahren, sondern es muss zugleich stets dem konstitutiven Teilrecht der Selbstbelastungsfreiheit genügen. Daher gibt der

¹⁸ Vgl. etwa Allan v. GB, Rep. 2002-IX, §§ 42 ff. = StV 2003, 257 ff.

¹⁹ Vgl. dazu § 99 des Urteils und zur Absolutheit des Art. 3 EMRK m.w.N. *Grabenwarter* (Fn. 7), § 20 Rn. 36.

²⁰ Siehe dazu und zum Folgenden im Urteil die §§ 94 ff. Näher auch *Schlauri* (Fn. 1), S. 82 ff. und demnächst *Gaede* (Fn. 17) Fairness als Teilhabe, Kap. 3 § 3 IV 7, Kap. 4 § 1 III 2 d aa.

²¹ Vgl. grundlegend *Saunders v. GB*, Rep. 1996-IV, §§ 67 ff., 69; *R. Müller* EuGRZ 2001, 546, 553.

²² Als Beispiel für diese Verstärkung vgl. *Steur v. NL*, Rep. 2003-XI § 37 m.w.N. = JR 2004, 339 ff. m. Anm. *Gaede*. Zur im dt. Verfassungsrecht bekannten Verstärkungswirkung vgl. BVerfG StV 2000, 416 ff.: Verletzung von Art. 5 GG i.V.m. dem Recht auf ein faires Verfahren; mit Kritik auch *Spielmann* JuS 2004, 371 ff.

²³ Vgl. die Angaben in § 105 der Entscheidung.

²⁴ Diese Erwägung ist für sich genommen nicht frei von Zweifeln: Hätten die Gerichte die vom EGMR zur EMRK herangezogenen Bedenken gegen den Brechmitteleinsatz beachtet, hätten sie in konventionskonformer Auslegung über Art. 3 und 6 EMRK auch nach dem einfachen deutschen Recht, jedenfalls aber nach den Parallelnormen des Grundgesetzes den Rügen zum Erfolg verhelfen können, indem sie § 81a StPO restriktiv ausgelegt oder jedenfalls die Verwertung verfassungsunmittelbar ausgeschlossen hätten.

²⁵ Zu diesem Verständnis von Gesamtbetrachtung und Gesamtrecht näher *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 17), Kap. 4 § 2.

²⁶ Vgl. etwa *Deweere v. BEL*, Nr. 35, § 56: „constituent element“; *Öcalan v. TÜ*, 12.3.2003, §§ 111 ff., 139 ff.; bestätigend GC, 12.5.2005, §§ 106 ff.; *Gaede* (Fn. 17), Fairness als Teilhabe, Kap. 4 § 2; ders. JR 2006 Heft 7.

EGMR sodann eine *weitere* Verletzungsbegründung, wodurch er eine bedeutsame Fortentwicklung der europäischen und deutschen Grundsätze zur Selbstbelastungsfreiheit bewirkt:

Der EGMR hatte insoweit überhaupt erst über die Anwendbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit zu entscheiden. Sie wird nach deutschem Recht ganz mehrheitlich verneint, und sie konnte auch nach dem Konventionsrecht in Anknüpfung an die Saunders-Rechtsprechung bestritten werden: Nach Saunders können tatsächliche Beweismittel, die von Willen des Beschuldigten unabhängig existieren, zwangsweise verwertet werden.²⁷ Hätte man hier nicht wie die entscheidungsfreudige Kammer des BVerfG kurzerhand sagen können, dass die willensunabhängig existenten Päckchen unproblematische Zugriffsgegenstände für staatliche Beweissicherungen darstellen, da der Beschuldigte sie nicht *willentlich* herausgeben musste?

Der EGMR sieht dies anders. Er betont im Einklang mit seinen Präjudizien, dass Art. 6 EMRK nicht nur vor der Erzwingung von Geständnissen schützt, sondern allgemein vor der erzwungenen willentlichen Mitwirkung an der eigenen Überführung bewahrt. Und er grenzt dann die Saunders-Rechtsprechung von dem hier vorliegenden Problem wie folgt ab: *Erstens* werden die Beweismittel wie in anderen früheren Verletzungsfällen in Überwindung des Beschuldigtenwillens erlangt, was für den EGMR – anders als nach der deutschen Lehre – auch bei Duldungspflichten eine *Prüfung* der Selbstbelastungsfreiheit nahe legt. *Zweitens* unterscheidet sich der Grad an Zwang, der im Fall Jalloh zur Erlangung der Beweismittel erforderlich war, in bedeutsamem Umfang von den bisher mit der Saunders-Rechtsprechung angesprochenen Fallgruppen, in denen etwa Blutproben zwangsweise erlangt werden. Dort wird dem Beschuldigten typisch die passive Duldung eines geringfügigeren Eingriffs in seine physische Integrität abverlangt. In Fällen, in denen sogar die aktive Mitwirkung des Beschuldigten nötig und nach Auffassung des EGMR zulässig ist, sind natürliche Funktionen des Körpers wie der Atem betroffen.²⁸ Für die im Fall Jalloh gesuchten Beweismittel musste aber eine Magensonde zwangsweise in den Körper eingebracht werden, um – unter Gefahren für die Gesundheit des Beschuldigten – eine pathologische Reaktion des Körpers zu erwirken. *Drittens* wurden die Beweise bekanntlich durch einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangt. Die Prozedur des Brechmitteleinsatzes unterscheidet sich so für den EGMR insgesamt erheblich von denen, die zum Beispiel für Atemtests oder für Blutproben angewandt werden und die im Normalfall nicht das Maß an Schwere erreichen, das die Anwendbarkeit des Art. 3 EMRK hervorruft. Wegen dieser Unterschiede hält er die Selbstbelastungsfreiheit für anwendbar.

War so der Schutzbereich eröffnet, hatte der EGMR entsprechend seiner Praxis noch zu prüfen, ob der Willenszwang im konkreten Fall unzulässig war. Kriterien hierfür sind die Art und das Ausmaß des eingesetzten Zwangs; das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Aufklärung und Bestrafung der betroffenen Straftat; das Vorliegen verfahrensrechtlicher Schutzinstrumente und die Verwendung des so erlangten Materials. Der EGMR verweist dazu wiederum auf die erheblichen physischen Eingriffe, die das Maß des Art. 3 EMRK überschreiten. Eine Rechtfertigung mit Blick auf das Tataufklärungs- und Ahndungsinteresse verwirft er im vorliegenden Fall eines geringfügigen Drogenhandels. Die Rechtsgrundlage des § 81a StPO nimmt der Gerichtshof zur Kenntnis; er hält sie aber bei einem schweigenden, die Anamnese verweigernden Beschuldigten offenbar aus medizinischen Erwägungen nicht für eine taugliche Rechtsgrundlage. Schließlich hält er – den Bezug zum Prozess im Ganzen herstellend – fest, dass der erlangte Beweis der entscheidenden Prozessbeweise waren.²⁹ Ein Opponieren dagegen war zwar möglich, für den EGMR jedoch auf Grund der deutschen herrschenden Auffassung praktisch aussichtslos und damit wertlos. Folglich stellt der EGMR fest, dass er Art. 6 EMRK als Gesamtrecht auch über die Selbstbelastungsfreiheit als verletzt erachtet.

IV. Orientierungen zu den Sondervoten

In aller Kürze soll die Stoßrichtung der Sondervoten festgehalten werden, welche das Urteil begleiten.

Sir Bratza stimmt in seinem Votum der Entscheidung zu, will jedoch Bedenken gegenüber Teilen ihrer Begründung angemeldet wissen. Insbesondere fordert er einen klareren, absoluten Ausschluss des Brechmitteleinsatzes durch Art. 3 EMRK, wenn – anders als im konkreten Fall – ein öffentliches Interesse an der zügigen Erlangung der Beweismittel zum Beleg schwerer Straftaten dargelegt wird, eine medizinische Indikation für den Betroffenen aber nicht besteht. Zu Art. 6 EMRK plädiert er für einen zwingenden Ausschluss auch derjenigen Beweise, die nicht durch Folter, wohl aber durch unmenschliche und/oder erniedrigende Behandlung gewonnen worden sind. Auch hier sieht er für Rechtfertigungen durch ein besonderes öffentliches Interesse keinen Raum.

Richter Zupancic findet zum deutschen Brechmitteleinsatz deutliche Worte: Er nimmt einen Fall klassischer Folter an und fordert einen klaren Ausschluss jeder Beweisverwertung. In seinem Votum betont er zu Art. 6 EMRK den Unterschied zwischen einer zivilisierten Konfliktlösung und einer Konfliktlösung durch physische Stärke. Ebenso befasst er sich mit der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit. Kaum unbedacht benutzt er das auch in der englischen Sprache gebrauchte deutsche Wort *Zeitgeist*, während er seiner

²⁷ Siehe abermals Saunders v. GB, Rep. 1996-IV, §§ 67 ff., 69.

²⁸ Vgl. ZE Tirado Ortiz u.a. v. SPA, Rep. 1999-V, § 1; *Schlauri* (Fn. 1), S. 170 f.

²⁹ Dazu, dass eine Verletzung auch ohne spätere Verwertung im Prozess möglich ist, vgl. zur Vermeidung von verkürzten Schlüssen in anderen Fällen Weh v. AUT, §§ 42 ff., JR 2005, 423 ff. m. Anm. *Gaede*.

Erschütterung darüber Ausdruck verleiht, dass über 50 Jahre nach der Entscheidung des U.S. Supreme Court im Fall *Rochin* ernsthaft wieder über die (Un-)Zulässigkeit von Brechmitteleinsätzen diskutiert werden muss.³⁰

Die beiden schweizerischen Richter *Wildhaber und Caflisch* (gewählt für Liechtenstein) begründen eine von der Mehrheit ablehnende Auffassung. Ihr Sondervotum, dem sich zu Art. 3 EMRK *Hajiyev* anschloss, stützen sie mit einer aus ihrer Sicht fehlerhaften Anwendung der in den §§ 67-73 aufgelisteten Entscheidungskriterien und mit Art. 1 UN-Antifolterkonvention, den sie stärker auf die Motivation bezogen sehen wollen, Aussagen zu erzwingen oder eine Person demütigen (bestrafen) zu wollen. Unterschwellig durchzieht das Votum die – angesichts der stRspr. zur Bedeutung des Verhaltens des Betroffenen erstaunliche – Auffassung, dass der die Päckchen schluckende Beschuldigte durch sein eigenes Verhalten letztlich „selbst schuld sei“. Jedenfalls soll der Eingriff nicht die von Art. 3 EMRK vorausgesetzte Schwere erreicht haben. Das Sondervotum hatte sich nach Verwerfung des Art. 3 EMRK auch mit Art. 8 EMRK zu befassen.

In ihrem gemeinsamen abweichenden Sondervotum erkennen die Richter *Ress* (Deutschland), *Pellonpää*, *Baka* und *Sikuta* ebenfalls eine unzutreffende Anwendung der in §§ 67-74 aufgeführten Prinzipien. Sie schätzen das Aufklärungsanliegen im konkreten Fall und auch die belastende Wirkung der Überwachung der natürlichen Ausscheidung anders ein. Die Bedeutung der beiden deutschen Todesfälle wird geringer veranschlagt, die Bedeutung der Gesundheitsgefahren nach dem Schlucken der Päckchen, die im Körper aufplatzen könnten, wird dagegen mit Verweis auf Todesfälle höher angesetzt. Auch dieses Sondervotum befasst sich konsequenterweise mit Art. 8 EMRK. Den Vertragsstaaten wird hier die wertende Entscheidung zwischen den Methoden des Brechmitteleinsatzes und dem Abwarten auf die natürliche Ausscheidung zugestanden. Zu Art. 6 EMRK wird knapp bemerkt, dass Art. 15 UN-Antifolterkonvention nur für die Folter die Verwertbarkeit ausschließe. Zur Anwendbarkeit der Selbstbelastungsfreiheit legt sich das Sondervotum nicht fest, obschon man das *Distinguishing* gegenüber Saunders hinterfragt.

V. Erste Würdigungen

Es bedarf keiner besonderen Hellsichtigkeit, um festzuhalten, dass das referierte Urteil der Großen Kammer für die Fortentwicklung aller von ihm betroffenen Menschenrechte höchst bedeutsam ist. Für den deutschen Brechmitteleinsatz hat das Urteil absehbare Konsequenzen. Für die Dogmatisierung der Selbstbelastungsfreiheit dürfte es zum europäischen aber nun unvermeidlich auch zum deutschen Recht eine Welle von Diskussionen auslösen. Wenn sich auch das ganze Ausmaß der angestoße-

nen Entwicklungen und aufgeworfenen Fragen erst nach und nach zeigen wird, sind doch bereits erste bemerkenswerte Aspekte der Entscheidung vor allem aus deutscher Sicht anzumerken. Dies gilt auch deshalb, weil die Entscheidung für einen deutschen Leser besonders schwer abzuschätzen sein dürfte, der typisch deutsche Dogmatik gewohnt, mit den hier nun entscheidungserheblichen europäischen Präjudizen und Begründungsmustern aber eher weniger vertraut ist.

1. Eine mehrfach unnötige Belehrung

Warum musste und konnte der EGMR überhaupt diesen Fall entscheiden? Diese Frage mag sich stellen, wer erinnert, dass eben auch in Deutschland neben § 81a StPO die Art. 1 I, 2 I, 2 II 2, 20 III GG zur möglichen Anwendung (spätestens) durch das BVerfG bereit gestanden hätten. Schon prozessual scheiterte dies aber daran, dass eine Kammer des BVerfG meinte, den Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bemühen zu müssen, *ohne nähere Angaben zu den vorgeblich versäumten Rechtsschutzanstrengungen im Strafprozess zu machen*, während der Bf. ersichtlich mehrfach der Fachgerichtsbarkeit seinen verfassungsrechtlich begründeten Standpunkt erfolglos vorgetragen hatte. Nun gebietet auch Art. 35 EMRK die Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel, bevor der – ebenfalls und noch weit mehr als das BVerfG überlastete – EGMR entscheiden kann und muss. Doch der EGMR hat nicht nur hier demonstriert, dass ihm die Praxis des BVerfG bei der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde bisweilen überzogen erscheint.³¹ Er wendet offenbar Art. 35 EMRK verständiger an, als das BVerfG national mit der Verfassungsbeschwerde umgeht.³² Den immerhin von der Bundesregierung erhobenen Einwand der Nichtausschöpfung nationaler Rechtsmittel hatte der EGMR so auch mit Verweis auf die dem BVerfG mindestens partiell mögliche Sachaussage bereits 2004 zurückgewiesen.³³ Damit muss man zu aller erst hervorheben, dass die Entscheidung Jalloh die Annahmepaxis des BVerfG kritisch in den Mittelpunkt des Interesses rückt. Das im BVerfG durchaus spürbare Selbstbewusstsein, sich erst recht nicht auch noch bei der eigenen Zulässigkeits- und Begründungspraxis von Straßburg „hereinreden zu lassen“, sollte jedenfalls einer Reflektion unterzogen werden.

Mehr noch kommt die Entscheidung des EGMR zu Art. 3 und 6 EMRK nun auch in der Sache einer Belehrung des BVerfG gleich. Denn eine zuständige Kammer hatte zu den Parallelnormen des Grundgesetzes (Art. 1 I, 2 I, 20 III GG) mit einem *Obiter-Einschub* in einem *typischen Fall* des zwangsweisen Brechmitteleinsatzes öffentlichkeitswirksam dessen *prinzipielle* Verfassungsmäßigkeit festgehalten.³⁴ Auch wenn dies ohne Bindungs-

³⁰ Vgl. *Rochin v. California* 342 U.S. 165 (1952), dazu auch *Schlauri* (Fn. 1), S. 133 f., die zu Recht auf nötige Zusatzreflexionen zum U.S.-Recht hinweist.

³¹ Vgl. Uhl v. D, StV 2005, 475 ff. und Anm. *Pauly* m.w.N.

³² Siehe ZE Jalloh v. D, 26.10.2004, The LAW, A; im Überblick zur Rechtsprechung des EGMR auch *Grabenwarter* (Fn. 7), § 13 Rn. 20 m.w.N.: keine übertrieben formalistische Anwendung durch den EGMR.

³³ Vgl. ZE Jalloh v. D, 26.10.2004, The LAW, A.

³⁴ Vgl. BVerfG StV 2000, 1 = Beschl. v. 5.09.1999, 2 BvR 2360/95 abrufbar über hrr-strafrecht.de, begleitet von einer

wirkung geschah³⁵ und im Nachhinein mehr oder weniger dementiert bzw. widerrufen werden sollte,³⁶ stand eine Stellungnahme von drei Verfassungsrichtern im Raum, die ihre absehbare Wirkung nicht verfehlte.³⁷ Das „Obiter Dictum“ hat der EGMR nun zurückgewiesen, denn die europäischen Parallelnormen zur deutschen Menschenwürde und der Garantie der Selbstbelastungsfreiheit sind die vom EGMR behandelten Art. 3 und 6 EMRK, während Art. 2 II 2 GG tendenziell eher Art. 8 und 2 EMRK entspricht.

Unnötig ist die Belehrung auch deshalb, weil sie *vielleicht* hätte vermieden werden können, wenn man den deutschen Blickwinkel rechtzeitig um europäische Auslegungsansätze erweitert hätte. Zur Anwendung kam jedoch bis auf rühmliche Ausnahmen³⁸ das altvertraute aber nicht mehr altbewährte Muster deutscher Grundrechtsintrovertiertheit: Europäische Garantien und Präjudizien bleiben in Deutschland regelmäßig außen vor, wenn kein (übersetztes) Urteil des EGMR zum konkreten Einzelfall bzw. Problem vorliegt.³⁹ Ist dem so, werden neue Rechtsfragen nach grundgesetzlichen Präjudizien untersucht, selten aber auch nach der europäischen Dogmatik durchdacht. So wurde etwa die – von der Großen Kammer des EGMR nun angenommene – Betroffenheit der Selbstbelastungsfreiheit gar als „geradezu *abwegig*“ bezeichnet, weil man allein die klar scheinende deutsche Abgrenzung zwischen aktiver Selbstbelastung und legitim zu duldenen Ermittlungsmaßnahmen heranzog.⁴⁰ Eine Einbeziehung der Präjudizien zur europäischen Selbstbelastungsfreiheit, die durchaus zu – nicht nur für den Beschuldigtenschutz positiven – abweichenden Ergebnissen führen können, hätte den Diskussionshorizont erweitern können. Ein fix wirkendes „Obiter Dictum“ wäre jedenfalls nach den europäischen Präjudizien einem Gericht kaum eingefallen. Es bleibt zu hoffen, dass die Jalloh-Entscheidung nun die systematischere Einbeziehung des Konventionsrechts auch beim hier im Wesentlichen abstinenten BVerfG fördert. Diese Einbeziehung darf nicht nur dann erfolgen, wenn bereits eine Entscheidung des EGMR vorliegt, schon weil die Subsidiarität

Pressemitteilung (vgl. <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg9272.html>)!

³⁵ Vgl. *Naucke StV* 2000, 1 ff. und *Binder/Seemann NSTZ* 2002, 234.

³⁶ Siehe den Hinweis bei *Binder/Seemann NSTZ* 2002, 234 auf den „Widerruf“ durch eine nach dem ersten Todesfall herausgegebene Pressemitteilung vom 13.12.2001, die somit die – kaum zufällig! – lancierte erste Pressemitteilung (vgl. <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg116-01.html>) vom 29.9.1999 zur Kammerentscheidung gleichsam zurücknahm, zu ihr und ihrer absehbaren Aufnahme in der Presse *Naucke StV* 2000, 1, 2 f.

³⁷ Vgl. beispielhaft die Würdigung von *Meyer-Göfner* (Fn. 3), § 81 Rn. 22; vgl. auch *Naucke StV* 2000, 1, 2 f.

³⁸ Siehe *Dallmeyer KritV* 2000, 252, 259 im Anschluss an *Amnesty International*, auch S. 260 ff. zu *nemo tenetur*.

³⁹ Vgl. als Beispiel etwa die aktuellen Kommentierungen von *Gollwitzer* und *Meyer-Göfner*, die den Brechmitteleinsatz weder bei Art. 3, noch bei Art. 6 „MRK“ auch nur erörtern.

⁴⁰ Vgl. so wörtlich und für sich betrachtet von deutschen Standpunkt gut verständlich *Rogall NSTZ* 1998, 66, der die Sichtweise auch als „in jeder Hinsicht verfehlt“ bezeichnet.

der EMRK *ihre Umsetzung primär durch die Mitgliedsstaaten (ihre Gerichte!) und nicht erst durch den (zu) spät entscheidenden EGMR gebietet*.⁴¹ So steht etwa zu hoffen, dass auch die ablehnenswerte „moderne Auffassung“ zur für staatliche Täter gerechtfertigten Präventivfolter⁴² nicht länger nur oberflächlich⁴³ die heutigen Entscheidungsgrundlagen zu Art. 3 EMRK zur Kenntnis nimmt.⁴⁴

2. Brechmitteleinsätze umfassend untersagt?

Praktisch stellt sich angesichts der gesamt betrachtenden Prüfung des EGMR die Frage, wie weit der erzwungene Brechmitteleinsatz im Strafprozess nun tatsächlich völkerrechtlich untersagt worden ist. Die leider nicht exakt bestimmte „Mindestschwere“ als Schwellenwert der Anwendbarkeit des Art. 3 EMRK führt zu dieser Frage. Man kann daran denken, einzelne Bestandteile der Gesamtbegründung des EGMR durch Fallabwandlungen entfallen zu lassen oder zu neutralisieren. So ließe sich für diese Fälle der Brechmitteleinsatz als vom EGMR noch nicht untersagt behaupten. Man könnte etwa an einen Fall denken, in dem ein deutsch sprechender Betroffener, der viele Päckchen erbricht, eine Anamnese gestattet hat.

Schon das umfassendste *ablehnende* Sondervotum versteht die Entscheidung aber als echte Grundsatzentscheidung, welche den Vertragsstaaten den Brechmitteleinsatz im Vergleich zum Abwarten der natürlichen Körperfunktionen praktisch aus der Hand nimmt.⁴⁵ Und so sollte man die Entscheidung auch verstehen, denn ein zum Beweis des Gegenteils konstruierter Fall, in dem zum Beispiel die Verurteilung „eines großen Drogenbosses“ zentral daran hängt, dass er von ihm verschluckte Drogenpäckchen nach einer freiwilligen Anamnese schnell erbricht, wird schlicht dem Reich der Phantasie angehören. Versuche, über Fallabwandlungen im Vergleich zum Fall Jalloh die Anwendbarkeit des Art. 3 EMRK im Strafprozess zu verneinen, werden immer unter dem Verdacht stehen, sich um die Konsequenzen des Urteils „drücken zu wollen“. Und sie würden verkennen, dass der EGMR stets undogmatisch wirkend alle für das Ent-

⁴¹ Siehe auch *Esser StV* 2005, 348, 353; m.w.N. *Gaede HRRS* 2004, 387 f. Der EGMR entschied 13 Jahre nach dem Brechmitteleinsatz!

⁴² Vgl. etwa nun m.w.N. leider auch *Meyer-Göfner* (Fn. 3), Art. 3 Rn. 1 im Anschluss an *Erb*.

⁴³ Siehe als besonders abschreckendes Beispiel die Beiträge von *Brugger*, *Der Staat* 35 (1996), 67, 77; ders. *JZ* 2000, 165 ff.; dessen aktuellstes einbezogenes EGMR-Urteil aus den siebziger Jahren stammt und der mit „Analogien“ arbeitet, bei denen er mal eben auch die Rechtsfolge der analog herangezogenen Norm kurzerhand mit abändert, um sein Ergebnis für die EMRK konstruieren zu können.

⁴⁴ Vgl. zur gebotenen Behandlung nach Art. 3 EMRK m.w.N. *Grabenwarter* (Fn. 7), § 20 Rn. 36; *Gaede*, in: *Camprubi* (Hrsg.), *Angst und Streben nach Sicherheit u.s.w.* (2004), S. 155 ff.

⁴⁵ Vgl. das *SV Röss, Pellonpää, Baka und Sikuta* im Teil zu Art. 8 EMRK. Siehe zum dt. Recht z.B. auch schon *Weßblau StV* 1997, 341, 343, die fragt, wann die Maßnahme überhaupt jemals praktisch verhältnismäßig sein könnte.

scheidungsergebnis sprechenden Umstände heranzieht, um so viele fallbezogene Gründe wie möglich für sein Ergebnis angeben zu können. Der Schluss vom Fehlen einer Teilerwägung aus dem Fall Jalloh hin zu einem anderen Ergebnis ist alles andere als sicher. Der EGMR hat sich in einem sehr typisch⁴⁶ erscheinenden Fall des zwangsweisen Brechmitteleinsatzes für die Unzulässigkeit entschieden. Daraus sollte man folgern, dass der zwangsweise Brechmitteleinsatz zur Beweiserlangung von Art. 3 EMRK ausgeschlossen ist, weil atypische Fälle nicht zur Begründung einer rechtssicher einsetzbaren Ermittlungsmaßnahme taugen. Zugunsten der gewiss erforderlichen Rechtsdurchsetzung ist festzuhalten, dass das Angebot⁴⁷ zu einer Brechmitteleinnahme zur Abwendung einer anderenfalls mindestens regelmäßig begründeten Untersuchungshaft, mit deren Hilfe die Beweismittel auf natürliche Art und Weise erlangt werden könnten, offenbar nicht von Art. 3 EMRK untersagt ist. Auf ein Vabanquespiel, ob der EGMR bei Fallabwandlungen nicht doch auch einmal die Zulässigkeit feststellen wird, sollte man sich deshalb nicht einlassen. Sollte der Versuch misslingen und Deutschland als Wiederholungstäter nach Art. 3 EMRK aktenkundig werden, wäre dies für Deutschland mehr von Schaden als von Nutzen.

3. Zurückhaltung bei der Folgeproblematik der Beweisverwertung

Der EGMR hat noch nicht ausgesprochen, dass Beweismittel, die aus einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung herrühren, stets für eine Verwertung im Sinne des Art. 6 EMRK ausscheiden. Dies lässt sich mit den Richtern *Sir Bratza* und *Zupancic* bedauern. Um diese Zurückhaltung richtig einzuordnen, wird man indes auf zweierlei hinweisen müssen: Der EGMR hat zum einen bereits – was sonst bei Beweisverwertungsfragen für ihn ein absolutes Tabu ist – Andeutungen in Richtung eines automatischen Verwertungsverbotes gemacht. Zum anderen übt der EGMR bei Art. 6 EMRK ganz allgemein eine zwar bereits durchbrochene und im Gerichtshof kritisierte⁴⁸ Zurückhaltung gegenüber abstrakten Beweis-

⁴⁶ Vgl. etwa zur mangelnden Anamnesemöglichkeit *Binder/Seemann* NStZ 2002, 234, 235.

⁴⁷ Darüber, ob auch die Androhung *der – von Art. 3 EMRK ausgeschlossen – nötigenfalls zwangsweisen Verabreichung von Brechmitteln* gegen Art. 3 EMRK verstößt, hatte der EGMR nicht zu entscheiden. Gleichwohl wird man hier jedenfalls für das deutsche Recht von der Unverwertbarkeit derart erlangter Beweise auszugehen haben. Ihre Verwertung würde (vgl. § 136a III 2 StPO) gegen das von § 136a StPO für Vernehmungen ausgeprägte, aber auch in den anderen Anwendungsbereichen der Selbstbelastungsfreiheit anzuerkennende Täuschungsverbot verstoßen, vgl. auch *Zaczyk* StV 2002, 125, 127; *Hackethal* JR 2001, 164, 166; *Dallmeyer* StV 1997, 606 f. Dazu, dass die Selbstbelastungsfreiheit nach Art. 6 EMRK auch einen Täuschungs- bzw. Druckschutz umfassen kann, vgl. *Allan v. GB*, §§ 49 ff. StV 2003, 257 ff.; *SK-Paeffgen*, 35. Lfg., Art. 6 Rn. 85; demnächst auch *Gaede* (Fn. 17), Kap. 4, § 1 III 2 aa, Kap. 8 § 1 II 2 a.

⁴⁸ Siehe etwa die zahlreicheren abl. SV im Fall *Schenk v. SWI*, Nr. 140; *Pisano v. IT* abl. SV *Rozakis/Bonello*, EHRR 34 (2002) 27; SV *Loucaides* zu *Khan v. GB*, Rep. 2000-V; krit.

verwertungsverboten,⁴⁹ welche er – partiell zu unrecht⁵⁰ – zur Abgrenzung von einer Revisionsinstanz („*Ath instance theory*“) für erforderlich erachtet. Vor diesem Hintergrund bestanden für ein *obiter* anerkanntes Verwertungsverbot noch erhebliche Hindernisse.

4. Erweiterte Selbstbelastungsfreiheit

Der EGMR hat den Brechmitteleinsatz dem Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit zugeordnet. Dies wurde auch in Deutschland vereinzelt vertreten, jedoch von der entgegenstehenden herrschenden Auffassung letztlich als etwas abseitig behandelt. Dass der EGMR nun anders entschieden hat, wird – auch wegen der eher undeutlich wirkenden „Dreipunktebegründung“⁵¹ – zu zahlreichen Erörterungen über die treffende Interpretation der Selbstbelastungsfreiheit führen; vor allem in Deutschland könnte ein dogmatisches Gewitter über dem EGMR hereinbrechen. Das Urteil lässt in jedem Fall überdeutlich werden, dass die Schutzbereiche der Selbstbelastungsfreiheit nach deutschem und nach europäischem Recht von einander abweichen und strukturell anders konturiert sind. So ist etwa der streng auf die unverzichtbare Mitwirkungshandlung und auf offene Vernehmungen bezogene deutsche Schutz nach dem heutigen Rechtsprechungsstand z.B. weiter, wenn es um die Mitwirkung bei Atemalkoholtests geht, was nach Art. 53 EMRK unproblematisch möglich ist und keiner konventionsbegründeten Revision bedarf.⁵² Der europäische Ansatz bezieht aber anders als die deutsche herrschende Auffassung etwa die Hörfälle in den Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit ein⁵³ und er vermag es nach dem EGMR nun auch, die in Deutschland für den Schutz bislang unverzichtbare willentliche Selbstbelastungshandlung, die über eine Duldung hinausgehen muss, unter Umständen entbehrlich sein zu lassen.

Vom Boden des deutschen Ansatzes ist nun darüber zu befinden, inwiefern die Judikatur des EGMR aufzunehmen und zu integrieren ist. Das kann und darf keines-

etwa *Jung*, GA 2003, 191, 197 f.; *Kühne/Nash*, JZ 2000, 996, 997 f.; *Gaede* StV 2004, 44, 48 f.

⁴⁹ Vgl. statt vieler *Khan v. GB*, Rep. 2000-V, §§ 35 ff.; *Allan v. GB*, Rep. 2002-IX, § 42.

⁵⁰ Demnächst eingehend zu diesem Thema *Gaede* (Fn. 17), *Fairness* als Teilhabe, Kap. 9 § 2.

⁵¹ Hier erstaunt vor allem der erneute Rekurs auf Art. 3 EMRK. Er dürfte aber richtig nicht als dritter selbständiger Punkt, sondern als Beschreibung des unter dem zweiten Punkt hervorgehobenen besonderen Zwangsausmaßes zu verstehen sein, denn auch der EGMR will die zweite Verletzungsbegründung gerade *nicht* an eine Verletzung des Art. 3 EMRK als solchem gebunden sehen.

⁵² Siehe zu Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit nach dem deutschem Mehrheitsverständnis paradigmatisch *Rogall* NStZ 1998, 66 f.; aber auch *Weßlau* StV 1997, 341, 342 f.; zum Blasen in das Prüfröhrchen nur *Beulke* (Fn. 5), Rn. 241. Zur heutigen Praxis des EGMR neben der Entscheidung *Jalloh* problematisch *ZE Tirado Ortiz* u.a. v. SPA, Rep. 1999-V, § 1; auch *P.G. u. J.H. v. GB*, Rep. 2001-IX, § 80: heimliche, nicht selbst belastende Stimmaufnahme kein Eingriff.

⁵³ Vgl. *Allan v. GB*, Rep. 2002-IX, §§ 49 ff. = StV 2003, 257 ff. m. Anm. *Gaede* u. Bespr. *Esser* JR 2004, 98 ff.

wegs blindlings geschehen, denn der von Art. 6 EMRK untersagte Zwangsschutz ist gewiss noch nicht stets klar und befriedigend ausgeprägt.⁵⁴ Dafür aber, dass die Rechtsprechung im Fall Jalloh auch unter dem Recht der Selbstbelastungsfreiheit und nicht „nur“ unter Art. 1 I GG in die deutsche Dogmatik zu integrieren ist,⁵⁵ bestehen überzeugende Gründe:

Die Entscheidung des EGMR bedeutet im Kern einen Schutz gegen diejenigen *Duldungspflichten, die es dem Staat gestatten, über einen erheblichen Zwangseingriff in den Körper eine pathologische Steuerung von Körperfunktionen und damit eine Instrumentalisierung des Körpers vorzunehmen*. Während Duldungspflichten auch für den EGMR bei willensunabhängig existenten Beweisen nicht allein für eine Verletzung und damit für einen untersagten Willenszwang zureichen, wird der hier nötige Eingriff in die körperliche Intimsphäre doch als Willenszwang i.S. der mit dem fairen Verfahren verknüpften Selbstbelastungsfreiheit anerkannt werden müssen. Bei Lichte besehen muss man sich eingestehen, dass auch die Duldungspflichten Selbstbelastungen durch den eigenen Körper bewirken. Sie greifen in die vielleicht nicht gleich aber doch auch zu schützende Willensbetätigungsfreiheit des zur Verteidigung gerade berechtigten Betroffenen ein, was den EGMR *nicht erst seit Jalloh* veranlasst, den Vertragsstaaten aufzuerlegen, dass sie den Tatbeweis möglichst ohne Überwindungen des Beschuldigtenwillens führen sollen.⁵⁶ Es dürfte sich als geboten erweisen, diese Wirkung und den Eingriff in die Willensbetätigungsfreiheit auch weiterhin nicht schon grundsätzlich für eine Verletzung genügen zu lassen, solange die Wirkung nicht zusätzlich vom Beschuldigten aktiv herbeizuführen ist. Man darf und muss aber Fälle der selbstbelastenden Wirkung *neben* den Fallgruppen der Verpflichtung zur aktiv ausgeführten Mitwirkung an der eigenen Überführung dann in den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit einbeziehen, wenn der Körper nicht nur natürlich genutzt wird, sondern seine Reaktionen durch den Staat mit erheblicher Gewalt erzwungen werden, die – wie bei der gewaltsamen Einführung einer Magensonde der Fall – normalerweise auch seine Willensbildung schlechthin mit der Folge einer Selbstbelastungshandlung brechen müsste. Fälle, in denen der Beschuldigte derartige Gewalt über sich ergehen lassen muss, sind den Fällen gleich zu achten, in denen eine Selbstbelastung durch Handlungen oder Geständnisse des Beschuldigten offen

⁵⁴ Vgl. etwa zur Abgrenzung schon lange krit. das englische Schrifttum, siehe *Ovey/White*, ECoHR (2002), S. 175 f.; *Dennis*, *The Law of Evidence* (2002), S. 136 f.; *Emmerson/Ashworth*, *Human Rights and Criminal Justice* (2001), 15-75 f.; *Ashworth*, *Crim LR* 2001, 482, 484 f.; *Schlauri* (Fn. 1), S. 203 ff. Vgl. auch zu den zulässigen belastenden Schlüssen aus dem Schweigen und zu den zum Beschuldigtenbegriff bestehenden Unsicherheiten die Entscheidung *Weh v. AUT*, §§ 42 ff., JR 2004, 423 ff. m. Anm. *Gaede*.

⁵⁵ Eine solche Haltung deutet sich möglicherweise z.B. bei *Beulke* (Fn. 5), Rn. 241 und – letztlich bereits wieder verworfen – bei *Rogall* NStZ 1998, 66, 68 an.

⁵⁶ Vgl. z.B. schon beim Täuschungsschutz *Allan v. GB*, § 44, StV 2003, 257 ff. m. Anm. *Gaede*. Vgl. neben der Rechtsprechung des EGMR insoweit auch grundlegend *Weßlau* ZStW 110 (1998), 1, 27 ff.

erzwungen werden: Diese Durchsetzungsgewalt missachtet notwendig auch die Willensbildungsfreiheit.⁵⁷ In beiden Fallgruppen wird der Beschuldigte über die bloße Nutzung von Körperfunktionen hinaus entgegen seinem Willen (einmal über seinen gewaltsam okkupierten Körper, einmal über seinen erklärtermaßen gebeugten Willen) in einer Weise instrumentalisiert, die es ausschließt, ihn noch als wirkliches Prozesssubjekt eines fairen Verfahrens zu betrachten. Das von Art. 6 EMRK gebotene offene Verfahren wird jeweils über den Umgang mit dem Beschuldigten desavouiert.⁵⁸

5. Methodologisch Bemerkenswertes

Methodologisch fällt vor dem Hintergrund der jüngeren Praxis des EGMR auf, dass sich zwei Trends fortsetzen. Zum einen fährt der EGMR darin fort, *nordamerikanische Verfassungsrechtsprechung gerade im strafprozessualen Kontext zu rezipieren* und für die europäischen Grundrechtsentwicklungen heranzuziehen.⁵⁹ Er stellt in seiner Entscheidung die Grundsätze der Entscheidungen des U.S. Supreme Courts *Rochin* und *Schmerber* dar, und nimmt auf diese auch Bezug.⁶⁰ Diese Entwicklung sollte auch in Deutschland wahrgenommen werden. Zum Beispiel die Judikatur des U.S. Supreme Court zum Konfrontationsrecht könnte ein erstes Beispiel sein, um diese Praxis des EGMR eine nationale zur Seite zu stellen.⁶¹ Dies wäre schon im Sinne der bereits betonten Subsidiarität der EMRK (des EGMR) geboten.

Zum anderen bezieht der EGMR zur Auslegung des regionalen Völkerrechts der EMRK wieder betont das übrige Völkerrecht heran. Auch diesen nach Art. 31 III lit. c der Wiener Vertragsrechtskonvention gebotenen Aspekt der Auslegungspraxis zur EMRK⁶² sollte man zur Kenntnis nehmen, damit sich auch nationale Entscheidungen zu Rechten der EMRK dieses Auslegungsgesichtspunkts annehmen.

⁵⁷ Vgl. auch schon m.w.N. *Neumann* E.A.Wolff-FS (1998), S. 373, 380 f., 387 ff. Es erstaunt insofern nicht, dass die Brechmittel oft freiwillig genommen wurden, selbst wenn oftmals unzureichende Anamnesen vorliegen dürften und die Angst der Betroffenen vor der Einnahme und ihren Folgen groß sein dürfte.

⁵⁸ Zu diesem Aspekt der Begründung der Selbstbelastungsfreiheit als einem Desavouierungsverbot demnächst auch *Gaede* (Fn. 17), *Fairness als Teilhabe*, Kap. 4 § 1 III 2 d aa. In diese Richtung auch wieder Richter *Zupancic*, der bereits 1996 im *Nottingham Law Journal* 5 (1996), 32, 47 f. dahingehendes ausführte. Vgl. auch *Dallmeyer* KritV 2000, 252, 264 f., der *nemo-tenetur im Ergebnis* auch im Recht auf ein faires Verfahren verortet.

⁵⁹ Vgl. zuvor schon *Allan v. GB*, Rep. 2002-IX, §§ 29 ff., 44, 49 ff.; *Kyprianou v. ZYP*, 27.1.2004, §§ 34 ff., HRRS 2004 Nr. 237.

⁶⁰ Siehe etwa die §§ 49 ff., 76, 105 der Entscheidung. Zur Bedeutung von *Rochin* auch schon *Schlauri* (Fn. 1), S. 136 f.

⁶¹ Vgl. *Crawford v. Washington* HRRS 2004 Nr. 690 m. Bespr. *Walther* HRRS 2004, 310 ff.; zu Art. 6 III lit. d EMRK insoweit *Gaede* JR 2006 Heft 7.

⁶² Beispielhaft auch *Öcalan v. TÜ*, 12.3.2003, §§ 190 ff.; *Bosphorus usw. v. IRE* [GC], 30.6.2005, §§ 150 ff.; *T. v. GB* [GC], 16.12.1999, §§ 74 ff., 85; *Grabenwarter* (Fn. 7), § 5 Rn. 8: systematische Auslegung.

Die gerichtliche Fürsorgepflicht zur Wahrung einer „tatsächlichen und wirksamen“ Verteidigung im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

(Reihe Strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

Von Oberassistentin Dr. **Daniela Demko** (LLM), Zürich

I. Einleitung

Anliegen der nachfolgenden Ausführungen ist es darzustellen, in welcher Art und Weise sich der EGMR mit dem Thema der staatlichen Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit der Wahrung einer effektiven Verteidigung im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK auseinandersetzt. Dabei wird anhand der Entscheidungen *Czekalla gegen Portugal* und *Daud gegen Portugal* aufgezeigt, welche Prüfungsreihenfolge der EGMR wählte und auf welche Beurteilungskriterien er in Fällen zurückgriff, in denen der Beschuldigte zwar einen Verteidiger hatte, sich dem Gerichtshof aber aufgrund fehlenden und/oder fehlerhaften Verteidigerverhaltens dennoch die Frage stellte, ob der Beschuldigte tatsächlich in den Genuss einer effektiven Verteidigung gekommen war. Im Rahmen der Darstellung von *Czekalla gegen Portugal* und *Daud gegen Portugal*, aber auch unter Bezugnahme auf weitere Entscheidungen, etwa *Artico gegen Italien*, *Imbrioscia gegen die Schweiz* und *Quaranta gegen die Schweiz* soll zugleich deutlich gemacht werden, dass das Thema der staatlichen Fürsorge- und Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der «Wahrung wirksamer Verteidigungsrechte» eine Vielzahl von Fragen aufwirft, die nicht nur für Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, sondern auch für die anderen Verteidigungsgarantien des Abs. 3 von Art. 6 EMRK von Bedeutung sind und nach einer Antwort suchen.

II. Die Prüfung einer Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK im Zusammenhang mit der Verantwortung des Staates für Versäumnisse und Fehler der Verteidigung

1. Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK als besonderer Aspekt des in Art. 6 Abs. 1 EMRK garantierten fairen Verfahrens

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK beinhaltet drei verschiedene Rechte: das Recht, sich selbst zu verteidigen, das Recht auf den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl und bei Mittellosigkeit das Recht auf Beistand eines unentgeltlichen Pflichtverteidigers, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Jenen drei Rechten des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK – wie überhaupt allen Verteidigungsgarantien des Abs. 3 von Art. 6 EMRK – liegt ungeschrieben ein gemeinsamer, alle Garantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK verbindender Anspruch des Beschuldig-

ten auf Gewährleistung einer tatsächlichen und effektiven Verteidigung zugrunde.¹

Jene Wahrung einer effektiven Verteidigung, auf die die einzelnen Garantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK ausgerichtet sind, stellt einen wesentlichen unverzichtbaren Aspekt eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK dar. Diesen Gesichtspunkt betonend, stellte der EGMR auch an den Beginn seiner Prüfung einer Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK stets den Hinweis, dass das Vorliegen einer Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht isoliert zu beurteilen ist, sondern im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 EMRK.

Bereits im Urteil *Artico gegen Italien* hieß es insoweit, dass Art. 6 Abs. 3 EMRK eine „Aufzählung einzelner Anwendungsfälle des in Abs. 1 dieses Artikels niedergelegten allgemeinen Grundsatzes“² enthalte. Jene, in Abs. 3 in nicht erschöpfender Weise aufgezählten, verschiedenen Rechte würden „einzelne Aspekte des Begriffs eines fairen Gerichtsverfahrens in strafrechtlichen Angelegenheiten“³ darstellen, so dass bei einer Überprüfung der Einhaltung von Art. 6 Abs. 3 EMRK weder dessen Grundanliegen vernachlässigt noch dieser aus dem Zusammenhang gerissen werden dürfe. Jene Ausführungen wurden in der nachfolgenden Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK wiederholt aufgegriffen. In der Entscheidung *Goddi gegen Italien* sprach der EGMR beispielsweise von Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, „dessen Garantien ebenfalls Bestandteile des allgemeinen Begriffs des fairen Verfahrens darstellen, wie er in Absatz 1 niedergelegt ist“.⁴ Im Fall *Imbrioscia gegen die Schweiz* hieß es, das in Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK enthaltene Recht sei „eines von mehreren Elementen des Konzeptes eines fairen Verfahrens in Strafsachen, wie es in Abs. 1 enthalten ist“.⁵

¹ Darauf verweisen ebenso *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, S. 327 N 104: „auf die Effektivität der Verteidigung gerichtet“; *Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 137: „ungeschriebener Aspekt“; *Meyer-Ladewig*, Hk-EMRK, 2003, Art. 6 N 91: „Pflichtverteidigung wirksam ist“; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 451, 457: „die Anerkennung eines allgemeinen Anspruchs des Beschuldigten auf eine angemessene und effektive Verteidigung“; *Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1999, S. 331 N 521, S. 333 N. 524; *Haefliger/Schürmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 1999, S. 226: „wirksame Verteidigung“; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR, 2005, S. 387 N 187: „Zur Sicherung der Verteidigung als Grundvoraussetzung eines fairen Verfahrens“ sowie S. 392 N 193: „wirksame Verteidigung“; Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2004, *Vogler*, Art. 6 N. 537.

² EGMR, *Artico gegen Italien*, Urt. v. 13.5.1980, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 32.

³ EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 32.

⁴ EGMR, *Goddi gegen Italien*, Urt.v. 9.4.1984, EuGRZ 1985, 234, 236 Z. 28.

⁵ EGMR, *Imbrioscia gegen die Schweiz*, Urt. v. 24.11.1993, ÖJZ 1994, 517, 518 Z. 37; vgl. auch EGMR, *Quaranta gegen die Schweiz*, Urt. v. 24.5.1991, ÖJZ 1991, 745, 746 Z. 27.

Auch in der Entscheidung *Czekalla gegen Portugal*⁶ vom 10.10.2002, in der sich der EGMR der Frage der Verantwortung des Staates für Fehler eines Pflichtverteidigers zuwandte, stellte er jenen Gesichtspunkt des zu beachtenden Verhältnisses von Art. 6 Abs. 1 zu Art. 6 Abs. 3 EMRK an den Anfang seiner Prüfung einer Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK. Zunächst in Erinnerung rufend, dass es sich bei den Erfordernissen des Abs. 3 um „besondere Aspekte des nach Abs. 1 garantierten Rechts auf ein faires Verfahren“⁷ handle, sei daher die Rüge des Beschwerdeführers, nach welcher der ihm gewährte anwaltliche Beistand eines Verteidigers unzulänglich gewesen sei, „unter dem Gesichtspunkt von Abs. 3 lit. c in Verbindung mit den Grundsätzen nach Abs. 1“⁸ zu prüfen.

2. Die Gewährleistung von praktischen und effizienten Konventionsrechten und deren Konkretisierung mit Bezug auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

Für die nachfolgende Beurteilung des Vorliegens einer Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK wies der EGMR sodann auf seine bisherige Rechtsprechung zur Pflichtverteidigung hin und griff dabei in der Entscheidung *Czekalla gegen Portugal* nur kurz wiederholend jene Grundsätze auf, die er bereits in seiner Entscheidung *Artico gegen Italien* formuliert und dort näher begründet hatte. Jene schlichte Übernahme seiner früheren Spruchpraxis sei deshalb betont, weil der Fall *Artico gegen Italien* von der Sache her die Gewährleistung unentgeltlichen Rechtsbeistands eines mittellosen Beschuldigten betraf, während im Fall *Czekalla gegen Portugal* das Vorliegen einer tatsächlichen und wirksamen Verteidigung losgelöst von der Mittellosigkeit des Beschuldigten beurteilt wurde. Angesprochen ist damit die Frage, ob und inwieweit der EGMR seine von ihm entwickelten Kriterien zur Beurteilung, ob «im Interesses der Rechtspflege» ein unentgeltlicher Rechtsbeistand eines mittellosen Beschuldigten erforderlich ist, in entsprechender Weise für die Beurteilung heranzieht, ob einem nicht mittellosen Beschuldigten eine effektive Verteidigung gewährt worden ist.⁹

Das Ziel der Konvention herausstellend, „nicht nur theoretische oder scheinbare, sondern vielmehr tatsächliche und wirksame Rechte zu schützen ...“, konkretisierte der EGMR dies anschließend speziell mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK: Es hieß insoweit in der Entscheidung *Czekalla gegen Portugal*, dass „... die Bestellung eines Rechtsbeistands nicht für sich allein die Wirksamkeit des Rechtsbeistandes, die er einem Angeklagten

geben kann“,¹⁰ gewährleiste. Jenes Vorgehen, zunächst das Erfordernis wirksamer Konventionsrechte im Allgemeinen zu betonen, um im Anschluss daran zu untersuchen, was dieses Erfordernis konkret für Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK bedeutet, fand sich ebenso in der Entscheidung *Artico gegen Italien* wieder. Aber auch in der Entscheidung *Imbrioscia gegen die Schweiz*, welche wie *Czekalla gegen Portugal* die Frage des Vorliegens einer mangelhaften Verteidigung losgelöst von der Mittellosigkeit des Beschuldigten untersuchte,¹¹ war jene Prüfungsweise des EGMR zu beobachten:

In *Artico gegen Italien* führte der EGMR insofern aus, dass die Konvention nicht dazu bestimmt sei, theoretische oder illusorische, sondern eben solche Rechte zu garantieren, „die konkret sind und Wirksamkeit entfalten ...“. Dies gelte „... insbesondere für Rechte der Verteidigung im Hinblick auf die herausragende Stellung, die das Recht auf ein faires Gerichtsverfahren in einer demokratischen Gesellschaft einnimmt, dem jene Rechte entstammen“.¹² Mit Bezug auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK konkretisierte der EGMR dies sodann dahingehend, dass „Art. 6 Abs. 3 c) von „Beistand“ und nicht von „Bestellung“ (spricht). Die Bestellung alleine gewährleistet eben keinen solchen wirksamen Beistand, denn der zum Pflichtverteidiger bestimmte Anwalt mag sterben, schwer krank werden, für einen ausgedehnten Zeitraum verhindert sein oder sich seinen Aufgaben entziehen“.¹³ Jenes Erfordernis einer tatsächlichen wirksamen Verteidigung aufgreifend, hieß es ebenso im Fall *Imbrioscia gegen die Schweiz*, dass „die Beigabe eines Verteidigers für sich allein noch nicht die Effizienz des Beistandes, den er einem Besch. leisten soll, gewährleistet“.¹⁴

Jenes Erfordernis eines effizienten Verteidigerbeistandes und dass der Beschuldigte tatsächlich „in den Genuß der Dienste“¹⁵ des Verteidigers gekommen sein müsse, stellte der EGMR nicht nur als allgemeinen Grundsatz auf, sondern füllte diesen im Rahmen seines anschließenden dritten Beurteilungsschritts mit Leben, indem er dort inhaltlich näher untersuchte, wann und aus welchem Grunde umgekehrt eben kein wirksamer Rechtsbeistand

¹⁰ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 60.

¹¹ Darauf verweist auch Esser (Fn. 1), S. 471.

¹² EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 33; vgl. zu dieser in *Artico* besonders deutlich zum Ausdruck gekommenen Auslegungsmaxime des EGMR demnächst auch die Zürcher Dissertation von Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkret und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK: die derzeit bei Duncker & Humblot im Druck befindliche Abhandlung zur Verfahrensfairness im Strafprozess, die besonders auf Fragen der wirksamen formellen Verteidigung bezogen ist, untersucht u.a. den praktischen Gehalt dieser Auslegungsmaxime, vgl. Kap. 2 § 2 III 2; ebenso geht sie dem „herausragenden Rang“ nach, der dem Recht auf ein faires Verfahren einschließlich der Verteidigungsrechte zukommen soll, vgl. Kap. 4 § 2 III.

¹³ EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 33.

¹⁴ EGMR, *Imbrioscia gegen die Schweiz*, ÖJZ 1994, 517, 518 Z. 38; siehe dazu auch Haefliger/Schürmann (Fn. 1), S. 233.

¹⁵ EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 665, 664 Z. 33.

⁶ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, Urt. v. 10.10.2002, NJW 2003, 1229 ff.

⁷ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 59.

⁸ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 59.

⁹ Auf jene Fragestellung ebenfalls hinweisend Esser (Fn. 1), S. 471 f. mit weiteren Ausführungen.

mehr gegeben ist.¹⁶ Zuzustimmen ist dem EGMR dahingehend dass eine einschränkende, sich mit der bloßen Bestellung eines Verteidigers begnügende Auslegung ohne Rücksicht auf die Wirksamkeit des Rechtsbeistandes „unvernünftig und weder mit dem Wortlaut des Abs. 3 c) noch mit der Struktur des Art. 6 insgesamt vereinbar“¹⁷ ist und zu einer, in einer Vielzahl von Fällen wertlosen Verteidigungsgarantie führen würde. Dabei sei hervorgehoben, dass das Erfordernis eines wirksamen Rechtsbeistandes nicht nur für die Frage relevant ist, ob im Interesse der Rechtspflege ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für einen mittellosen Beschuldigten erforderlich ist, sondern ebenso für die weitergehende Frage, ob einem Beschuldigten losgelöst von seiner finanziellen Lage eine wirksame Verteidigung eingeräumt worden ist.

3. Das Bestehen gerichtlicher Sorgfalts- und Fürsorgepflichten zur Gewährleistung eines wirksamen Rechtsbeistands

Für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine fehlende oder mangelhafte Verteidigung dem Staat zuzurechnen ist und staatliche Sorgfaltspflichten zur Gewährleistung eines wirksamen Rechtsbeistandes begründet, hat der EGMR ein Grundsatz-Ausnahmeverhältnis aufgestellt.

a. Grundsatz der fehlenden Zurechnung von Versäumnissen des Verteidigers

Unter konsequenter Herausstellung „völliger Rücksichtnahme auf das grundlegende Prinzip der Unabhängigkeit der Anwaltschaft“¹⁸, dessen wichtige Rolle der EGMR in ständiger Rechtsprechung in einer Vielzahl von Entscheidungen zu Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK wiederholte, führte er auch in *Czekalla gegen Portugal* aus, dass dem Staat „allerdings nicht die Verantwortung für jedes Versäumnis eines Pflichtverteidigers angelastet werden“¹⁹ könne. Denn aus der „Unabhängigkeit der Anwaltschaft vom Staat ergibt sich, dass die Führung der Verteidigung im Wesentlichen dem Angeklagten und seinem Rechtsanwalt obliegt, einerlei, ob er im Wege der Prozesskostenhilfe beigeordnet oder von seinem Mandanten bezahlt“²⁰ werde. Jenen Grundsatz bzw. Ausgangspunkt, wonach ein „möglicherweise falsches oder fehlerhaftes Verhalten der Verteidigung durch einen Pflichtverteidiger die Verantwortung des Staates nach der Konvention nicht begründen“²¹ könne, wurde vom Gerichtshof im Fall *Czekalla gegen Portugal* in Bezug auf einen bestellten Pflichtverteidiger betont. Dass insoweit zwischen

einem bestellten Verteidiger und einem Wahlverteidiger jedoch kein Unterschied besteht, scheinen aber die früheren Entscheidungen *Imbrioscia gegen die Schweiz* einerseits und *Daud gegen Portugal*²² andererseits zu belegen, ging es doch in *Daud gegen Portugal* um die Beurteilung der Verteidigung eines bestellten Verteidigers, hingegen in *Imbrioscia gegen die Schweiz* (u.a.) um die eines Wahlverteidigers. Ausdrücklich hieß es insoweit in *Imbrioscia gegen die Schweiz*, dass ein Staat nicht für jeden Mangel auf Seiten des Anwalts verantwortlich gemacht werden könne, „der zum Zweck der Verfahrenshilfe bestellt wurde ...oder vom Angeklagten gewählt wurde“.²³

b. Ausnahmsweise Zurechnung der Versäumnisse des Verteidigers

Es nicht bei obigem Grundsatz belassend, sondern das zuvor betonte Erfordernis tatsächlicher und wirksamer Konventionsrechte ernst nehmend, entließ der EGMR den Staat nun aber nicht endgültig aus dessen Pflicht, im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK zur Wahrung einer eben solchen wirksamen Verteidigung aktiv beizutragen. Vielmehr prüfte und entwickelte er bereits in den Entscheidungen *Imbrioscia gegen die Schweiz* und *Daud gegen Portugal* Kriterien, bei dessen kumulativem Vorliegen dem Staat ausnahmsweise Versäumnisse des Verteidigers angelastet werden und infolge dessen eine Pflicht des Staates zum aktiven Eingreifen begründet wird. Jene Kriterien, die aktive Eingriffspflichten des Staates begründen, wurden vom EGMR in *Czekalla gegen Portugal* aufgegriffen und hier in einer Art Verfeinerung weiterentwickelt.

aa. Die «Drei-Schritt-Prüfung» des EGMR

Aus allen drei Entscheidungen geht dabei eine Art Drei-Schritt-Prüfung hervor, wobei die ersten beiden Schritte die Frage betreffen und beantworten, «ob» für den Staat eine Pflicht zum aktiven Eingreifen bestand,²⁴ während sich der EGMR in einem dritten Schritt zu der Frage äußert, «wie» und in welcher Weise der Staat zur Gewährleistung einer effektiven Verteidigung aktiv zu werden hat.

Kritisch hingewiesen sei bereits an dieser Stelle jedoch darauf, dass sich den dritten Schritt, das «Wie» des erforderlichen staatlichen Eingreifens betreffend bisher eher vorsichtig formulierte Ausführungen des EGMR wieder finden, in denen er in einer Art vorschlagenden

¹⁶ Vgl. dazu die näheren Ausführungen unter II. 3. b. bb. (1) zur ersten Voraussetzung des Fehlens einer praktischen und wirksamen Verteidigung.

¹⁷ EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 33.

¹⁸ EGMR, *Goddi gegen Italien*, EuGRZ 1985, 234, 237 Z. 31.

¹⁹ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 60.

²⁰ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 60.

²¹ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 65.

²² EGMR, *Daud gegen Portugal*, Urte. v. 21.4.1998, ÖJZ 1999, 198 f.

²³ EGMR, *Imbrioscia gegen die Schweiz*, ÖJZ 1994, 517, 518 Z. 41; vgl. zudem EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 38: „nicht für jeden Mangel auf der Seite des Verfahrenshelfers“ und „sei der Rechtsbeistand nun nach einem Verfahrenshilfesystem ernannt oder seien seine Kosten privat zu tragen“; vgl. weiter EGMR, *Kamasinski gegen Österreich*, Urte. v. 19.12.1989, ÖJZ 1990, 412, 414 Z. 66.

²⁴ *Esser* (Fn.1), S. 458 sprach hinsichtlich der ersten beiden Voraussetzungen von einer „Zwei-Stufen-Prüfung“, siehe dort die weiteren Ausführungen.

und Beispiele nennenden Weise einzelne, mögliche staatliche Maßnahmen zur Gewährleistung einer wirksamen Verteidigung anführt. Verallgemeinerungswürdige und näher strukturierte Überlegungen grundsätzlicher Art dazu, was ein Staat an aktiven Maßnahmen zur Wahrung wirksamer Verteidigungsrechte vorzunehmen hat und welche Behörden und Gerichte im Einzelnen inwieweit tätig werden müssen, sind jenen drei Entscheidungen nicht zu entnehmen.²⁵ Dies ist nicht nur in Bezug auf Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK bedauerlich, sondern auch hinsichtlich der anderen, in Absatz 3 des Art. 6 EMRK genannten Verteidigungsgarantien, stellt sich doch bei nicht gewährten Verteidigungsrechten stets die Frage, was der Staat seinerseits zu tun hat, um einer gegebenen Einschränkung der Verteidigungsrechte entgegenzuwirken. Das Erfordernis wirksam gewährter Verteidigungsrechte, das der EGMR nicht nur bei Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, sondern beispielsweise auch im Zusammenhang mit dem Konfrontationsrecht des Angeklagten nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK betont, ernst nehmend, hätte es daher wünschenswert gemacht, wenn sich der Gerichtshof zur Ausgestaltung der staatlichen Fürsorge- und Eingriffspflichten im Einzelnen nicht nur näher, sondern überhaupt in grundsätzlicher Weise geäußert hätte. Es bleibt insofern mithin die zukünftige Spruchpraxis abzuwarten, um der Frage, «wie» der Staat seiner Fürsorgepflicht nachzukommen hat, nachvollziehbarere Konturen zu vermitteln.

bb. Die zwei Voraussetzungen zur Begründung einer Verantwortung des Staates für Versäumnisse des Verteidigers – die Frage des „Ob“

Hinsichtlich der Frage, ob dem Staat ausnahmsweise eine Verantwortung für Versäumnisse eines Verteidigers anzulasten ist, stellte der EGMR zwei Voraussetzungen auf, die nicht nur kumulativ vorliegen müssen, sondern die er auch stets in derselben Reihenfolge prüfte.

Es hieß insofern bereits in den Entscheidungen *Daud gegen Portugal* und *Imbrioscia gegen die Schweiz*, dass die innerstaatlichen Behörden bzw. die Vertragsstaaten nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK „nur dann verpflichtet (sind) einzugreifen, wenn ein Mangel des Pflichtverteidigers in der wirksamen Vertretung“²⁶ bzw. „das Versäumnis des Verteidigers, eine wirksame Verteidigung zu bieten“²⁷ „offensichtlich ist oder ihnen ein solcher Mangel in hinreichender Weise anders zur Kenntnis gebracht wird“²⁸. Dies aufgreifend, hob der EGMR auch in der Entscheidung *Czekalla gegen Portugal* hervor, dass Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK die „zuständigen staatlichen Behörden nur zum Eingreifen (verpflichtet), wenn das Versagen des Pflichtverteidigers offenkundig ist oder wenn

die Behörden in anderer Weise ausreichend davon unterrichtet werden“.²⁹

Die Begründungserwägungen jener Entscheidungen zeigen dabei auf, dass der EGMR zunächst untersuchte, ob dem Beschuldigten eine effektive Verteidigung gewährleistet worden war. Kam er zu dem Ergebnis, dass „keine tatsächliche und wirksame Verteidigung“³⁰ vorgelegen habe, sah er sich veranlasst, nunmehr³¹ die zweite Voraussetzung zu prüfen: Hierbei untersuchte er unter dem Gesichtspunkt der Offenkundigkeit oder einer anderweitigen hinreichenden Kenntniserlangung von der mangelnden/mangelhaften Verteidigung, „ob die zuständigen Behörden verpflichtet waren, unter Beachtung des Grundsatzes der Unabhängigkeit der Anwaltschaft tätig zu werden, um dem Betroffenen die wirksame Ausübung des ihm zuerkannten Rechts zu gewährleisten“.³²

(1) Die erste Voraussetzung: Das Fehlen einer praktischen und wirksamen Verteidigung

Was die erste Voraussetzung betrifft, machte der EGMR hinsichtlich der Prüfung, ob der Beschuldigte nicht in den Genuss einer tatsächlichen und wirksamen Verteidigung gekommen war, in der Entscheidung *Czekalla gegen Portugal* auf die Unterscheidung zwischen einer unterlassenden, fehlenden Verteidigungshandlung einerseits und einer zwar getätigten, jedoch fehlerhaft und unter Missachtung von Rechtsvorschriften vorgenommenen Verteidigungshandlung andererseits aufmerksam.

(1 a) Die Entscheidung *Daud gegen Portugal*

Der EGMR verwies insofern auf die Entscheidung *Daud gegen Portugal*, in der das Nichtvorliegen einer effektiven Verteidigung im Unterschied zu *Czekalla gegen Portugal* mit einem Untätigbleiben, also mit fehlenden Verteidigungshandlungen des (ersten) bestellten Verteidigers begründet wurde: Auf die Vorbereitung der Führung des Falles durch die von Amts wegen beigegebenen

²⁹ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 60.

³⁰ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 66.

³¹ Vgl. zu jenem Übergang von der ersten zur zweiten Voraussetzung etwa EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 66: im Anschluss an die Feststellung, dass keine tatsächliche und wirksame Verteidigung vorlag, hieß es „Somit stellt sich die Frage ...“ und der EGMR ging über in die Prüfung der zweiten Voraussetzung; das selbe Vorgehen findet sich in EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 39-42 mit der kurzen Formulierung „Der GH muß daher prüfen ...“ (Z.40); vgl. auch EGMR, *Goddi gegen Italien*, EuGRZ 1985, 234, 236 Z. 27-31, wo zunächst geprüft und festgestellt wurde, dass „keine „konkrete und wirkliche“ Verteidigung“ (Z. 27) vorlag und daran anschließend „ferner ermittelt werden (muß), ob und inwieweit ein derartiger Tatumstand dem italienischen Staat zur Last gelegt werden kann“ (Z. 28) und der EGMR sodann das Vorliegen der zweiten Voraussetzung untersuchte.

³² EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 66; ebenso EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 40.

²⁵ Siehe dazu weiter unter II. 3. b. cc.

²⁶ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 38.

²⁷ EGMR, *Imbrioscia gegen die Schweiz*, ÖJZ 1994, 517, 518 Z. 41.

²⁸ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 38; ebenso EGMR, *Imbrioscia gegen die Schweiz*, ÖJZ 1994, 517, 518 Z. 41; vgl. zudem EGMR, *Kamasinski gegen Österreich*, ÖJZ 1990, 412, 414 Z. 55.

Verteidiger Bedacht nehmend, sei „das intendierte Ziel des Art. 6 Abs. 3 nicht erreicht ...“ worden, da der „... erste von Amts wegen beigegebene Verteidiger, bevor er sich krank meldete, keinerlei Schritte als Berater von Herrn Daud unternommen hat, welcher erfolglos versucht hat, seine eigene Verteidigung zu führen“.³³ Die erste bestellte Verteidigerin hatte mehr als 8 Monate nach ihrer Bestellung immer noch keinen Kontakt mit dem Beschuldigten gesucht und jenes fehlende Kontaktieren über diesen langen Zeitraum und dass diese von Amts wegen beigegebene Verteidigerin seit ihrer Bestellung keinerlei Schritte zur Verteidigung des Beschuldigten gesetzt hatte, sah der EGMR als „offenkundiges Versäumnis“³⁴ an. Hinsichtlich der zweiten beigegebenen Verteidigerin, von deren Bestellung der Beschuldigte nur drei Tage vor Beginn der Hauptverhandlung vor dem Strafgericht erfuhr, erachtete der EGMR den Zeitraum, den „sie brauchte, um den Akt zu studieren, ihren Klienten erforderlichenfalls im Gefängnis zu besuchen und dessen Verteidigung vorzubereiten“³⁵ nicht für ausreichend. Zur Begründung, warum seiner Ansicht nach die Zeit zwischen der Verständigung von der Bestellung eines neuen Verteidigers am 23.1.1993 und der Hauptverhandlung am 26.1.1993 zu kurz sei, verwies er darauf, dass es sich um einen schwierigen, komplexen Fall ohne gerichtliches Ermittlungsverfahren gehandelt habe und zudem eine hohe Freiheitsstrafe verhängt wurde.³⁶ Der EGMR kam damit zum Ergebnis, dass der Beschuldigte „nicht in den Genuß einer praktischen und wirksamen Verteidigung ...“, wie dies Art. 6 Abs. 3 lit. c verlangt³⁷ gekommen ist.

Interessant und besonders hervorzuheben ist insoweit, dass der EGMR zur Beurteilung, ob eine «tatsächliche und wirksame» Verteidigung gegeben ist, auf Prüfungskriterien zurückgriff, die er in der Entscheidung *Quaranta gegen die Schweiz* auch zur Bestimmung der «Interessen der Rechtspflege» und der Frage, ob diese den unentgeltlichen Rechtsbeistand eines mittellosen Beschuldigten erforderlich machen, heranzog. In *Quaranta gegen die Schweiz* nahm der Gerichtshof dabei auf verschiedene Kriterien Bedacht, um zu entscheiden, ob die «Interessen der Rechtspflege» den unentgeltlichen Beistand eines Verteidigers für einen mittellosen Beschuldigten verlangen: In erster Linie sei auf die „Schwere der strafbaren Handlung ...“, deren der Beschuldigte angeklagt ist und „... auf die Strenge der Freiheitsstrafe, die er riskierte“³⁸ zu achten. Ein weiterer Faktor sei „die Komplexität des Falles“³⁹ wobei der Gerichtshof sowohl darauf abstellte, dass „der Fall keine besonderen Schwierigkeiten hin-

sichtlich des Sachverhalts aufwarf ...“ als auch darauf, dass „... das Ergebnis der HV ... jedoch von erheblicher Bedeutung für den Bf (war), weil die ihm zur Last gelegte Straftat während der Bewährungsfrist begangen wurde“⁴⁰ mit der Folge, dass das Strafgericht nicht nur über die neue Freiheitsstrafe, sondern auch über einen möglichen Widerruf der aufgeschobenen Freiheitsstrafe zu entscheiden hatte. Der EGMR betonte insofern, dass eine Teilnahme eines Verteidigers an der Hauptverhandlung „die besten Voraussetzungen für die Verteidigung des Bf, insb im Hinblick auf den Umstand geschaffen (hätte), daß dem Gericht eine lange Reihe von Maßnahmen zur Verfügung gestanden hätte“.⁴¹ Eben solche Fragen seien „bereits für sich kompliziert...“, und wären – womit der Gerichtshof das dritte Kriterium nannte – für den Beschuldigten „... um so komplizierter ... im Hinblick auf dessen persönliche Lage“.⁴² Bei dem Beschuldigten handelte es sich um einen erst vor kurzem volljährig gewordenen Ausländer mit einem unterprivilegierten Hintergrund ohne richtige Berufsausbildung, mit einem langen Vorstrafenverzeichnis und welcher längere Zeit Drogen nahm. Der Gerichtshof kam daher zum Ergebnis, dass „(U)nter den Umständen des Falls ...“ die persönliche Anwesenheit des Beschuldigten vor dem Untersuchungsrichter und vor dem Strafgericht „... ohne Beistand eines Verteidigers es ihm nicht ermöglicht (hat), seinen Fall in angemessener Weise zu führen“⁴³ und Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK damit verletzt sei.

Dazu, ob der Gerichtshof nun das Vorliegen einer «tatsächlichen und wirksamen» Verteidigung und die «Interessen der Rechtspflege» mittels derselben, d.h. übereinstimmenden Kriterien bestimmen und damit im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK einen einheitlichen Prüfungsmaßstab anlegen will, äußerte er sich in *Daud gegen Portugal* nicht ausdrücklich, sondern ließ diese Frage vielmehr – und dies bedauerlicherweise – offen. In Anbetracht der Tatsache jedoch, dass der EGMR in *Czekalla gegen Portugal* erneut auf einzelne jener Kriterien zurückgriff, die er in *Quaranta gegen die Schweiz* zur Beurteilung der «Interessen der Rechtspflege» angeführt hatte, lässt sich die Vermutung nicht gänzlich von der Hand weisen, dass der EGMR auf dem Weg ist, eine einheitliche Bewertungslinie für Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK zu entwickeln. Jedoch muss insofern jedoch wohl eher noch von einer sich vorerst vorsichtig abzeichnenden Tendenz «im Entwicklungsstadium» gesprochen

⁴⁰ EGMR, *Quaranta gegen die Schweiz*, ÖJZ 1991, 745, 746 Z 34.

⁴¹ EGMR, *Quaranta gegen die Schweiz*, ÖJZ 1991, 745, 746 Z 34.

⁴² EGMR, *Quaranta gegen die Schweiz*, ÖJZ 1991, 745, 746 Z 35; vgl. weiter *Meyer-Ladewig* (Fn. 1), Art. 6 N 91; *Peters* (Fn. 1), S. 137; *Grabenwarter* (Fn. 1), S. 330 N 111 mit differenzierenden Ausführungen; siehe zudem die Ausführungen von *Haefliger/Schürmann* (Fn. 1), die u.a. bezüglich der «Interessen der Rechtspflege» darauf hinweisen, dass „der Begriff dieses Interesses“ von der Straßburger Praxis bis jetzt nicht näher umschrieben worden sei; siehe dazu ebenso *Gollwitzer* (Fn. 1), S. 396 N 203: „bisher noch kaum definierte Begriff“ mit weiteren Ausführungen.

⁴³ EGMR, *Quaranta gegen die Schweiz*, ÖJZ 1991, 745, 746 Z 36.

³³ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 39.

³⁴ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 42.

³⁵ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 39.

³⁶ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 39, wo es weiter hieß, dass der OGH „diese Situation nicht saniert“ habe, weil er in seinem Urteil das Rechtsmittel wegen einer unzureichenden Darlegung der Gründe für unzulässig erklärte.

³⁷ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 39.

³⁸ EGMR, *Quaranta gegen die Schweiz*, Urt. v. 24.5.1991, ÖJZ 1991, 745, 746 Z 33.

³⁹ EGMR, *Quaranta gegen die Schweiz*, ÖJZ 1991, 745, 746 Z 34.

werden, die nicht mehr als die beschriebenen Vermutungen erlauben. Dies deshalb, weil der EGMR eben nicht ausdrücklich dazu Stellung nimmt, ob er die «tatsächliche und wirksame» Verteidigung und die «Interessen der Rechtspflege» nach einheitlichen oder zumindest ähnlichen Kriterien zu bestimmen beabsichtigt. In Anbetracht zu vermeidender Wertungswidersprüche⁴⁴ innerhalb der Verteidigungsgarantien wäre – und zwar nicht nur für Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK – die Klärung der Frage mehr als wünschenswert, ob die «Interessen der Rechtspflege» tatsächlich mit den zu «währenden wirksamen» Verteidigungsrechten schlicht gleichzusetzen und einheitlich zu beurteilen sind oder ob nicht doch etwaige Unterschiede bestehen, die eine vielleicht ähnliche, aber eben nicht gänzlich übereinstimmende Behandlung erfordern.⁴⁵ Die diesbezügliche zukünftige Rechtsprechungsentwicklung bleibt daher mit Spannung abzuwarten.

(1 b) Die Entscheidung *Czekalla gegen Portugal*

Lehnte der Gerichtshof eine effektive Verteidigung des Beschuldigten in *Daud gegen Portugal* aufgrund fehlender wirksamer Verteidigungshandlungen ab, so ging es in *Czekalla gegen Portugal* um ein zwar getätigtes, jedoch fehlerhaft und unter Missachtung von Rechtsvorschriften vorgenommenes Verteidigungshandeln.

Die bestellte Pflichtverteidigerin hatte „(A)nders als in der Sache Daud ...“ nicht „... versäumt ...“, dem Bf. ihren Beistand im Verfahren vor dem erstinstanzlichen Gericht zu geben. Es fragt sich aber, ob die Tatsache,

⁴⁴ Siehe dazu die weiteren Ausführungen von *Esser* (Fn. 1), S. 471 f.

⁴⁵ Vgl. dazu auch die näheren Ausführungen von *Gollwitzer* (Fn. 1), S. 396 N 203, wonach der Begriff der Interessen der Rechtspflege „das öffentliche Interesse an der Findung eines gerechten Urteils als auch die Wahrung des Verteidigungsinteresses des Angeklagten“ umschließe und beide sich „überschneiden“; siehe auch Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention (Fn. 1), *Vogler*, Art. 6 N. 528: wonach das Interesse der Rechtspflege auch die Interessen des Angeklagten „umfaßt“ und nicht dazu in Gegensatz gestellt werden dürfe und zudem „sowohl das öffentliche Interesse an der Findung eines gerechten Urteils wie das Verteidigungsinteresse des Angeklagten“ maßgebend sei; siehe auch *Meyer*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2006, Art. 48 N 27 a.E.: „wie insbesondere vom öffentlichen Interesse an einer gerechten Urteilsfindung“; anzumerken sei insofern, dass jene Ausführungen von *Gollwitzer* und *Vogler* aufzeigen, dass die zu währenden Verteidigungsrechte und die «Interessen der Rechtspflege» nicht schlicht identisch sind, sondern letztere weitere (öffentliche) Interessen einschließen; ein eindeutiger Schluss, dass sich die Beurteilung der «Interessen der Rechtspflege» sowie der «wirksamen Verteidigungsrechte» nach ein und den selben Kriterien bestimmt, kann den gewählten Formulierungen vom «Überschneiden» beider bzw. vom «Umfaßt»-Sein hingegen nach Ansicht der Verfasserin nicht entnommen werden; siehe zum Ganzen auch *Gaede* (Fn. 12), Kap. 3 § 3 III 3 c, Kap. 5 § 4 III, Kap. 9 § 4, der die heutigen Tendenzen zur Auslegung der „interests of justice“ aufarbeitet und auch für reine Wahlverteidigung eine prinzipiell gleiche Pflicht der Vertragsstaaten bejaht, konkrete und wirksame Verteidigung herzustellen.

dass sie das Rechtsmittel unter Missachtung der vom staatlichen Recht und vom Obersten Gerichtshof verlangten Formvorschriften eingelegt hat, als ein „offenkundiges Versagen“ angesehen werden“⁴⁶ könne. Interessant ist insofern, dass der Gerichtshof darauf hinwies, dass sich auch in *Daud gegen Portugal* ein „ähnliche(r) Aspekt“⁴⁷, also der Aspekt eines offenkundigen Versagens des Verteidigers durch Missachtung von Rechtsanforderungen stellte, der jedoch nur von der Kommission geprüft wurde.⁴⁸ Der Gerichtshof selbst aber hatte sich „zu diesem Aspekt nicht geäußert“⁴⁹, da ihm die übrigen Mängel – womit wohl die schlicht fehlenden Verteidigungshandlungen angesprochen sind – für eine Bejahung einer Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK bereits ausreichten.

In *Czekalla gegen Portugal* hatte der Gerichtshof nun über diesen Aspekt zu entscheiden und wiederholte insofern zunächst, dass ein „möglicherweise falsches oder fehlerhaftes Verhalten der Verteidigung durch einen Pflichtverteidiger die Verantwortung des Staates nach der Konvention nicht begründen“⁵⁰ könne. Sodann äußerte er sich aber näher zu den Kriterien, wann ein fehlerhaftes Verteidigerverhalten ausnahmsweise zu einer staatlichen Verantwortung führen könne, wenn insofern auch anzumerken ist, dass der EGMR hinsichtlich der Bestimmung jener Kriterien eher vorsichtig und unbestimmt blieb. Es hieß, dass „unter bestimmten Umständen die fahrlässige Missachtung einer reinen Formvorschrift nicht mit einem solchen Fehlverhalten oder einer einfachen Unzulänglichkeit der Begründung gleichgesetzt...“ werden könne. Dies sei „... dann der Fall, wenn ein solcher Fehler zur Folge hat, dass dem Betroffenen ein Rechtsbehelf genommen wird, ohne dass dies von einem höherinstanzlichen Gericht berichtigt wird“⁵¹. Zur Bestimmung, wann ein fehlerhaftes Verhalten in einem solchen Maße fehlerhaft ist, dass es die staatliche Verantwortung zu begründen geeignet ist, stellte der Gerichtshof damit auf den Gesichtspunkt der Folgen und Konsequenzen jener fehlerhaften Missachtung von Rechtsanforderungen für den Beschuldigten und dessen Situation im Verfahren ab. Ob die in *Czekalla gegen Portugal* und *Daud gegen Portu-*

⁴⁶ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 62.

⁴⁷ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 63

⁴⁸ In *Daud gegen Portugal* versäumte der Pflichtverteidiger, in seinem Rechtsmittel die angeblich verletzte Gesetzesvorschriften anzugeben, weshalb das Rechtsmittel vom Obersten Gerichtshof als unzulässig verworfen wurde. Die Kommission bewertete dies als „einen Fall, in dem das Versagen des Pflichtverteidigers offenkundig war und schwerwiegende Auswirkungen auf die Verteidigung des Bf. hatte, weil ihm der Zugang zum Obersten Gerichtshof verwehrt wurde“, EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 63 mit Verweis auf diese Stellungnahme der Kommission in *Daud gegen Portugal*, EGMR, Slg. 1998, II-756 Nr. 50.

⁴⁹ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 64.

⁵⁰ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 65.

⁵¹ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 65.

gal eingetretene Konsequenz, dass dem Beschuldigten infolge des fehlerhaften Verteidigerverhaltens ein ihm an sich zustehendes Rechtsmittel genommen wurde, ohne dass dies berichtet wurde, nun der einzige Fall der Begründung einer staatlichen Verantwortung sein soll, ließ der EGMR unbeantwortet. Angesichts seiner eher vage und offen gehaltenen Formulierung „unter bestimmten Umständen“⁵² kann dies aber wohl zumindest bezweifelt werden und lässt umgekehrt die Vermutung zu, dass es durchaus weitere Fallkonstellationen geben wird, bei denen ein fehlerhaftes Verteidigerverhalten ausnahmsweise zu einer Verantwortung des Staates führen kann.⁵³ Auch insofern bleibt die zukünftige Rechtsprechungspraxis abzuwarten.

Wie schon in *Daud gegen Portugal* stellte der Gerichtshof in *Czekalla gegen Portugal* im Rahmen seiner Beurteilung, ob eine «praktische und wirksame» Verteidigung vorgelegen habe, sodann ebenfalls auf einige der Kriterien ab, der er in *Quaranta gegen die Schweiz* in Bezug auf die «Interessen der Rechtspflege» genannt hatte: So habe es sich bei dem Beschuldigten um einen die Gerichtssprache nicht kennenden Ausländer gehandelt, dem Straftaten zur Last gelegt wurden, welche zu einer schweren Gefängnisstrafe führen konnten und führten.⁵⁴ Offen gelassen wurde seitens der Gerichtshofs aber auch hier, ob und inwieweit die Kriterien zur Beurteilung der «Interessen der Rechtspflege» und des Vorliegens einer «praktischen und wirksamen» Verteidigung übereinstimmend heranzuziehen sind.

Der EGMR lehnte im Ergebnis „(W)egen aller dieser Umstände“⁵⁵ eine praktische und wirksame Verteidigung des Beschuldigten, wie das nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK erforderlich gewesen wäre, ab und ging zur Prüfung seiner zweiten Voraussetzung über.

(2) Die zweite Voraussetzung: Die Offenkundigkeit oder anderweitig hinreichende Kenntniserlangung

Im Rahmen der zweiten Voraussetzung untersuchte der EGMR nun anschließend, ob der Mangel bzw. das Versagen des Verteidigers offenkundig gewesen war oder die staatlichen Behörden in anderer Weise ausreichend davon unterrichtet wurden.

In *Daud gegen Portugal* ergab sich die Annahme jener zweiten Voraussetzung schon aus dem Verhalten des Beschuldigten selbst: Zum einen ersuchte der Beschuldigte das Gericht nach mehr als 8 Monaten „um ein Gespräch mit seinem Verteidiger, welcher ihn bis dahin noch nicht kontaktiert hatte“.⁵⁶ Zwar schenkte der Rich-

ter diesem Antrag keine Beachtung, weil er in einer fremder Sprache verfasst war, aber nach Auffassung des EGMR hätte dieser Antrag die zuständigen Behörden „darauf aufmerksam machen müssen, daß ein offenkundiges Versäumnis auf seiten der von Amts wegen beigegebenen Verteidigerin vorlag, vor allem weil letztere noch keinerlei Schritte seit ihrer Bestellung“⁵⁷ gesetzt habe. Aus diesem Grund und zudem aufgrund der Ablehnung von zwei weiteren, wiederum vom Beschuldigten selbst während des gleichen Zeitraumes gestellten Anträgen „hätte das Gericht Nachforschungen anstellen sollen, in welcher Art der Verteidiger seiner Pflicht nachkam und ihn möglicherweise früher ersetzen sollen, ohne darauf zu warten, daß er sich für unfähig erklärte, für Herrn Daud einzuschreiten“.⁵⁸ Da die zuständigen Behörden damit nach Ansicht des EGMR wissen mussten, dass keine wirksame Verteidigung vorgelegen habe, waren diese unter Beachtung des Grundsatzes der Unabhängigkeit der Anwaltschaft zu einem Handeln verhalten, das gewährleistete, dass der Beschuldigte in den Genuss seines Rechtes kam.⁵⁹

In *Czekalla gegen Portugal* wies der Gerichtshof ausdrücklich darauf hin, dass der Beschwerdeführer die zuständigen Behörden „nicht auf die Unzulänglichkeiten seiner Verteidigung aufmerksam gemacht hat“.⁶⁰ An das Fehlen einer ausdrücklichen Rüge der mangelnden/mangelhaften Verteidigung durch den Beschuldigten gegenüber staatlichen Behörden knüpfte der Gerichtshof nun aber nicht den Schluss, dass der Beschuldigte dadurch sein Recht aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK verloren habe. Die Vermutung und Hoffnung, dass der EGMR nicht vom Bestehen einer etwaigen Rügepflicht des Beschuldigten ausgeht, lässt sich zum einen daraus ableiten, dass er eine solche in *Czekalla gegen Portugal* und *Daud gegen Portugal* nicht ausdrücklich positiv aufstellte und zum anderen daraus, dass er aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Rüge des Beschuldigten gegenüber den Behörden nicht ableitete, dass es infolgedessen automatisch an der zweiten Voraussetzung der «Offenkundigkeit oder anderweitig hinreichenden Kenntniserlangung» fehlt. Nicht zuletzt lässt sich gegen das Bestehen einer Rügepflicht des Beschuldigten auch anführen, dass dem EGMR vorliegend die anderen (nachfolgend beschriebenen) Umstände, die auf die mangelnde Verteidigung hinwiesen, genügten und er hinsichtlich der zweiten Voraussetzung wiederholt formulierte, «dass» den Behörden ein Versagen des Verteidigers „in anderer Weise ausreichend“⁶¹ bzw. „in hinreichender Weise anders“⁶² zur Kenntnis gebracht wird. Nicht hingegen legte er fest, «wie» und in welcher Weise die Behörden von den Versäumnissen des Verteidigers in Kenntnis gesetzt werden

⁵⁷ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 42.

⁵⁸ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 42.

⁵⁹ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 40, 42.

⁶⁰ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 67.

⁶¹ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 60.

⁶² EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 38.

⁵² EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 65.

⁵³ Für eine über den Fall *Czekalla* hinausgehende Anwendbarkeit der Rechtsprechung eingehend *Gaede* (Fn. 12), Kap. 9 § 4.

⁵⁴ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 65.

⁵⁵ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 66.

⁵⁶ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z 42.

müssen, und schon gar nicht, dass dies zwingend durch eine Rüge des Beschuldigten zu erfolgen habe.⁶³

In *Czekalla gegen Portugal* stellte der EGMR vielmehr auf die Tatsache ab, dass der Beschuldigte selbst Berufung eingelegt hatte, was „bereits darauf hin(deutete), dass er mit der Führung der Verteidigung durch die Pflichtverteidigerin nicht voll einverstanden war“.⁶⁴ Als „entscheidende(n) Punkt“⁶⁵ sah er insofern aber „die Missachtung einer einfachen Formvorschrift bei der Einlegung des Rechtsmittels ... durch die Pflichtverteidigerin“⁶⁶ an, was nach Ansicht des Gerichtshofs „ein „offenkundiges Versagen“, das positive Maßnahmen seitens der zuständigen Behörden erforderlich macht“,⁶⁷ darstelle. Nicht nur aus dem Verhalten des Beschuldigten selbst, sondern auch aus dem des Verteidigers – hier in Form der Verletzung einer einfachen Rechtsvorschrift – leitete der EGMR also ab, dass den staatlichen Behörden das Versäumnis des Verteidigers ausreichend zur Kenntnis gebracht wurde.

Für den EGMR scheint es damit maßgebend zu sein, dass den staatlichen Behörden ein den Erfordernissen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK nicht entsprechender Verteidigungsmangel zur Kenntnis gelangt, wobei dies nicht zwingend stets durch den Beschuldigten selbst, sondern auch etwa durch den Verteidiger und deren Verhalten oder durch andere Umstände der Vertretung erfolgen kann.⁶⁸

⁶³ Zu Zweifeln hinsichtlich einer solchen Rügepflicht geben jedoch die Formulierungen in den Entscheidungen *Imbrioscia gegen die Schweiz* und *Kamasinski gegen Österreich* Anlass, wo es hieß, dass „der Bf sich nicht über die Untätigkeit von Frau BG beschwert hat“, EGMR, *Imbrioscia gegen die Schweiz*, ÖJZ 1994, 517, 518 Z. 41 bzw. dass das „Protokoll nichts darüber aussagt, daß Herr Kamasinski selbst um die Ablöse seines Verteidigers ersucht hat“, EGMR, *Kamasinski gegen Österreich*, ÖJZ 1990, 412, 414 Z. 70; vgl. die entsprechenden Hinweise von Esser (Fn. 1), S. 468 f. bezüglich *Imbrioscia gegen die Schweiz* sowie S. 451 bezüglich *Goddi gegen Italien*; vgl. demnächst auch umfassender zur Behandlung von unterlassenen Rügen durch den EGMR Gaede (Fn. 12), Kap. 8 § 2.

⁶⁴ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 67 mit weiteren Ausführungen.

⁶⁵ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 68.

⁶⁶ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 68.

⁶⁷ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 68.

⁶⁸ Vgl. insofern auch die Formulierung in EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 33: „Falls den Behörden das Eintreten eines solchen Umstandes bekannt wird“; vgl. zudem EGMR, *Kamasinski gegen Österreich*, ÖJZ 1990, 412, 414 Z. 70, wonach es nach Ansicht des Gerichtshof trotz der den staatlichen Behörden bekannten Unzufriedenheit des Beschuldigten an der Vorbereitung seiner Verteidigung und seiner entsprechenden Kritik sowie trotz eines Streits zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger in der Hauptverhandlung, in dessen Folge der Verteidiger das Gericht um Enthebung von seinem Aufgaben ersuchte, „kein Anzeichen dafür (gibt), daß die österreichischen Behörden im Vorverfahren Grund zum Einschreiten gehabt hätten ... Auf Grund der vorliegenden Beweismittel kann nicht gesagt werden, da sie die besondere

cc. Das Erfordernis aktiver Maßnahmen der staatlichen Behörden – die Frage des „Wie“

Werden die beiden vorgängig dargestellten Voraussetzungen bejaht und damit eine Verantwortung des Staates für Mängel und Versäumnisse des Verteidigers begründet, so gebietet die „Achtung vor der Konvention aktive Schritte“⁶⁹ der staatlichen Behörden und diese sind zu positiven Handlungen bzw. einem Eingreifen verpflichtet, um den Beschuldigten in den Genuss einer «praktischen und wirksamen» Verteidigung zu bringen.⁷⁰

In dem sich nun anschließenden Schritt äußerte sich der EGMR dazu, «wie» der Staat zur Gewährleistung einer effektiven Verteidigung aktiv zu werden hat, wobei er insofern – wie in den obigen Ausführungen unter Punkt II. 3. b. aa. bereits kritisch angemerkt – weder umfassende und abschließende noch fallübergreifende und damit verallgemeinerungswürdige Leitmaßstäbe für die Frage setzte, von welcher Art die staatlichen Maßnahmen sein müssen oder in welcher Weise etwa ein erforderliches aktives Handeln verschiedener Behörden miteinander zu verknüpfen wäre. Die diesbezüglichen Ausführungen des Gerichtshofs haben vielmehr einen eher beispielgebenden und vorschlagenden Charakter, mit denen der EGMR auf die Besonderheiten des jeweiligen Falles Bezug nimmt.⁷¹

Trotz der in den Entscheidungen beispielhaft genannten und so zum Teil unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten des Staates, fällt jedoch die Gemeinsamkeit auf, dass der EGMR die Frage des «Wie» bezogen auf zwei Gesichtspunkte untersuchte: Zum einen prüfte er, welche Maßnahmen der Staat hinsichtlich des Verteidigers, dem die Versäumnisse oder Mängel in der Vertretung vorgeworfen wurden, ergreifen könnte, und zum anderen ging der EGMR auf die Ersetzung dieses Verteidigers ein:

Sicherung des rechtlichen Beistandes gem Abs 3 lit c des Art 6 außer acht gelassen hätten oder die allgemeine Sicherstellung eines fairen Verfahrens gem Abs 1“; zudem ließen trotz der Kritik des Beschuldigten „die Umstände seiner Vertretung in der HV nicht erkennen“, dass der Vorsorge für den nach Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK verlangten Rechtsbeistand zuwider gehandelt oder ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 EMRK versagt worden sei; vgl. dazu auch Esser (Fn. 1), S. 472: „Eine denkbare Art der Kenntnisnahme ...“ sowie S. 473: dies muss nicht, kann aber durch den Beschuldigten geschehen“; siehe zudem Gollwitzer (Fn. 1), S. 397 N 206; Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 1996, Art. 6 N 198.

⁶⁹ So bereits in EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 36.

⁷⁰ Vgl. in diesem Sinne EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 60; EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 40; EGMR, *Imbrioscia gegen die Schweiz*, ÖJZ 1994, 517, 518 Z. 41; siehe auch bereits EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 36; EGMR, *Kamasinski gegen Österreich*, ÖJZ 1990, 412, 414 Z. 55; EGMR, *Goddi gegen Italien*, EuGRZ 1985, 234, 237 Z. 31: „konstruktive Maßnahmen“.

⁷¹ Vgl. aber auch Gaede (Fn. 12), Kap. 9 § 4 III 3, der im Rahmen seiner Analyse der gesamten Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK bereits erste Maßstäbe aus dem Gesamtkontext der EGMR-Rechtsprechung ableiten will.

Bereits in *Artico gegen Italien* hieß es, dass den Behörden „(Z)wei Wege ...“ offen gestanden hätten: entweder den Rechtsanwalt „... zu ersetzen oder, gegebenenfalls, ihn zur Erfüllung seiner Verpflichtungen zu veranlassen“. ⁷² Die Behörden wählten jedoch den „dritten Weg, nämlich untätig zu bleiben“ ⁷³ und verletzten damit die Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK.

In *Daud gegen Portugal* hätten die Behörden nachforschen sollen, „in welcher Art der Verteidiger seiner Pflicht nachkam und ihn möglicherweise früher ersetzen sollen, ohne darauf zu warten, daß er sich für unfähig erklärte, für Herrn Daud einzuschreiten“. ⁷⁴ Zudem hätte das Strafgericht die Hauptverhandlung aus eigenem Antrieb verschieben können, da es „wissen mußte, daß der Bf bis zu diesem Zeitpunkt keinen ordentlichen Rechtsbeistand hatte, nachdem es die Ersetzung verfügt hatte“. ⁷⁵ In *Czekalla gegen Portugal* wies der EGMR ausdrücklich auf den Beispielscharakter seiner Ausführungen zur Frage des «Wie» des staatlichen Tätigwerdens hin, indem er ausführte, dass das Gericht „zum Beispiel die Pflichtverteidigerin auffordern (hätte) können, ihren Schriftsatz zu ergänzen oder zu berichtigen, statt das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen“. ⁷⁶

Besonders hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, dass sich der EGMR im Zusammenhang mit der Frage des «Wie» des staatlichen Handelns auch zu zwei, das staatliche Eingreifen begrenzenden Grundsätzen geäußert hatte: Den entsprechenden Einwendungen der Regierung, wonach jene gerichtlichen Aufforderungen zur Schriftsatzergänzung/-berichtigung gegen die Unabhängigkeit der Anwaltschaft vom Staat sowie gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoßen würden, stand der EGMR ablehnend gegenüber. Zunächst könne er nicht erkennen, „wie die Unabhängigkeit der Anwaltschaft beeinträchtigt werden könnte, wenn das Gericht lediglich dazu auffordert, einen Formfehler zu beheben. Auch der Grundsatz der Waffengleichheit würde nicht notwendig verletzt, weil eine solche Aufforderung vielmehr Ausdruck richterlicher Befugnisse zur Verfahrensführung im Interesse einer geordneten Rechtspflege“ ⁷⁷ sei.

Angesprochen ist mit jenen Ausführungen von der Sache her die Abgrenzung zwischen einer erforderlichen und zulässigen Erfüllung von Sorgfalts- und Fürsorgepflichten seitens des Staates einerseits und einer unzulässigen staatlichen Überwachung der Verteidigung des Beschul-

digten andererseits. ⁷⁸ Wann staatliche Behörden durch ein positives Eingreifen und wenn auch in der Absicht, dem Beschuldigten dessen Verteidigungsrechte zu gewähren, den Bereich zulässiger Sorgfaltspflichten verlassen und sich die staatlichen Maßnahmen unter Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit sowie den Grundsatz der Unabhängigkeit der Anwaltschaft als unzulässige Überwachung der Verteidigung darstellen, dürfte nicht immer einfach und eindeutig zu bestimmen sein. Es bleibt mithin zu hoffen, dass der EGMR in zukünftigen Entscheidungen, in denen er sich zu möglichen konstruktiven aktiven Maßnahmen staatlicher Behörden äußert, konkretere Leitlinien zur Grenzziehung zwischen noch zulässiger Fürsorge und bereits unzulässiger Überwachung seitens des Staates aufstellt. ⁷⁹

Trotz jener noch offenen Gesichtspunkte und trotz der nur beispielhaften Nennung von möglichen aktiven Maßnahmen des Staates, lassen die bisherigen Entscheidungen aber erkennen, dass sich alle vom Staat zu ergreifende Maßnahmen am dem Ziel auszurichten haben, dem Beschuldigten eine «praktische und wirksame» Verteidigung, wie sie Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK fordert, einzuräumen. Dies geht auf den in der Einleitung angesprochenen Gesichtspunkt zurück, dass hinter den drei Rechten des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK der eine allgemeine Anspruch des Beschuldigten auf eine konkrete und effektive Verteidigung steht. ⁸⁰

III. Zusammenfassung

Mit den vorangehenden Ausführungen sollte dargestellt werden, wie der EGMR vorgeht und auf welche Beurteilungskriterien er zurückgreift, wenn er die Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK in Fällen prüft, in denen der Beschuldigte zwar einen Verteidiger hatte, jedoch aufgrund fehlenden und/oder fehlerhaften Verteidigerhandelns dennoch nicht praktisch und wirksam verteidigt wurde. Anliegen der Darstellung war es dabei zugleich, einige der Gesichtspunkte, wenn auch zum Teil nur kurz u./o. in «Frageform», aufzuzeigen, die in diesem Zu-

⁷⁸ Vgl. insoweit demnächst für eine umfassendere Analyse, welche die Stellung und die Unabhängigkeit des Verteidigers einbezieht, *Gaede* (Fn. 12), Kap. 5 § 2, I § 4.

⁷⁹ Siehe dazu auch *Grabenwarter* (Fn. 1), S. 329 N 108 im Zusammenhang mit dem Recht auf ungehinderten Kontakt zwischen Verteidiger und Beschuldigten „ohne Überwachung“; *Esser* (Fn. 1), S. 473 mit weiteren Überlegungen; vgl. zu Sorgfaltspflichten der Behörden auch *Villiger* (Fn. 1), S. 330 N 518, S. 331 N 521; verwiesen sei zudem auf *Gollwitzer* (Fn. 1), S. 397 N 206, wo einerseits etwas missverständlich formuliert von „gewisse(n) Überwachungspflicht(en)“, andererseits sodann aber etwas deutlicher werdend davon gesprochen wird, dass die zuständigen Stellen für eine tatsächliche Wahrnehmung der Aufgaben durch den Verteidiger durch „geeignete Maßnahmen ... sorgen“ müssen bzw. dass sie verpflichtet sind, „korrigierend einzugreifen“; *Frowein/Peukert* (Fn. 68), Art. 6 N 190: „dafür Sorge zu tragen“ und N. 198: „darüber zu wachen“ mit weiteren Ausführungen; siehe dazu auch Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, *Vogler* (Fn. 1), Art. 6 N 539-541; *Meyer* (Fn. 45), Art. 48 N 25a: „Fürsorgepflicht des entscheidenden Gerichts“.

⁸⁰ Vgl. dazu die entsprechenden Verweise unter Fußnote 1.

⁷² EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 36, ebenso Z. 33.

⁷³ EGMR, *Artico gegen Italien*, EuGRZ 1980, 662, 664 Z. 36.

⁷⁴ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 42.

⁷⁵ EGMR, *Daud gegen Portugal*, ÖJZ 1999, 198, 199 Z. 42, wobei es nichts zur Sache tue, dass die zweite von Amts wegen bestellte Verteidigerin einen solchen Antrag nicht gestellt habe: vgl. auch EGMR, *Goddi gegen Italien*, EuGRZ 1985, 234, 237 Z. 31: das Gericht hätte „die Verhandlung vertagen können ... oder es hätte aus eigenem Antrieb die Unterbrechung der Sitzung für eine genügend lange Zeitspanne anordnen können“.

⁷⁶ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 68.

⁷⁷ EGMR, *Czekalla gegen Portugal*, NJW 2003, 1229, 1230 Z. 68 mit weiteren Ausführungen.

sammenhang thematisch angesprochen werden, für die es jedoch mangels eindeutiger Stellungnahmen des EGMR noch keine klar erkennbaren Lösungen gibt. Zu denken ist insoweit etwa an die Frage, ob und inwieweit zur Beurteilung, ob eine «tatsächliche und wirksame» Verteidigung gegeben ist, auf Prüfungskriterien zurückgegriffen werden kann, die auch zur Bestimmung der «Interessen der Rechtspflege» und der Frage, ob diese den unentgeltlichen Rechtsbeistand eines mittellosen Beschuldigten erforderlich machen, herangezogen werden. Neben der Frage einer Rügepflicht des Beschuldigten ist zudem von Bedeutung, wie die staatlichen Sorgfaltspflichten unter Beachtung der Unabhängigkeit der Anwaltschaft und des Grundsatzes der Waffengleichheit von einer Überwachung der Verteidigung des Beschuldigten abzugrenzen sind.

Hinsichtlich jener nur beispielhaft genannten Gesichtspunkte scheint eine zukünftige Diskussion in Rechtspre-

chung und Schrifttum nicht nur erforderlich, sondern – über Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK hinausgehend – insgesamt für die Verteidigungsrechte nach Abs. 3 des Art. 6 EMRK sehr lohnenswert. Dies deshalb, weil zum einen die Frage, wann von einer «Wahrung wirksamer Verteidigungsrechte» gesprochen werden kann sowie zum anderen die Frage, was und wie viel der Staat seinerseits tun darf und/oder muss, um den Beschuldigten in den Genuss seiner Verteidigungsrechte zu bringen, grundsätzliche Aspekte betreffen, die sich von der Sache her bei allen Verteidigungsgarantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK stellen, wenn sich diese dann auch bezogen auf die verschiedenen inhaltlichen Anforderungen der einzelnen Verteidigungsgarantien des Art. 6 Abs. 3 EMRK in jeweils speziellen, auf die Besonderheiten der betreffenden Verteidigungsgarantie Bedacht nehmenden Lösungen zu konkretisieren haben.

Prozessdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Thorsten Becker: Die Haftung für den deutschen Corporate Governance Kodex, Nomos-Verlag Baden-Baden, 2005, ISBN 3-8329-1490-0, 210 Seiten, 46,00 €.

In der Reihe Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, die im Nomos-Verlag erscheint, ist mit dem Band 106 ein insbesondere auch für Wirtschaftsstrafrechtler lesenswertes und wissensreiches Buch erschienen. Unter dem Titel „Die Haftung für den deutschen Corporate Governance Kodex“ problematisiert Thorsten Becker in seiner Dissertation ein in der wirtschaftsstrafrechtlichen Diskussion immer wieder aufflammendes Thema.

Der Autor beschreibt einleitend die Entstehungsgeschichte der Corporate Governance sowie deren Eingang in das deutsche Rechtssystem. Anfangs im angloamerikanischen Sektor entwickelt, stehe das Schlagwort der Corporate Governance heute für verantwortungsvolle, transparente und auf Wertsteigerung ausgerichtete Unternehmensführung. Mithilfe der in den Kodizes zusammengefassten Unternehmensleitlinien sollte ursprünglich die Allmächtigkeit der Vorstände von amerikanischen Aktiengesellschaften eingeschränkt und Kontrollmechanismen etabliert werden. Seit Kreditinstitute die Kodizes zunehmend als Indikator für Kreditsicherheit und Risikopotenzial einer Investition entdecken, haben die Cor-

porate Governance Kodizes (CGK) als internationaler ‘Mindeststandard’ Eingang in die nationalen Diskussionen um CGKs gefunden und sich in vielen einzelstaatlichen Rechtssystemen niedergeschlagen.

In Anbetracht des im Vergleich zu den rasanten Entwicklungen auf den Aktienmärkten schwerfälligen deutschen Gesetzgebungssystems entschied sich der Bundestag zur Einführung einer Erklärungsspflicht bzgl. des CGK in § 161 AktG. Vor dem Hintergrund des sog. „Comply oder Explain-Prinzips“ obliegt es demnach Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft jährlich zu erklären, dass den Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ entsprochen wurde (und wird), resp. welche Empfehlungen nicht angewendet werden (oder wurden). Die genaue Ausgestaltung und zeitlich bedingte Anpassung des Deutschen Corporate Governance Kodexes (DCGK) gebührt dabei einem Expertengremium: Die sog. „Cromme-Kommission“ (Mitglieder der Kommission sind Dr. Gerhard Cromme (Vorsitzender), Dr. Paul Achleitner, Dr. Rolf-E. Breuer, Dr. Hans-Friedrich Gelhausen, Ulrich Hocker, Max Dietrich Kley, Prof. em. Dr. Dr. h.c. Marcus Lutter, Volker Potthoff, Heinz Putzhammer, Christian Strenger, Peer M. Schatz, Dr. Wendelin Wiedeking, Prof. Dr. Axel v. Werder) ist dazu berufen, den Kodex entsprechend aktueller Bedürfnisse anzupassen

und weiterzuentwickeln. Da der Kodex im elektronischen Bundesanzeiger bereitgehalten wird (vgl. www.corporate-governance-code.de), ist er Veränderungen schneller zugänglich, als es eine Gesetzesnorm wäre.

Becker verfolgt mit seiner Dissertation im Wesentlichen die Frage, „wo der DCGK mit seinem Flankenvorschriften im Normgefüge der deutschen Rechtsordnung steht<.>“. Dabei kapriziert er sich bevorzugt auf die zivilrechtlichen Haftungsregeln.

Gerade wegen dieser Zielrichtung untersucht er mögliche Ansprüche aus dem Umgang mit dem Kodex: Sowohl das Innenverhältnis zwischen Organen und Gesellschaft, als auch das Außenverhältnis zwischen Gesellschaft und Anlegern werden vorgestellt. Allein diese Ausführungen sind aus wirtschaftsrechtlicher Sicht mehr als gelungen. Die Darstellung ist flüssig zu lesen und verständlich geschrieben: Der Aufbau in gutachterlicher Darstellung hilft, die maßgeblichen Schnittstellen zwischen konkret zu beurteilendem Praxis-Fall und wissenschaftlicher Diskussionsdarstellung zügig aufzunehmen.

Für die Arbeit des Wirtschaftsstrafrechtlers interessiert unterdes, ob und inwieweit sich Beckers Dissertation auch für die strafrechtliche Praxis eignet. Sie tut es!

Er arbeitet heraus: Der Kodex stelle nur eine Präzisierung der in § 161 AktG normierten Erklärungspflichten dar. Becker manifestiert, es handele sich nicht um eine staatliche Norm, sondern um eine private Standardsetzung. Wenn sich das Unternehmen zuvor selbst auf die Einhaltung des Kodex verpflichtet habe, stelle die Verletzung der Erklärungspflichten eine sanktionierbare Verletzungshandlung dar. Weil die Abgabe der Entsprechungsklausel zudem eine Tatsache sei, die eigne, den Börsenkurs der erklärenden Gesellschaft erheblich zu beeinflussen, ordnet Becker den Verstoß gegen den Kodex in den Zusammenhang der Verpflichtungsvoraussetzungen für die Abgabe einer Ad-hoc-Meldung ein. Das führt im Ergebnis zu einer Verpflichtung aus § 15 WpHG; ggf. mit der Folge eines Sanktionsvorwurfs aus §§ 14, 38 bzw. 20a, 39 WpHG.

Das zentrale Argument Beckers im Zusammenhang mit Straftatbeständen ist die wirtschaftliche Wirkung der Entsprechungserklärung auf den Aktienkurs. Maßgeblich für die Erfüllung des § 331 HGB sei allein die formell falsche Erklärung im Anhang des Konzernabschlusses. Nicht die (materielle) Unrichtigkeit der Erklärung sei Ansatzpunkt des Strafvorwurfs, sondern der rein formelle Umstand, „ob“ eine Erklärung abgegeben wurde.

Um so zu einer Strafbarkeit aus § 331 No.1 HGB zu gelangen, interpretiert der Autor das grundgesetzliche Bestimmtheitsgebot als Auslegungshürde: Nur eine restriktive Auslegung der Tatbestandsmerkmale könne die oberstgerichtlichen Anforderungen an diese (Straf-)Norm erfüllen. Unter dem Tatbestandsmerkmal der „Verhältnisse der Gesellschaft“ in § 331 No.1 HGB sind nach vorherrschender Ansicht alle Verhältnisse zu verstehen, in denen sich die Gesellschaft befindet. Mit Rücksicht

auf das Bestimmtheitsgebot wird hier jedoch nur auf die „wirtschaftlich relevanten“ Verhältnisse abgestellt.

Becker möchte die Entsprechungserklärung in den Bereich dieser, für die Gesellschaft relevanten, wirtschaftlichen Verhältnisse positionieren. Weil er damit aber in Widerspruch zu einigen der genannten Literaturansichten gerät, weist er sie in diesem Punkt pauschal zurück. Das gegen seine Ansicht stehende Argument, der Entsprechungsklausel fehle der erforderliche wirtschaftliche Bezug, versucht er durch Hinweise auf Studien zu entkräften: Da zumindest eine wirtschaftliche Relevanz der Entsprechungsklausel und der Kodexbefolgung nicht ausschließbar sei, müssten sie in den Kreis der „wirtschaftlich relevanten Verhältnisse der Gesellschaft“ aufgenommen werden.

Die gleiche Argumentationslinie versucht er gangbar zu machen für die Feststellung, der Vorstand könne den Tatbestand des Betruges verwirklichen. Hier ist Becker jedenfalls insoweit zuzustimmen, als einzig die Tatvariante einer konkreten Vermögensgefährdung in Betracht kommt. Anders als andere bejaht der Autor eine Konkrettheit der Vermögensgefährdung. Das Argument, wegen Unwägbarkeit des Kapitalmarktes sei nicht gesichert, ob der Aktienkurs einbreche oder die Nachricht von der Fehlerhaftigkeit der Entsprechungserklärung überhaupt in die Öffentlichkeit dringen könne (Fußnote 492), weist Becker zurück. Auch hier könnten seines Erachtens zahlreiche Studien die Wechselwirkung von Corporate Governance Erklärungen und dem Aktienkursverlauf belegen, weshalb denn auch eine Vermögensgefährdung „relativ sicher prognostizierbar“ sei.

Darüber hinaus problematisiert Becker den Kapitalanlagebetrug: Der Tatbestand greife jedoch nur bei einer Erst- oder Neuemission, wenn dort vorsätzlich in publizierungspflichtigen oder freiwilligen Transparenz- und Werbemitteln eine sachlich unrichtige Entsprechungserklärung eingestellt werde.

Um den Kanon der Strafvorschriften zu vervollständigen, geht der Autor darüber hinaus auch auf § 400 I No.1 AktG ein und weist richtigerweise auf den eingeschränkten Anwendungsbereich der zu § 399 AktG subsidiären Norm hin: Sie entfaltet nur in Konstellationen Strafcharakter, in denen eine Falscherklärung von Vorstandsmitgliedern während der Hauptversammlung abgegeben wurde.

Die Auseinandersetzung mit den Strafnormen fällt in der vorliegenden Dissertation passagenweise schlüssig - an verschiedenen Stellen aber leider auch etwas kurzatmig aus. So fehlen beispielsweise Gedanken oder ein Hinweis zur Frage, ob auch ein Kreditbetrug bejaht werden könnte. Das ist denkbar, wenn das Fehlverhalten des Organmitglieds in Bezug auf die Entsprechungsklausel eine unrichtige, für die Gesellschaft vorteilhafte Angabe gegenüber Kreditgebern wäre (hierzu beispielsweise Semler/Schaal in MüKo-AktG, § 161 AktG, Rn. 216: ebenfalls etwas oberflächlich). Auch ein Hinweis in der Dissertation auf den Untreuetatbestand nach § 266 StGB

wäre angebracht gewesen, denn auch er kann Schutzgutcharakter im Sinne von § 823 II BGB entfalten - freilich nur im Verhältnis Vorstand - Gesellschaft.

Zu kurz gerät m.E. auch die Auseinandersetzung mit dem Bestimmtheitsgebot. Becker kommt eingangs zum Ergebnis, der CGK sei kein formelles Gesetz. Gerade unter dieser Prämisse hätte es der Arbeit gut gestanden, die Verfassungskonformität der Strafnormen vertieft anzusprechen.

Auch der geäußerten Ansicht, eine konkrete Vermögensgefährdung sei anzunehmen, kann m. E. nicht gefolgt werden. Denn obgleich sich hier eine breite Meinungsfront sowie eine z.T. wenig nachvollziehbare Judikatur ausgebildet haben, spricht einiges gegen die Annahme einer konkreten Gefährdung. Die konkrete Gefährdung von Vermögenswerten ist ein Vermögensschaden im Sinne der Norm, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet (so Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 26. Auflage, § 263 Rdnr. 143). Erforderlich ist die nahe liegende Gefahr des Vermögensverlustes (BGHSt 34, 394 [395]). Eine solche Lage könnte hier zwar bestehen, denn mit dem Ordern der Papiere erlangt das Opfer einen Vermögensgegenstand, dessen Wert maßgeblich von der Entsprechungsklausel mitbestimmt ist. Möglicherweise steht der Annahme einer Gefahrenlage aber entgegen, dass der Getäuschte in eine Situation geraten ist, in der der endgültige Verlust nicht mehr von seinem Zutun abhängt – die Festsetzung des Aktienwertes erfolgt zeitversetzt durch – nicht vorhersehbare und berechenbare – Marktmechanismen. Nach einer alten Literaturansicht (Schönke/Schröder-Schröder, StGB, 17. Auflage, § 263 Rdnr. 100.) hätte man daher eine Vermögensgefährdung durchaus bejahen können, denn der endgültige Vermögensverlust hängt nicht mehr vom Handeln des Opfers ab.

Demgegenüber gehen die aktuelle Literatur und die Rechtsprechung bzgl. der Bewertung des Täterverhaltens jedoch auseinander: Zum einen wird anerkannt, dass eine Handlung durch den Täter die Annahme einer Gefahr nicht hindere (BGHSt 6, 115 [117]), zum anderen soll das bloße Schaffen einer Möglichkeit, einen Vermögensverlust beim Opfer zu erzeugen, einer Gefahrenannahme entgegenstehen (Nachweise bei Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 26. Auflage '01, § 263 Rdnr. 145.).

M.E. liegt es nahe, sich gegen eine Vermögensgefährdung auszusprechen: Denn der Täter suggeriert einen Zustand, der zwar die Aktienanlage im Zeitpunkt des Kaufs attraktiver macht. In diesem maßgeblichen Zeitfenster ist jedoch nur die bloße Möglichkeit des Wertverlustes gegeben. Das Wesen des Aktienhandels ist charakteristisch geprägt von Unvorhersehbarkeiten – auch Insidern gelingt es nicht mit strafrechtlich erforderlicher Sicherheit vorherzusagen, wie sich ein gewisser Faktor auf den Kursverlauf auswirken wird. Daher kann denn auch nicht prognostiziert werden, ob sich die Entsprechungsklausel überhaupt auf Kursveränderungen auswirkt, geschweige denn für einen Kurssturz maßgeblich

wird. Es ist demgegenüber noch nicht einmal ausschließbar, dass es - trotz der Entsprechungserklärung - zu einem Wertanstieg kommt.

In Zusammenhang mit § 331 HGB kann daher auch Beckers Argument der „zumindest nicht ausschließbaren wirtschaftlichen Relevanz der Entsprechungserklärung“ in der Sache kaum überzeugen.

Gleichwohl liefert Thorsten Becker – neben der eigentlich beabsichtigten Darstellung von zivilrechtlichen Haftungsrisiken – zahlreiche Ansatzpunkte für eine strafrechtliche Auseinandersetzung mit der bewussten Abgabe, resp. dem bewussten Unterlassen der Richtigstellung von Entsprechungserklärungen im Sinne von § 161 AktG. Nicht nur aus diesem Grunde sollte die Dissertation zum Grundbestand desjenigen Anwalts werden, der Vorstände und Aufsichtsräte zu seiner Mandantschaft zählt.

Roman G. Weber, LL.M. Wirtschaftsstrafrecht, Rechtsanwalt, Detmold, www.RomAnwalt.de

Jens-Peter Schulz: Das deutsche Markenstrafrecht. Eine Untersuchung des § 143 MarkenG unter Berücksichtigung europarechtlicher Einflüsse (Schriften zum Strafrecht, Bd. 161), Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 200 Seiten, kart., ISBN 3-428-11425-6, EUR 60,00

I. Denkt man an den (strafrechtlichen) Schutz des geistigen Eigentums, so assoziiert man damit wohl vorrangig das – wissenschaftlich bereits verschiedentlich durchdrungene – Urheberstrafrecht. Der Schutz des geistigen Eigentums umfasst aber nicht nur „Werke“ im urheberrechtlichen Sinn, sondern noch eine ganze Reihe weiterer Schutzgegenstände. Einer davon ist die „Marke“, d.h. nach § 3 I MarkenG „alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen“, die „geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden“. Dem strafrechtlichen Schutz solcher Marken (unter ausdrücklicher Ausklammerung der ebenfalls im Markengesetz geregelten geschäftlichen Bezeichnungen und geographischen Herkunftsangaben, vgl. § 1 Nrn 2, 3 MarkenG) widmet sich die von *Rengier* betreute Konstanzer Dissertation von *Jens-Peter Schulz*.

Die praktische und wirtschaftliche Bedeutung von „Marken“ kann kaum überschätzt werden; zum Schutz dieser Marken freilich spielt das Strafrecht – wie auch in anderen Bereichen des Schutzes des geistigen Eigentums – eine deutlich untergeordnete Rolle, was die ausgesprochen geringe Zahl von (insb. obergerichtlichen) Entscheidungen zum sowie das doch sehr zurückhaltende Interesse in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur am Marken-

strafrecht belegt. Insofern schließt das Buch von *Schulz* eine Lücke und bringt damit nicht nur einen wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt, sondern kann (nicht zuletzt aufgrund seiner bis zu einem gewissen Grad kommentar- bzw. handbuchartigen Konzeption) auch dem Praktiker eine wertvolle Hilfe sein, sollte er unerwarteterweise einmal mit dem Markenstrafrecht in Berührung kommen. Die gilt umso mehr, als die einschlägigen Gesamtdarstellungen des Markenrechts sonst üblicherweise nicht von Strafrechtlern verfasst sind und daher die Behandlung der strafrechtlichen Teile (wie nicht selten im akzessorischen Nebenstrafrecht) in den Bezügen zur allgemeinen Strafrechtsdogmatik nicht immer auf dem „Stand der Kunst“ sind.

II. Wie einleitend bereits angedeutet, wählt der Verfasser zwar einen engen Untersuchungsgegenstand (allein § 143 MarkenG), behandelt diesen jedoch in handbuchartiger Breite, in dem nicht nur die Tatbestandsvoraussetzungen erörtert werden, sondern auch Ausführungen zum subjektiven Tatbestand, zu Rechtswidrigkeit und Schuld, zu Täterschaft und Teilnahme sowie zur Versuchsstrafbarkeit und darüber hinaus auch noch zur Anwendbarkeit des Kernstrafrechts bei Verstößen gegen markenrechtliche Vorschriften erfolgen.

1. In einer knappen Einleitung ordnet *Schulz* die Markenrechtsverletzungen in das Gesamtproblem der Produktpiraterie ein und nennt als Ziel seiner Untersuchung, das Markenstrafrecht theoretisch bzw. rechtsdogmatisch zu durchdringen, nicht zuletzt auch mit Blick auf die Garantien des Art. 103 II GG, welche angesichts der zahlreichen im Markenstrafrecht verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe zweifelhaft sein könnte.

2. In einem ersten Kapitel (S. 23 ff.) wird die Marke als Gegenstand des Markenstrafrechts aus verschiedenen Richtungen näher beleuchtet: Die Beschränkung auf § 143 MarkenG (und damit auf den strafrechtlichen Schutz der Marke selbst unter Ausklammerung von geschäftlichen Bezeichnungen, geographischen Herkunftsangaben und Gemeinschaftsmarken) begründet er damit, dass allein der Markenschutz i.e.S. auf die Markenrechtsrichtlinie der Europäischen Union zurückzuführen sei, so dass die vom Verfasser häufig in den Vordergrund gestellte richtlinienkonforme Auslegung letztlich nur hier wirklich fruchtbar sei. Sodann werden die wirtschaftliche Bedeutung von Marken im Geschäftsverkehr anhand einiger Beispiele sowie die zivilrechtlichen Folgen von Markenrechtsverletzungen knapp skizziert (vgl. S. 24 ff.), bevor *Schulz* – gewissermaßen in einem „AT“ seiner Überlegungen – die von ihm für wichtig gehaltenen „Leitlinien für die Auslegung des Markenstrafrechts“ (vgl. S. 29 ff.) kurz erläutert: Er betont dabei zum einen die weitgehende Parallelität des Schutzes geistigen Eigentums aufgrund gemeinsamer Wurzeln im Produktpirateriegesetz, was – soweit keine Argumente dagegen bestehen – zu einer gewissen Engführung zu dem bereits näher wissenschaftlich untersuchten Urheberstrafrecht begründen könne; des weiteren plädiert er (freilich stets unter Beachtung von Art. 103 II GG) für eine an der

Markenrechtsrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft orientierte richtlinienkonforme Auslegung.

3. Im nächsten Kapitel (S. 36 ff.) wird untersucht, inwiefern das Markenstrafrecht als (typischer) Teil des Wirtschaftsstrafrechts betrachtet werden kann. Diese Überlegungen sind nicht nur für die wissenschaftliche Systematisierung interessant, sondern können im Einzelfall auch bei der Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale herangezogen werden. Nach einer eher kriminologischen Betrachtung über typische Täter, Opfer, Schäden, Bedeutung des Dunkelfeldes und Internationalisierung der Begehungsweise wird das Markenstrafrecht auch anhand typischer rechtsdogmatischer Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts (überindividuelles Rechtsgut; Sonderdeliktseigenschaft sowie Blanketttatbestände) untersucht. Dabei kommt *Schulz* zu dem überzeugenden Ergebnis, dass die meisten typischen Eigenschaften wirtschaftsstrafrechtlicher Vorschriften auch für das Markenstrafrecht gelten; freilich tritt der – indes auch bei anderen wirtschaftsstrafrechtlichen Vorschriften im Detail umstrittene – überindividuelle Rechtsgüterschutz in den Hintergrund; auch handelt es sich um kein Sonderdelikt und – anders als sonst vielfach im Nebenstrafrecht – fehlt es an einer Pönalisierung fahrlässigen Verhaltens.

4. Im nächsten Kapitel werden die durch § 143 I MarkenG in Bezug genommenen Fälle der Markenkollision i.S.v. § 14 II MarkenG erläutert. Dabei beginnt *Schulz* mit einer Darstellung der grundsätzlichen Konzeption (vgl. S. 52 ff.), welche Identitätsschutz, Verwechslungsschutz und Bekanntheitsschutz gewährt. Es folgt eine Darstellung der Tatbestandsmerkmale, die für alle Nummern des § 14 II MarkenG gelten (vgl. S. 53 ff.), nämlich die fehlende Zustimmung des Inhabers der Marke (welche *Schulz* nach eingehender Diskussion nicht als Rechtsfertigungs-, sondern bereits als Tatbestandsausschlussgrund einordnet), das Handeln im geschäftlichen Verkehr (vgl. S. 57 f.) sowie das Erfordernis der Begehung durch „Dritte“ (vgl. S. 58 f.), welches dazu führt, dass der Markeninhaber auch nach Einräumung einer ausschließlichen Lizenz (abweichend von der Regelung im Urheberstrafrecht, aber nach Ansicht von *Schulz* aufgrund des Wortlautes zwingend) nicht als Täter in Betracht kommt.

Es folgt eine vertiefende Darstellung der drei Schutzbereiche des § 14 II MarkenG: Zum Identitätsschutz (§ 14 II Nr. 1 MarkenG, vgl. S. 59 ff.) werden etwa die Fragen erörtert, ob der Täter mit entsprechender Täuschungsabsicht handeln muss (was *Schulz* verneint) oder ob eine teleologische Reduktion des Straftatbestandes bei bloßen Lizenzverletzungen (etwa zeitliche Überschreitung der Lizenz) geboten ist, um nicht klassische zivilrechtliche Vertragsverletzungen unmittelbar strafrechtlich zu pönalisieren; auch diese Frage verneint *Schulz* auf der Grundlage einer europarechtskonformen Auslegung und kommt damit zu einem relativ weiten Anwendungsbereich des § 143 I Nr. 1 i.V.m. § 14 II Nr. 1 MarkenG.

Zum Verwechslungsschutz (§ 14 II Nr. 2 MarkenG, vgl.

S. 63 ff.) wirft *Schulz* insbesondere die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 103 II GG, § 1 StGB auf, bejaht diese jedoch im Ergebnis nicht zuletzt unter Rückgriff auf die Konturierung des Begriffs der Verwechslungsgefahr durch die europäische Rechtsprechung. Im Rahmen der Darstellung des Bekanntheitsschutzes (§ 14 II Nr. 3 MarkenG, vgl. S. 70 ff.) wird neben der (von *Schulz* ebenfalls bejahten) hinreichenden Tatbestandsbestimmtheit insbesondere der Schutz auch innerhalb des „Produktähnlichkeitsbereichs“ untersucht, welcher fraglich ist, weil § 14 II Nr. 3 MarkenG von „Waren oder Dienstleistungen“ spricht, „die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke Schutz genießt“. Im Ergebnis lehnt *Schulz* – abweichend von einer verbreiteten Ansicht im Marken-zivilrecht – sowohl eine analoge Anwendung des § 14 II Nr. 3 MarkenG als auch die Bagatellisierung der „Unähnlichkeitsklausel“ als für das Verständnis der Vorschrift bedeutungslos ab; jedenfalls im Anwendungsbereich der Strafbewährung erschiene eine Analogie ebenso wie eine solche Auslegung problematisch, so dass hier ein möglicher Anwendungsbereich für das grundlegend von *Tiedemann* grundlegend für das Wirtschaftsstrafrecht herausgearbeitete Phänomen der „Normspaltung“ auftreten könnte.

5. Im nächsten Kapitel werden einzelne verbotene Benutzungshandlungen dargestellt. *Schulz* beschränkt sich hierbei aus dem umfangreichen Katalog des § 14 III MarkenG auf die aus seiner Sicht relevantesten Tathandlungen der Einfuhr und Durchfuhr (vgl. S. 81 ff.), wobei er zu Einzelfragen teilweise bereits auf veröffentlichte Entscheidungen zurückgreifen kann.

6. Es folgt ein kurzes Kapitel über die in § 143 I MarkenG geforderte Widerrechtlichkeit der Benutzungshandlungen, welche *Schulz* mit Blick auf die Schutzschranken der §§ 20 ff. MarkenG untersucht. Dabei behandelt er die Benutzung von Namen und beschreibenden Angaben nach § 23 MarkenG (in dem er insb. die Vereinbarkeit der „Guten-Sitten-Klausel“ mit Art. 103 II GG prüft [vgl. S. 94 ff.], ohne freilich hinreichend zu berücksichtigen, dass sich diese Klausel auch bereits im Kernstrafrecht findet) sowie den sonst aus dem Materialgüterrecht bekannten Erschöpfungsgrundsatz nach § 24 MarkenG (vgl. S. 97 ff.).

7. Ein ausführlicheres Kapitel ist dem subjektiven Tatbestand und dabei der Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum gewidmet (vgl. S. 103 ff.). *Schulz* spielt hier eine Reihe von möglichen Irrtumsfällen durch (vgl. S. 106 ff.), wobei er auch bei Irrtümern über die markenrechtliche Bewertung in relativ großem Umfang (teilweise durchaus untypisch für die verbreitete Dogmatik bei Blanketttatbestände, m.E. im Ergebnis jedoch diskutabel) zur Annahme von vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtümern gelangt.

8. Nach einem kurzen Kapitel über Rechtswidrigkeit, Schuld und Konkurrenzen (vgl. S. 119 ff.), für die außer der Einwilligung- und Irrtumsproblematik keinen nennenswerten Probleme bestehen, skizziert *Schulz* knapp die möglichen Formen von Täterschaft und Teilnahme

bei Markenrechtsverletzungen, denen aufgrund der „vielschichtigen Arbeitsteilung“ im geschäftlichen Verkehr bis hin zur Mitwirkung des Verbrauchers seines Erachtens große Bedeutung zukommt (vgl. S. 126 ff.). Auf Seiten des Verbrauchers nimmt *Schulz* letztlich nach den Grundsätzen der notwendigen Beteiligung regelmäßig keine strafbare Beihilfe an. Wenn es schon einen eigenen Teil über Täterschaft und Teilnahme in diesem Bereich gibt, hätte man vielleicht auch kurze Ausführungen zum – im Wirtschaftsstrafrecht in den letzten Jahren ohnehin im besonderen Maße diskutierten – Problem der „neutralen Beihilfe“ erwartet, zumal im mit dem Markenstrafrecht bis zu einem gewissen Grad ja „seelenverwandten“ Patentstrafrecht mit den Sondervorschriften über die „mittelbare Patentverletzung“ durchaus eine immaterialgüterrechtliche Paralleldiskussion besteht.

9. In dem Abschnitt über die Versuchsstrafbarkeit nach § 143 III MarkenG (vgl. S. 137 ff.) steht insbesondere die Abgrenzung zwischen untauglichem Versuch und Wahndelikt (vgl. S. 140 ff.) im Mittelpunkt. Die Problematik stellt sich hier – wenig verwunderlich – ähnlich dar, wie bei der Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum. *Schulz* entgeht hier der „Versuchung“, der weit verzweigten Diskussion eine eigene Konzeption hinzuzufügen, sondern beschränkt sich (freilich etwas knapp in der Begründung) damit, die Problemfälle anhand der – als solches ja keineswegs völlig eindeutigen und einheitlichen! – „Ansicht des BGH“ (vgl. S. 142) zu lösen. Damit kommt er konsequenterweise mit Hilfe der „Umkehrprobe“ ebenso häufig zur Annahme eines untauglichen Versuchs, wie weiter oben vorrangig Tatbestandsirrtümer angenommen worden sind.

10. Ein relativ ausführliches Kapitel ist der Anwendbarkeit des Kernstrafrechts bei Verstößen gegen markenrechtliche Vorschriften gewidmet (vgl. S. 146 ff.). *Schulz* untersucht hier den Anwendungsbereich der §§ 253, 257-259, 261, 263 und 267 StGB in Fällen mit „Markenbezug“. Auf der Grundlage der von ihm untersuchten Fälle kommt *Schulz* dabei zu dem Ergebnis (vgl. S. 169 f.), dass dem Markenstrafrecht sowohl gegenüber dem Kernstrafrecht (und zwar dort ohne Zweifel) als auch gegenüber zivilrechtlichen Markenrechtsansprüchen eine sinnvolle und eigenständige Bedeutung zukommt.

11. Den Abschluss der Arbeit (vor einer Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse) bildet ein strafprozessuales Kapitel (vgl. S. 172 ff.), in der neben Fragen der Zuständigkeit, besonderer Verfahrensarten (Adhäsion und Privatklage) sowie der Strafantragsberechtigung nach § 143 IV MarkenG insbesondere auch das Beweisverwertungsverbot nach § 19 IV MarkenG behandelt wird, das unter Berücksichtigung des nemo tenetur-Grundsatzes gewissermaßen die Kehrseite des Auskunftsanspruchs nach § 19 I MarkenG darstellt (und insoweit mit der verfassungsgerichtlich entwickelten Dogmatik in der Gemeinschuldnerentscheidung übereinstimmt).

III. Wie eingangs bereits angemerkt, schließt das Buch eine Lücke (über deren Bedeutung man zwar streiten

kann, deren Existenz jedoch offensichtlich ist). Auf der Grundlage einer soliden Argumentation gelangt *Schulz* dabei praktisch durchgehend zu überzeugenden, jedenfalls jedoch vertretbaren Ergebnissen. Durch die Einbeziehung von Fragen wie der Versuchsstrafbarkeit, der Täterschaft und Teilnahme oder prozessualer Aspekte findet der am Markenstrafrecht interessierte Leser zu den meisten Punkten, die für ihn wichtig sein könnten, einen raschen Zugang. Der etwa im Vergleich zur ähnlich angelegten Monographie von *Hildebrandt* über das Urheberstrafrecht (SR 125) wesentlich geringere Umfang ist nicht nur durch die selbst auferlegten thematischen Beschränkungen erklärbar, sondern mit Blick auf die unterschiedliche Bedeutung beider Rechtsgebiete in der bisherigen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion ohne weiteres gerechtfertigt.

Möchte man kleinere Monita ausmachen, so ist hier an zwei Punkte zu denken: Zum einen ist die eine oder andere thematische Beschränkung bis zu einem gewissen Grad willkürlich, und angesichts eines Gesamtumfangs von nur 200 Seiten wäre der Umfang der Arbeit auch nicht gesprengt worden, wenn etwa die übrigen durch das Markenstrafrecht geschützten Bezeichnungen bzw. Angaben zumindest knapp mitbearbeitet worden wären. Angesichts des hohen Abstraktionsgrades eines Rechtsgutes „Marke“ hätte zum anderen die Darstellung noch stärker durch erläuternde Beispiele bereichert werden können bzw. hätten die verwendeten Beispiele mitunter noch etwas „anschaulicher“ ausgeschmückt werden können, wenn auch der bisher mit dem Markenrecht wenig vertraute Leser ein plastisches Bild vor Augen haben soll.

Prof. Dr. **Hans Kudlich**, *Universität Erlangen-Nürnberg*

Rouven Seeberg, **Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess**, Peter Lang, Frankfurt a.M., Berlin, Bern, Brüssel, New York, Oxford, Wien, 2005, ISBN 3-631-53824-3, 245 S., 45,50 Euro.

In seinem bekannten Werk „Topik und Jurisprudenz“ zeigt *Theodor Viehweg*, dass der Rückgriff auf Topoi zwar die Argumentation erleichtert, ihr Einsatz außerhalb einer systematischen Einkleidung indes nur „fragmentarische Einsichten“ vermittelt (*Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Auflage, 1974, S. 31 ff.). Diese rechtstheoretische Erkenntnis lässt sich bestens anhand der gängigen Dogmatik der Notwehr demonstrieren: Namentlich die Anhänger einer „dualistischen Notwehrlehre“ neigen dazu, bald auf das Prinzip des Individualschutzes, bald auf das der Rechtsbewährung zu rekurrieren, um ein Ergebnis argumentativ abzustützen. In der von *Loos* betreuten Göttinger Dissertation verzichtet *Seeberg* im 1. Kapitel auf die „Argumentationserleichterung“, die ein ergebnisorientierter Rückgriff auf den Topos der Rechtsbewährung bieten kann: Notwehr und Nothilfe seien „rein individualistisch“ zu deuten (S. 66 ff.). Das Recht

zur Notwehr stelle einen „Grenzfall“ zulässiger privater Gewalt dar. Eine Rechtsordnung, die dem Einzelnen Rechtsgüter einräume, müsse ihm auch die Befugnis zur Verteidigung derselben gewähren, wenn staatliche Gewalt den Bürger nicht schützen könne (S. 67). Dieser am Rechtsgut orientierten Begründungslinie stellt der *Verfasser* noch eine zweite an die Seite: Das Notwehrrecht gewähre dem Angegriffenen ein Recht zur aktiven Verteidigung, da eine Ausweichpflicht zur Folge hätte, dass die „subjektiven Rechte“ des Angegriffenen zurückstehen müssten (S. 70). In etwas anderer Einkleidung ausgeführt: Bürdete man dem Angegriffenen eine Ausweichpflicht auf, hieße dies nichts anderes, als ihm die Hinnahme eines nötigen Zwanges abzuverlangen. Der Angreifer hätte dann zwar kein „materialisiertes“ Rechtsgut verletzt. Sein Angriff, der den Angegriffenen zum Ausweichen zwänge, verletzte freilich den rechtlich garantierten Anerkennungsanspruch des Angegriffenen. Da ihm dies im Regelfall nicht zugemutet wird, wird deutlich, dass das Notwehrrecht einen rechtlich garantierten Anerkennungsanspruch des Opfers schützt.

In seinen Ausführungen über die Nothilfe fällt *Seeberg* zunächst wieder hinter diese Einsicht zurück: Die Nothilfe sei eine „sinnvolle Verstärkung des Güterschutzes“. Dem attackierten Bürger werde ein Nothelfer zur Seite gestellt, wenn der Staat Schutz nicht selbst gewährleisten könnte (S. 74). Der Nothelfer soll mithin ersatzweise für den abwesenden Staat Individualrechtsgüter schützen. Indessen ließen sich dann Einschränkungen der Nothilfe, die aus einem entgegen stehenden Willen des Angegriffenen abgeleitet werden, nicht konsistent erklären. Der Staat kann seinen Sekundanten nämlich Verteidigungsmaximen an die Hand geben, die völlig unabhängig vom Willen des Angegriffenen sind. Dieses Ergebnis will der *Verfasser* offenkundig vermeiden. Zu diesem Zweck bemüht er das „Autonomieprinzip des Grundgesetzes“, welches dem Rechtsgutsinhaber die freie Disposition über seine Gütersphäre einräume (S. 78). Dieses Ergebnis hätte *Seeberg* freilich stringent aus seiner zweiten von ihm im Rahmen der Notwehr angedeuteten Begründungslinie ableiten können: Notwehr und Nothilfe schützen einen Anerkennungsanspruch, über dessen Bestand und Reichweite grundsätzlich der Rechtsinhaber bestimmen kann. Auf diese Weise kann die Relevanz seines Willens systematisch im Notwehrrecht verankert werden, ohne diesem von außen durch verfassungsrechtliche Erwägungen aufgepfropft werden zu müssen.

Der Wille des Angegriffenen, sich nicht von fremder Hand verteidigen zu lassen, kann auf ganz unterschiedlichen Gründen beruhen: Manch Angegriffener möchte sich selbst vor übermotivierter Hilfe schützen, andere den Angreifer vor der Nothilfebehandlung bewahren, wieder andere wollen den Nothelfer schonen. *Seeberg* systematisiert und bewertet diese Fälle. Dabei weist er nicht nur die Relevanz „überindividueller“ Aspekte zurück (S. 90 ff.). Er verwirft auch die von *Spendel* ins Spiel gebrachte Erwägung, die „Hilfsbereitschaft und Ritterlichkeit“ des Verteidigers dürfe nicht auch noch bestraft werden (S. 107 ff.). Ebenso wenig könne, so der *Verfasser*, die Frage entscheidend sein, ob die Verteidigungshandlung wegen

der positiven Folgen im Nachhinein gutgeheißen werde. Vielmehr müsse der Wille des Angegriffenen darauf untersucht werden, ob er dem Dritten die Vornahme der Verteidigungshandlung verbieten wolle (S. 125 ff.). Dem kann beigespflichtet werden. Um indessen zu verhindern, dass dem Angegriffenen Aspekte unterlegt werden, die er sich nicht zu eigen gemacht hat, sind die für die Auslegung herangezogenen Umstände offen zu legen. So ist zwar das Ergebnis *Seebergs* plausibel, eine zur Schonung des Nothelfers untersagte Hilfeleistung stelle nur einen „Nothilfeverzicht“ dar, der wegen des begünstigenden Inhalts nicht strafbarkeitsbegründend wirken dürfe (S. 124 f.). Die dahinter stehende Erwägung wäre aber der Ausformulierung wert gewesen: Maßgeblich für die Auslegung des Willens ist, dass der Angegriffene weder seinen Rechtskreis für den Angreifer öffnet, noch den Nothelfer daraus ausschließen will, wenn er zum Ausdruck bringt, er sei zwar nicht grundsätzlich gegen eine Fremdverteidigung, wolle aber den Nothelfer nicht gefährdet sehen. Hilft der Dritte dennoch, setzt er sich nicht über einen entgegen stehenden Willen hinweg, seine Nothilfe verletzt ihrerseits keinen Anerkennungsanspruch des Angegriffenen. Anders ist dies indessen, wenn der Angegriffene zum Ausdruck bringt, er verbiete sich das Eingreifen, etwa weil er den Angreifer oder sich selbst geschützt sehen will (S. 131 f., 135 ff.): Hier muss grundsätzlich, also bei einem der Einwilligung zugänglichen Angriff, der Wille des Angegriffenen bestimmen, ob und wie er sich verteidigen will.

Dogmatischer Ort zur Berücksichtigung eines entgegen stehenden Willens innerhalb der Notwehrdogmatik soll nach Auffassung des *Verfassers* nicht die Erforderlichkeit, sondern die Gebotenheit sein (S. 165 ff.). Dieses Ergebnis ist gewiss vertretbar. Kaum tragfähig ist aber das Argument, der Wille des Angegriffenen dürfe deshalb bei der Beurteilung der Erforderlichkeit keine Rolle spielen, weil diese Prüfung „objektiv“ zu geschehen habe (S. 166). Die Erforderlichkeit „objektiv“ zu beurteilen, bedeutet indes nicht, sämtliche in der Person des Angegriffenen begründeten und insoweit „subjektiven“ Gegebenheiten außer Betracht lassen zu müssen! Da der Not-

helfer als Vertreter des Angegriffenen und nicht als Funktionär der Rechtsordnung tätig wird, muss der Wille des Angegriffenen bei der (objektiv und ex ante) vorzunehmenden Einschätzung Berücksichtigung finden, was der Nothelfer als notwendig ansehen durfte.

Im letzten Kapitel wendet sich die Arbeit der kaum diskutierten Frage zu, ob ein Nothelfer nach § 33 entschuldigt werden kann, wenn er sich über den Willen des Angegriffenen hinwegsetzt. Im Anschluss an eine sorgfältige Auseinandersetzung mit der Diskussion um die § 33 zugrunde liegenden Prinzipien schließt sich *Seeberg* der Auffassung an, die maßgeblich auf die Verantwortlichkeit des Angreifers für die exzessive Notwehrhandlung abhebt, ergänzt um den Gedanken, dass der Strafzweck der Generalprävention die Bestrafung solchermaßen provozierter Affekttaten nicht erfordere (S. 213). Dennoch gleicht er den Fall, in welchem sich ein Nothelfer in einem asthenischen Affekt über den Willen des Angegriffenen hinwegsetzt, noch einmal mit sämtlichen Erklärungsansätzen zu § 33 ab. Dies führt ihn zu dem Ergebnis, dass bei einer (zumindest analogen) Anwendung des § 33 ein Nothelfer straflos handle, wenn er sich aus Furcht, Verwirrung oder Schrecken über den beachtlichen Willen des Angegriffenen hinwegsetzt und eine unerwünschte Hilfe leistet (S. 223). Diesem Ergebnis wird man beipflichten können, auch wenn man eine nähere Auseinandersetzung mit der Auffassung vermisst, zuständig für den Konflikt könne nur ein solcher Angreifer sein, der selbst nicht nur rechtswidrig, sondern auch schuldhaft handle.

Der *Verfasser* hat sich in verdienstvoller Weise weitgehend der Versuchung verschlossen, auf außerhalb seines systematischen Ansatzes liegende Topoi zurückzugreifen. Dass er dabei gelegentlich hinter den Ansprüchen seiner systematischen Prämissen zurückgeblieben ist, schmälert nicht die Bereicherung, welche die Diskussion um die aufgedrängte Nothilfe mit diesem Buch erfahren hat.

Wiss. Ass. Dr. **Michael Kubiciel**, Regensburg

Vollständige Rechtsprechung des BGH

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen.

502. BGH 2 StR 2/06 - Beschluss vom 6. Juni 2006 (LG Frankfurt)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung in der Revisionsinstanz (Herabsetzung des Strafmaßes durch das Revisionsgericht; Entscheidung durch Beschluss). Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 354 Abs. 1a StPO; § 349 StPO

503. BGH 2 StR 33/06 - Beschluss vom 31. Mai 2006 (LG Kassel)

Versuch (Tatentschluss).

§ 15 StGB; § 22 StGB

504. BGH 2 StR 42/06 - Urteil vom 7. Juni 2006 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (Umfang der revisionsgerichtlichen Kontrolle; Berücksichtigung negativer Tatfolgen für den Täter). § 46 StGB; § 337 StPO

505. BGH 2 StR 61/06 - Beschluss vom 26. April 2006 (LG Aachen)

Gleichartige Tateinheit (Urteilsformel); Angemessenheit der Rechtsfolge.

§ 260 Abs. 4 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

506. BGH 2 StR 72/06 - Urteil vom 7. Juni 2006 (LG Aachen)

Verabredung zu einem Verbrechen; Aufklärungspflicht (Rügeanforderungen); teilweise Einstellung des Verfahrens (Wiedereinbeziehung bei Freispruch; Unterlassen der Wiedereinbeziehung); Kognitionspflicht.

§ 30 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 154a StPO; § 264 StPO

507. BGH 2 StR 89/06 - Urteil vom 3. Mai 2006 (LG Frankfurt)

Vergewaltigung (entgegenstehender Wille); schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (Strafzumessung; Schwangerschaft); Aufrechterhaltung des Strafauspruchs (angemessene Rechtsfolge; gesetzlicher Richter; rechtliches Gehör; Rechtsweggarantie; Recht auf ein faires Verfahren).

§ 176 a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 1 a StPO; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG

508. BGH 2 StR 120/05 - Beschluss vom 10. Mai 2006

Pauschgebühr (besonders umfangreiche Vorbereitung für die Revisionshauptverhandlung).

§ 51 RVG

509. BGH 2 StR 150/06 - Beschluss vom 2. Juni 2006 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe; eigenständige Verfügungsgewalt); Strafzumessung (Beruhen).

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

510. BGH 2 StR 175/06 - Beschluss vom 29. Mai 2006 (Landgericht Aachen)

Beistand für die Nebenklage (Fortwirkung); rechtsfehlerhafte Bewilligung von Prozesskostenhilfe (Umdeutung).

§ 397a StPO

511. BGH 2 ARs 176/06 / 2 AR 101/06 - Beschluss vom 10. Mai 2006

Zuständigkeitsbestimmung; erhebliche Erschwernisse für das Verfahren.

§ 42 JGG; § 108 JGG

512. BGH 2 ARs 178/06 / 2 AR 104/06 - Beschluss vom 10. Mai 2006

Zuständigkeitsbestimmung.

§ 14 StPO; § 462a StPO

513. BGH 2 ARs 53/06 - Beschluss vom 31. Mai 2006

Anfrageverfahren; Rügeverkümmern nach Protokollberichtigung (Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls; besonderes Freibeweisverfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Beschleunigungsgrundsatz); Verfahrensrüge (Wegfall der Tatsachengrundlage).

§ 274 StPO; § 132 Abs. 3 GVG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

514. BGH 2 ARs 216/06 / 2 AR 108/06 - Beschluss vom 17. Mai 2006

Übertragung der Sache (Zweckmäßigkeit; belastende Reise).

§ 12 Abs. 2 StPO

515. BGH 3 StR 23/06 – Urteil vom 11. Mai 2006 (LG Osnabrück)

Freisprechendes Urteil (Begründungspflicht; lückenhafte Beweiswürdigung); Mittäterschaft (Abgrenzung zur Beihilfe); Anordnung der Telefonüberwachung (richterlicher Beurteilungsspielraum).

§ 267 StPO; § 25 StGB; § 27 StGB; § 100a StPO

516. BGH 3 StR 41/06 - Urteil vom 11. Mai 2006 (LG Hildesheim)

Verfall von Wertersatz; Ersatzansprüche der Geschädigten (Verzicht; Verwirkung; widersprüchliches Verhalten; Verjährung); Urteilsgründe.

§ 73 Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 823 BGB; § 826 BGB; § 267 Abs. 3 StPO

517. BGH 3 StR 52/06 - Beschluss vom 7. März 2006 (LG Wuppertal)

Erhebliche Minderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (Eingangsmerkmal; Sachverständiger; Gutachten; Rechtsfrage); Urteilsgründe.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 246a StPO; § 267 Abs. 3 StPO

518. BGH 3 StR 59/06 - Beschluss vom 11. April 2006 (LG Wuppertal)

Veruntreuende Unterschlagung; Betrug; Mittäterschaft (Abgrenzung zur Beihilfe; Beweiswürdigung; Urteilsgründe); Hehlerei (Postpendenzfeststellung).

§ 246 Abs. 2 StGB; § 263 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 259 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

519. BGH 3 StR 65/06 - Beschluss vom 30. Mai 2006

Einstellung des Verfahrens; geringe Schuld; kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung (erhebliche Verzögerungen des Verfahrens).

§ 153 StPO; § 20 VereinsG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

520. BGH 3 StR 105/06 - Beschluss vom 9. Mai 2006 (LG Lübeck)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe); Zurückweisung eines Beweisantrags (Hilfsbegründung; Beruhen).

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 244 StPO; § 337 StPO

521. BGH 3 StR 107/06 - Beschluss vom 11. Mai 2006 (LG Flensburg)

Schwerer sexueller Missbrauch (Kinder; Schutzbefohlene); teilweise Einstellung des Verfahrens; angemessene Rechtsfolge.

§ 174 StGB; § 176 StGB; § 154 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

522. BGH 3 StR 111/06 - Beschluss vom 9. Mai 2006 (Landgericht Kleve)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erneute Anordnung trotz Vollzugs; Verhältnismäßigkeit).

§ 63 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

523. BGH 3 StR 147/06 - Beschluss vom 30. Mai 2006 (LG Mönchengladbach)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

524. BGH 3 StR 161/06 - Beschluss vom 6. Juni 2006 (LG Osnabrück)

Beschwer; Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).

vor § 296 StPO; § 55 StGB

525. BGH 3 StR 162/06 - Beschluss vom 13. Juni 2006 (LG Kleve)

Beruh.

§ 337 StPO

526. BGH 3 StR 429/05 - Beschluss vom 25. April 2006 (LG Krefeld)

Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs (fehlende Begründung; völlig ungeeignete Begründung; Entscheidung in eigener Sache; Verspätung; Austausch des Zurückweisungsgrundes durch das Revisionsgericht; Verschleppungsabsicht; Missbrauch); gesetzlicher Richter (faïres Verfahren); redaktioneller Hinweis.

§ 26a StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 338 Nr. 3 StPO

527. BGH 3 StR 480/05 - Beschluss vom 9. Mai 2006 (LG Lübeck)

Aufklärungspflicht; Ablehnung eines Beweisantrags; Inbegriff der Hauptverhandlung.

§ 244 StPO; § 261 StPO

528. BGH 1 StR 171/06 – Beschluss vom 20. Juni 2006

Anhörungsrüge; Gewährung rechtlichen Gehörs.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

529. BGH 1 StR 190/06 – Beschluss vom 24. Mai 2006 (LG München)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

530. BGH 1 StR 23/06 – Beschluss vom 11. Mai 2006 (LG Baden)

Verfall (entgegenstehende Ansprüche der Geschädigten; Einleitung einer gesetzlich nicht geregelten nachträglichen Verteilung unter den Verletzten; Auffangrechtserwerb); verfahrensrechtliche und materiellrechtliche Rückgewinnungshilfe (Anspruchsdurchsetzung in der Schweiz); Gesetzentwurf zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten.

§ 73 StGB; § 111i StPO; § 111b Abs. 5 i.V.m. § 111b Abs. 3 Satz 2 StPO

531. BGH 1 StR 32/06 – Urteil vom 1. Juni 2006 (LG München)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit: kein Ausschlussgrund des Handelns aus familiärer Verbundenheit).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a BtMG

532. BGH 1 StR 37/06 – Urteil vom 9. Mai 2006 (LG München)

Aufklärungsrüge (Abgrenzung von der Rüge der mangelnden Verwertung eines in die Hauptverhandlung eingeführten Beweismittels); Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit; Zweifelsgrundsatz: in dubio pro reo als Entscheidungsregel, Gesamtwürdigung; Erörterungsmangel).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

533. BGH 1 StR 57/06 – Beschluss vom 9. Mai 2006 (OLG Karlsruhe)

BGHSt; (keine) Revisionserstreckung bei Revisionsausschluss gemäß § 55 Abs. 2 JGG (analoge Anwendung; Bindung der Erstreckung an einen Widerspruch bzw. an eine Zustimmungslösung); redaktioneller Hinweis.

§ 121 Abs. 2 GVG; § 357 StPO; § 55 Abs. 2 JGG

534. BGH 1 StR 202/06 – Beschluss vom 31. Mai 2006 (LG München)

Unerlaubtes Handeltreiben mit und Erwerb von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (nicht geringe Menge bei Kokain).

§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG

535. BGH 4 StR 131/06 – Beschluss vom 11. Mai 2006 (LG Halle)

Kein Teilfreispruch bei nicht auszuschließender Tateinheit; Anwesenheit des Angeklagten und Ausschließung bei der Vernehmung (absoluter Revisionsgrund; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung; Entscheidung über die Vereidigung und Entlassung eines als Geschädigter vernommenen Zeugen; Ausschluss des Beruhens im Einzelfall; Auswirkung der Nichtvereidigung als Regelfall); Konfrontationsrecht (Fragerecht).

§ 267 StPO; § 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 59 StPO; § 60 StPO

536. BGH 4 StR 17/06 – Beschluss vom 16. Mai 2006 (LG Bielefeld)

Totschlag (minder schwerer Fall); fehlerhafte Beweiswürdigung (widerlege Einlassung des Angeklagten; Lückenhaftigkeit); Notwehr.

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 261 StPO; § 32 StGB

537. BGH 4 StR 40/06 – Beschluss vom 3. Mai 2006 (LG Paderborn)

Verwertungsverbot bei im Einzelfall unzureichender Belehrung über ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht (fortdauernde Schwägerschaft; Beruh. mit Blick auf das hypothetische Aussageverhalten des betroffenen Zeugen; Anschluss als Nebenkläger und Antrag, die Revision des Angeklagten zu verwerfen).

§ 52 Abs. 3 StPO; § 337 StPO; § 1590 Abs. 1, Abs. 2 BGB

538. BGH 4 StR 75/06 – Urteil vom 1. Juni 2006 (LG Bochum)

Darlegungsanforderungen an die Beweisantragsrüge; Sicherungsverwahrung (Gelegenheits- und Augenblickstaten als Symptomtaten).

§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 66 StGB

539. BGH 4 StR 8/06 – Beschluss vom 9. Mai 2006 (LG Bochum)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (Unzulässigkeit: Zeitpunkt der Kenntnis vom Fortfall des Hindernisses; Unbegründetheit: Zurechnung nach § 85 II ZPO bei der Nebenklage).

§ 44 StPO; § 85 II ZPO; § 45 StPO

540. BGH 4 StR 145/06 – Beschluss vom 23. Mai 2006 (LG Hagen)

Kein Adhäsionsverfahren im Jugendstrafverfahren (Heranwachsende).

§ 109 Abs. 2 Satz 1 JGG; § 81 JGG; § 403 StPO

541. BGH 4 StR 152/06 – Beschluss vom 30. Mai 2006 (LG Münster)

Wirksame Rechtsmittelrücknahme.

§ 302 StPO

542. BGH 4 StR 153/06 – Beschluss vom 18. Mai 2006 (LG Halle)

Unzulässige Verfahrensabsprache (überschrittene Strafobergrenze; Vorgabe, alle beschleunigenden Verteidigungserklärungen abgeben zu müssen; Subjektstellung: keine abverlangte Unterwerfung; mangelhaft erfüllte Hinweispflicht).

Vor § 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 265 StPO

543. BGH 4 StR 572/05 – Urteil vom 27. April 2006 (LG Hagen)

BGHSt; Strafzumessung (keine Obergrenze aus statistischen Erkenntnissen zur Lebenserwartung; Gewissheit, im Anschluss an die Strafverbüßung in die Freiheit entlassen zu werden; minder schwere Fälle und Strafraumenwahl; Strafmilderungsgrund hohen Alters; gerechter Schuldausgleich; Aufbau der Strafzumessungsentscheidung); Menschenwürde (Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden).

§ 46 Abs. 1 StGB; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

544. BGH 4 StR 575/05 – Beschluss vom 28. März 2006 (LG Essen)

Minder schwerer Fall des Totschlages (Affekttat und vermeintlicher Affektabbau bei fortwährenden erheblichen Angriffen; affektypischer Erinnerungsverlust); Aufklärungspflicht (gebotene Vernehmung eines weiteren psychiatrischen Sachverständigen mangels eigener Sachkunde; Abweichung vom Gutachter bei der Frage der erheblich verminderten Schuldfähigkeit: Darlegungspflichten des Tatrichters).

§ 213 StGB; § 21 StGB; § 72 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

545. BGH 4 ARs 3/06 – Beschluss vom 3. Mai 2006

Anfrageverfahren zur Rügeverkümmung (Erheblichkeit einer Protokollberichtigung nach erhobener Verfahrensrüge; Gewohnheitsrecht; Kontinuität der Rechtsprechung); Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls: Ergänzung im Wege des Freibeweisverfahrens; Wahrheit im Strafverfahren); Zulässigkeit des Anfrageverfahrens (Entscheidungserheblichkeit); unterbliebene Verlesung des Anklagesatzes (Beruhen; einfach gelagerte Fälle).

§ 274 StPO; Art. 6 EMRK; § 132 Abs. 3 GVG; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO

546. BGH 5 StR 21/06 – Beschluss vom 26. April 2006 (LG Hamburg)

Urteilsabsetzungsfrist (keine rechtliche oder tatsächliche Verhinderung eines Beisitzers bei Abordnung an die Justizbehörde).

§ 275 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

547. BGH 5 StR 3/06 – Urteil vom 11. Mai 2006 (LG Berlin)

Versuchte schwere räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht bei Vorstellung eines rechtlich nicht durchsetzbaren Anspruchs; Mittäterschaft).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 16 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

548. BGH 5 StR 32/06 – Urteil vom 26. April 2006 (LG Frankfurt)

Versuchtes und vollendetes gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (erschlichene aber formell wirksame Touristenvisa: BGHSt 50, 105; Beihilfe zur illegalen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit; psychische Beihilfe durch Organisation der Prostitutionsausübung und das Vermitteln eines Angebots, als Prostituierte arbeiten zu können); abgelehnter Antrag auf wörtliche Protokollierung (Beruhen).

§ 92b Abs. 1 AuslG; § 92a Abs. 2 Nr. 1 AuslG; § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 92a Abs. 1 i.V.m. § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG; § 27 StGB

549. BGH 5 StR 42/06 – Beschluss vom 25. April 2006 (LG Mannheim)

Verjährungsunterbrechung (richterliche Bestätigung einer nichtrichterlichen Beschlagnahme als richterliche Beschlagnahmeanordnung; verfassungsrechtliche Mindestanforderungen).

§ 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 98 Abs. 2 StPO

550. BGH 5 StR 51/06 – Urteil vom 26. April 2006 (LG Berlin)

Versuchter Raub; Strafzumessung (gerechter Schuldausgleich; Grenzen der Revisibilität; strafmilderndes Geständnis im Kontext der übrigen Beweislage); Bewährung.

§ 249 StGB; § 23 StGB; § 56 StGB; § 46 StGB

551. BGH 5 StR 62/06 – Urteil vom 23. Mai 2006 (LG Chemnitz)

Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs von Kindern (Umdeutung in eine Verfahrensrüge bei Rügen der Staatsanwaltschaft; Darstellung einer früheren, detaillierteren Zeugenaussage im Urteil; Widersprüche).

§ 261 StPO; § 176 StGB

552. BGH 5 StR 103/06 – Beschluss vom 25. April 2006 (LG Berlin)

Letztes Wort des Angeklagten (Wiedereintritt).
§ 258 Abs. 3 StPO

553. BGH 5 StR 104/06 – Beschluss vom 27. April 2006 (LG Berlin)

Fehlerhaft unterbliebene Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Drogenabhängigkeit; Hang; Symptomzusammenhang; Erörterungsmangel).
§ 64 StGB

554. BGH 5 StR 112/06 – Beschluss vom 9. Mai 2006 (LG Bautzen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

555. BGH 5 StR 118/06 – Beschluss vom 26. April 2006 (LG Frankfurt)

Konfrontationsrecht des Angeklagten (Fragerecht; Unterrichtungspflichten; Zurechnung des mangelnden Verteidigerwiderspruchs).
Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 247 Satz 4 StPO

556. BGH 5 StR 122/06 (alt: 5 StR 256/05) – Beschluss vom 25. April 2006 (LG Cottbus)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

557. BGH 5 StR 79/06 – Beschluss vom 27. April 2006 (LG Berlin)

Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe (muslimische Ehe; Selbstbestimmungsrecht der Frau; gebotene gesamtwürdigende Prüfung, ob der Täter seine gefühlsmäßigen oder triebhaften Regungen gedanklich beherrschen und willensmäßig steuern konnte).
§ 211 Abs. 2 StGB

558. BGH 5 StR 327/05 – Beschluss vom 10. Mai 2006 (LG Berlin)

Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 1, Abs. 2 StPO.
§ 154 Abs. 1, Abs. 2 StPO

559. BGH 5 StR 578/05 – Beschluss vom 22. Mai 2006 (OLG Brandenburg)

BGHSt; verjährungsunterbrechende Anordnung der Bekanntgabe des Ermittlungsverfahrens (Erstellung und Versendung eines Anhörungsbogens durch individuellen elektronischen Befehl durch den Sachbearbeiter der Verwaltungsbehörde; sichere Feststellbarkeit von Zeitpunkt und Bearbeiter; Form von Unterbrechungshandlungen).
§ 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 OWiG; § 78 StGB

560. BGH 5 StR 597/05 – Beschluss vom 25. April 2006

Rechtliches Gehör; Anhörungsrüge (Verspätung); Wiedereinsetzungsantrag.
Art. 103 Abs. 1 GG; § 44 StPO; § 356a StPO

561. BGH 5 ARs 13/06 – Beschluss vom 9. Mai 2006

Rügeverkümmern; Recht auf ein faires Verfahren.

Art. 6 EMRK; § 274 StPO

562. EGMR Nr. 54810/00 (Große Kammer) – Beschluss vom 11. Juli 2006 (Jalloh v. Germany)

Einsatz von Brechmitteln; Selbstbelastungsfreiheit (Schutzbereich; faires Verfahren; Verwertungsverbot bei Beweismitteln, die in Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewonnen worden sind; Gesamtbetrachtung); Folterverbot (unmenschliche und erniedrigende Behandlung; Menschenwürde; Verhältnismäßigkeit); Recht auf Privatleben; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde und der EMRK; redaktioneller Hinweis.

Art. 3 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 35 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 81a StPO; § 136a StPO; § 90 Abs. 2 BVerfGG

563. BVerfG 1 BvR 49/00 – Beschluss vom 24. Mai 2006 (BayObLG; LG Nürnberg-Fürth; OLG Nürnberg)

Meinungsfreiheit (drastische Äußerungen; Abtreibung; „Babycaust“; „Kinder-Mord“; „Tötungs-Spezialist für ungeborene Kinder“; räumlicher Kontext der Meinungsäußerung; Auslegung); Beleidigung (zum Nachteil einer kommunalen Klinikträgerin; individuell betroffene natürliche Person; Beleidigungsabsicht); Abwägung (schwer wiegende Persönlichkeitsverletzung; Schmähkritik); Strafzumessung (presserechtliche Verantwortlichkeit); zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch (Auslegung; andere Maßstäbe als bei strafrechtlicher Verurteilung; keine Verkürzung bei Inanspruchnahme von Rechtsschutz); Schuldgrundsatz.

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 185 StGB; § 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB; § 1004 BGB

564. BVerfG 2 BvR 1675/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Mai 2006 (LG Bielefeld)

Recht auf effektiven Rechtsschutz (Eilrechtsschutz im Strafvollzug; Wirksamkeit; innerhalb angemessener Zeit); drohende prozessuale Überholung (zu lange Stellungnahmefristen; Disziplinarmaßnahmen); Entscheidung ohne schuldhaftes Zögern (unverzögliche Verwerfung unzulässiger Anträge; kurze Stellungnahmefristen; fernmündliche Stellungnahme der Anstalt; Übermittlung per Fax); Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Wiederholungsgefahr).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 S. 1 GG; § 104 Abs. 1 StVollzG

565. BVerfG 2 BvR 1693/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. Mai 2006 (OLG Frankfurt am Main/LG Gießen)

Strafrechtliche Verfolgbarkeit von Verstößen gegen die Schulpflicht aus religiösen Gründen; Grundrecht auf Religionsfreiheit; Elterngrundrecht und staatlicher Erziehungsauftrag (Gemeinwohlinteresse; legitimer Zweck; Meinungsneutralität; Konfrontation mit anderen Meinungen); praktische Konkordanz; Berücksichtigung religiöser Überzeugungen bei Strafzumessung und im Strafverfahren (Verhältnismäßigkeit; Gewissenskonflikt;

Zumutbarkeit rechtmäßigen Alternativverhaltens); Nichtannahmebeschluss.

Art. 4 Abs. 1 GG; Art. 7 GG; Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 GG; § 182 Abs. 1 HessSchulG; § 59 StGB

566. BVerfG 2 BvR 820/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Mai 2006 (LG Mannheim/AG Mannheim/BGH)

Recht auf Eigentum (Arrest in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Arrest auf das gesamte Vermögen); richterliche Prüfung (Anforderungen; Darlegung; auf Einzelfall bezogene Darstellungen; keine formelhaften Begründungen; unzureichende Auseinandersetzung mit Zeugenaussagen); Verfall wenn Beschuldigter Beauftragter, Vertreter oder Organ einer juristischen Person ist (regelmäßige Trennung).

Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 111 e Abs. 1 Satz 1 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73 Abs. 3 StGB

567. BVerfG 2 BvR 836/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Februar 2006 (BGH/LG Köln)

Recht auf den gesetzlichen Richter (Gewährleistung des unbefangenen Richters; Willkür; Richter in eigener Sache); Auslegung und Anwendung des § 26 a StPO (reine Formalentscheidungen; völlige Ungeeignetheit der Begründung; kein Eingehen auf den Verfahrensgegenstand); Behandlung der fehlerhaften Anwendung des § 26a StPO in der Revision (keine Prüfung der hypothetischen Begründetheit; zwingende Zurückverweisung; Beschwerde); rechtliches Gehör (verkürzte Behandlung des Vorbringens der Verteidigung); redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

568. BGH 3 StR 116/06 - Beschluss vom 20. Juni 2006 (LG Hannover)

Mord; Beschwer.

§ 211 StGB; vor § 296 StPO

569. BGH 3 StR 119/06 - Beschluss vom 23. Mai 2006 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe); Strafzumessung (Beruhen).

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

570. BGH 3 StR 126/06 - Beschluss vom 30. Mai 2006 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe); Strafzumessung (Beruhen).

§ 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

571. BGH 3 StR 142/06 - Beschluss vom 23. Mai 2006 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge; Schuldumfang; Wirkstoffgehalt; Abrede; Lieferung); Strafzumessung.

§ 29a BtMG; § 46 StGB

1. Beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln kommt es sowohl für die Frage des Vorliegens einer nicht geringen Menge als auch für den Schuldumfang bereits auf die Abrede über den Kauf und nicht erst auf die spätere Lieferung an.

2. Wird nachträglich nicht die bestellte, zumindest durchschnittliche Qualität an Betäubungsmitteln, sondern schlechtere Ware geliefert, so kann dies an dem bereits vorher verwirklichten Tatumrecht nichts mehr ändern. Die mangelhafte Qualität kann lediglich ähnlich wie eine nachträgliche Sicherstellung der Ware bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.