

HRRS-Festgabe für GERHARD FEZER

**zum 70. Geburtstag
am 29. Oktober 2008**

herausgegeben von

**Karsten Gaede, Frank Meyer
und Stephan Schlegel**

Hinweis: Die Schriftgrößen dieses Dokuments sind so gestaltet, dass das Dokument zweiseitig auf dem Format A4 (Querformat) ausgedruckt werden kann.

HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag,
hrsg. von Karsten Gaede, Frank Meyer und Stephan Schlegel,
Hamburg 2008

© 2008 HRRS – Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>)

Redaktion HRRS
Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7
20355 Hamburg

Bezugsquelle: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/>

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe, und der Übersetzung, vorbehalten. Das Dokument darf zum eigenen Gebrauch elektronisch gespeichert und ausgedruckt werden. Ein Weitervertrieb des Dokuments bedarf der Einwilligung der Rechteinhaber.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
DANIELA DEMKO	
Das Recht des Angeklagten auf unentgeltlichen Beistand eines staatlich bestellten Verteidigers und das Erfordernis der »interests of justice«	1
KARSTEN GAEDE	
Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR für die Verteidigung?	21
ANDRÉ GRAUMANN	
Die Absprache über die Nichtverfolgung einer Tat gemäß § 154 StPO – Anmerkung zu BGHSt 52, 165 (= HRRS 2008 Nr. 459)	53
MICHAEL KAHLO / BENNO ZABEL	
Schuldgrundsatz und Strafklageverbrauch	87
DIETHELM KLESCZEWSKI	
Tatbestandsbildung als Feinderklärung?	109
FRANK MEYER	
Die Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafprozessrecht	131
Verzeichnis der Autoren	225

Vorwort

Die HRRS-Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von *Gerhard Fezer* kann und soll weder in Konkurrenz zur »Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008« treten, die dem Jubilar dieser Tage von seinen Freunden und Kollegen überreicht werden wird, noch sein wissenschaftliches Lebenswerk thematisch vollständig abbilden. Das Anliegen ihrer Autoren ist allein in dem Wunsch zu finden, dem Wissenschaftler und Menschen *Gerhard Fezer* mit dieser Publikation Respekt zu zollen. Der individuelle Anlass mag dabei verschieden sein, doch ist uns allen gemein, dass wir das Glück und Vergnügen hatten, vom Jubilar in verschiedenen Phasen unserer Entwicklung nachhaltig in unserem Wirken beeinflusst oder sogar maßgeblich gefördert worden zu sein. Anders als dies in einer Festschrift klassischen Zuschnitts möglich wäre, möchten wir deshalb auch von einer einleitenden Rekapitulation des wissenschaftlichen Werdegangs nebst Erörterung der zentralen Schriften absehen. Vielmehr wollen wir uns darauf konzentrieren, die prägenden Facetten dieser Begegnungen hervorzuheben.

Es sind zuallererst die wissenschaftlichen Ideale, die *Gerhard Fezer* verkörpert, die einen bleibenden Eindruck hinterlassen haben. Sein Wirken ist bestimmt von skrupulöser systematisch-dogmatischer Detailarbeit und bestechender methodischer Klarheit, ohne das große Ganze hierbei jemals aus dem Blick zu verlieren. Im Bekenntnis zur Wahrung einer strengen Justizförmigkeit des reformierten Strafprozesses findet er seine feste Verankerung. Dieses sichere Fundament verleiht seinem gesamten prozessualen Tätigkeitsspektrum, das von den Schwerpunkten im Rechtsmittelrecht und bei den Beweisverwertungsverböten bis zur Effektuierung des Amtsaufklärungsgrundsatz und der gerichtlichen Kontrolle staatlicher Ermittlungstätigkeiten reicht, Kohäsion und normativen Halt.

Sein Eintreten für die schützenden Formen zieht sich wie ein roter Faden durch diese Arbeiten. In einer Zeit, in der alles abwägar zu werden scheint und Aussagen über rechtliche Grenzen strafrechtlicher Ermittlungen und Limitierungen der Verteidigungsrechte oft im Ungefähren bleiben, heben sich diese Abhandlungen wohltuend ab und machen Mut, Rechtswidriges ohne Umschweife auch als solches zu benennen und den Staat nicht durch artifizielle Rechtmäßigkeitshypothesen oder Funktionalitätserwägungen von den Folgen seines Fehlverhaltens freizuhalten. Vor allem durch sein noch heute maßgebliches Lehrwerk zum Strafprozessrecht und durch zahlreiche konzise Beiträge und Anmerkungen hat der Jubilar über seine Lehrtätigkeit an der Hamburger Universität hinaus Studierende und Praktiker gleichermaßen dazu angeleitet, die Anforderungen des Strafprozessrechts ernst zu nehmen und sich ihrer als einem persönlichen Anliegen anzunehmen.

Dass es den Ausführungen *Gerhard Fezers* dabei nie am Augenmaß mangelt, beeindruckt zusätzlich, ist doch gerade dessen Entwicklung für viele Wissenschaftler ein langwieriger schmerzhafter Prozess. Nicht nur in dieser Hinsicht hat sich der Jubilar auch einiger der Autoren frühzeitig angenommen und mit milder Strenge die Häutungsprozesse seiner Assistenten und Doktoranden begleitet. Auch in punkto Strukturierung wissenschaftlicher Arbeiten und ihrer sprachlichen Umsetzung hat so mancher schwere Stunden hinter sich. Sinnverschleiende Geschwätzigkeit ist ihm ein Graus. Seinen Stil kennzeichnen vielmehr sprachliche Schärfe und unpräntiöse Sachlichkeit.

Es sind freilich nicht allein diese gelebten Standards, die Orientierung geben. Ohne Würdigung der menschlichen Seite bliebe das Bild unvollständig. Zu betonen sind hier seine persönliche Integrität und Zuverlässigkeit gepaart mit trocken-hintergründigem Humor, der so Manchem einen Spitznamen aus der griechischen Mythologie bescherte. In der fürsorglichen Förderung, die er ihm anvertrauten Wissenschaftlern gleichermaßen aus

Pflichtgefühl und Freude am Forschen angedeihen ließ, hat diese Haltung einen besonders sichtbaren Niederschlag gefunden.

Welches Privileg man mit dieser exquisiten Schule genossen hat, ahnt man zwar schon früh. Vollständig zu erfassen, wie sehr man von diesen Lehrjahren profitiert, vermag man indessen erst später. Der siebzigste Geburtstag *Gerhard Fezers* ist ein würdiger Anlass, diesem Bewusstsein mit dieser Festgabe Ausdruck zu verleihen.

Frank Meyer und Karsten Gaede,
Freiburg und Hamburg im Oktober 2008

DANIELA DEMKO

Das Recht des Angeklagten auf unentgeltlichen Beistand eines staatlich bestellten Verteidigers und das Erfordernis der »interests of justice«^{*}

I. Einleitung

Das Recht des Angeklagten auf unentgeltlichen Beistand eines staatlich bestellten Verteidigers stellt – neben dem Recht auf Selbstverteidigung und dem Recht auf einen Verteidiger eigener Wahl – eines der drei in Art. 6 III c EMRK geregelten eigenständigen Verteidigungsrechte dar. Im Unterschied zum Recht auf Selbstverteidigung und dem Recht auf Wahlverteidigung macht Art. 6 III c EMRK das Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand vom Vorliegen zweier Voraussetzungen abhängig: Zum einen von der Mittellosigkeit des Angeklagten und zum anderen davon, dass der unentgeltliche Verteidigerbeistand »im Interesse der Rechtspflege erforderlich« ist bzw. – wie es in der englischen Sprachfassung heißt: »when the *interests of justice* so require«.¹

Wie der Jubilar, *Prof. Dr. Gerhard Fezer*, dem dieser Beitrag mit besten Geburtstagswünschen gewidmet ist, zutreffend herausstellte, ist

* Zugleich ein Beitrag der HRRS-Reihe Strafprozessuale Leitfälle zur EMRK.

¹ Zu den unterschiedlichen Sprachfassungen siehe näher *Spaniol*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990, insbesondere S. 73 ff.; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 476: »... erweist sich die deutsche Terminologie *im Interesse der Rechtspflege* als zumindest missverständlich ...«.

»allein durch die Verpflichtung der staatlichen Strafverfolgungsorgane, nach den Grundsätzen der Objektivität, Wahrheit und Gerechtigkeit zu »verfahren«, der notwendige Schutz des Beschuldigten nicht gewährleistet ... *Der Beschuldigte selbst kann nicht oder nicht effektiv genug kontrollieren*, ob die Strafverfolgungsbehörden sich an ihre gesetzlichen Rechte und Pflichten halten ...«²

An diesen Gedanken anknüpfend, ist der vorliegende Beitrag der zweiten, in Art. 6 III c EMRK aufgestellten Voraussetzung für das Recht des Angeklagten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand, dem Erfordernis der »*interests of justice*« gewidmet. Nachgegangen wird der Frage, was der EGMR unter diesem Begriff versteht, welche Beurteilungskriterien er zur Konkretisierung dieses Begriffs in seiner bisherigen Rechtsprechung entwickelt hat und in welcher Weise sich das vom EGMR dem Begriff der »*interests of justice*« zugrunde gelegte Bedeutungsverständnis in den von ihm herangezogenen einzelne Kriterien widerspiegelt.

Zur Beantwortung jener Fragen wird auf verschiedene, zum unentgeltlichen Verteidigerbeistand ergangene Entscheidungen des EGMR zurückgegriffen, wobei insbesondere die Entscheidungen *Quaranta v. SWI* und *R.D. v. PL* hervorzuheben, aber auch die Entscheidungen *Benham v. GB*, *Boner v. GB*, *Maxwell v. GB* und *S.C. v. GB* zu nennen sind. Ausgehend von der Entscheidung *Quaranta v. SWI*, anhand der die Prüfungsreihenfolge und Argumentationsweise des EGMR exemplarisch aufgezeigt werden soll, wird unter Einbezug der eben genannten, anderen Entscheidungen des EGMR dargelegt, in welcher Weise das Erfordernis der »*interests of justice*« Eingang in die ständige Spruchpraxis des EGMR gefunden hat.

² Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (1995), Fall 4 Rn. 1 (Herv. d. Verf.) mit weiteren Ausführungen.

II. Das Erfordernis der »interests of justice« in der Rechtsprechung des EGMR

Der Frage, in welchem Sinne der in Art. 6 III c EMRK verwendete Begriff der »interests of justice« zu verstehen ist und welche Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens jenes Erfordernisses heranzuziehen sind, ging der EGMR in einer Vielzahl von Entscheidungen nach, zu denen auch die Leitentscheidung *Quaranta v. SWI*³ gehörte. Die in *Quaranta v. SWI* aufgestellten Überlegungen und Beurteilungskriterien wurden nachfolgend vom EGMR in ständiger Rechtsprechung aufgegriffen und entsprechend des jeweils zu beurteilenden Einzelfalles konkretisierend weitergeformt.⁴ Dabei zeigte sich nicht nur bereits in *Quaranta v. SWI*, sondern mit zunehmender Deutlichkeit insbesondere in der fortlaufenden Spruchpraxis, welches Grundverständnis der EGMR mit dem Erfordernis der »interests of justice« verbindet: jenes Grundverständnis, das dem Begriff der »interests of justice« insgesamt seine eigentliche Prägung vermittelt und aus dem heraus auch die einzelnen, vom EGMR entwickelten Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens der »interests of justice« zu interpretieren sind.

³ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205.

⁴ Siehe etwa zum unentgeltlichen Verteidigerbeistand im Rechtsmittelverfahren *Granger v. GB*, Serie A Nr. 174; *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C; *Boner v. GB*, Serie A Nr. 300-B; siehe zudem *Vacher v. France*, Reports 1996-VI; *R.D. v. Poland*, 18.12.2001, Nr. 29692/96 and 34612/97; *S.C. v. GB*, Reports 2004-IV; zudem bereits die Entscheidungen *Artico v. Italy*, Serie A Nr. 37; *Benham v. GB*, Reports 1996-III; vgl. auch *Padalov v. Bulgaria*, 10.8.2006, Nr. 54784/00; zu diesen und weiteren Entscheidungen vgl. aus dem deutschen Schrifttum z.B. die Darstellungen bei *Esser*, Fn. 1, S. 474 ff; *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 264 ff. und S. 564 ff.; *Spaniol*, Fn. 1, insbesondere S. 70 ff.; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren, MRK und IPBPR, 2005, Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR, N 201 ff.

1. Zum Sachverhalt der Entscheidung Quaranta v. SWI

Der Beschwerdeführer, der italienische Staatsbürger Herr Quaranta – der mit seinen Eltern in die Schweiz kam, als er noch sehr jung war –, war 1982 zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt worden, welche für die Dauer von drei Jahren zur Bewährung ausgesetzt wurde. Während seiner Bewährungszeit legte man ihm die Begehung von Drogendelikten zur Last und der Untersuchungsrichter eröffnete 1985 ein Verfahren gegen Herrn Quaranta wegen des Verdachts auf Zuwiderhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Seine wiederholten Gesuche auf Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigerbeistandes – vor dem Untersuchungsrichter und später nach Überweisung der Sache an das Strafgericht vor dem erkennenden Gericht – blieben erfolglos und wurden mit der Begründung abgewiesen, dass der Fall keine besonderen Schwierigkeiten böte und daher ein unentgeltlicher Verteidigerbeistand nicht erforderlich sei. Das Gericht verurteilte Herrn Quaranta 1985 wegen Rauschgifthandels und -genusses zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten und widerrief zugleich den bedingten Strafvollzug der zehnmonatigen Freiheitsstrafe aus dem Jahr 1982. An der Hauptverhandlung nahm der Beschwerdeführer persönlich und ohne Beistand eines Verteidigers teil; zudem nahm kein Vertreter der Staatsanwaltschaft an der Gerichtsverhandlung teil.

Nach Beschwerde vor dem Strafkassationsgericht des Kantons Waadtland und staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht, welche abgewiesen wurden, legte der Beschwerdeführer 1986 Beschwerde wegen Verletzung seines Anspruches auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand nach Art. 6 III c EMRK vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR) ein, welche im Jahr 1990 die Verletzung der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Konventionsbestimmung einstimmig bejahte. Der EGMR schloss

sich dieser Auffassung an und kam ebenfalls zu dem Ergebnis einer Verletzung des Art. 6 III c EMRK.⁵

2. Die Prüfungsschritte und Beurteilungskriterien des EGMR zur Feststellung des Erfordernisses der »interests of justice« als Voraussetzung für die Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigerbeistandes nach Art. 6 III c EMRK

a. Die Einbettung des Anspruchs auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand in die Konventionsbestimmung des Art. 6 EMRK

Der Anspruch des Angeklagten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand wird vom EGMR in ständiger Rechtsprechung und entsprechend auch in der Entscheidung *Quaranta v. SWI* in den Gesamtzusammenhang mit dessen Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 I EMRK gestellt und jenes Verteidigungsrecht – ebenso wie die anderen in Art. 6 EMRK geregelten und die vom EGMR im Rahmen seiner Spruchpraxis entwickelten Verteidigungsrechte – als spezieller Aspekt eines fairen Strafverfahrens begriffen:

»... The Court points out that the right of an accused to be given, in certain circumstances, free legal assistance constitutes one aspect of the notion of a fair trial in criminal proceedings ...«.⁶

Neben jener Einbettung des Anspruchs des Angeklagten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand in dessen Anspruch auf ein faires Strafverfahren stellt jener, speziell dem mittelosen Angeklagten zustehende Anspruch ei-

⁵ Zum Sachverhalt näher *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, §§ 7 ff.

⁶ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 27; siehe auch bereits *Artico v. Italy*, Serie A Nr. 37, § 32: »... Paragraph 3 of Article 6 ... contains an enumeration of specific applications of the general principle stated in paragraph 1 of the Article (art. 6-1). The various rights of which a non-exhaustive list appears in paragraph 3 reflect certain of the aspects of the notion of a fair trial in criminal proceedings ...»; *Vacher v. France*, Reports 1996-VI, § 22: «... As the requirements of paragraph 3 (b) and (c) of Article 6 of the Convention ... constitute specific aspects of the right to a fair trial, guaranteed under paragraph 1 (art. 6-1) ...».

nes der drei in Art. 6 III c EMRK geregelten selbständigen Verteidigungsrechte dar.⁷ Wenn sich die in Art. 6 III c EMRK geregelten Verteidigungsrechte – das Recht auf Selbstverteidigung, das Recht auf Wahlverteidigung und das Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand – auch darin unterscheiden, in welcher Form bzw. Art und Weise der Angeklagte beansprucht, sich im Strafverfahren zu verteidigen, so kennzeichnet diese doch der gemeinsame, übergeordnet-spezifische Regelungsgehalt und -zweck des Art. 6 III c EMRK, dem Angeklagten eine effektive Verteidigung zu gewähren.⁸ Das Recht auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand ist mithin nicht allein (irgend-)ein spezieller Aspekt des fairen Strafverfahrens, sondern ist – was die Konkretisierung seines sachlichen Gehaltes betrifft – aus dem Grundanliegen und Regelungszweck des Art. 6 III c EMRK heraus zu betrachten, dem Angeklagten eine effektive Verteidigung zu gewähren, sei es durch Selbstverteidigung, durch Wahlverteidigung oder eben mittel des Beistandes eines staatlich bestellten, unentgeltlichen Verteidigers.

Bereits in *Artico v. Italy* hieß es insofern:

»... sub-paragraph (c) (art. 6-3-c) guarantees the right to an adequate defence either in person or through a lawyer, this right being reinforced by an obligation on the part of the State to provide free legal assistance in certain cases ...«.⁹

⁷ Zur Eigenständigkeit der drei Verteidigungsrechte siehe aus der Rechtsprechung des EGMR etwa *Pakelli v. D*, Serie A Nr. 64, § 31; vgl. dazu auch die Ausführungen bei *Gaede*, Fn. 4, S. 252 mit ausführlichen Hinweisen auf Rechtsprechung und Schrifttum.

⁸ Siehe dazu etwa *Pakelli v. D*, Serie A Nr. 64, § 31, wo es hinsichtlich des Art. 6 III c EMRK heißt: «... Having regard to the object and purpose of this paragraph, which is designed to ensure effective protection of the rights of the defence ...»; siehe zu den drei Verteidigungsrechten eingehend auch *Gaede*, Fn. 4, S. 252 ff.; *Esser*, Fn. 1, S. 457 ff.; *Gollwitzer*, Fn. 4, N 187 ff., 192 ff.

⁹ *Artico v. Italy*, Serie A Nr. 37, § 33.

b. Die Bedeutung des Begriffs »interests of justice« und das Verhältnis der zur Bestimmung jenes Begriffs vom EGMR entwickelten Beurteilungskriterien zueinander

Im Unterschied zu den anderen zwei Verteidigungsrechten des Art. 6 III c EMRK ist der Anspruch des Angeklagten auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand nicht absolut gewährt,¹⁰ sondern hängt vom Vorliegen zweier Voraussetzungen ab: der Mittellosigkeit des Angeklagten und dem Erfordernis der »interests of justice«. Während die Voraussetzung der Mittellosigkeit des Angeklagten in der Rechtsprechung des EGMR bisher zumeist wenig problematisiert wurde,¹¹ widmete er sich der zweiten Voraussetzung in ausführlicher und differenzierter Weise.

Im Rahmen der Prüfung, ob das Erfordernis der »interests of justice« gegeben ist und daher für den Staat die Verpflichtung aufstellt, dem mittelosen Angeklagten einen unentgeltlichen Verteidiger zu bestellen, greift der EGMR auf einen im Laufe seiner Rechtsprechung gefestigten Kriterienkatalog zurück, wobei er die von ihm entwickelten verschiedenen Beurteilungskriterien im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des jeweiligen Falles¹² untersucht und hinsichtlich der Bedeutungsklä rung des Begriffs »interests of justice« und der dazu von ihm herangezogenen einzelnen Beurteilungskriterien

¹⁰ Darauf verweist auch *Esser*, Fn. 1, S. 474.

¹¹ Siehe auch *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2008, S. 363 N 111; vgl. zu dem Kriterium der Mittellosigkeit des Angeklagten näher *Gaede*, Fn. 4, S. 264 f.; *Esser*, Fn. 1, S. 475 f.; *Gollwitzer*, Fn. 4, N 202.

¹² Siehe dazu etwa *Granger v. GB*, Serie A Nr. 174, § 46: »... The question whether the interests of justice required a grant of legal aid must be determined in the light of the case as a whole ...»; *Boner v. GB*, Serie A Nr. 300-B, § 37: «... the Court reiterates that the manner in which paragraph 3 (c) of Article 6 ... is to be applied in relation to appellate or cassation courts depends upon the special features of the proceedings involved; account must be taken of the entirety of the proceedings conducted in the domestic legal order and of the role of the appellate or cassation court therein ...»; *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C, § 34.

eine auf die Person des Angeklagten und dessen Schutz abstellende Sicht zugrunde legt.¹³

Für die Prüfung, ob die »*interests of justice*« die Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigers verlangen, nimmt der EGMR auf eine Vielzahl unterschiedlicher Einzelkriterien bedacht:

»... In order to determine whether the »interests of justice« required that the applicant receive free legal assistance, the Court will have regard to various criteria ...«.¹⁴

Dabei verlangt der Gerichtshof für die Bejahung der »*interests of justice*« aber kein kumulatives Vorliegen dieser von ihm entwickelten Einzelkriterien, sondern hält ein alternatives Vorliegen für ausreichend, wobei er – obwohl er jedem der Kriterien eine jeweils selbstständige und für sich allein bereits genügende Bedeutung zur Begründung des Vorliegens der »*interests of justice*« zuspricht¹⁵ – die Einzelkriterien häufig nicht losgelöst und streng isoliert voneinander überprüft, sondern diese im Rahmen seiner Beurteilung des Vorliegens der »*interests of justice*« nebeneinander anführt, miteinander verzahnt und in einer Art des Sich-gegenseitig-Verstärkens miteinander in Verbindung setzt.¹⁶

¹³ Siehe dazu die näheren Ausführungen bei den einzelnen Beurteilungskriterien unter II. 2. c.

¹⁴ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 32.

¹⁵ Siehe dazu die näheren Ausführungen bei den einzelnen Beurteilungskriterien unter II. 2. c.

¹⁶ Siehe dazu, wie der EGMR die drei Beurteilungskriterien nicht isoliert voneinander prüft, sondern diese sich gegenseitig verstärkend miteinander in Verbindung setzt *näher Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 34: «... An additional factor is ...» und § 35: «... Such questions, which are complicated in themselves, were even more so for Mr Quaranta ...»; ebenso nimmt der EGMR im Rahmen der Prüfung der Komplexität des Falles in einer Art Wiederholung erneut Bezug auf das von ihm bereits zuvor geprüfte und bejahte erste Beurteilungskriterium und betont zusätzlich zu dem bejahten zweiten Kriterium der Komplexität des Falles

»... Given the nature of the proceedings, the wide powers of the High Court, the limited capacity of an unrepresented appellant to present a legal argument and, above all, the importance of the issue at stake in view of the severity of the sentence, the Court considers that the interests of justice required that the applicant be granted legal aid for representation at the hearing of his appeal ...«. ¹⁷

Da der EGMR den von ihm bisher entwickelten Beurteilungskriterien weder einen engen¹⁸ noch einen abschließenden Charakter zuspricht, kann nicht nur bereits das Vorliegen allein eines der Beurteilungskriterien oder das Zusammenspiel von für sich allein nicht ausreichenden Beurteilungskriterien zur Bejahung der »*interests of justice*« führen, sondern es ist zudem möglich, dass der EGMR in seiner zukünftigen Rechtsprechung zur verstärkten Betonung seines streng angeklagtenorientierten Ansatzes und zur Ausleuchtung und Konkretisierung des Begriffs der »*interests of justice*« neben den bisher entwickelten Beurteilungskriterien auf weitere Rückgriff nimmt.

Wie seine Ausführungen zu den einzelnen Beurteilungskriterien aufzeigen,¹⁹ legt der EGMR dem Begriff der »*interests of justice*« ein Verständnis zugrunde, das am Schutz des Angeklagten und dessen Anspruch auf eine konkrete effektive Verteidigung als spezieller Aspekt seines Anspruchs auf

die Bedeutung dessen, was für den Beschwerdeführer vorliegend auf dem Spiel stand, § 34.

¹⁷ *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C, § 41; siehe auch *R.D. v. Poland*, 18.12.2001, § 48: «... It has, for instance, held that the nature of the charges against the applicant, the need to develop appropriate arguments on complicated legal issues or the complexity of the cassation procedure may, from the point of view of the interests of justice, necessitate that he be granted free legal assistance ...».

¹⁸ Siehe auch *Gaede*, Fn. 4, S. 265: » ... Der EGMR legt diese Anforderung autonom und heute weit aus ...«.

¹⁹ Siehe dazu die Ausführungen bei den einzelnen Beurteilungskriterien unter II. 2. c.

ein faires Strafverfahren ausgerichtet ist.²⁰ Er betont – wenn auch mal mehr, mal weniger ausführlich, so doch von der Sache her in einer sich wiederholenden Weise –, dass sich die Entscheidung, ob die »*interests of justice*« einen unentgeltlichen Verteidiger erfordern, danach bestimmt, ob es dem Angeklagten im gesamten Verfahren auch ohne einen Verteidigerbeistand möglich ist, sich selbst in einer konkreten und effektiven Weise zu verteidigen.²¹ Deutlich heißt es insofern etwa in der Entscheidung *R.D. v. PL*:

»... There is, however, a primary, indispensable requirement of the »interests of justice« that must be satisfied in each case. That is the requirement of a fair procedure before courts, which, among other things, imposes on the State authorities an obligation to offer an accused a realistic chance to defend himself throughout the entire trial. In the context of cassation proceedings, that means that the authorities must give an accused the opportunity of putting his case in the cassation court in a concrete and effective way ...«.²²

²⁰ Vgl. zum auf die Person des Angeklagten und dessen Schutz abstellenden, individualrechtlichen Verständnis des Erfordernisses der »*interests of justice*« in Abkehr von einem (früheren), auf die objektiven Erfordernisse der Justiz abstellenden Verständnis mit zutreffender und differenzierter Begründung *Gaede*, Fn. 4, S. 268 f. und S. 564 ff. mit umfangreichen Nachweisen zu unterschiedlichen Ansichten im Schrifttum; zu Recht auch deutlich *Esser*, Fn. 1, S. 476; ausführlich und zutreffend ebenso *Spaniol*, Fn. 1, S. 73 ff.

²¹ Siehe etwa *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 36: «... In the circumstances of the case, his appearance in person before the investigating judge, and then before the Criminal Court, without the assistance of a lawyer, did not therefore enable him to present his case in an adequate manner ...»; *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C, § 38: «... that without the services of a legal practitioner he was unable competently to address the court on these legal issues and thus to defend himself effectively ...»; *Boner v. GB*, Serie A Nr. 300-B, § 41.

²² *R.D. v. Poland*, 18.12.2001, § 49.

c. Die einzelnen Beurteilungskriterien

Im Rahmen der Beurteilung, ob die »*interests of justice*« die Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigers erfordern, greift der EGMR auf verschiedene Einzelkriterien zurück.

aa. Die Schwere der Straftat und das mögliche Höchstmaß der drohenden Bestrafung

Eines der Kriterien zur Beurteilung des Vorliegens der »*interests of justice*«, auf die der EGMR in seiner Rechtsprechung häufig als erstes Prüfungskriterium abstellt – und zwar eingebettet in die übergeordnete Fragestellung nach dem, was für den Beschuldigten im jeweiligen Verfahrensstadium auf dem Spiel steht²³ – ist die Schwere der Straftat und das mögliche Höchstmaß der Bestrafung.

Auch in *Quaranta v. SWI* begann der EGMR seine Prüfung mit diesem Kriterium:

»... In the first place, consideration should be given to the seriousness of the offence of which Mr Quaranta was accused and the severity of the sentence which he risked ...«.²⁴

Dabei stellte der Gerichtshof klar, dass er sich an dem gesetzlich zulässigen Höchstmaß der Strafe ausrichtet. Für nicht maßgebend hielt er hingegen das Strafmaß, das das Gericht vermutlich aussprechen würde, da es sich dabei um eine bloße Prognose handele, die einer gesetzlich zulässigen

²³ Siehe dazu etwa *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 33: « ... In the present case, free legal assistance should have been afforded by reason of the mere fact that so much was at stake » und § 34: « However, the outcome of the trial was of considerable importance for the applicant ... »; ebenso *Benham v. GB*, Reports 1996-III, § 60: « regard must be had to the severity of the penalty at stake »; *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C, § 41; vgl. zudem die weiteren Entscheidungen in Fn 26.

²⁴ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 33.

strengeren Bestrafung nicht im Wege stünde. Dem Einwand der Regierung, wonach aufgrund der Aktenlage keine Veranlassung bestand, davon auszugehen, dass das Strafgericht eine mehr als 18-monatige und damit den bedingten Strafvollzug ausschließende Freiheitsstrafe aussprechen würde, hielt der EGMR entgegen:

»... The Court notes however that this was no more than an estimation; the imposition of a more severe sentence was not a legal impossibility. Under section 19 para. 1 of the Federal Misuse of Drugs Act, in conjunction with Article 36 of the Swiss Criminal Code, the maximum sentence was three years' imprisonment ...«. ²⁵

Mit jenem Kriterium des dem Angeklagten drohenden höchstmöglichen Strafmaßes greift der EGMR nicht nur auf ein solches zurück, das die Person des Angeklagten in den Mittelpunkt seiner Prüfung rückt, indem er danach fragt, was gerade für den Angeklagten »auf dem Spiel steht«. ²⁶

Vielmehr verdeutlicht(e) der EGMR in *Quaranta v. SWI*, aber auch in seiner nachfolgenden Rechtsprechung, dass ihm allein schon dieses Kriterium des gesetzlich zulässigen höchstmöglichen Strafmaßes genügt (hätte), um die »interests of justice« zu bejahen, womit er nicht nur klarstellt(e), dass bereits das alternative Vorliegen nur eines seiner Prüfungskriterien für die Annahme der »interests of justice« ausreichen kann, ²⁷ sondern zudem das betonte,

²⁵ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 33.

²⁶ Siehe dazu *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, §§ 33, 34; ebenso *Benham v. GB*, Reports 1996-III, § 60; *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C, § 41; vgl. auch *Boner v. GB*, Serie A Nr. 300-B, § 41: «... Of even greater relevance, however, the applicant had been sentenced to eight years' imprisonment. For Mr Boner therefore the issue at stake was an extremely important one ...» und § 44: «... the importance of the issue at stake in view of the severity of the sentence ...»; *Granger v. GB*, Serie A Nr. 174, § 47: «... Mr Granger had been convicted on indictment of perjury and sentenced to five years' imprisonment. There can thus be no question as to the importance of what was at stake in the appeal ...».

²⁷ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 33: bezogen auf das erste Beurteilungskriterium hieß es etwa «... by reason of the mere fact ...».

was er auch in seiner nachfolgenden Rechtsprechung stetig hervorhob: Wenn dem Angeklagten eine Freiheitsstrafe droht, dann steht für diesen aus Sicht des Gerichtshofs so viel auf dem Spiel, dass allein schon aus diesem Grunde die Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigers grundsätzlich erforderlich ist:²⁸

In der Entscheidung *Quaranta v. SWI* hieß es insofern:

»... In the present case, free legal assistance should have been afforded by reason of the mere fact that so much was at stake ...«. ²⁹

Ebenso wiederholte der EGMR in der Entscheidung *Benham v. GB*, in der der Beschwerdeführer mit einer Höchstfreiheitsstrafe von 3 Monaten konfrontiert gewesen ist:

»... The Court agrees with the Commission that where deprivation of liberty is at stake, the interests of justice in principle call for legal representation ...«. ³⁰

Spricht sich der EGMR daher für den Fall einer drohenden Freiheitsstrafe für die grundsätzlich bestehende Pflicht zur Verteidigerbestellung aus, so bedeutet dies aber nicht, dass im Falle einer »nur« drohenden Geldstrafe die Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigers nicht notwendig ist. Denn nicht nur, dass der EGMR bei diesem Beurteilungskriterium danach fragt, »was für den Angeklagten auf dem Spiel steht«³¹ und eine Geldstrafe für einen mittellosen Angeklagten insofern ebenso von Gewicht sein kann, ist für die zu fordernde Loslösung der Pflicht zur staatlichen Bestellung eines

²⁸ Siehe auch *Benham v. GB*, Reports 1996-III, § 61; *Boner v. GB*, Serie A Nr. 300-B, §§ 41, 44; *Granger v. GB*, Serie A Nr. 174, § 47.

²⁹ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 33.

³⁰ *Benham v. GB*, Reports 1996-III, § 61.

³¹ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, §§ 33, 34; *Benham v. GB*, Reports 1996-III, § 60; *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C, § 41; vgl. bereits die Rechtsprechungshinweise in den Fn. 23 und 26.

unentgeltlichen Verteidigers für einen mittelosen Angeklagten von der Deliktsart/-schwere und der Strafart/-höhe von entscheidender und letztlich maßgebender Bedeutung, dass auch der Anspruch des Angeklagten auf ein faires Strafverfahren nach Art. 6 I EMRK – in den der Anspruch auf einen unentgeltlichen Verteidigerbeistand als spezielles Verteidigungsrecht eingebettet ist – für *jedes* Strafverfahren Geltung beansprucht. Auch im Schrifttum wird unter Anführung verschiedener Gründe das Bestehen einer Vermutung für die Erforderlichkeit des unentgeltlichen Verteidigerbeistandes geltend gemacht³² und es bleibt mithin zu wünschen, dass dies ebenso in der zukünftige Rechtsprechung des EGMR in noch klarerer und ausdrücklicher Weise herausgestellt wird.

bb. Die faktische oder rechtliche Komplexität des Falles

Ein weiteres Beurteilungskriterium für das Vorliegen der »*interests of justice*« ist die Komplexität des Falles, und zwar in tatsächlicher u./o. rechtlicher Hinsicht. Auch dieses Beurteilungskriterium wird von EGMR aus einer den Schutz des Angeklagten in den Mittelpunkt seiner Prüfung rückenden Sichtweise heraus beurteilt.

In *Quaranta v. SWI* stellte der Fall zwar hinsichtlich der Feststellung des Sachverhaltes keine besonderen Schwierigkeiten, zumal der Beschwerdeführer diesen bei seiner einzigen Vernehmung durch den Untersuchungsrichter zugestanden hatte.³³ Jedoch wies der Fall in rechtlicher Hinsicht eine besondere Komplexität auf, da die dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Straftaten während seiner Bewährungszeit begangen wurden und das Gericht daher nicht nur über die Verhängung einer neuen Freiheitsstrafe,

³² Siehe dazu schon die Hinweise auf das Schrifttum in Fn. 20 und insbesondere *Gaede*, Fn. 4, S. 565 f.: »Die Verfahrensgerechtigkeit des Art. 6 EMRK gilt für jedes Delikt gleichermaßen, ohne dass eine pauschale Absenkung bei leichteren Delikten erfolgen könnte.«, siehe zudem S. 566 ff.

³³ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 34.

sondern zudem über die Möglichkeit des Widerrufs der aufgeschobenen Freiheitsstrafe zu entscheiden hatte.³⁴ Nicht nur – worauf der EGMR wiederholt hinwies, die Person des Angeklagten dabei in den Mittelpunkt seiner Überlegungen rückend –, dass schon dem Verfahrensausgang an sich für den Beschwerdeführer eine große Bedeutung zukam,³⁵ wäre ein unentgeltlicher Verteidigerbeistand aus Sicht des EGMR auch insbesondere in Hinblick darauf geboten gewesen, dass dem Strafgericht eine Vielzahl an, die Gesetzesverletzung ahndenden Maßnahmen zur Verfügung gestanden habe und die Teilnahme eines Verteidigers daher die besten Bedingungen für die Verteidigung des Beschwerdeführers geschaffen hätte.³⁶

Dass der EGMR das Beurteilungskriterium der faktischen oder rechtlichen Komplexität des Falles ebenso wie die anderen, von ihm entwickelten Kriterien mit Blick auf die Person des Angeklagten überprüft, machte er – über die insofern noch etwas kurz gehaltenen Ausführungen in *Quaranta v. SWI* hinausgehend³⁷ – in seiner fortlaufenden Rechtsprechung mit zunehmender Klarheit deutlich, indem er darauf abstellte ob der Angeklagte in Anbetracht der faktisch oder rechtlich komplexen Fragestellungen ohne den Beistand und die Hilfe eines Verteidigers überhaupt in der Lage ist, sich mit sachgemäßen Argumenten zu diesen faktischen oder rechtlichen Schwierigkeiten des Falles (« ... the need to develop appropriate arguments on complicated legal issues or the complexity of the cassation procedure ...³⁸)

³⁴ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 34.

³⁵ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 33: « ... In the present case, free legal assistance should have been afforded by reason of the mere fact that so much was at stake » und § 34: « However, the outcome of the trial was of considerable importance for the applicant ... ».

³⁶ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 34.

³⁷ Vgl. auch der kritische Hinweis von *Gaede*, Fn. 4, S. 266 Fn. 358.

³⁸ *R.D. v. PL*, 18.12.2001, § 48.

in einer sachlich kompetenten, effektiven und wirksamen Weise in das Verfahren einzubringen.

In der Entscheidung *Granger v. GB* hieß es insofern:

»... The foregoing factors are of particular weight in the present case in view of the complexity of one of the issues involved ... It thus became clear that this ground of appeal raised an issue of complexity and importance ... It would appear to the Court that in all the circumstances of the case it would have been in the interests of justice for free legal assistance to be given to the applicant at least at that stage for the ensuing proceedings. Such a course ... would in the first place have served the interests of justice and fairness by enabling the applicant to make an effective contribution to the proceedings ... Furthermore, the High Court of Justiciary would then have had the benefit of hearing ... expert legal argument from both sides on a complex issue ...«. ³⁹

Ebenso verwies der EGMR in der Entscheidung *Boner v. GB* auf diesen Gesichtspunkt:

» ...The legal issue in this case may not have been particularly complex. Nevertheless, to attack in appeal proceedings a judge's exercise of discretion in the course of a trial ... requires a certain legal skill and experience. That Mr Boner was able to understand the grounds for his appeal and that counsel was not prepared to represent him ... does not alter the fact that without the services of a legal practitioner he was unable competently to address the court on this legal issue and thus to defend himself effectively ...«. ⁴⁰

³⁹ *Granger v. GB*, Serie A Nr. 174, § 47; siehe zur Komplexität des Falles auch *Benham v. GB*, Reports 1996-III, § 62 ff.

⁴⁰ *Boner v. GB*, Serie A Nr. 300-B, § 41; siehe auch *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C, § 38.

Maßgebend für die Entscheidung, ob die »*interests of justice*« die Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigers erfordern, ist für den EGMR, ob der Angeklagte ohne den Beistand eines Verteidigers eine realistische Chance bzw. Möglichkeit hat, sich in Anbetracht der faktischen oder rechtlichen Komplexität des Falles im gesamten Verfahren in einer konkreten und effektiven Weise zu verteidigen (»...a realistic opportunity of having his case brought to and defended in the cassation court in a »concrete and effective way« ...«⁴¹).⁴²

Der EGMR stellt mithin die dem Angeklagten im gesamten Strafverfahren zu gewährende, konkrete und effektive Verteidigung in einen engen Zusammenhang mit dessen Anspruch auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand. Dabei hebt der Gerichtshof die wichtige Bedeutung jenes Anspruchs gerade auch in Hinblick auf die oftmals sehr differenziert ausgestalteten modernen Gerichtsverfahren der heutigen Zeit hervor, welche durch eine Vielzahl und Vielfalt an zu beachtenden Feinheiten sowie ein komplexes und kompliziertes Zusammenspiel von tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen gekennzeichnet sind.

In der Entscheidung *S.C. v. GB* hieß es insofern:

»... Given the sophistication of modern legal systems, many adults of normal intelligence are unable fully to comprehend all the intricacies and all the exchanges which take place in the courtroom: this is why the Convention, in Article 6 § 3 (c), emphasises the importance of the right to legal representation ...«.⁴³

⁴¹ *R.D. v. PL*, 18.12.2001, § 52.

⁴² Siehe auch bereits unter II. 2. b. zu den Ausführungen des EGMR in *R.D. v. PL*, 18.12.2001, § 49.

⁴³ *S.C. v. GB*, Reports 2004-IV, § 29.

cc. Die persönlichen Umstände und individuellen
Fähigkeiten des Angeklagten

Neben dem Beurteilungskriterium der faktischen oder rechtlichen Komplexität des Falles, welche schon für sich allein Anlass schwieriger Fragestellungen sein kann,⁴⁴ stellt der EGMR zur Prüfung des Vorliegens der »*interests of justice*« zudem auf die persönlichen Umstände und individuellen Fähigkeiten des Angeklagten ab und greift damit – erneut – auf ein von vorn herein an der Person des Angeklagten ausgerichtetes Beurteilungskriterium zurück.

In *Quaranta v. SWI* handelte es sich bei dem Beschwerdeführer um einen jungen, erst vor kurzem volljährig gewordenen Ausländer mit einem unterprivilegierten Hintergrund ohne eine richtige Berufsausbildung und mit einem langen Vorstrafenverzeichnis. Er konsumierte seit 1975 Drogen, ab 1983 fast täglich und lebte zur fraglichen Zeit mit seiner Familie von der öffentlichen Fürsorge.⁴⁵

Jene persönlichen Lebensumstände und die individuellen Fähigkeiten des Beschwerdeführers erlaubten es dem Beschwerdeführer nach Ansicht des EGMR nicht, bei seinem persönlichen Erscheinen vor dem Untersuchungsrichter und vor dem Strafgericht ohne den Beistand eines Verteidigers seinen Fall in angemessener Weise zu vertreten:

»... In the circumstances of the case, his appearance in person before the investigating judge, and then before the Criminal Court, without the assistance of a lawyer, did not therefore enable him to present his case in an adequate manner ...«.⁴⁶

⁴⁴ Siehe auch den Hinweis in *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 35: »... Such questions, which are complicated in themselves ...».

⁴⁵ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 35.

⁴⁶ *Quaranta v. SWI*, Serie A Nr. 205, § 36; siehe auch *Boner v. GB*, Serie A Nr. 300-B, § 41 ff.; *Maxwell v. GB*, Serie A Nr. 300-C, § 38 ff.

III. Zusammenfassung

Der staatlichen Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigers für einen mittellosen Angeklagten spricht der EGMR im Rahmen seiner Prüfung, ob dem Angeklagten ein insgesamt faires Strafverfahren gewährt worden ist, eine grundlegende Bedeutung zu. Dabei legt er – wie die obigen Ausführungen deutlich zu machen versuchten – seiner Beurteilung, ob die »*interests of justice*« die staatliche Bestellung eines unentgeltlichen Verteidigers erfordern, eine streng menschenrechtliche, an der Person des Angeklagten und dessen Schutz orientierte Sichtweise zugrunde und erhebt diese auch zum entscheidenden Maßstab im Rahmen der Prüfung der vom ihm entwickelten einzelnen Beurteilungskriterien. Seine Argumentations- und Begründungsweise im Zusammenhang mit den einzelnen Beurteilungskriterien an dem Begriff der »*interests of justice*« ausrichtend, verdeutlicht der EGMR in seiner Rechtsprechung, dass für jenen – in das spezielle Verteidigungsrecht des Art. 6 III c EMRK und den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Strafverfahren nach Art. 6 I EMRK eingebetteten – Begriff der »*interests of justice*« allein maßgebend ist, ob für den Angeklagten im gesamten Strafverfahren auch ohne den Beistand eines Verteidigers die realistische Möglichkeit bestand, sich selbst in einer konkreten und effektiven Weise zu verteidigen.

Nimmt man diese streng an der Person des Angeklagten und dessen Schutz ausgerichtete Sichtweise des EGMR ernst, kann für die Beurteilung des Erfordernisses der »*interests of justice*« allein maßgebend sein, ob für den Angeklagten – in Anbetracht der mit dem Fall einhergehenden tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen – die Möglichkeit bestand und dieser zudem – in Anbetracht seiner persönlichen Lebensumstände und individuellen Fähigkeiten – die Fähigkeit besaß, sich in effektiver und wirksamer Weise

selbst zu verteidigen.⁴⁷ Dieses entscheidende Kriterium der Möglichkeit und Fähigkeit zur effektiven und wirksamen Selbstverteidigung muss dabei in jedem Strafverfahren, unabhängig von Art und Schwere der Straftat sowie von Höhe und Art der drohenden Strafe, Geltung beanspruchen. Denn jegliches Abhängigmachen des Anspruchs auf unentgeltlichen Verteidigerbeistand von der Deliktsart/-schwere u./o. der Art und dem Ausmaß der drohenden Höchststrafe führt zu unzulässigen Aufweichungen des Anspruchs des Angeklagten auf ein faires Strafverfahren und stellt jenen Anspruch im Ergebnis selbst in Frage: Ebenso, wie Art. 6 I EMRK dem Angeklagten den Anspruch auf ein faires Strafverfahren für *jedes* Strafverfahren gewährt, müssen auch die durch die EMRK und den EGMR eingeräumten einzelnen Verteidigungsrechte dem Angeklagten in *jedem* Strafverfahren gewährleistet werden.

⁴⁷ Siehe bereits zutreffend *Spaniol*, Fn. 1, S. 73 ff, 77; siehe mit Hinweis auf die im Schrifttum vertretenen unterschiedlichen Ansichten mit eigener eingehender Begründung auch *Gaede*, Fn. 4, S. 564 ff.

KARSTEN GAEDE

Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR für die Verteidigung?

Argumentationspotentiale und Verteidigungschancen
des Art. 6 EMRK

I. Vorbemerkungen

Wer als Strafrichter das Strafverfahrensrecht als eine Ausprägung der Verfahrensgerechtigkeit und der Justizförmigkeit (und damit Gesetzmäßigkeit) begreift, dem ist der Name *Gerhard Fezer* ein Begriff. Dem Wissenschaftler ist er nicht nur in Methode und persönlicher Integrität ein Vorbild. Beharrlich hat *Fezer* insistiert, die Schätze und Potentiale der StPO nicht zugunsten eines eiligen Effizienzdenkens zu opfern, das prozessuale Anforderungen zunehmend und stetig als bloße Hindernisse und Kosten sieht, derer man sich zugunsten eines schlank erzielten richtigen Ergebnisses nach Möglichkeit zu entledigen habe. Besonders achtet er auf die Details und auf die Konsequenz, an denen sich jeweils wirklich erst beweist, wann ein formal anerkannter Grundsatz zum Lippenbekenntnis wird. Grundlegend und aktueller denn je sind hier zum Beispiel die Analysen, mit denen der Lehrer des Straf- und Strafprozessrechts die Praxis der Revisionsgerichte offen gelegt hat, die gesetzliche Verfahrensrüge mit Unbehagen zu betrachten und spürbar durch immer neue Konstruktionen zu dezimieren.¹

¹ Vgl. grundlegend *Fezer*, FS Hanack, S. 331 ff.; aus jüngerer Zeit *Fezer* HRRS 2006 Nr. 239 f.

Der Verfasser dieser Zeilen hofft, sich mit einem lediglich überblicksartigen Vortrag in die Reihe der Gratulanten einreihen zu dürfen. Sinn dieses Vortrages war es, realistisch aufzuzeigen, weshalb und zu welchen Fragenkreisen die Rechtsprechung des EGMR die deutsche Prozessrealität über bereits viel diskutierte Themen hinaus befruchten kann.² Diese Befruchtung müsste sich mit dem Anliegen *Fezlers* treffen, das Verfahrensgerechtigkeit tragende deutsche Strafprozessrecht zu bewahren und fortzuentwickeln. Diese Annahme erscheint nicht grundlos, stellt sich doch die Rechtsprechung des EGMR nicht stets aber doch hinreichend oft als »Appell von außen« dar, den in der deutschen StPO etwa im Beweisantragsrecht muster- gültig ausgeprägten Geist konkreter und wirksamer Verteidigungsrechte nicht verkümmern zu lassen.

II. Einleitung und Überblick

Nicht selten trifft man auf die Erwartung, dass die EMRK den deutschen Strafprozess weiterhin zunehmend beeinflussen werde. Bei Staatsanwälten und Richtern mischt sich in diese Erwartung oft die Sorge, ob deutsche Rechtsprechungsstandards, die Effizienz sichern, denn auch in Straßburg bestehen werden. Bei strafverteidigenden Rechtsanwälten drückt sich in dieser Erwartung eine Hoffnung aus: Der EGMR möge die Gewichte durch kräftige Interventionen zugunsten der Bürgerrechte verschieben! All diese Erwartungen sind keine deutsche Eigenheit und nicht nur für Staaten mit jungen Demokratien verständlich. Als die EMRK 1998 in Großbritannien in Form des *Human Rights Act* inkorporiert wurde, findet sich in einem Urteil des *House of Lords* folgende Feststellung. Gefasst heißt es bei Lord *Slynn of*

² Der Vortrag wurde auf dem 1. Kölner Menschenrechtstag am 6. September 2008 gehalten, der vorwiegend von Rechtsanwälten und von einigen Richtern besucht wurde. Die Vortragsform wurde bewusst beibehalten. Für diese Publikation wurden einige wenige Ergänzungen vorgenommen.

Hadley: »It is clear that the 1998 Act must be given its full import and that long or well entrenched ideas may have to be put aside, sacred cows culled.«³ Es soll also klar sein, dass der EMRK ihre volle Bedeutung zuzugestehen ist und dass es deshalb auch in England erforderlich werden kann, tradierte und begründete Rechtsvorstellungen aufzugeben. Sogar heilige Kühe könnten vor ihrer Schlachtung stehen.

Um vorweg zu nehmen, was Sie alle bereits wissen: Übertriebene Erwartungen, dass der EGMR im Handstreich tradierte Rechtsmaßstäbe des deutschen Strafprozesses oder gar seine Fundamente gleichsam einkassiert, werden übertriebene Erwartungen bleiben. Das »Argument EMRK« wird weiter eine Verteidigungschance bleiben, deren Erfolg Sie in der Praxis gegen Widerstände erringen müssen.

Ich bin mir aber gleichermaßen sicher, dass die Garantien der EMRK auch über bereits viel diskutierte Themen hinaus eine wichtige Quelle für Fortentwicklungen der deutschen Praxis sein werden. Diese Fortentwicklungen werden primär der Verteidigung zugute kommen.⁴ Ich möchte diese These begründen. Dazu werde ich zunächst die wichtigsten allgemeinen Gründe nennen, die den Garantien der EMRK nun auch in Deutschland große Bedeutung verleihen (III.). Sodann werde ich weitere Beispiele für noch eher wenig behandelte Fragen geben, zu denen in der Praxis Fortentwicklungen zu erwarten sind (IV.).

³ Vgl. R v. Lambert [2001] UKHL 37, § 6.

⁴ Zu den Dimensionen der Menschenrechte der EMRK als *Individualrechte* vgl. etwa Krieger, in: Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar EMRK/GG (2006), Kap. 6 Rn. 1 ff. Die Rechte auf eine effektive Ermittlung möglicher Straftaten etwa nach Art. 2 und 3 EMRK, vgl. nur zusf. Meyer-Ladewig, 2. Aufl. (2006), Art. 2 Rn. 9 ff. und Art. 3 Rn. 4 ff., führen hier zwar prinzipiell auch im Strafrecht zu multipolaren Rechtsverhältnissen. Diese Pflichten reichen aber nicht so weit, Verteidigungsrechte zu kappen, da sie darauf konzentriert sind, überhaupt gründlich zu nennende Ermittlungen zu garantieren.

III. Die EMRK als Garantie konkreter und wirksamer (Verteidigungs-)Rechte

Drei allgemeine Gesichtspunkte möchte ich herausgreifen, die besonders wesentlich sind.

1. Autonome Auslegung der EMRK im Kontext abweichender richterlicher Vorverständnisse

Die Rechte der EMRK und damit die Wortlaute auch des Art. 6 EMRK sind autonom auszulegen. Das bedeutet vor allem: Sie sind nicht nach dem Vorverständnis auszulegen, das sich in einem *einzelnen* Vertragsstaat zu einem Begriff gebildet hat. Auf diese Art und Weise konnte etwa der Begriff der strafrechtlichen Anklage für den EGMR auch Ordnungswidrigkeitenverfahren umfassen, die nach deutschen Prozessgesetzen offensichtlich keine strafrechtliche Anklage enthalten.⁵ Dies hat dazu geführt, dass der Anspruch auf die unentgeltliche Hinzuziehung eines Dolmetschers heute auch im deutschen Ordnungswidrigkeitenverfahren strikt gilt. Ebenso können wir feststellen, dass auch ein deutscher Mitbeschuldigter im formellen Sinne doch ein Zeuge im Sinne des Konfrontationsrechts sein kann, so dass ausbleibende Befragungen trotz des Schweigerechts Probleme aufwerfen.⁶ Das auf die Norm des Art. 6 EMRK gestützte *Case Law* des EGMR entwickelt sich damit nicht notwendig parallel zum deutschen Gesetzesrecht. Der EGMR definiert eigenständig die materiellen Anforderungen des fairen Verfahrens.⁷ Diese Anforderungen können weder der türkische, noch der belgi-

⁵ EGMR, Öztürk v. D, Nr. 73, §§ 49 ff.; Meyer-Ladewig (Fn. 4), Einl. Rn. 36 f.; Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 79 ff.

⁶ Vgl. etwa nur EGMR, Lucà v. IT, §§ 37 ff., HRRS 2006, 35 ff.; Sommer NJW 2005, 1240 f.

⁷ Zum Stand Grabenwarter, EMRK, 3. Aufl. (2007), § 24 Rn. 27 ff.; Gaede (Fn. 5), S. 159 ff., 588 ff., 417 ff.

sche oder deutsche Gesetzgeber mit einem Federstrich im nationalen Gesetz ohne weiteres wegdefinieren.⁸

Warum kommt es aber zu den unterschiedlichen Begriffsdeutungen? Was steht dahinter? Wichtig erscheint mir vor allem, dass über die EMRK andere Prozessverständnisse auf den deutschen Strafprozess einwirken, was besonders die Wertschätzung der Verteidigungsrechte im Parteiprozess betrifft.⁹ Schon die Abfassung des Art. 6 EMRK spricht dafür. Wie selbstverständlich haben wir uns etwa an den Begriff des Belastungszeugen gewöhnt, den es natürlich in klassischen Parteiprozessen gibt, im reformierten Inquisitionsprozess der StPO aber gar nicht geben dürfte.¹⁰ Ganz allgemein schlagen sich im *Case Law* des EGMR unterschiedliche Vorverständnisse der Richterinnen und Richter des EGMR nieder. Die EMRK – und damit in Deutschland geltendes Recht – wird mit Rechtsvorstellungen aus ganz Europa angereichert und damit zum Teil auch *bereichert*. Gerade weil damit auch Ansätze in der EMRK Geltung erlangen, die sich von unserer deutschen Prozessnormalität unterscheiden, entwickelt der EGMR *eigenständige Problemzugänge*, die von den unsrigen abweichen. Diese Zugänge können es wesentlich erleichtern, ein Problem in seiner ganzen Bedeutung zu erkennen, das national vielleicht traditionsbedingt nicht hinreichend er-

⁸ Vgl. EGMR, *Kitov v. BL*, 3.4.2003, § 73: *«the Court reiterates that the enjoyment of the right of every accused person to a trial within a reasonable time ... must be secured by the authorities through all appropriate means, including change of practice or legislative amendments if necessary»*; so auch den früheren Gerichtspräsidenten *Wildhaber*, *Der Spiegel*, 47/2004, S. 50. Indes berücksichtigt der EGMR oft die Rechtslage in den Mitgliedsstaaten insgesamt, so z.B. EGMR, *Pretty v. GB*, Rep. 2002-III, §§ 66 ff.; *Goodwin v. GB*, Rep. 2002-VI, § 85; *Grabenwarter* (Fn. 7), § 5 Rn. 11; zu den Grenzen dessen *Gaede* (Fn. 5), S. 87 ff., 92 f., 156 f.

⁹ Vgl. etwa *Renzikowski* JZ 1999, 605, 612 f.: EGMR als Übersetzer angloamerikanischer Rechtstraditionen.

¹⁰ Zur Nähe des Art. 6 III lit. d EMRK zum Parteiprozess siehe z.B. *Esser*, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht* (2002), S. 855 f.; *Beulke*, FS Rieß, S. 3, 6; *Walther* GA 2003, 212, 213.

kannt wird. Sie können letztlich in entscheidenden Nuancen zu abweichenden Ergebnissen führen.

Ein drastisches Beispiel ist die Entscheidung Jalloh gegen Deutschland zum Brechmitteleinsatz.¹¹ Hier hat der EGMR zu Recht die einseitige deutsche Theorie überwunden, nach der die Selbstbelastungsfreiheit *ausschließlich* gegen den offenen Zwang zu einem aktiv selbstbelastenden Verhalten schütze.¹² Keineswegs ist die Rechtsprechung des EGMR zur Selbstbelastungsfreiheit über jeden Zweifel erhaben.¹³ Die eigenständige Dogmatik des EGMR ermöglichte ihm aber jedenfalls hier, einen deutschen Sonderweg zu beenden, der Deutschland in ein rechtsstaatliches Abseits geführt hatte. Ein weiteres Beispiel liegt in der Vorbefassung entscheidender Richter. Hier definiert der deutsche Gesetzgeber das materielle Fairnessproblem nach h.M. in großen Teilen hinfort, indem er nur wenige Fälle der Vorbefassung von sich aus ausschließt. Nur wenn »besondere Umstände« vorliegen, soll die Vorbefassung die Besorgnis der Befangenheit rechtfertigen.¹⁴ Auch der EGMR differenziert: Nicht jede Vorbefassung schließt einen Richter aus.¹⁵ Gerade zur Mitwirkung an Zwischenentscheidungen im anhängigen Verfahren spricht dafür auch viel, da Art. 6 EMRK keine einheitliche Verfahrens-

¹¹ Vgl. EGMR, Jalloh v. D, NJW 2006, 3117 ff. m. Bespr. *Schuhr* NJW 2006, 3538 und *Gaede* HRRS 2006, 241.

¹² Paradigmatisch dafür *Rogall* NStZ 1998, 66 f.; BVerfG StV 2000, 1. Vgl. aber bereits m.w.N. *Neumann*, FS Wolff (1998), S. 373, 380 f., 387 ff.; näher anhand Jalloh *Gaede* HRRS 2006, 241 ff.

¹³ Vgl. nur die Entscheidung EGMR, O'Halloran u. Francis v. GB [GC], HRRS 2007 Nr. 1139 m. abl. *Votum Myjer*; *SK/Wohlers*, 56. Lfg., § 95 Rn. 13 ff., 18; *Schuhr* NJW 2006, 3538 ff.; *Gaede* HRRS 2006, 241, 248 f.

¹⁴ BGHSt 50, 216 ff. = HRRS 2005 Nr. 700; *Meyer-Goßner*, StPO, 51. Aufl. (2008), § 24 Rn. 12 ff.

¹⁵ EGMR, *Hauschildt v. DAN*, Nr. 154, §§ 48 ff.; *Fey v. AUT*, Nr. 255-A, §§ 28, 30 ff.; *Castillo Algar v. SPA*, Rep. 1998-VIII, §§ 45 ff.; m.w.N. *Esser* (Fn. 10), 575 ff.; *Grabenwarter* (Fn. 7), § 24 Rn. 46 f.

ordnung vorgibt.¹⁶ (s.o.) Es dürfte aber plausibel sein, dass Straßburger Richter, die nicht mit der Normalität der Vorbefassung sozialisiert sind, eher geneigt sein werden, besondere Umstände *auch tatsächlich anzuerkennen*. Die Selbstverständlichkeit, mit der deutsche Richter die Besorgnis der Befangtheit hier zu verwerfen scheinen, dürfte den mitentscheidenden Richtern des EGMR nicht selten fehlen.¹⁷

2. Die Garantie konkreter und wirksamer Rechte

In diesem zweiten Grund liegt das wohl größte Verteidigungspotential. In dem Urteil *Artico gegen Italien* zur Rüge der mangelhaften Vertretung durch einen Verteidiger heißt es im Wortlaut:

»The Court recalls that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective; this is particularly so of the rights of the defence in view of the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial.«¹⁸

Diese Worte verströmen unzweifelhaft Pathos! Zugleich sind sie aber eine prägnante Erklärung dafür, weshalb der EGMR auch in Fällen auf Verletzungen zugunsten von Angeklagten erkannt hat, in denen die Folgen den Staaten Europas – etwa bei der überlangen Verfahrensdauer – durchaus wehtun. Die Worte kennzeichnen, dass der EGMR die EMRK primär teleologisch auslegt.¹⁹ Und der verfolgte Zweck besteht erklärtermaßen darin,

¹⁶ Zur Modelloffenheit des Art. 6 EMRK EGMR, *Quaranta v. SWI*, Nr. 205, § 30; *Esser* (Fn. 10), S. 855 f.; näher *Gaede* (Fn. 5), S. 461 ff.

¹⁷ Krit. z.B. schon *Esser* (Fn. 10), S. 575 ff.; *Beulke*, *StrafProzR*, 10. Aufl. (2008), Rn. 74; *Gaede* *HRRS* 2005, 319, 327; siehe auch *Meyer-Ladewig* (Fn. 4), Art. 6 Rn. 31; EGMR, *Indra v. SLO*, 1.2.2005, §§ 51 ff.

¹⁸ EGMR, *Artico v. IT*, Nr. 37, § 33 = *EuGRZ* 1980, 662 ff.

¹⁹ *Grabenwarter* (Fn. 7), § 5 Rn. 13; *Meyer-Ladewig* (Fn. 4), Einl. Rn. 36.

wirksame Menschenrechte im Strafverfahren zu gewährleisten. Beschäftigt man sich näher mit den tatsächlichen Bedeutungen dieser Auslegungsmaxime, zeigt sich folgendes: Bei der Auslegung des Schutzbereichs von Konventionsrechten besteht der EGMR darauf, dass die Rechte für den Einzelnen *tatsächlich durchsetzbar* und nicht nur auf dem Papier eröffnet waren.²⁰ So genügt es nicht, wenn ein Verteidiger dem Angeklagten ein faires Verfahren sichern sollte, dieser Verteidiger aber offensichtlich die Rechte des Angeklagten gar nicht wahrnimmt.²¹ Die Gerichte oder Staatsanwaltschaften treffen dann *positive Pflichten*, auf die effektive Wahrnehmung der Verteidigungsrechte hinzuwirken. Mehr noch wirkt die Auslegungsmaxime darauf hin, Rechte nicht durch vermeintlich notwendige Einschränkungen vorschnell preiszugeben. Hierfür kann die Entscheidung *Van Mechelen gg. Niederlande* als Beispiel stehen. In ihr hat der EGMR eine spezifisch fallbezogene Begründung von Rechtseinschränkungen beim Konfrontationsrecht gefordert.²² Darüber hinaus ist der EGMR bereit, Rechte anzuerkennen, die im Wortlaut des Art. 6 EMRK zwar nicht genannt sind, sich jedoch als notwendige Vervollständigung der genannten Rechte darstellen. Als wichtigstes Beispiel darf die Anerkennung der europäischen Selbstbelastungsfreiheit gelten.²³

Schließlich ist festzustellen, dass die Ableitungen des EGMR nicht notwendig bei abstrakten Aussagen halt machen. Auch vor dem Hintergrund der Subsidiarität ist sehr wohl zu verzeichnen, dass der EGMR Urteile im De-

²⁰ Siehe z.B. EGMR, *Vaudelle v. FRA*, Rep. 2001-I, §§ 52 ff.; *Brennan v. GB*, Rep. 2001-X, §§ 58 ff.; näher m.w.N. Gaede (Fn. 5), S. 106 ff., 116 ff.

²¹ Z.B. EGMR, *Artico v. IT*, Nr. 37, §§ 33 ff.; näher Gaede (Fn. 5), S. 271 ff., 856 ff.

²² EGMR, *Van Mechelen u.a. v. NL*, Rep. 1997-III, §§ 56 ff.; BGer HRRS 2008 Nr. 824; als weiteres Beispiel zum Verzicht *Schöps v. D*, Rep. 2001-I, §§ 47 ff.; näher erneut Gaede (Fn. 5), S. 111 ff., 710 ff.

²³ Vgl. neben Jalloh etwa EGMR, *Franke v. FRA*, Nr. 256-B, §§ 41, 44; *Villiger*, Handbuch EMRK, 2. Aufl. (1999), Rn. 502; zu weiteren Beispielen Gaede (Fn. 5), S. 112 ff., 290 ff. (312 ff. zu *nemo tenetur*), 644 ff.

tail nachprüft und auch zu detaillierten Maßstäben vordringt.²⁴ Die wirkliche Wertschätzung für die Verteidigungsrechte zeigt sich am Umgang mit dem Detail! Die Rechte müssen auch dann noch schützen, wenn es ein Staat versteht, die Rechte nur pro forma zu akzeptieren, während er sie tatsächlich über ein Sachverhaltsdetail leer laufen lässt, das in keiner Konvention der Welt im Wortlaut genannt sein kann. So hat etwa die Türkei im Fall *Öcalan* den Angeklagten auf einer abgelegenen Insel inhaftiert. Den Verteidigern hat sie in diesem Mammutverfahren nur sehr beschränkte Besuchszeiten parallel zu der einzig bestehenden Fährverbindung zugestanden. Zur Rechtfertigung der erheblichen Verteidigungsbeschränkung hat sie auch auf die gleichsam natürlichen Grenzen verwiesen, die durch die seltenen Fährverbindungen gesetzt waren. Der EGMR entgegnete ihr, dass sie den Verteidigern in diesem Fall geeignete Transportmöglichkeiten hätte anbieten müssen.²⁵

Nun ist nicht zu verschweigen, dass nicht selten im Streit steht, ob der EGMR seiner vollmundigen Erklärung stets nachgekommen ist. Wer zum Beispiel die Entscheidung *Haas gg. Deutschland* studiert, wird und muss daran zweifeln.²⁶ Hinnehmen muss man jedenfalls, dass der EGMR auch Art. 6 EMRK nicht ohne weiteres absolut setzen kann. Er muss zum Beispiel Konflikte zwischen Menschenrechten der EMRK lösen. So hat etwa der gefähr-

²⁴ Als Beispiel für die Überprüfung des Beweiswerts beim Konfrontationsrecht EGMR, *Unterpertinger v. AUT*, Nr. 110, §§ 28 ff.; zur Prozesskostenhilfe EGMR, *Kreuz v. PL*, Rep. 2001-VI, §§ 57 ff.; zum Umgang mit Formalien des nationalen Rechts EGMR, *Czekalla v. PO*, Rep. 2002-VIII, §§ 60 ff.; allgemein *Gaede* (Fn. 5), S. 106 ff., 116 ff., 130 ff.; *Grabenwarter*, FS Steinberger, S. 1129, 1141: Vorstellung der reinen Mindestgarantie unzutreffend; zur Tendenz zu konkreteren Umsetzungsvorgaben *Meyer-Ladewig/Petzold* NJW 2005, 15, 16 ff.

²⁵ EGMR, *Öcalan v. TÜ*, 12.3.2003, §§ 153 ff.; auch GC, 12.5.2005, §§ 135 ff. = EuGRZ 2005, 563.

²⁶ EGMR, *ZE Haas v. D*, JR 2006, 292 ff. m. abl. Anm. *Gaede* und abl. Anm. *Esser* NStZ 2007, 104. Gleiches gilt etwa für EGMR, *O'Halloran u. Francis v. GB*, HRRS 2007 Nr. 1139 m. abl. Votum *Myjer*.

dete Zeuge die Rechte der Art. 2, 5 und 8 EMRK auf seiner Seite.²⁷ Eines ist jedoch sicher: Die Reihe der Entscheidungen, die einer einseitig bestrafungs- bzw. effizienzorientierten Strafrechtspflege Grenzen setzen, ist lang – sehr lang. Dies bietet allen Anlass dazu, den EGMR und – vor allem – die nationalen Gerichte an seiner Forderung nach konkreten und wirksamen Rechten in der täglichen Praxis zu messen.

3. Die entwicklungs offene Entfaltung der Verteidigungsrechte

In ständiger Rechtsprechung versteht der EGMR die EMRK als »*living instrument*«. ²⁸ Er erkennt also an, dass sich der europäische Menschenrechtsstandard im Lauf der Jahre steigern kann. Die Auslegung des EGMR wird als dynamisch oder evolutiv beschrieben. ²⁹ Es lohnt sich folglich, immer wieder zu prüfen, ob es neue Felder gibt, auf denen der Menschenrechtsstandard den deutschen *status quo* in Frage stellt. So fiel etwa der heute wichtige Schutz des Konfrontationsrechts vor dem Urteil *Unterpertinger gg. Österreich* bei weitem geringer aus. ³⁰

Im Rahmen dieser evolutiven, also entwicklungs offenen Rechtsprechung hat der EGMR auch bewiesen, dass Art. 6 EMRK mit Fortentwicklungen der Prozessrealität Schritt halten kann. So hat der EGMR insbesondere der aufkommenden Tatprovokation Grenzen gesetzt, die nunmehr auch die *mit-*

²⁷ Vgl. z.B. EGMR, *Doorson v. NL*, Rep. 1996-II, §§ 73 ff.; *S.N. v. SWE*, Rep. 2002-V, §§ 43 ff.; *Esser JR* 2005, 248, 249 ff.; näher zu den Anforderungen an Einschränkungen bei Art. 6 EMRK *Gaede* (Fn. 5), S. 691 ff.

²⁸ EGMR, *Tyrer v. GB*, Nr. 26, § 31; *Kudla v. PL [GC]*, Rep. 2000-XI, § 152; *Demko HRRS* 2005, 94 ff.

²⁹ *Bernhardt*, FS Wiarda, S. 65 ff.; *Meyer-Ladewig* (Fn. 4), Einl. Rn. 30 ff.; *Villiger* (Fn. 21), Rn. 164, 179 f.

³⁰ Zur Bedeutung des Falles EGMR, *Unterpertinger v. AUT*, Nr. 110, als Wendemarke der Rechtsprechung vgl. *K. Krauß*, V-Leute im Strafprozeß und die EMRK (1999), S. 57 ff., 62 ff.; *Wohlers*, FS Trechsel, S. 813, 816 f.

telbare Tatprovokation umfassen.³¹ Hier hat er praktisches Verständnis gezeigt, indem er sich nicht nur dem abstrakten Verbot unzulässiger Tatprovokationen gewidmet hat: Der EGMR hat insbesondere mit Aufklärungspflichten und einer Art Beweislastumkehr auch den oft vorentscheidenden Beleg der Provokation menschenrechtlich erleichtert, schließlich auch Beweisverwertungsverbote gefordert.³² All dies ist bis heute nicht voll in deutsches Recht umgesetzt.

Ein anderes Beispiel ist der europaweite Trend hin zu Hörfallen, V-Leuten und Verdeckten Ermittlern, also der Trend »*from coercion to deception*«.³³ Hier haben wir in Deutschland erfahren müssen, dass der BGH zum Beispiel die »Innovation Hörfalle« letztlich bei Straftaten von erheblicher Bedeutung ohne jede gesetzliche Grundlage akzeptiert hat.³⁴ Die für strengere Maßstäbe stehende Selbstbelastungsfreiheit soll nicht betroffen sein. Der EGMR hingegen hat insbesondere mit der Entscheidung im Fall *Allan gg. Großbritannien* gezeigt, dass die Selbstbelastungsfreiheit sehr wohl betroffen ist, wenn schweigende Beschuldigte über scheinbar vertrauliche Gespräche gezielt ausgehorcht werden.³⁵ Dies hat im letzten Jahr immerhin dazu geführt, dass der 3. Strafsenat des BGH vorsichtig von den Prinzipien des Großen

³¹ Grundlegend EGMR, *Teixeira de Castro v. PO*, StV 1999, 127 f.; erweiternd EGMR, *Ramanauskas v. LIT* [GC], HRRS 2008 Nr. 200 und (mit Übersetzung) *Pyrgiotakis v. LIT*, HRRS 2008, 292 ff. (Nr. 500).

³² EGMR, *Ramanauskas v. LIT* [GC], HRRS 2008 Nr. 200 m. Bespr. *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279 ff.; schon EGMR, *Edwards u. Lewis v. UK* [GC], ECHR 2004-X, §§ 46 ff. = HRRS 2005 Nr. 1; *Meyer-Goßner* (Fn. 14), Einl. Rn. 148a; ausführlich *Gaede* StV 2006, 599, 601 f., 603 ff.; siehe zuvor schon EGMR, *Edwards u. Lewis v. UK*, StraFo 2003, 360 m. Anm. *Sommer*; zur Umsetzung *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 124 ff.; *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279 ff.

³³ So etwa anhand des engl. »*pro-active policing*« *Ashworth*, *The Criminal Process*, 2. Aufl. (1998), S. 130.

³⁴ BGHSt GS 42, 139 ff.

³⁵ *Allan v. GB*, Rep. 2002-IX, §§ 49 ff. = StV 2003, 257 ff. m. Anm. *Esser* JR 2004, 98 ff. und Anm. *Gaede*, StV 2003, 260 ff.; zum wichtigen Kontext des Art. 8 EMRK (Gesetzesvorbehalt!) ders. StV 2004, 46 ff.

Senats zur Hörfalle abgerückt ist und das Verhalten eines Verdeckten Ermittlers mit einem Verwertungsverbot belegt hat.³⁶

Bei aller Vorsicht sollte man dem Folgendes entnehmen: Wenn Rechte des Art. 6 EMRK in der Prozessrealität entwertet werden, dann kann sich der *Schutzbereich dieser Rechte fortentwickeln*. Dies kann über die heimlichen Ermittlungen hinaus relevant werden und zu heute noch nicht bekannten Maßstäben führen. Als Beispiel der Zukunft drängt sich mir die Absprachenpraxis auf. Hierzu vermissen wir bis heute schmerzlich eine ausdifferenzierte Rechtsprechung sowohl des BVerfG als auch des EGMR. Fruchtbare Ansätze werden sich für Art. 6 EMRK vor allem aus der Rechtsprechung zum Verzicht, zur Selbstbelastungsfreiheit und zur sektoralen »Beweislastumkehr« (Beispiel: Tatprovokation) ergeben.³⁷

4. Zusammenfassung und Umsetzung

Was können wir festhalten? Ich denke, im Wesentlichen ist es die Eignung der EMRK, wirksame Individualrechte zu garantieren. Die EMRK kann Inhalte aufweisen, die nicht notwendig im deutschen Recht schon *praktisch* anerkannt sein müssen. Die Konventionsauslegung wird durch Gedanken- gut befruchtet, das für den deutschen Strafprozess innovativ wirkt. Anders als es *Roxin* noch vor zehn Jahren behauptete,³⁸ können wir heute nicht mehr davon ausgehen, der Konventionsstandard werde bestenfalls mit dem Standard von StPO und Grundgesetz identisch sein. Über die allgemein bekannten Fälle hinaus sollten Sie die Option EMRK also stets durchdenken.

³⁶ BGHSt 52, 12 ff. = HRRS 2007 Nr. 676; m. Anm. z.B. von *Renzikowski* JR 2008, 164 ff. und krit. *Rogall* NStZ 2008, 110, 112 (»Kotau vor dem EGMR«), der die Selbstbelastungsfreiheit weiter statisch eng sehen will.

³⁷ Vgl. EGMR, *Deweer v. B*, Nr. 35, §§ 49 f.; *Gaede* (Fn. 5), S. 744 ff.; exemplarisch für eine Argumentation anhand der verfehlten »qualifizierten Rechtsmittelbelehrung« *Gaede/Rübenstahl* HRRS 2004, 342, 349 ff.

³⁸ Vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. (1998), § 3 Rn. 7.

Bei alledem ist einem Missverständnis vorzubeugen: Wenn ich Ihnen eine möglichst flächendeckende Prüfung der EMRK ans Herz lege, meine ich damit nicht, Sie sollten jeden Ihrer Fälle zum EGMR tragen. Gemeint ist vor allem, dass sie nicht müde werden dürfen, das »Argument EMRK« schon *im deutschen Strafprozess* einzubringen, in dem die EMRK vermittelt über das deutsche Umsetzungsgesetz als Bundesrecht völkerrechtskonform anzuwenden ist. In der Regel wird es hier auch ein Miteinander mit verfassungsrechtlichen Argumentationen geben können, da es oft parallele Ansätze des BVerfG geben wird, die Sie zu Recht verbinden können. Da Sie besonders vor den Instanzgerichten einen schweren Stand haben, werden Sie auch die Revision ausreizen müssen und können. Um mit einer problematischen aber vertrauten Figur des BGH zu sprechen: Ein präzise dargelegter Konventionshintergrund dürfte den BGH jedenfalls zu einer »besonders vorsichtigen Würdigung« der Verfahrensrüge bewegen.

Besonders wichtig erscheint mir abschließend ein Hinweis zum Umgang mit der Verfassungsbeschwerde: Auch wenn Sie sich hier weiterhin auf Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte des Grundgesetzes stützen müssen,³⁹ sollten Sie nicht die Chance vergeben, die in der Darlegung möglicher Konventionsmaßstäbe liegt.⁴⁰ Einer Verfassungsbeschwerde, die mit einem ernsthaften Konventionshintergrund argumentiert, sollte – bei allem Selbstbewusstsein des BVerfG – eine *besondere* Aufmerksamkeit schon in Karlsruhe gewiss sein. Das Gericht selbst hat angedeutet, dass es seine Kontrolldichte verstärken dürfte, wenn es die Chance hat, völkerrechtliche

³⁹ Dazu im Ansatz unverändert BVerfG NJW 2004, 3407, 3408, 3411, allerdings mit dem Zusatz, dass die mangelnde Würdigung einer Entscheidung des EGMR gegen Deutschland das Rechtsstaatsgebot verletzen kann und insofern rügefähig ist, siehe etwa *Meyer-Ladewig* (Fn. 4), Art. 46 Rn. 32.

⁴⁰ Zur dies begründenden Bedeutung für die Auslegung des Grundgesetzes vgl. etwa BVerfGE 74, 358, 370 und BVerfG NJW 2004, 3407, 3408, 3411.

Verurteilungen Deutschlands zu vermeiden.⁴¹ Um diese Chance nutzen zu können, müssen Sie freilich die zum Teil übermäßig streng⁴² erscheinenden Anforderungen des BVerfG zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde beachten. Auch deshalb müssen Sie schon in der Instanz hinreichend auch die verfassungsrechtliche bzw. konventionsrechtliche Dimension zur Sprache bringen.⁴³

IV. Weitere Beispiele für bedeutsame Verteidigungspotentiale des Art. 6 EMRK

Nun möchte ich – wie angekündigt – weitere Beispiele für Konstellationen geben, in denen das »Argument EMRK« praktische Bedeutung erlangt. Entsprechend des Rahmens dieser Veranstaltung werde ich vor allem Entwicklungstendenzen ansprechen, die sich auf die Verteidigung und damit auf Verteidigungschancen beziehen. Auch hier muss ich mich im Vortrag zum Teil darauf beschränken, Konstellationen anzudeuten. Viele weitere prozessuale Fragen wie zum Beispiel die »Disziplinierung vermeintlicher Konfliktverteidiger«⁴⁴ durch Gerichte oder Beweisverwertungsverbote aus Art. 6

⁴¹ BVerfG NJW 2004, 3407, 3408, 3411; *Esser StV* 2005, 348, 355; *Gaede HRRS* 2005, 387 ff.

⁴² Bezeichnenderweise hat auch der nicht minder überlastete EGMR bereits für unzulässig erachtete Verfassungsbeschwerden zur Entscheidung angenommen, vgl. *EGMR, Uhl v. D*, *StV* 2005, 475 ff. m. Anm. *Pauly*; *ZE Jalloh v. D*, 26.10.2004, *The LAW, A*; *Grabenwarter* (Fn. 7), § 13 Rn. 20 m.w.N.: keine übertrieben formalistische Anwendung des Art. 35 EMRK durch den EGMR; *Gaede HRRS* 2006, 241, 246 f.

⁴³ Zu den Anforderungen instruktiv *Lübbe-Wolff AnwBl.* 2005, 509 ff. und zum überdehnten aber gleichwohl praktisch zu beachtenden Substantiierungserfordernis nun eingehend *Jahn*, FS *Widmaier*, S. 821 ff.

⁴⁴ Vgl. *EGMR, Steuer v. NL*, *JR* 2004, 339 ff. m. Anm. *Gaede*. Relevant könnten unberechtigte Disziplinierungsversuche zulasten der freien Verteidigung besonders für die Handhabung des § 24 II StPO sein.

EMRK⁴⁵ vermag ich gar nicht anzusprechen. Erst Recht kann ich nicht untersuchen, ob sich aus der EMRK nicht auch Grenzen des materiellen Strafrechts ergeben.⁴⁶

1. Die Gesamtbetrachtung des Art. 6 EMRK als Chance

Die Gesamtbetrachtung des EGMR zu Art. 6 EMRK begegnet Ihnen vor allen Dingen als Problem für konkrete und wirksame Verteidigungsrechte, weil sie zumeist so verstanden wird, dass einzelne Rechtsverstöße z.B. beim Konfrontationsrecht dann noch unbeachtlich sein sollen, wenn das Verfahren nur »insgesamt noch fair« erscheint. Richtigerweise darf diese Rechtsprechung tatsächlich schon nicht so verstanden werden, als sähe der EGMR zum Beispiel die Teilrechte des Art. 6 Abs. 3 EMRK als bloße Vorschläge für ein insgesamt faires Verfahren an. Er nimmt jedenfalls prinzipiell – anders als es etwa der BGH deutet – Verletzungen von Teilrechten nicht allein deshalb hin, weil das Verfahren insgesamt noch »irgendwie fair gewesen ist«. Der EGMR legt einzelne Teilgarantien vielmehr unter Umständen so aus, dass sie verhältnismäßigen Einschränkungen zugänglich sind und prüft dann stets auch noch eine etwaige Verletzung des Gesamtrechts auf Verfahrensfairness, soweit er ein Teilrecht als solches nicht für verletzt erachtet. Wie unzählige Entscheidungen des EGMR zeigen, können die einzelnen Teilrechte des Art. 6 EMRK aber selbständig Verletzungen be-

⁴⁵ Dazu vgl. *Zupancic*, Nottingham Law Journal 5 (1996), 32, 42 ff.; *Esser* (Fn. 10), S. 122 f., 182 ff., 628 f.; für Verwertungsverbote bei der Verletzung anderer Konventionsrechte *Gaede* (Fn. 5), S. 800 ff., 843 ff.

⁴⁶ Zum Beispiel *Weigend* StV 2001, 63, 68 sieht die Zukunftsausgabe, die Schranken auszuloten, welche die EMRK auch der materiellen Strafbarkeit setzen könnte. Hierzu könnte der in Straßburg nunmehr anhängige »Inzestfall« weiteren Aufschluss bringen. Angesichts der unbefriedigenden und unzureichend begründeten Mehrheitsposition des BVerfG HRRS 2008 Nr. 260 ist jener Frage bedauerlicher Weise auch mit Blick auf die zunehmende Einwirkung des Europarechts auf das Strafrecht besondere Bedeutung zugewachsen.

gründen, ohne dass eine *zusätzliche* Verletzung des Gesamtrechts festgestellt werden müsste. Zwischen dem Gesamtrecht des Art. 6 EMRK, den Teilrechten des Art. 6 EMRK und der *für die Prüfung* aller Bestandteile des Art. 6 EMRK erforderlichen *Gesamtbetrachtung des Verfahrens* muss unterschieden werden.⁴⁷

Eine *Chance* stellt die Gesamtbetrachtung aber auch dar, weil der EGMR das Verfahren mit ihrer Hilfe nicht nur an einzelnen Teilrechten, sondern immer zusätzlich *auch* am Gesamtrecht auf Verfahrensfairness prüft. *Erstens* vermag der EGMR damit einzelnen prozessualen Vorkommnissen gerecht zu werden, die zugleich mehrere Teilrechte des Art. 6 EMRK tangieren und damit kumulativ die Verteidigung belasten.⁴⁸ Darauf ist zum Beispiel zu achten, wenn ein wesentlicher Zeuge nur ohne vorherige vollständige Akteneinsicht befragt werden konnte.⁴⁹ *Zweitens* kann der EGMR sogar aus ganz verschiedenen prozessualen Vorkommnissen eine Verletzung des Gesamtrechts über Kumulationseffekte ableiten.⁵⁰ Hier können sich zum Beispiel plötzliche Auswechselungen von Richtern und Beeinträchtigungen der effektiven Mitwirkung im Verfahren zu einer Verletzung summieren, ohne dass sich der EGMR z.B. explizit auf die Verletzung der Unparteilichkeit des

⁴⁷ Näher zu alledem *Gaede* (Fn. 5), S. 429 ff. (allgemein zur Gesamtbetrachtung als Prüfungsinstrument), S. 447 ff. (zur Eigenständigkeit der Teilrechte, praktisch auch BGer HRRS 2008 Nr. 824); zuzf. ders. JR 2006, 292 ff.; vgl. auch die eigenständigen Verletzungsbegründungen im Fall EGMR, *Öcalan v. TÜ*, 12.3.2003, §§ 111 ff., 139 ff.

⁴⁸ EGMR, *Unterpertinger v. AUT*, Nr. 110, §§ 28 ff.; *C.G. v. GB*, 19.12.2001, §§ 35 ff.; *Eisele* JR 2004, 12, 17.

⁴⁹ Vgl. dazu schon *Wohlers* GA 2005, 11, 33 f.; *Gaede* StV 2006, 599, 600 f.; ders. (Fn. 5), S. 833 f., 836 f., 843 ff.; am Beispiel des anwaltlichen Beistandes etwa BGE 116 Ia 289, 292 ff.

⁵⁰ EGMR, *Barberà u.a. v. SPA*, Nr. 146, §§ 67 ff., 89, vgl. dort aber die abl. SV; *Nack*, NJW-Sonderheft Schäfer, S. 46, 50, 52; *Nelles und Trechsel* bei *Julius* ZStW 115 (2003), 671, 692 f.; begrüßend und zum Ausbau auffordernd *Stavros*, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 ECHR* (1993), S. 43, 337 ff.

Gerichts stützen müsste.⁵¹ Dieses Vorgehen erschwert gewiss die Ausprägung greifbarer Maßstäbe und wäre wissenschaftlich umfassend zu problematisieren.⁵² Gleichwohl: Hierin liegt eine praktisch anerkannte Auffangfallgruppe. Prozessvorkommnisse, die für sich genommen vielleicht noch keine erfolgreiche Verfahrensrüge ermöglichen, könnten zusammen eine reversible Verletzung des Art. 6 EMRK ausmachen. *Armin Nack* hat folgendes Gleichnis benutzt, um die durch den BGH nun zu bewältigenden Unterschiede zu verdeutlichen: »Der EGMR würde nicht mit einem Flugzeug fliegen, das veraltet und schlecht gewartet ist, dessen Systeme schon öfter ausgefallen sind und dessen Pilot seine besten Tage schon hinter sich hat. Der BGH würde damit, wenn auch nicht ganz unbesorgt, fliegen, solange jede der Komponenten ... die vorgeschriebenen Mindestbedingungen erfüllt.«⁵³

Wie der BGH diese Fallgruppe bewältigen wird, ist noch offen. Zumal Sie mit dem Weg über das Gesamtrecht letztlich auf eine wenig vorstrukturierte Prüfung setzen, bietet die Auffangfallgruppe damit jedenfalls bei der Heranziehung verschiedener Vorkommnisse bislang keine *sichere* Aussicht auf eine erfolgreiche Rüge.⁵⁴ Der Aufgabe, die Fallgruppe umzusetzen, kann sich der BGH freilich nicht entziehen.⁵⁵ Man sollte diesen Pfeil deshalb kennen und im geeigneten Fall aus dem Köcher ziehen, denn: Es kann gut sein, dass ein Revisionsgericht klare Aussagen zu einer einzelnen Verfah-

⁵¹ EGMR, *Barberà u.a. v. SPA*, Nr. 146, §§ 67 ff., 89.

⁵² Aus der Diskussion vgl. z.B. *Trechsel* ZStW 101 (1989), 819, 837; *Esser* (Fn. 10), S. 402 ff., 466 ff., 860 f.; *ders.* NStZ 2007, 104 f.; siehe differenzierend zum Ganzen *Gaede* (Fn. 5), S. 427 ff., 442 ff.

⁵³ *Nack* (Fn. 50), S. 46, 50.

⁵⁴ Beispielhaft für eine unzureichende Erfassung vorhandener Kumulationen EGMR, *Haas v. D.*, JR 2006, 289 ff. m. krit. Anm. *Esser* NStZ 2007, 104 ff.; abl. Anm. *Gaede* JR 2006, 292 ff.

⁵⁵ In diesem Sinne *Nack* (Fn. 50), S. 46, 51: Umsetzung durch den BGH sei selbstverständlich.

rensrüge (noch) scheut, im Ganzen aber helfen möchte.⁵⁶ So könnte es etwa liegen, wenn ein Anfrageverfahren durchzuführen wäre. Sollte hier nicht schon die »Wunderwaffe Beweiswürdigung« dem Revisionsgericht zur Seite stehen, könnte die Rüge der Verletzung des Gesamtrechts erfolgreich sein. Zu beachten ist natürlich, dass der BGH hier geneigt sein wird, für Rügen des Gesamtrechts eigenständige Darlegungsanforderungen zu entwickeln. Jedenfalls sollten Sie alle Anforderungen erfüllen, die für die Rügen derjenigen einzelnen Verfahrensrechtsverletzungen gelten, die aus Ihrer Sicht Bestandteile einer Gesamtrechtsverletzung sind. Zudem sollten Sie angesichts der überstrengen Anforderungen des BGH auch die zusätzliche Angriffsrichtung über Art. 6 EMRK klarstellen.⁵⁷ Darüber hinaus ist zu befürchten, dass der BGH auch hier – verfehlt – den Vortrag von »Negativtatsachen« fordern wird, welche die Verletzung »gesamtbetrachtend ausschließen« könnten.⁵⁸

2. Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung – »Fragen der 2. Generation«

Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung ist natürlich kein neues Anwendungsfeld der Einwirkung der EMRK in Deutschland. Um die allgemeine Bedeutung dieses Rechts soll es daher nicht gehen. Auch die streitbare Ent-

⁵⁶ Vgl. auch die Konstellation BGH NJW 2001, 237 f. und *Eisele* JR 2004, 12, 17 f.

⁵⁷ Zur geforderten Angriffsrichtung BGH NStZ 2008, 229, 230; abl. etwa *Gaede* HRRS 2007, 402, 404 Fn. 7.

⁵⁸ Zu dieser Rechtsprechung vgl. *SK/Frisch*, 50. Lfg. (2006), § 344 Rn. 57 ff., 61 ff.; nicht einbezogen bei *Eisele* JR 2004, 12, 19. Gerade bei dem verhältnismäßig wenig bestimmten Gesamtrecht darf dem Revisionsführer aber allenfalls ein Vortrag zu *überobligatorischen Anstrengungen* zur Vermeidung einer Verletzung abverlangt werden. Um den Prozessstoff für das Revisionsgericht zu begrenzen, wird es Aufgabe der verfahrenkundigen Staatsanwaltschaften (des GBA) sein, etwaige Verfahrensaspekte einzubringen, die gegen die Annahme einer Verletzung sprechen können. Anderenfalls wäre Art. 6 EMRK praktisch nicht vorhersehbar rügefähig.

scheidung des Großen Senats zur Vollstreckungslösung möchte und kann ich hier nicht umfassend analysieren.⁵⁹ Auch durch diese Entscheidung stellen sich aber heute Folgefragen. Man kann sie als »Fragen der 2. Generation« bezeichnen, zeigen sie doch erst, wie viel das Recht auf Beschleunigung dem Rechtsinhaber wirklich bringt, nachdem das Recht nun in aller Munde ist. Zum Beispiel steht rechtspolitisch jetzt ernsthaft die Frage im Raum, ob der Gesetzgeber nicht Rechtsbehelfe zur Vermeidung überlanger Strafverfahren schaffen sollte.⁶⁰ Diese Forderung wird vor allem über das Recht auf Beschwerde gemäß Art. 13 EMRK erhoben, das – völlig zu Unrecht! – noch wenig beachtet wird.

Für unsere Veranstaltung interessanter sind Vermeidungsstrategien, mit denen die deutsche Rechtsprechung die Notwendigkeit zu einer Rechtsfolgenkompensation verneint. Grundsätzlich erkennt der BGH zwar bekanntlich an, dass Verletzungen des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung zu kompensieren sind, was heute über die Vollstreckungslösung geschehen soll. Die Reichweite dessen sucht er aber einzudämmen. Lange Zeit fand man insbesondere Entscheidungen, in denen schon die Verletzung des Art. 6 I 1 EMRK geleugnet wurde, auch wenn in einzelnen Verfahrensteilen ersichtlich unerklärliche und nicht ganz unerhebliche Verzögerungen festzustellen waren. Der BGH verwies pauschal darauf, dass die Verfahrensdauer insgesamt noch angemessen erscheine. Das meint offenbar, dass eine im Vergleich mit Verfahren ähnlicher Art noch vertretbare Verfahrensdauer

⁵⁹ BGH JZ 2008, 416 m. Anm. Gaede; abl. etwa Ignor/Bertheau NJW 2008, 2209; Ziegert StraFo 2008, 321; fragwürdig wird sie aber als rechtspolitischer Gewinn für die anzustrebende Generalprävention von Kraatz JR 2008, 189 ff. begrüßt.

⁶⁰ Zur Diskussion vgl. Meyer-Ladewig (Fn. 4), Art. 13 Rn. 20b ff.; EGMR, Sürmeli v. D, EuGRZ 2007, 255, 256; Kraatz JR 2008, 219, 192 (Entschädigung in Geld), 194 f. (Untätigkeitsbeschwerde).

vorgelegen haben soll.⁶¹ Diese Praxis widerspricht der Rechtsprechung des EGMR.⁶²

Nun sind aber lange keine Entscheidungen mehr aufgetreten, die diese Strategie anwenden. Der BGH hat eine neue Vermeidungsstrategie ersonnen und wohl an die Stelle der alten gesetzt: Seit dem Beschluss des Großen Senats und der von ihm bevorzugten Vollstreckungslösung hält es der BGH nicht mehr zwingend für erforderlich, Verletzungen des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung *stets* durch einen Rechtsfolgenvorteil zu kompensieren.⁶³ In Fällen »geringer Verfahrensverzögerungen« soll die Feststellung der Verletzung im Urteil gleichsam als staatliche Entschuldigung genügen. Und eine Entscheidung des 2. Strafsenats vom 13. Juni 2008 zeigt, wie weit dies führen kann: Der Senat hat eine Rechtsfolgenkompensation für entbehrlich betrachtet, obschon in dem Verfahren eine Verfahrensverzögerung von etwa einem Jahr aufgetreten ist, nur weil das Tatgericht in einem Halbsatz die lange Verfahrensdauer – wohlgemerkt nicht eine rechtswidrige Verzögerung – als Strafmilderungsgrund allgemein erwähnt hat.⁶⁴

Gut 20 Jahre wurde dem Angeklagten immerhin ein zählbarer Ausgleich über die bloße Verletzungsfeststellung hinaus zugestanden.⁶⁵ Die für das

⁶¹ Siehe z.B. BGH HRRS 2005 Nr. 726; BGH 5 StR 326/02, Beschl. v. 21. 8. 2002, HRRS, L 1. In diesen Fällen soll es offenbar hinzunehmen sein, dass ein Verfahren z.B. ein halbes Jahr *grundlos* länger geführt worden ist.

⁶² Dies findet sich bereits mehrfach ausgearbeitet, so dass ich dazu nicht ins dogmatische Detail gehen möchte; vgl. *Demko* HRRS 2005, 283, 292 ff.; *Krehl/Eidam* NStZ 2006, 1, 4; *Grabenwarter* (Fn. 7), § 24 Rn. 46; vgl. so auch schon *Gaede wistra* 2004, 166, 171 ff.; ergänzend ders. HRRS 2005, 377, 380 f.

⁶³ BGH JZ 2008, 416, 421; insoweit wohl zust. *Scheffler* ZIS 2008, 269, 276, der Art. 13 EMRK übersieht.

⁶⁴ BGH HRRS 2008 Nr. 675 = 2 StR 200/08 vom 13. Juni 2008; zuvor bereits BGH HRRS 2008 Nr. 488 = 3 StR 36/08, Beschl. v. 11.03.2008: fünf Monate Verzögerung in der Revision hinzunehmen.

⁶⁵ Siehe im Rückblick etwa BGH NJW 2003, 2759 ff.; 2000, 748 ff.; BVerfG NStZ 1997, 591.

deutsche Recht nicht wirklich erklärte Abkehr von dieser Rechtsprechung erstaunt. Sie verstößt meines Erachtens mindestens in dem nun erreichten Ausmaß gegen Art. 13 EMRK. Der EGMR entnimmt Art. 13 EMRK seit neun Jahren die Pflicht der Staaten, Verstöße gegen das Recht auf Verfahrensbeschleunigung entweder durch präventive Rechtsbehelfe oder durch eine »angemessene Abhilfe« für geschehene Verletzungen *wirksam zu kompensieren*.⁶⁶ Die Grundsatzentscheidung *Kudla gg. Polen* lässt den Staaten in diesem Sinne zur Art und Weise der Abhilfe damit zwar einen erheblichen Spielraum. Dies belegt aber nicht, dass ein Staat die Abhilfe *im Strafverfahren* in einer bloßen Feststellung aufgehen lassen dürfte. Die Rechtsprechung des BGH wird auch nicht schon legitim, weil der EGMR selbst in Einzelfällen von einer Entschädigung nach Art. 41 EMRK abgesehen hat.⁶⁷ Art. 41 EMRK ist nicht mit einem nationalen Amtshaftungsanspruch gleichzusetzen. Nach Art. 41 EMRK steht schon das Ob der Entschädigung im billigen *Ermessen* des EGMR, der hier als überlastetes Gericht für über 800.000.000 Europäer judiziert.⁶⁸ Zu Art. 13 EMRK hat der EGMR den Staaten aber die *Pflicht* zur wirksamen Abhilfe auferlegt.⁶⁹ Der dominierende Beweggrund des EGMR war hier das Ziel seiner eigenen Entlastung. Das muss *für das Strafverfahren* nach 20 Jahren entsprechender deutscher Rechtspraxis ein Mindestmaß an staatlichem *Rechtsfolgenausgleich* bedeuten.⁷⁰ Wenn deut-

⁶⁶ EGMR *Kudla v. PL* [GC], §§ 152 ff., NJW 2001, 2694; m.w.N. *Meyer-Ladewig* (Fn. 4), Art. 13 Rn. 20a: angemessene Entschädigung als Mindestforderung.

⁶⁷ Dieser Gedanke steht aber wohl hinter der neuen Rechtsprechung, vgl. BGH JZ 2008, 416, 419.

⁶⁸ Vgl. *Meyer-Ladewig* (Fn. 4), Art. 41 Rn. 21 m.w.N. Diese Auslegung dürfte sich im Wesentlichen durch die Sonderstellung des EGMR begründen, die nationalen Gerichten bei der Anwendung des Art. 13 EMRK fehlt.

⁶⁹ Vgl. abermals EGMR *Kudla v. PL* [GC], §§ 152 ff., 157 ff. NJW 2001, 2694 und letztlich über Art. 5 III EMRK verschärfend EGMR, *Dzelili v. D*, StV 2006, 474 ff.

⁷⁰ Vgl. auch *Grabenwarter* (Fn. 7), § 24 Rn. 68, 175 f.: Angemessenheit hängt vom verletzten Recht ab. Die Entscheidung EGMR, *Zullo v. IT* [GC], 29.3.2006,

sche Gerichte nun zählbare Folgen der Menschenrechtsverletzung kappen, fordert man die Betroffenen in diesen Fällen geradezu heraus, wieder den Weg nach Straßburg zu beschreiten. Der EGMR wäre genötigt, zu entscheiden, wann noch eine »geringe« und wann eine wirklich »ernstzunehmende« Menschenrechtsverletzung vorliegt. Die vom Großen Senat angestoßene Entwicklung sollte daher gestoppt, mindestens eingeschränkt werden. Dass auch die Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit den Maßstäben des BVerfG nicht gesichert erscheint, kann hier nur noch bemerkt werden.⁷¹

3. Das Recht auf einen Verteidiger des Vertrauens (Art. 6 III lit. c EMRK)

Ein weiterer kurzer Hinweis sei zu den Fällen erlaubt, in denen Verteidiger des Vertrauens heute zugunsten des objektivrechtlich verstandenen Beschleunigungsgebots weichen sollen.⁷² Hier erscheint es nicht wenigen Ver-

§§ 73, 85, 97 ff. betrifft *Verfahren über zivile Rechte* und stellt bereits eine starke, Rechtfertigungslasten aufstellende Vermutung dafür auf, dass eine reine Verletzungsfeststellung nicht genügen kann. Im § 81 wird betont, dass keine Gründe geschaffen werden dürfen, die Beschwerdeführer wieder systematisch zum EGMR führen. Gerade letzteres droht aber bei Verletzungen im Strafverfahren, die besonders erbittert umstritten sind. Oft wird hier zusätzlich auch die Länge der Verzögerung in Streit stehen und den Gang nach Straßburg befördern. Zumal Deutschland nicht den besten Weg (§§ 79, 98 ff.) einer Kombination von präventiven und kompensierenden Rechtsmitteln gewählt hat, dürfte die Hinnahe einjähriger Verzögerungen keinesfalls zu begründen sein. Allein der späteren Anerkennung einer Verletzung durch ein fernes Gericht ist jedenfalls kein Abhilfe versprechender Effekt beizumessen, vielmehr lässt die heutige »Vollstreckungslösung« die Hinnahe von Verzögerungen geradezu zur staatlichen Option werden.

⁷¹ Auch das BVerfG fordert bislang eine angemessene Berücksichtigung im Rechtsfolgenausspruch, die ausnahmsweise gar zu einem Verfahrenshindernis führen kann, dazu BVerfG NJW 1984, 967 f.; 2003, 2225 f.; 2003, 2897 f.; BVerfG NStZ 1997, 591; dazu auch *Ignor/Bertheau* NJW 2006, 2209, 2212 f.

⁷² Vgl. BVerfG HRRS 2008 Nr. 258; BVerfG NStZ 2006, 460; BGH NStZ 2007, 163; BGH HRRS 2008 Nr. 370; OLG Köln StV 2006, 145 f.; OLG Hamm StV 2006, 481 f.; *Schmitt* StraFo 2008, 313 (318 f.).

teidigern, als schlage die Justiz nun mit der EMRK gleichsam zurück. Jedenfalls in den Fällen, in denen keine Verfahrensverbinding vorliegt, stellt dies nach Art. 6 eine kaum zu rechtfertigende Pervertierung eines Individualrechts zulasten eines zweiten Individualrechts dar: Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung mag nach Art. 20 III GG auch der effektiven Strafrechtspflege dienen.⁷³ Art. 6 I 1 EMRK gewährt aber keine effektive Strafrechtspflege, sondern ist in erster Linie ein individuelles Menschenrecht, dessen objektive Bedeutungen nicht gleichberechtigt vor dieses Recht zu stellen sind.⁷⁴ Die Individualrechte auf Verfahrensbeschleunigung und auf den Beistand eines erwünschten Verteidigers sind nicht frei durch den Staat zu einem objektiven Ausgleich zu bringen. Vielmehr muss der Angeklagte mit seinem Verteidiger entscheiden, ob er eine längere Verfahrens- und/oder Haftdauer riskieren will; die Verfahrensbeschleunigung ist in diesem Sinne prinzipiell verzichtbar.⁷⁵ Wird die Entscheidung des Angeklagten übergangen, liegt ein echter Eingriff in die Verteidigungsrechte des Angeklagten vor. Mit pauschalen Behauptungen zu entgegenstehenden öffentlichen Interessen, *die nicht am konkreten Verfahren festgemacht sind*, darf er nicht schon gerechtfertigt sein.

Soweit eine Verfahrensverbinding vorliegt, handelt es sich ebenfalls um eine Eingriffskonstellation. Hier liegt indes mit dem Recht auf Verfahrensbeschleunigung der Mitangeklagten ein zusätzlicher Grund vor, Einschrän-

⁷³ So etwa jüngst wieder betont *Schmitt* StraFo 2008, 313 f. m.w.N.

⁷⁴ Siehe bereits EGMR, *Wemhoff v. D.*, Nr. 7, § 18: «*The Court is of opinion that the precise aim of this provision in criminal matters is to ensure that accused persons do not have to lie under a charge for too long*»; *Stavros* (Fn. 50), S. 77, 82; *Ress*, FS Müller-Dietz-, S. 627, 634; m.w.N. *Gaede* wistra 2004, 166, 168; zum Charakter als Individualrecht auch *Grabenwarter* (Fn. 7), § 24 Rn. 71. Für die primär individualrechtliche Ausrichtung auch BVerfG JR 2007, 251, 252, im *partiellen* Widerspruch zu BVerfG HRRS 2008 Nr. 258.

⁷⁵ Vgl. auch *Burhoff* StraFo 2008, 62, 68; vgl. auch schon m.w.N. *Gaede* (Fn. 5), S. 224.

kungen zu legitimieren.⁷⁶ Es bleibt aber eine Lösung zu beachten, die in der heutigen Diskussion mehr Gewicht verdient, zumal der EGMR sie – in einer freilich anderen Konstellation – bereits gefordert hat.⁷⁷ Es kommt auch eine Verfahrensabtrennung in Betracht, die dem Recht auf den Verteidiger des Vertrauens verstärkt Rechnung tragen könnte. Diese Lösung kann gewiss nicht stets zur Anwendung gelangen. Doch kann es ebenso wenig richtig sein, dem Angeklagten im Konfliktfall praktisch *stets* den Verteidiger seines Vertrauens zu nehmen. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil gerade in der staatlich verfügbaren Verbindung der Grund für die schlechtere Argumentationslage des Angeklagten liegt.

4. Das Recht auf den Beistand eines staatlich finanzierten Verteidigers

Ein kurzer Hinweis soll auch die Pflichtverteidigung betreffen, konkret die Frage, ob Art. 6 III lit. c EMRK zu einer weitergehenden Bestellung von Pflichtverteidigern anhalten könnte.⁷⁸ Die Rechtsprechung des EGMR erscheint mir hier als wichtige Grundlage dafür, bestehende positive Ansätze zu § 140 II StPO zu verstärken.⁷⁹ Der EGMR hat auch bei vergleichsweise geringen Strafdrohungen bzw. praktisch geringen Straferwartungen bereits staatliche Finanzierungen gefordert.⁸⁰ Vor allem die Entscheidungen im Fall *R.D. gg. Polen* und *S.C. gg. Großbritannien* weisen darauf hin, dass letztlich die Fähigkeit des Mandanten, sich selbst effektiv zu verteidigen, das ent-

⁷⁶ Vgl. schon *Burhoff* StraFo 2008, 62, 68; m.w.N. *Gaede* (Fn. 5), S. 224.

⁷⁷ EGMR, *Hennig v. AUT*, §§ 33 ff., *wistra* 2004, 177; *Esser* (Fn. 10), S. 570; *Gaede wistra* 2004, 166, 173.

⁷⁸ So prinzipiell zum Beispiel schon *Weigend* StV 2000, 384, 385.

⁷⁹ Zur heutigen Auslegung vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 14), § 140 Rn. 30 ff., 23 ff., 26 ff.; *SK/Wohlers*, 39. Lfg. (2004), § 140 Rn. 33 ff., 36 ff., 46 ff.

⁸⁰ Vgl. z.B. EGMR, *Quaranta v. SWI*, Nr. 205, § 33; *Benham v. GB*, Rep. 1996-III, §§ 61/64; *Hooper v. GB*, 16.11.2004, §§ 20 f.; *Villiger*, ZStR 113 (1995), 279, 289; vgl. auch näher *Demko*, HRRS-Festgabe Fezer 2008.

scheidende Kriterium für die staatliche Finanzierung eines Verteidigers darstellt.⁸¹ Der EGMR will jedem Angeklagten eine *realistische* Chance auf eine wirksame Verteidigung gewährleisten.⁸² Wenn Sie an Ihre Mandanten und an deren typisch vorhandene Fähigkeiten zu einer wirksamen Selbstverteidigung etwa bei der Zeugenbefragung denken, wird offensichtlich, dass in dieser Rechtsprechung Sprengkraft liegt. Sie spricht für eine Ausweitung der Pflichtverteidigungsfälle besonders bei Untersuchungshaft. Damit würde sich eine alte Einsicht verwirklichen, die der *US Supreme Court* schon 1963 formuliert hat: »*lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries*«. ⁸³

5. Revisionsrecht und tatsächlich wirksamer Verteidigerbeistand

Mit dem fünften und letzten Punkt gelangen wir nun endgültig zu einer »heiligen Kuh des deutschen Strafverfahrens«, nämlich: der Zurechnung von Verteidigerversäumnissen zum Angeklagten. Praktisch steht für die Mehrheit aller professionellen Akteure im Strafverfahren fest, dass der Angeklagte Fehler seines Verteidigers »geradezu gottgewollt« hinzunehmen hat.⁸⁴

⁸¹ Vgl. EGMR, R.D. v. PL, 18.12.2001, §§ 48 ff.; S.C. v. GB, Rep. 2004-IV, § 29: »Given the sophistication of modern legal systems, many adults of normal intelligence are unable fully to comprehend all the intricacies and exchanges which take place in the courtroom: this is why the Convention, in Article 6 § 3 (c), emphasises the importance of the right to legal representation.»

⁸² EGMR, R.D. v. PL, 18.12.2001, § 49; einen beschuldigtenfreundlichen Maßstab erblicken Wohlers, FS Rudolphi, S. 713, 725 ff.; Esser (Fn. 10), S. 476 ff.; näher Gaede (Fn. 5), S. 563 ff.; Demko, HRRS-FG Fezer, 2008.

⁸³ Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335, 344 (1963) *per J Black*; im Grunde schon Powell v. Alabama 287 U.S. 45, 68 ff. (1932); siehe auch insoweit für den dt. Inquisitionsprozess das Sarstedt-Zitat bei BGHSt 25, 325, 332: »Verteidigung ist kein Luxus«.

⁸⁴ Statt vieler jüngst z.B. Mosbacher JR 2007, 387, 388, der darüber hinaus die Verschärfung von Darlegungs- und Mitwirkungsobliegenheiten über ein vermeintlich fehlendes Rechtsschutzinteresse zu fördern sucht.

Anderes gilt praktisch nur, wenn der Verteidiger Fristen versäumt.⁸⁵ Wichtig wird dies aus Sicht der Revision vor allem in zwei Bereichen: Erstens bei der sich noch weiter verschärfenden Tendenz des BGH, die Verfahrensrüge über strengste Darlegungs- und Mitwirkungsobliegenheiten zu dezimieren.⁸⁶ Zweitens schlägt sich diese Haltung darin nieder, dass eine »Rüge der Schlechtverteidigung« mit aller Deutlichkeit abgewehrt wird.⁸⁷

Zum ersten Fragenkreis: Wie Sie wissen zieht der BGH viele Register, um den Erfolg von Verfahrensrügen zu begrenzen, damit kostenträchtige Urteilsaufhebungen vermieden werden können. Ihre Mandanten haben es schon oft am eigenen Leib erfahren müssen. Zu nennen ist § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, das große Grab begründeter Verfahrensrügen.⁸⁸ Ein weiteres Beispiel ist die Widerspruchslösung. Der 1. Strafsenat hat sie anhand einer Verletzung des Rechts auf konsularischen Beistand (Art. 36 I lit. b Satz 3 WÜK) verschärft und damit sogar Ausführungen des IGH missachtet, die gegen nationale Präklusionen streiten.⁸⁹ Ein jüngeres Beispiel ist eine Ent-

⁸⁵ Dazu nur *Meyer-Goßner* (Fn. 14), § 44 Rn. 18.

⁸⁶ Vgl. z.B. BGHSt 51, 1 ff. = HRRS 2006 Nr. 313; krit. *Sommer* StraFo 2007, 133; *Leipold* NJW-Spezial 2006, 282 f.; BGH NJW 2007, 3587 ff.; BGH HRRS 2008 Nr. 264 (Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung); BGH HRRS 2008 Nr. 230 (unterlassene Präzisierung eines unbeschiedenen Beweisantrages); BGH HRRS 2008 Nr. 130 (Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes bei Teilfreispruch); allgemein zur Entwicklung grundlegend *Fezer*, FS Hanack, S. 331 ff. und fortführend *Ventzke* HRRS 2008, 180, 181 f.: Projekt schützende Hand zugunsten der Tatrichter; *Wohlens* StV 2005, 228, 229; *Dahs* NStZ 2007, 241 ff.

⁸⁷ Zuletzt BGH HRRS 2007 Nr. 967 m. abl. Besprechung *Gaede* HRRS 2007, 402 ff.; siehe allgemein auch *Ventzke* HRRS 2008, 180, 181 ff.: Abschirmung tatrichterlicher Urteile gegen Verfahrensrechtsverletzungen, die von der Verteidigung bewusst herbeigeführt sein könnten.

⁸⁸ Vgl. beispielhaft *Fezer*, FS Hanack, S. 331, 346 ff.; *SK/Frisch* (Fn. 60), § 344 Rn. 63.

⁸⁹ BGH NJW 2007, 3587 ff.; abl. dazu schon *Esser* JR 2008, 271, 278; *Gaede* HRRS 2007, 402 (403 ff.); vorsichtig nun insoweit auch BGH NJW 2008, 307 ff. und BGH NJW 2008, 1090, 1091.

scheidung des 5. Strafsenats zum so wichtigen Begriff des Beweisantrages.⁹⁰ Mit ihr hat der BGH sein Streitigkeitserfordernis erheblich ausgedehnt, genauer gesagt ein neues Begründungsgebot erfunden, mit dem die Verteidigung rechtfertigen soll, warum sie in einer fortgeschrittenen Beweisaufnahme »noch immer« einen Verfahrensteilhabeanspruch nach den strengen § 244 Abs. 3 bis 6 StPO haben soll. Der 5. Strafsenat hat im Einzelnen gefordert, der Verteidiger möge die Wahrnehmungsmöglichkeiten eines Zeugen zu der unter Beweis gestellten Tatsache konkret darlegen und dabei auf die vorherige Beweiserhebung zu jener Tatsache eingehen. Der Verteidiger solle plausibilisieren, warum dem Angeklagten auch nach der geschehenen Beweiserhebung noch immer ein Beweiserhebungsanspruch zukommen soll.⁹¹

Zum zweiten Fragenkreis: Obwohl eine eigenständig bedeutsame Verteidigung nach den Verfassungs- und Konventionsgarantien auch im reformierten Inquisitionsprozess der StPO aus sich heraus ein Erfordernis sein muss, ist zur Rüge der Schlechtverteidigung eigentlich nur zu sagen, dass es sie in Deutschland nicht gibt.⁹² Da das Gericht im Inquisitionsprozess so oder so

⁹⁰ BGH HRRS 2008 Nr. 611 m. abl. Anm. *Fezer* HRRS 2008 Heft 11 und abl. Anm. *Eidam* JR 2008/2009. Hier droht eine fundamentale Erschwerung der Beweisteilhabe des Angeklagten über das Beweisantragsrecht, die auch mit dem prinzipiellen Beweisantizipationsverbot kollidiert.

⁹¹ Immerhin hat sich der 3. Strafsenat von dieser »weiten Handhabung des Konnexitätserfordernisses« vorsichtig distanziert BGH HRRS 2008 Nr. 848. Allerdings nur, um sodann selbst eine andere Verwirkungsstrategie in Form der Unterstellung einer Mitwirkungspflicht der Verteidigung zu praktizieren! Auch hier versagte sodann die Verfahrensrüge, gingen Rechte des Angeklagten durch Fehler von Gericht und Verteidiger verloren, obschon dies dem Revisionsgericht offensichtlich sein musste. Ob der Angeklagte wohl seine Mitwirkungspflicht kannte?

⁹² Nur für »Extremfälle« soll nach Maßstäben »objektiver Fürsorge« anderes gelten, vgl. etwa BGH 5 StR 495/00 vom 5. April 2001; BGHSt 39, 310, 314; BGH NJW 1968, 1485; näher *Gaede* (Fn. 5), S. 863 ff. Gewiss könnten Fürsorgegrundsätze, die sich an einer wirksamen *und* autonom definierten Verteidigung ausrichten, funktional betrachtet weitgehend die hier geforderten Wirkungen

alles *wirklich* Erforderliche von selbst unternehme, soll ein qualitativ hinreichender Verteidigerbeistand offenbar eher eine Marginalie, ein bloßes nicht revisibles Beiwerk sein, solange der Staat ihn nicht geradezu aktiv vereitelt. Dass sich die Gerichte zugleich mehr und mehr aus ihrer eigenständigen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Prozesses verabschieden, in dem sie diese auf die Verteidiger etwa durch Rügeobliegenheiten verschieben, hindert dies bislang nicht.⁹³ Schon gar nicht wird einem Angeklagten geholfen, dessen Revision unzulässig ist, weil sein Verteidiger nicht in der Lage war, *eine* zulässige Verfahrensrüge zu verfassen.⁹⁴

Gemeinsam ist all diesen Konstellationen, dass dem Angeklagten der Ausfall des wirksamen Verteidigerbeistands uneingeschränkt zugerechnet wird, obwohl den Gerichten das rein formale Versagen des Verteidigers offensichtlich wird. Der Angeklagte verliert seine Verteidigungsrechte und/oder Rechtsmittel, obgleich sie ihm doch verfassungsrechtlich effektiv gewährleistet sein sollen.⁹⁵ Der oft durch problematische Kreationen der staatlichen Gerichte bedingte Verlust des Angeklagten tritt ein, obgleich niemand auch nur im Ansatz behaupten dürfte, dass der Angeklagte in der Lage wäre, seinen Verteidiger zu kontrollieren und sich des Verlusts selbst zu erwehren.⁹⁶

entfalten. Indes wird die Fürsorge weder so verstanden, noch so praktiziert. Davon abgesehen bleibt der *direkte* Ansatz an der konkreten und wirksamen Verteidigung überlegen.

⁹³ Vgl. aber schon anhand der Widerspruchslösung *Bohlander* StV 1999, 562 ff.; *Ventzke* StV 1997, 543, 548: Widerspruchslösung provoziert die Frage nach der Anerkennung einer Rüge unzureichender Verteidigung; als weiteres Trendbeispiel BGHSt 51, 1 ff.; näher schon *Gaede* HRRS 2007, 402, 411 f.

⁹⁴ Aus jüngerer Zeit so m.w.N. BGH HRRS 2008 Nr. 81.

⁹⁵ Zur stRspr. z.B. BVerfG HRRS 2008 Nr. 662; m.w.N. *Sachs*, GG. 4. Aufl. (2007), Art. 19 Rn. 143 ff.

⁹⁶ Siehe *Meyer-Goßner* (Fn. 14), § 44 Rn. 18: keine Pflicht des Angeklagten, den Verteidiger zu überwachen; vgl. *Ashworth* (Fn. 33), S. 77, 272, 275, 290 f.; *Gaede*, (Fn. 5), S. 855 f., 881 ff.; problematisch insofern EGMR, *Homann v. D*, NJW

Auch auf die Gefahr hin, als praxisfern zu erscheinen, möchte ich diesen *status quo* als handgreifliche prozessuale Unfairness bezeichnen. Es ist unaufrichtig, dem Angeklagten die Revision zu geben und sie ihm dann durch Anforderungen wieder zu nehmen, deren Erfüllung der Angeklagte praktisch nicht hinreichend gewährleisten kann. Hier wird bislang allein einer scheinbar übermächtigen Funktionalität das Wort geredet. Die Revision droht darüber zunehmend zu einem Etikettenschwindel zu werden.⁹⁷ Jedenfalls für Fälle, in denen übertriebene Obliegenheiten der Verteidigung und/oder Versäumnisse des Verteidigers Rechte des Art. 6 EMRK vereiteln, sprechen die Ansätze des EGMR für eine Einschränkung dieser Rechtslage.⁹⁸ Zwar erkennt auch der EGMR prinzipiell höhere Darlegungslasten bei Rechtsmitteln an.⁹⁹ Dennoch müssen die Staaten für eine tatsächlich effektive Verteidigung auch bei Rechtsmitteln einstehen.¹⁰⁰ Wenn offensichtlich wird, dass der Verteidigerbeistand unwirksam ist und es nicht um eine Fra-

2008, 2320 m. Anm. Meyer-Mews im Vergleich mit Staroszczyk v. PL, NJW 2008, 2317.

⁹⁷ Vgl. schon allgemein zum Verteidiger Wach, Binding-FG (1914), S. 1, 34: »Man erklärt die Verteidigung für ‚notwendig‘; aber ob der mit ihr Betraute das zu ihr Notwendige tut, darum kümmert man sich nicht; da mag sich der Beschuldigte regen.«

⁹⁸ Vgl. schon Barton, Mindeststandards der Strafverteidigung (1994), passim, S. 61 ff.; SK-Wohlers, 38. Lfg. 2004, Vor § 137 Rn. 81 ff.; näher zum Ganzen schon m.w.N. Gaede HRSS 2007, 402 (407 ff.).

⁹⁹ Speziell die Auslegung des § 344 Abs. 2 Satz StPO hat er bislang nicht durchschlagend beanstandet, diese aber bereits als »*anything but easy to comply with*« bezeichnet, vgl. EGMR, Paljic v. D, NJOZ 2008, 1098 ff., §§ 42 ff., 51 ff. Der Fall wies die Besonderheit auf, dass es sich bereits um die zweite Revision handelte. Der EGMR setzte zudem voraus, dass es zuvor Ansätze für das Formerfordernis gab und ging inhaltlich auch auf das Urteil ein. Der Aspekt der Anwaltszurechnung wird nicht problematisiert. Das Urteil erging insoweit *per incuriam*.

¹⁰⁰ EGMR, Czekalla v. PO, Rep. 2002-VIII, §§ 59 ff. = NJW 2003, 1229; Sannino v. IT, 27.4.2006, §§ 47 ff.

ge unabhängiger Taktik geht, muss die staatliche Rechtspflege handeln, wenn sie Art. 6 I, III lit. c EMRK nicht verletzen will.¹⁰¹

Dass hier ein Problem besteht, ist auch so neu nicht.¹⁰² So tritt etwa *Meyer-Gößner* im Anschluss an die Entscheidung des EGMR im Fall *Czekalla gg. Portugal* nun dafür ein, eine *Wiedereinsetzung von Amts wegen* zu gewähren, wenn dem Angeklagten durch einen eindeutigen Formfehler des Verteidigers ein Rechtsmittel verloren geht.¹⁰³ Warum dies etwa in einem Fall nicht gelten sollte, in dem der Kern des Rechtsmittels in einer Verfahrensrüge liegt, mit der (materiell) eine Verletzung des Art. 6 EMRK gerügt wird, ist für mich nicht überzeugend zu begründen.¹⁰⁴ Die auch vom EGMR hoch geschätzte Unabhängigkeit der Verteidigung ist etwa dann kein Gegenargument, wenn wegen eines gesetzlichen Formerfordernisses (§ 344 II 2 StPO!) gar keine Unabhängigkeit bestehen konnte.¹⁰⁵ Gänzlich unpraktikabel scheint ein weitgehenderer Schutz auch nicht zu sein: Die Rechtsprechung des EGMR führt in der Schweiz bereits heute dazu, dass unzurei-

¹⁰¹ EGMR, *Czekalla v. PO*, Rep. 2002-VIII, §§ 59 ff.; vgl. auch die entsprechende Forderung der Europäischen Kommission in KOM(2004) 328 endg., S. 14 f. und Art. 4 II; näher zu allem m.w.N. *Gaede* (Fn. 5), S. 857 ff.

¹⁰² Zum Beispiel hat *Weigend* bereits 2000 gefragt, ob der Staat nicht darauf achten müsse, dass der Verteidiger auch tatsächlich in der Lage ist, seiner Aufgabe nachzukommen (StV 2000, 384, 385); vgl. auch SK-*Wohlers*, 38. Lfg. 2004, Vor § 137 Rn. 81 ff.; *Neuhaus* StV 2002, 43 ff.; *Demko* HRRS 2006, 250 ff.; zusf. *Gaede* HRRS 2007, 402, 411 ff. Grundlegend sind Arbeiten von *Stephan Barton*, zu seiner Haltung aktuell *Barton*, Einführung in die Strafverteidigung (2007), § 4 Rn. 80 ff.

¹⁰³ *Meyer-Gößner* (Fn. 14), § 338 Rn. 41: analog § 45 II 2 StPO.

¹⁰⁴ Besorgnisse, anderenfalls würden die Form- und Fristenfordernisse gegen das Gesetz aufgeweicht, könnten nicht durchgreifen, denn das konventionskonform zu interpretierende *Gesetz will dem Angeklagten* zugleich – verfassungsrechtlich verbürgt – *die Revision effektiv gewähren*. Mindestens dem Gesetzgeber stünden andere Regelungsmodelle offen, um die Verteidiger zur Einhaltung der Anforderungen anzuhalten: Der Rechtsverlust des Angeklagten ist nicht der einzige wohl aber der schlechteste Weg, die Erfordernisse durchzusetzen.

¹⁰⁵ Vgl. zum Prinzip etwa EGMR, *Czekalla v. PO*, Rep. 2002-VIII, §§ 59 ff.

chende Rechtsmittelbegründungen unter Umständen nachgebessert werden müssen.¹⁰⁶

Sicherlich wird die von mir hervorgehobene Rechtsprechung besonders § 344 II 2 StPO nicht im Handumdrehen verändern und kein allgemeines »Nachbesserungsrecht« bei Verfahrensrügen schaffen. Sollen die Verteidigungsrechte der EMRK aber für ihren Inhaber, nämlich den Angeklagten,¹⁰⁷ tatsächlich nicht nur Pathos sein, muss Art. 6 EMRK verhindern, dass der Angeklagte in seinem Strafverfahren mit praktisch überzogenen Anforderungen allein gelassen werden kann. Vor allem muss hierfür der weitere Aufbau von Darlegungs- und Mitwirkungsobliegenheiten gestoppt und zurückgefahren werden. Sollte die heilige Kuh der Zurechnung von Verteidigerversäumnissen in diesem Sinne geschlachtet werden, wäre das aus meiner Sicht ein – ganz ausnahmsweise – »berechtigtes Blutvergießen«.

¹⁰⁶ Vgl. zum KG Zürich näher *Graf*, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren (2000), passim und S. 228 ff.; siehe allgemein zur weitherzigeren Rechtsprechung in der Schweiz BGer Pra 91 (2002) Nr. 82, S. 465 ff.; BGer 1P.421/2001 v. 21.3.2001; *Gaede* (Fn. 5), S. 866 ff.

¹⁰⁷ EGMR, ZE Tuncer u.a. v. TÜ, 13.3.2003, § 2.

ANDRÉ GRAUMANN

Die Absprache über die Nichtverfolgung einer Tat gemäß § 154 StPO

Anmerkung zu BGHSt 52, 165 (= HRRS 2008 Nr. 459)*

I. Einleitung

In seinem Beschluss vom 3. März 2005 zu Urteilsabsprache und Rechtsmittelverzicht hat der Große Senat für Strafsachen den Gesetzgeber in ungewöhnlich eindringlicher Weise zum Handeln aufgefordert: Die Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, Urteilsabsprachen im Wege der systemimmanenten Korrektur von Fehlentscheidungen zu strukturieren oder unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch in das gegenwärtige System einzupassen, könnten nur unvollkommen gelingen.¹ Die Rechtsprechung stoße stets von neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung.

An diese Grenzen gelangt auch der 3. Strafsenat des BGH in dem hier zu besprechenden Urteil vom 12. März 2008, das eine von Gericht und Staatsanwaltschaft nicht eingehaltene Absprache zum Gegenstand hat und damit wieder einmal die Frage aufwirft, welche Rechte ein Angeklagter aus einer Verständigung mit den Strafverfolgungsorganen herleiten kann. Da zur Lösung dieses Problems gesetzlich nicht vorgesehene Rechtsfolgen aus einem gesetzlich nicht vorgesehenen Verhalten der Prozessbeteiligten abzuleiten

* Urteil vom 12. März 2008, Az.: 3 StR 433/07 = StV 2008, 281 = NStZ 2008, 416 = wistra 2008, 270 = NJW 2008, 1752.

¹ BGHSt – Großer Senat – 50, 40, 63f. (= HRRS 2005 Nr. 310).

sind, verwundert es kaum, dass sich die Antwort nicht passgenau in das geltende Recht einfügen lässt. Auf der anderen Seite ist die Rechtsprechung aber – wenn sie denn Absprachen für zulässig erklärt und deshalb praktiziert – gezwungen, der Absprache gewisse rechtliche Wirkungen selbst dann zuzuschreiben, wenn dies zu Konflikten mit dem geschriebenen Recht führt. Der BGH erkennt seit langem an, dass der Angeklagte von Verfassungs wegen in seinem Vertrauen darauf zu schützen ist, das Gericht und Staatsanwaltschaft nicht von ihren früheren Erklärungen abweichen werden. Der BGH leitet dies aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens ab, der wiederum im Rechtsstaatsprinzip und dem allgemeinen Freiheitsrecht zu verankern ist, Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG.²

Die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, einen ausreichenden Vertrauensschutz des Angeklagten trotz der Schwierigkeiten, diesen stets mit dem geltenden – einfachen – Recht in Einklang zu bringen, zu entwickeln, wird wohl auch noch einige Zeit bestehen bleiben. Dem Appell des Großen Senats für Strafsachen an den Gesetzgeber ist zwar eine Bundesratsinitiative von Niedersachsen gefolgt. Mit Bundesratsbeschluss vom 31.01.2007 ist dann die Vorlage eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren beim Bundestag eingebracht worden.³ Seitdem ist aber offenbar nicht mehr viel passiert. Die angekündigte Gesetzesvorlage der Bundesregierung, die auf einem modifizierten Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums beruhen soll, ist bislang nicht veröffentlicht worden.⁴ Dem

² Vgl. BGHSt 43, 195, 210; 49, 84, 87; NStZ 2004, 342, 343; StV 2004, 471, 472 (= HRRS 2004 Nr. 683); vgl. auch schon BGHSt 36, 210, 216. Vgl. zu einer alternativen Vertrauensschutzkonzeption *Graumann*, Vertrauensschutz und strafprozessuale Absprachen (2006).

³ BT-Drs. 16/4197.

⁴ Der Referentenentwurf findet sich auf www.bundesjustizministerium.de unter Themen/Rechtspflege/Strafverfahren; zu den beabsichtigten Änderungen vgl. eine Rede der Bundesjustizministerin, die unter Service/Pressestelle/Reden abzurufen ist.

Vernehmen nach blockieren sich verschiedene Gesetzesvorhaben der Großen Koalition auch im strafprozessualen Bereich gegenseitig, so dass mit einer gesetzlichen Grundlage für die Absprachen im Strafverfahren bis zur Bundestagswahl im September 2009 wohl kaum gerechnet werden kann.

Vor dem Hintergrund der deutlichen Worte des Großen Senats für Strafsachen und der wesentlichen Bedeutung der Absprachen für das künftige Strafverfahren – und damit für die Verwirklichung der Grundrechte des Angeklagten auf der einen und das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Effektivität eines Rechtsgüterschutzes durch Strafverfahren auf der anderen Seite – erscheint diese politisch bedingte Untätigkeit zwar bedenklich. Allerdings bestünde im Falle einer Normierung der Absprachen auch die Gefahr, dass etwa mit Blick auf die gescheiterte Absprache und die damit verbundenen Rechte des Angeklagten Regelungen in Gesetzeskraft erwachsen, die den verfassungsrechtlichen Erfordernissen eines Vertrauensschutzes nicht gerecht werden. Die bisherigen Gesetzesvorschläge geben durchaus Anlass zu dieser Sorge.⁵

Ein positiver Aspekt einer gesetzlichen Regelung der Absprachen im Strafverfahren sollte demgegenüber in jedem Fall darin bestehen, dass dadurch künftig Entscheidungen wie jene unterbunden werden, über die der 3. Strafsenat des BGH in seinem Urteil vom 12. März 2008 zu befinden hatte. Der Senat hat zu Recht deutliche Worte zu den Vorkommnissen in der Vorinstanz gefunden. Durchaus treffend wäre auch eine Bewertung gewesen, die der 1. Strafsenat jüngst zu einer Verständigung abgegeben hat: »Dieses Vorgehen lief auf eine erhebliche Rechtsverletzung hinaus«. ⁶ Es ist kaum vorstellbar, dass sich die Vorgänge, die sogleich zu schildern sein werden, noch wiederholen, wenn die Verständigung endgültig nicht mehr einer in-

⁵ Dazu ausführlich *Graumann* HRRS 2008, 122ff.

⁶ BGH HRRS 2008 Nr. 737 zu einer Absprache, die auch die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung zum Gegenstand hatte.

formellen Grauzone zuzurechnen ist. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der gesetzlichen Regelung dann auch ein abschließender Charakter zukommt und nicht etwa die Möglichkeit eröffnet wird, künftig zwischen den normierten, rechtsverbindlichen Absprachen und sonstigen informellen Gesprächen zu differenzieren, wie sich dies auch schon in einigen Entscheidungen angedeutet hat.⁷ Die Erfahrung mit den – in vielen Fällen aus Sicht aller am Verfahren Beteiligten sinnvollen – Absprachen, insbesondere aber mit ihren rechtlich bedenklichen Auswüchsen, hat gezeigt, dass in einem derart grundrechtssensiblen Bereich wie dem Strafverfahren auch die Kommunikation als Grundlage einer Verständigung streng formalen Regeln unterworfen werden muss. Vorgänge, die für die Durchführung und den Abschluss des Verfahrens von höchster Bedeutung sind, können nicht allein von der sozialen Kompetenz und dem guten Willen der Verfahrensbeteiligten abhängig gemacht werden. Vielmehr darf auch ein solches Vorgehen nur in rechtlich gelenkten und damit auch für die Öffentlichkeit transparenten Bahnen erfolgen. Eine gesetzliche Regelung sollte daher unbedingt sicherstellen – durchaus auch über ein ausdrückliches Verbot von Verständigungsgesprächen, die außerhalb der Hauptverhandlung oder eines dieser vorangehenden formal geregelten Termins stattfinden –, dass künftig nicht verbindliche Absprachen erster und solche zweiter Klasse entstehen, die dem Bedürfnis eines oder mehrerer Verfahrensbeteiligten entsprechen, sich jenseits der normierten Verständigung »doch einfach mal ganz ohne Zwang zu unterhalten«. Nur dann kann wohl ausgeschlossen werden, dass sich ein Strafverfolgungsorgan Derartiges leistet, wie im Urteil des 3. Strafsenats das Landgericht und die Staatsanwaltschaft.

Der Senat hatte sich mit einer gescheiterten Absprache zu befassen, in deren Rahmen die Verfahrensbeteiligten sich über die Strafhöhe und die Ein-

⁷ Vgl. BGH NStZ 2005, 395f. (= HRRS 2005 Nr. 298); NStZ 2006, 464, 465 (= HRRS 2006 Nr. 349); NStZ 2007, 355 (= HRRS 2007 Nr. 365); StV 2007, 618 (= HRRS 2007 Nr. 999).

stellung weiterer Verfahren verständigten. Es handelt sich also um eine Kombination aus der so genannten Urteilsabsprache – Zusage einer bestimmten Strafobergrenze für den Fall eines Geständnisses – und einer Verständigung über die Nichtverfolgung weiterer Taten gemäß § 154 StPO, die in schlagwortartiger Abgrenzung zur Urteilsabsprache als Verfahrenseinstellungs- oder Nichtverfolgungsabsprache bezeichnet werden könnte. In der Literatur wird insofern auch der Begriff der Prozessumfangsabsprache verwendet.⁸

Im Mittelpunkt der grundlegenden Entscheidungen des BGH zu den Absprachen im Strafprozess stand bislang die Urteilsabsprache.⁹ Insbesondere gilt dies für die – eine entscheidende Wende in der Rechtsprechung des BGH einleitende – Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats in BGHSt 43, 195, in der erstmals systematisch benannt wurde, welches die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer solchen Verständigung sind, welche Rechtsfolgen sie auslöst (was der Angeklagte also aus der Absprache herleiten kann) und unter welchen Umständen das Gericht von der Absprache abweichen kann.¹⁰ Die auf dieser Grundlage entstandene und fortentwickelte Rechtsprechung des BGH ist auf die Urteilsabsprache zugeschnitten.

Die einzige Entscheidung, die sich ausschließlich mit einer Verfahrenseinstellungsabsprache befasst, stammt noch aus der Zeit des Beginns der Absprachendiskussion, lange bevor der 4. Strafsenat mit der Annahme einer Bindungswirkung der Verständigung eine grundlegende Änderung der Rechtsprechung des BGH einläutete und damit wesentliche Aspekte der

⁸ Vgl. etwa *Küpper/Bode* Jura 1999, 351, 352; *Bömeke*, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren (2001), S. 67.

⁹ Auch die Gesetzentwürfe sehen keine ausdrückliche Regelung der Nichtverfolgungsabsprache vor. Die Gesetzesvorlage des Bundesrats lässt die Vorschriften der §§ 154, 154a StPO »unberührt« (§ 243a Abs. 2 S. 3 StPO-neu), während der Referentenentwurf diese Verständigungsform gar nicht gesondert erwähnt.

¹⁰ Vgl. BGHSt 43, 195, 202ff. und die »Hervorhebung und Präzisierung« dieser Grundsätze in BGHSt – Großer Senat – 50, 40, 48ff.

vorherigen BGH-Rechtsprechung hinfällig wurden.¹¹ Diese frühe Entscheidung des 3. Strafsenats zur Verfahrenseinstellungsabsprache in BGHSt 37, 10 zitiert der Senat vorliegend mit der Bemerkung, daran sei »jedenfalls für die hier gegebene besondere Fallkonstellation festzuhalten«.¹² Es dürfte sich demnach um eine Einzelfallentscheidung handeln, mit der ein offenkundig unbilliges Ergebnis korrigiert wird, nicht aber abschließende Grundsätze für die Verständigung über die Nichtverfolgung einer Tat gemäß § 154 StPO aufgestellt werden.

Im Mittelpunkt dieser Anmerkung soll deshalb die Überlegung stehen, wie die Grundsätze der Rechtsprechung des BGH zu den Urteilsabsprachen – und dabei insbesondere zu den aus der Verständigung resultierenden, durchsetzbaren Rechten des Angeklagten – konsequent für die Absprache bezüglich § 154 StPO fortzuschreiben sind und ob dies in den Fällen des Scheiterns solcher Absprachen regelmäßig für eine andere als die von dem 3. Strafsenat in diesem Einzelfall gewählte Lösung spricht.

II. Die Entscheidung des 3. Strafsenats

Dem Urteil des 3. Strafsenats vom 12. März 2008 liegt folgender Sachverhalt zugrunde¹³:

Nachdem alle Verfahrensbeteiligten entsprechende Gespräche geführt hatten, gaben der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft, die Angeklagten und deren Verteidiger zu Protokoll, sie seien – eine Anregung des Gerichts aufgreifend – »bereit, für den Fall eines Geständnisses folgende Strafen zu

¹¹ Zwei weitere Entscheidungen, die auch Absprachen über die Anwendung von § 154 StPO betreffen, haben besondere Konstellationen (Missverständnis über die Reichweite der Verständigung, unzulässige Vereinbarung) zum Gegenstand, vgl. BGHSt 42, 191; 45, 227.

¹² BGHSt 52, 165, Rn. 17f.

¹³ BGHSt 52, 165, Rn. 3.

akzeptieren«. Dabei wurde hinsichtlich des Angeklagten A für die Beteiligung an zwei bewaffneten Raubüberfällen (Taten 1 und 2) eine Jugendstrafe von zwei Jahren genannt, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt werden sollte. Der Staatsanwalt erklärte weiterhin, er werde in den anhängigen Ermittlungsverfahren gegen die Angeklagten wegen verschiedener Raubüberfälle eine endgültige Einstellung nach § 154 Abs. 1 StPO veranlassen und in den weiteren bei der Jugendkammer bereits angeklagten Verfahren eine Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO beantragen. Im Anschluss gaben die Angeklagten über ihre Verteidiger geständige Einlassungen ab.

In der Folgezeit teilten dann die Verteidiger des Angeklagten A mit, dass ihr Mandant nicht mehr bereit sei, eine Jugendstrafe ohne Strafaussetzung zur Bewährung zu akzeptieren. Daraufhin erklärte der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft sich seinerseits nicht mehr an die Absprache gebunden zu fühlen, wenn der Angeklagte keinen Rechtsmittelverzicht erklären wolle. Er werde daher in dem weiteren bei der Kammer anhängigen Verfahren gegen A (Tat 3) keinen Antrag nach § 154 Abs. 2 StPO stellen. Die Jugendkammer wies A darauf hin, dass sie nicht mehr an die Verständigung gebunden sei und verband die weitere Sache mit dem laufenden Verfahren. Zu dem Vorwurf des dritten Raubüberfalls ließ sich A nicht mehr ein. Er wurde schließlich wegen der Taten 1 bis 3 zu einer Jugendstrafe von drei Jahren verurteilt.

Der 3. Strafsenat sieht zunächst erhebliche Anhaltspunkte dafür, dass das Landgericht einen Rechtsmittelverzicht von vornherein zum Gegenstand der Absprache gemacht hat.¹⁴ Der Senat lässt das zwar letztlich offen, anders kann aber schon die Formulierung der Verständigung, die Strafobergrenze werde »akzeptiert«, nicht zu verstehen sein. Es dürfte sich um einen ziemlich dreisten, immerhin ordnungsgemäß protokollierten Versuch des

¹⁴ BGHSt 52, 165, Rn. 8 – 10.

Gerichts gehandelt haben, die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verbot der Einbeziehung des Rechtsmittelverzichts zu umgehen – was durch die Reaktion von Gericht und Staatsanwaltschaft nach der späteren Ankündigung des Angeklagten, ein solches Urteil doch nicht »akzeptieren« zu können, nur allzu deutlich wird.

Der 3. Strafsenat führt aus, dass die rechtswidrige Einbeziehung eines Rechtsmittelverzichts die Wirksamkeit der Verständigung im Übrigen nicht berührt. Der Absprache fehle nicht insgesamt die Verbindlichkeit mit der Folge, dass der Angeklagte keinen Anspruch auf Einhaltung der ihm erteilten Zusage gehabt habe.¹⁵ Der Angeklagte habe mit seinem Geständnis zudem seinen Teil der Verständigung erfüllt. Es habe auch kein Umstand vorgelegen, der ein Abweichen des Gerichts und der Staatsanwaltschaft von den eigenen Zusagen gerechtfertigt hätte.¹⁶ Wenn ein Rechtsmittelverzicht nicht zum Gegenstand einer Verständigung gemacht werden dürfe, könne eine Erklärung des Angeklagten, gegebenenfalls Rechtsmittel einlegen zu wollen, die Bindungswirkung der Absprache auch nicht beseitigen. Letzteres stellt eine zwingende Schlussfolgerung dar, so dass dem Gericht und dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft bewusst gewesen sein muss, sich zu den Maßstäben der höchstrichterlichen Rechtsprechung deutlich in Widerspruch zu setzen.

Der BGH bejaht deshalb eine Verpflichtung des Gerichts, die zugesagte Strafobergrenze zu beachten und den Angeklagten weitestgehend von den Folgen freizustellen, die sich daraus ergeben, dass die Staatsanwaltschaft sich unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens weigerte, einen Antrag nach § 154 Abs. 2 StPO zu stellen.¹⁷ Dies führe hinsichtlich der Tat 3 allerdings nicht zu einem Verfahrenshindernis, da aufgrund der »hier

¹⁵ BGHSt 52, 165, Rn. 6.

¹⁶ BGHSt 52, 165, Rn. 11ff.

¹⁷ BGHSt 52, 165, Rn. 16ff.

gegebenen Besonderheiten« die Zusage zur Obergrenze der Jugendstrafe auch bei Einbeziehung der Tat 3 eingehalten werden könne. Das Gericht sei bei der Anwendung von Jugendrecht nicht gehindert gewesen, auch für die drei abgeurteilten Taten auf eine – ohnehin maßgeblich nach erzieherischen Gesichtspunkten zu bemessende – Jugendstrafe von nicht mehr als zwei Jahren zu erkennen. Im Ergebnis ändert der 3. Strafsenat daher den Strafausspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO auf eine Jugendstrafe von zwei Jahren ab und verweist die Sache nur noch zur Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung zurück.

III. Die Voraussetzungen einer wirksamen Zusage bzgl. § 154 StPO

Die vom BGH benannten Kriterien für eine wirksame Zusage, die aus Gründen des Vertrauensschutzes Rechte des Angeklagten auslöst, sind auf die Urteilsabsprache zugeschnitten:

Das Gericht darf für den Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze zusagen, wenn diese materiell-rechtlich vertretbar ist, also insbesondere nicht »den Boden schuldangemessenen Strafens« verlässt.¹⁸ Die gerichtliche Zusage muss zudem in der Hauptverhandlung »unter Einbeziehung aller Beteiligten«¹⁹ protokolliert werden.²⁰

Hinsichtlich einer Absprache über die Anwendung des § 154 StPO hat der BGH schon früh die grundlegende Voraussetzung benannt: Es dürfen »keine Bedenken gegen die Anwendung bestehen«.²¹ Es müssen also die Voraus-

¹⁸ BGHSt 43, 195, 206ff.; BGHSt – Großer Senat – 50, 40, 48ff.

¹⁹ BGHSt 43, 195, 210; 49, 84, 88.

²⁰ BGHSt 49, 381 (= HRRS 2005 Nr. 113); HRRS 2007 Nr. 365; HRRS 2007 Nr. 587.

²¹ BGH bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1987, 217.

setzungen einer Einstellung nach dieser Norm gegeben sein, wobei insbesondere § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO in Betracht kommen dürfte. Die Staatsanwaltschaft und gegebenenfalls das Gericht müssen bei pflichtgemäßer Beurteilung davon ausgehen, dass die zu erwartende Strafe neben der Verurteilung wegen einer anderen Bezugstat nicht beträchtlich ins Gewicht fällt, um die Nichtverfolgung der Tat zusagen zu dürfen.

Mit Blick auf die formellen Voraussetzungen einer solchen Verständigung könnte die Entscheidung des 3. Strafsenats dahingehend zu verstehen sein, dass bei einer Absprache bezüglich § 154 Abs. 2 StPO die Kriterien der Urteilsabsprache einzuhalten sind²², während bei der Zusage einer Einstellung gemäß § 154 Abs. 1 StPO eine Protokollierung in öffentlicher Hauptverhandlung in dem betreffenden Verfahren natürlich nicht in Betracht kommt.

Das Urteil des 3. Strafsenats enthält zudem noch eine Aussage zu der Wirksamkeit von Verfahrensabsprachen bei teilweiser Rechtswidrigkeit der Absprache²³: Nur wenn die Grenzen einer zulässigen Verständigung in einer Weise überschritten werden, dass den getroffenen Absprachen insgesamt die Verbindlichkeit fehlt, habe der Angeklagte keinen Anspruch auf Einhaltung der ihm erteilten Zusagen. Die unzulässige Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts berühre die Wirksamkeit der Absprache im Übrigen nicht.

Nicht jeder Verstoß gegen die auf BGHSt 43, 195 beruhende »Verfahrensordnung« des BGH für Absprachen führt also dazu, dass der Angeklagte kein Recht auf eine Umsetzung des – zulässigen – Verständigungsinhalts hätte. Dies steht im Einklang mit einer Entscheidung des 5. Strafsenats, in der dieser eine Teil-Bindung des Gerichts an eine Absprache angenommen

²² Vgl. BGHSt 52, 165, Rn. 7.

²³ BGHSt 52, 165, Rn. 6 und 10.

hat, in die eine unzulässige Gesamtstrafenbildung einbezogen worden war.²⁴

Vor dem Hintergrund, dass der BGH die rechtliche Verbindlichkeit von Absprachen auf den Grundsatz des fairen Verfahrens und den Schutz des Vertrauens des Angeklagten stützt, ist dies nur konsequent. Die Fairnesswidrigkeit der Nichteinhaltung einer Absprache entfällt ebenso wenig wie die Schutzwürdigkeit des Angeklagten dadurch, dass Gericht und/oder Staatsanwaltschaft zusätzlich bereits bei der Verständigung rechtliche Grenzen überschritten haben. Ungeklärt ist allerdings, warum einige Verfahrensverstöße die Wirksamkeit der Absprache nicht beeinträchtigen und bei anderen Verstößen dem Angeklagten ein Schutz unter Verweis auf die Unzulässigkeit der Absprache versagt wird. Die Situation stellt sich im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit des Vertrauens des Angeklagten nämlich nicht unterschiedlich dar, weil die Einhaltung der rechtlichen Grenzen stets den Strafverfolgungsorganen obliegt und dem Angeklagten eine etwaige Kenntnis seines Verteidigers von der Rechtswidrigkeit eines Vorgehens nicht zugerechnet werden kann. Dies berücksichtigt die Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlich erforderlichen Vertrauensschutz des Angeklagten nicht hinreichend.²⁵

²⁴ BGH StV 2004, 471.

²⁵ Vgl. dazu *Graumann* HRRS 2008, 122, 131.

IV. Die Rechtsfolgen einer (nicht eingehaltenen) Verständigung über die Nichtverfolgung einer Tat gemäß § 154 StPO

1. Die rechtliche Durchsetzbarkeit der Bindungswirkung: Unterschiedliche Behandlung von Urteils- und Nichtverfolgungsabsprache?

Hinsichtlich der Urteilsabsprache ist die Linie der Rechtsprechung seit BGHSt 43, 195 klar: Grundsätzlich ist das Gericht an seine Zusage, bei Ablegung eines Geständnisses eine bestimmte Strafobergrenze nicht zu überschreiten, gebunden. Zu den Grundsätzen des fairen Verfahrens zähle, dass sich das Gericht nicht in Widerspruch zu eigenen früheren Erklärungen setzen darf, auf die ein Verfahrensbeteiligter vertraut hat.²⁶ Die von dem Gericht geschaffene Vertrauenslage verbiete ihm, von seiner früheren Erklärung abzuweichen.

Überschreitet das Gericht ohne rechtfertigenden Grund die von ihm zugesagte Strafobergrenze, kann der Angeklagte dies als einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens mit der Revision rügen.²⁷ Die Folge zeigt der 3. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung auf²⁸: Das Revisionsgericht – und bei einer Zurückverweisung der neue Tatrichter – haben ebenfalls die Höchststrafenzusage zu beachten. Das Revisionsgericht vermag sogar selbst auf die angegebene Strafobergrenze zu erkennen, wenn es ausschließen kann, dass ein neuer Tatrichter zu einer niedrigeren Strafe gelangen könnte.

Bei der Nichtverfolgungs- oder Prozessumfangsabsprache darf hingegen noch als ungeklärt angesehen werden, was der Angeklagten eigentlich aus

²⁶ BGHSt 43, 195, 210.

²⁷ BGHSt 45, 227, 228; StV 2004, 471f.

²⁸ BGHSt 52, 165, Rn. 21f.

einer Zusage, die sich auf die Anwendung von § 154 StPO bezieht, rechtlich herleiten kann.

In seiner bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 1990 hat der 3. Strafsenat ausgeführt, die »Zusage« der Staatsanwaltschaft, eine bestimmte Tat nicht zu verfolgen, wenn der Beschuldigte in einer anderen Sache unter Hinnahme einer empfindlichen Strafe ein Rechtsmittel zurücknimmt, begründe kein Verfahrenshindernis.²⁹ Werde die Tat unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens dennoch angeklagt, stelle dies aufgrund des geschaffenen Vertrauenstatbestandes aber einen wesentlichen Strafmilderungsgrund dar.

Es fragt sich, ob angesichts der »Verfahrensordnung« des BGH für Absprachen, deren Grundlage in BGHSt 43, 195 geschaffen wurde, künftig an dieser früheren Rechtsprechung festgehalten werden kann. Auch der 3. Strafsenat dürfte sich diese Frage gestellt haben, wenn er das Festhalten an BGHSt 37, 10 mehrfach durch den Hinweis auf besondere Einzelfallumstände relativiert.³⁰

Man muss sich nur vor Augen halten, wie sehr sich die Bewertung der Urteilsabsprache durch den BGH gewandelt hat: Bis 1997 waren für die Rechtsprechung zwei frühe Entscheidungen des 2. Strafsenats maßgeblich, wonach eine gerichtliche Angabe zum Strafmaß für den Fall eines Geständnisses keine Bindung des Gerichts bewirken konnte.³¹ Auch ein daraufhin abgelegtes Geständnis sei ohne Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verwertbar. Jedoch gebiete der von dem Gericht geschaffene Vertrauenstatbestand einen Hinweis an den Angeklagten, wenn das Gericht die angegebene Strafhöhe überschreiten wolle.

²⁹ BGHSt 37, 10, 13f.

³⁰ BGHSt 52, 165, Rn. 17, 18, 20.

³¹ BGHSt 36, 210; 38, 102.

Ein schwacher Trost für den Angeklagten, wenn er im Vertrauen auf das in Aussicht gestellte Strafmaß bereits ein Geständnis abgelegt hat. Es ist daher zu begrüßen, dass der 4. Strafsenat in deutlicher Abkehr von dieser früheren BGH-Rechtsprechung mit der Entscheidung BGHSt 43, 195 den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes ernst genommen und die Position des Angeklagten in dieser Situation durch die Annahme einer Bindungswirkung wesentlich gestärkt hat.

Dieser Rechtsprechung haben sich inzwischen sämtliche Senate angeschlossen. Der Große Senat für Strafsachen hat sie zur Grundlage seines Beschlusses vom 3. März 2005 gemacht und nur bei den Möglichkeiten des Gerichts, von der Absprache abzuweichen, leicht modifiziert. Das hier zu besprechende Urteil des 3. Strafsenats bietet nun zum ersten Mal die Gelegenheit, diese Rechtsprechung auch auf die Absprache über die Anwendung von § 154 StPO zu erstrecken. Es kann nicht unbesehen auf eine Judikatur zurückgegriffen werden, der die Vorstellung einer Bindungswirkung strafprozessualer Verständigungen völlig fremd war und die den Begriff der Zusage deshalb nur in Anführungszeichen verwendete.

Hinsichtlich der Urteilsabsprache geht der BGH seit dem Grundsatzurteil des 4. Strafsenats im Jahre 1997 also davon aus, dass es dem Gericht verboten ist, von seiner früheren Erklärung abzuweichen. Die Einhaltung der bindenden Zusage kann der Angeklagte mit der Revision geltend machen. Der 3. Strafsenat sieht vorliegend eine solche Bindung auch für die Zusage des Gerichts, das Verfahren zur Tat 3 nach einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft einzustellen.³² Darüber hinaus geht der Senat davon aus, dass auch die Staatsanwaltschaft selbst grundsätzlich ebenfalls an ihre Zusage – weitere Ermittlungsverfahren einzustellen bzw. entsprechende Anträge zu stellen – gebunden ist.³³ Die Staatsanwaltschaft habe sich in

³² BGHSt 52, 165, Rn. 11.

³³ BGHSt 52, 165, Rn. 13f. und 17.

nicht zu rechtfertigender Weise von ihren Zusagen gelöst und dadurch das berechnete Vertrauen des Angeklagten verletzt. Sie habe die Zusage unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nicht eingehalten.

Wenn das Abweichen der Staatsanwaltschaft von ihrer Zusage als Fairnessverstoß eingestuft wird, dann macht dies bereits deutlich, dass der Angeklagte nach Auffassung des Senats – wie bei der Strafmaßabsprache – einen rechtsverbindlichen Anspruch auf die Umsetzung der Verständigung hat. An anderer Stelle spricht der Senat von einem Anspruch des Angeklagten auf Einhaltung der ihm erteilten Zusagen.³⁴

Nun leitet der 3. Strafsenat daraus – jedenfalls in dem von ihm entschiedenen Einzelfall – anders als bei der Urteilsabsprache aber kein Recht des Angeklagten ab, die Einhaltung der Verständigung einzuklagen. Dann hätte vorliegend wegen der Tat 3 keine Verurteilung erfolgen dürfen, da der Angeklagte nur dann so gestellt worden wäre, wie es nach der Absprache der Fall sein sollte. Statt dessen verweist der Senat auf die im früheren Fall entwickelte Strafzumessungslösung und kommt zu dem Ergebnis, der Fairnessverstoß sei ausgeglichen, wenn der Angeklagte trotz der zusätzlichen Verurteilung wegen der Tat, die von der Prozessumfangsabsprache erfasst war, insgesamt die zugesagte Strafe erhält.³⁵

Da der BGH die Schutzbedürftigkeit des Angeklagten bei beiden Abspracheformen auf den Grundsatz des fairen Verfahrens und das enttäuschte Vertrauen stützt, erscheint es begründungsbedürftig, warum der Angeklagte nur im Fall der Urteilsabsprache die Einhaltung der Zusage rechtlich durchsetzen können soll, obwohl die Strafverfolgungsorgane aus Fairnessgründen grundsätzlich auch an eine Vereinbarung über die Anwendung von § 154 StPO gebunden sind.

³⁴ BGHSt 52, 165, Rn. 6.

³⁵ BGHSt 52, 165, Rn. 16ff.

2. Grundsätzlich kein Verfahrenshindernis als Folge des Fairnessverstoßes?

Das entscheidende Argument des 3. Strafsenats für eine abweichende Lösung ist wie schon in der im Urteil zitierten Entscheidung BGHSt 37, 10 der Verweis darauf, dass eine Verletzung des fair-trial-Prinzips in aller Regel kein Verfahrenshindernis nach sich zieht.³⁶ Ein Fairnessverstoß könne ein Verfahrenshindernis nur dann begründen, wenn keine Möglichkeit bestehe, diesen Verstoß durch strafprozessuale Maßnahmen und/oder die Ausschöpfung materiellrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten auf der Rechtsfolgenrechte so weit auszugleichen, dass sich das Verfahren insgesamt noch als fair erweist. Jedenfalls für die hier gegebene besondere Fallkonstellation sei daran festzuhalten, dass die nicht eingehaltene Zusage der Staatsanwaltschaft lediglich einen wesentlichen Strafmilderungsgrund begründe.

Für eine solche Argumentation lässt sich deren Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu anderen Verletzungen des Fairnessgrundsatzes anführen. So haben etwa eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung oder die staatliche Provokation der Tat durch Lockspitzel bislang nach ständiger Rechtsprechung in der Regel kein Verfahrenshindernis zur Folge.³⁷ Die Verletzung des fair-trial-Prinzips findet vielmehr auf der Strafzumessungs- oder Strafvollstreckungsebene oder bei der Frage nach einem Beweisverwertungsverbot Berücksichtigung.

Dies hat gute Gründe für sich: Rechtsverletzungen der Strafverfolgungsorgane führen im deutschen Strafverfahren nicht – etwa aus Disziplinierungserwägungen – zu einem Abbruch des Verfahrens. Die Rechtsfolge einer Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens hat sich vielmehr an dessen

³⁶ BGHSt 52, 165, Rn. 17f.

³⁷ Vgl. nur BGHSt 45, 321; 46, 159. Vgl. aber zur Notwendigkeit, die Strafzumessungslösung des BGH bei der unzulässigen Tatprovokation auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des EGMR zugunsten eines Verfahrenshindernisses aufzugeben *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279, 285f.

Schutzzweck zu orientieren. Dieser besteht in der Einhaltung rechtsstaatlicher Garantien und der korrespondierenden – verfassungsrechtlichen – subjektiven Rechte des Beschuldigten. Auf eine Verletzung des Fairnessprinzips ist daher prozess- oder materiell-rechtlich so zu reagieren, dass der Verstoß geheilt und das subjektive Recht des Beschuldigten gewahrt wird. Konsequenz hält die Rechtsprechung ein Verfahrenshindernis in diesen Fällen daher – nur – dann für möglich, wenn es keine Ausgleichsmöglichkeit gibt, durch die die Fairnesswidrigkeit des Gesamtverfahrens beseitigt werden kann. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, dass sich Rechtsverletzungen im Strafverfahren auch innerhalb dieses Verfahrens heilen lassen und der Beschuldigte deshalb nicht dessen folgenlose Beendigung verlangen kann.

Nun weist aber die rechtswidrig nicht eingehaltene Absprache über die Nichtverfolgung einer Tat gemäß § 154 StPO nach dem Wandel der BGH-Rechtsprechung im Jahre 1997 eine entscheidende Besonderheit auf, die sie von anderen fair-trial-Verletzungen abhebt: Der Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens besteht hier nicht lediglich in einer fehlerhaften Verfahrenshandlung, die im Verfahren korrigiert werden kann – vielmehr stellt die Fortführung des Verfahrens als solche, und damit das Verfahren selbst, den Fairnessverstoß dar.³⁸ Dies bringt der 3. Strafsenat deutlich zum Ausdruck, wenn er davon spricht, dass die Staatsanwaltschaft ihre Zusage unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nicht eingehalten habe und das Gericht aus Gründen der Fairness im Falle einer Antragstel-

³⁸ Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass auch andere Fairnessverstöße eine nicht mehr zu heilende Rechtswidrigkeit des Gesamtverfahrens begründen können, vgl. zur entsprechenden Argumentation bei der unzulässigen Tatprovokation *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114, 116f.; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 175ff.; *Gaede/Buermeyer* HRRS 2008, 279, 285f. Eine Besonderheit besteht vorliegend aber darüber hinaus darin, dass auch der BGH gerade die Tatsache, dass überhaupt ein Strafverfahren (weiter-)betrieben wird, als eine Verletzung des Fairnessgrundsatzes einstuft.

lung nach § 154 Abs. 2 StPO verpflichtet gewesen wäre, dem Antrag zu entsprechen.³⁹

Der Verfahrensfehler wird also hinsichtlich der Staatsanwaltschaft darin erblickt, dass trotz einer entsprechenden Zusage eine Antragstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO unterblieben ist. Wenn aber die Verletzung des fair-trial-Grundsatzes gerade darin besteht, dass ein Strafverfolgungsorgan es unterlassen hat, eine Beendigung des Verfahrens hinsichtlich einer bestimmten Tat herbeizuführen, dann ist es das nicht beendete und daher fortgeführte Strafverfahren selbst, das den Angeklagten in seinem Recht auf ein faires Verfahren verletzt.

Mit anderen Worten: Verfahrensfairness kann nicht mehr *in* dem Verfahren gewährleistet werden, weil eben dessen absprachewidrige weitere Durchführung als solche einen fair-trial-Verstoß darstellt. Diese Rechtsverletzung setzt sich dann fort bis hin zu der ungerechtfertigt absprachewidrigen Verurteilung wegen der Tat, deren Nichtverfolgung zugesagt worden war und von den Strafverfolgungsorganen hätte herbeigeführt werden müssen.

Widerspricht aber die Verurteilung als solche dem Grundsatz des fairen Verfahrens, dann kann schon aus diesem Grunde auf der Strafzumessungsebene unter keinen Umständen eine vollständige Heilung erfolgen.⁴⁰ Darin unterscheidet sich diese Konstellation von anderen Verletzungen des Grundsatzes des fairen Verfahrens, bei denen nur eine bestimmte Modalität der Verfahrensführung – die Dauer, einzelne Beweiserhebungen etc. – fairnesswidrig ist und daher das Verfahren – von Extremfällen abgesehen – durch eine Korrektur oder einen Ausgleich wieder in faire Bahnen gelenkt werden kann.

³⁹ BGHSt 52, 165, Rn. 15 und 18.

⁴⁰ Zur fehlenden Eignung einer Strafmilderung als Mittel des Ausgleichs eines Verfahrensverstößes vgl. BGH NJW 2008, 1090, 1093; Gaede/Buermeyer HRRS 2008, 279, 285 m. w. N.

Gegen eine Umsetzung der nicht eingehaltenen Absprache über die Nichtverfolgung einer Tat kann schließlich auch nicht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung angeführt werden, das bei Annahme eines Verfahrenshindernisses nach dem Prinzip »Alles oder Nichts«⁴¹ ohne weitere Abwägung zurücktreten muss. Zwar weist auch dieses Interesse einen verfassungsrechtlichen Hintergrund auf und wird bei der folgenlosen Beendigung eines Strafverfahrens stärker berührt als durch jede andere Einschränkung der Strafverfolgung.

Eine Abwägung zwischen dem Interesse des Angeklagten an der Einhaltung der Zusage und dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse scheidet nach der BGH-Rechtsprechung aber von vornherein aus. Diese Abwägung hat nach dem Standpunkt des BGH nämlich schon zu einem früheren Zeitpunkt stattgefunden: Sie führt zu dem Ergebnis, dass der Grundsatz des fairen Verfahrens die Einhaltung von Absprachen durch Staatsanwaltschaft und Gericht gebietet und das öffentliche Interesse nur dann zu einer Abweichung von der Absprache führen kann, wenn einer der dafür benannten besonderen Umstände gegeben ist. In anderen Fällen kann der Bruch der Absprache eben gerade nicht mit dem Strafverfolgungsinteresse gerechtfertigt werden.

Wenn also der 3. Strafsenat vorliegend gerade die absprachewidrige Fortführung des Strafverfahrens als nicht gerechtfertigten Fairnessverstoß ansieht, dann gibt es kein schutzwürdiges öffentliches Interesse an eben dieser Strafverfolgung, welches überhaupt erst zu einer Interessenabwägung führen könnte.

⁴¹ Vgl. zu diesem Argument BGHSt 45, 321, 334.

3. Anspruch auf Einhaltung der Absprache in Form einer Einstellung entsprechend § 154 StPO

Der Verweis auf die sonstige Rechtsprechung zum Verfahrenshindernis als Folge eines Fairnessverstößes schlägt daher seit der Annahme einer fairnessbedingten Bindungswirkung der Absprachen durch den BGH nicht mehr durch.⁴² Genau genommen ist die Konstellation der nicht eingehaltenen Absprache bezüglich § 154 StPO aber auch gar nicht dem Problembereich »Verfahrensfairness und Verfahrenshindernis« zuzuordnen. Erstens entspricht es der BGH-Rechtsprechung zur Urteilsabsprache, dass die Missachtung der Bindungswirkung dazu führt, dass gerade der Inhalt der Zusage – in dem Fall die Strafobergrenze – im Wege der Revision durchgesetzt werden kann. Zweitens reicht das Recht des Angeklagten in Folge einer Verletzung des fair-trial-Grundsatzes nicht weiter als zur Heilung des Fairnessverstößes erforderlich.

Es ist daher nur konsequent, wenn der Beschuldigte bei einer Nichtverfolgungsabsprache deren Inhalt und damit eben eine Einstellung gemäß § 154 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO auch rechtlich durchzusetzen vermag. Der Annahme eines Verfahrenshindernisses und – im Falle einer Hauptverhandlung – einer Einstellung durch Urteil gemäß § 260 Abs. 3 StPO bedarf es insofern nicht unbedingt.

Problematisch erscheint natürlich, dass sich dies mit dem geschriebenen Recht nicht zwanglos vereinbaren lässt. Verweigert die Staatsanwaltschaft entgegen einer Zusage – so wie hier bezüglich der Tat 3 – die Stellung eines Antrages gemäß § 154 Abs. 2 StPO, so fehlt es »an einer gesetzlichen Vor-

⁴² In der Literatur wurde schon im Zusammenhang mit BGHSt 37, 10 zum Teil die Nichtverurteilung als die sachgerechte Rechtsfolge angesehen, vgl. *Scheffler* wistra 1990, 319, 321; *Gerlach*, Absprachen im Strafverfahren (1992), S. 194f.; *Steiner*, Das Fairneßprinzip im Strafprozeß (1995), S. 200; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. (1998), § 11 Rn. 15; für die Strafzumessungslösung dagegen *Weigend* JR 1991, 257, 258; *Beulke/Satzger* JuS 1997, 1072, 1080.

aussetzung für eine Verfahrenseinstellung nach dieser Vorschrift«. ⁴³ Der 3. Strafsenat führt weiter aus, das Gericht habe diesen Antrag auch nicht erzwingen können und sei schon deshalb an der von ihm selbst ebenfalls versprochenen Einstellung gehindert gewesen.

a) Fehlen einer gesetzlich vorgesehenen Reaktion bei nicht eingehaltenen Absprachen im prozessualen und materiellen Recht

Dass die StPO in diesen Fällen eine Einstellung durch das Gericht nicht vorsieht, ist zweifellos richtig. Auf der anderen Seite kommt dem Grundsatz des fairen Verfahrens aber verfassungsrechtlicher Rang zu, so dass eine verfassungskonforme Anwendung des einfachen Rechts bei fair-trial-Verstößen erforderlich sein kann.

Dies stellt sich für die Urteilsabsprache nicht anders dar, ohne dass der BGH die Vereinbarkeit einer Bindungswirkung mit dem einfachen Recht seit BGHSt 43, 195 je problematisiert hätte. Zwar hat sich der 4. Strafsenat in seinem Grundsatzurteil gegen die Zusage einer so genannten Punktstrafe und für die Zulässigkeit der Angabe einer Strafobergrenze entschieden. Dies hat er damit begründet, dass die richterliche Entscheidungsfindung gemäß §§ 260 Abs. 1, § 261 StPO nicht vorweggenommen werden dürfe, sondern der Urteilsberatung vorbehalten bleiben müsse. ⁴⁴ Auch verstoße die Selbstbindung des Gerichts an eine konkrete Strafe gegen § 46 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 StGB, weil das Gericht in der Urteilsberatung die Strafhöhe frei anhand der maßgeblichen Strafzumessungskriterien zu bemessen habe.

Man wird dies vor dem Hintergrund, dass der Senat für die Zulässigkeit der Angabe einer Strafobergrenze dann auf die eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten des geständigen Angeklagten hinweist, aber wohl eher als

⁴³ BGHSt 52, 165, Rn. 17.

⁴⁴ BGHSt 43, 195, 206ff.

eine fair-trial-bedingt verfassungskonforme Anwendung des einfachen Rechts verstehen müssen. Denn bislang ist noch nie begründet worden – und dies dürfte auch kaum gelingen –, dass die vom 4. Strafsenat entwickelte Bindung des Gerichts an eine Strafobergrenze mit den eben genannten Vorschriften vollständig zu vereinbaren sein soll. Wenn das Gericht eine Strafobergrenze zusagt, dann ist es nach der Rechtsprechung des BGH in der Urteilsberatung bei der Strafzumessung nach oben hin eingeschränkt. Der einzige Unterschied zur Zusage einer konkreten Strafhöhe ist damit, dass die Vorwegnahme der richterlichen Entscheidungsfindung und die Beschränkung bei der Strafzumessung nur in eine Richtung hin erfolgen.

Der Große Senat für Strafsachen hat daher völlig richtig ausgeführt, dass auch die verbindliche Zusage einer Strafobergrenze »mit § 261 StPO nur schwer in Einklang zu bringen ist«. ⁴⁵ Noch viel deutlicher wird dies mit Blick auf die Folge einer unzulässigen Nichteinhaltung der Absprache durch das Gericht: Nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht ist der neue Tatrichter nicht etwa aufgrund des Verschlechterungsverbots nur an die vom ersten Tatrichter verhängte Strafhöhe gebunden, sondern aus Fairnessgründen sogar an die unzulässig überschrittene Strafobergrenze! ⁴⁶ Diese Bindung an die Strafmaßerklärung eines anderen Gerichts, die in einem erheblichen Widerspruch zu dem tatrichterlichen Spielraum bei der Strafzumessung steht, lässt sich zweifellos nicht durch eine bloße Auslegung einfach-gesetzlicher Vorschriften herbeiführen.

Es zeigt sich daher, dass die Lösung des Problems der gescheiterten Absprache stets mit dem einfachen Recht kollidiert, weil dieses schon die Verständigung als solche schlicht nicht kennt und deshalb erst recht keine Rechte des Angeklagten bei der Nichteinhaltung der Zusage eines Strafverfolgungsorgans vorsieht. Die Rechtsprechung gerät zwangsläufig an die

⁴⁵ BGHSt – Großer Senat – 50, 40, 51.

⁴⁶ Vgl. BGH StV 2004, 471, 472; BGHSt 52, 165, Rn. 21.

eingangs erwähnten Grenzen, kann sich im Bereich des Vertrauensschutzes des Angeklagten aber immerhin auf höherrangige verfassungsrechtliche Grundsätze stützen.

Auch die in BGHSt 37, 10 gewählte Strafzumessungslösung findet ja im materiellen Strafzumessungsrecht keine Grundlage, sondern dient einzig und allein dem gesetzlich nicht vorgesehenen Ausgleich eines fair-trial-Verstoßes, der mit den für die Strafzumessung maßgeblichen Umständen in keinem Zusammenhang steht. Der 3. Strafsenat stellt denn vorliegend auch auf Besonderheiten des Falles ab, die nach seiner Auffassung eine Einhaltung der Höchststrafenzusage auch unter Einbeziehung der Tat 3 ermöglichen. Dabei führt er vor allem die Bedeutung der erzieherischen Gesichtspunkte für die Bemessung der Jugendstrafe an.⁴⁷ Im Erwachsenenstrafverfahren wäre eine Einhaltung der Strafobergrenze jedenfalls nur schwerlich mit den strafzumessungsrechtlichen Grundsätzen zu vereinbaren gewesen. Nach der BGH-Rechtsprechung wird die Strafe oftmals die – hier für die Taten 1 und 2 angegebene – Strafobergrenze erreichen müssen.⁴⁸ Dann verbleibt aber kein Spielraum mehr, um in eine Gesamtfreiheitsstrafe auch noch die Tat 3 einbeziehen zu können, deren Bedeutung im Sinne von § 154 StPO von geringerem Gewicht sein mag, aber nicht bei Null liegen wird.

Zu den vom Senat angeführten Besonderheiten zählte vorliegend auch, dass das an der Absprache beteiligte Gericht selbst über die Tat 3 zu befinden hatte und insofern eine Verfahrensverbindung vornehmen konnte. Diese Lösung stößt also spätestens bei dem Bruch der Zusage der Staatsanwaltschaft, die Einstellung eines Ermittlungsverfahrens gemäß § 154 Abs. 1 StPO vorzunehmen, an ihre Grenzen. Auch dies zählte vorliegend zum Inhalt der Verständigung, weil gegen A und seine Mitangeklagten noch weite-

⁴⁷ BGHSt 52, 165, Rn. 20.

⁴⁸ BGHSt 43, 195, 208.

re Ermittlungsverfahren anhängig waren. Der BGH ist auf diese nicht verfahrensgegenständlichen Taten in der Entscheidung nicht mehr eingegangen. Die Erklärung der Staatsanwaltschaft, man fühle sich an die Absprache nicht mehr gebunden, lässt aber jedenfalls die Möglichkeit offen, dass auch diese Verfahren entgegen der Zusage fortgeführt wurden.

In diesem Fall kann das an der Absprache beteiligte Gericht nicht mehr dafür Sorge tragen, dass »die getroffenen Absprachen weitestmöglich eingehalten werden«. Über die Strafzumessung in dem neuen Verfahren wird der Angeklagte zudem nie so gestellt werden können, dass der Inhalt der Verständigung wenigstens hinsichtlich der Höhe der Strafe umgesetzt werden kann. Und dabei wird noch nicht einmal berücksichtigt, dass auch die absprachewidrige Verurteilung wegen einer weiteren Tat als solche eine Belastung darstellt, die auf der Strafzumessungsebene überhaupt nicht ausgeglichen werden kann.

b) Durchsetzung des Abspracheninhalts: Einstellung
entsprechend § 154 StPO

In konsequenter Fortführung der BGH-Rechtsprechung zur Urteilsabsprache muss der Angeklagte daher die Möglichkeit erhalten, den Inhalt einer Absprache über die Anwendung von § 154 StPO – und damit die Nichtverurteilung wegen dieser Tat – im Rechtsmittelwege durchzusetzen.

Im Bereich der Urteilsabsprache wird durch die Annahme einer rechtlich durchsetzbaren Bindungswirkung die Entscheidungsfreiheit des Gerichts bei der Strafzumessung durch die Zusage der Strafobergrenze teilweise vorweggenommen. Die spätere Entscheidung selbst muss deshalb inhaltlich der Zusage entsprechen. Diese spätere Beschränkung durch die teilweise Vorwegnahme der Entscheidung gilt darüber hinaus – im Rechtsmittelverfahren und gegebenenfalls nach Zurückverweisung – sogar für andere Gerichte, die an der Absprache selbst nicht beteiligt waren.

Vorliegend folgt daraus zunächst für das Gericht, das eine Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO zugesagt hat, dass es sich damit in der Frage, ob die Voraussetzungen dieser Norm vorliegen, selbst gebunden hat. Es darf nur noch unter besonderen Umständen von der Zusage abweichen und muss grundsätzlich seiner Ankündigung entsprechend eine Einstellung im Beschlusswege gemäß § 154 Abs. 2 StPO aussprechen.⁴⁹

Hält das an der Absprache beteiligte Gericht seine Zusage ohne einen rechtfertigenden Grund nicht ein, so bleibt auch das Revisionsgericht an die Zusage gebunden. Ihm kommt hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 154 Abs. 2 StPO daher aus Gründen der Verfahrensfairness kein eigener Entscheidungsspielraum mehr zu – wobei unerheblich ist, ob man insofern von einem Ermessens- oder Beurteilungsspielraum ausgeht –, so dass das Verfahren in der Revisionsinstanz einzustellen ist.

Eine bei der Urteilsabsprache nicht mögliche Konstellation ist bei der Nichtverfolgungsabsprache dann gegeben, wenn – wie vorliegend – die Staatsanwaltschaft ihren Teil der Verständigung nicht umsetzt, so dass es zunächst einmal an einer gesetzlichen Voraussetzung für eine gerichtliche Einstellung fehlt. Auf der Grundlage einer verfassungskonformen Anwendung des § 154 StPO steht aber auch dies einer Einstellung nach dieser Norm nicht entgegen. Zwar ist die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ob sie gemäß § 154 Abs. 1 StPO von der Verfolgung einer Tat absieht bzw. ob sie einen Antrag gemäß § 154 Abs. 2 StPO stellt, gerichtlich nicht überprüfbar. Der Staatsanwaltschaft steht – je nachdem welcher Auffassung man insofern folgt – ein eigener Ermessens- oder aber jedenfalls ein eigenständi-

⁴⁹ BGHSt 52, 165, Rn. 15.

ger Beurteilungsspielraum zu, der eine gerichtliche Kontrolle dieser Entscheidung verbietet.⁵⁰

Vorliegend ist es aber gerade so, dass der 3. Strafsenat trotzdem die Weigerung der Staatsanwaltschaft als einen rechtswidrigen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens einstuft und damit eine richterliche Bewertung der Entscheidung vornimmt.⁵¹ Und dies völlig zu Recht – denn wenn die Nichtstellung eines Antrages gemäß § 154 Abs. 2 StPO gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstößt, dann ist der Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Staatsanwaltschaft auf Null reduziert mit der Folge, dass ein entsprechender Antrag zur Wahrung der verfassungsrechtlichen Rechte des Angeklagten gestellt werden *muss*.

In dieser besonderen Situation, die bei der Anwendung des § 154 StPO ausschließlich als Folge einer entsprechenden Zusage denkbar ist, muss dann aber eine weitere Konsequenz gezogen werden: Steht der Staatsanwaltschaft weder ein Ermessens- noch ein Beurteilungsspielraum zu, weil jede andere Entscheidung als die Einhaltung der Zusage gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstößt und damit rechtswidrig ist, dann muss der Angeklagte auch eine rechtliche Möglichkeit zur Herbeiführung derjenigen Entscheidung erhalten, die mit der Verfahrensfairness zu vereinbaren ist. Schon die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG schließt es aus, dass ein Gericht die Verweigerung einer Handlung durch die Exekutive als Verletzung eines subjektiven Rechts einzustufen vermag, aber keinerlei Handhabe erhält, die rechtlich gebotene Handlung herbeizuführen, sondern auf Kompensationsmöglichkeiten beschränkt wird, die den Rechtsverstoß nicht vollständig ausgleichen können.

⁵⁰ Vgl. *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. (1995), Fall 1 Rn. 50; *Volk* NJW 1996, 879, 880; *Schoreit*, Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl. (2003), § 154 Rn. 19; *Meyer-Goßner*, StPO, 51. Aufl. (2008), § 154 Rn. 12.

⁵¹ BGHSt 52, 165, Rn. 17 und 18.

Ist die Durchsetzung des gebotenen Rechtsschutzes einfachgesetzlich nicht vorgesehen, so ist das insofern aus verfassungsrechtlicher Sicht lückenhafte Gesetz im Sinne des Grundgesetzes zu ergänzen. Bei der Schaffung des § 154 StPO wurde natürlich nicht bedacht, dass es trotz des weiten Ermessens- oder Beurteilungsspielraums der Staatsanwaltschaft zu einer Situation kommen kann, in der die Verweigerung einer Einstellung bzw. Antragstellung eine gerichtlich überprüfbare Fairnessverletzung darstellt. Die Rechtsschutzgarantie gebietet es, dass das Gericht in dieser Ausnahmesituation die durch den Grundsatz des fairen Verfahrens gebotene Einstellung ohne die verweigernde Mitwirkung der Staatsanwaltschaft auszusprechen vermag.

Das Gericht – oder wenn dieses seine Zusage ebenfalls nicht einhält das Revisionsgericht – kann daher bei verfassungskonformer Interpretation des § 154 Abs. 2 StPO den rechtswidrig unterbliebenen Antrag der Staatsanwaltschaft durch seine eigene Einstellungsentscheidung ersetzen.

Dies muss auch dann gelten, wenn die Staatsanwaltschaft entgegen ihrer Zusage einer Einstellung gemäß § 154 Abs. 1 StPO eine Tat bei einem nicht an der Absprache beteiligten Gericht anklagt. Zwar führt der 3. Strafsenat aus, dass Gericht habe eine weitestmögliche Umsetzung der Absprache herbeiführen müssen, nachdem es die Staatsanwaltschaft in die Verfahrensabsprache eingebunden habe.⁵² Ob das jeweilige Gericht selbst an der Absprache beteiligt war, darf für die Beurteilung der Fairnesswidrigkeit eines Verfahrens und das Erfordernis der Heilung eines Fairnessverstößes aber keine Rolle spielen. Zudem wäre z. B. auch bei einer Strafzumessungslösung die nicht eingehaltene Zusage der Staatsanwaltschaft von einem nicht an der Verständigung beteiligten Gericht zu berücksichtigen, wie etwa im Fall BGHSt 37, 10. Wird eine Zusage bezüglich § 154 Abs.1 StPO grundlos nicht eingehalten, ist bereits die Fortführung des Strafverfahrens in Form einer Anklage rechtswidrig.

⁵² BGHSt 52, 165, Rn. 18.

Auch hier muss in konsequenter Anwendung der Grundsätze zur Urteilsabsprache die Entscheidung des für die Zusage zuständigen Strafverfolgungsorgans – im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft – fortwirken und das absprachewidrig mit der Sache befasste Gericht binden. Dessen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum in § 154 StPO wird durch die Anklage unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens ebenfalls auf Null reduziert, so dass es – unter gleichzeitiger Ersetzung des entsprechenden Antrages der Staatsanwaltschaft – die Einstellung auszusprechen hat.

V. Die Voraussetzungen für ein zulässiges Abweichen von der Absprache

Das Abweichen des Gerichts von einer Urteilsabsprache hielt der 4. Strafsenat zunächst nur dann für zulässig, wenn später schwerwiegende neue Umstände bekannt werden, etwa erhebliche Vorstrafen oder den Verbrechenscharakter begründende Tatsachen oder Beweismittel.⁵³ In diesem Fall sei dann lediglich ein – zu protokollierender – Hinweis zu erteilen, dass das angekündigte Strafmaß voraussichtlich überschritten werde. Der Große Senat für Strafsachen hat diese Rechtsprechung inzwischen modifiziert. Auch tatsächliche oder rechtliche Umstände, die zum Zeitpunkt der Absprache bereits vorhanden waren und vom Gericht übersehen wurden, rechtfertigten eine Abweichung von der Strafmaßzusage, wobei der Große Senat insofern – ohne Erwähnung einer gesteigerten Erheblichkeit – für die Urteilsfindung »relevante« Umstände voraussetzt.⁵⁴

Anhand dieses Maßstabes bewertet auch der 3. Strafsenat die Zulässigkeit des Abweichens der Vorinstanz von der Verfahrensabsprache.⁵⁵ Dabei diffe-

⁵³ BGHSt 43, 195, 210.

⁵⁴ BGHSt – Großer Senat – 50, 40, 50.

⁵⁵ BGHSt 52, 165, Rn. 11.

renziert er nicht zwischen der Zusage zum Strafmaß und der Ankündigung einer Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Kriterien bei beiden Formen der Verfahrensabsprache einheitlich gehandhabt werden sollen.

Demnach dürfen Staatsanwaltschaft oder Gericht, die eine Zusage zur Anwendbarkeit von § 154 StPO gemacht haben, von ihrer Ankündigung dann abweichen, wenn die Voraussetzungen einer Einstellung nach dieser Norm entfallen, weil maßgebliche Umstände übersehen wurden oder neu hervorgetreten sind. Auch hier geht es um Strafzumessungsumstände, da für die Anwendbarkeit von § 154 StPO eine Strafmaßprognose hinsichtlich zweier Taten entscheidend ist – auf der einen Seite die von der potentiellen Einstellung erfasste Tat und auf der anderen Seite deren Bezugstat. Denkbar ist also insbesondere, dass sich nachträglich strafschärfende Umstände für diejenige Tat ergeben, die nach der Zusage nicht mehr verfolgt werden sollte, so dass ihre Wichtigkeit gegenüber der Bezugstat ansteigt. Auf der anderen Seite können aber auch strafmildernde Umstände zu einer geringeren Verurteilung wegen der Bezugstat führen, womit die Bedeutung derjenigen Tat, die ursprünglich eingestellt werden sollte, ebenfalls ansteigt.

Diese weitgehende Abweichungsmöglichkeit ist allerdings mit Blick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz problematisch, da der Angeklagte so auch das Risiko einer für ihn nicht vorhersehbaren, möglicherweise sogar durch Fehler der Strafverfolgungsorgane erst verursachten Veränderung der Umstände trägt.⁵⁶

Nicht zulässig ist auf der Grundlage der BGH-Rechtsprechung – entsprechend der Situation bei der Urteilsabsprache – das Abweichen von der Zusage aufgrund »besserer Einsicht«.⁵⁷ Dies ist der Inhalt der Bindungswirkung und hat zur Folge, dass die Staatsanwaltschaft und das Gericht – auch

⁵⁶ Vgl. dazu *Graumann* HRRS 2008, 122, 133f.

⁵⁷ Vgl. zu diesem Begriff BGHSt 38, 102, 105.

das Rechtsmittelgericht – bei unveränderten Umständen von dem Ermessens- oder Beurteilungsspielraum in § 154 StPO nicht in abweichender Weise Gebrauch machen dürfen. So kann etwa die Bedeutung der Tat im Vergleich mit der Bezugstat nicht nachträglich doch höher eingeschätzt werden.

Die Bindungswirkung der Urteilsabsprache entfällt darüber hinaus, wenn der Angeklagte mit seinem Geständnis keine absprachegemäße »Leistung« erbringt, dieses etwa nicht glaubhaft⁵⁸ oder im Hinblick auf den Anklagevorwurf nicht umfassend⁵⁹ ist.

Insofern ergibt sich bei der Nichtverfolgungs- oder Prozessumfangsabsprache ein Unterschied, der auf den ersten Blick vielleicht nicht ins Auge fällt, sich aber zwingend aus den Voraussetzungen der Anwendung von § 154 StPO ergibt: Die Ablegung eines Geständnisses spielt bei der Nichtverfolgungsabsprache keine Rolle. Während dem Geständnis bei der Urteilsabsprache naturgemäß größte Bedeutung zukommt, weil die Strafobergrenze gerade unter Berücksichtigung eines Geständnisses als strafmildernder Umstand zugesagt wird, ist es für eine Einstellung gemäß § 154 StPO unerheblich, ob der Angeklagte geständig ist oder nicht. Nicht das Geständnis hinsichtlich der Bezugstat ist die Einstellungsvoraussetzung, sondern die höhere Gewichtigkeit der Verurteilung wegen dieser Tat.

Wenn die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Verständigungsgespräche erfährt, dass das Gericht für den Fall eines Geständnisses für die Bezugstat eine Strafobergrenze von 2 Jahren Freiheitsstrafe zusagt, dann muss sie entscheiden, ob sie im Hinblick auf diese Strafhöhe die Anwendung von § 154 StPO auf weitere Taten für gerechtfertigt hält und deshalb ein entsprechendes Vorgehen zusagen kann.

⁵⁸ BGH StV 2003, 268; 2004, 417 (= HRRS 2004 Nr. 471).

⁵⁹ BGH NStZ 2006, 586 (= HRRS 2006 Nr. 542).

Sollte der Angeklagte nun trotz einer Absprache kein Geständnis hinsichtlich der Bezugstat abgeben, was sein gutes Recht ist, dann entfällt die strafmildernde Wirkung des Geständnisses. Die Staatsanwaltschaft weiß nun, dass im Falle einer Verurteilung wegen der Bezugstat die Strafhöhe mit einer hohen Wahrscheinlichkeit sogar deutlich über 2 Jahren liegen wird, wenn sich in der Hauptverhandlung keine anderweitigen strafmildernden Umstände ergeben. Dann hat hinsichtlich der anderen Tat eine Einstellung gemäß § 154 Abs. 1 StPO aber sogar erst recht zu erfolgen! Sollte es mangels Geständnis überhaupt nicht zu einer Verurteilung wegen der Bezugstat kommen, kann und muss das Verfahren natürlich wieder aufgegriffen werden.

Staatsanwaltschaft und Gericht müssen daher ihre Ankündigung zu einer Anwendung des § 154 StPO grundsätzlich auch dann umsetzen, wenn die Urteilsabsprache mangels Geständnis scheitert – vorbehaltlich einer Verurteilung wegen der Bezugstat zu einer Strafe, die mindestens im Bereich der für den Fall eines Geständnisses angekündigten Obergrenze liegt. Allerdings handelt es sich insofern nicht um eine aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes abzuleitende Rechtsfolge, da der Angeklagte ohne Ablegung des Geständnisses keine Vertrauensdisposition tätigt und daher schutzwürdiges Vertrauen auch nicht entstehen kann.

Maßgeblich ist vielmehr, dass es den Strafverfolgungsbehörden aus rechtsstaatlichen Gründen untersagt ist, Entscheidungen aus sachfremden Erwägungen zu treffen. Letzteres liegt aber nahe, wenn Gericht oder Staatsanwaltschaft eine Einstellung nach § 154 StPO ablehnen, nachdem der Angeklagte sich nicht geständig gezeigt hat, obwohl aus dem genannten Grunde die Voraussetzungen einer Einstellung von dieser Entscheidung überhaupt nicht berührt werden. Wurde die Einstellung gemäß § 154 StPO tatsächlich nicht von der Verurteilung wegen der Bezugstat abhängig gemacht, sondern von einem diesbezüglichen Geständnis des Angeklagten, so handelt es sich

um eine rechtswidrige Verknüpfung, die unter § 136a StPO subsumiert werden kann.

Da aber in dieser Situation keine Bindung aus Vertrauensschutzgründen gegeben ist, bleibt es den Strafverfolgungsorganen unbenommen, in dieser Situation die Anwendbarkeit von § 154 StPO kraft »besserer Einsicht« anders zu beurteilen. Die entsprechenden sachlichen Erwägungen sollten aber dokumentiert werden, um eine bloße Abstrafung des nicht geständigen Angeklagten ausschließen zu können.

VI. Fazit

Der 3. Strafsenat hat mit seinem Urteil vom 12. März 2008 die rechtswidrige Nichteinhaltung der Verfahrensabsprache durch Landgericht und Staatsanwaltschaft unter Rückgriff auf eine Strafzumessungslösung korrigiert, soweit die Zusage der Einstellung eines weiteren Verfahrens nicht umgesetzt worden ist. Über diesen Einzelfall – der die Verhängung einer Jugendstrafe betraf – hinaus müssen künftig aber auch für die Absprache über die Nichtverfolgung einer Tat diejenigen Grundsätze Anwendung finden, die der BGH zur Urteilsabsprache entwickelt hat. Es gibt keinen Grund, warum der Angeklagte anders als bei der Strafobergrenze im Rahmen der Urteilsabsprache den Inhalt einer Absprache über die Anwendung von § 154 StPO – und damit die Nichtverurteilung wegen dieser Tat – nicht im Rechtsmittelwege durchsetzen können sollte:

- Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH zu der nicht eingehaltenen Urteilsabsprache, so dass der Grundsatz des fairen Verfahrens bei den verschiedenen Verfahrensabsprachen einheitlich gehandhabt wird.
- Nur durch diese Lösung wird der Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens, der in einer Nichteinhaltung der Zusage einer Beendigung des Strafverfahrens besteht, vollständig geheilt.

- Es gibt kein schutzwürdiges öffentliches Interesse an einer absprachewidrigen Fortführung der Strafverfolgung.

Soll der Angeklagte wie bei der Urteilsabsprache genau das »einklagen« können, was ihm im Rahmen der Verständigung zugesagt wurde, muss dafür nicht ein Verfahrenshindernis angenommen werden, auch wenn die diesbezügliche restriktive Rechtsprechung zu anderen fair-trial-Verstößen hier nicht durchgreift. Vorzugswürdig ist eine Lösung, bei der die fairness-widrige Verfahrensfortführung zu einer Einstellung entsprechend § 154 StPO und damit zu der Umsetzung des Inhalts der nicht eingehaltenen Zusage führt.

MICHAEL KAHLO/BENNO ZABEL

Schuldgrundsatz und Strafklageverbrauch

Zugleich eine Besprechung von BVerfG 2 BvR 1895/05,
Beschluss v. 27. Dezember 2006, HRRS 2007 Nr. 132*

I. Vorbemerkungen

Der Schuldgrundsatz ist keine funktional einsetzbare Argumentationsfigur. Er ist vielmehr Ausdruck der Rechtspersönlichkeit des Handelnden. Dementsprechend leitet sich die verfassungsmäßige Legitimation des Grundsatzes aus Art. 1 Abs. 1 GG her, der den Rechtsbegriff der Person als Bürger untrennbar mit der Anerkennung von deren Würde verbindet. Das strafrechtliche Verfahren hat deswegen sowohl in materieller als auch in prozessualer Sicht diesem Status der Rechtspersönlichkeit Rechnung zu tragen. Gegen dieses verfassungsrechtliche Gebot verstößt die staatliche Rechtspflege, wenn sie bei der Bestimmung der Tatbestands- und Deliktstypik im Zusammenhang mit der Anwendung von Straftatbeständen nicht näher begründete Zurechnungsfiguren – hier die sog. »Zäsurwirkung« – verwendet, dadurch die Voraussetzungen für die Verurteilung wegen einer vermeintlich neuen Tat schafft und insoweit das (Tat-)Schuldprinzip unterläuft. In diesem Sinne hat sich jüngst der Zweite Senat des *BVerfG* in einem viel beachteten Beschluss geäußert. Grund der Entscheidung war eine Verfassungsbeschwerde, die sich gegen eine wiederholte Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Kindesentziehung gem. § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB richtete¹ und die

* *Gerhard Fezer* zu seinem 70. Geburtstag, am 29. Oktober 2008, in kollegialer Verbundenheit und Dankbarkeit.

von dem verurteilten Angeklagten mit der Begründung erhoben worden war, die angegriffenen Entscheidungen verstießen gegen das Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG.² Das *BVerfG* hatte sich anlässlich dieser Verfassungsbeschwerde zugleich mit den Implikationen der nach wie vor umstrittenen Problematik des Strafklageverbrauchs bei Dauerdelikten zu beschäftigen.³ Die nachfolgende Rezension nimmt das Verfahren zum Anlass, Fragen der konkreten Sachverhaltsgestaltung unmittelbar auf den straf- und verfassungstheoretischen Hintergrund zu beziehen. Zu diesem Zweck soll zunächst die Struktur der Entscheidung analysiert werden (II.). Im Anschluss daran gilt es, das Verhältnis von Schuldgrundsatz und prozessualen Tatbegriff zu beleuchten (III.), was wiederum zur Problematik der Dauerdelikte führen (IV.) und schließlich in die Diskussion der vorliegend relevanten Unterlassungsstrafbarkeit münden wird (V.). In einem letzten Schritt soll auf die Bedeutung des vom *BVerfG* nicht näher erörterten *ne bis in idem*-Grundsatzes eingegangen (VI.) und es sollen die daraus erwachsenden Konsequenzen formuliert werden (VII.).

¹ Vgl. hierzu das Urteil des LG Darmstadt vom 19. April 2005 – Js 221/ 04, den Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 5. Oktober 2005 – 2 Ss 290/ 05 sowie die aktuelle Entscheidung des *BVerfG* vom 27. Dezember 2006, HRRS 2007 Nr. 132.

² So referiert in den Entscheidungsgründen zu *BVerfG* 2 BvR 1895/ 05 Beschluss vom 27. Dezember 2006.

³ Vgl. dazu *Fezer*, in: *Rechtsdogmatik*, Hamburg (1990), S. 125 ff.; der sich in seiner wissenschaftlichen Arbeit intensiv um ein freiheitlich-rechtsstaatliches Straf- und insbesondere Strafprozessrecht bemüht hat; darüber hinaus *Erb* GA 1994, 265; *Kahlo* *KritV* 1997, 183; *Kleszczewski*, *Strafprozessrecht*, Köln (2007), Rn. 515 ff.; *Paeffgen* *NStZ* 2002, 281; *Roxin*, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, München (1998), § 20; *Schlüchter* *JZ* 1991, 1057 sowie *Zaczyk* GA 1988, 356; zur *Rspr.* des BGH vgl. *Beulke* in: *Festgabe BGH IV*, München (2000), S. 781 ff.

II. Die verfahrensrechtliche Konstellation: Der Beschluss des BVerfG

Die strikte Anwendung prozessrechtlicher Regelungen kann – gerade wegen des Grundsatzes *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG; vgl. auch §§ 153 a Abs. 1 S. 5, 211 StPO) – die konsequente Durchsetzung materiellen Strafrechts verhindern. Die insofern angesprochenen Verfahrensgrundsätze werden als *Verwirklichungsformen* des Rechtsstaatsprinzips verstanden. Dementsprechend besteht ihre Aufgabe in der gerechten rechtspraktischen Ausmittlung konfligierender rechtlicher Interessen. In besonderer Weise gilt das für den Schuldgrundsatz und das Doppelbestrafungsverbot gem. Art 103 Abs. 3 GG. Letzteres hat – so das BVerfG in ständiger Rechtsprechung – Aspekte der Rechtssicherheit mit denen der materiellen Gerechtigkeit auszugleichen und so auch die Funktion der *prozessualen Tat* zu konkretisieren.⁴ Zwar enthalte Art. 103 Abs. 3 GG keine Definition des Tatbegriffs, weshalb auf einen Begriff des vorverfassungsrechtlichen Prozessrechts Bezug genommen werden müsse; auf einen Tatbegriff freilich, wie er auch in der Rechtsprechung unangefochten Geltung beansprucht. Die Tat ist danach »der geschichtliche – und damit zeitlich und sachverhaltlich begrenzte – Vorgang, auf welchen Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte als Täter oder Teilnehmer einen Straftatbestand verwirklicht haben soll«. ⁵ Diese Begriffsbestimmung hat zur Folge, dass die rechtskräftige Aburteilung einer Straftat zugleich deren Tauglichkeit als Prozessgegenstand konsumiert und die Tat für ein weiteres Verfah-

⁴ Dazu BVerfGE 3, 248, 252 f. und 65, 377, 380.

⁵ BVerfGE 56, 22, 28 mit Bezug auf E 23, 191, 202; so, jedenfalls dem Wortlaut nach, auch der BGH, siehe nur BGHSt 35, 60, 61 und 35, 318, 323; die Formulierung ist freilich insofern ungenau, als der Teilnehmer nach zutreffender h. L. keinen Straftatbestand verwirklicht, sondern an dessen Verwirklichung durch den Täter mitwirkt – sei es durch »Bestimmen« des Täters zu dessen vorsätzlich-rechtswidriger Tat (§ 26 StGB), sei es durch Hilfeleistung zu einer solchen (§ 27 StGB).

ren unerreichbar werden lässt.⁶ Die durch die Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen des *Landgerichts Darmstadt* vom 19. April 2005 (221 - Js 221/04) und des *Oberlandesgerichts Frankfurt a. M.* vom 5. Oktober 2005 (2 Ss 290/05) hatten nun genau solche Zurechnungs- und Verfahrensfragen zu klären.

Entsprechend den Feststellungen der Tatsacheninstanz ist der Beschwerdeführer Vater einer im Jahre 1995 geborenen Tochter S. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht für S wurde der Mutter, seiner früheren Ehefrau, zugesprochen. Mit deren Einverständnis reiste S 2001 zu den Verwandten des Beschwerdeführers nach Algerien, wo sie sich seither aufhält. Alle Versuche der Kindsmutter, S wieder nach Deutschland zu holen, scheiterten an der fehlenden, nach algerischem Recht notwendigen, durch notariell beglaubigte Unterschrift dokumentierten Zustimmung des Beschwerdeführers.⁷ Aufgrund der Weigerung, die erforderliche Zustimmung zu erteilen, wurde er vor dem Amtsgericht – Schöffengericht – Darmstadt wegen Kindesentziehung gem. § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, die das Landgericht als Berufungsinstanz auf zwei Jahre und sechs Monate ermäßigte. Die Rechtsauffassung der Berufungsinstanz verdeutlicht ein Hinweis des Kammervorsitzenden im Rahmen der Vorbereitung des Hauptverhandlungstermins. Darin macht dieser sowohl den Beschwerdeführer als

⁶ Zum Streit- und Diskussionsstand siehe nur *Puppe* NStZ 1982, 230; *Roxin* (Fn. 3) § 20 Rn. 5 ff.; *Schlehofer* GA 1997, 101 und *Volk*, Strafprozessrecht, 3. Auflage, München (2002), § 14 Rn. 20; für die Kommentarliteratur sei auf *Klein-knecht-Meyer-Goßner*, StPO, 51. Auflage, München (2008), § 264 Rn. 2 ff. sowie *LR-Gollwitzer*, StPO, 25. Auflage, Berlin (2001), § 264 Rn. 3 ff. verwiesen.

⁷ Eine Rückführung der Tochter S aufgrund des »Haager Kindesentführungsübereinkommens vom 25. Oktober 1980« (HKiEntÜ) kam offensichtlich nicht in Betracht, da Algerien nicht Vertragsstaat dieses Übereinkommens ist. Ob es sich hierbei lediglich um dispositive politische Gründe handelt, oder ob die (völkerrechtliche) Konstellation auf in diesem Staat geltenden »Grundwerten« beruht (vgl. Art. 20), muß im Rahmen dieses Beitrages dahingestellt bleiben; vgl. aber Darstellung und Nachweise bei *Jorzik*, Kindesentführungsrecht, Bielefeld (1995), S., 27 ff. und öfter.

auch dessen Verteidiger darauf aufmerksam, dass es sich bei der Kindesentziehung um ein Dauerdelikt handelt; mit dem Tag der letzten Hauptverhandlung in einer Tatsacheninstanz trete freilich eine *Zäsurwirkung* ein, so dass der Beschwerdeführer Gefahr laufe, »bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres seiner Tochter zahlreiche erhebliche Freiheitsstrafen anzusammeln«. Trotz dieses Hinweises weigerte sich der Beschwerdeführer auch nach rechtskräftiger Verurteilung, die Genehmigung zur Ausreise der S aus Algerien zu erteilen. Die Staatsanwaltschaft erhob daraufhin erneut Anklage wegen Kindesentziehung, nun jedoch für den Zeitraum nach der ersten Verurteilung durch das Landgericht am 17. November 2003. Amts- und Landgericht verurteilten den Beschwerdeführer schließlich zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren. In der Urteilsbegründung verweist auch das Landgericht darauf, dass der Beschwerdeführer ein Dauerdelikt begangen habe, bei dem die letzte Hauptverhandlung in der Tatsacheninstanz eine *Zäsurwirkung* entfalte, weshalb die Weigerung nach der letzten Tatsachenverhandlung eine neue (prozessuale) Tat darstelle. Die gegen diese Verurteilung erhobene Revision des Beschwerdeführers wurde durch das Oberlandesgericht gem. § 349 II StPO verworfen.

Das *BVerfG* sah sowohl durch das Urteil des *Landgerichts* als auch durch den Beschluss des *Oberlandesgerichts* die Grundrechte des Beschwerdeführers aus Art. 1 Abs. 1⁸ und Art. 2 Abs. 1 GG (in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt. Insbesondere verstoße der nicht näher begründete Verweis auf die dogmatische Figur der »*Zäsurwirkung*« gegen das Schuldprinzip und den Grundsatz gerechten Strafens; dies gelte vor allem für die An-

⁸ Ob Art. 1 Abs. 1 GG Grundrechtscharakter hat ist im Rahmen der Verfassungsdogmatik allerdings umstritten; dafür etwa Maunz/ Dürig-Herdegen, GG-Kommentar, München (2003), Art. 1 Abs. 1 (Zweitkommentierung), Rn. 26; a. A. insbesondere Enders, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, Tübingen (1997), S. 92 ff., 377 ff.; einen aufschlussreichen Überblick zum Streitstand liefert Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Tübingen (2005), S. 180 ff.

nahme eines nach der Verurteilung fortgesetzten strafbaren Unterlassens (§ 13 Abs. 1 StGB), jedenfalls soweit ein neuer, von der ersten Verurteilung qualitativ unterschiedener Tatentschluss nicht festgestellt wurde. Die Argumentation des *BVerfG* zeigt dabei ganz deutlich, dass die Schwierigkeiten der konfliktangemessenen Einordnung bereits in der Verhältnisbestimmung von Schuldgrundsatz und prozessuellem Tatbegriff liegen.

III. Schuldgrundsatz und prozessualer Tatbegriff

Die hier in Rede stehende Verhältnisbestimmung von Schuldgrundsatz und prozessuellem Tatbegriff verweist zunächst auf die notwendige *Konkretisierung* des Verfahrensgegenstandes. Dabei dürfte – wie auch in der vorliegenden Fallkonstellation – der personelle Aspekt unproblematisch sein («Identität der Person»). Von weitaus größerer Bedeutung ist die tatbezogene Komponente («Identität der Tat».⁹ Gemäß §§ 155, 264 StPO ist nur die in der Anklage bezeichnete Tat »Gegenstand der Urteilsfindung«; den Rahmen der Tat darf das Gericht deshalb nicht überschreiten.¹⁰ Entscheidend soll insoweit eine auf das Phänomen abstellende Betrachtungsweise sein.¹¹ Ausgangspunkt ist der bereits erwähnte einheitliche *geschichtliche Vorgang*, der wiederum auf die *innere Verknüpfung* der einzelnen täterschaftlichen Verhaltensweisen verweist.¹² Dabei gilt als Richtschnur, dass bei Vorliegen einer

⁹ Statt von »Identität der Person« und »Identität der Tat« wird gelegentlich von einer »objektiven« und »subjektiven« Komponente gesprochen, so etwa bei *Peters*, Strafprozess, 4. Auflage, Heidelberg (1985), § 36 und *Volk* (Fn. 6), § 13 Rn. 4.

¹⁰ Ganz herrschende Auffassung, vgl. nur *LR-Gollwitzer* (Fn. 6), Rn. 3; *Kühne*, Strafprozesslehre, 4. Auflage, Heidelberg (1993), § 36 Rn. 343 f.; *Lesch*, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Neuwied (2001), 2. Kap., Rn. 9 ff.; *SK-Schlüchter*, StPO, 13. Lieferung, Neuwied (1995), § 264 Rn. 7 ff. und *Volk* (Fn. 6), § 13 Rn. 5.

¹¹ Vgl. dazu *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Auflage, Heidelberg (2008), Rn. 513.

¹² BGHSt 13, 320, 321; 23, 141, 145; 32, 215, 216; 35, 80, 81 f.; 41, 385, 388; 45, 211, 212; OLG Braunschweig StV 2002, 241.

materiell-rechtlichen Tat nach § 52 StGB in der Regel auch eine Tat im prozessualen Sinne gegeben ist. Handelt es sich jedoch im Bereich des materiellen Rechts um mehrere selbständige Taten gem. § 53 StGB, so sollen grundsätzlich auch verschiedene Taten im prozessualen Sinne anzunehmen sein.¹³ Freilich ist damit auch das gesicherte Terrain der dogmatischen Einordnung abgeschritten. Denn was darüber hinaus unter der »Einheitlichkeit des Lebensvorganges« und der insofern geforderten »inneren Verknüpfung« verstanden werden soll, ist nach wie vor umstritten.¹⁴ Während das Schrifttum in der Regel einer faktisch-normativen Bestimmung der Tat zuneigt, und dabei vor allem auf die »Zielrichtung des Handelns« abstellt,¹⁵ plädiert die ständige Rechtsprechung für eine grundsätzlich faktische Herangehensweise.¹⁶ Tatidentität soll danach vorliegen, wenn die Verknüpfung mehrerer Ereignisse so ausgestaltet ist, dass deren getrennte Aburteilung in verschiedenen erstinstanzlichen Verfahren einen einheitlichen Sachverhalt unnatürlich aufspalten würde,¹⁷ dagegen sei von mehreren Taten auszugehen, wenn ein enger zeitlicher und örtlicher Zusammenhang nicht mehr

¹³ Ungeachtet dessen unterscheidet die herrschende Dogmatik streng zwischen dem prozessualen Tatverständnis und dem materiell-rechtlichen Tatbegriff; vgl. dazu nur *Kluszczewski* (Fn. 3), Rn. 519 ff.; *Kleinknecht-Meyer-Goßner* (Fn. 6), § 264 Rn. 6; *KMR-Stuckenberg*, StPO, Neuwied (2001), § 264 Rn. 14; BVerfGE 56, 22, 28 und zuletzt BGH NStZ 2002, 350 mit Anm. *Mosbacher* JuS 2002, 126. Zu den von der Rspr. angenommenen Ausnahmen, insbesondere bei der Aburteilung von Dauer- bzw. Organisationsdelikten, siehe *Schlüchter* (Fn. 3), 1057 ff. und Anm. 23.

¹⁴ Zum Streit- und Diskussionsstand siehe *Beulke* (Fn. 11), Rn. 514 ff., der dort vor allem die einzelnen Fallgruppen thematisiert; *Gillmeister* NStZ 1989, 1 ff. sowie *Lesch* (Fn. 10), 2. Kap., Rn. 13 f.

¹⁵ Vgl. nur *Paeffgen*, in: *Heinze-GS*, München (2005), S. 615 ff.; *Roxin* (Fn. 3), § 20 Rn. 5 und *Wolter* GA 1986, 143 ff.

¹⁶ In diesem Sinne bereits RGSt 62, 112 und BGHSt 22, 105, 106; differenzierend BGHSt 32, 215 und 35, 60; zur Analyse der Rechtsprechung vgl. *Wolter* (Fn. 15), 143 ff.

¹⁷ So bereits BVerfGE 45, 434; darüber hinaus BGHSt 23, 141, 29, 288; zuletzt wieder OLG Jena NStZ 1999, 516; NStZ-RR 2003, 82 sowie 2007, 4.

ersichtlich ist oder wenn die (weitere) Tat ein völlig anderes rechtliches Gepräge aufweise;¹⁸ in Ausnahmefällen soll aber auch dann die Verknüpfung zu *einer* prozessualen Tat möglich sein.¹⁹ Dementsprechend ist ein Strafklageverbrauch und folglich ein umfassendes Verfahrenshindernis anzunehmen, wenn das Verfahren bezüglich der Tat, die Gegenstand des Verfahrens war, rechtskräftig abgeschlossen wurde.²⁰ Die damit einhergehende Sperrwirkung ist – nach ganz herrschender Auffassung – nicht nur Ausdruck des verfassungsrechtlich abgesicherten *ne bis in idem* Grundsatzes, sondern ebenso Konsequenz des heute anerkannten Schuldprinzips, wonach Tatvorwurf und Strafmaß unmittelbar auf den sozialetischen Unwertgehalt des angeklagten Verhaltens bezogen sein müssen.²¹

Diese Überlegungen liegen auch den vorliegend angegriffenen Urteilen zugrunde. Jedenfalls wird man das insoweit sagen können, als die Instanzgerichte die Verlaufsstrukturen des bereits erwähnten Sachverhalts zutreffend auf den Tatbestand des § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB beziehen. Das Verhalten des Angeklagten erscheint so als fortgesetzte Entziehung Minderjähriger. Allerdings ist damit die rechtliche Würdigung nicht abgeschlossen. Vielmehr entfalte, so die Urteilsbegründung des *Landgerichts*, »[d]ie letzte Tatsacheninstanz bei dem Dauerdelikt der Kindesentziehung in Form der Vorenthaltung eine Zäsurwirkung mit der Folge, dass danach eine neue Tat

¹⁸ BGHSt 35, 14; 36, 151. Zu der hier nicht näher aufzufächernden dogmatischen Figur der fortgesetzten Handlung vgl. BGHSt 5, 136; 19, 323; mit den Folgeproblemen nach deren *de-facto*-Abschaffung durch den Beschluss des BGHSt (GS) 40, 138, setzen sich *Erb GA* 1995, 42 und *Geppert NStZ* 1996, 57 auseinander.

¹⁹ Vgl. dazu bereits BGHSt 23, 141 und aktuell Saarl. OLG NStZ 2005, 117; zum ganzen *Beulke* (Fn. 3), S. 784 ff. Zum systematischen Verhältnis von materiellrechtlicher Konkurrenzlehre und prozessualen Tatbegriff nochmals *KMR-Stuckenberg* (Fn. 13), Rn. 14.

²⁰ BGHSt 28, 119.

²¹ Siehe nur BVerfGE 50, 5, 12; BGHSt 2, 194 ff.; zusammenfassend *Zabel*, Schuldtypisierung, Berlin (2007), S. 353 ff. und öfter.

vorliegt«. Das Ziel dieses nicht näher begründeten Satzes ist klar: Mit der »staatlichen Unterbrechensfiktion« soll eine weitere prozessuale Tat generiert und damit der Strafklageverbrauch durch eine einmalige Verurteilung nach § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB verhindert werden. Ersichtlich wird aber auch das strafjuristische Problem. Denn die Strafgerichte setzen offenbar voraus, dass der Beschwerdeführer durch die andauernde Verweigerung der notariellen Zustimmungserklärung jeweils *neues* Strafunrecht verwirklicht, was durch Anklage und Urteil zur Geltung gebracht werden muss. Ungeklärt – und hier setzt auch das Monitum des BVerfG ein – bleibt jedoch, *wie*, angesichts der *Einmaligkeit* der vom Angeklagten geforderten Leistung, überhaupt von einem *erneuten* rechtlich verbotenen, schuldhaften Verhalten gesprochen werden kann, das dann wiederum einer erneuten Sanktionierung zugänglich sein soll. Vor allem müsste offen gelegt werden, welchen *eigenständigen Unrechts- und Schuldgehalt* die insoweit angenommene zweite Tat im Verhältnis zur ersten überhaupt hat. Ob man also den Strafgerichten zumindest im Ergebnis zustimmen kann oder nicht, hängt entscheidend davon ab, wie man das Zusammenspiel von »Unterbrechensfiktion«, Dauerdeliktstypik des Entziehungstatbestands und der Begehung durch Unterlassen (Unterlassungsstrafbarkeit) dogmatisch beurteilt. Nachfolgend soll deshalb zunächst auf die Plausibilität der von den Gerichten angenommenen »Zäsurwirkung« eingegangen werden (IV.), im Anschluss ist das daran geknüpfte Problem des fortgesetzten Unterlassens zu untersuchen (V.).

IV. Die sogenannte »Zäsurwirkung« und das Problem der Dauerdelikte

Das angesprochene Problem ist weder für die Fachgerichte noch für das BVerfG neu. Bereits bei den *Totalverweigerungsfällen* hatte sich die Rechtsprechung mit der Frage auseinanderzusetzen, wie ein Verhalten – damals die (mehrmalige) Weigerung, den gesetzlich vorgeschriebenen Zivildienst an-

zutreten – zu bewerten ist, das auf einem einmal gefassten, unabänderlichen Entschluss beruhte und das, aufgrund der individuellen (Gewissens-)Haltung und der zwingenden Rechtslage, notwendig perpetuiert wurde. Die Judikatur war hier selten einheitlich. Während die wiederholte Strafbarkeit von einigen Fachgerichten grundsätzlich bejaht wurde, gingen andere von nur einer Tat i.S.d. Art. 103 Abs. 3 GG aus.²² Dagegen hat das BVerfG schon frühzeitig die Bedeutung der individualgeschichtlich getroffenen Entscheidung und ihrer sozialen Kontexte betont und insoweit die konsequente Anwendung des *ne bis in idem*-Grundsatzes gefordert.²³ Diese Argumentation ist vor allem deshalb überzeugend, weil sie zum einen auf den handlungsleitenden *Persönlichkeitskern* des Einzelnen abstellt, zum anderen die abstrakten Tatbestands- und Rechtsgüterschutzregelungen auf die je *konkreten rechtlichen Verhältnisse* bezieht.²⁴ Aus diesem Grund kann sie – zumindest partiell – auch für das vorliegende Problem fruchtbar gemacht werden. Zwar handelt es sich hier nicht um den »typischen« Gewissenstäter- und Totalverweigerungsfall.²⁵ Vergleichbar ist allerdings die *identitätsstiftende* und *sinnintegrierende* Funktion der *Entscheidung*, die wiederum in das

²² Vgl. zum ersten Standpunkt OLG Celle m. Anm. *Struensee* JZ 1985, 955 sowie OLG Düsseldorf StrV 1986, 8 m. Anm. *Friedeck*; die zweite Ansicht vertrat u. a. LG Duisburg StrV 1985, 53.

²³ So dezidiert BVerfGE 23, 191, 202 ff.

²⁴ Zur Diskussion, gerade auch in Zusammenhang mit Art 103 Abs. 3 GG, siehe *Roxin* (Fn. 3), § 50 Rn. 19.

²⁵ Der Beschwerdeführer beruft sich – auch als Angeklagter – jedenfalls *nicht* auf eine Gewissensentscheidung. Eine solche käme im übrigen nur in Betracht, wenn seine Einlassung, es gehe ihm (auch in Algerien) um das Kindeswohl der Tochter (vgl. dazu den entsprechenden Hinweis im Urteil des LG Darmstadt, wonach der Angeklagte im familiengerichtlichen Verfahren »durch seinen Anwalt mit Schriftsatz vom 19.06.2002« habe vortragen lassen, »er werde seine Zustimmung zur Einschulung des Kindes ab August 2002 in Deutschland erteilen), glaubhaft wäre, wogegen aber seine einmal erklärte Bereitschaft spricht, die erforderliche Unterschrift zu leisten.

Dauerdelikt der Kindesentziehung gem. § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB mündet.²⁶ Die Instanzgerichte haben das Verhalten des Beschwerdeführers schließlich als renitenten Ungehorsam gegen die geltende Rechtsordnung interpretiert, dem nur durch eine erneute Verurteilung qua »Zäsurwirkung« beizukommen sein soll. Das ist als Kommentar zu einem prima facie befremdenden Verhalten noch akzeptabel. *Juristisch* leisten sie damit nicht nur einer unangemessenen *Moralisierung* des Rechts Vorschub, sie verhelfen auch einer staatlich sanktionierten *Lebensführungsschuld* zu neuer Geltung. Vor allem ist nicht klar, wie hier dem Vorwurf behördlicher Willkür entgegengetreten werden kann, wenn für den Einzelnen nicht ersichtlich wird, wie oft er, aufgrund seines einmal gefassten Entschlusses, mit einer (erneuten) Anklage rechnen muss.

Damit wird das Institut der Zäsurwirkung *als solches* nicht in Frage gestellt. Vielmehr muss auch letzteres strikt auf die entsprechende Deliktstypik und Verlaufsstruktur der Tat bezogen werden. Das sieht die Rechtsprechung durchaus, wenn sie – wie das OLG Karlsruhe in einem Urteil v. 9.10.1997 – die Frage einer *erneuten* Strafverfolgung bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln *nach* rechtskräftiger Verurteilung davon abhängig macht, ob und inwieweit der Täter einen neuen, in die Zukunft gerichteten »Handlungsentschluss« gefasst habe. Das OLG hat schließlich – trotz Annahme einer tatbestandlichen Bewertungseinheit – einen Strafklageverbrauch verneint und zugleich auf die *konfliktbedingten* Differenzen zu den Totalverweigerungsfällen hingewiesen indem es feststellt, dass »von einer »ein für allemal getroffenen einheitlichen und die Zukunft fortwirkenden Gewissensentscheidung« [...], die trotz einer rechtskräftigen Verurteilung zur Annah-

²⁶ Zu dieser durch das 6. StrRG eingefügten Tatvariante des § 235 StGB vgl. Schönke/ Schröder-Eser, StGB, 27. Auflage, München (2007), § 235 Rn. 13 ff.

me derselben Tat i.S.v. Art 103 Abs. 3 GG führt, nicht die Rede sein [kann]«. ²⁷

Ein rechtsstaatliches Strafrecht muss grundsätzlich am *Tatschuldnachweis* ansetzen. Nur dieser kann, auch darauf hat das *BVerfG* in seinem Beschluss zutreffend hingewiesen, den Strafgrund für eine (u. U. erneute) Bestrafung liefern. Der Beschwerdeführer hat – soweit aus den Urteilsgründen ersichtlich – an seiner Entscheidung, die Zustimmung zu einer Ausreise seiner Tochter aus Algerien zu verweigern, seit Beginn der Auseinandersetzungen mit seiner (früheren) Ehefrau im Jahre 2001 festgehalten. Wegen dieses Verhaltens wurde er bereits am 17. November 2003 durch das *Landgericht* Darmstadt gem. § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB rechtskräftig verurteilt. In dem sich daran anschließenden Strafverfahren hat der Beschwerdeführer *insoweit* keinen neuen »Tatentschluss« getroffen. Vielmehr sah er sich durch die erneute Anklage dazu veranlasst, das bereits abgeurteilte Strafunrecht und folglich den bereits realisierten Täterwillen zu bestätigen. Die Aufrechterhaltung des (rechtswidrigen) Zustandes kann deshalb – zunächst bereits bei einem aktiven Tun – nicht ohne weiteres in eine neue, *eigenständige* Verbotshandlung (Straftat) i. S. d. § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB umgedeutet werden. Die Tatbestandsstruktur des § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB, konkretisiert durch das Merkmal des *Vorenthaltens*, scheint hier wortlautbedingt auch eine andere Auslegung zu ermöglichen. Im Grunde verweist sie aber nur auf die dem Dauerdelikt typische Verlaufsform, d. h. auf die originäre Verknüpfung von Zeitlichkeit und Rechtsgutsverletzung.²⁸ So ist im Vorenthalten zum

²⁷ StV 1998, 28, 30.

²⁸ Zur Dogmatik der Dauerdelikte vgl. *Schmitz*, Unrecht und Zeit, Baden-Baden (2001). – Das problematische Verhältnis von Dauerdeliktstypik und Strafklageverbrauch, von materiellrechtlicher Konkurrenzlehre und prozessualen Tatbegriff, wird auch dann immer wieder virulent, wenn die Gerichte nach rechtskräftiger Aburteilung eines Organisationsdelikts Kenntnis von weiteren, im Zusammenhang mit diesem Delikt begangenen Kapitalverbrechen erhalten. Denn in diesen Fällen eines sich sukzessive erweiternden Wissens und Kognitionsinteresses der Strafverfolgungsbehörden stellt sich regelmäßig die Frage, ob und

einen der *normative* Aspekt der Unrechtsverwirklichung und dementsprechend ihre Vollendung, zum anderen aber auch die zeitliche-*faktische* Dimension derselben angesprochen, so dass erst die Aufhebung der Entziehung die Beendigung des Delikts bewirkt. Die zeitlich-faktische Dimension der Unrechtsverwirklichung ist insofern zwar unmittelbar auf den normativen Aspekt bezogen, kann jedoch als (reine) Geschehens- und Phänomenbeschreibung keine eigenständige Tatschuld begründen, sondern lediglich das *Maß* der individuellen Schuld beeinflussen.²⁹ – Die Problematik, die sich aus der Vermittlung von Schuldgrundsatz, Dauerdeliktstypik und Strafklageverbrauch ergibt, verschärft sich jedoch noch zusätzlich, wenn man sich dem *Unterlassungsaspekt* des in Rede stehenden Verhaltens zuwendet.

V. Schuldgrundsatz und Unterlassungsstrafbarkeit (§ 13 Abs. 1 StGB)

Die Vorenthaltung der gemeinsamen Tochter S durch den Beschwerdeführer erfüllt den Tatbestand des § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB; aufgrund der fortgesetzten Weigerung, der Rückführung von S in die Bundesrepublik Deutschland zuzustimmen, in Form eines unechten *Unterlassungs(dauer)delikts* gem. § 13 Abs. 1 StGB.³⁰ Damit setzt aber gerade der zu Recht im Mittelpunkt

inwieweit von einer tateinheitlichen oder tatmehrheitlichen Begehung auszugehen und ob dementsprechend ein Strafklageverbrauch anzunehmen oder abzulehnen ist. Letzteres kann in seiner Komplexität hier nicht näher beleuchtet werden; vgl. zum aktuellen Streit- und Diskussionsstand aber Fezer (Fn. 3), S. 125 ff.; Fürst, Grundlagen und Grenzen der §§129, 129 a StGB, Frankfurt a. M. (1989); sowie neuestens Kleszczewski, in: HRRS-FG-Fezer; zur höchstrichterlichen Rspr. siehe BGH NStZ 2001, 436 mit Anm. Mitsch NStZ 2002, 159.

²⁹ In diese Richtung geht auch die Argumentation des Kammerbeschlusses, vgl. dazu den Abschnitt C.II. 2. b) bb).

³⁰ Vgl. zur Begehung des § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB durch Unterlassen, der sog. passiven Entführung, Nelles, in: Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, Mün-

der Argumentation des *BVerfG* stehende Einwand – die angegriffenen Entscheidungen der Fachgerichte hätten sich »nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Beschwerdeführer durch das weitere *Unterlassen* ... überhaupt erneut schuldhaft Unrecht verwirklicht hat« oder ob seine Weigerung, die nach algerischem Recht geforderte Unterschrift zu leisten, eine »bloße Fortsetzung seines *Nichthandelns*« war³¹ – eine genaue Antwort auf die Frage voraus, worin das schuldhafte Unrecht strafbaren unechten Unterlassens liegt, wie also Unterlassen als Begehungsmodalität Unrecht schuldhaft *verwirklicht*.

Für eine solche Annahme (scil.: auch Unterlassen sei Grund einer Verletzungswirklichkeit) scheiden zunächst alle Bestimmungen aus, nach denen kriminelles Unterlassen in seinem Wesen nichts anderes sein soll als die Entgegensetzung (»Negation«) zur aktiven Tätigkeit, also bloße Nicht-Tätigkeit.³² Denn als »non-a« ist Unterlassen als das Gegenteil von »a« (=

chen (1998), Rn. 34; zu den »typischen Sachverhaltsgestaltungen« ferner NK-Sonnen, StGB, Baden-Baden (2005), § 235 Rn. 21; siehe auch Lackner/Kühl, StGB, 26. Auflage, München (2007), § 235 Rn. 5, wo freilich ausschließlich »die bisher straflosen Fälle« angesprochen werden, »in denen sich der Täter rechtmäßig mit dem Kind ins Ausland begeben hat«, nicht aber auch Sachverhalte wie der vorliegende, in denen das Kind ursprünglich durch Dritte ins Ausland verbracht wurde.

³¹ Vgl. dazu den Beschluß des *BVerfG* unter C. II. 2. b) aa); kursiv nicht im Original.

³² Dieses Verständnis ist zunächst von *Radbruch* vorgetragen worden; freilich von kausaler Grundlage und, wie schon der Titel seiner berühmten Habilitationsschrift (»Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem«, Berlin (1904)) anzeigt, vor allem in systematischer Absicht; vgl. dazu Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, Frankfurt a. M. (2001), S. 22 ff. – Als Beleg dafür, dass *Radbruchs* Bestimmung des Unterlassungsbegriffs bis heute keineswegs überwunden ist, mögen vor allem die aktuelle Lehre von der Unterlassung als »negative Bedingung« (vgl. grundlegend dazu *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen (1931), S. 21, 29ff.; *ders.*, in: Kohlrausch-FS, Berlin (1944), S. 141 ff., insbes. S. 162/163; ferner *Puppe*, Strafrecht AT Bd. 2, Baden-Baden (2005), § 46 Rn. 1 ff.; *dies.* ZStW 92 (1980), S. 863 ff., S. 895 ff; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin (1993), S. 156 ff.) sowie, für die Vertreter der finalen

aktives Tun) nichts anderes als ein reines »Gedankending«, also ein bloßes Nichts in der realen Welt. Als Nichts in der Realität kann sie jedoch keine echte Verletzungshandlung sein, also auch nicht schuldhaft Unrecht verwirklichen.³³ Das gilt auch für die heute wohl vorherrschende Auffassung, wonach unechte Unterlassungen und die durch sie vollzogenen Tatbestandsverwirklichungen »positiv« durch die Verletzung einer Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung (Garantenpflicht)³⁴ gekennzeichnet sein sollen. Mit dieser Anforderung ist zwar ein zusätzlicher und wichtiger Schritt der Legitimation unechter Unterlassungsdelikte im Strafrecht geleistet,³⁵ aber warum und inwiefern ein lediglich abstrakt als »Pflichtverletzung« bestimmtes Verhalten ein »Töten«, »körperlich Misshandeln« oder, bezogen auf den Fall, ein »Vorenthalten im Ausland« sein soll, ist damit nicht bereits erklärt. Eine solche Erklärung setzt *gedanklich* vielmehr notwendig *voraus*, dass die besagte (Sonder-)Pflicht nicht als von der Wirklichkeit des intersubjektiven Ver-

Handlungslehre, die »Umkehrprinzips-Lösung« *Armin Kaufmanns* genannt sein, derzufolge das Unterlassen das gerade Gegenteil der Handlung sein soll, das sich in allen Erscheinungsformen (echtes und unechtes Unterlassen) in der Missachtung eines Tätigkeitsgebotes erschöpfe, weshalb durch Unterlassen auch nicht der Tatbestand eines Verletzungserfolgsdelikts zu verwirklichen sei (Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen (1959), S. 239 ff., insbes. S. 241, 260 f.; S. 282 ff.); vgl. zur Kritik dieser Konzeptionen *Kahlo*, aaO., S. 253 ff. m.w.N.

³³ Vgl. zur Kritik an Radbruchs Überlegungen schon *Kahlo* (wie Fn. 32), S. 29-31.

³⁴ Vorgegeben durch die gesetzliche Vorschrift des § 13 Abs. 1 StGB, wonach Unterlassungstäter nur sein kann, wer »rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt«; in diesen systematischen Kontext gehört auch die *axiologische* Unterlassungskonzeption *Armin Kaufmanns*, dazu nochmals *Kahlo*, aaO., S. 253 ff.

³⁵ Entwicklungsgeschichtlich wird diese Anforderung bekanntlich auf *Naglers* Beitrag zur »Problematik der Begehung durch Unterlassung«, GS 111 (1938), S. 1 ff., zurückgeführt; vgl. aber auch *Gallas*, Das Wesen des strafrechtlichen Unterlassens und seine Stellung im System der Verbrechenslehre, Berliner Habilitationsschrift von 1932, erstmals veröffentlicht in: *ders.*, Studien zum Unterlassungsdelikt, Heidelberg (1989), S. 1 ff, sowie *ders.*, Die Garantenpflicht des Unterlassungstäters, aaO., S. 92.

hältnisses der in der tatbestandsmäßigen Situation stehenden Personen (Garant und potentielles Opfer) getrennt verstanden, sondern als Element einer eben nicht nur durch die Naturgesetze, sondern originär immer auch schon durch verpflichtende Sollensnormen mitdeterminierten Realität begriffen wird.³⁶ Erst dann nämlich wird überzeugend klar, warum die je vollzogene Entscheidung des Sonderpflichtigen (Garant), die ihm obliegende Rettungsaktivität nicht zu entfalten, sondern dem raum-zeitlichen Kausalgeschehen »seinen Lauf zu lassen«, die Lage des potentiellen Opfers real zum Schlechten verändert, dieses also verletzt, und er nicht bloß versäumt, die Situation des Anderen zu verbessern.³⁷

Damit ist jetzt auch klar, dass die *Entscheidung* des Garanten, seiner rechtlichen Sonderpflicht nicht nachzukommen und *dadurch* Grund einer das strafrechtlich geschützte Rechtsgut des Anderen verletzenden oder konkret gefährdenden Entwicklung zu werden, das zentrale unrechts- und schuldkonstitutive Element strafbaren Unterlassens im Typus des unechten Unterlassungsdelikts darstellt. Und da diese Entscheidung jeweils *situationsbezogen* von der je sonderpflichtigen Person getroffen wird, konstituiert die Situation, auf die die Sonderpflicht bezogen ist, Unrecht und Schuld der Tat maßgeblich (mit). Es stellt deshalb auch einen Mangel des hier in Rede stehenden *BVerfG*-Beschlusses dar, wenn dieser im Hinblick auf die fachgerichtlichen Entscheidungen zwar eine Verletzung des verfassungsrechtlich fundierten Schuldprinzips »in mehrfacher Hinsicht« beanstandet,³⁸ seine dies-

³⁶ Grundlegend dazu *Ernst A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, Heidelberg (1965), S. 36 ff.

³⁷ Eine solche Unterlassung, es dem Anderen zum Guten zu wenden, wäre keine echte Verletzungshandlung, also kein Bewirken einer tatbestandsmäßigen Rechtsgutsverletzung, wie sich an den echten Unterlassungsdelikten (z. B. § 323 c StGB) zeigt.

³⁸ Bei näherem Hinsehen geht es um »zwei Gesichtspunkte«: Zum einen um den Aspekt, ob »durch das weitere Unterlassen der Abgabe der notariellen Zustimmungserklärung überhaupt erneut schuldhaftes Unrecht« verwirklicht worden ist; und zum zweiten um die – in Folge dessen – fehlende Erörterung des

bezüglich zu Recht kritischen Ausführungen aber nicht mit dem – zunächst materiell-rechtlichen – Tatbegriff verbindet. Denn Strafrechtsschuld ist nur als (Einzel-)Tatschuld zu begreifen,³⁹ wie das im Schuldgrundsatz enthaltene *Koinzidenzprinzip*⁴⁰ und nicht zuletzt auch die »Grundnorm« des Strafzumessungsrechts, § 46 Abs. 1 S. 1 StGB verdeutlichen. Als Unterlassungs-Tat im materiell-rechtlichen Sinn stellt sich nun zunächst aber gerade das von der *einen* Entscheidung des Beschwerdeführers getragene Gesamtgeschehen dar, die von ihm zu erteilende Zustimmung zu verweigern.

VI. Das Problem des Doppelbestrafungsverbots (Art. 103 Abs. 3 GG)

Die Frage kann deshalb nur sein, ob irgendeine Veränderung der Situation *im Gefolge der unrechts- und schuldkonstituierenden Entscheidung* des Beschwerdeführers eine »Zäsurwirkung« darstellt, die – zunächst in materiell-rechtlicher Hinsicht – den Anfang einer neuen Tatausführung begründet. Das *BVerfG* hat diese Frage nun zwar insofern offen gelassen, als es die Fiktion der Strafgerichte, die letzte Tatsacheninstanz bedeute strafrechtlich eine den Unrechts- und Schuldzusammenhang unterbrechende »Zäsur«, zu Recht zurückgewiesen, den darüber hinausgehenden Gesichtspunkt, ob an-

Schuldumfangs. Dagegen kommt dem dritten Einwand, nämlich der fehlenden Auseinandersetzung mit der »Bestimmung der Strafe..., gerechter *Schuldausgleich* zu sein« (C. II. 2. b) cc), kursiv nicht im Original), deswegen kein *eigener* Begründungswert zu, als dieser sich lediglich aus den fehlenden Feststellungen zu Schuld und Schuldumfang ableitet.

³⁹ Vgl. dazu *Zabel* GA 2008, 33 ff.

⁴⁰ Dieser Grundsatz ist in neuerer Zeit insbesondere im Zusammenhang mit den Problemen der *actio libera in causa* bedeutungsvoll geworden; vgl. dazu aus der Rspr. vor allem BGHSt 42, 235 und aus der Fülle der Lit. statt anderer *Hettinger*, Die »*actio libera in causa*«, Berlin (1988), S. 436 ff.; *Hruschka* JZ 1996, 64; *Neumann*, in: Arthur Kaufmann-FS (1993), S. 581 ff. sowie *Zabel* (Fn. 21), S. 419 ff.; speziell für das Unterlassungsdelikt *Baier* GA 1999, 272.

dere Umstände eine solche Unterbrechung bewirken (können), jedoch nicht selbst thematisiert hat. Der Hinweis des *BVerfG* auf fehlende »Anhaltspunkte in äußeren Handlungen des Beschwerdeführers« verfährt beim Unterlassen gerade nicht.⁴¹ Denn, wie gezeigt, kommt es im Rahmen der Unterlassungsstrafbarkeit vor allem darauf an, die (Sonder-)Pflicht nicht als getrennt von der tatbestandmäßigen Situation zu betrachten, sie vielmehr unmittelbar auf Konfliktwirklichkeit und damit auf das Verhalten des Täters zu beziehen. Ausschlaggebend kann deshalb auch nicht die zeitbedingte Quantifizierung eines äußeren Geschehens sein, entscheidend ist die *qualitative Bestimmung des Tatverlaufs als Tatunrecht*. Das folgt im Grunde schon aus dem Begriff der materiell-rechtlichen Tat, d.h. einer willensvermittelten (vorsätzlichen, leichtfertigen) und insofern zurechenbaren Gefährdung oder Verletzung strafrechtlich geschützter Freiheitsformen (Rechtsgüter).⁴²

Eine solche qualitative Bestimmung des Tatverlaufes scheint zumindest möglich, wenn sich die vorliegende Konstellation auf die Rechtsprechung zu den Straßenverkehrsdelikten übertragen ließe.⁴³ Bekanntlich geht die Rechtsprechung davon aus, dass die (unfallbedingte) Unterbrechung der Fahrt eine rechtserhebliche Zäsur darstellt und in der Regel zur Annahme einer weiteren selbständigen Tat berechtigt, schließlich sei der Täter durch den Unfall »sowohl im äußeren Geschehen als auch in seiner geistig-seelischen Verfassung vor eine neue Lage gestellt«.⁴⁴ Schaut man jedoch genauer hin so wird deutlich, dass die insoweit angesprochenen Tatverlaufs-

⁴¹ Vgl. unter C. II. 2. b) bb) am Ende.

⁴² Dazu *Zabel* (Fn. 21), S. 187 ff. und öfter.

⁴³ Vgl. BGHSt 21, 203, 205; 23, 141, 144; 25, 72, 75; zur Annahme von Tatmehrheit zwischen der Trunkenheitsfahrt und dem unerlaubtem Entfernen vom Unfallort siehe OLG Celle JR 1982, 79.

⁴⁴ BGH VRS 13, 122; allerdings sind die materiell-rechtlichen Konsequenzen vor allem in der Lit. nicht unumstritten vgl. hierzu nur *LK-Rissing-van Saan*, StGB, 11. Auflage, Stand 1.8.1998, Berlin (2003), Vor §§ 52 ff. Rn. 39; einen Überblick über den Streit- und Diskussionsstand liefert Schönke/ Schröder-*Stree/Sternberg-Lieben*, StGB, 27. Auflage, München (2007), Vor §§ 52 ff. Rn. 85.

strukturen schon wegen der *Modalitätsdifferenz von Tun und Unterlassen* nicht mit denen des hier vorliegenden Unterlassungs(dauer)delikts vergleichbar sind. D. h. wer sich nach einem anlässlich einer Trunkenheitsfahrt herbeigeführten Verkehrsunfall dazu entschließt, weiter zu fahren, muss zur Verwirklichung dieses Entschlusses *aktiv* tätig werden, also die äußere Situation durch eigenes Tun *gestaltend* verändern. Das aber muss der Unterlassungstäter gerade nicht, lässt er doch seine einmal getroffene Entscheidung nur *weiterwirken* und so dem äußeren Geschehen einfach seinen Lauf.

Näher liegt es dagegen schon, eine »Zäsurwirkung« der letztinstanzlichen rechtskräftigen Entscheidung zu erwägen,⁴⁵ stellt diese (scil.: die strafgerichtliche Entscheidung) doch verbindlich und nunmehr unangreifbar fest, dass den Angeklagten tatsächlich die strafbewehrte rechtliche *Verpflichtung* traf, die von ihm verweigerte Entscheidung, hier Genehmigung der Ausreise von S, zu fällen und insoweit *rechtsgutserhaltend* tätig zu werden. Dennoch würde auch diese Begründung übersehen, dass die Entscheidung kontrovers, also als Resultat eines – trotz der Verpflichtung der staatlichen Organe der Strafrechtspflege auf Objektivität im Rahmen unseres reformierten Inquisitionsprozesses – antagonistisch geführten Prozessverfahrens zustande kommt, so dass von dem Angeklagten typischerweise und insbesondere im Rahmen *rechtserheblichen Unterlassens* nicht erwartet werden kann, sowohl sein äußeres Verhalten als auch seine eigene (innere) Überzeugung abzuändern.⁴⁶

⁴⁵ Vgl. dazu bereits die Ausführungen unter Punkt IV.

⁴⁶ Etwas anderes ließe sich nur vertreten, wenn man auf einen (rechtlich) fixierbaren Entfremdungsprozess und – dementsprechend – auf eine zeitlich fixierbare »Entkopplung« der Mutter-Kind-Beziehung abstellen könnte. Aber abgesehen davon, dass die (entwicklungs-) psychologischen Unwägbarkeiten strafrechtlich kaum zu beherrschen wären, müsste gezeigt werden, dass damit im Sinne von § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB von einem *erneuten* (und insofern andersgearteten) »Vorenthalten« die Rede sein kann.

Das Ergebnis scheint mit Blick auf den häufig geltend gemachten Interventionsaspekt des Strafrechts mehr als unbefriedigend zu sein. Allerdings ist das mit dem Ergebnis verbundene Zufallsmoment *rechtsprinzipiell* unhintergebar und macht sich ja auch in dem von der Staatsanwaltschaft gewählten Anklagezeitpunkt geltend: Je nach dem, wann angeklagt wird, ist der *schuldmitbegründende* Zeitraum der »Vorenthaltung« unterschiedlich, was notwendig zu Unterschieden in der Bestrafung führen muss.

Fehlt es vorliegend bereits an einer neuen selbständigen Tat im materiell-rechtlichen Sinne, kann auch prozessual *nicht* von einer neuen Tat die Rede sein,⁴⁷ da in Konstellationen wie dieser eine Tat im materiellen Sinn auch eine Tat im prozessualen Sinn darstellt.⁴⁸ Aus diesem Grund verstößt die Mehrfachbestrafung des Beschwerdeführers gem. § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB auch gegen den *ne bis in idem*-Grundsatz. – Das BVerfG hat diesen Gesichtspunkt in seiner Begründung weitgehend ausgeklammert. Wäre es vertieft darauf eingegangen, so hätte es sich auch mit der Frage auseinandersetzen müssen, warum die einmal getroffene Entscheidung des Unterlassungstäters, eine von ihm geschuldete Leistung nicht zu erbringen, in *strafrechtlicher* Sicht als ebenso oder ähnlich »unumstößlich« anzusehen ist wie die Gewissensentscheidung des Totalverweigerers,⁴⁹ liegt doch der einzig *relevante* Unterschied in der formell-rechtlichen Ausübung staatlicher Zwangsmacht,

⁴⁷ Anders wohl *Roxin*, der bereits für das Problem der Totalverweigerung in jedem Verweigerungsakt auch eine neue Tat sehen will, da, so dessen Überzeugung, der Tatbegriff ansonsten »konstruktiv überdehnt« werde; *Roxin* schlägt vor, dem damit einhergehenden Problem der Mehrfachbestrafung durch das verfassungsrechtliche *Übermaßverbot* zu begegnen, (Fn. 3), § 50 Rn. 19. Freilich unterläuft er insoweit die dogmatisch notwendige und allein verfassungsrechtlich, d.h. durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht begründbare Systematisierung der konflikttypischen Verhaltens- bzw. Unterlassensformen.

⁴⁸ Vgl. dazu die Überlegungen unter Punkt III.

⁴⁹ Siehe hierzu auch die Ausführungen unter Punkt IV.

der (erneuten) Zustellung des Einberufungsbescheids einerseits, der (wiederholten) Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft andererseits.⁵⁰

VII. Rechtspraktische Konsequenzen

Die rechtspraktischen Konsequenzen sind offenkundig. Eine Strafbarkeit wegen eines »*Folge-Unterlassens*«, gem. § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB, lässt sich weder in materiell-rechtlicher noch in prozessualer Hinsicht begründen. Die angegriffene Verurteilung kann, darin ist dem *BVerfG* uneingeschränkt zuzustimmen, vor der Verfassung keinen Bestand haben. Deutlich werden so zugleich die Grenzen strafrechtlicher Konfliktlösung. Ein konsequent angewandtes Tatschuldstrafrecht ist notwendig auf einen (zeitlich) bestimmten Geschehensausschnitt verwiesen, der wiederum strikt auf das tatbestandlich geschützte Rechtsgut und das spezifische Täterverhalten bezogen ist; dass das die Rechtsanwendung vor zum Teil große Probleme stellt, steht außer Zweifel.⁵¹

Vorliegend bleiben deshalb nur die *zivilprozessualen* Möglichkeiten, insbesondere die der Zwangsvollstreckung bei unvertretbaren Handlungen in Form von Zwangsgeld und Zwangshaft, gem. §§ 888, 913 ZPO.⁵² Letzteres verweist zugleich auf die notwendige Selbstbeschränkung einer rechtsstaat-

⁵⁰ Vgl. dazu auch die Argumentationsrichtung von BVerfGE 23, 191 ff (203-206): Es sei gerade die Gewissensentscheidung, die der Entscheidung, Kriegs- und Ersatzdienst zu verweigern, die besondere Festigkeit gebe, die es verbiete, ihn »in die Schablone der Dauerstraftat zu pressen«.

⁵¹ Zur generellen und nach wie vor virulenten Problematik der Aburteilung von Dauer- bzw. Organisationsdelikten siehe nochmals Fezer (Fn. 3), S. 125 ff.; Kleczewski (Fn. 27) und Schlüchter (Fn. 3), 1057 ff. sowie die Erläuterungen in Fn. 27.

⁵² Vgl. dazu Putzo/Thomas-Hüßtege, ZPO, 29. Auflage, München (2008), §§ 888 Rn. 1 ff. und 913 Rn. 1.

lich organisierten Gesellschaft; ein Gesichtspunkt, den *Gerhard Fezer* immer wieder betont hat.

Tatbestandsbildung als Feinderklärung?

Mit den Anschlägen von New York und Madrid haben die Straftatbestände der §§ 129 – 129b StGB neue Aktualität gewonnen. Der Gesetzgeber hat darauf vor allem mit zwei Gesetzesnovellen reagiert, mit dem 34. StrÄndG¹ und mit dem Terrorbekämpfungsgesetz von 2003². Wenngleich diese Novellen³ die genannten Vorschriften zu einem kleinen Teil sogar enger gefasst haben⁴, so steht doch die Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs ganz im Vordergrund: nicht nur inhaltlich, sondern mit dem Inkrafttreten von § 129b StGB auch räumlich. Nach den genannten Anschlägen wurde der »Krieg gegen den Terror« ausgerufen. Dies äußerte sich zuerst in militärischen Aktionen in Afghanistan. Mit der Neufassung der §§ 129 – 129b StGB scheint aber das für den Krieg konstitutive Freund/Feind-Schema nun auch in das Strafrecht und damit in das Verhältnis Staat/Bürger Einzug er-

¹ G. v. 22. August 2002, BGBl. I, 3390; krit. dazu *Fürst*, Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB, Frankfurt/Main [u. a.] 1989, S. 143; *Kühl*, NJW 1987, 737; v. *Plottnitz*, ZRP 2002, 351.

² G. v. 22. Dezember 2003, BGBl. I, 2836; zu weiterer Gesetzgebung im Zusammenhang mit der Verfolgung des Terrorismus vgl. *Weißer*, JZ 2008, 388 Fn. 2.

³ Protokoll der 125. Sitzung des Rechtsausschusses der 14. Wahlperiode vom 24. April 2002, S. 33 ff.; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 24. April 2002, BT-Drucks. 14/8893, S. 8.

⁴ Zum einen muss jetzt die terroristische Intention eigens festgestellt werden, wenn eine Vereinigung keine Tötung oder keine Geiselnahme bezweckt (§ 129a Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F.), vgl. dazu BGHSt 52, 98; BGH NStZ 2008, 146, 148. Zum anderen ist das Werben jetzt nicht mehr schlechthin, sondern nur als Werben um Mitglieder und Unterstützer strafbar. Dementsprechend ist dieses Werben auch kein Unterstützen i. S. v. § 129 Abs. 1, § 129a Abs. 1 StGB, so jetzt: BGH NJW 2007, 2782, 2783.

halten zu haben. Blickt man genauer hin, dann zeigt sich aber, dass schon der § 129 Abs. 1 StGB jedwedes Verhalten eigens deswegen mit Strafe bedroht, wenn es mit der Einstellung vollzogen wird, als Teil einer Vereinigung Planung und Ausführung von Straftaten zu fördern.⁵ Während niemand ernsthaft bestreitet, dass die terroristischen Anschläge selbst schwerste Verbrechen darstellen, ist durchaus fraglich, ob ein äußerlich vollkommen gesellschaftskonformes Verhalten allein durch die Einstellung, in der es vorgenommen wird, zu einer Straftat erklärt werden kann, oder ob darin nicht letztlich eine Feinderklärung zu sehen ist.

Um diese Frage zu klären, möchte ich aufzeigen, dass ein so weit verstandener § 129 StGB in einem Strafrecht, das den Täter als Bürger anspricht, keinen Platz findet, da er den Tatbegriff nicht nur materiell-rechtlich, sondern, wie *Gerhard Fezer* bereits vor knapp 20 Jahren gezeigt hat, auch prozessual entgrenzt (I.). Dies gibt Anlass, den Wurzeln der Feinderklärung nachzuspüren. Zu diesem Zweck werde ich Geschichte und Gegenwart des Feindstrafrechtstheorems skizzieren und mit seiner Hilfe zu klären versuchen, inwiefern der Tatbestand des § 129 StGB eine Feinderklärung darstellt (II.). Daran knüpfen sich Reformüberlegungen an (III.).

I. Bürgerstrafrecht

Feindstrafrecht ist der Gegenbegriff zum Bürgerstrafrecht. Dieses bezieht sich auf einen bestimmten sozialen Kontext. Um Bürgerstrafrecht richtig zu verstehen, müssen wir zunächst wissen, was eine Zivilgesellschaft ausmacht.

⁵ So jedenfalls die herrschende Auslegung: *Th. Lenckner/D. Sternberg-Lieben* in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München 2006, § 129 Rn. 13. Dazu sogleich näher.

1. Das Tatstrafrecht der Zivilgesellschaft

Moderne Gemeinwesen westlichen Typs gehen nicht im Staate auf. Sie belassen ihren Bürgern vielmehr eine Sphäre des selbst gestalteten Miteinanders. Das ist nicht nur eine empirische Tatsache⁶, sondern auch normativ bedeutungsvoll. Unser Rechtsstaat ist grundrechtsgebunden, Art. 1 Abs. 3 GG. In der Freiheitsvermutung⁷ des Art. 2 Absatz 1 GG kommt auch das Primat der sozialen Selbstverantwortung zum Ausdruck. Institutionell betrachtet sichert daher der Grundrechtskatalog der Art. 1 - 19 GG die Trennung von Staat und Gesellschaft ab.⁸

Die Grundstruktur dieser Zivilgesellschaft ist schon seit mehr als 200 Jahren Gegenstand sozialwissenschaftlicher Analyse. Zweierlei ist dabei besonders bedeutsam:⁹ Zum einen ist diese Gesellschaft nicht hinreichend begriffen als ein Netz punktueller Kontakte selbstbezogen handelnder Individuen. Vielmehr konstituieren sie diese Gesellschaft, indem sie zum gegenseitigen Eigennutz dauerhaft miteinander kooperieren. Zum anderen darf man diese »civil society« nicht auf eine Sphäre der ökonomischen Produktion reduzieren, wie es Marx der Tendenz nach getan hat.¹⁰ Wenngleich die Arbeit füreinander Denken und Handeln der Menschen maßgeblich bestimmt, so habitualisieren sie darin nicht nur ihre technischen Fertigkeiten. Vielmehr verstetigen sie darin gleichzeitig ihre gegenseitige Anerkennung und bilden so eine gemeinsame Identität der Bürger aus, als Personen in

⁶ Überblick bei A. Bülow, Art. »Gesellschaft«, in: Wörterbuch der Soziologie hrsg. v. Bernsdorf, 2. Aufl., Stuttgart 1969, S. 355 ff.

⁷ BVerfGE 38, 281, 298.

⁸ N. Luhmann, Grundrechte als Institutionen: ein Beitrag zur politischen Soziologie, 4. Aufl., Berlin 1999, S. 187.

⁹ Näher zum Folgenden: D. Kleszczewski, ARSP 1997, Beiheft 71, 140, 144 ff.

¹⁰ K. Marx, in: ders./F. Engels, Werke, 14. Aufl., 1983, Band 13, S. 616.

gleicher Weise frei zu sein.¹¹ Schon *Locke* hat gezeigt, dass sich damit ein Eigeninteresse an dem Vorhandensein gewisser staatlicher Einrichtungen, namentlich der Rechtspflege und der Polizei, verbindet.¹² Hierdurch erhalten die, bereits durch alltägliche, habitualisierte Anerkennung in ihrem Bestand gefestigten, subjektiven Rechte der Einzelnen ihre institutionelle Absicherung.¹³

Gegenüber diesem, gesellschaftlich anerkannten und gesetzlich abgesicherten, freien Dasein der Person stellt nun die Straftat eine spezifische Unrechtsform von eigener Schwere dar. Ihr Wesen lässt sich ein Stück weit aus den Voraussetzungen herauslesen, die das BVerfG an die Verhängung von Strafe knüpft: Nach ihm darf mit Strafe nur dasjenige Verhalten geahndet werden, mit dem sich der Täter schlechthin gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat.¹⁴ Strafe setzt damit verschiedenartige Verletzbarkeiten unserer Rechtsordnung voraus. Sie schützt nicht deren dispositiven Bestandteile, sondern ihre durch und durch konstitutiven Elemente.

Höchstwert unserer Verfassung und damit konstitutiv für unsere Rechtsordnung ist die Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG. Jeder Mensch ist danach Zweck an sich selbst und darf niemals zum bloßen Objekt gemacht werden.¹⁵ Wer aber einen anderen willentlich angreift, wie es für Kriminalität typisch ist, der zieht fremde Rechtsgüter nicht zufällig in Mitleidenschaft. Die willentliche Verletzung fremder Rechtsgüter zwingt deren Inhaber vielmehr einen fremden Willen auf und degradiert ihn so zum bloßen Ob-

¹¹ So *G. W. F. Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1820, § 209, Bd. 7, S. 360 f. Die Werke Hegels werden nach der Werkausgabe Moldenhauer/Mickel, 1970, jeweils nach Band, Paragraph und Seite zitiert.

¹² *J. Locke*, *Two Treatises of Government*, 1689, zitiert nach der Edition P. Laslett, Cambridge 1988, Second Treatise, §§ 77 ff., 95 ff., 134 ff., 143 ff.

¹³ *Hegel*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 11), §§ 217, 222, Bd. 7, S. 370, 375.

¹⁴ BVerfGE 22, 49, 80; 27, 18, 29, 33. Eingehend zum Begriff der Strafe *M. Köhler*, *Strafrecht allgemeiner Teil*, Berlin [u. a.] 1997, S. 37 f.

¹⁵ BVerfGE 45, 187, 227 f.

jekt für fremde Willkür.¹⁶ Hierdurch ist nicht nur das Opfer in seinem elementaren Selbstwert, seiner Rechtsfähigkeit, getroffen, hierdurch ist auch unser auf die Menschenwürde verpflichtetes Gemeinwesen aufgerufen, sich schützend vor das Opfer zu stellen (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Gehört es zum Wesen des Verbrechens, ein Angriff auf fremde Rechtsfähigkeit zu sein¹⁷, dann reicht es freilich nicht aus, das Opfer bloß materiell schadlos zu stellen. Aus der Schutzpflicht des Staates folgt vielmehr, dass er derart elementare Rechtsbrüche durch Zufügung einer Rechtseinbuße zu tadeln, d. h. zu bestrafen hat.¹⁸ Er stellt damit den Respekt vor der Rechtsfähigkeit des Opfers wieder her.

Schon an dieser Stelle lässt sich fragen, ob das Strafrecht nicht jeden Verbrecher als »Feind« ansieht, wenn es ihn als denjenigen versteht, der sich schlechthin gegen die Rechtsordnung auflehnt, und ihn ggf. mit Freiheitsstrafe von der Gesellschaft mit anderen ausschließt. In der Tat haben *Rousseau*¹⁹ und *Fichte*²⁰ dies so gesehen. Doch das wäre voreilig. Niemand kann die ganze Welt vernichten. Vielmehr greift eine Straftat immer bestimmte Rechtsgüter an und stellt daher Rechtsfähigkeit – wie *Hegel* es zeigt²¹ – immer auch nur in bestimmter Hinsicht in Frage, anerkennt sie aber im Übrigen. Wer etwa einen anderen bestiehlt, der negiert gewiss das Eigentum des Opfers, missachtet aber nicht zugleich auch dessen Körperintegrität.²² Nicht zuletzt lässt eine in sich gefestigte Zivilgesellschaft Opfern Zuwen-

¹⁶ Vgl. *D. Kleszczewski*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bonn 2008, Rn. 13 ff.

¹⁷ *Köhler*, AT (Fn. 14), S. 23; daran anschließend: *Kleszczewski*, AT (Fn. 16), Rn. 13.

¹⁸ BVerfGE 39, 1, 46 f.

¹⁹ *J.-J. Rousseau*, *Du Contrat social*, 1762, Zweites Buch, 5. Kap., zitiert nach der von R. Derathé herausgegebenen Ausgabe, Paris 1964, S. 198 f.

²⁰ *J. G. Fichte*, *Grundlagen des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1796, § 20, hrsg. v. J. H. Fichte, Berlin 1971, Band III, S. 260.

²¹ *Hegel*, *Rechtsphilosophie* (Fn. 11), § 96, Bd. 7, S. 183 f.

²² *D. Kleszczewski*, GA 2000, 257, 264 f.

zung zukommen, was die Betroffenheit durch die Straftat erträglicher macht.²³ Daraus folgt: In einem Bürgerstrafrecht bildet das Maß der Schuld die Grundlage der Strafe (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB). Ferner finden eliminierende Sanktionen in ihm keinen Platz.²⁴ Beides zusammen bewirkt, dass Strafe zugleich auch das Recht im Verhältnis zum Täter wiederherstellt.²⁵ So bleibt der Delinquent als Person und Bürger weiterhin geachtet.

2. Das Gesinnungsstrafrecht des § 129 StGB

Gemessen an den eben entwickelten Grundsätzen finden, wie jetzt zu zeigen ist, der § 129 StGB und die darauf aufbauenden §§ 129a, 129b StGB in einem Bürgerstrafrecht keinen Platz.

Der Tatbestand des § 129 StGB ist in mehrfacher Hinsicht einzigartig: Dafür muss man nicht erst auf die Tatbestandsvarianten des »Werbens« bzw. des »Unterstützens« einer kriminellen Vereinigung eingehen. Es gilt bereits für die zentrale Begehungsweise des Sich-Beteiligens als Mitglied. Nach der Rechtsprechung ist eine kriminelle Vereinigung ein auf gewisse Dauer berechneter organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die bei Unterordnung des Willens des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit²⁶ gemeinsame Zwecke verfolgen²⁷, zu deren Verwirklichung sie sich auf die Begehung einer Mehrzahl von im einzelnen noch nicht konkre-

²³ Hegel, Rechtsphilosophie (Fn. 11), § 218, Bd. 7, S. 372 f.; dazu: Kluszczewski, ARSP 1997, Beiheft 71, 140, 148; Aktualisierung bei Köhler, AT, S. 36, 582 f.

²⁴ Vgl. BVerfGE 45, 187, 228 m. w. Rspr.

²⁵ Kluszczewski, AT (Fn. 16), Rn. 24.

²⁶ BGHSt 31, 239, 240 m. Anm. H.-J. Rudolphi, JR 1984, 32; BGH NStZ-RR 2002, 300, 301; BGH NStZ 2007, 31; gegen Ausweitungstendenzen aufgrund des EU-Rahmenbeschlusses (Abl. EG Nr. L 164/4): BGH NStZ 2008, 146, 148 f.

²⁷ BGHSt 31, 202, 204; 45, 26, 35; BGH NStZ-RR 2002, 300, 301.

tisierten Straftaten festgelegt haben.²⁸ Als Mitglied beteiligt sich, wer sich unter einvernehmlicher Eingliederung in die Organisation deren Willen unterordnet und eine Tätigkeit zur Förderung der kriminellen Zwecke der Vereinigung entfaltet.²⁹ Dabei ist eine fortwährende Betätigung nach der Rechtsprechung nicht vorausgesetzt. Zwischen einzelnen Beteiligungsakten können lange Pausen liegen. Das gesamte Geschehen kann sich über Jahre hinstrecken. Nicht zuletzt vereinigt der Tatbestand in sich ganz verschiedenartige Verhaltensweisen, die weder nach der Art der Vorbereitung bzw. der Ausführung noch nach dem Gerichtetsein auf ein Rechtsgut gleichmäßig bestimmbar sind.³⁰

Eine solche Strafvorschrift schützt kein eigenes Rechtsgut. Mit ihr wird vielmehr der Rechtsgüterschutz, den andere Strafnormen bezwecken, ganz an den Anfang der Vorbereitungsphase vorverlegt.³¹ Zwar hat es durchaus Versuche gegeben, dem § 129 StGB ein eigenes Rechtsgut zuzuweisen.

²⁸ BGHSt 27, 325, 328; 49, 268, 272; BGH NJW 1975, 985; NJW 2005, 1668, 1670; BGH NStZ 1999, 503, 504.

²⁹ S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 5), § 129 Rn. 13. Vgl. w. BGH NStZ 1993, 37, 38; BGHSt 29, 114, 116; OLG Karlsruhe NJW 1977, 2222, 2223. Einen Sonderfall bildet der Hungerstreik, vgl. BGH NJW 1989, 2827, 2828.

³⁰ BGHSt 29, 288, 294; BVerfGE 56, 22, 33. E. v. Bubnoff, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 11. Aufl., Berlin 2005, § 129 Rn. 45; S/S/Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 5), § 129 Rn. 13; H.-J. Rudolphi/U. Stein, in: Rudolphi/Horn/Samson/Günther, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, Besonderer Teil, 7./8. Aufl., Köln, Stand: April 2008, § 129 Rn. 16b.

³¹ OLG München, NJW 2007, 2786, 2787; ähnlich det Sache nach: BGHSt. 49, 268, 271 f.; W. Bottke, JR 1985, 122, 123; R. Langer-Stein, Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen, 1987, S. 88, 187; ähnlich: Fürst, Grundlagen (Fn.1), S. 1989, S. 55; H. Giering, StV 1983, 296, 302; R. Hefendehl, StV 2005, 156, 160; W. Hohmann, wistra 1992, 82; C. Kreß, JA 2005, 220, 227; B. Müssig, Der Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz, 1994, S. 216, 241; H. Ostendorf, JA 1980, 499, 500; H.-J. Rudolphi, ZRP 1979, 214; W. Scheif, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)? 1997, S. 25 ff.; F. C. Schroeder, Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, S. 9 ff.

Doch diese Versuche können alle als gescheitert gelten. Hinter den angegebenen Schutzzwecken »öffentliche Friede« bzw. die »öffentliche Sicherheit«³² steht der Inbegriff der Rechtsgüter des Individuums bzw. der Allgemeinheit. Schutzzwecke wie »Sicherheitsgefühl« oder »Vertrauen in die Geltung von Normen« finden ihren Rückhalt entweder im Bestandsschutz konkret benennbarer Rechtsgüter, oder aber sie postulieren die Einhaltung von Normen als Selbstzweck und haben dann in einem vom Rechtsgüterschutz ausgehenden Kriminalstrafrecht keinen Platz.³³

Wie dargestellt, pönalisiert das Bürgerstrafrecht nur Angriffe auf fremde Rechtsfähigkeit. Seinen Kern bilden daher die Strafdrohungen für Verletzungsdelikte. Zwar steht der dem Bürgerstrafrecht zugrunde liegende Verbrechensbegriff und das aus ihm folgende Tatprinzip einer Vorverlagerung der Strafbarkeit in die Vorbereitungsphase nicht schlechthin entgegen. Doch muss ein so gefasster Tatbestand dann jedenfalls eine abstrakte Gefährdung umschreiben. Daran fehlt es aber, recht besehen, bei § 129 StGB ebenso wie bei den darauf aufbauenden §§ 129a, 129b StGB.

Begriff und Legitimation abstrakter Gefährdungsdelikte sind zwar noch nicht hinreichend geklärt.³⁴ Doch lässt sich m. E. soviel festhalten:³⁵ Das Strafrecht findet unter dem Grundgesetz seine Legitimation im Rechtsgüterschutz. Es darf daher nur Verhaltensweisen pönalisieren, von denen im Einzelfall jedenfalls feststeht, dass sie Kräfte entfalten, deren Ausdehnung man nicht beherrscht und die daher geeignet sind, Rechtsgüter zu verletzen. Der bloßen Betätigung als Mitglied in einer kriminellen bzw. einer terroristischen Vereinigung haftet diese Eigenschaft freilich nicht an. Das mag

³² BGHSt. 41, 47, 51; zust. *K. Lackner/ K. Kühl*, Strafrecht mit Erläuterungen, 26. Aufl., München 2007, § 129 Rn. 1 m. w. N.

³³ Überzeugend: *R. Langer-Stein*, Legitimation (Fn. 31), S. 28 ff.

³⁴ Überblick über die Diskussion bei *C. Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., München 2006, § 11 Rn. 154 ff.

³⁵ Zum Folgenden: *Kleszczewski*, AT (Fn. 16), Rn. 130 ff.

auf den ersten Blick erstaunen. Hier ist es wichtig, Folgendes klarzustellen: Eine kriminelle bzw. eine terroristische Vereinigung liegt nach der konkreten Normvorstellung des Gesetzgebers nicht erst dann vor, wenn die Mitglieder die Ausführung einer bestimmten Straftat beschlossen haben und sie schon damit beginnen, diese vorzubereiten. § 129 StGB setzt nach Auffassung des Gesetzgebers viel früher an. Es reicht aus, wenn sich Menschen überhaupt erst einmal zusammenschließen, um sich später auf noch zu konkretisierende Straftaten zu einigen.³⁶

Der Strafgrund der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung lässt sich daher allenfalls aus der Eigendynamik der Gruppe heraus begründen, die zur Vorbereitung und zur Begehung von Straftaten hindrängt.³⁷ Nun ist gewiss nicht zu leugnen, dass Gruppendiskussionen auf die individuelle Willensbildung Einfluss nehmen und so den späteren Tatentschluss des einen oder anderen mitbestimmen. Eine Vorverlagerung der Strafbarkeit ist freilich erst dann gerechtfertigt, wenn die enthemmenden Wirkungen eines Vorverhaltens ein Ausmaß annehmen, das die Fähigkeit zu einer freien Entscheidung im Zeitpunkt der Tat zumindest erheblich vermindert. Das lehrt schon ein Blick in § 323a StGB. Diese Vorschrift stellt bekanntlich den Vollrausch unter Strafe, wenn es infolgedessen zu einer rechtswidrigen Tat kommt. Der Gesetzgeber sieht den Strafgrund hier darin, dass der Täter sich derart enthemmt, dass er zu Rechtsbrüchen neigt und diesem Geneigtsein hierzu nicht mehr durch Reflexion auf das Recht Einhalt gebieten kann.³⁸ Nun mögen Gruppendiskussionen die Mitglieder dazu verführen, sich das Unrecht der in Aussicht genommenen Taten zu verdunkeln. Doch

³⁶ So jedenfalls bisher die Rspr.: BGH NJW 1954, 1254; 2006, 1603; vgl. w. die Rspr. in Fn. 28.

³⁷ SK-StGB/Rudolphi/Stein (Fn. 30), § 129 Rn. 3; vgl. F.-C. Schroeder, Die Straftaten gegen das Strafrecht. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 28. November 1984, Berlin 1985, S. 22, 28.

³⁸ BGHSt 16, 124; zust. Lackner/Kühl (Fn. 32), § 323a Rn. 1 m. w. N.

kann bei einer schlichten Unterordnung unter den Gruppenwillen nicht ernsthaft davon die Rede sein, dass sie bei denjenigen, die später zu den in Aussicht genommenen Taten schreiten, zum Ausschluss oder erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit führt.³⁹ Daher beruht ein so verstandener Tatbestand des § 129 StGB letztlich auf einer reinen Gefahrenpräsumtion.⁴⁰ Die bloße Vermutung einer Gefahr steht aber einer realen Gefahr und damit einem Angriff auf ein fremdes Rechtsgut nicht gleich. Diese weite Auslegung des § 129 StGB sprengt daher die Grenzen, die der materielle Verbrechensbegriff der Strafgewalt des Staates setzt und macht zudem die Norm unbestimmt.⁴¹

Die §§ 129 ff. StGB pönalisieren daher nicht eine Tat wegen der ihr anhaftenden (abstrakten) Gefahr. Sie kriminalisieren vielmehr einen wegen seiner Absichten als gefährlich angesehenen Täter. Die §§ 129 ff. StGB widersprechen daher dem Tatprinzip und haben als Gesinnungsstrafrecht in einem Bürgerstrafrecht keinen Platz.

3. Zur Entgrenzung des prozessualen Tatbegriffs durch § 129 StGB

Noch verheerender sind freilich die Konsequenzen, zu denen die Anwendung der §§ 129 ff. StGB im Strafprozess führt, wie unser Jubilar bereits vor etwa 20 Jahren aufzeigte. Das lässt sich gut anhand eines Falles veranschaulichen, den der BGH im Jahre 1980 zu entscheiden hatte:⁴²

³⁹ Von einer Enthemmung durch die Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung spricht freilich: BGHSt. 49, 269, 271.

⁴⁰ Zutreffend: *U. Fieber*, Die Verbrechensverabredung, § 30 Abs. 2, 3. Alt. StGB, Frankfurt/Main [u. a.] 2001, S. 179; S. 148 ff.; krit. zur Pönalisierung des jedenfalls des bloßen Gründens eines kriminellen Vereinigung auch *W. Beck*, Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung, 1992, S. 206; zust. *Köhler*, AT (Fn. 14), S. 567.

⁴¹ Anders: BVerfGE 17, 155, 165 ff.; OLG München, NJW 2007, 2786, 2789.

⁴² BGHSt 29, 288, 288 ff.; gebilligt von BVerfGE 56, 22, 27.

a) Die Angeklagte war von 1971 - 1974 Mitglied der Roten Armee Fraktion, der »RAF«. Im Jahre 1972 hatte sie im Auftrag der »RAF« einen Sprengstoffanschlag verübt, durch den mehrere Menschen getötet worden waren. Im Jahre 1976 wurde sie rechtskräftig wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung verurteilt. Im Jahre 1977 fiel der Verdacht auf sie, auch an dem Sprengstoffanschlag beteiligt zu sein. So wurde sie nun auch wegen dieser Tat angeklagt und im Jahre 1979 u. a. wegen Mordes verurteilt.

Mit der Revision machte sie nun den Verbrauch der Strafklage gemäß Art. 103 Abs. 3 GG geltend. Diese Verfassungsbestimmung untersagt es, jemanden wegen derselben Tat zweimal zu bestrafen. Das Grundgesetz nimmt dabei Bezug auf den prozessualen Tatbegriff⁴³, wie er durch die st. Rspr. entwickelt worden ist⁴⁴: Danach ist eine Tat der geschichtliche, räumlich und gegenständlich begrenzte Vorgang, auf welchen die Anklage hinweist, innerhalb dessen der Angeklagte nach Auffassung der Staatsanwaltschaft einen Straftatbestand verwirklicht haben soll und der nach natürlicher Lebensauffassung einen einheitlichen Lebensvorgang bildet.⁴⁵ Dieser prozessuale Tatbegriff ist zwar nicht identisch mit dem materiell rechtlichen Begriff einer Tat, er steht aber in einem inneren Zusammenhang mit ihm. Grundsätzlich gilt daher: Liegt im materiell-rechtlichen Sinne Tateinheit vor, dann hat man auch prozessual von einer Tat auszugehen. So lag der Fall hier: Der Sprengstoffanschlag wurde als eine Tätigkeit zur Förderung der Ziele der »RAF« verübt, er war zugleich ein Mord und eine Beteiligung an einer kriminellen respektive einer terroristischen Vereinigung. Dementsprechend hätte die Angeklagte nicht mehr wegen Mordes verurteilt werden dürfen.

⁴³ Zu dieser Bezugnahme G. Fezer, in: Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, hrsg. v. K. Schmidt, Berlin 1990, S. 125.

⁴⁴ BVerfGE 56, 22, 28.

⁴⁵ BGHSt 13, 320, 321; 23, 141, 145; 32, 215, 216; 35, 80, 81 f.; näher dazu: D. Kleszczewski, Strafprozessrecht, Köln [u. a.] 2007, Rn. 519 ff.

Dieser Zusammenhang zwischen dem materiell-rechtlichen und dem prozessualen Tatbegriff folgt aus der Struktur des reformierten Strafverfahrens: Gemäß § 200 StPO schildert die Anklage ein tatsächliches Geschehen und steckt damit den Rahmen der gerichtlichen Untersuchung ab, § 155 Abs. 1 StPO. Auf dieser Grundlage entsteht dann eine umfassende gerichtliche Kognitionspflicht des Gerichts.⁴⁶ Darin enthalten ist das Gebot, die angeklagte Tat vollständig zu erledigen.⁴⁷ Bei Idealkonkurrenz bedeutet dies: Das Gericht hat den angeklagten Sachverhalt unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt zu würdigen, selbst wenn dessen Voraussetzungen in der Anklage nur ansatzweise geschildert sind.⁴⁸ Da die Staatsanwaltschaft die Mitgliedschaft in der »RAF« auch für den Zeitraum des Anschlages angeklagt hatte, erstreckte sich das Urteil auch auf dieses Geschehen. Die Angeklagte hätte daher im späteren Verfahren nicht wegen Mordes verurteilt werden dürfen.

So hat der BGH den Fall aber nicht entschieden. Er hat zwar Idealkonkurrenz angenommen, gleichwohl aber das Geschehen in zwei prozessuale Taten aufgespaltet und so den Strafklageverbrauch verneint.⁴⁹

b) Nun mag man diese Entscheidung aus Gründen materieller Strafgerechtigkeit für nachvollziehbar halten, schließlich war die Angeklagte ja im ersten Verfahren - objektiv betrachtet - »viel zu gut« davongekommen. Das Urteil führt aber dazu, dass bei Strafverfahren wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen bzw. terroristischen Vereinigung letztlich nie eine Rechtsfrie-

⁴⁶ Fezer, in: Schmidt (Fn. 43), S. 127.

⁴⁷ G. Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., München 1995, Fall 18 Rn.15 ff.; ders., in: Schmidt (Fn. 43), S. 127 f.

⁴⁸ H. Krauth, Zum Umfang der Rechtskraftwirkung bei Verurteilung von Mitgliedern krimineller und terroristischer Vereinigungen, in: Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, hrsg. v. K. H. Gössel [u. a.], München 1985, S. 215, 232.

⁴⁹ BGHSt 29, 288, 296 f.

den schaffende Entscheidung möglich ist, und die Verurteilten daher permanent weitere Verfolgungen zu gewärtigen haben. Das widerspricht den Grundsätzen eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK).

c) Mit dieser Feststellung hat freilich das Drama jedoch noch nicht sein Ende gefunden. Denn auch die Beibehaltung der bis 1980 herrschenden Rechtsprechung führt nicht zu rechtsstaatlich akzeptablen Ergebnissen, wie unser Jubilar eindringlich herausgearbeitet hat:⁵⁰ Wie dargestellt, erfasst § 129 StGB jedwede Betätigung für die Organisation. Sie ist weder zeitlich noch räumlich, weder durch die Art des Rechtsgutsangriffs, die Modalität der Ausführung oder Planung des Täters eingrenzbar.⁵¹ Die allseitige Kognitionspflicht des Gerichts führt bei einem solchen Tatbestand dazu, dass das Gericht den angeklagten Sachverhalt nach allen Straftatbeständen hin zu untersuchen und abzuurteilen hätte. Es hat dabei zudem den Zusammenhang zu zeitlich vorhergehenden und nachfolgenden Handlungen im Auge zu behalten.⁵² Das zwingt zu uferlosen Ermittlungen und steht damit ebenfalls dem endgültigen Abschluss des Verfahrens entgegen.⁵³

⁵⁰ Fezer, in: Schmidt (Fn. 43), S. 132.

⁵¹ Fezer, in: Schmidt (Fn. 43), S. 133.

⁵² Fezer, in: Schmidt (Fn. 43), S. 133 f.

⁵³ Fezer, in: Schmidt (Fn. 43), S. 134.

4. Zwischenergebnis

Halten wir fest:

- a) Die §§ 129 ff. StGB pönalisieren nicht eine Tat. Sie kriminalisieren einen wegen seiner Einstellung als gefährlich angesehenen Täter. § 129 StGB widerspricht daher dem Tatprinzip und hat in einem Bürgerstrafrecht keinen Platz.
- b) Die §§ 129 ff. StGB entgrenzen den Gegenstand einer strafprozessualen Untersuchung und lassen sich in einem rechtsstaatlichen Verfahren nicht mehr bewältigen. Sie nähern ein Strafverfahren damit einem in polizeilichem Geiste geführten Inquisitionsprozess an.

II. Feinderklärung und Strafrecht

Lässt sich § 129 StGB damit als eine Feinderklärung verstehen? Ist er eine Erscheinungsform von Feindstrafrecht? Zu diesem Zwecke möchte ich auf das Theorem des Feindstrafrechts eingehen. Es findet seinen Vorläufer in der Feinderklärung des Römischen Rechts.

1. Die Erklärung zum Feind im Römischen Recht

Die Feinderklärung findet ihren Ursprung im Römischen Recht: Zur Kompetenz des römischen Senats gehörte in Zeiten der entwickelten Republik auch die Erklärung zum Staatsfeind (*hostis rei publicae*).⁵⁴ Dies war eine Maßnahme, die der Senat in Fällen äußersten politischen Notstandes ergriff. Mit dieser Erklärung räumte der Senat den Konsuln und anderen Ma-

⁵⁴ Die Entscheidung fiel durch *senatus consultum ultimum*; näher: *Th. Mommsen*, Römisches Staatsrecht, Dritter Band: Bürgerschaft und Senat, Zweite Abteilung, 4. Aufl., Tübingen 1952, S. 1240 ff.

gistraten gleichsam diktatorische Vollmachten ein. Der Senat griff zu dieser Maßnahme erst gegen Ende der Republik in den Zeiten beginnender sozialer Unruhen. Sicher belegt ist die Maßnahme erstmalig gegen *Gaius Sempronius Gracchus* im Jahre 121 v. Chr.⁵⁵

Durch die Erklärung des Kriegszustandes werden die bezeichneten Personen in die Lage eines Angehörigen einer fremden Macht versetzt und wie Landesverräter verfolgt. Von besonderer Bedeutung ist dabei nun, dass die Vollmacht gegen sie nicht auf die unmittelbare Gefahrenabwehr beschränkt war. Vielmehr ging man davon aus, dass der Landesverräter schon durch seine Tat das Bürgerrecht verliert und damit als Feind bestraft werden muss.⁵⁶

2. Die Adaption der Feinderklärung in der Neuzeit

Einen ähnlichen Gedankengang finden wir auch in der Neuzeit bei *Thomas Hobbes*. Die Legitimation des Staates liegt bei ihm in der Überwindung des Naturzustandes.⁵⁷ Es entspricht daher dem natürlichen Gesetz, dass sich die Bürger untereinander zum Gehorsam gegenüber der staatlichen Autorität verpflichten. Hieraus leitet *Hobbes* die Unterscheidung zwischen dem gewöhnlichen Kriminellen und dem Feind her:

»Vermöge des Vertrages, wodurch die einzelnen Bürger sich untereinander zum (...) Gehorsam (...) gegen den Staat (...) verpflichtet haben, sind sie auch verpflichtet, die einzelnen Gesetze des Staates zu beobachten; befasst doch jener Vertrag alle diese Gesetze in sich; es

⁵⁵ W. Waldstein/J. M. Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, 10. Aufl., München 2005, § 16 Rn. 15 f.

⁵⁶ Das sog. *hostem iudicare*: *Paulus*, *Digesten*, 4, 5, 5, 1. Zum Ganzen: *Th. Mommsen*, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 256.

⁵⁷ *Th. Hobbes*, *Leviathan*, 1651, 2. Teil, 17. Kap., zitiert nach der Reclam Ausgabe, Stuttgart 1970, S. 155.

ist daher klar, dass der Bürger, der sich von dem allgemeinen Gehorsamsvertrag lossagt, sich gleichzeitig von allen Gesetzen lossagt. (...) Dieses Verbrechen wird Majestätsverletzung oder Hochverrat genannt.«⁵⁸ Es hat eine besondere Qualität: »Das Vergehen (...) enthält eine Verletzung des natürlichen und nicht des Staatsgesetzes. Denn die Verbindlichkeit zum Gehorsam gegen den Staat, auf dem die Kraft des Staatsgesetzes beruht, geht allen Staatsgesetzen voraus ...«⁵⁹ Daraus schließt *Hobbes* dann: »Hieraus erhellt, dass die Aufrührer, Verräter und alle andern des Hochverrats Überführten nicht nach den Gesetzen des Staates, sondern nach den natürlichen bestraft werden; d. h. man straft sie, nicht weil sie schlechte Bürger, sondern weil sie Staatsfeinde sind (...).«⁶⁰

3. Das Theorem des Feindstrafrechts

An diese Unterscheidung knüpft nun *Günter Jakobs* mit seinem Theorem des Feindstrafrechts an.⁶¹

a) Ausgangspunkt ist für ihn: »Zweck des Rechtsstaats ist (...) wirkliche Geltung eines Rechts, das Freiheit ermöglicht.«⁶² Wenn seine Normen die Gestalt einer Gesellschaft wirklich bestimmen sollen, muss normgemäßes

⁵⁸ *Th. Hobbes*, *De Cive*, 1642, 14. Kap., 20. Abschnitt, zitiert nach Grundzüge der Philosophie. Zweiter und dritter Teil: Lehre vom Menschen und Bürger. Deutsch herausgegeben von Max Frischeisen-Köhler, Leipzig 1918, S. 239 f.

⁵⁹ *Hobbes*, *De Cive* (Fn. 58), 14. Kap., 21. Abschnitt, Grundzüge II/III, S. 240.

⁶⁰ *Hobbes*, *De Cive* (Fn. 58), 14. Kap., 22. Abschnitt, Grundzüge II/III, S. 240 f.

⁶¹ *G. Jakobs*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure. Gedächtnisschrift Prof. Fu-Tseng-Hung, hrsg. v. Yu-hsiu Hsu, Taipei 2003, S. 41 - 61 = HRRS 2004, 88 - 95. Die Anknüpfung an *Hobbes* findet sich dort: HRRS 2004, 88, 90 f., vgl. w. *Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839 ff.; *ders*: HRRS 2006, 289 ff.

⁶² *G. Jakobs*, ZStW 117 (2005), 839, 841.

Verhalten in der Hauptsache wirklich erwartbar sein. Es reicht nicht aus, dass man weiß, im Recht zu sein. Niemand geht nachts durch einen Park, wenn er damit rechnen muss dort ausgeraubt zu werden.⁶³ Zur Wiederherstellung der Normgeltung genügt es daher nicht, dem Rechtsbruch nur mit Strafe zu widersprechen. Vielmehr bedarf die Erwartbarkeit der Normtreue anderer – darin liegt m. E. ein bedenkenswerter Gedanke von *Jakobs* – auch einer gewissen kognitiven Untermauerung. Diese bezieht sich auch auf die Bereitwilligkeit des Täters, sich in seinem Verhalten an Recht und Unrecht zu orientieren.⁶⁴ Enttäuscht er diese Erwartung personalen Verhaltens dauerhaft, dann schwindet bei anderen die Bereitschaft, ihn als Person anzuerkennen. Wer sich durch seine Haltung oder durch seine Einbindung in eine Organisation vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt hat, den erklärt die Gesellschaft zu ihrem Feind und bekämpft ihn als Gefahr. Symptome für ein solches Strafrecht sind daher: die Vorverlagerung der Strafbarkeit in den Bereich der Vorbereitung, die Umfunktionalisierung der Strafe zu einem Instrument der Gefahrenabwehr und die Aufhebung der Prozesssubjektsstellung des Beschuldigten im Strafverfahren.⁶⁵

Legt man diese Maßstäbe an die oben dargestellte Anwendung der §§ 129 ff. StGB im Strafprozess an, so lässt sich kaum bestreiten, dass sie deutliche Züge eines Feindstrafrechts tragen.

b) Damit ist natürlich noch nicht ausgemacht, ob diese Art von Feindstrafrecht auch legitim ist. Unabhängig von der Möglichkeit, dieses Theorem (wie bisher hier) zur Beschreibung bestimmter rechtstatsächlicher Phäno-

⁶³ *G. Jakobs*, HRRS 2004, 88, 91.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Jakobs*, HRRS 2004, S. 88, 92.

mene einzusetzen, zielt *Jakobs* ersichtlich auf eine affirmative Verwendung⁶⁶, die nicht überzeugt.⁶⁷

aa) Das Theorem ist schon in sich widersprüchlich. Es leistet nicht die Unterscheidung zwischen Bürger und Feind. Es geht aus von der Differenzierung von zwei Aspekten am Menschen und Bürger: seiner Personalität und seiner kreatürlichen Individualität.⁶⁸ Danach sei der Mensch einerseits - losgelöst von anderen gedacht - ein Individuum, das sein Verhalten allein nach Lust-/Unlustpräferenzen steuere.⁶⁹ Als Teil einer Gruppe sei er andererseits Person. D. h. er werde von den anderen, bzw. von dem »Gewalthaber« der Gruppe, von außen als jemand definiert, der sich nach den die Gruppe fördernden Regeln, nach Normen, orientieren könne und solle.⁷⁰ Als Person zeichnet sich der Mensch nach *Jakobs* dadurch aus, dass er von sich aus das Recht achte: »Wirkliche Person ist, wessen Verhalten normgemäß ausfällt.«⁷¹ Eine Straftat ist dann »eine mit Personalität unvereinbare Tat«⁷². Ist dem so, dann kann es nicht die Personalität sein, die Menschen zu Straftätern werden lässt, sondern allein deren kreatürliche Individualität. Soweit geht *Jakobs* freilich nicht. Der Einzelne könne über seine Personalität

⁶⁶ Zu den verschiedenen Verwendungsweisen des Theorems instruktiv *L. Greco*, GA 2007.97 ff.; zust. *Roxin*, AT (Fn. 34), § 2 Rn. 127 ff.

⁶⁷ Überblick zur Kritik in der Literatur bei *Roxin*, AT (Fn. 34), Rn. 129; vgl. w. *P.-A. Albrecht*, ZStW 117 (2005), 853 ff.; *K. Ambos*, ZStR 124 (2006), 1 ff.; *J. Arnold*, HRRS 2006, 303 ff.; *K. Gierhake*, ARSP 94 (2008), 337 ff.; *T. Hörnle*, GA 2006, 80 ff.; *D. Sauer*, NJW 2005, 1703; *A. Sinn*, ZIS 3 (2006), 107 ff.; *B. Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, 335 ff.

⁶⁸ *G. Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, Berlin 1997, S. 9 ff., 32 f.

⁶⁹ *Jakobs*, Norm (Fn. 68), S. 9 ff., 14 ff.

⁷⁰ *Jakobs*, Norm (Fn. 68), S. 71, S. 32 f. Unklar ist dann, wie die Personqualität des »Gewaltshabers« entsteht. Damit ist auch unklar, wodurch die Rechtsförmigkeit seines Handelns garantiert ist, vgl. *Gierhake*, ARSP 94 (2008), 344 f.

⁷¹ *Jakobs*, Norm (Fn. 68), S. 99.

⁷² *Jakobs*, Norm (Fn. 68), S. 76.

nicht verfügen, da sie ihm von außen zugeschrieben worden sei. Die Straftat sei daher zwar nicht materiell Ausdruck von Personalität, da sie ja die bestehende gesellschaftliche Identität verletzte. Sie sei aber formell Personalität, weil die Tat als bedeutungshaltiges Tun als Entwurf einer Gegenwelt gedeutet werden könne und müsse. Doch auch mit dieser Sichtweise lässt sich zwischen Bürger und Feind nicht mehr unterscheiden, da jede Straftat einen Gegenentwurf zur bestehenden Gesellschaft darstellt. Dementsprechend verwundert es auch nicht, dass *Jakobs* als Konsequenz seiner Straftheorie einräumt, mit Strafe den Delinquenten als bloßes Objekt zu behandeln.⁷³ Dann aber kann *Jakobs* entgegen seinen eigenen Prämissen nicht mehr zwischen Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht trennen. Da jeder Mensch Zeit seines Lebens nicht nur Person, sondern auch Individuum ist, gibt es eine Seite an ihm, die ständig gegen die Schranken des Rechts aufbegehrt. In säkularisierter Weise kehrt hier der menschliche »Hang zum Bösen« wieder, wie ihn die Religionsphilosophie beschreibt.⁷⁴ Wer erstmals eine Straftat begeht, der muss demzufolge als jemand angesehen werden, der sich dauerhaft vom Recht abgewandt hat. Jeder Straftäter wäre daher als Feind anzusehen und entsprechend zu behandeln. Wie mit einer derart verstandenen Strafe die Geltung eines Rechts verwirklicht werden soll, das Freiheit ermöglicht, ist nicht einsichtig.

bb) Ungeachtet dessen leuchtet es nicht ein, dass der Bürger nur mit der Strafe als Person geachtet werde, während er als Adressat einer zulässigen Maßnahme der Gefahrenabwehr bloßes Objekt sein soll. Polizeirecht betrachtet nicht schon seiner Natur nach den Bürger als Feind. Vielmehr hat es sich in den Schranken der Verfassung zu bewegen und darf daher vor allem nicht übermäßig in die Grundrechte eingreifen und schon gar nicht zu

⁷³ *G. Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin, New York 1993, Rn. 1/20.

⁷⁴ Vgl. z. B. *I. Kant*, Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, 2. Aufl., 1794, S. 20 f.; zitiert nach der von Wilhelm Weischedel herausgegeben Ausgabe, Wiesbaden 1971, Band 8, S. 675 f.

entwürdigenden Maßnahmen greifen. Seine positiv-rechtliche Ausgestaltung erkennt daher bei den Adressaten polizeilichen Einschreitens einen unverfügbaren Bereich an und achtet damit deren Personalität.⁷⁵ Schließlich erlauben auch die Anleihen, die das Theorem vom Feindstrafrecht bei Kategorien des Polizeirechts meint nehmen zu können, insbesondere nicht Freiheitseingriffe gegen Personen allein wegen deren Einstellung. Polizeiliches Einschreiten ist nämlich, wie es das BVerfG erst jüngst wieder bekräftigt hat, von Verfassungs wegen an die Voraussetzung einer im Einzelfall bestehenden Gefahr gebunden.⁷⁶

III. Ausblick

Diesen Gedanken gilt es m. E. auch für das materielle Strafrecht fruchtbar zu machen. Dann müssten Vorschriften wie die §§ 129 ff. StGB entweder abgeschafft⁷⁷ oder aber als spezifische und deliktsbezogene Vorbereitungstatbestände ausgelegt werden. Ähnlich wie bei den Bandendelikten (z. B. §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB) wären diese auf die spezifischen Ausführungshandlungen der jeweils von der Mitgliedern der Vereinigung ins Auge genommenen Straftaten zu beziehen.⁷⁸ Ferner wäre die Vorbereitungshandlung näher zu umschreiben, z. B. als gemeinsames Planen einer konkreten Straftat.⁷⁹ Des Weiteren wäre ein Anknüpfungspunkt für eine delinquenzfördernde Eigendynamik der organisatorischen Einbindung zu benennen, z. B. die Akzeptation von Sanktionen, die den Ausstieg er-

⁷⁵ Mit anschaulichen Beispielen überzeugend genauso: *Gierhake*, ARSP 94 (2008), 352 f.

⁷⁶ BVerfGE 115, 320, 368.

⁷⁷ Eine ersatzlose Streichung befürwortet *Fezer*, in: *Schmidt* (Fn. 43), S. 125, 139.

⁷⁸ Noch strikter *Köhler*, AT (Fn. 14), S. 569, der als Strafbarkeitsbedingung das Begehen einer Straftat fordert.

⁷⁹ So *Langer-Stein*, Legitimation (Fn. 30), S. 211 ff.

schweren. Schließlich müsste man in dem Abschluss eines kriminellen Projekts (z. B. eines Anschlages) eine Zäsur⁸⁰ sehen, nach der dann der Beginn der Planung einer weiteren Straftat als erneute Verwirklichung des Sich-Beteiligens als Mitglied in einer kriminellen Vereinigung anzusehen wäre. Mit diesen Korrekturen könnte der Tatbegriff des Sich-Beteiligens an einer kriminellen, bzw. an einer terroristischen Vereinigung sowohl materiell-rechtlich als auch prozessual hinreichend scharf umrissen werden.

⁸⁰ Wie sich in einem Unfall die durch eine Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB) bzw. die einer Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB) realisiert, so im Begehen der geplanten Straftat die Gefahr des Sich-Beteiligens an einer kriminellen Vereinigung. Dementsprechend sollte die dort entwickelte Rechtsprechung zur Zäsurwirkung (BGHSt. 21, 203) auf den hiesigen Zusammenhang übertragen werden.

FRANK MEYER

Die Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafprozessrecht

A. Einleitung

Ein integraler Bestandteil effektiven Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit strafprozessualer Zwangsmaßnahmen.¹ Die Ermittlungsaktivitäten der Strafverfolgungsbehörden weisen oft eine besonders hohe Eingriffsintensität auf. Bei Abwägungsentscheidungen über Ob und Wie der Durchführung von Zwangsmaßnahmen wird dem Ermittlungsinteresse regelmäßig der Vorrang gegenüber Verteidigungsinteressen eingeräumt. Die Maßnahmen selbst werden oft heimlich durchgeführt und schnell vollzogen, was die ohnehin nur sehr begrenzt eingeräumten Einflussmöglichkeiten der Betroffenen weiter schmälert. Denn trotz wachsender Einigkeit über die Eingriffstiefe solcher Maßnahmen und ihre potentielle Tragweite für das Hauptverfahren ist die verfahrensrechtliche Position von Beschuldigten und Dritten in dieser Verfahrensphase positiv-rechtlich schwach ausgestaltet.² Ein in sich geschlossenes Rechtsschutzsystem im Ermittlungsverfahren existiert de lege lata nicht.³

¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), § 15 Rn. 322 ff.

² *SK-Wohlers*, 27. Aufbau-Lfg., 2002, § 160 Rn. 15 sowie Rn. 109 ff. zum Stand der Reformdiskussion siehe auch *Satzger*, 65. DJT 2004, Bd. 1, Teil C 131.

³ *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe (1976), S. 13, 39, 62; *Fezer Jura* 1982, 18, 19; *Bachmann*, Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (1994), S. 15 – »juristisches Labyrinth«; *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 76 – Kodifizierung erforderlich, die sich am de lege lata erreichten Entwicklungsstand orientieren kann, Rn. 118.

Steht die Anordnung einer Zwangsmaßnahme bevor oder dauert ihr Vollzug noch an, finden sich nur einige wenige verstreute Regelungen, die eine separate Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit eröffnen,⁴ so dass die allgemeinen Rechtsbehelfe der Beschwerde gem. §§ 304 StPO gegen richterliche Anordnungen und des Antrags auf richterliche Entscheidung gem. 98 II 2 StPO gegen nichtrichterliche Anordnungen herangezogen werden müssen, um Lücken zu schließen und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. In den meisten Fällen werden Zwangsmaßnahmen jedoch ohne Wissen des Betroffenen oder sofort nach ihrer Anordnung durchgeführt, so dass selbst diese Form des begleitenden Rechtsschutzes ausscheidet.⁵ Zeitigen sie keine tatsächlich aufhebbaren Folgewirkungen⁶ mehr, gelten sie als erledigt.⁷ Ziel des Rechtsschutzbegehrens kann dann nicht mehr die Aufhebung der belastenden Maßnahme, sondern allein die Feststellung der Rechtswidrigkeit sein. Einen allgemeinen spezifisch deklaratorischen Rechtsbehelf kennt die StPO indessen nicht. Die nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Zwangsmaßnahmen gestattet nur eine verschwindend kleine Anzahl von Vorschriften in der StPO ausdrücklich.⁸ Für die große Masse der

⁴ Siehe §§ 81 IV, 161a III 1; 163a III 3, 111e II 3; 111 lit. I VI; 111 lit. o III 3; 101 VII, 117 I StPO; die Lückenhaftigkeit der Regelungen ist signifikant, *Frister*, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. (2007), Abschn. K, Rn. 204 f. Aus der Unvollständigkeit der Regelung folgt aber nicht, dass kein lückenloser, effektiver Rechtsschutz garantiert ist, *Kindhäuser*, Strafprozessrecht (2006), § 29 Rn. 3 – Aus Art. 19 IV GG folge, dass im Ermittlungsverfahren Rechtsschutz gegen jede Zwangsmaßnahme zur Verfügung stehen muss; und zwar differenzierend nach anordnendem Organ.

⁵ *Lilie* ZStW 111 (1999), 807, 809 ff.; *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), § 15 Rn. 325.

⁶ *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 82. Die Frage, wann eine Aufhebung sinnlos wird, weil ihre Rückabwicklung nicht mehr möglich ist und sie auch als Rechtsgrund nicht mehr fortwirkt, kann im Einzelfall zu diffizilen Abgrenzungsproblemen führen, vgl. für Informationseingriffe, *Amelung* StV 2001, 131, 132 ff.

⁷ Vgl. *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 81 f.

⁸ Die StPO kennt eine ganze Reihe von Vorschriften wie §§ 100 b I 3, 100 d I 3 StPO, die eine richterliche Bestätigung einer noch in Kraft befindlichen Anord-

gesetzlich nicht erfassten Fälle war hingegen schon die Justiziabilität lange umstritten.⁹ Nach früher herrschender Auffassung sollten sogar die wenigen verfügbaren allgemeinen Rechtsbehelfe wegen »prozessualer Überholung«¹⁰ unstatthaft werden, wenn sich eine *richterlich angeordnete* Maßnahme zwischenzeitlich erledigte.¹¹ Die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer erledigten Maßnahme sei der StPO wesensfremd.¹² Man verstand den Strafprozess als Summe einzelner Prozesshandlungen, die mit unterschiedlichem Gewicht und unterschiedlicher Wirkung ihren Beitrag zur Verwirklichung des Verfahrenszwecks der Durchsetzung des materiellen Strafrechts leisteten.¹³ Diese innerprozessuale Betrachtung verengte den Blick auf die Funktion der Prozesshandlungen im Verfahren und verschloss sich dem materiellen Gehalt vieler doppelfunktionaler Prozesshandlungen. Als solche interessierten Ermittlungsmaßnahmen nur in ihrer Ausrichtung auf das Urteil, dessen Findung sie durch ihre innerprozessuale Funktion der Beweisgewinnung förderten.¹⁴ Soweit sie diese Funktion erfüllen, galten sie als resistent gegen prozessuale Fehler und materielle Rechtsverletzungen,¹⁵ weshalb auch die Frage der Rechtmäßigkeit einer solchen Hand-

nung einer Maßnahme - meist innerhalb von drei Tagen - verlangen, die im Wege der Eilkompetenz angeordnet wurde. Diese Regelungen betreffen aber nur die Lage vor Erledigung. Anders sieht es nur bei der Sonderregelung des § 101 VII 2 StPO aus, die binnen zwei Wochen nach Erhalt der Benachrichtigung über die Durchführung einer heimlichen Maßnahme einen Antrag auf Überprüfung an das Gericht, das die Maßnahme angeordnet hat, gestattet.

⁹ Zur Entwicklungsgeschichte *Amelung*, BGH-FG (2000), S. 911 ff.; *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 26 ff., 65 ff.

¹⁰ Zum Begriff der prozessualen Überholung siehe griffig erläuternd *Fezer Jura* 1982, 126, 134.

¹¹ BGHSt 10, 88, 91; 28, 57, 58; 28, 206 ff.; BGH NJW, 1995, 3397; OLG Karlsruhe NSTZ 1992, 97.

¹² BGHSt 28, 57, 58; 37, 79, 84; BVerfGE 49, 329, 338.

¹³ *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 216.

¹⁴ *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 221.

¹⁵ Vgl. *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950, S. 130 ff.

lung im prozessualen Raum nicht interessierte.¹⁶ Entsprechend dem zeitgenössischen Prozessverständnis konnte ein erledigter Eingriff daher auch niemanden mehr beschweren,¹⁷ da der Prozess bereits in eine andere Lage gekommen war und die Zwangsmaßnahme nicht mehr der Förderung einer richtigen Abschlussentscheidung dienen konnte.¹⁸ Ein Rechtsschutzbegehren auf Überprüfung der Rechtmäßigkeit wurde deshalb prozessual als gegenstandslos und somit überholt angesehen.¹⁹ Dieses Prozessverständnis stand nach der Auffassung des BVerfG auch nicht im Widerspruch zur Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG, da dieser keinen Rechtsschutz gegen Rechtsprechungsakte garantierte.²⁰

¹⁶ *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage (1925), S. 292, 353.

¹⁷ OLG Celle JR 1973, 339, 340; offen gelassen für Willkürfälle in BGHSt 28, 57, 58.

¹⁸ *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 222. Anträge auf Aufhebung der Ermittlungsmaßnahme galten mit Erledigung oder Urteilsfindung als überholt, weil Aufhebung oder Feststellung ohne Wirkung für das Verfahren und das Prozessziel gewesen wären und damit zugleich insinuiert wurde, dass die materielle Belastung weggefallen war.

¹⁹ So BVerfGE 49, 329 – unter Hinweis auf die Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes als Rechtfertigung der Einschränkung.

²⁰ BVerfGE 49, 329, 340. Ohnehin ist fraglich, ob man die richterliche Anordnung wegen der eingeschränkten Prüfungs- und Entscheidungskompetenz überhaupt als gerichtliche Tatsacheninstanz i.S.d. Art. 19 GG ansehen kann; vgl. dazu *Bornmann*, Die Struktur der strafprozessualen Beschwerde (2008), S. 84, 91 – dem Ermittlungsrichter sei nur in sehr begrenztem Umfang gestattet, ergänzende eigene Ermittlungen anzustellen, da die umfassende Ermittlungspflicht zu diesem Zeitpunkt bei der Staatsanwaltschaft liegt. Von einer eigenen Sachentscheidung könne gerade im Hinblick auf tatsächliche Entscheidungsgrundlage, die an die Vorgaben der Staatsanwaltschaft gebunden ist, kaum gesprochen werden. Wegen der unterschiedlichen Entscheidungssituation könne die richterliche Anordnung einer Zwangsmaßnahme eine nachträgliche richterliche Überprüfung nicht ersetzen, *Fezer* Jura 1982, 126, 137. Noch im Jahr 1990 hat das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit dieses Verständnisses jedoch in einem Kammerbeschluss bestätigt, 2 BvR 910/88, Beschluss v. 23.06.1990 - Beschwerden in Fällen, in denen die Durchsuchung abgeschlossen ist, wegen prozessualer Überholung regelmäßig als unzulässig anzusehen, wenn ein fortdauerndes Rechtsschutzbedürfnis nicht besteht, sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Bei Zwangsmaßnahmen, deren *Anordnung durch die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen* erfolgte, war die analoge Anwendbarkeit von § 98 II 2 StPO zur Verwirklichung nachträglichen Rechtsschutzes hingegen schon seit BGHSt 28, 57 durch den *BGH* geklärt.²¹ Da sich mit der Erledigung aber auch die Zielrichtung des Rechtsschutzbegehrens ändert, forderte die Rechtsprechung als weiteres Zulässigkeitskriterium ein spezifisches Rechtsschutzinteresse, das in Anlehnung an die Fortsetzungsfeststellungsklage im Verwaltungsrecht als berechtigtes Feststellungsinteresse bezeichnet wird.²² Ein berechtigtes Interesse an der nachträglichen Feststellung der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme sollte bei erheblichen Folgen des Eingriffs und einer Gefahr der Wiederholung gegeben sein,²³ wobei die ablehnende Grundhaltung der Rechtsprechung gegenüber deklaratorischem Rechtsschutz auch die Handhabung dieser Rechtsbehelfe stark beeinflusste. Das Verständnis des Rehabilitationsinteresses wurde unter Hinweis auf BVerfGE 49, 329, sehr restriktiv ausgelegt.²⁴

²¹ Zuvor fanden §§ 23 ff. EGGVG Anwendung, OLG Celle StV 1982, 513; KG NStZ 1986, 135; ursprünglich war auch dieser Rechtsweg nicht eröffnet, da die angegriffene Maßnahme als reine Prozesshandlung und nicht als Justizverwaltungsakt eingestuft wurde, OLG Karlsruhe NJW 1976, 1417, 1418; OLG Stuttgart NJW 1977, 2276.

²² BGHSt 28, 57, 58; 37, 79, 82.

²³ BGHSt 28, 56, 57; 37, 79, 82 ff., 36, 242, 245 ff.

²⁴ Fezer JZ 1997, 1062. Das BVerfG hatte im Rahmen seiner Ausführungen zum Beleg des Ausnahmecharakters und der Strenge der Kriterien für nachträglichen Rechtsschutz auch einen allgemeinen («ähnlichen») Zusammenhang zu Fällen des § 98 II 2 StPO hergestellt, in denen der BGH unter strengen Voraussetzungen ein Feststellungsinteresse angenommen hatte, BVerfGE 49, 329, 338. Bei dieser Bezugnahme auf Entscheidungen des *BGH* kommt es zur Vermischung von Fällen nichtrichterlicher und richterlicher Anordnung, für die der *BGH* keine Ausnahmen vorgesehen hatte, vgl. BGH NJW 1973, 2035. Dieses Missverständnis setzt bis die Grundlagenentscheidung BVerfGE 96, 27 hinein fort, wie *Amelung* JR 1997, 384, 386, Fezer JZ 1997, 1062, 1063 f. und *Achenbach* JuS 2000, 27, 30, anmerken.

In der Retrospektive verwundert es, dass die Bedeutung von Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren lange Zeit nicht erkannt wurde. Die Aufmerksamkeit von Gesetzgeber, Justiz und Wissenschaft galt über Jahrzehnte ausschließlich dem Hauptverfahren. Rechtsverstöße im Ermittlungsverfahren waren nach Erledigung allenfalls unter dem Blickwinkel der Beweisverwertung relevant. Erst seit etwa 35 Jahren wird die Problematik des Rechtsschutzes gegen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren intensiver diskutiert.²⁵

Doch blieben die kritischen Stimmen im Schrifttum lange ungehört. Die Legitimation der herrschenden Gerichtspraxis durch die Entscheidungen des *BVerfG* schien die Rechtsentwicklung eingefroren zu haben.²⁶ Erst ein Umdenken im *BVerfG* vermochte es daher, der Rechtsfortbildung neue Impulse zu verleihen. Das *BVerfG* hatte die Betroffenen ursprünglich als einzig verbleibende Option bei richterlich angeordneten Zwangsmaßnahmen auf die Verfassungsbeschwerde verwiesen. Nachdem sich Beschwerdefälle häuften und eine neue Richterbank installiert war, begann Karlsruhe 1997 diese Verfassungsbeschwerden in zwei Grundsatzentscheidungen als Vehikel für den Vollzug einer dramatischen Kehrtwende zu nutzen.²⁷ Man befand, dass effektiver Rechtsschutz aus 19 IV GG auch bei richterlich angeordneten Zwangsmaßnahmen geboten sei.²⁸ Die Figur der prozessualen Überholung

²⁵ Pionierarbeit hat hier *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe (1976), geleistet; auch *Peters* hat sich schon früh für eine Vereinheitlichung der Rechtswege eingesetzt, JR 1972, 300 ff.; JR 1973, 340 ff.; man beachte ferner die wichtigen Beiträge von *Haffke*, NJW 1974, 1983 ff., und *Rieß/Thym*, GA 1981, 189 ff.

²⁶ Auch ein Referentenentwurf aus Jahr 1981 zur Vereinheitlichung und Verbesserung des Rechtsschutzes scheiterte; vgl. dazu bei *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 337 ff.

²⁷ BVerfGE 96, 27 ff.; 96, 44 ff.; zustimmend *Fezer* JZ 1997, 1062; *Roxin* StV 1997, 654; *Achenbach* JuS 2000, 27.

²⁸ BVerfGE 96, 27, 38 ff.; dazu *Amelung* JR 1997, 384 f.; *Fezer* JZ 1997, 1062 ff.; *Rabe von Kühlewein* NStZ 1998, 580. Eine Plenarentscheidung aus jüngerer Zeit

wurde aufgegeben, weil materielle Grundrechtspositionen unabhängig von der Prozesslage und spezifischen innerprozessualen Rechten betroffen sein können.²⁹ Grundrechtseingriffe müssten aber durch ein Gericht als Kontrollorgan der Strafverfolgungsbehörden kontrollierbar sein. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Zwangsmaßnahme dürfe deshalb nicht allein unter Hinweis auf die Erledigung versagt werden. Jedenfalls wenn ein tief

lässt allerdings Zweifel daran aufkommen, ob Art. 19 IV GG oder der allgemeine Justizgewährungsanspruch die passende normative Grundlage für den Rechtsschutz gegen Anordnungen des Richters ist, BVerfGE 107, 395. Das BVerfG erläutert dort, dass sich der allgemeine Justizgewährungsanspruch und die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG als dessen Spezialregelung im rechtsstaatlichen Kerngehalt nicht, wohl aber hinsichtlich ihrer Anwendungsgebiete unterscheiden. Das Plenum fügt konkretisierend hinzu, dass die einengende Auslegung des Begriffs der öffentlichen Gewalt in Art. 19 Abs. 4 GG unter dem Aspekt der Rechtsstaatlichkeit jedenfalls dann keinen Bedenken unterliegt, wenn der allgemeine Justizgewährungsanspruch Rechtsschutz auch in den von Art. 19 Abs. 4 GG nicht erfassten Fällen ermöglicht, soweit dies rechtsstaatlich geboten ist. Denn diese Norm steht der Annahme nicht entgegen, dass der allgemeine Justizgewährungsanspruch Rechtsschutz unter zum Teil anderen tatbestandlichen Voraussetzungen garantiert, BVerfGE 107, 395. Der Justizgewährungsanspruch ermöglicht Rechtsschutz auch in weiteren Fällen, in denen dies rechtsstaatlich geboten ist. So liegt es bei der erstmaligen Verletzung von Verfahrensgrundrechten durch ein Gericht, BVerfGE 107, 395, 407. Die Verfahrensgrundrechte, insbesondere die des Art. 101 Abs. 1 und des Art. 103 Abs. 1 GG, sichern in Form eines grundrechtsgleichen Rechts die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards. In einem Rechtsstaat gehört zu einer grundrechtlichen Garantie die Möglichkeit einer zumindest einmaligen gerichtlichen Kontrolle ihrer Einhaltung. Im Schrifttum war schon zuvor kritisiert worden, dass mit Art. 19 IV GG nicht die am besten geeignete Verfassungsnorm gewählt worden sei. Allerdings rekurrten diese Stimmen nicht auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch. Zur verfassungsrechtlichen Verankerung der Rechtsfortbildung wäre nach *Amelung/Wirth* das Justizgrundrecht auf Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 GG effektiver, da Art. 19 IV GG sich auf das bestehende Rechtsbehelfssystem bezieht, aber den Gesetzgeber nicht an Korrekturen zum Nachteil der Betroffenen hindert *Amelung/Wirth* StV 2002, 161, 163. Auch *Roxin* hält diesen Aspekt für entscheidend, StV 1997, 654, 655; ebenso *Krach* Jura 2001, 737, 738, und *Achenbach* JuS 2000, 27, 30.

²⁹ So schon *Ellersiek*, Die Beschwerde im Strafprozeß (1981), S. 59; ausführlich *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 216 ff.

greifender Grundrechtseingriff vorliegt, dessen direkte Belastung nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt ist, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung vorgesehenen Instanz kaum erlangen kann, müsse die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung eröffnet werden. Bereits diese Erweiterung nachträglichen deklaratorischen Rechtsschutzes gegen erledigte Zwangsmaßnahmen war ein großer verfassungsrechtlicher Durchbruch, doch ging das *BVerfG* noch einen Schritt weiter. Es forderte die Fachgerichte nachdrücklich auf, bei der Durchführung solcher Feststellungsverfahren eine einheitliche Linie zu finden und übersichtliche Zuständigkeitsregeln zu schaffen.³⁰ Dieses über ein Jahrhundert währende Defizit ist unter maßgeblicher Beteiligung des *BVerfG* in der letzten Dekade durch die Fachgerichte energisch aufgegriffen worden.³¹ Vor allem dem *BGH* ist es zuzuschreiben, dass die Schaffung eines sachdienlichen, umfassenden Kontrollsystems gelungen ist³² und eine eklatante Rechtsschutzlücke im Ermittlungsverfahren geschlossen werden konnte.³³ Zwar findet sich immer noch keine § 113 I 4 VwGO entsprechende zentrale Vorschrift in der Strafprozessordnung, doch

³⁰ BVerfGE 96, 44, 49 ff.; *Schroth StV* 1999, 117.

³¹ Vgl. BGHSt 44, 171, 174 f.; LG Hildesheim wistra 2007, 399, 400 – tief greifender Eingriff bei Durchsuchung von Geschäftsräumen ohne Typizität.

³² Siehe Darstellung der Entwicklung bei *Amelung*, BGH-FG (2000), S. 911 ff.; *Malek/Wohlers*, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl. (2001), Rn. 117 ff.

³³ *Laser NStZ* 2000, 120, 124. Eine weiterhin ungelöstes Problem ist der (vorbeugende) Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren als solches, *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 98; nach h. M. gibt es keinen Rechtsschutz gegen Einleitung und Durchführung des Ermittlungsverfahren, *Rieß*, FS Geerds (1995), S. 501, 502 ff.; OLG Frankfurt NStZ-RR 2008, 78 – Einleitung und Lenkung des Ermittlungsverfahrens seien keine Justiverwaltungsakte, sondern Prozesshandlungen. Im Widerspruch zu Art. 19 IV GG stünde diese Einordnung nicht, da es sich nur um ein vorbereitendes Verfahren handelt. Als Ausnahme werden nur schlechthin unhaltbare Erwägungen, also objektiv willkürliches Verhalten der Staatsanwaltschaft, anerkannt; a. A. *Köbel JR* 2006, 322 ff., der Rechtsschutz gegen das Ermittlungsverfahren in erheblich größerem Umfang zulassen will.

sind dem Betroffenen trotz des Fehlens einer solchen ausdrücklichen spezifischen Regelung Rechtsbehelfe erwachsen, deren Funktion *in toto* der Fortsetzungsfeststellungsklage in der VwGO entspricht.

Gerhard Fezer hat die Evolution der Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafprozessrecht von Beginn an konstruktiv-kritisch begleitet. Schon früh findet sich in seinen Schriften eine Betonung der selbstständigen Bedeutung des Ermittlungsverfahrens neben der gerichtlichen Hauptverhandlung und der Notwendigkeit gerichtlicher Kontrolle der Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaften.³⁴ Die Schwere der Eingriffe bei Zwangsmaßnahmen verlange nach umfassendem Rechtsschutz. Er rügte deshalb alsbald sowohl die Rechtswegzersplitterung infolge der unübersichtlichen und uneinheitlichen Gewährung von Rechtsbehelfen gegen erledigte Zwangsmaßnahmen³⁵ als auch die Verweigerung nachträglichen Rechtsschutzes gegen richterliche Anordnungen. Auch diese müssten gem. §§ 304 ff. StPO überprüfbar sein.³⁶ Die Figur »prozessualer Überholung« sei in ihrer Anwendung auf Zwangsmaßnahmen nicht zu rechtfertigen. Man dürfe nicht den Fehler begehen, die Anordnung solcher Eingriffe mit Entscheidungen gleichzusetzen, die ausschließlich innerprozessuale Wirkungen haben.³⁷ Die Auswirkungen von Zwangsmaßnahmen auf ihre Adressaten gingen materiell weit über die Gestaltung der formellen Prozesslage hinaus,³⁸ weshalb die Beeinträchtigung auch nicht allein aufgrund des Fortgangs des Prozesses fortfallen kann.³⁹ Die Verwerfung der Rechtsfigur der prozessualen Überholung durch

³⁴ *Fezer*, GS Schröder (1978), S. 407, 410 f., 412 f.

³⁵ *Fezer* Jura 1982, 18, 19.

³⁶ *Fezer* Jura 1982, 126, 138.

³⁷ *Fezer* Jura 1982, 126, 134.

³⁸ *Fezer* Jura 1982, 126, 135; ebenso *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe (1976), S. 55 f.

³⁹ So auch *Bornmann*, Die Struktur der strafprozessualen Beschwerde (2008), S. 161 f.

das BVerfG fand deshalb wenig überraschend seine volle Zustimmung.⁴⁰ Die mit diesem Durchbruch ins Rollen kommende Welle der Rechtsfortbildung blieb auch danach ein Schwerpunkt seiner wissenschaftlichen Tätigkeit. So sprach er sich für eine stärkere Absenkung der Anforderungen an ein berechtigtes Rechtschutzinteresse aus⁴¹ und machte sich zugleich für eine methodisch saubere Vereinheitlichung der Rechtswege innerhalb der StPO anstelle eines Ausweichens auf §§ 23 ff. EGGVG stark.⁴² Auch die von *Gerhard Fezer* zuletzt betreute Dissertation von *Kathleen Bornmann* über »Die Struktur der strafprozessualen Beschwerde insbesondere im Hinblick auf die Anfechtung von Zwangsmaßnahmen« befasste sich mit dieser Thematik. Sie bildete ebenfalls den Gegenstand des letzten strafprozessualen Seminars, das der Verfasser als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Hamburg 2003 mit dem Jubilar vorbereiten durfte. Die Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafrechtprozessrecht drängt sich daher als Gegenstand einer Abhandlung, die dem Jubilar in tiefer Dankbarkeit und Bewunderung gewidmet ist, geradezu auf.

Im ersten Abschnitt der Untersuchung werden die Grundzüge dieses richterrechtlich geschaffenen Systems einer Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafverfahrensrecht dargestellt (B.). Dabei werden sich in Gestalt der Bestimmung des Feststellungsinteresse und der Verwirkung zwei offene Zulässigkeitsprobleme herauskristallisieren, denen in der Gerichtspraxis wachsende Bedeutung zukommt und im Anschluss vertieft nachgegangen wird (C.). Auf der Grundlage des zuvor umrissenen Entwicklungsstandes soll in diesem Teil versucht werden, unter Beleuchtung der verfassungsrechtlichen Hintergründe der richterrechtlichen Innovationen und ihrer

⁴⁰ *Fezer* JZ 1997, 1062 ff.

⁴¹ *Fezer* JZ 1997, 1062 ff.; *ders.*, FS Rieß (2002), S. 93 f.

⁴² *Fezer* Jura 1982, 126 - Abgrenzung der Rechtswege zur Überprüfung erledigter strafprozessualer Zwangsmaßnahmen über §§ 23 ff. EGGVG und § 98 II 2 StPO, *ders.* NStZ 1999, 151 - Rechtsweg für die Überprüfung der Art und Weise einer Durchsuchung; siehe auch *ders.*, FS Rieß (2002), S. 93 f.

menschenrechtlichen Implikationen einen Beitrag zu einer inhaltlichen Neuausrichtung von Feststellungsinteresse und Verwirkung zu leisten (D.). Der Beitrag schließt mit einem Blick in die Zukunft des Instituts der Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafverfahrensrecht (E.).

B. Die Architektonik der Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafverfahrensrecht

Der Betroffene einer Zwangsmaßnahme im Ermittlungsverfahren kann diese nach der neueren Rechtsprechung von *BGH* und *BVerfG* sowohl bezüglich ihrer Anordnung als auch ihrer Durchführung einer nachträglichen Überprüfung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zuführen. Die Rechtsgrundlage variiert danach, ob gegen die Anordnung als solche oder die Art und Weise der Durchführung vorgegangen werden soll und welches staatliche Strafverfolgungsorgan die Anordnung getroffen hat.⁴³

I. Anordnung der Zwangsmaßnahme

1. Anordnungen durch den Richter

Gegen Anordnungen des Richters ist im Rahmen des Gesamtkonzepts der Weg über die Beschwerde gem. §§ 304 ff. StPO zu gehen. Dieser Rechtsbehelf steht auch nach Erledigung der angeordneten Maßnahme noch offen⁴⁴ und umschließt Fragen der Art und Weise ihrer Durchführung, soweit dafür im Anordnungsbeschluss bestimmte richterliche Vorgaben getroffen

⁴³ Vgl. die gute Übersicht 4 bei *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), § 15 Rn. 326c, S. 200.

⁴⁴ *BVerfGE* 96, 27; *BGHSt* 44, 265, 268; *Roxin StV* 97, 654; *Köster*, Rechtsschutz gegen die vom Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten strafprozessualen Grundrechtseingriffe, Berlin (1992), S. 48 ff.

worden sind.⁴⁵ Andernfalls gilt bei Beschwerde gegen die Art und Weise der Durchführung § 98 II 2 StPO analog.⁴⁶

2. Anordnung durch die Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungspersonen im Rahmen grundsätzlicher, nicht-ausschließlicher richterlicher Anordnungscompetenz

Bei Anordnung durch die Staatsanwaltschaft und der Ermittlungspersonen gem. § 152 GVG im Wege der Eilkompetenz bei Gefahr im Verzug wird der Rechtsweg nach Erledigung über § 98 II 2 StPO eröffnet,⁴⁷ da der Amtsrichter gegenüber dem OLG, das für Verfahren gem. §§ 23 EGGVG zuständig wäre, als orts- und sachnähere Prüfungsinstanz angesehen wird.⁴⁸ Der Antrag auf richterliche Bestätigung kann sich bei Beschlagnahme direkt auf

⁴⁵ LG Fulda wistra 2000, 155; *Amelung* JR 2000, 479, 480 f.; *Fezer* NStZ 1999, 151, 152 – kein Rückgriff auf §§ 23 ff. EGGVG; a. A. *Radtko* JR 1999, 436, 438; offen gelassen in BGHSt 45, 183, 186. In der Praxis ergibt sich oft eine enge Verzahnung von Ob und Wie einer Maßnahme. Gibt der Richter ein Vollzugsprogramm in der Anordnung vor, können die Anordnung und deren Umsetzung einheitlich durch Beschwerde gem. § 304 StPO angegriffen werden. Soweit die Art und Weise des Vollzugs beanstandet wird, ohne dass es sich dabei um eine Verwirklichung von direkten Vorgaben des Anordnungsbeschlusses handelt, richtet sich der Rechtsschutz nach § 98 II 2 StPO analog.

⁴⁶ BGHSt 45, 183, 186; BGH NJW 2000, 84, 85 – nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil; zustimmend *Amelung* JR 2000, 479 ff.; *Eisele* StV 1999, 298 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 566, 566.1, S. 329 ff.; *Laser* NStZ 2001, 120, 123 f.; a. A. noch LG Gießen wistra 2000, 76, 77.

⁴⁷ Ständige Rechtsprechung seit BGHSt 28, 57, 58; 28, 160, 161; 28; *Meyer-Goßner*, 51. Aufl. (2008), § 98 Rn. 23; *Amelung*, BGH-FG (2000), S. 911, 924; *Laser* NStZ 2001, 120; *Krach* Jura 2001, 737, 740; a. A. *Dörr* NJW 1984, 2258, 2259 f. – §§ 23 ff. EGGVG; sowie gestützt auf eine sehr gründliche Überprüfung des Normgehalts des § 98 II 2 StPO anhand des klassischen Kanons der Auslegungsmethoden *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 121 ff., 239 f., 319, 321 ff., 330, 335 – Sowohl bei Beschlagnahme als auch den übrigen Maßnahmen richte sich der Rechtsschutz nach den §§ 23 ff. EGGVG. Dessen Subsidiaritätsklausel enthalte ein Analogieverbot.

⁴⁸ *Amelung* NJW 1979, 1687, 1689; *Fezer* Jura 1982, 126, 131.

§ 98 II 2 StPO stützen,⁴⁹ während es für ein Vorgehen gegen andere Zwangsmaßnahmen einer analogen Anwendung der Vorschrift bedarf.⁵⁰

3. Anordnung im Bereich originärer, ausschließlich nicht-richterlicher Kompetenzen

Weitest gehend geklärt ist auch, welcher Weg gegen Maßnahmen der Staatsanwaltschaft oder der Beamten des Polizeidienstes im Bereich ihrer originären Kompetenzen, u. a. §§ 110, 127 II, 161 I, 161 a II, 163a III 2 i. V. m. 134 StPO für die Staatsanwaltschaft oder §§ 81b, 98c, 127 II, 163 I 2, 163b, 164 StPO für die Beamten des Polizeidienstes, zu beschreiten ist.⁵¹ Erneut finden sich nur vereinzelt spezielle Regelungen.⁵² Ergaben sich Schutzlücken in den gesetzlichen Regelungen, sollten diese entweder durch analoge Anwendung von § 98 II 2 StPO⁵³ oder die Anfechtung über §§ 23 ff. EGGVG⁵⁴ geschlossen.⁵⁵ Der *BGH* hat sich 1998 auch in dieser Konstellati-

⁴⁹ Die h. M. spricht auch in dieser Konstellation von einer Analogie, dagegen *Fezer* NStZ 1999, 151, 152 - direkte Anwendung zumindest bei Beschlagnahme aufgrund verfassungskonformer Auslegung; eine echte Regelungslücke weise die StPO aber hinsichtlich aller anderen Ermittlungsmaßnahmen auf.

⁵⁰ *Meyer-Goßner*, Fn. 47, § 98 Rn. 23; *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160, Rn. 82, *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), §15 Rn. 325a.

⁵¹ Vgl. *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 563, S. 328.

⁵² Z. B. §§ 161a III, 163a III 3 StPO.

⁵³ Vgl. OLG Braunschweig NStZ 1991, 551; OLG Oldenburg NStZ 1990, 504.

⁵⁴ OLG Celle StV 1982, 513; KG NStZ 1986, 135; ebenso *Fezer* Jura 1982, 126, 131 – im Hinblick auf § 98 II 2 StPO fehle es an der vorausgesetzten richterlichen Anordnungscompetenz.

⁵⁵ Vgl. *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Fn. 12, Rn. 563.2, 563.3, S. 328 f.; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl. (1995), § 29 Rn. 10; *AKStPO-Achenbach*, Band 2/Teilband 1, §§ 94-212b (1992), § 163 Rn. 36, 37.

on der Auffassung angeschlossen, die den Weg vor das sachnähere Amtsgericht gem. § 98 II 2 analog StPO präferiert.⁵⁶

Ein schwieriges Abgrenzungsproblem in dieser Fallgruppe können allerdings doppelfunktionale Maßnahmen verursachen. Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei einer solchen doppelfunktionalen Maßnahme um eine Maßnahme, die sich auf Befugnisnormen im Gefahrenabwehrrecht und Strafverfahrensrecht stützen lässt.⁵⁷ Die h. M. behilft sich bei der Suche nach dem richtigen Rechtsweg mit den traditionellen Abgrenzungsformeln aus dem Polizeirecht.⁵⁸ Eröffnet sei nur derjenige Rechtsweg, dem die streitgegenständliche Maßnahme schwerpunktmäßig zugeordnet ist. Oft wird der repressive oder präventive Charakter einer Maßnahme aber weder für den Betroffenen noch einen objektiven Beobachter sogleich erkennbar sein. Dies gilt besonders dann, wenn präventiv-polizeiliches Handeln auf eine Ermächtigungsnorm in der StPO wie z. B. § 81b 2. Alt StPO gestützt

⁵⁶ BVerfG NStZ-RR 2002, 144, 145; BGHSt, 44, 171, 174 auf Vorlage des OLG Karlsruhe; OLG Braunschweig NStZ 1991, 551; *Bachmann* NJW 1999, 2414, 2415; *Amelung*, BGH-FG (2000), S. 911, 925; *Laser* NStZ 2001, 120, 122; *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 82 m.w.N.; dieser Linie folgen auch die Oberlandesgerichte konsequent, vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 14.09.2006, 2 VAs 3/06 - für die gerichtliche Überprüfung einer von der StA im Ermittlungsverfahren nach § 131a I StPO angeordneten Ausschreibung des Beschuldigten zur Aufenthaltsermittlung ist der Ermittlungsrichter beim AG zuständig, nicht aber das OLG im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG; OLG Koblenz StV 2002, 127, 128 - eine von der Staatsanwaltschaft in einem laufenden Ermittlungsverfahren angeordnete und vollzogene erkennungsdienstliche Maßnahme (hier: Anfertigung von Lichtbildern) ist nicht nach §§ 23 ff. EGGVG, sondern entsprechend § 98 II 2 StPO überprüfbar; OLG Hamburg, Beschluss vom 28.10.2004, 1 Ws 207/04 - für die nachträgliche Überprüfung einer bereits erledigten Identitätsfeststellung mit dafür angeordnetem Freiheitsentzug auf ihre Rechtmäßigkeit ist der Rechtsweg in entsprechender Anwendung des § 98 II 2 StPO eröffnet. Der Rechtsweg der §§ 23ff. EGGVG ist nicht gegeben.

⁵⁷ Dazu Vgl. BVerwGE 47, 255, 264 f.; VGH Baden-Württemberg, DÖV 1989, 171 - funktionelle Betrachtungsweise aus der Sicht eines verständigen Bürgers in der Lage des Betroffenen.

⁵⁸ BVerwGE 47, 255, 265; *Fezer* Jura 1982, 126, 133.

werden kann. Das Grundanliegen, übersichtliche Zuständigkeitsregeln zu schaffen, spricht auch in dieser Situation bei ausreichenden Anhaltspunkten für einen doppelfunktionalen Charakter einer Maßnahme für eine Anwendung von § 98 II 2 StPO, da eine genaue Differenzierung zwischen repressiver und präventiver Zielrichtung oft sehr schwer sein wird.⁵⁹ Auch Verwaltungsgerichte haben in jüngerer Zeit im Zusammenhang mit der Prüfung, ob der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 VwGO eröffnet ist, ähnlich argumentiert und § 98 II 2 StPO bei doppelfunktionalen Maßnahmen als Sonderzuweisung an die ordentlichen Gerichte interpretiert.⁶⁰

II. Art und Weise des Vollzugs

Ebenfalls stark vereinfacht wurde die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs nach Erledigung der Zwangsmaßnahme. Sahen Rechtsprechung und Teile des Schrifttums bis zur kopernikanischen Wende des *BVerfG* in §§ 23, 28 I 4 EGGVG eine spezielle und damit vorrangige Regelung dieser Konstellation,⁶¹ weil die StPO keinen Rechtsschutz gegen die Art und Wei-

⁵⁹ *Krach* Jura 2001, 737, 741.

⁶⁰ Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Beschluss vom 09.06.2004, 3 A 79/03 - Bei sog. doppelfunktionalen Maßnahmen der Polizei ist der Rechtsstreit ebenfalls kraft einer analog anzuwendenden Sonderzuweisung den ordentlichen Gerichten zugewiesen; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Beschluss v. 13.12.1999, 3 A 342/98 - Für Klagen, die die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit einer polizeilichen Ingewahrsamnahme zum Zwecke der Gefahrenabwehr sowie eine erkennungsdienstliche Behandlung zum Zweck der Verfolgung von Straftaten bzw. Ordnungswidrigkeiten betreffen, ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet.

⁶¹ Vgl. BGHSt 28, 206, 208; 37, 79, 82 - Soweit die Art und Weise der bereits abgeschlossenen Vollziehung einer richterlich oder nichtrichterlich ergangenen Anordnung einer Zwangsmaßnahme gerügt wird, ist dafür die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts nach §§ 23 ff. EGGVG gegeben; ferner OLG Karlsruhe NStZ 1991, 50, 51; OLG Koblenz NStZ-RR 1999, 80; OLG Hamm NStZ 1983, 232; dagegen schon *Amelung* NJW 1979, 1687; vgl. zum alten Meinungsstand

se des Vollzugs kennt und die Vollstreckungstätigkeit der Strafverfolgungsorgane in der StPO nicht geregelt ist,⁶² geht die jüngere Rechtsprechung den Weg über § 98 II 2 StPO analog. Auf Vorlage des KG⁶³ erstreckte der BGH den Rechtsschutz gem. § 98 II 2 StPO analog im Wege der verfassungskonformen Auslegung, um eine Rechtswegspaltung zu Lasten des sachnäheren Gerichts zu vermeiden, zunächst auf die Überprüfung der Art und Weise der Vollziehung einer nichtrichterlichen Anordnung.⁶⁴ Wenig später wurde auch für die richterliche Anordnung bestimmt, dass die Art und Weise des Vollzugs künftig über § 98 II 2 StPO analog angegriffen werden können soll, wenn die beanstandete Art und Weise nicht ausdrücklicher und evidenter Bestandteil der Anordnung war.⁶⁵ Das Schrifttum hat diese neue einheitliche Linie begrüßt, da kein methodischer Zwang bestehe, die subsidiären §§ 23 ff. EGGVG der analogen Anwendung von § 98 II 2 StPO vorzuziehen.⁶⁶

In der Gesamtschau ist zu konstatieren, dass mit dem Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen auch die Rechtswege übersichtlicher gestaltet und die Komplexität des Rechtsschutzsystems reduziert worden sind. Die subsidiären §§ 23 ff. EGGVG wurden auf breiter Front verdrängt und eine Vereinheitlichung durch Auslegung oder Analogie StPO-interner Rechtsbehelfe geschaffen. Obige Ausführungen betreffen allerdings nur die Statthaftigkeit der Fortsetzungsfest-

auch AKStPO-Achenbach, Band 2/Teilband 1, §§ 94-212b (1992), § 163 Rn. 38c; Fezer Jura 1982, 126, 132.

⁶² BGHSt 28, 206, 208 – Rechtslücke werde durch §§ 23 ff. EGGVG geschlossen; so auch OLG Celle StV 1982, 513.

⁶³ KG NStZ-RR 1998, 310, 311.

⁶⁴ BGHSt 44, 265, 270; SK-Wohlers, Fn. 2, § 160 Rn. 95.

⁶⁵ BGHSt 45, 183, 186 f.

⁶⁶ So ausdrücklich Fezer NStZ 1999, 151, 152 sowie allgemein zustimmend Krach Jura 2001, 737, 740 – andernfalls Spaltung des Rechtswegs; Bachmann NJW 1999, 2414, 2415; Laser NStZ 2001, 120, 123.

stellungsklage. Ob das Streben nach einer Behebung der Rechtswegzersplitterung sich tatsächlich in einer Erhöhung der Effektivität des Rechtsschutzes niederschlägt, hängt jedoch entscheidend von der Handhabung der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen ab, die sich in der Rechtsprechung herausgebildet haben.

III. Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsklage

Das in der Gerichtspraxis dominierende Zulässigkeitskriterium ist das Feststellungsinteresse, doch auch dem zeitlichen Zusammenhang zwischen Rechtsbehelf und Zwangsmaßnahme kommt als Voraussetzung für die Zulässigkeit nachträglicher Überprüfung der Rechtmäßigkeit in jüngerer Zeit verstärkt Bedeutung zu.

1. Feststellungsinteresse

Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG schließt nicht die Verpflichtung der Gerichte zu einer Sachentscheidung ein, wenn der Bürger des Rechtsschutzes nicht mehr bedarf und sich die weitere Inanspruchnahme des Gerichts als unnütz erweist.⁶⁷ Die Gerichte sind nicht verpflichtet, gegenstandslos gewordene Klagebegehren auf ihre ursprüngliche Berechtigung hin zu überprüfen. Da eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit nicht mehr die Aufhebung der angefochtenen Zwangsmaßnahme bewirken, sondern nur noch zur Feststellung der Rechtswidrigkeit führen kann, ist das Bestehen eines berechtigten Feststellungsinteresses allgemeine Voraussetzung für die Eröffnung nachträglichen Rechtsschutzes. Als allgemeiner Rechtsgedanke kommt diese besondere Erscheinungsform des

⁶⁷ BVerwG NVwZ 1990, 360; Eyermann-Schmidt, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. (2006), § 113 Rn. 83.

allgemeinen Rechtsschutzinteresses in § 28 I 4 EGGVG und §§ 43, 113 I 4 VwGO zum Ausdruck. Einen Sonderfall bildet insofern § 101 VII 2 StPO für heimliche Ermittlungsmaßnahmen gem. § 101 I StPO,⁶⁸ der unter Verzicht auf die Darlegung eines Rechtsschutzbedürfnisses die umfassende nachträgliche Überprüfung der Anordnung eines solchen Eingriffs sowie der Art und Weise seiner Durchführung erlaubt. Allerdings ist diese Option durch eine Zwei-Wochen-Frist zeitlich eng begrenzt. Die allgemein statthaften Rechtsbehelfe gegen Ermittlungsmaßnahmen bleiben unberührt.⁶⁹ Spätestens nach Ablauf dieser Frist gilt mithin für alle erledigten Zwangsmaßnahmen, dass die Zulässigkeit ihrer nachträglichen Überprüfung durch den Nachweis eines Feststellungsinteresses bedingt ist.

Nach früher h. M. musste der Antragsteller, wenn man den Rechtsbehelf nicht schon für unstatthaft hielt, ein nachwirkendes Bedürfnis belegen,⁷⁰ das sich in diversen restriktiv verstandenen Fallgruppen, die von der Rechtsprechung in Anlehnung an § 113 I 4 VwGO und § 28 I 4 EGGVG konzipiert worden waren, konkretisierte,⁷¹ Zu diesen – nach dem damaligen Verständnis – speziellen Ausnahmefällen gehörten Wiederholungsgefahr und

⁶⁸ Zu den Inhalten des neuen § 101 StPO *Nöding StraFo* 2007, 456, 462 f.

⁶⁹ *Puschke/Singelnstein NJW* 2008, 113, 116; *Glaser/Gedeon GA* 2007, 415, 433; *Nöding StraFo* 2007, 463 Fn. 86. Die Regelung erhöht allerdings die Unübersichtlichkeit der Rechtslage und ist rechtsstaatlich bedenklich, da eine erneute nachträgliche Befassung des anordnenden Richters kein Mehr an Rechtsschutz verspricht, sondern hinter § 304 StPO zurückbleibt, *Glaser/Gedeon GA* 2007, 415, 434.

⁷⁰ BGHSt 28, 57, 58; Die schlüssige Behauptung irgendeiner Grundverletzung reiche nicht aus, BGHSt 37, 79, 83; OLG Karlsruhe NStZ 1992, 97 - Rechtsschutzinteresse bedarf der Darlegung in der Antragschrift.

⁷¹ Egal ob ursprünglich der Rechtsweg über §§ 23 ff. EGGVG oder § 98 II 2 StPO favorisiert wurde, bedurfte es in Anlehnung an § 28 I 4 EGGVG eines berechtigtes Interesses an der nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit, vgl. *Dörr NJW* 1984, 2258, 2261.

Rehabilitationsinteresse sowie in sehr begrenztem Umfang die Absicht der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.⁷²

a) Rehabilitationsinteresse wegen fortdauernder Diskriminierung

Das Interesse an einer Rehabilitierung wurde den Betroffenen nur bei nachwirkendem Bedürfnis oder fortbestehender Diskriminierung von besonderem Gewicht, nicht bereits bei jedem Grundrechtseingriff zugestanden.⁷³ Es mussten gewichtige Nachteile eingetreten sein, die auch nach dem Vollzug noch intensiv auf die Rechtsphäre des Betroffenen einwirkten.⁷⁴ Über die Grundrechtsbeeinträchtigung hinaus wurden deshalb besondere Gründe für ein Feststellungsinteresse verlangt, z.B. polizeiliche Übergriffe oder publizistische Auswirkungen mit diskriminierendem Charakter.⁷⁵ Für Beschuldigte sollten sogar noch strengere Maßstäbe gelten, da

⁷² Vgl. BGHSt 28, 57, 58; 28, 160, 161; 28, 206, 209 (aus besonderen Gründen des Einzelfalls gegebenes Rechtsschutzbedürfnis zur gerichtlichen Überprüfung); 36, 242, 246; ausführlich *Wohlers GA* 1992, 214, 219 ff.; *Rabe von Kühlewein*, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht* (2001), S. 372 ff., 381 ff.

⁷³ Die Maßstäbe waren sehr streng, vgl. BGHSt 36, 30, 32; BGHSt 37, 79, 82 f. - Ein mit den Zwangsmaßnahmen der Strafprozessordnung verbundener Eingriff in die Grundrechte des Antragstellers (hier: Unversehrtheit der Wohnung und Schutz des Geheimbereichs) reichte für sich allein zur Feststellung eines berechtigten Interesses jedenfalls in Fällen durchschnittlicher Art nicht aus; BGH NJW 1990, 333, 334; OLG Karlsruhe NStZ 1992, 97 f. - ein allgemeines Rehabilitationsinteresse genügt nicht.

⁷⁴ BGHSt 36, 30, 32; 36, 242, 245, 247 f.; OLG Hamm NStZ 1989, 85.

⁷⁵ BGH NJW 1978, 1013 - Ist die Wohnungsdurchsuchung erledigt, so ist ein Antrag nach § 98 II 2 StPO unzulässig, wenn der Betroffene nur ideell durch das Bewusstsein beeinträchtigt wurde, einem möglicherweise ungerechtfertigtem Eingriff ausgesetzt gewesen zu sein; BGHSt 36, 242, 248 - Ein Feststellungsinteresse besteht nur dann, wenn der Betroffene über den bloßen Vollzugsakt hinaus noch andere gewichtige Nachteile zu erleiden hatte; BGHSt 37, 79, 82 f. Weniger streng verfährt man im Verwaltungsprozessrecht, vgl. *Bader-Kuntze*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 3. Aufl. (2005), Rn 70 - regelmäßig Rehabilitationsinteresse bei ehrenrühriger Wirkung der Begleitumstände und Eingriffen in die Privatsphäre wegen des hohen Ranges des Schutzguts; auch der direkte

die Genugtuungsfunktion des Rechtsbehelfs schon durch Entschädigung nach StrEG, die Nichteröffnung des Hauptverfahrens gem. § 204 StPO, einen späteren Freispruch mit Kostenfolge gem. § 467 StPO oder eine Einstellung gem. § 170 II StPO erfüllt würde.⁷⁶

b) Wiederholungsgefahr

Wiederholungsgefahr kam nur bei substantiiertem Vortrag in Betracht,⁷⁷ wenn sich konkrete tatsächliche Anhaltspunkte fanden, die eine Wiederholung plausibel erscheinen ließen.⁷⁸ Vermutete Ermittlungsmaßnahmen oder bloße Befürchtungen vermochten indessen kein berechtigtes Feststellungsinteresse zu begründen.⁷⁹ Gleiches galt für offenbar einmalige Vorgänge,⁸⁰

grundrechtsbezogene Eingriff führt in der Regel zum Feststellungsinteresse, z. B. polizeiliche Maßnahmen, die in der Öffentlichkeit wahrnehmbar und geeignet sind, den Betroffenen einer Straftat verdächtig erscheinen zu lassen. Freiheitsentziehende Maßnahmen begründen auch ohne Nachwirkungen ein Rehabilitationsinteresse; Eyermann-Schmidt, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. (2006), § 113 Rn 92 – ein bloß ideelles Interesse an der endgültigen Klärung der Frage der Rechtmäßigkeit genügt nicht; es muss berechtigtes Schutzbedürfnis gegenüber Nachwirkungen vorhanden sein; z.B. bei körperlicher Untersuchung; Rehabilitationsinteresse jedenfalls bei zusätzlicher diskriminierender, ehrenrühriger Wirkung zur Beseitigung der Rufminderung (vgl. auch BVerfGE 26, 161, 168; 61, 164, 166); Redeker/v. Oertzen, 14. Aufl. (2004), § 113, Rn 33a – Möglichkeit der Verletzung des Persönlichkeitsrechts soll reichen (unter Verweis auf OVG Bautzen NVwZ-RR 2002, 53).

⁷⁶ BGHSt 37, 79, 83 - Strafverfahren und Ermittlungsverfahren böten hinreichende Möglichkeiten für den Beschuldigten zur Rehabilitierung bei Grundrechtseingriffen.

⁷⁷ Nur bei konkretem Vortrag, BGHSt 36, 30, 32; 37, 79, 82 – allgemeine Befürchtungen reichen nicht; ebenso OLG Hamm NStZ 1989, 85.

⁷⁸ BGHSt 37, 79, 82; OLG Hamm NStZ 1989, 85; KG GA 1984, 24.

⁷⁹ BGHSt 36, 30, 32; 37, 79, 82; KG NStZ 1986, 135; OLG Hamm NStZ 1989, 85; ähnlich für das Verwaltungsprozessrecht Bader-Kuntze, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl. (2005), § 113 Rn 67 – Wiederholungsgefahr, wenn sich aus Sachverhalt, Interessenlage oder Erklärungen der Beteiligten ergibt, dass die Behörde wahrscheinlich in absehbarer Zukunft einen inhaltsgleichen oder gleichartigen VA erlassen wird. Abstrakte Möglichkeit genügt nicht.

da der nachträgliche Rechtsschutz hier schon seinen fallgruppenspezifischen Zweck, eine (rechtliche) Richtschnur für künftiges Verhalten durch inhaltliche Klärung der Rechtsvorschriften, die die Entscheidung steuern, zu liefern,⁸¹ nicht erfüllen konnte. Eine völlige Übereinstimmung der Sachverhalte war zwar nicht erforderlich, doch herrschte eine sehr restriktive Interpretationspraxis vor.⁸²

c) Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen

Die Absicht der späteren Geltendmachung von Amtshaftungsansprüchen sollte schließlich im Einklang mit der herrschenden Auffassung im öffentlich-rechtlichen Schrifttum grundsätzlich nicht genügen.⁸³ Der Rechtsschutz, der im Wege eines Amtshaftungsprozesses eröffnet ist, genügt Art.

⁸⁰ Nicht bei offenbar einmaligen Vorgängen, KG NStZ 1986, 135.

⁸¹ OVG Münster DVBl. 94, 541, 542; *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. (2005), § 113 Rn. 141.

⁸² Dagegen *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 85 - Ist die Wiederholung zum einen nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit auszuschließen und sind zum anderen aufgrund des erwarteten erneuten Zwangsmittel Einsatzes bereits gegenwärtig Auswirkungen auf die Rechtsstellung des Betroffenen wahrnehmbar (, da der Betroffene bereits gegenwärtig sein Verhalten in rechtlich erheblicher Weise auf die erwartete Maßnahme einrichten muss [z.B. Wahrnehmung des Demonstrationsrechts] oder die Maßnahmen geradezu einen Dauerzustand darstellen, da sie bereits mehrfach und fortgesetzt ergriffen wurden) oder ist bei erneutem Zwangsmittel Einsatz wiederum mit einer Erledigung vor Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes zu rechnen, dann liegt Wiederholungsgefahr vor, so schon *ders.* GA 1992, 214, 228 f., 230; *Bachmann*, Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (1994), S. 245. Bei einem derart qualifizierten Rechtsschutzbedürfnis könnte allerdings auch an die Eröffnung vorbeugenden Rechtsschutzes gedacht werden.

⁸³ KG NStZ 1997, 563; OLG Karlsruhe NStZ 1986, 567, 568; *Wohlers* GA 1992, 214, 219; großzügiger LG Amberg StV 1990, 541 ff.; für das Verwaltungsprozessrecht vgl. *Eyermann-Schmidt*, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. (2006), § 113 Rn 87 - Gründe der Prozessökonomie rechtfertigen Klageoption in engen Grenzen.

19 IV GG.⁸⁴ Wie im Verwaltungsrecht wurde aber erwogen, prozessökonomische Interessen zu berücksichtigen, wenn die Erledigung nach Antragstellung erfolgte und die Sache im Wesentlichen entscheidungsreif war.⁸⁵ Andernfalls drohten die Entscheidungskompetenzen der Zivilgerichte ausgehöhlt zu werden.

Der nachträgliche Rechtsschutz lief deshalb weitgehend leer, da der Beschuldigte auf Rehabilitierungsmöglichkeiten im Verlauf des Strafverfahrens verwiesen wurde und die Voraussetzungen einer Wiederholungsgefahr sehr hoch angesetzt waren.⁸⁶ In den vergangenen Jahren sind die Anforderungen an die Erfüllung dieser Zulässigkeitsvoraussetzung erheblich abgesenkt worden, um effektiveren Rechtsschutz zu ermöglichen.⁸⁷ Als Impulsgeber fungierte erneut das *BVerfG*, das im Feststellungsinteresse das entscheidende Ventil ausgemacht zu haben scheint, um durch judikatives Drehen an den Reglern der Zulässigkeitsvoraussetzungen, eine Zunahme nachträglicher Rechtskontrolle zu befördern. Danach ist ein berechtigtes Rechtsschutzinteresse jedenfalls bei tief greifenden Grundrechtseingriffen, die sich typischerweise kurzfristig erledigen, bevor richterlicher Rechtsschutz erlangt werden kann, gegeben.⁸⁸

⁸⁴ Rieß, FS Geerds (1995), S. 501, 507.

⁸⁵ Katholnigg, Strafgerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. (1999), § 28 EGGVG Rn. 5; Kissel/Mayer, GVG, 4. Aufl. (2005), § 28 EGGVG Rn. 19; ähnlich Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. (2005), § 113 Rn. 136 – Fortsetzungsbonus.

⁸⁶ Sehr kritisch deshalb Sommermeyer NStZ 1991, 257, 261 – viel zu restriktiv; ebenso Wohlers GA 1992, 214, 217 – sehr restriktiv.

⁸⁷ Siehe zum ursprünglichen Verständnis BGHSt 36, 30, 32; 242, 244 ff.; BGH NStZ 1989, 538, 539.

⁸⁸ Vgl. BVerfGE 96, 27, 41.

d) Tief greifender Grundrechtseingriff

Das *BVerfG* bekräftigt, dass Art. 19 Abs. 4 GG ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt enthält.⁸⁹ Dabei fordere Art. 19 Abs. 4 GG zwar keinen Instanzenzug.⁹⁰ Sobald das Prozessrecht aber eine weitere Instanz eröffnet, gewährleiste Art. 19 Abs. 4 GG dem Bürger in diesem Rahmen die Effektivität des Rechtsschutzes im Sinne eines Anspruchs auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle.⁹¹ Das Rechtsmittelgericht dürfe ein von der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel daher nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer »leer laufen« lassen.⁹² Der systematische Ansatz der Fachgerichte, nur in bestimmten, begrenzten Fällen ein Rechtsschutzinteresse anzunehmen, sei zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden und als solcher verfassungsgemäß, doch schließe dies ein, dass ein Feststellungsinteresse zumindest immer dann anerkannt wird, wenn ein tief greifender Grundrechtseingriff erfolgt ist und gerichtlicher Rechtsschutz typischerweise erst nach Erledigung der direkten Belastung durch den Hoheitsakt erreichbar gewesen wäre.⁹³ Der Betroffene müsse dann im Hinblick auf Art. 19 IV GG die Gelegenheit erhalten, die Berechtigung des tief greifenden Grundrechtseingriffs auch nach Erledigung gerichtlich klären zu lassen.⁹⁴ In

⁸⁹ BVerfGE 67, 43, 58.

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 87, 48, 61; 92, 365, 410; vgl. dazu aber nunmehr auch oben Fn. 28 zu BVerfGE 107, 395 ff.

⁹¹ Vgl. BVerfGE 40, 272, 274 f.; 54, 94, 96 f.

⁹² Vgl. BVerfGE 78, 88, 99.

⁹³ BVerfGE 104, 220, 233 ff.

⁹⁴ BVerfGE 96, 27, 40; bestätigt in BVerfGE 96, 44, 50. Ein besonderes Rechtsschutzinteresse blieb mithin im Einklang mit dem Rechtsschutz gegen nicht-richterlich angeordnete Zwangsmaßnahmen gleichwohl erforderlich, BVerfGE 96, 27, 38 ff.; OLG Stuttgart NStZ 1999, 374, 375. Andererseits war Übernahme dieses besonderen Unterfalls des Rechtsschutzinteresse – obgleich zu Fällen der richterlichen Anordnung ergangen – auch bei erledigten nicht-richterlichen

der Folgezeit ist viel gerätselt worden, was es mit diesem »tief greifenden Grundrechtseingriff« auf sich hat. Zum einen erhellt sich aus der Entscheidung nicht, inwiefern es sich um eine eigenständige neue Fallgruppe des Feststellungsinteresses handeln soll und was diese qualitativ von den bisher bekannten Kriterien unterscheidet. Zum anderen legen die Entscheidungsgründe die Maßstäbe für die praktische Anwendung des Kriteriums nicht in kohärenter Weise fest.

(1) Eigenständige Fallgruppe

Einen handfesten Beleg für eine Intention, die altbekannten Fallgruppen neu zu ordnen oder umzuinterpretieren, liefern die Grundsatzentscheidungen des *BVerfG* nicht.⁹⁵ Ihnen ist auch keine logisch zwingende Aussage implizit, die überzeugende Argumente dafür lieferte, dass die alten Fallgruppen angesichts ihrer bisherigen restriktiven Anwendungspraxis (prozessual) überholt wären. Aus *BVerfGE* 96, 27 lässt sich allenfalls entnehmen, dass eine Ergänzung der Fallgruppen beabsichtigt war, nicht jedoch eine verfassungskonforme Erweiterung der zuvor bekannten Kriterien. Der tief greifende Grundrechtseingriff wird deren Referierung mit den Formeln »darüber hinaus« oder »neben den Fällen« angefügt.⁹⁶ Trotz zumindest textlicher Untermauerung des Charakters als eigenständige Fallgruppe, bleibt aber unklar, ob die Erwägungen, die deren Einführung tragen, namentlich Art. 19 IV GG⁹⁷ und eine gewachsene Sensibilität für die Notwendigkeit des

Anordnungen zu fordern, *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 7. Aufl. (2007), Rn. 562.2, S. 327.

⁹⁵ So auch *Fezer* *JZ* 1997, 1062, 1063.

⁹⁶ Vgl. *BVerfGE* 96, 27, 40; *BVerfG* *NJW* 99, 273; *BVerfGE* 104, 220, 234; *BVerfG* *NJW* 2003, 1514, 1515; *BVerfG* *NStZ-RR* 2004, 252 = *HRRS* 2004 Nr. 350; *BVerfGE* 117, 244, 268 = *HRRS* 2007 Nr. 201.

⁹⁷ Das neue Mantra des *BVerfG* in dieser Frage lautet: Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet dem Bürger die Effektivität des Rechtsschutzes im Sinne eines Anspruchs auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle. Das Rechtsmittelgericht darf

Grundrechtsschutzes im Ermittlungsverfahren, auch auf andere Fallgruppen ausstrahlen.⁹⁸

Auch die kritische Auseinandersetzung des Schrifttums mit dieser Innovation hat keine klare Antwort zutage gefördert. Während der tief greifende Grundrechtseingriff auch von Teilen der Lehre durchaus als zusätzliche vierte Fallgruppe gehandelt wird,⁹⁹ bezweifeln andere, dass den Umständen, die in der früheren Rechtsprechung für ein Feststellungsinteresse angeführt wurden, heute noch praktische Bedeutung zukommt.¹⁰⁰ Wieder andere verfolgen einen symbiotischen Ansatz und regen an, dass das Verständnis des Rehabilitationsinteresses nach Maßgabe der neuen Entscheidungen neu überprüft werden sollte.¹⁰¹ Gleiches ließe sich für die Wiederholungsgefahr vertreten. Ein Spannungsverhältnis besteht aber insbesondere gegenüber dem Rehabilitationsinteresse. Die Anforderungen an das Rehabilitationsinteresse ließen sich deutlich absenken, wenn man der Eingriffstiefe von Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren und ihren sozialen und wirtschaftlichen Wirkungen stärker Rechnung trüge sowie angesichts des Gebots effektiven Grundrechtsschutzes (, um ein Leerlaufen des

ein in der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel daher nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer »leer laufen« lassen. Hiervon muss sich das Rechtsmittelgericht auch bei der Antwort auf die Frage leiten lassen, ob im jeweiligen Einzelfall für ein nach der Prozessordnung statthaftes Rechtsmittel ein Rechtsschutzinteresse besteht.

⁹⁸ *Achenbach* JuS 2000, 27, 31.

⁹⁹ *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 85 ff.; *Meyer-Goßner*, Fn. 47, Vor § 296 Rn. 18a.

¹⁰⁰ *LR-Schäfer*, 25. Aufl. (2004), § 105 Fn. 101, bezweifelt, dass den Umständen, die in der früheren Rechtsprechung für ein Feststellungsinteresse angeführt wurden (erhebliche Folgen, diskriminierende Auswirkungen, Wiederholungsgefahr), noch praktische Bedeutung zukommt. Ähnlich äußert sich auch *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 10. Aufl. (2008), § 15 Rn. 327. Ein Rehabilitationsinteresse werde von der Rechtsprechung für den Beschuldigten regelmäßig verneint, es sei denn es liegt ein tief greifender Grundrechtseingriff vor.

¹⁰¹ *Fezer* JZ 1997, 1062, 1064; *Amelung* JR 1997, 384, 386; *Esskandari* *StraFo* 1997, 289, 292; in diese Richtung auch *Achenbach* JuS 2000, 27, 31.

grundsätzlich eröffneten Rechtsbehelfs zu verhindern,) lediglich verlangte, dass die Diskriminierung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann.¹⁰²

Ein solches Verständnis würde auch zur Aufgabe der unsäglichen Auffassung führen, dass das Rehabilitationsinteresse des Beschuldigten auch im weiteren Verlauf des Verfahrens durch Einstellung, Nichteröffnung oder Freispruch befriedigt werden kann.¹⁰³ Praktische Bedeutung hätte diese Fallgruppe freilich nur, wenn man einen tief greifenden Grundrechtseingriff im konkreten Fall verneint und nicht jeden Grundrechtseingriffs zur Begründung eines Feststellungsinteresses ausreichen lässt.

Das Verhältnis des tief greifenden Grundrechtseingriffs zu den etablierten restriktiveren Fallgruppen harret somit weiterer Klärung. Alle Versuche einer Präzisierung sind jedoch vom selben Grundleiden betroffen. Wie eine Neuinterpretation genau auszusehen hat und welche Position der »tief greifende

¹⁰² SK-Wohlers, Fn. 2, § 160 Rn. 86.

¹⁰³ So BGHSt 37, 79, 83; 36, 30, 32; zustimmend *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), § 15 Rn. 327; dagegen *Wohlers* GA 1992, 214, 222 ff. - ein genereller Ausschluss des Beschuldigten ist nicht zu rechtfertigen und schränke den Rechtsschutz des Beschuldigten zu Unrecht ein. *Wohlers* nimmt demgegenüber einen auf Art. 1 I, 2 I geschützten Anspruch des Betroffenen auf Klarstellung bzw. Gegendarstellung an, wenn die in Frage stehenden Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden in der Öffentlichkeit bekannt geworden sind oder die körperliche Integrität oder die persönliche Ehre des Betroffenen beeinträchtigt haben, SK-Wohlers, Fn. 2, § 160 Rn. 86; *ders.* GA 1992, 214, 227. Im Vordergrund stehen in der Regel die immateriellen Interessen des Betroffenen, so dass eine rein materielle Entschädigung zu kurz greift. Auch Freispruch oder Einstellung nach § 170 II StPO garantieren nicht, dass diesen Interessen Genugtuung verschafft wird und sämtliche Nachwirkungen einer Zwangsmaßnahme beseitigt werden. Dies ist weder Voraussetzung, notwendiger Inhalt noch Nebenfolge einer solchen Entscheidung. Die Fortwirkung wird auch nicht durch strenge Beweisverwertungsverbote eingegrenzt. Im Übrigen kann auch beim rechtsfehlerfrei Verurteilten ein Rehabilitationsinteresse bestehen, denn auch Schuldige haben verfassungsmäßige Rechte, die im Strafprozess unabhängig von der Frage der individuellen Schuld verletzbar sind und justiziabel sein müssen; vgl. grundsätzlich zur Problematik der innerprozessualen Rehabilitierung *Krack*, Die Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren (2002).

Grundrechtseingriff« innerhalb eines Systems anerkannter Feststellungsinteressen einnehmen könnte, hängt vom normativen Gehalt des neuen Kriteriums ab. Dessen Konkretisierung und die darauf aufbauende Ausarbeitung trennscharfer Maßstäbe zur Bestimmung eines tief greifenden Grundrechtseingriffs stehen indessen noch aus.

(2) Bewertungsmaßstab

(a) Die zweistufige Bewertungstechnik des Bundesverfassungsgerichts

Das *BVerfG* selbst liefert in seiner Grundsatzentscheidung nur wenige Anhaltspunkte. Von Verfassungswegen wird ein tief greifender Grundrechtseingriff ausdrücklich nur für die Durchsuchung festgestellt, weil deren Anordnung im Grundgesetz dem Richter vorbehalten ist. In Fällen, die so schwer wiegen, dass sie schon das Grundgesetz unter Richtervorbehalt gestellt hat, könne stets von einem tief greifenden Eingriff ausgegangen werden.¹⁰⁴ Von dieser Begründung über den verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt wäre auch die Freiheitsentziehung mit umfasst gewesen.¹⁰⁵ Die Aussagekraft der Begründung für alle anderen Grundrechtseingriffe blieb demgegenüber unklar.¹⁰⁶ Es ließ sich lediglich sagen, dass die Erstreckung auf sonstige Grundrechtseingriffe weder explizit noch implizit ausgeschlossen worden war.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BVerfGE 96, 27, 40; BVerfGE 104, 220, 233.

¹⁰⁵ Der verfassungsrechtlicher Richtervorbehalt ist das erste Differenzierungskriterium, vgl. *Achenbach* JuS 2000, 27, 31; *Eisele* StV 1999, 298, 299.

¹⁰⁶ Insofern kritisch *Fezer* JZ 1997, 1062 f. – rätselhafte Unverbundenheit und Widersprüchlichkeit neben den bisher verwendeten Kriterien.

¹⁰⁷ BVerfGE 104, 220, 233 – »hierunter fallen vornehmlich solche«. Auch *Ame- lung/Wirth*, StV 2002, 161, 162, vertreten eine Erweiterung. Die Hausdurchsuchung sei aus Tradition ins Grundgesetz aufgenommen worden und nicht als Ausdruck zwingender qualitativer Unterschiede gegenüber anderen intensiven Maßnahmen wie körperlicher Untersuchung, Telefonüberwachung oder Lauschangriff; *Krach* Jura 2001, 737, 738.

In nachfolgenden Beschlüssen hat das *BVerfG* den Katalog der tief greifenden Grundrechtseingriffe in kleinen Schritten kontinuierlich erweitert, ohne aber den Fachgerichten eine große, dogmatisch fundierte Linie vorzugeben. Das Gericht erläutert, dass eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit auch in anderen Fallgruppen mit lediglich einfachrechtlichem Richtervorbehalt geboten sein kann, z.B. bei einer Telefonüberwachung als erheblicher Eingriff in Art. 10 GG.¹⁰⁸ Ferner nennt das *BVerfG* allgemein eine Reihe hinreichend schwerwiegender Grundrechtseingriffe wie z. B. Verstöße gegen das Willkürverbot bei sachlicher Nähe zum Freiheitsrecht.¹⁰⁹ Das Gewicht des Eingriffs scheint dabei gegenüber abstrakten Kategorisierungen insgesamt an Relevanz zu gewinnen.¹¹⁰ So hat das Gericht in der Cicero-Entscheidung verdeutlicht, dass tief greifende Eingriffe auch bei einer grundsätzlich weniger intensiven Beschlagnahme möglich sind, weil sich neben der bloßen Eigentumsrelevanz aufgrund der Herkunft, des Verwendungszwecks und der spezifischen Schutzbedürftigkeit der beschlagnahmten Gegenstände ein schwerwiegender Eingriff in den Schutzbereich der Pressefreiheit ergab.¹¹¹ Entscheidend war nicht die Art der ange-

¹⁰⁸ BVerfG NJW 2005, 1855, 1856 = HRRS 2005 Nr. 214 – gesetzlicher Richtervorbehalt gem. § 100b StPO; ebenso BVerfG JR 2007, 516 f. = HRRS 2007 Nr. 200.

¹⁰⁹ BVerfG NStZ-RR 2004, 252, 253 = HRRS 2004 Nr. 350 – Vollstreckungshaftbefehl; BVerfG JR 2007, 516 = HRRS 2007 Nr. 200.

¹¹⁰ Vgl. BVerfG NJW 2003, 1514, 1515 – auch Beschlagnahmeanordnung im Rahmen einer Durchsuchung von Wohnräumen ist tief greifender Grundrechtseingriff.

¹¹¹ BVerfGE 117, 244, 269 = HRRS 2007 Nr. 201 - Bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen in Medienunternehmen fällt zusätzlich der Eingriff in die Presse- oder Rundfunkfreiheit ins Gewicht. Hier sind mögliche Beeinträchtigungen der redaktionellen Arbeit, insbesondere das Vertrauensverhältnis zu Informanten, zu berücksichtigen. Um sie abwehren zu können, darf der Presse das Recht, die Rechtswidrigkeit von Eingriffen feststellen zu lassen, nicht verweigert werden. Das Landgericht hat die Erledigung der gegen die Beschlagnahmebestätigung gerichteten Beschwerde festgestellt, ohne sich mit der Bedeutung der Maßnahme für das Grundrecht der Pressefreiheit und möglichen Folgewirkungen zu be-

griffenen Maßnahme, sondern ihre konkrete Wirkung in Gestalt einer Verletzung der Pressefreiheit von beträchtlichem Gewicht.

Der tief greifende Grundrechtseingriff trägt das berechtigte Feststellungsinteresse jedoch nicht allein. Das *BVerfG* verlangt die Anerkennung eines berechtigten Feststellungsinteresses explizit nur dann, wenn durch eine Maßnahme ein tief greifender Grundrechtseingriff erfolgt ist, dessen direkte Belastung sich typischerweise erledigt, bevor gerichtlicher Rechtsschutz erreichbar gewesen wäre.¹¹² Die »typischerweise kurzfristige Erledigung« ist die zweite Komponente des neuen Kriteriums. Betrachtet man das Verhältnis der beiden Komponenten zueinander, handelt es sich um einander komplementierende Elemente desselben Feststellungsinteresses. Die Prüfung des Gerichts ist mithin zweistufig. Auf der Eingangsstufe sind der Grundrechtseingriff und dessen Tiefe zu klären, woraufhin in einem zweiten Schritt zu bestimmen bleibt, ob der beanstandete Eingriff zu den Maßnahmen zählt, die ihrer Natur nach häufig vor möglicher gerichtlicher Überprüfung schon wieder beendet sind. Obgleich das *BVerfG* das genaue Verhältnis der Komponenten zueinander nicht genauer beleuchtet und auch das Merkmal der Typizität einer kurzfristigen Erledigung nicht spezifiziert, weist es dennoch auf dessen Filterfunktion hin. Es führt aus, dass eine Übertragung der höchstrichterlichen Maßstäbe auf Maßnahmen, die noch vor Erledigung gerichtlich überprüft werden können, wie z. B. Beschlagnahmeanordnungen, nicht ohne weiteres möglich ist.¹¹³ Dieser Selektion würden selbst Maßnahmen mit verfassungsrechtlich verbürgtem Richtervorbehalt zum Opfer fallen, die wie die aufgrund des Begründungsansatzes

fassen. Bei der dann folgenden Würdigung hat es sich auf die Aussage beschränkt, eine erledigte Beschlagnahme von Gegenständen, die – wie hier – weniger als zwei Monate andauert habe, stelle nur dann einen tief greifenden Grundrechtseingriff dar, wenn sie für den Betroffenen faktisch den endgültigen Entzug des Eigentums bedeute.

¹¹² *BVerfG*, NJW 99, 273.

¹¹³ *BVerfG* JR 2007, 516, 517 = HRRS 2007 Nr. 200.

in BVerfGE 96, 27 konstitutionell tief greifenden Freiheitsentziehungen ihrer Natur nach nicht in die Kategorie derjenigen Maßnahmen gehören, die sich typischerweise schnell erledigen, bevor Rechtsschutz gesucht werden kann.¹¹⁴ Vielmehr wurde im vorgenannten Beschluss eine Vergleichbarkeit der Blutentnahme nach § 81 a StPO mit der Wohnungsdurchsuchung gerade aus der Gemeinsamkeit gefolgert, dass sich die direkte Belastung auf eine Zeitspanne beschränkt, in der der Betroffene kaum eine gerichtliche Entscheidung erlangen kann.¹¹⁵

Insgesamt darf gefolgert werden, dass ein kategorialer Ausschluss sonstiger potentieller Grundrechtseingriffe neben den Fällen des grundgesetzlichen Richtervorbehalts - anders als zunächst gemutmaßt wurde - über die Komponente der Eingriffstiefe nicht erfolgt, während ein entsprechender, d. h. kategorialer, Ausschluss bestimmter Maßnahmen bei fehlender Typizität auf zweiter Stufe gut begründbar ist. Trotz dieses systematischen Erkenntnisgewinns bleibt materiell mit Unklarheiten behaftet, was »tief greifend« bedeutet¹¹⁶ und unter einer typischerweise kurzfristigen Erledigung zu verstehen ist.

¹¹⁴ So schon *Fezer* JZ 1997, 1062, 1063.

¹¹⁵ Andererseits finden sich auch Beispiele für Inkonsistenzen in der Anwendungspraxis, wenn das BVerfG ein Rechtsschutzinteresse mitunter ohne Bezug zur Typizität schon wegen der Schwere des Grundrechtseingriffs bejaht, vgl. BVerfG NJW 1999, 273.

¹¹⁶ *Beulke*, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), § 15 Rn. 327; *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 556.1, S. 322. Die inhaltliche Unbestimmtheit des neuen Marksteins wird nach wie vor bemängelt, *Achenbach* JuS 2000, 27, 31; *Amelung/Wirth* StV 2002, 161; LR-*Schäfer*, Fn. 100, § 105 Rn. 100 – »reichlich unbestimmt«.

(b) Klärungsversuche im Schrifttum

Obgleich das neue Kriterium auch im Schrifttum umgehend aufgegriffen wurde,¹¹⁷ lässt sich auch hier nur geringer Erkenntnisgewinn verzeichnen. Es orientiert sich als gedanklichem Ausgangspunkt an den Leitlinien der Grundsatzentscheidungen und stellt auch darüber hinaus zunächst ganz ähnliche Erwägungen an wie das *BVerfG* in seinen Folgebeschlüssen. Man konstatiert, dass kaum Ermittlungsmaßnahmen vorstellbar sind, die nicht in Grundrechte eingreifen.¹¹⁸ Die eigentliche Schwierigkeit bestünde also darin, Maßstäbe für die Konkretisierung zu gewinnen, wann diese von tief greifender Art sind. Folgt man dem Wortlaut und versteht »tief greifend« als Maßeinheit von Intensität seien auf den ersten Blick gewichtige Standardmaßnahmen angesprochen, namentlich Maßnahmen mit grundgesetzlichem Richtervorbehalt, ebenso heimliche Ermittlungsmaßnahmen wie Rasterfahndung (§ 98a), Postbeschlagnahme (§ 99), Überwachung der Telekommunikation (§ 100a), Abhören des nicht öffentlich gesprochenen Wortes (§ 100c).¹¹⁹ Möglicherweise sei aber auch nicht auf die abstrakte Qualität einer Maßnahme, sondern die konkrete Eingriffsintensität abzustellen.¹²⁰ Der Blick würde sich dann in einer gewissen Unabhängigkeit vom Typ der Standardmaßnahme z. B. auf Verstöße gegen das Willkürverbot¹²¹ oder die

¹¹⁷ Meyer-Götsner, Fn. 47, Vor § 296 Rn. 18a; Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. (2006), Rn 345, 601, 602; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, § 29 Rn. 9; zu den gehandelten Maßstäben vgl. zusammenfassend auch SK-Wohlers, Fn. 2, § 160 Rn. 88.

¹¹⁸ Ebenso Bachmann NJW 1999, 2414, 2416.

¹¹⁹ LR-Schäfer, Fn. 100, § 105 Rn 100.

¹²⁰ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), § 15 Rn. 327 - keine sinnvolle Umgrenzung; es muss auf das konkrete Ausmaß der Belastungen abgestellt werden, die mit dem Grundrechtseingriff verbunden sind; so auch Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. (2006), Rn. 693d; Fezer JZ 1997, 1062, 1064.

¹²¹ Ein tief greifender Eingriff sei jedenfalls bei jeder auf Willkür beruhenden Entscheidung zu bejahen; vgl. BVerfG JR 2007, 516 = HRRS 2007 Nr. 200; OLG

Beeinträchtigung besonders sensibler Rechtspositionen wie Versammlungsfreiheit oder das Fernmeldegeheimnis verschieben.¹²² In dieser Richtung wird angefügt, dass auch offene Maßnahmen wie Beschlagnahme oder Kontrollstellen tief greifende Grundrechtseingriffe bewirken könnten, wenn in diesen Fällen Rechtsschutz vor Erledigung nicht erreicht werden kann. Spätestens an diesem Punkt werden aber die beiden Komponenten der *BVerfG*-Definition vermischt, indem aus dem Umstand, dass die Erledigung typischerweise eintritt, bevor Rechtsschutz realisierbar ist, auf die Tiefe des Grundrechtseingriffs geschlossen wird.¹²³ *Krach* deutet in dieser Hinsicht jedoch zutreffend an, dass Eingriffsintensität und regelmäßige Dauer bei der Bestimmung des Feststellungsinteresses als inhaltlich zu trennende Komponenten zusammenspielen.¹²⁴ Gleichwohl wird gerade der Faktor der Typizität zunehmend unterschlagen. Die Betonung liegt in der wissenschaftlichen Diskussion allein auf dem schwerwiegenden Grundrechtseingriff,¹²⁵ ohne dabei überzeugende neue Maßstäbe gewonnen zu haben. Es wird überhaupt für zweifelhaft gehalten, dass ein qualitatives Merkmal für die Abgrenzung gefunden werden kann. Diese Einsicht hat im Schrifttum vermehrt zu einem Abrücken von den Standards des *BVerfG*, das zumindest formal am Kriterium des tief greifenden Grundrechtseingriffs festhält und es durch Zuweisung konkreter Fallkonstellationen inhaltlich auffüllt, und der Forderung nach expansiver Interpretation des Feststellungsinteresses

Celle StV 1997, 625; ein solches nachwirkendes Bedürfnis bei Willkür hat schon der BGH entgegen seiner eigenen Rechtsprechung zu richterlichen Anordnungen angedacht, BGH NJW 1989, 1170; BGHSt 28, 57, 58.

¹²² Vgl. *BVerfG NStZ-RR* 2004, 252, 253 = *HRRS* 2004 Nr. 350; *DVBl.* 2004, 822, 823.

¹²³ Vgl. *LR-Schäfer*, Fn. 100, § 105 Rn. 101 - kein besonderes Rechtsschutzbedürfnis erforderlich für Maßnahmen aufgrund der Eilkompetenz; es genügt Eingriff tief greifender Art, gegen den sich der Betroffene praktisch nicht sinnvoll wehren kann;

¹²⁴ *Krach Jura* 2001, 737, 739.

¹²⁵ Vgl. *Roxin StV* 1997, 654, 656.

geführt.¹²⁶ Die Eingriffe der Strafverfolgungsbehörden hätten eine Diskriminierungswirkung, die mit jeder nachhaltigen Verwicklung in zwangsausübend vorgehende strafprozessuale Ermittlungen verbunden sei. Zwangsmittelersätze hätten gemeinhin einen Stigmatisierungseffekt, der in rechtlich relevanter Weise das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG,¹²⁷ welches vor Beeinträchtigungen des sozialen Geltungsanspruchs schützt, berührt.¹²⁸ Eine abstrakte Differenzierung nach verfassungsrechtlichem und/oder einfachrechtlichem Richtervorbehalt überzeuge demgegenüber nicht. Sie sei geeignet, besonderen Bedarf an Rechtsschutz zu signalisieren, doch gestattet das Kriterium des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts nicht den Umkehrschluss auf fehlende Schutzwürdigkeit der Betroffenen in anderen Eingriffssituationen.¹²⁹ Andererseits wäre die Absicht, die Eingriffsintensität im Einzelfall bestimmen und zum Maßstab

¹²⁶ Diese Sichtweise erhält im Schrifttum verstärkt Zuspruch, wobei die Position untereinander variieren, vgl. *Fezer* JZ 1997, 1062, 1063 f.; *ders.* FS Rieß (2002), S. 93, 110; *Roxin* StV 1997, 654, 656; *Dörr* NJW 1984, 2258, 2261 – berechtigtes Interesse an nachträglicher Feststellung ergibt sich schon aus der Behauptung des Grundrechtseingriffs; etwas restriktiver *SK-Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 89; *Bachmann* NJW 1999, 2414, 2415 – erfasst werden müssen alle Zwangsmaßnahmen, bei denen die direkte Belastung durch den Hoheitsakt typischerweise beendet ist, bevor eine gerichtliche Entscheidung durch die zuständige Instanz erlangt werden kann.

¹²⁷ Vgl. dazu auch BVerfGE 54, 148 ff.

¹²⁸ *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe (1976), S. 42 ff.; *ders.* NJW 1978, 1013, 1014 – z. B. bei publikumswirksamen Durchsuchungen. Ebenso *Wohlers* GA 1992, 214, 227 – der soziale Geltungsanspruch sei insbesondere betroffen, wenn die Wirkung einer Maßnahme auf die Öffentlichkeit gerichtet ist. Hier bestünde Anspruch auf Gegendarstellung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

¹²⁹ *Fezer*, FS Rieß (2002), S. 93, 110 - Es verbiete sich nach dem Kriterium des tief greifenden Grundrechtseingriffs zwischen Beschlagnahme und Durchsuchung zu differenzieren; auch das von der strafgerichtlichen Rechtsprechung praktizierte Rehabilitationsinteresse darf nicht so eng verstanden werden, dass dies nur für besonders gelagerte Ausnahmefälle anzunehmen ist. Auch einfachrechtlicher Richtervorbehalt sei Schutz geboten, *Fezer* JZ 1997, 1062, 1063.

machen zu wollen, nur schwer mit dem Grundanliegen des Rechtsfortbildungsprozesses vereinbar, ein Rechtsschutzsystem zu etablieren, das nach klaren und verlässlichen Kriterien operiert.¹³⁰ Daher müsse jede (plausibel und substantiiert behauptete) Grundrechtsverletzung durch eine anfechtbare Zwangsmaßnahme zumindest einer nachträglichen Überprüfung zuzuführen sein, wenn sich diese erledigt, bevor Rechtsschutz gewährt werden kann.¹³¹ Lediglich bagatellarische Eingriffe sollen unberücksichtigt bleiben.¹³² Gegen erledigte Zwangsakte mit Grundrechtsrelevanz sei daher allgemein eine Anrufung eines Gerichts zur nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit zuzulassen, wenn ein strafprozessualer Rechtsbehelf gegen deren Anordnung offen stand.¹³³ Die Beschränkung des Rechtsschutzinteresses auf erhebliche Folgen des Eingriffs oder Wiederholungsgefahr werde mithin nicht aufrechtzuerhalten sein.¹³⁴ Die Unterscheidung zwischen tief greifenden und sonstigen Grundrechtseingriffen müsse aufgegeben werden.¹³⁵ Sie sei weder zu leisten¹³⁶ noch mit Art. 19 IV GG vereinbar. Art. 19 IV GG kenne eine derartige Unterscheidung nach der Tiefe des Grundrechtseingriffs nicht.¹³⁷ Es muss grundsätzlich effektiver Rechts-

¹³⁰ Für die rechtspraktische Interpretation dieser Zulässigkeitsvoraussetzung ist die effektive Ausgestaltung des Rechtswegs die entscheidende Problemstellung, SK-Wohlers, Fn. 2, § 160 Rn. 83; ders. GA 1992, 214, 216.

¹³¹ Roxin StV 1997, 654, 656; Fezer JZ 1997, 1062, 1063 f.; Lilie ZStW 111 (1999), S. 807, 814; SK-Wohlers, Fn. 2, § 160 Rn. 89.

¹³² SK-Wohlers, Fn. 2, § 160 Rn. 89; Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 559; strenger SK-Rogall, 21. Aufbau-Lfg. (2000), § 81a Rn. 116 – bei Eingriffen mit erhöhtem Schweregrad sei Beschwerde stets zulässig; in den übrigen Fällen hinge dies vom Vorliegen eines sonst anerkannten Feststellungsinteresses ab.

¹³³ Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Auflage (1995), § 29, Rn. 12 ff.

¹³⁴ Roxin StV 1997, 654, 656.

¹³⁵ SK-Wohlers, Fn. 2, § 160 Rn. 89.

¹³⁶ Roxin StV 1997, 654, 656.

¹³⁷ Roxin StV 1997, 654, 656. Dem Anliegen effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG werden Differenzierungen nach dem Schweregrad eines Eingriffs nicht gerecht.

schutz vor jedem Eingriff der öffentlichen Gewalt gewährt werden,¹³⁸ was in der Sache zu einem generellen Beschwerderecht des Betroffenen führt.¹³⁹

(c) Die Anwendung des Kriteriums in der Praxis der Fachgerichte

Demgegenüber folgt die Rechtsprechung der Strafgerichte sowohl für richterliche als auch nichtrichterliche Anordnungen der Marschroute, die das *BVerfG* abgesteckt hat. Ein Blick in die Spruchpraxis offenbart allerdings, dass das frühzeitige Unbehagen *Roxins* über die ersten Anzeichen für die Entstehung einer unübersichtlichen Kasuistik¹⁴⁰ mehr als berechtigt war. Zur Aufklärung des verschwommenen Bildes vermochte die Rechtsprechung bislang keinen nachhaltigen Beitrag zu leisten. Es dominiert die Einzelfallbetrachtung, die Rechtsunsicherheit und Dezisionismus Tür und Tor öffnet.

Die soweit ersichtlich erste veröffentlichte und weithin diskutierte Entscheidung des *LG Neuruppin* darf in der Retrospektive als Präzedenzfall für die Schwierigkeiten mit der Handhabung des neuen Kriteriums gelten. Es ging darin um die erledigte Beschlagnahme eines Mobiltelefons und einer Telefonkarte, die weniger als 2 Monate andauerte. Das *LG Neuruppin* gelangte zu dem Schluss, dass dieser Eingriff keine nachträgliche Überprüfung der erledigten Beschlagnahme rechtfertigte. Tief greifend wirke eine Beschlagnahme als Grundrechtseingriff nur dann, wenn sie für den Betroffenen faktisch den endgültigen Entzug des Eigentums bedeutete.¹⁴¹ Das Gericht kon-

¹³⁸ *Kühne*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 559, S. 324; *Roxin StV* 1997, 654, 656; *Krach Jura* 2001, 737, 739.

¹³⁹ *Krach Jura* 2001, 737, 738. Ohnehin verlangt schon Art. 103 I GG nach lückenlosem Rechtsschutz.

¹⁴⁰ *Roxin StV* 1997, 654, 656; in diesem Sinne auch *Amelung*, BGH-FG (2000), S. 911, 919, und *Kühne*, der das Bild der Büchse der Pandora verwendet, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 559, S. 324.

¹⁴¹ *LG Neuruppin StV* 1997, 393 mit Anm. *Fezer JZ* 1997, 1062.

zentrierte sich damit auf die Frage der Eingriffstiefe und fand hier den maßgeblichen Grund für die Verneinung der Zulässigkeit des Rechtsschutzbegehrens. In einer Art hilfsweisem Nachtrag, der im Begründungszusammenhang wohl nicht tragend ist, ergänzt das Gericht, dass auch keine Maßnahme vorliegt, die sich typischerweise kurzfristig erledigt. Eine einfache Bestätigung auf Antrag und darauf folgende Beschwerde hätten zur Verfügung gestanden. Damit scheint die zweite Komponente der Typizität der kurzfristigen Erledigung in den Erwägungen kurz auf, doch geht das *LG Neuruppin* dessen eigenständigem Gehalt und möglichem Zusammenhang mit dem Grundrechtseingriff nicht nach.¹⁴²

Auch in den nachfolgenden Entscheidungen erweist sich die Eingriffsintensität im Einzelfall als ausschlaggebender Prüfungsschwerpunkt. So wurde z. B. befunden, dass nicht jede Beschlagnahme ein Feststellungsinteresse begründe,¹⁴³ wohl aber die unverhältnismäßige Beschlagnahme eines Computers für 9 Monate bei geringem Tatverdacht.¹⁴⁴ Durchsuchungen von Wohn- und Geschäftsräumen,¹⁴⁵ Freiheitsentziehungen,¹⁴⁶ Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit,¹⁴⁷ schwerwiegende Einwirkungen nach § 136a StPO¹⁴⁸ oder längerfristige Observation und Telefonüberwachung¹⁴⁹ bilden weitere Beispiele eines Grundrechtseingriffs, der als tief greifend gewertet wurde.

¹⁴² Es wird nicht recht klar, ob die Möglichkeit, vor Erledigung Rechtsbehelfe einlegen zu können, die Belastung durch den Eingriff reduzieren soll oder begründen hilft, dass ein zwingendes Definitions(teil)element nicht erfüllt ist. Bei gründlichem Studium des Beschlusses lassen sich aber zumindest Anhaltspunkte für die erste Variante gewinnen.

¹⁴³ OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 175; ebenso AG München NStZ 1999, 528, 529 – etwas mehr als eine Woche nicht tief greifend.

¹⁴⁴ LG Kiel StraFo 2004, 93, 94.

¹⁴⁵ OLG Dresden StraFo 2007, 329; BGH NStZ 2000, 154.

¹⁴⁶ BGHSt 44, 171, 173 f.

¹⁴⁷ *SK-Rogall*, 21. Aufbau-Lfg. (2000), § 81a Rn. 115.

¹⁴⁸ LG Ravensburg NStZ-RR 2008, 45.

¹⁴⁹ OLG Frankfurt StV 2006, 122.

Auch bei rechtswidrigem Vollstreckungshaftbefehl nach § 457 StPO komme ein Rechtsschutzbedürfnis in Betracht.¹⁵⁰ Trotz der Entscheidungsfülle bleiben Dogmatik und Systematik des berechtigten Feststellungsinteresses weiter im Dunkeln. Auch Gedanken zur Typizität finden sich nur selten.¹⁵¹ Sehr interessant sind in dieser Hinsicht allerdings diverse Beschlüsse des *OLG Hamm* und des *OLG Frankfurt* zu Vorführhaftbefehlen gem. § 230 II StPO. Bei gegenstandslos gewordenem Haftbefehl nach § 230 II StPO ließe sich kein Rechtsschutzbedürfnis mehr feststellen.¹⁵² Anders als bei einer Durchsuchungsanordnung, die wegen der allgemein kurzfristigen Natur einer solchen Maßnahme in aller Regel keiner weiteren rechtlichen Überprüfung zugänglich ist, bestünden bei einem Haftbefehl gem. § 230 II StPO hinreichende Möglichkeiten einer Inhaftierung schon bei Verkündung entgegenzuwirken, insbesondere durch Vortragen genügender Entschuldigungsgründe für ein Ausbleiben in der Hauptverhandlung. Im weiteren Verlauf hätte auch vom Recht der Beschwerde und weiteren Beschwerde Gebrauch gemacht werden können. Das *OLG Frankfurt* schloss sich der Ansicht des *OLG Hamm* an.¹⁵³ Art. 19 IV GG begründe zwar einen Leistungsanspruch

¹⁵⁰ *OLG Hamm NJW* 1999, 229.

¹⁵¹ Vgl. aber *OLG Frankfurt NStZ-RR* 2003, 175, 176 – Bei einer erledigten Ermittlungsmaßnahme ist der Antrag auf Feststellung deren Rechtswidrigkeit zwar dann zulässig, wenn durch sie tief greifend in die Grundrechte des Betroffenen eingegriffen wird und sich ihre direkte Belastung nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung, einschließlich der Beschwerdeentscheidung in der Regel nicht erlangen kann. Bei Beschlagnahmemaßnahmen stehe jedoch regelmäßig ein Zeitrahmen zur Verfügung, der dem Betroffenen die Ausschöpfung des Instanzenzuges ohne weiteres ermöglicht.

¹⁵² *OLG Hamm NJW* 1999, 229.

¹⁵³ *OLG Frankfurt NStZ-RR* 2007, 349. Damit wendet sich das *OLG Frankfurt* zugleich gegen die Auffassung des *OLG Düsseldorf* und des *OLG Celle*, siehe *OLG Düsseldorf NStZ-RR* 2001, 382; *OLG Celle NStZ-RR* 2003, 177. Diese sehen die Eröffnung des Rechtswegs nicht als davon abhängig an, ob möglicherweise vor Eintritt der Erledigung bestehende Rechtsmittel hätten ausgeschöpft werden können. Sie argumentieren, dass es gerade angesichts des besonderen

gegenüber dem Staat, doch folge aus dem Leistungscharakter auch, dass die Rechtsschutzgarantie mit der Obliegenheit verknüpft ist, selbst für die Geltendmachung der Ansprüche zu sorgen, die aus ihr folgen. Dem Anspruch auf Individualrechtsschutz korrespondiere daher eine Prozessverantwortung, die sich in Anfechtungs- und Mitwirkungslasten niederschlägt.¹⁵⁴ Es sei daher verfassungsrechtlich anerkannt, dass es gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der Berechtigte sich verspätet auf sein Recht beruft und unter Verhältnissen untätig bleibt, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen worden wäre. Die Interessen des Rechtssuchenden stünden typischerweise in einem Spannungsverhältnis mit den verfassungsrechtlich legitimierten Schutzgütern der Rechtssicherheit und Rechtsfrieden, so dass es eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen den Verfassungsgütern bedarf. Unter Beachtung dieser Grundsätze sei nicht zu beanstanden, dass effektiver Rechtsschutz nur dann möglich ist, wenn der Betroffene die nicht fristgebundene Beschwerde umgehend einlegt.¹⁵⁵

In ihrem grundsätzlichen Charakter ist die Begründung des *OLG Frankfurt* sehr zu begrüßen, da sie ein beachtlicher Versuch ist, die Kriterien des *BVerfG* dogmatisch anzureichern. Beim Bemühen, die normativen Unterschiede zwischen den Maßnahmen, die sich ihrer Natur nach kurzfristig erledigen oder eben typischerweise nicht, zu beschreiben und dem Ausschluss der letzteren eine tragfähige argumentative Grundlage zu verschaffen, übersieht der Senat jedoch, dass seine Ausführungen teilweise eine andere Zulässigkeitsvoraussetzung betreffen als das Feststellungsinteresse. Der Senat vermischt das Feststellungsinteresse mit dem Problem der Verwirkung. Er schneidet damit nicht nur die in der Sache gebotene Prüfung

Gewichts freiheitsentziehender Eingriffe und der geforderten Gewährung effektiven Rechtsschutzes systemwidrig sei, die Rechtsschutzgewährung dadurch einzuschränken, dass der Betroffene zur Vermeidung von Rechtsnachteilen verpflichtet wird, ein nicht fristgebundenes Rechtsmittel umgehend einzulegen.

¹⁵⁴ OLG Frankfurt NStZ-RR 2007, 349, 350.

¹⁵⁵ OLG Frankfurt NStZ-RR 2007, 349, 350.

der übrigen anerkannten Fallgruppen ab, sondern postuliert in letzter Konsequenz sogar, dass in allen Eingriffskonstellationen, deren direkte Belastung sich nicht typischerweise kurzfristig erledigt, die ausbleibende Ergreifung verfügbarer Rechtsbehelfe mit Eintritt der Erledigung zur Verwirkung des Rechtsschutzbedürfnisses führt. Dieses Ergebnis kann nicht richtig sein. Zum einen trennt das *OLG Frankfurt* systemwidrig nicht zwischen der allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzung eines berechtigten Feststellungsinteresses und der Missbrauchskontrolle der Verwirkung, die als Rechtsfigur gerade dazu geschaffen wurde, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu gewährleisten. Diese Einschränkung statthaften Rechtsschutzes durch die Rechtsfigur der Verwirkung unterliegt strengen Voraussetzungen, damit die Garantie effektiven Rechtsschutzes nicht leer läuft.¹⁵⁶ Zum anderen brächte die Auffassung des *OLG Frankfurt* die Aufgabe der anerkannten Fallgruppen des Rehabilitationsinteresses und der Wiederholungsgefahr mit sich, wenn Rechtsbehelfe vor Erledigung zur Verfügung standen. Im Übrigen ist aber auch die Annahme höchst zweifelhaft, dass das regelmäßig zufällige und für den Betroffenen nicht steuerbare Ereignis der Erledigung als Ankerpunkt für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden taugen soll. Tatsächlich handelt es sich in der Sache wohl um eine Wiederkehr der Figur der prozessualen Überholung durch die Hintertür für alle Fälle, in denen Rechtsbehelfe vor Erledigung regelmäßig verfügbar waren. Diese Figur hat das *BVerfG* jedoch aus gutem Grund verworfen. Beschwerde und Antrag auf richterliche Entscheidung sind unbefristete Rechtsbehelfe, die auch nach Erledigung statthaft bleiben. Ob Rechtssicherheit und Rechtsfrieden nachhaltig beschädigt werden, wenn der Betroffene über einen längeren Zeitraum mit der Einlegung dieser Rechtsbehelfe zögert, ist im Rahmen der zweiten wesentlichen

¹⁵⁶ BVerfG NJW 2005, 1855, 1857 = HRRS 2005 Nr. 214.

Zulässigkeitsvoraussetzung zu prüfen: dem hinreichenden zeitlichen Zusammenhang von erledigter Maßnahme und Rechtsbehelf.¹⁵⁷

2. Zeitlicher Zusammenhang

Die Erscheinungsformen der Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafrecht sind nicht fristgebunden.¹⁵⁸ Dies entspricht der Rechtslage im Verwaltungsrecht. Auch dort unterliegt die Fortsetzungsfeststellungsklage seit *BVerwGE* 109, 203 keiner Klagefrist mehr. Wird die Beschwerde jedoch erst lange nach Erlass des Beschlusses eingelegt, kann sie wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig sein.¹⁵⁹ Auch wenn eine Klagefrist nicht zu wahren ist, kann ein Rechtsbehelf also unzulässig werden, wenn der Kläger durch unredliche, gegen Treu und Glauben verstoßende Verzögerung der Geltendmachung seines Klage- bzw. Beschwerderechts seine Schutzwürdigkeit wegen missbräuchlicher Rechtsausübung einbüßt.¹⁶⁰ Im Verwaltungsrecht wird diese Zulässigkeitsgrenze als Verwirkung auf den Begriff gebracht.

Das *BVerfG* hält eine solche Einschränkung effektiven Rechtsschutzes, indem die Rechtsschutzgewährung von vorhandenem oder fortbestehendem Rechtsschutzbedürfnis abhängig gemacht wird, mit der Garantie des Art.

¹⁵⁷ Vgl. *BVerfG NJW* 2003, 1514.

¹⁵⁸ Ganz h. M. vgl. nur *BVerfG NJW* 2005, 1855, 1856 = *HRRS* 2005 Nr. 214; a. A. *KK-Ruß*, 5. Aufl. (2003), § 296, Rn. 7 – Beschwerdemöglichkeit soll in entsprechender Anwendung des § 311 StPO im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf eine Woche begrenzt werden. Die Annahme einer Ausschlussfrist erwägt auch der BGH in *BGHSt* 44, 265, 274 – Zulässigkeit könnte für Anordnung und Vollziehung anders geregelt werden. Für den Antrag auf richterliche Überprüfung könnte auch die Ausschlussfrist der Einmonatsfrist des § 26 EGGVG in Betracht kommen. Der Senat hatte in diesem Fall allerdings nicht über die Grenzen der Statthaftigkeit zu befinden.

¹⁵⁹ *BVerfG NJW* 2003, 1514.

¹⁶⁰ *BVerfGE* 32, 305, 308; *BVerfG NJW* 2003, 1514; *Kopp/Schenke, VwGO*, 14. Aufl. (2005), § 74 Rn. 18 f.

19 IV GG für vereinbar. Das Rechtsschutzbedürfnis könne entfallen, wenn die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt,¹⁶¹ weil der Berechtigte sich verspätet auf das Recht beruft, obwohl er vom Klagegrund Kenntnis hatte oder hätte haben müssen,¹⁶² und unter Umständen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen wird,¹⁶³ so dass der Beklagte und sonstige Beteiligte nach den besonderen Umständen des Falles darauf vertrauen durften, dass keine Klage mehr erhoben wird.¹⁶⁴ Das öffentliche Interesse an der Wahrung des Rechtsfriedens kann in derartigen Fällen verlangen, die Anrufung des Gerichts nach langer Zeit untätigen Zuwartens als verwirkt anzusehen.¹⁶⁵ Auch ein an sich unbefristeter Antrag kann deshalb nicht nach Belieben hinausgezogen oder verspätet gestellt werden, ohne unzulässig zu werden.¹⁶⁶ Gleichwohl dürfe hierdurch der Weg vor die Gerichte nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden.¹⁶⁷

Als Rechtsfigur ist die Verwirkung auch im Strafverfahrensrecht anerkannt.¹⁶⁸ Ausnahmsweise können deshalb auch die unbefristeten Rechtsbehelfe der Beschwerde oder des Antrags nach § 98 II 2 StPO infolge Verwir-

¹⁶¹ BVerfGE 32, 305 f.

¹⁶² BVerwGE 44, 294 f.

¹⁶³ BVerfG NJW 2005, 1855, 1856 = HRRS 2005 Nr. 214; BVerfG NJW 2003, 1514, 1515; BVerfGE 32, 305, 308 f.

¹⁶⁴ *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. (2005), § 74 Rn 19.

¹⁶⁵ BVerfG NJW 2005, 1855, 1856 = HRRS 2005 Nr. 214; BVerfGE 32, 305, 308 f.

¹⁶⁶ BVerfG NJW 2003, 1514, 1515; BVerfG NJW 72, 675; BVerfGE 32, 305, 309.

¹⁶⁷ BVerfG StRR 2008, 220, 221 = HRRS 2008 Nr. 310; BVerfG NJW 2003, 1514, 1515; BVerfGE 10, 264, 267 ff.

¹⁶⁸ *Meyer-Götsner*, Fn. 47, Vor § 296 Rn. 6; OLG Hamm NStZ-RR 2004, 144, 145; *Park* StRR 2008, 221; *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. (2006), Rn. 602 – Rechtsschutz ist zeitlich nicht unbegrenzt; sehr kritisch *Schlüchter*, GS Meyer (1990), S. 445, 453 ff. – kaum tragfähig als Grundlage für Rügeverlust, S. 464.

kung unzulässig werden.¹⁶⁹ Als Voraussetzung einer solchen Verwirkung wird unter offensichtlicher Anleihe im Verwaltungsprozessrechts genannt, dass der Rechtsmittelberechtigte über längere Zeit (sog. Zeitmoment) untätig bleibt unter Verhältnissen untätig geblieben ist, unter denen vernünftigerweise etwas zur Wahrung des Rechts unternommen wird und der Gegner insbesondere auf die bestehende Situation vertrauen durfte (sog. Umstandsmoment).¹⁷⁰ Diese Formel ist weithin akzeptiert. Unsicherheiten bestehen in der Praxis vor allem hinsichtlich des konkreten Anwendungsbereichs der Verwirkung. Die Kriterien des Umstands- und Zeitmoments haben keine trennscharfen Konturen.¹⁷¹

a) Umstandsmoment

Unklar ist schon, welche Handlungen, Ereignisse oder Aspekte als Umstandsmoment anzusehen sind, welches ein schutzwürdiges Vertrauen auslöst, dass kein Rechtsbehelf mehr eingelegt wird. Als wertvolles Indiz für ein »Vertrauen dürfen« erachtet *Park*, ob der Betroffene erst nachträglich von Umständen Kenntnis erlangt hat, die für die Bewertung relevant sind oder eine Änderung der Ausgangslage eingetreten ist.¹⁷² Hinsichtlich prozessualer Ereignisse wird es aus Sicht des Antragstellers als kritisch angesehen, wenn das Verfahren mit der Zustimmung des Beschuldigten eingestellt wurde oder Rechtskraft eingetreten ist und der Betroffene erst längere Zeit nach Abschluss des Verfahrens Beschwerde einlegt.¹⁷³ So hat das OLG

¹⁶⁹ *Meyer-Goßner*, Fn. 47, Vor § 296 Rn. 6; dagegen bezogen auf Verfahrensrügen *Schlüchter*, GS Meyer (1990), S. 445, 450 ff.

¹⁷⁰ *Meyer-Goßner*, Fn. 47, Vor § 296 Rn. 6; OLG Oldenburg StraFo 2007, 33, 34; OLG Hamm NStZ-RR 2004, 144, 145.

¹⁷¹ *Park* StRR 2008, 221.

¹⁷² *Park* StRR 2008, 221 unter Hinweis auf *Park/Schlothauer*, in: FS Widmaier, 2008 im Druck.

¹⁷³ *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. (2006), Rn 602.

Frankfurt vor einiger Zeit entschieden, dass nachträglicher Rechtsschutz nach Eintritt der Rechtskraft regelmäßig nicht mehr in Betracht kommt.¹⁷⁴ Andere Gerichte haben eine endgültige Verfahrenseinstellung gem. § 153 a StPO oder einen Rechtsmittelverzicht zum Anlass genommen, ein Rechtsschutzbedürfnis wegen Verwirkung zu verneinen.¹⁷⁵

Die Maßstäbe des *BVerfG* sind wiederum weitaus großzügiger als diejenigen der Fachgerichte. Auch nach rechtskräftigem Abschluss des Hauptverfahrens bleibt eine nachträgliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme möglich.¹⁷⁶ So korrigierte das *BVerfG* einen landgerichtlichen Beschluss, der bei Beschwerdeeinlegung 1 Jahr nach Unterrichtung über die Erhebung von Telekommunikationsverbindungsdaten und 9 Monate nach Einstellung des Verfahrens kein Rechtsschutzbedürfnis mehr erkennen wollte.¹⁷⁷ Gleichwohl bewertet auch das *BVerfG* die Beendigungsform des Hauptverfahrens nicht per se als irrelevant für das Umstandsmoment und schließt eine Anknüpfung an sie nicht aus. Als Teilaspekte hat das Gericht selbst in diversen Entscheidungen auf den endgültigen Abschluss des Verfahrens durch Einstellung gem. § 153 a StPO oder die Einstellung gem. § 170 II StPO Bezug genommen. So sei die Annahme der Verwirkung nicht zu beanstanden, wenn eine Anfechtung über 2 Jahre nach Vollzug einer Durchsuchung (2000) und nach endgültigem Abschluss des Verfahrens durch Einstellung gem. § 153 a StPO (2002) erfolgt.¹⁷⁸ Da die Maßnahme vollzogen war und der Betroffene über zwei Jahre gewartet hat

¹⁷⁴ OLG Frankfurt NStZ-RR 2003, 175.

¹⁷⁵ Vgl. die Ausgangsverfahren in *BVerfG* NJW 2003, 1514, *BVerfG* NJW 2005, 1855 = HRRS 2005 Nr. 214, und *BVerfG* StRR 2008, 220, 221 = HRRS 2008 Nr. 310

¹⁷⁶ *BVerfG* NJW 2005, 1855 = HRRS 2005 Nr. 214.

¹⁷⁷ *BVerfG* StRR 2008, 220, 221 = HRRS 2008 Nr. 310.

¹⁷⁸ *BVerfG* NJW 2003, 1514. Die Beschwerde wurde 14 Tage nach Einstellung eingelegt.

sowie das Verfahren nach Zahlung einer Geldauflage mit seiner Zustimmung eingestellt wurde, scheide eine Verletzung von Art. 19 IV GG aus, da der Weg zum Gericht nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert wurde.¹⁷⁹ In einem aktuellen Fall prüft das *BVerfG*, ob die Verfahrenseinstellung nach § 170 II StPO ein besonderes Umstandsmoment begründet, verneint dies aber. Dabei scheint das *BVerfG* der Verfahrenseinstellung gem. § 170 II StPO eine besondere Bedeutung gegenüber anderen Verfahrenseinstellungen insofern einzuräumen, als sie aufgrund ihrer Voraussetzungen eher ungeeignet ist, ein Umstandsmoment zu begründen. Die Unschuldsvermutung trägt eine solche Differenzierung jedoch nicht.¹⁸⁰ Auch die Zustimmungsbedürftigkeit diverser Einstellungsformen dürfte kaum aussagekräftiger sein. Die Zustimmung zur Einstellung kann nicht als vertrauensbildende Maßnahme dahin gehend verstanden werden, dass der Beschuldigte nicht mehr die Rechtmäßigkeit erledigter Zwangsmaßnahmen überprüfen lassen will.¹⁸¹ *Park* hält es deshalb für zweifelhaft, ob der Form der Verfahrenserledigung überhaupt in irgendeiner Form Bedeutung im Rahmen des Umstandsmoments beigemessen werden kann. Sonst könnte die Frage der Schuld oder der Unschuld des Täters einfließen und damit ein Gesichtspunkt, der im Rahmen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit strafprozessualer Zwangsmaßnahmen grundsätzlich nicht von Bedeutung sein kann.¹⁸²

¹⁷⁹ *BVerfG* NJW 2003, 1514, 1515 – Beschwerdeführer sei bei dieser Sachlage untätig geblieben, obwohl vernünftigerweise etwas zur Rechtswahrung unternommen worden wäre.

¹⁸⁰ In diese Richtung *Park* StRR 2008, S. 221, für den es zweifelhaft erscheint, ob der Form der Verfahrenserledigung überhaupt in irgendeiner Form Bedeutung im Rahmen des Umstandsmoments beizumessen ist, S. 221.

¹⁸¹ *Park* StRR 2008, 221, 222.

¹⁸² *Park* StRR 2008, S. 221, 222; so schon zuvor *VerfGBbg*, Beschluss vom 21.11.2002 - VfGBbg 94 - Das Strafverfahren habe mit der Rechtmäßigkeit der Durchsuchung nicht unmittelbar zu tun. Im Strafprozess gehe es um Schuld oder Nichtschuld und nicht speziell um die Rechtmäßigkeit der Durchsu-

Das sieht im Grundsatz trotz der vorgenannten fallspezifischen Ausführungen auch das *BVerfG* so.¹⁸³ In einem Beschluss vom 14. Dezember 2004 er-

chungsanordnung. Es ist sowohl möglich, dass der Betroffene trotz rechtswidriger Durchsuchungsanordnung verurteilt wird, als auch umgekehrt, dass er unbeschadet der Rechtmäßigkeit der Durchsuchungsanordnung freigesprochen wird; vgl. in grundsätzlicher Hinsicht auch *Gusy StV* 2002, 153, 157 ff.

¹⁸³ BVerfGE 96, 27, 42; BVerfG NJW 2005, 1855 = HRRS 2005 Nr. 214. Dem Beschluss liegt ein besonders erstaunliches Beispiel mutwilliger Vereitelung effektiven Rechtsschutzes durch die Hamburger Strafjustiz zu Grunde. Nach erledigter Wohnungsdurchsuchung und Telefonüberwachung wies das (zuständige) LG Hamburg die Anträge auf Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit in der Hauptverhandlung zurück, weil – in offenkundiger Verkennung der höchstrichterlichen Rechtsprechung – nach Eröffnung des Hauptverfahrens kein Anspruch auf eine isolierte Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der angegriffenen und abgeschlossenen Maßnahmen bestehe. Hiergegen erhob der Betroffene sogleich Beschwerde. Das OLG Hamburg umging jedoch eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung des LG. Da im Hauptsacheverfahren nach Rechtsmittelverzicht des Betroffenen zwischenzeitlich Rechtskraft eingetreten war, sah der Senat das Verfahren hierdurch wieder in den Stand vor der Anklageerhebung zurückversetzt. Es verwarf daher die Beschwerde unter Hinweis auf die Zuständigkeit des Amtsgerichts, dass bereits vor Anklageerhebung zuständig war. Hiergegen erhob der Betroffene Verfassungsbeschwerde, die nicht zur Entscheidung angenommen wurde, da er zunächst den vom OLG aufgezeigten Weg hätte einschlagen müssen. Noch vor dieser Entscheidung – einen Monat nach Verkündung des Beschlusses des OLG – hatte der Betroffene bereits einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit beim AG Hamburg gestellt. Diesen Antrag wies das AG Hamburg – wiederum einen Monat nach dem Kammerbeschluss des BVerfG – als unzulässig zurück, da ihm das allgemeine Rechtsschutzinteresse fehlte. Der Antragsteller hätte bereits eine vorhandene Gelegenheit zur gerichtlichen Prüfung gehabt und durch seinen Rechtsmittelverzicht im Hauptverfahren selbst dafür gesorgt, dass es im vorangegangenen Verfahren nicht zu einer sachlichen Überprüfung gekommen ist. Der Rechtsmittelverzicht könne schon unter Verwirkungsgesichtspunkten dazu führen, dass die Maßnahmen nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss nicht mehr zum Gegenstand eines gerichtlichen Prüfungsverfahrens gemacht werden können. Dies alles ereignete sich in einem Zeitraum von 15 Monaten. Es ist müßig, darüber zu rätseln, wie sich die kongruente Unkenntnis oder schlimmstenfalls Missachtung der Rechtsprechung des BVerfG durch gleich drei Hamburger Gerichte erklärt. Das BVerfG machte dieser kafkaesken Posse auf erneute Verfassungsbeschwerde des Betroffenen hin mit Beschluss vom 14. Dezember 2004 jedenfalls ein Ende. Die angegriffene Entscheidung habe den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht

läutert es, dass hinreichend zwischen dem Gegenstand des Hauptverfahrens und der Feststellung der Rechtswidrigkeit unterschieden werden muss.¹⁸⁴ Im Strafverfahren ginge es um Schuld oder Unschuld, nicht um die Rechtmäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme. Der vom Beschwerdeführer im Hauptsacheverfahren erklärte Rechtsmittelverzicht hätte einen anderen Gegenstand als dessen Rechtsmittel gegen die Ermittlungsmaßnahmen, so dass dieses Rechtsmittel nicht mit Hinweis auf den Rechtsmittelverzicht verworfen werden durfte. Unabhängig von der Akzeptanz der Verurteilung kann daher ein berechtigtes Interesse an der Feststellung davon unabhängiger Ermittlungsmaßnahmen als gesonderter Grundrechtseingriffe fortbestehen,¹⁸⁵ wobei hinzuzufügen ist, dass die mit einem Rechtsmittelverzicht herbeigeführte Rechtskraft sich ohnehin nicht auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Zwangsmaßnahme erstreckte.¹⁸⁶ Gegenstand des Urteils sind nicht einzelne Ermittlungsmaßnahmen, sondern die strafrechtliche Würdigung einer prozessualen Tat. Mithin ist eine Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung prozessualer Ereignisse im Hauptverfahren zwar nicht gänzlich unzulässig. Als schwerpunktmäßig ausschlaggebende Faktoren scheinen Einstellungsform oder Art der Beendigung des Hauptverfahrens aber disqualifiziert zu sein.

Rechnung getragen. Besonderheiten des Falles wie die Versagung einer Sachentscheidung im ersten Rechtszug und die Umstände des zwischenzeitlichen Zuständigkeitswechsels, bei dem die Rechtslage laut BVerfG unsicher war und sich keine gesetzliche Grundlage für die Auffassung des OLG fand, seien nicht berücksichtigt worden. Auch könne man dem Antragsteller keine Untätigkeit für längere Zeit vorwerfen. Die verzögerte Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Ermittlungsmaßnahmen habe er nur eingeschränkt zu vertreten, so dass ein Entzug des Rechtsschutzes nicht gerechtfertigt werden kann.

¹⁸⁴ BVerfG NJW 2005, 1855, 1856 = HRRS 2005 Nr. 214.

¹⁸⁵ BVerfG NJW 2005, 1855, 1857 = HRRS 2005 Nr. 214.

¹⁸⁶ Das Rechtsschutzbedürfnis kann also grundsätzlich nicht mit Fällung des Urteils erlöschen.

Das *BVerfG* verwirft schließlich ebenfalls die Erwägung, dass ein Betroffener die Feststellung der Rechtswidrigkeit – bei Verfügbarkeit etwaiger Rechtsbehelfe und Kenntnis von der Maßnahme – noch im Ermittlungsverfahren oder spätestens im Eröffnungsverfahren hätte beantragen müssen, um sein Rechtsschutzinteresse zu manifestieren und einer Verwirkung vorzubeugen. Es sei nicht ersichtlich, warum die Feststellung der Rechtswidrigkeit in diesen Verfahrensphasen hätte beantragt werden müssen. Eine Nutzung von Rechtsbehelfen in diesem frühen Stadium mag zwar möglich (gewesen) sein, sie war aber nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtsicherheit und Rechtsklarheit geboten. Die Verwirkung, die funktional zu ihrem Schutz bestimmt ist, stellt lediglich eine Missbrauchskontrolle bei der Ausübung prozessualer Rechte dar. Um effektiven Rechtsschutz nicht leer laufen zu lassen, sind an ihre Auslösung strenge Anforderungen zu stellen.¹⁸⁷

b) Zeitmoment

Die Handhabung des Zeitmoments ist noch unklarer als diejenige des Umstandsmoments.¹⁸⁸ Das Rechtsmittel muss zwar in einem hinreichenden zeitlichen Zusammenhang zur Maßnahme stehen; aber weder ein Zeitraum von wenigen Monaten oder der Umstand, dass das Rechtsmittel nicht bereits im Ermittlungs- oder Eröffnungsverfahren eingelegt wurde, schaden.¹⁸⁹ Weder eine strenge Ausschlussfrist, sei es in Form einer starren Höchstfrist oder einer Regelfrist, noch eine zu strenge Handhabung der Missbrauchskontrolle sind mit dem Grundrecht auf effektiven richterlichen Rechtsschutz vereinbar.¹⁹⁰ Es ist auf die konkreten Umstände des Einzel-

¹⁸⁷ *BVerfG* NJW 2005, 1855, 1857 = HRRS 2005 Nr. 214.

¹⁸⁸ *Park* StRR 2008, 221, 222.

¹⁸⁹ *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. (2006), Rn 602.

¹⁹⁰ Vgl. zu letzterem Aspekt *BVerfG* StRR 2008, 220, 221 = HRRS 2008 Nr. 310.

falls abzustellen.¹⁹¹ Der Differenzierungsgehalt des zeitlichen Zusammenhangs oder längeren Zeitraums zwischen Maßnahme und Rechtsbehelf ist mithin derart unscharf, dass dessen Praxistauglichkeit beträchtlichen Zweifeln ausgesetzt ist.¹⁹² In Anbetracht dessen kann es nicht überraschen, dass die Anwendung des Zeitmoments von der Einzelfallbetrachtung beherrscht wird.

Extreme Fälle wie derjenige, den das *LG Saarbücken* kürzlich zu entscheiden hatte, begegnen dabei eher selten. Der Beschwerdeführer hatte 6 Jahre nach Vollzug der beanstandeten Maßnahme und 14 Monate nach Einstellung des Verfahrens nachträglichen Rechtsschutz begehrt,¹⁹³ weshalb das LG den Eintritt der Verwirkung feststellte.¹⁹⁴ Denn der damalige Beschuldigte, der im Übrigen anwaltlich vertreten war, hätte bereits nach Erledigung der Durchsuchungsmaßnahme in zumutbarer Weise gegen die Sicherstellung einer Liste seiner Bruttoeinnahmen tätig werden können. Spätestens hätte er sich jedoch dagegen wenden können, nachdem ihm die Steuerfahndung mitgeteilt hatte, dass beabsichtigt sei, die Liste zur Steuerberechnung heranzuziehen.¹⁹⁵ Auch danach ist er aber über einen Zeitraum von fast vier

¹⁹¹ BVerfG StRR 2008, 220, 221 = HRRS 2008 Nr. 310.

¹⁹² *Park* StRR 2008, 221, 222.

¹⁹³ LG Saarbücken NStZ-RR 2008, 113. Ferner hatte die Steuerfahndung mitgeteilt, dass die bei der Durchsuchung beschlagnahmte Liste der tatsächlichen Bruttoeinnahmen zur Steuerberechnung herangezogen werden würde. Dennoch blieb der Betroffene über 4 Jahre lang untätig. Er hat sich statt dessen vielmehr darauf beschränkt, über seine damalige Verteidigerin in an das Finanzamt gerichteten Schriftsätzen vom 07.05.2002 und 31.10.2002 Einwände gegen die Durchsuchung und die Sicherstellung der Liste vortragen zu lassen, ohne diese Maßnahmen jedoch förmlich anzugreifen, S. 114.

¹⁹⁴ LG Saarbücken NStZ-RR 2008, 113.

¹⁹⁵ Nach der Rechtsprechung des *BFH* kann ein Verwertungsverbot aus der Rechtswidrigkeit einer anfechtbaren Ermittlungsmaßnahme im Steuerfestsetzungsverfahren nur geltend gemacht werden, wenn die Maßnahme in dem dafür vorgesehen Verfahren für rechtswidrig erklärt worden ist, *BFH wistra* 2002, 350, 352 - Tatbestandswirkung. Ein Rekurs auf dieses Erfordernis bzw. das Ziel,

Jahren untätig geblieben, obwohl ihm die Ausschöpfung des von der Strafprozessordnung für die gerichtliche Überprüfung zur Verfügung gestellten Instanzenzuges ohne weiteres möglich gewesen wäre.

Zumeist sind die auftretenden Fälle aber weit weniger einfach zu lösen. Die Zeiträume, die die Fachgerichte beschäftigen, schwanken typischerweise zwischen einigen Monaten und zwei Jahren. Schematische Lösungen verbieten sich hier, da es meist um enge Fälle auf Messers Schneide geht.¹⁹⁶ Einerseits impliziere ein Verstreichen von über zwei Jahren nach Erledigung die Verwirkung.¹⁹⁷ Andererseits bestehe ein hinreichender zeitlicher Zusammenhang, weil die Kenntniserlangung von den beanstandeten Maßnahmen nur wenige Monate zurück liegt.¹⁹⁸ Das *LG Berlin* hält ein Rechtsschutzbedürfnis für verwirkt, wenn der Beschuldigte nach Erledigung von Durchsuchungsmaßnahmen länger als ein Jahr mit der Beschwerde gegen die Art und Weise ihrer Durchführung zögert.¹⁹⁹ Angesichts dieses zeitlichen Abstands zwischen Durchsuchung und Antrag auf gerichtliche Überprüfung läge die Annahme einer Verwirkung des Rechtsschutzbedürfnisses nahe. Für den Beschuldigten hätte bereits nach Erledigung der Durchsuchungsmaßnahme Anlass bestanden, etwas gegen die Vorgehensweise der Polizei zu unternehmen. Als besonderes abrundendes Umstandsmoment kommt hier aber hinzu, dass der Betroffene für einen Zeitraum von über einem Jahr nur hinsichtlich der Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs untätig geblieben ist, wohl aber Rechtsschutz gegen den Durchsuchungsbeschluss als solchen begehrt und erhalten hat.

die Position im Steuerfestsetzungsverfahren zu verbessern, kann ein verwirktes Rechtsschutzbedürfnis nicht nachträglich wieder aufleben lassen oder endlos am Leben halten, LG Saarbücken NStZ-RR 2008, 113, 114.

¹⁹⁶ So deutlich *Park* StRR 2008, 221, 222.

¹⁹⁷ Vgl. BVerfG NJW 2003, 1514 – zwei Jahre.

¹⁹⁸ BVerfG NJW 2005, 1855, 1857 = HRRS 2005 Nr. 214.

¹⁹⁹ LG Berlin, Beschluss v. 09.03.2005, 528 Qs 49/04.

Obgleich bei Überschreiten der zeitlichen Schwelle von einem Jahr in der Rechtsprechung eine leichte Tendenz zu Gunsten einer Verwirkung auszumachen sein könnte, zeigt sich insgesamt deutlich, dass die Bewertung und das Zusammenspiel der Kriterien stets stark einzelfall- und abwägungsabhängig sind.²⁰⁰ Der letztgenannte Fall belegt eindrucksvoll, wie eng die Kriterien miteinander verwoben sind. Letztlich kann daher nur eine einzelfallbezogene Abwägung aller Umstände ergeben, ob ein Untätigsein vertrauensbildend wirkt und damit zur Verwirkung führt.²⁰¹ Die Praxis wird daher auch in der Zukunft von schwer überschaubarer und kaum verallgemeinerungsfähiger Kasuistik geprägt sein.²⁰² Berücksichtigt man, dass die Verwirkung keine allgemeine Zulässigkeitsschranke ist, für die Klarheit und Formstrenge herrschen müssen, sondern ein außerordentliches Korrektiv, das gerade im Einzelfall Rechtsfrieden sichern und Missbrauch vorbeugen soll, dann ist dieses Defizit jedoch grundsätzlich akzeptabel.

3. Zusammenfassung

In der Gesamtschau fällt auf, dass es Rechtsprechung und Literatur nicht gelungen ist, ein stimmiges System der Fallgruppen eines berechtigten Feststellungsinteresses zu konstruieren.

Erhebliche Anwendungsschwierigkeiten, die aus der Unschärfe der Maßstäbe zur Bestimmung des tief greifenden Charakters eines Eingriffs oder der Typizität der kurzfristigen Erledigung einer Maßnahme herrühren, strahlen nachteilig auf die Gerichtspraxis aus. Es darf daher nicht verwundern, wenn die Grenzen zwischen den Fallgruppen verschwimmen und auch Erwägungen zu Feststellungsinteresse und Verwirkung – vor allem bei

²⁰⁰ Z. B. kann das Umstandsmoment zurücktreten, wenn derart lange Zeit abgewartet wird, dass mit einem Tätigwerden schlechthin nicht mehr gerechnet werden kann.

²⁰¹ BVerfG StRR 2008, 220, 221 = HRRS 2008 Nr. 310.

²⁰² *Park* StRR 2008, 221, 222.

der Auslegung des Merkmals der typischerweise kurzfristigen Erledigung – zunehmend ineinander greifen. Es scheint in dieser Hinsicht sogar eine gewisse Neigung bei einigen Instanzgerichten auszumachen zu sein, Ausführungen zu Feststellungsinteresse und Verwirkung zu vermischen und aus der unterbliebenen Nutzung von Rechtsschutzmöglichkeiten vor Abschluss des Hauptverfahrens auf den Fortfall des Rechtsschutzbedürfnisses zu schließen. Mit Blick auf Art. 19 IV GG, der gebietet, ein eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv zu machen oder leer laufen zu lassen,²⁰³ und die Verbürgung rechtlichen Gehörs in Art. 103 I GG ist der gegenwärtige Entwicklungszustand trotz der großen Fortschritte, die nicht geleugnet werden sollen, mithin nach wie vor bedenklich. Der erreichte *status quo* der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafprozessrecht steht auch im Kontrast zu einem wissenschaftlichen Kernanliegen *Fetzers*, der in seinen Schriften stets für die Notwendigkeit systematisch-dogmatischer Klarheit auf der Grundlage eines deutlichen Bekenntnisses zu zentralen rechtsstaatlichen Grundsätzen eingetreten ist. Im Folgenden soll deshalb der bescheidene Versuch unternommen werden, einen fördernden Beitrag in diese Richtung zu leisten.

C. Eigener übergreifender Lösungsansatz

Ausgangspunkt der eigenen Überlegungen soll die Bestimmung der Bedeutung von Typizität sowie ihrer Position und Funktion in einem System der Feststellungsinteressen sein. Auf diesem Weg sollen Anwendung und Übergang zwischen den Fallgruppen präzisiert und eine klare Abgrenzung zur Verwirkung erreicht werden. Dies geschieht vor Hintergrund einer allgemeinen Verrechtsstaatlichung des Strafverfahrens, wie sie sich exemplarisch im Streben des *BVerfG* nach einer Verbesserung des nachträglichen Rechts-

²⁰³ BVerfG NJW 2003, 1514, 1515.

schutzes ausdrückt. Diese Vertiefung erlaubt es, auch das Verständnis der Verwirkung zu substantiieren und zumindest das Umstandsmoment präziser zu bestimmen.

I. Typizität als Teil eines Systems des Feststellungsinteresses

Nach der Rspr. des *BVerfG* ist ein berechtigtes Feststellungsinteresse dann gegeben, wenn ein tief greifender Grundrechtseingriff durch eine Maßnahme erfolgt ist, deren direkte Belastung sich typischerweise kurzfristig erledigt, bevor gerichtlicher Rechtsschutz erlangt werden kann. Was hat es aber mit der Typizität einer kurzfristigen Erledigung auf sich, und welche Funktion hat sie im Hinblick auf die nachträgliche Überprüfung von Zwangsmaßnahmen? Mit den nachfolgenden Ausführungen soll dargelegt werden, dass dem Faktor eine ganz erhebliche Bedeutung zukommen kann, die bislang noch nicht hinreichend verwirklicht wurde.

1. Typizität als Subsidiarität?

Eine erste Interpretationsmöglichkeit der Typizität ergibt sich aus der Nähe zur Fortsetzungsfeststellungsklage im Verwaltungsrecht. Dort ist allgemein anerkannt, dass die Erledigung eine zuvor unzulässige Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nicht wieder zulässig machen kann.²⁰⁴ Hat der Antragsteller Widerspruchsfrist oder Klagefrist nicht eingehalten, verhilft ihm auch die Erledigung seines Begehrens nicht zu einem neuen Rechtsmittel. Die Typizität könnte diesen Rechtsgedanken einfangen. Typizität hätte dann nichts mehr mit dem Grundrechtseingriff und dessen Tiefe zu tun, sondern erfüllte eine Filterfunktion, um Begehren, die schon vor Erledigung unzulässig sind, auszuschneiden. Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren ist allerdings weit weniger formalisiert als das Verwaltungsverfahren. Ver-

²⁰⁴ Kopp/Schenke, *VwGO*, 14. Aufl. (2005), § 113 Rn. 126, 128; Eyermann-Schmidt, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12. Aufl. (2006), § 113 Rn. 69.

gleichbare Fallkonstellationen sind nur schwer vorstellbar. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach dem Wortlaut des § 98 II 2 StPO »jederzeit« möglich. Auch der restliche Wortlaut des Abs. 2 impliziert keine zeitliche Beschränkung.²⁰⁵ In Satz 2 ist die Rede von »Entscheidung« und nicht mehr von »Bestätigung« i. S. d. Satz 1, was auf einen engeren zeitlichen Zusammenhang hingedeutet hätte. Auch das Ausbleiben eines Widerspruchs durch den Betroffenen bei der Beschlagnahme betrifft nur die Antragspflicht zur Einholung einer gerichtlichen Bestätigung gem. Abs. 2 Satz 1, nimmt dem Betroffenen aber nicht das Recht, jederzeit selbst eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit zu beantragen. Für die Beschwerde gegen richterliche Anordnungen gem. § 304 StPO ergibt sich nicht anderes. Lediglich die sofortige Beschwerde in § 311 StPO ist fristgebunden; im Übrigen nennen §§ 304 ff. StPO keine zeitlichen Grenzen für die richterliche Überprüfung. Zudem ist der nachträgliche Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen nicht auf einen Verfahrensgegenstand gerichtet, der vergleichbare prozessrechtliche Grenzen motiviert wie ein Verwaltungsakt im Verwaltungsverfahren. Während ein Verwaltungsakt bestandskräftig werden, Tatbestandswirkung entfalten und damit letztlich die Rechtssicherheit betreffen kann, bildet die Anordnung einer Zwangsmaßnahme zwar auch die Rechtsgrundlage für ihre Durchführung und die Aufrechterhaltung ihrer Wirkung, z. B. einer Beschlagnahme, ist in ihrer Funktion aber auf den Ermittlungszweck beschränkt und hat nur selten Relevanz für die Allgemeinheit bzw. Dritte. Dies gilt erst recht, wenn es um die Art und Weise des Vollzugs geht. Ein besonders starkes Interesse an Rechtssicherheit und einer der formellen Rechtskraft fähigen Entscheidung wird für die Rechtsbehelfe der §§ 304 ff., 98 II 2 StPO nur in bestimmten, ausdrücklich geregelten Fällen wie § 305 und § 311 II StPO durch Fristenbindung aner-

²⁰⁵ Vgl. *Glaser* zur Bedeutung des Satzobjekts »Entscheidung« und des Adverbs »jederzeit«, *Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO* (2008), S. 128 ff.

kannt.²⁰⁶ Eine direkte Übertragung dieses Gedankens auf das Strafverfahrensrecht, wie sie womöglich auch denjenigen Gerichten vorschwebte, die aus der versäumten Nutzung von Rechtsbehelfen vor Erledigung auf die Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs geschlossen haben, ist danach nicht möglich. Gibt es aber keine denkbaren analogen Konstellationen, muss von einer solchen Interpretation des Kriteriums der Typizität abgesehen werden.

Der Gedanke, dass der Betroffene jeweils Rechtsschutz vor Erledigung hätte erlangen können, der in einer Reihe von Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamm und Frankfurt anklingt, deutet lediglich auf die Subsidiarität nachträglichen Rechtsschutzes hin. Ob er den Kern der Typizität im Kontext des Feststellungsinteresses ausmacht, begegnet indessen erheblichen Zweifeln. Es erscheint kaum vertretbar, dass der Betroffene sein Rechtsschutzbedürfnis mit Erledigung einbüßen soll, obgleich die verfügbaren Rechtsbehelfe keine zeitliche Begrenzung kennen und die anderen anerkannten Fallgruppen nicht davon abhängen, dass verfügbare Rechtsmittel unverzüglich genutzt werden. Dies widerspräche wie gesehen auch der Intention des *BVerfG*. Typizität würde auf ein reines Restriktionskriterium reduziert und liefe damit der legitimierenden, Rechtsschutz eröffnenden Stoßrichtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zuwider. Sachgerechter ist es, das Sachproblem der verzögerten Rechtswahrnehmung in der Verwirkung zu diskutieren. Der Aspekt der Subsidiarität käme dann im Rahmen des Umstandsmoments zum tragen.

2. Typizität als eigenständige Fallgruppe

Auf der Zulässigkeitsstufe des Feststellungsinteresses spricht hingegen vieles dafür, der eigentümlichen selbstständigen Eingriffsqualität einer sich typischerweise kurzfristig erledigenden Zwangsmaßnahme, die von der Wertigkeit des betroffenen Grundrechts unabhängig ist, stärker Rechnung

²⁰⁶ Vgl. *KK-Engelhardt*, Fn. 158, § 311 Rn. 1.

zu tragen. Typizität könnte ein berechtigtes Feststellungsinteresse eigenständiger Natur neben den bekannten Fallgruppen begründen,²⁰⁷ das dann zwingend vom tief greifenden Grundrechtseingriff zu trennen wäre. Ein Blick in das öffentlich-rechtliche Schrifttum erhellt dessen Relevanz.²⁰⁸ Dort wird vertreten, dass die typischerweise kurzfristige Erledigung der Ergänzung der bekannten Fallgruppen dient.²⁰⁹ Ihre Besonderheit liegt unabhängig von der Qualität des betroffenen Grundrechts darin, dass es in den erfassten Konstellationen nie zu einer Hauptsacheentscheidung käme. Gerichtlicher Rechtsschutz und das materielle Grundrecht, um dessen Schutz

²⁰⁷ In diese Richtung ohne Unterscheidung nach Polizeirecht und Strafprozessrecht schon *Rabe von Kühlewein*, *Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht* (2001), S. 397 ff., insb. S. 399.

²⁰⁸ Zugegebenermaßen ist auch hier vieles im Fluss. Neben den klassischen Fallgruppen Wiederholungsgefahr (Redeker/v. Oertzen, 14. Aufl., (2004), § 113 Rn. 33; *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl., 2004, Rn 580; *Eyermann-Schmidt*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12. Aufl. (2006), § 113 Rn. 86 a.), Rehabilitationsinteresse (BVerwGE 26, 161, 168; Redeker/v. Oertzen, 14. Aufl. (2004), § 113 Rn. 33a; *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl. (2004), Rn 582; *Eyermann-Schmidt*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12. Aufl. (2006), § 113 Rn. 92) und Amtshaftung, wenn das Verwaltungsgerichtsverfahren schon anhängig ist (Redeker/v. Oertzen, 14. Aufl. (2004), § 113 Rn. 32 a; präjudizielle Bedeutung begründet kein berechtigtes Interesse, wenn verwaltungsgerichtliches Verfahren noch nicht anhängig ist, *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl. (2004), Rn 578), wurden auch Eingriffe in den Schutzbereich eines Grundrechts als Fallgruppe gehandelt (BVerwGE 61, 164 ff.; *Rozek* JuS 1995, 598, 599). Grundrechtsbetroffenheit führt aber nicht automatisch zur Begründung eines Feststellungsinteresses. Erforderlich ist vielmehr ein tief greifender Grundrechtseingriff (BVerfGE 96, 27, 40) bzw. eine schwerwiegende Grundrechtsverletzung (BVerfG NVwZ 99, 991). Nicht unstrittig ist, ob sich typischerweise kurzfristig erledigende Eingriffe daneben per se eine eigenständige Kategorie sind oder sie nur gemeinsam mit dem schweren Grundrechtseingriff ein Feststellungsinteresse begründen (so z. B. OVG Hamburg NVwZ 2004, 117 f.; dagegen *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl. (2004), Rn 583).

²⁰⁹ *Schenke*, *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl. (2004), Rn 583 – sich typischerweise kurzfristig erledigende Verwaltungsakte seien nach strittiger aber herrschender Auffassung eigenständige Fallgruppe.

es geht, liefen in diesen Fällen weitgehend leer.²¹⁰ Ausgehend von dieser normativen Grundlage verlange schon die institutionelle Garantie effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 IV GG die Notwendigkeit der Bejahung berechtigten Feststellungsinteresses – unabhängig von einem tief greifenden Grundrechtseingriff oder dem Vorliegen eines Rehabilitationsinteresses.²¹¹ Ein Rechtsschutzinteresse ist bei dieser Fallgruppe aber auch jedem Grundrecht immanent, in dessen persönlichen und sachlichen Schutzbereich eingegriffen wird, weil zugleich der materielle Grundrechtsschutz, der die Justiziabilität von Rechtsverletzungen impliziert, betroffen wäre.²¹²

Gerade für das Strafverfahrensrecht hätte ein solches Verständnis von Typizität besondere Relevanz. Da die meisten der zentralen strafprozessualen Zwangsmaßnahmen wie Durchsuchung, körperliche Untersuchung, Telekommunikationsüberwachung, Lauschangriff sich mit ihrer Durchführung erledigen oder wegen ihrer Heimlichkeit vor Kenntniserlangung durch den Betroffenen vollzogen sind, besteht auf breiter Front das Risiko des Leerlaufens von Rechtsschutz. *Wohlers* hielt es daher für überlegenswert, ein Rechtsschutzinteresse im Hinblick auf Art. 19 IV GG allein aufgrund dieses Aspekts zu bejahen.²¹³ Da der Eintritt einer kurzfristigen Erledigung bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen jedoch nicht zwingend ist, verwarf er diese Idee. Stattdessen solle dieser Aspekt im Wege der verfassungskon-

²¹⁰ *Schenke*, FS Menger, 1985, S.461, 470.

²¹¹ *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. (2005), § 113, Rn. 145; *Rabe von Kühlewein*, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht (2001), S. 393 ff., 399.

²¹² *Kopp/Schenke*, VwGO, 14. Aufl. (2005), § 113, Rn. 145.

²¹³ In einem früheren, grundlegenden Beitrag hatte *Wohlers* geprüft, ob eine eigenständige Fallgruppe der kurzfristigen Erledigung eingeführt werden sollte, verwarf diese Idee aber unter Verweis darauf, dass die kurzfristige Erledigung nicht zwingend ist, GA 1992, 214, 229. Später klingt die Typizität als Kriterium einer eigenständigen Fallgruppe im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG wieder an, vgl. SK-*Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 89, wobei allerdings nicht vertieft ausgeführt wird, in welchem Verhältnis sie zum tragenden Aspekt der Grundrechtsverletzung steht und was begrifflich hinter diesem Merkmal steckt.

formen Auslegung der bekannten Fallgruppen Berücksichtigung finden. Daher dürfe man die Anforderungen an den Nachweis einer Wiederholungsgefahr auch nicht überdehnen, z. B. wenn eine Wiederholung nicht mit ausreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann oder wenn im Falle eines erneuten Zwangsmittleinsatzes wiederum mit einer Erledigung vor einer hierauf bezogenen gerichtlichen Entscheidung zu rechnen ist.²¹⁴

Der Umstand, dass sich die meisten strafprozessualen Zwangsmaßnahmen in der Regel kurzfristig erledigen, würde bei dieser Sichtweise zum Auslegungsfaktor. Diese Kompromissposition findet sich auch im Verwaltungsrecht. Wegen der kurzfristigen Erledigung solle es zu einer Reduzierung der Anforderungen an andere Fallgruppen kommen.²¹⁵ Allein der Umstand, dass es um einen sich typischerweise kurzfristig erledigenden Verwaltungsakt geht, vermöge ein Feststellungsinteresse für sich genommen und unabhängig von einer Nachwirkung der Beeinträchtigung noch nicht zu begründen. Diesem Aspekt komme aber unter dem Gesichtspunkt der nachhaltigen Grundrechtsbetroffenheit Relevanz zu, und zwar als besondere Form des Rehabilitationsinteresses. In diesen Fällen wäre das Rehabilitationsinteresse bei objektiv nicht ganz unerheblichen Eingriffen in spezielle Grundrechte zu bejahen.²¹⁶ Die vorgetragenen Argumente sprechen aber nicht gegen die Typizität als eigenständige Fallgruppe, sondern verlangen lediglich eine größere Differenziertheit. Erforderlich ist es, nicht beim bloßen Faktum der kurzfristigen Erledigung stehen zu bleiben, sondern den wesensmäßigen Kern der Typizität einzufangen, damit dessen Eigenständigkeit deutlich wird. Die Erledigung und ihre Auslöser hängen häufig von Zufälligkeiten ab, die in der Tat nicht den Eindruck der Typizität verstanden als

²¹⁴ Wohlers GA 1992, 214, 230.

²¹⁵ OVG Münster DVBl. 1994, 542; Rozek JuS 1995, 598, 599.

²¹⁶ Rozek JuS 1995, 598, 599.

charakteristische Eigenart oder modellhafte Eigentümlichkeit vermitteln. Dennoch lässt sich nicht bestreiten, dass es im Wesen bestimmter Zwangsmaßnahmen oder zumindest ihrer spezifischen Anwendungspraxis liegt, dass typischerweise eine Erledigung eintritt, bevor Rechtsschutzmaßnahmen getroffen werden können. Dies kann einerseits in der Natur der Maßnahme selbst begründet sein, wie bei der Durchsuchung oder einer Blutprobe, oder der vorherrschenden Heimlichkeit ihrer Durchführung geschuldet sein, wie z. B. Telekommunikationsüberwachung oder großer und kleiner Lauschangriff. Eine Trennung vom Erfordernis eines tief greifenden Grundrechtseingriffs und eine qualitative Abgrenzung zu anderen Fallgruppen sind hier mit stringenter Argumentation möglich. Der Aspekt des tief greifenden Grundrechtseingriffs ist für Art. 19 IV GG und Art. 103 I GG als Basis der neuen Fallgruppe irrelevant, da es für deren Anwendung ohne Bedeutung ist, welches subjektive Recht berührt ist; bei typischerweise kurzfristiger Erledigung ist ein tief greifender Grundrechtseingriff mithin nicht erforderlich.²¹⁷ Auch eine Diskriminierungswirkung, die ein Rehabilitationsinteresse auslöste, steht funktional und materiell neben der Typizität. Die Wiederherstellung des sozialen Geltungsanspruchs verfolgt anderes Ziel als die Verhinderung eines Leerlaufens von effektivem Rechtsschutz. Sie ist mehr durch ihren persönlichkeitsrechtlichen Bezug geprägt und weniger auf Justizförmigkeit fokussiert. Zu eng wäre auch ein Aufgreifen der typischerweise kurzfristigen Erledigung im Rahmen der Wiederholungsfahr, denn vielfach steht gar keine Wiederholung im Raum. Gerade bei heimlichen Maßnahmen, bei denen die Kenntniserlangung meistens erst nach ihrem – befriedigenden bzw. verfügbare Erkenntnisse umfassend abschöpfenden – Abschluss erfolgt, wäre eine Wiederholung eben nicht wahrscheinlich.

²¹⁷ Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. (2005), § 113 Rn. 145.

Typizität ist allerdings keine Kurzformel für das grundsätzliche Anliegen des Art. 19 IV GG, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Gegenüber der allgemeinen Garantie hat diese Ausprägung einen spezifischen Gehalt. Die Erweiterung des nachträglichen Rechtsschutzes über eine Fallgruppe der Typizität kompensiert den Verlust des präventiven Kontrollpotentials des Richtervorbehalts und in bestimmten Konstellationen auch die Verkürzung der staatsanwaltschaftlichen Sachleitungsbefugnis durch die Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens.²¹⁸ Die Notwendigkeit umfassender nachträglicher Rechtsschutzmöglichkeiten in diesen Fällen ist aber vor allem Ausdruck der Rechtfertigungslast des Staates. Setzt ein Grundrechtseingriff aus verfassungsrechtlich gerechtfertigten Gründen Heimlichkeit voraus, wird ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen, die etwaige Rechtswidrigkeit der Maßnahme anschließend gerichtlich feststellen zu lassen, nicht nur ausnahmsweise anzunehmen sein.²¹⁹ Sie ist (ebenso wie für die übrigen typischerweise kurzfristig vollzogenen Maßnahmen) ein Korrelat zu der prozessualen Verpflichtung, den eigenen Freiheitsraum in verfassungsrechtlich vorherbestimmten Grenzen für die staatliche Verdachtsklärung zur Verfügung stellen zu müssen²²⁰ und damit letztlich der Preis, den zur Bewahrung einer Konkordanz von Rechtsstaatlichkeit und Effizienz strafrechtlicher Ermittlungen zu zahlen gilt, wenn Maßnahmen zur Sicherung des Ermittlungszwecks in der Regel ohne vorherige Anhörung und umfassende Sachverhaltsaufklärung angeordnet und vollzogen werden. Der Vorrang der Effizienz vor vollumfänglicher Grundrechtssicherung auf primärer Eingriffsebene ist in einem Rechtsstaat nur akzeptabel, wenn auf der Sekun-

²¹⁸ Rabe von Kühlewein, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht (2001), S. 393, sieht hinter dieser Fallgruppe vor allem das objektive Interesse der Rechtsordnung an einer Überprüfung und der Vorbeugung gegenüber Missbräuchen.

²¹⁹ BVerfG NJW 2003, 1787, 1795.

²²⁰ So allgemein zur Begründung nachträglichen Rechtsschutzes, Glaser, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 11.

därebene nachträglich ein hinreichender materieller Ausgleich durch Begründung einer Rechtsfertigungslast erfolgt, die eine tatsächlicher Überprüfbarkeit der Rechtmäßigkeit der Maßnahme durch ein Gericht ohne die Zwänge der Eingriffssituation verbürgt. Die Fallgruppe der Typizität sichert diese Justiziabilität erledigter Zwangsmaßnahmen.²²¹ Hinter ihr steht damit auch Art. 103 I GG als Anspruch auf rechtliches Gehör.²²² Für die Anerkennung dieser Fallgruppe spricht neben dem besonderen verfassungsrechtlichen Bedürfnis auch die rechtspolitische Notwendigkeit, die durch eine dramatische Ausweitung des Arsenal heimlicher Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren ausgelöst wird.²²³ Ein gestärktes Instrument der Fortsetzungsfeststellungsklage könnte zumindest einen kleinen Beitrag zur Waffengleichheit leisten. Gleichwohl ist es kein Allheilmittel. Das in Schiefelage

²²¹ § 101 VII StPO genügt dem besonderen Rechtsschutzinteresse angesichts der Kürze der Rechtsmittelfrist nicht.

²²² Dem kommt besondere Bedeutung zu, wenn Eingriffsmaßnahmen vom Gericht im strafprozessualen Ermittlungsverfahren ohne vorherige Anhörung des Betroffenen gerichtlich angeordnet werden, § 33 IV StPO. Dann ist das rechtliche Gehör jedenfalls im Beschwerdeverfahren nachträglich zu gewähren. Das BVerfG scheint ein anderes spezifisches Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 19 IV und Art. 103 I GG im Sinn zu haben als die Literatur, BVerfGE 107, 395, 409 - Art. 103 I GG stehe in einem funktionalen Zusammenhang mit der Rechtsschutzgarantie. Diese sichert den *Zugang zum Verfahren*, während Art. 103 I GG auf einen angemessenen *Ablauf des Verfahrens* abzielt. Wer bei Gericht formell ankommt, soll auch substantiell ankommen, also wirklich gehört werden. Wenn ein Gericht im Verfahren einen Gehörsverstoß begeht, vereitelt es die Möglichkeit, eine Rechtsverletzung vor Gericht effektiv geltend zu machen. Der Justizgewährungsanspruch sichert daher Rechtsschutz gegen die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in jeder gerichtlichen Instanz, auch dann, wenn das Verfahrensgrundrecht erstmalig in einem Rechtsmittelverfahren verletzt wird.

²²³ Wolter GA 2007, 183, 184 f., 195 ff.; Gedeon/Glaser GA 2007, 415, 417 ff. Als vermeintlich neue Maxime des Strafprozesses bildete die Heimlichkeit deshalb auch das Thema des diesjährigen Strafverteidigertages, vgl. dazu das Referat von Schünemann, GA 2008, 315, der von Metastasieren mit rabiater Geschwindigkeit spricht, S. 316.

geratene Kräftegleichgewicht im Strafverfahren kann durch die Fortsetzungsfeststellungsklage nicht wiederhergestellt werden kann.

Im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer solchen Fallgruppe ist dann lediglich erforderlich, dass ein subjektives Recht betroffen sein kann. Ein Absenken der Standards auf »jeden Grundrechtseingriff«, wie er im Schrifttum propagiert wird, ist insofern erst im untrennbaren Konnex mit der typischerweise kurzfristigen Erledigung begründbar. Ohne dieses Korrektiv genügt ein Grundrechtseingriff allein nicht, um ein Feststellungsinteresse anzunehmen.²²⁴ Ansonsten liefe dieses als Zulässigkeitskriterium leer und böte keine Begrenzungsfunktion mehr.²²⁵ Wegen des umfassenden Schutzes der Rechtsphäre des Bürgers durch Freiheitsrechte ist ein Eingriff in Grundrechte bei Zwangsmaßnahmen zumindest im Hinblick auf Art. 2 I GG eine Selbstverständlichkeit.²²⁶ Die Anerkennung eines Feststellungsinteresses bei jedem Grundrechtseingriff birgt deshalb das Risiko des Abgleitens in eine systemfremde allgemeine Feststellungsklage. Die Fortsetzungsfeststellungsklage würde zu einer allgemeinen Feststellungsklage mutieren, über die ein umfassendes nachträgliches Kontrollsystem für alle andauern-

²²⁴ Eyermann-Schmidt, Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl. (2006), § 113 Rn 93 - mögliche Grundrechtseingriffe begründen regelmäßig ein Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitierung; hierzu zählen vor allem Feststellungsbegehren, die polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben (vgl. BVerwG NJW 1997, 2534) oder im Strafrecht eine Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs i.S.d. § 2 I G 10 bei Verdacht einer Straftat zum Gegenstand haben. Das mit einer Grundrechtsverletzung begründete Feststellungsinteresse darf jedoch nicht dahin verstanden werden, dass jede Rechtsverletzung eine Rehabilitierung rechtfertigen könnte.

²²⁵ Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 9. Aufl. (2004), Rn 586 – eine Auffassung, die das Interesse an Feststellung der Rechtswidrigkeit bei jedem Grundrechtseingriff annimmt, überzeugt nicht, da es als eingrenzendes Kriterium sonst praktisch leer liefe. Wegen des umfassenden grundrechtlichen Schutzes der Rechtssphäre des Bürgers durch Art. 2 I GG bedeutet jeder belastende Hoheitsakt einen Eingriff in die Grundrechtssphäre.

²²⁶ Art. 2 I GG hat eine Auffangfunktion, soweit die Freiheitssphäre des Betroffenen durch kein spezielleres Grundrecht geschützt wird, BVerfGE 6, 32, 36 f.

den und erledigten Hoheitsakte mit Eingriffsqualität etabliert würde, das nur durch das außerordentliche Korrektiv der Verwirkung begrenzt wäre. Ein solches Feststellungskontrollsystem ist aber sowohl der VwGO als auch der StPO fremd.

3. Das Verhältnis der Typizität zu anderen Fallgruppen

Demnach sollte die beiden Komponenten der Typizität und des tief greifenden Eingriffs aus der Rechtsprechung des BVerfG aufgetrennt und die typischerweise kurzfristige Erledigung als eigenständige Fallgruppe mit dem skizzierten Wesenskern anerkannt werden. Auf den tief greifenden Grundrechtseingriff ist als komplementierende Komponente zu verzichten. Er ist als Kriterium in die übrigen bekannten Fallgruppen zu integrieren. Um dem normativen Anspruch des Reformprozesses Rechnung zu tragen, sollte der tief greifende Grundrechtseingriff als Gradmesser zur Neuinterpretation von Wiederholungsgefahr und Rehabilitationsinteresse angewandt werden. Es bedarf weder einer eigenen Fallgruppe des schweren Grundrechtseingriffs, noch kommt eine Absenkung auf jeden einfachen Grundrechtseingriff in Betracht. Der einfache Grundrechtseingriff fungiert lediglich im Rahmen der eigenständigen Fallgruppe der Typizität als Auslöser des berechtigten Feststellungsinteresses. Auf diese Weise lässt sich ein friktionsfreies, übersichtliches System substantiell distinkter Fallgruppen schaffen: Bei allen Maßnahmen, die sich typischerweise kurzfristig erledigen, bestünde ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn im konkreten Fall ein Grundrecht beeinträchtigt sein könnte. Darüber hinaus wäre ein Feststellungsinteresse bei Einschlägigkeit der traditionellen Fallgruppen berechtigt. Tief greifende Grundrechtseingriffe ohne diskriminierende Wirkung und Beeinträchtigung des sozialen Geltungsanspruchs oder Wiederholungsgefahr, die sich nicht typischerweise kurzfristig erledigen, begründeten demgegenüber kein berechtigtes Feststellungsinteresse. Im Rechtsalltag dürfte bei strafprozessualen Standardmaßnahmen freilich stets ein Rehabilitationsinteresse gegeben

sein, da die Maßnahmen regelmäßig in der Öffentlichkeit wahrnehmbar und/oder geeignet sind, den Betroffenen einer Straftat verdächtig erscheinen zu lassen,²²⁷ während bei Ermittlungen auf der Grundlage der Generalklauseln genau nach Zweck und Wirkung zu differenzieren sein wird.

Diese Neuordnung der Fallgruppen harmoniert nicht nur mit dem Entwicklungshintergrund, der den Bewertungshorizont des *BVerfG* bestimmt hat, sondern erfährt auch besondere Legitimation, da sie das Grundanliegen der Verrechtsstaatlichung des Strafverfahrensrechts als eine der zentralen Triebkräfte der strafprozessualen Rechtsentwicklung in prägnanter Form systematisch-dogmatisch umsetzt und darüber hinaus Defizite dieses Evolutionsprozesses aufzugreifen und abzumildern sucht.

II. Entwicklungshintergrund

In der Erweiterung des nachträglichen Rechtsschutzes wird ein neuerer Entwicklungsstrang des Strafverfahrensrechts sichtbar. Die Rechtsschutzmechanismen im Ermittlungsverfahren werden von verfassungsrechtlichen Prinzipien umspannt und durchwirkt. An erster Stelle ist das Rechtsstaatsprinzip zu nennen.²²⁸ Der Rechtsstaat ist ein außergewöhnlich vielseitiges

²²⁷ *Amelung* JR 1997, 384, 386, unterstellt die diskriminierende Wirkung bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen pauschal.

²²⁸ Als Begriff wurde der Rechtsstaat durch *Robert von Mohl* als Kombination von Menschenrechten und Gewaltenteilung zu Beginn des 19. Jahrhunderts geprägt, *Wesel*, *Geschichte des Rechts*, 3. Aufl. (2006), Rn. 273; *Hattenhauer*, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 4. Aufl. (1996), Rn. 302 - Der Terminus »Rechtsstaat« geht auf *von Mohl* zurück. Seine Definition hat jedoch *F.J. Stahl* geprägt. Er kennzeichnete einen Wandel bei der Wahrnehmung der Staatsaufgaben, der mit dem Vordringen der jüngeren Naturrechtslehre schon gegen Ende des 18. Jahrhunderts eingesetzt hatte und den Übergang vom absolutistischen Wohlfahrtsstaat zum bürgerlichen Rechtsstaat markierte, *Vogel*, FS für *Wacke*, 1972, S. 375 ff. - Die liberale Kritik stellte die Idee des freiheitlichen Rechtsstaats dem Polizeistaat fürstlicher Willkür gegenüber. Der Rechtsstaat war danach ein Staat, der sich nicht nur in den Grenzen der Gesetze hält,

Rechtsprinzip, in dem zahlreiche, untereinander sehr heterogene Unterprinzipien zusammengefasst werden.²²⁹ Zu den anerkannten Unterprinzipien als Werten, die auch im Strafverfahren einer Optimierung zugeführt werden müssen, gehören unter anderem Verhältnismäßigkeit, materielle Gerechtigkeit, Parlamentsvorbehalt und Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes.²³⁰ Der Entwicklungsschwerpunkt des Rechtsstaatsprinzips lag im rechtshistorischen Rückblick allerdings im Verwaltungsrecht, insbesondere im Polizeirecht. Auf diesem Gebiet sind im 19. und frühen 20. Jahrhunderts die Schutz- und Kontrollmechanismen geschaffen und ausgebildet worden, die dem Rechtsstaatsprinzip sein allgemeines Gepräge geben.²³¹ Die polizeirechtliche Entwicklung wies daher im Hinblick auf Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Eingriffsdogmatik oder Verhältnismäßig-

sondern sich auch penibel davor hütet, den Bürger »glücklich« machen zu wollen. Staatliches Handeln sollte sich nur noch nach allgemeinen Gesetzen vollziehen. Es durfte kein staatliches Handeln gegen oder ohne Gesetz geben, weshalb gerade der Frage des Rechtsschutzes auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts besondere Bedeutung beigemessen wurde, *Hattenhauer*, Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts, 4. Aufl. (1996), Rn. 302. Im Grundgesetz findet sich der Begriff des Rechtsstaatsprinzips nur in Art. 28 I 1 GG. Dort wird das Rechtsstaatsprinzip als Strukturprinzip für die verfassungsmäßige Ordnung der Länder vorgeschrieben. Systematischer Ansatz für die Begriffsbestimmung des Rechtsstaatsprinzips ist eine Gesamtschau des Grundgesetzes. Insbesondere die Vorschriften der Art. 20 II 2, 20 III, 1 III, 19 IV, 28 I 1 GG sind von maßgeblicher Bedeutung, *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 16. Aufl. (2000), Rn 208.

²²⁹ Maunz/Dürig-Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Lieferungen 1 bis 39, Band II, 18. Lieferung (1980), Art. 20 Abschn. VII Rn 3. Das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den allgemeinen Leitlinien, die sich nicht in einem Rechtssatz zusammenfassen lassen und in allen Einzelheiten bestimmte Ge- oder Verbote enthalten. Das Rechtsstaatsprinzip ist ein Verfassungsgrundsatz, der je nach den sachlichen Gegebenheiten der Konkretisierung bedarf, BVerfGE 7, 89, 92; 25, 269, 290.

²³⁰ Aufzählung von Judikatur und Schrifttum bei *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1986), S. 187 ff.

²³¹ *Boldt/Stolleis*, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. (2007), Abschnitt A, Rn. 44 ff. sowie allgemein zu Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsprinzips, *Böckenförde*, Recht, Staat, Freiheit (2006/erweiterte Ausgabe), S. 143 ff.

keitsgrundsatz einen deutlichen Entwicklungsvorsprung zum Strafverfahrensrecht auf. Dieses blieb lange in seiner innerprozessualen Perspektive gefangen. Verfahren und Defizite wurden verfahrenstheoretisch erörtert, ohne die Bandbreite der wissenschaftlichen Diskussion auf den Wandel der politischen und verfassungsrechtlichen Verhältnisse auszudehnen.²³² Theorie und Dogmatik des Strafverfahrensrechts fehlte als Fundament ein System, das als Einfallstor für das Gedankengut der Aufklärung und die Elemente des Rechtsstaatsprinzips hätte genutzt werden können. Man sah den Strafprozess auch dann noch als eine Summe einzelner Prozesshandlungen an, die funktional auf die Verwirklichung des Verfahrenszwecks bezogen aber auch reduziert waren, als die Doppelfunktionalität von Prozesshandlungen schon zunehmend in das Bewusstsein der Prozessrechtswissenschaft gerückt war.²³³ Zum Durchbruch verhalf einem modernen Prozessverständnis, das zwischen materiellen und prozessualen Rechtsfragen differenzierte und bei doppelfunktionalen Prozesshandlungen die Notwendigkeit effektiven materiellen Grundrechtsschutzes eingestand, erst die Emergenz eines Grundrechtskatalog im Verfassungsrecht mit fester dogmatischer Verankerung in der Verfassungstheorie.²³⁴

²³² Dazu jetzt ausführlich *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 155 ff. Der Ruf nach einer Reform des Strafverfahren wurde jedoch zu Beginn des 19. Jahrhunderts insbesondere im Kontext der Demagogenverfolgungen lauter, *Rüping/Jerouschek*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl. (2007), Rn. 246.

²³³ Vgl. *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen (1950). Die Figur der prozessualen Überholung ist ein Paradebeispiel für die Dominanz einer rein prozessualen Betrachtungsweise, die die materielle Komponente bei doppelfunktionalen Prozesshandlungen ausblendet, *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 221.

²³⁴ *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 216, 224 f., hat aufgezeigt, wie dieser Wandel die Problematik der Anfechtbarkeit von Prozesshandlungen beeinflusst hat. Die Erkenntnis, dass mit Zwangsmaßnahmen Grundrechtseingriffe einhergehen, die unbesehen ihrer prozessualen Funktion eine materiell selbstständige Qualität haben, die auch trotz Erledigung ein se-

Die Regelung der Zwangsbefugnisse zur Sachverhaltsaufklärung im Strafverfahren blieb daher lange defizitär. Nur ein kleiner Katalog intensiver Eingriffe wurde gesetzlich geregelt.²³⁵ Zudem gab es keine klar durchgehaltene Trennung zwischen Aufgabenzuweisung und Befugnisnorm, und strafprozessuale Sonderlehren wie die prozessuale Überholung schnitten Rechtsschutzmöglichkeiten ab, die im Polizeirecht schon lange selbstverständlich waren. Dennoch konnte es nur eine Frage der Zeit sein, bis die Verfassungsdogmatik zu Eingriffen in Freiheitsrechte auch auf den Bereich des Strafrechts übergreifen würde. Im Bereich der spezifischen Eingriffsermächtigungen setzte ein Ausdifferenzierungsprozess ein, der durch die Verfassungsbindungen für Grundrechtseingriffe erzwungen war.²³⁶ In größerem Umfang unternahm ferner die »kleine« Strafverfahrensreform eine Verbesserung der Stellung des Beschuldigten auf der Grundlage der modernen Justizgrundrechte des Grundgesetzes. Sie baute damit den liberalrechtsstaatlichen Schutz innerhalb des grundsätzlich weiterhin auf materielle Wahrheit und Gerechtigkeit abzielenden Prozesses aus.²³⁷ Dieser Ausbau ist von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht flankiert worden, indem das Gericht die Strafprozessordnung nicht nur als angewandtes Verfassungsrecht verstanden wissen wollte, sondern auch begann, die Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips für die Strafrechtspflege zu konkretisieren.²³⁸ Schließlich wurde durch das StVÄG 1999 endlich auch eine Ermittlungsgeneralklausel, die der notwendigen dogmatischen Diffe-

parates Überprüfungsverfahren legitimieren, brach sich erst mit der Aufgabe einer rein prozessualen Betrachtungsweise solcher Maßnahmen Bahn.

²³⁵ Vgl. im Einzelnen König, Die Entwicklung der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen seit 1877 (1993).

²³⁶ Vgl. zum Einwirken des Verfassungsrechts im Strafprozess Gusy StV 2002, 153, 155 ff.

²³⁷ Dahs NJW 1965, 81 ff.

²³⁸ BGHSt 19, 342 ff. Vgl. zu den einzelnen Elemente in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Amelung/Wirth StV 2002, 161 ff.

renzierung zwischen Aufgabenzuweisung und Befugnisnorm, wie man sie exemplarisch in allen Polizeigesetzen findet, eingeführt, indem §§ 161, 163 StPO in ausdrückliche Befugnisnormen umgewandelt wurden. Aber auch heute noch wird der Gedanke der verfassungsrechtlichen Verschränkung des Strafprozessrechts sowohl in Legislative als auch Judikative bisweilen nicht durchgehalten. Strafprozessuale Fragestellungen werden häufig trotz Berührung sensibler grundrechtlicher Fragen primär »strafprozessspezifisch« beantwortet. Eine Harmonisierung mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen steht vielfach noch aus.²³⁹

Gleichwohl ist nicht zu leugnen, dass die Verrechtsstaatlichung des Strafverfahrensrechts nachhaltig durch diesen *spill-over*-Effekt der Errungenschaften des Polizeirechts gefördert wurde. Jüngstes Beispiel dieses Prozesses ist die umfassende Einführung von Formen der Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafrecht im Wege richterlicher Rechtsfortbildung. Sie markiert einen rechtsstaatlichen Quantensprung. Das *BVerfG* hat erkannt, dass die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nur dann gegeben ist, wenn es die Fluchttore schließt, durch die sich die Strafverfolgungsbehörden der

²³⁹ Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, Das Bonner Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl. (1999), Art. 10 GG Rn. 82, 87. Gerade im Hinblick auf Fragen der Telekommunikationsüberwachung wird dies besonders deutlich. Insbesondere in den §§ 99 ff. StPO, d. h. bei Eingriffen in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis, hat sich eine strafprozessuale Sonderdogmatik herausgebildet, deren Vereinbarkeit mit den Anforderungen des Art. 10 GG sowie der übrigen grundgesetzlichen Vorgaben für staatliche Datenerhebung äußerst fraglich ist, v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, s.o., Art. 10 GG Rn 82. Die Bedeutung des Art. 10 GG wird bei der Prüfung, ob die Abhörmaßnahme rechtmäßig war und die Aufzeichnung im Strafverfahren verwertet werden darf, weit gehend ausgeblendet, Fezer NStZ 2003, 625, 627f.; Weßlau StV 2003, 483, 484. Dabei würde freilich der Vorrang der Verfassung über Art. 20 III GG auch gegenüber dem spezifischeren Strafprozessrecht gelten. Ein Gegeneinander von Verfassungsdogmatik und strafprozessualer Dogmatik sei damit ausgeschlossen, v. Mangoldt/Klein/Starck-Gusy, s.o., Art. 10 GG Rn 87.

richterlichen Kontrolle zu entziehen versuchen.²⁴⁰ Dies geschah zunächst durch Ausbau und Vereinheitlichung des Rechtswegs zur nachträglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit im Konzert mit einer Absenkung der Anforderungen an den Nachweis eines Rechtsschutzbedürfnisses. In einem zweiten Schritt wurde dann auch die Kontrolldichte richterlicher Entscheidungen reguliert und die zur nachträglichen Überprüfung berufenen Gerichte verpflichtet, die Voraussetzungen des Exekutivakts vollständig eigenverantwortlich nachzuprüfen.²⁴¹ Insbesondere sei die vollumfängliche gerichtliche Kontrolle der Annahme von »Gefahr im Verzug« verfassungsrechtlich geboten.²⁴² Hierbei handele es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der den Strafverfolgungsbehörden keine unüberprüfbaren Entscheidungsspielräume überlasse.²⁴³ Um eine umfassende und eigenständige nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen zu ermöglichen, führte das *BVerfG* zudem über Art. 19 IV GG Dokumentations- und Begründungspflichten ein. Sowohl Ergebnis, Begründung als auch die tatsächlichen Grundlagen der »Eil«-Entscheidung müssen in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Durchsuchungsmaß-

²⁴⁰ Die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes hat spezifische Vorwirkungen auf die Gestaltung des Ermittlungsverfahrens, *Rabe von Kühlewein* JR 2007, 517, 518 – im Einzelnen: Strafverfolgungsbehörden müssen regelmäßig versuchen, eine Anordnung des Ermittlungsrichters zu erlangen. Zur Annahme von Gefahr im Verzug müssen im Einzelfall Tatsachen vorliegen, die eine Gefährdung des Untersuchungserfolgs belegen. Diese Tatsachen sind von der anordnenden Stelle zu dokumentieren. Die Entscheidung ist zu begründen. Tatsachen und Begründung unterliegen der uneingeschränkten nachträglichen richterlichen Kontrolle gem. 304 oder 98 II 2 StPO.

²⁴¹ Das Problem der Kontrolldichte berührt insofern den Schutzbereich des Art. 19 IV GG, dazu ausführlich *Rabe von Kühlewein* JR 2007, 517 ff.

²⁴² *BVerfGE* 103, 142, 156 ff. Zur Sicherung des Richtervorbehalts, dessen Schutz in der Praxis der Strafverfolgung höchst unzureichend ist, hat das *BVerfG* angemahnt, dass der Begriff »Gefahr im Verzug« in Art. 13 Abs. 2 GG eng auszulegen sei. Die richterliche Anordnung müsse die Regel bleiben.

²⁴³ *BVerfGE* 103, 142, 158.

nahme in den Ermittlungsakten dargelegt werden.²⁴⁴ Bei Inanspruchnahme einer originär gerichtlichen Eingriffsbefugnis durch die Exekutive erstrecke sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes deshalb nach einer neueren Entscheidung auch auf die Kontrolle der Dokumentations- und Begründungspflichten der anordnenden Stelle.²⁴⁵

Das *BVerfG* betont damit die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Es will weg vom ausschließlichen Verweis der Betroffenen auf die außerordentliche Korrektur im Wege der Verfassungsbeschwerde, den es wegen *BVerfGE* 43, 329, 343 selbst zu verantworten hatte, und drängt auf eine Zurückverlagerung des Schwerpunkts der Kontrolltätigkeit auf die Fachgerichte.²⁴⁶ Es obliege zuvörderst den Fachgerichten, die Grundrechte zu wahren und durchzusetzen.²⁴⁷ Die Funktionenteilung zwischen der Fach- und Verfassungsgerichtsbarkeit lasse es nicht zu, dass ein Beschwerdeführer, der durch eine erledigte Zwangsmaßnahme im Schutzbereich eines individuellen Grundrechts betroffen ist, erst und nur im Wege der Verfassungsbeschwerde effektiven Grundrechtsschutz einfordern kann.

Das *BVerfG* erzwingt damit einen Standard gerichtlicher Kontrolle von Ermittlungsmaßnahmen, wie sie im Polizeirecht gang und gäbe ist. Die zusätzliche Stärkung der Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafprozessrecht durch eine eigenständige Fallgruppe der Typizität läge mithin voll im Trend.

²⁴⁴ Die verfassungsrechtlich gebotene volle gerichtliche Kontrolle der Annahme von »Gefahr im Verzug« ist in der Praxis nur möglich, wenn die handelnden Behörden die Grundlagen ihrer Entscheidung hinreichend dokumentieren. So muss zeitnah dargelegt werden, aufgrund welcher Umstände der handelnde Beamte die Gefahr eines Beweismittelverlusts angenommen hat, *BVerfG NJW* 2001, 1121, 1124. Die Strafverfolgungsbehörden müssen nunmehr die Umstände aktenmäßig festhalten, um eine effektive Prüfung, ob tatsächlich Gefahr im Verzug vorlag, zu ermöglichen.

²⁴⁵ *BVerfG JR* 2007, 516 = *HRRS* 2007 Nr. 200.

²⁴⁶ Diese Konsequenz sieht *Achenbach JuS* 2000, 27, 31.

²⁴⁷ vgl. *BVerfGE* 47, 182, 190; 49, 252, 258; 63, 77, 79; 73, 322, 327; 94, 166, 213.

Dieser Einklang mit der Entwicklungsdynamik der Verrechtsstaatlichung ist vorliegend auch deshalb wichtig, weil er die Nützlichkeit und Rechtfertigung von Anleihen und Bezugnahmen auf das öffentliche Recht, wie in dieser Untersuchung geschehen, belegt.

Die beschriebene rechtsstaatliche Tradition hat aber zugleich nachteilige Nebenwirkungen gezeigt. Bei aller Rechtsstaatlichkeit ist mit *Zippelius* anzumerken, dass Gedanken unveräußerlicher Menschenrechte in der älteren deutschen Staatstheorie sehr viel schwieriger aufzuspüren sind als in der angelsächsischen Tradition.²⁴⁸ Zurückzuführen ist dies auf das deutsche Verfassungsverständnis und den Ursprung des Rechtsstaatsprinzips. Das deutsche evolutionäre Verfassungskonzept zielte nicht auf die Neubegründung von Herrschaft ab, sondern auf die Formung und Begrenzung bereits bestehender Herrschaft durch Verrechtlichung.²⁴⁹ Evolutionäre Verfassungen konstituieren kein neues Gemeinwesen, sondern stellen ein System von Beschränkungen der etablierten souveränen (hier: fürstlichen) Macht dar. Die Verrechtlichung des Herrschaftsapparats und Rechtsschutz im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts fungierte als Kompensation für fehlende Volkssouveränität. Diese historische Dimension lässt die besondere Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffs für die deutsche Verfassungsentwicklung klar hervortreten. Der Begriff ist als staatseingrenzendes Programm an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert entstanden.²⁵⁰ Durch ihn wird das Recht zum primären Ordnungsmedium zur Gestaltung des Lebens. Es umfasst dabei konsequent sowohl die Begrenzung als auch die Gewährleistung staatlichen Handelns, um dadurch Menschenwürde, Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit gegenüber der Staatsgewalt und im Verhältnis der In-

²⁴⁸ *Zippelius*, Kleine deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. (1995), S. 108; ausführlich *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung (1991), S. 79, 81, 86 f., 87 f., 92 ff.

²⁴⁹ *Grimm*, Die Zukunft der Verfassung (1991), S. 109 ff., 159 ff.

²⁵⁰ *Schmidt-Aßmann*, HdStR, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 26 Rn. 13 ff.

dividuen untereinander zu sichern.²⁵¹ Doch bleibt die Situation der Freiheitsrechte prekär, da ihnen keine normative Höherrangigkeit, wie sie Menschenrechte kennzeichnet, zugestanden wird, und subjektive Rechtspositionen vielfach nur Reflex objektiv-rechtsstaatlicher Regelungsnotwendigkeiten sind.

Eine wesentliche Stärkung individueller Rechte bewirkt erst die Einführung des Grundgesetzes. Als politische Grundentscheidung bringt der Grundrechtsabschnitt eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck.²⁵² Das Grundgesetz sollte keine wertneutrale Ordnung sein, sondern ein Wertsystem, dessen Mittelpunkt die sich frei entfaltende Persönlichkeit und ihre Würde bildet.²⁵³ Diese Vorgabe war sowohl bei der Schaffung als auch der Anwendung strafprozessualer Vorschriften zu beachten. Aber auch der Sozialstaatsgedanke, der durch Fairnessprinzip und Fürsorgepflicht mittelbar ins Strafverfahren hineinwirkt, sollte das Bewusstsein dafür schärfen, dass Freiheit und Verfahrensautonomie nur dort bestehen können, wo auch die realen Bedingungen für eine freie Entfaltung gegeben sind.²⁵⁴ Insgesamt hat die Sensibilität für die individualrechtliche Perspektive im Strafrecht dadurch deutlich zugenommen. Dennoch zeigt sich auch heute noch eine starke »Rechtsstaatslastigkeit« in der Diskussion um Rechtsschutz im Strafverfahren.²⁵⁵ Die Rechtsbehelfe dienen schwerpunktmäßig der Gewährleistung rechtsstaatlicher Ermittlungstätigkeit. Durch nachträgliche Tatbestands- und Verhältnismäßigkeitsüberprüfung werden Gesetzesbindung und materielle Rechtmäßigkeit staatlichen Han-

²⁵¹ Schmidt-Aßmann, HdStR, Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 26 Rn. 21 ff., 30 ff.

²⁵² BVerfGE 7, 198, 205.

²⁵³ BVerfGE 2,1, 12; 7, 198, 205.

²⁵⁴ Vgl. SK/StPO-Rogall, 14. Erg. Lfg. (1995), Vor § 133 Rn. 110 ff.; LR-Rieß, 25. Aufl. (1999), Einl. Abschn. H, Rn 120 ff.

²⁵⁵ Allerdings hat die Fraktion im Schrifttum, die von den Grundrechten als Hauptanknüpfungspunkt ausgeht, starken Zulauf erhalten.

delns durchgesetzt. Im Vordergrund steht der Erhalt des rechtsstaatlichen Selbstbildes des Staates.²⁵⁶

Die Rechtsstaatsfokussierung zeigt sich auch in der Rechtsprechung des *BVerfG*, das seinen Begründungsschwerpunkt auf Art. 19 IV GG legt, ohne den subjektiv-rechtlich stärkeren Art. 103 I GG einzubeziehen. Ungeachtet des Erreichten sollte daher der Ausbau der individualrechtlichen Dimension strafprozessualer Kontroll- und Schutzmechanismen vorangetrieben werden. Die hier vorgeschlagene Neuordnung des Feststellungsinteresses stärkt insbesondere durch die Fallgruppe der Typizität die konkret betroffenen materiellen Grundrechte und betont die Notwendigkeit der Gewährleistung rechtlichen Gehörs im gerichtlichen Verfahren durch Art. 103 GG.²⁵⁷ Dieser Ansatz erfährt weitere Unterstützung durch eine Dynamisie-

²⁵⁶ Bestes aktuelles Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverboten. Trotz der Heterogenität der BGH-Rechtsprechung lassen sich die Konstellationen, in denen auf Unverwertbarkeit erkannt wurde, kategorisieren. In diesen Fällen schwächte sich der sonst tragende Gesichtspunkt, dass die Unverwertbarkeit ein unangemessen hoher Preis für einen »normalen« Verfahrensverstoß ist, entscheidungserheblich ab. Dies geschah zwar auch im Hinblick auf die Verfahrensrechte des Beschuldigten, die durch die verletzte Vorschrift gesichert werden sollten, doch kam ausschlaggebendes Gewicht – wenn auch teils verklausuliert teils unterschwellig – dem Rechtsstaatlichkeitsideal der Strafverfolgungsbehörden zu, weil der in Rede stehende Verstoß die Grundlage des Selbstverständnisses der staatlichen Strafverfolgung erschütterte, denn es ging um Eingriffe »fern jeder Rechtsgrundlage«, die »einzelne Rechtsgüter so massiv beeinträchtigen«, dass das Ermittlungsverfahren als »ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig beschädigt wird«, BGH NStZ 2007, 601, 602 = HRRS 2007 Nr. 1138. Das Verwertungsverbot verleiht damit dem Anspruch des Staates an sein eigenes Verhalten Ausdruck. Es geht um die Wahrung der unerlässlichen Integrität des Verfahrens und die (Selbst-)Darstellung des Staates als Rechtsstaat. Da primär die Befriedigung des Rechtsstaatsideals zählt, dürfe der Aspekt des hypothetischen Ermittlungsverlaufs keine Rolle mehr spielen. Sogar ein Abrücken von der Widerspruchslösung wird in solchen Fällen angedacht, vgl. dazu *Roxin* NStZ 2007, 616, 617.

²⁵⁷ Rechtliches Gehör ist nicht nur ein »prozessuales Urrecht« des Menschen, sondern auch ein objektivrechtliches Verfahrensprinzip, das für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes konstitutiv und grundsätzlich unabdingbar ist, vgl. *BVerfGE* 55, 1, 6.

rung der Stärkung individual-rechtlicher Rechtspositionen im Strafprozessrecht, die auf die zunehmende Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Rechtspraxis zurückgeht.²⁵⁸

III. Der Einfluss der EMRK

Wurde die EMRK noch vor einigen Jahrzehnten in Deutschland kaum beachtet unter Hinweis darauf, dass deren Garantien ohnehin durch die Verfahrens(grund-)rechte des deutschen Rechts umfasst seien,²⁵⁹ sind die Auswirkungen und der Reformzwang heute kaum noch zu leugnen.²⁶⁰ Auch das BVerfG misst der EMRK mittlerweile Bedeutung für die Konkretisierung verfassungsrechtlicher Standards zu.²⁶¹ In die Diskussion um die Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafprozess sind die Mindestgarantien der EMRK bislang jedoch nur höchstselten eingebracht worden.²⁶² In Anbetracht der rechtsprinzipiellen Herkunft dieser Rechtsbehelfe und des diagnostizierten individualrechtlichen Defizits könnte sich die EMRK jedoch als hervorragender Transmissionsriemen erweisen, um die individualrechtliche Dimension zu stärken, denn in Art. 13 EMRK verbürgt sie das Recht auf wirksame Beschwerde (*effective remedy/recours effectif*)²⁶³.

²⁵⁸ Vgl. jüngst BVerfG NJW 2005, 1105, 1107; zur Umsetzung der strafprozessualen Menschenrechten siehe auch Kühne, in: Kreuzer, Scheuing, Sieber (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, 1998, S. 55, 65 ff.

²⁵⁹ So Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl. (1995), § 3 C Rn. 7; kritisch dazu bereits früh Jung StV 1990, 514, sowie Kühl ZStW 100 (1988), S. 406, 407, 430 ff.

²⁶⁰ Ambos ZStW 115 (2003), S. 583 ff.; Eisele JA 2005, 390, 393; Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 870-873; Gaede, Fairness als Teilhabe - das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007); Weigend, StV 2000, 384 ff.

²⁶¹ Herdegen, Europarecht, 9. Aufl. (2007), Rn. 53.

²⁶² So aber Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 553, S. 318.

²⁶³ zur Terminologie Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 4.

1. Der Norminhalt des Artikel 13 EMRK

Art. 13 EMRK gehört neben Art. 5 II-IV und Art. 6 EMRK zu den grundrechtlichen Verfahrensgarantien der EMRK.²⁶⁴ Er begründet ein echtes Individualrecht auf wirksame Überprüfung von Maßnahmen im Rahmen der Strafverfolgung, die in Konventionsrechte eingreifen.²⁶⁵ Alle in der Konvention und ihren Zusatzprotokollen anerkannten Rechte und Freiheiten erfahren auf diese Weise durch Art. 13 EMRK eine zusätzliche prozessuale Absicherung.²⁶⁶ Art. 13 EMRK ist insofern akzessorisch zu den materiellen EMRK-Garantien²⁶⁷ und muss daher zusammen mit einem anderen materiellen Konventionsrecht geltend gemacht werden.²⁶⁸ Entgegen dem etwas missverständlichen englischen und französischen Wortlaut der Norm (*are violated/ont été violés*) setzt der Anspruch auf wirksame Beschwerde nicht

²⁶⁴ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 160.

²⁶⁵ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 195 ff. Das Verhältnis von Art. 13 zu Art. 6 EMRK als potentieller *lex specialis* ist komplex. Art. 13 verstärkt Art. 6 EMRK vor allem bei überlangen Verfahren und steht als selbstständige flankierende Garantie an der Seite des Art. 6, dessen Verletzung er sogar geltend machen kann, EGMR, Kudla v. Polen, Reports 2000-XI, 197 ff.; A. Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003), § 21 II., S. 140 f.; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 166 f.

²⁶⁶ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 195; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 161; Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 1, 3 - Das Recht auf wirksame Beschwerde soll die Substanz der Konventionsgarantien im innerstaatlichen Recht schützen.

²⁶⁷ A. Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003), § 21 I., S. 140; Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 6.

²⁶⁸ In Betracht kommen insbesondere die Konventionsrechte aus Art. 8 (Hausdurchsuchungen, erkennungsdienstliche Behandlungen, heimliche Ermittlungsmaßnahmen) und Art. 3 (Drohungen und Misshandlungen bei Vernehmungen).

voraus, dass tatsächlich ein Konventionsrecht verletzt ist.²⁶⁹ Die Garantie greift immer schon dann ein, wenn der Beschwerdeführer einen Konventionsverstoß vertretbar behaupten kann (*arguable claim*).²⁷⁰ Diese allgemeine Formel ist allerdings noch nicht durch eine verbindliche Definition des EGMR konkretisiert worden.²⁷¹ Der Gerichtshof argumentiert und entscheidet einzelfallabhängig. Eindeutige Grenzen lassen sich nur für Extremfälle ziehen, z. B. wenn das Vorbringen offensichtlich unbegründet²⁷² oder die Berufung auf ein Konventionsrecht missbräuchlich und unvernünftig ist.²⁷³ Im Schrifttum geht man davon aus, dass eine plausible Behauptung bzw. eine Darlegung mit gewisser Plausibilität reicht.²⁷⁴ In jüngerer Zeit scheint der Gerichtshof jedoch zu einer Reduzierung der Anforderungen zu tendieren. Bereits das Vorliegen eines Eingriffs wurde als auslösendes Moment

²⁶⁹ EGMR, Klass u. a. v. Deutschland, Serie A Nr. 28, § 64; A. Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, § 21 I., S. 140; Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 195 – Wortlaut missverständlich.

²⁷⁰ A. Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003), § 21 I., S. 140; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 171; EGMR, Powell u. Rayner v. Vereinigtes Königreich, Serie A Nr. 172, § 31; Boyle u. Rice v. Vereinigtes Königreich, Serie A Nr. 131, § 52; Camenzind v. Schweiz, Reports 1997-VIII, § 53. Der Begriff ist weiter als derjenige des substantiierten Behauptens bei der Individualbeschwerde in Art. 35 III EMRK, Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 20, 25, so dass die innerstaatlichen Instanzen die Behauptung einer Rechtsverletzung mit Blick auf die besondere Schutzrichtung des Art. 13 EMRK eher annehmen müssen als der EGMR.

²⁷¹ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 171.

²⁷² EGMR, Powell und Rayner v. Vereinigtes Königreich, Serie A Nr. 172, § 33.

²⁷³ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 20.

²⁷⁴ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 164, 170.

anerkannt.²⁷⁵ Art. 13 EMRK wandelt sich damit zunehmend zu einem allgemeinen Rechtsschutzanspruch.

Die Verpflichtung zur Einführung eines Rechtsschutzsystems zur Überprüfung von Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren ergäbe sich somit nicht nur aus Art. 19 IV GG und dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch, sondern, wie Kühne anmerkt, ebenfalls aus Art. 13 EMRK.²⁷⁶ Gegenüber Art. 19 IV GG und dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch hat Art. 13 EMRK gleichwohl eine andere Funktion.²⁷⁷ Er garantiert primär ein subjektives Recht und wirkt nur mittelbar auf die Schaffung geeigneter Rechtsschutzstrukturen hin. Die Vertragsstaaten sind hieraus verpflichtet, in ihrem nationalen Recht eine Beschwerdemöglichkeit vorzusehen, die diese Funktion erfüllt, weshalb Art. 13 EMRK auch zu Recht als Hebel für die Erzwingung von Beschwerde- und Kontrollsystemen bezeichnet wird.²⁷⁸ In der Rechtsprechung des EGMR kommt Art. 13 EMRK als Ergänzungrecht zur indirekten Behebung systematischer oder struktureller Mängel der innerstaatlichen Rechtsschutzmechanismen wachsende Bedeutung zu. Seine Anwendung gestattet dem Gerichtshof, Druck auf die nationalen Rechtssysteme aufzubauen, um Menschenrechte effektiv nach innerstaatlichem Recht schützen zu lassen (sog. prozedurale Subsidiarität). Ansatzpunkt für diese korrigierenden Interventionen zur Steuerung der Qualitätskontrolle ist das Kriterium der Wirksamkeit der Beschwerde. Der Begriff der Wirksamkeit ist das Einfallstor für die Fortentwicklung der Verfahrensstandards in den Konventionsstaaten durch Auslegung des Art. 13

²⁷⁵ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 172; EGMR, Camenzind v. Schweiz, Reports 1997-VIII, § 53.

²⁷⁶ Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 553, S. 318.

²⁷⁷ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 9.

²⁷⁸ A. Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003), § 21 I., S. 140.

EMRK.²⁷⁹ Hier ist Art. 13 EMRK stärker als Art. 19 IV GG, da er die prozeduralen Vorkehrungen umfasst, die die Beschwerde wirksam machen.²⁸⁰

2. Wirksamkeit der Beschwerde

Entscheidender Maßstab ist das Kriterium der Wirksamkeit der Beschwerde, wobei die EMRK keine konkrete Ausgestaltung des Verfahrens vorgibt.²⁸¹ Die Mitgliedstaaten genießen erhebliches Ermessen bei der Einrichtung der Beschwerdemöglichkeit, dessen Ausmaß allerdings in Relation zur Bedeutung des betroffenen Konventionsrechts schwankt.²⁸² Wird ein Verstoß gegen Konventionsrechte plausibel behauptet, dann erfordert Art. 13 EMRK eine gründliche und effektive Untersuchung (*thorough and effective investigation*).²⁸³ Die Beschwerde muss sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht *effective* sein.²⁸⁴ Maßgeblich für diese Wirksamkeit sind Verfahren, Form und Umstände ihrer Geltendmachung sowie der Prüfungs- und Entscheidungsumfang der nationalen Instanz.²⁸⁵ Dazu müssen die Verfahrensstandards den Regeln der Fairness entsprechen. Form- und Fristvorschriften sind mit dem Anspruch auf Wirksamkeit der Beschwerde verein-

²⁷⁹ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 12.

²⁸⁰ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 12.

²⁸¹ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 174.

²⁸² Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 27.

²⁸³ EGMR, Aksoy v. Türkei, Reports 1996-VI, § 98; Aydin/Türkei, Reports 1997-VI, § 103.

²⁸⁴ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 196.

²⁸⁵ EGMR, Murray v. Vereinigtes Königreich, Serie A Nr. 300-A, § 100. Ihre Ausübung darf z. B. nicht durch das Handeln oder Unterlassen staatlicher Stellen unangemessen behindert werden.

bar,²⁸⁶ solange sie das Beschwerderecht nicht aushöhlen oder ohne vernünftigen Grund beeinträchtigen.²⁸⁷ Davon zu unterscheiden sind Regelungen, die einen Rechtsbehelf von einer bestimmten Verletzungsintensität abhängig machen.²⁸⁸ Die Zulässigkeit der Beschwerde darf keine drohende irreparable Rechtsverletzung zur Voraussetzungen machen²⁸⁹ oder schlicht wegen Erledigung der angefochtenen Maßnahme verneint werden.²⁹⁰ Hierin liegen in der Regel unzulässige Beschränkungen des Rechts aus Art. 13 EMRK, wobei offen ist, ob der Ausschluss von Bagatellfällen zulässig ist oder sogar weitergehende Einschränkungen zulässig wären.²⁹¹ Insbesondere die vorliegend interessierenden Voraussetzungen für eine isolierte Überprüfung der Rechtmäßigkeit von erledigten Zwangsmaßnahmen sind noch nicht abschließend durch den *EGMR* geklärt worden.²⁹² Das Fallrecht des *EGMR* ist in diesem Punkt wenig aussagekräftig. In der Rechtssache »Camenzind« hatte das schweizerische Bundesgericht eine Nichtigkeitsbeschwerde für unzulässig befunden, weil der Beschwerdeführer kein aktuelles Rechtsschutzbedürfnis mehr hätte. Unter Berufung auf seine ständige Rechtspre-

²⁸⁶ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 179; A. Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention (2003), § 21 III.2, S. 142.

²⁸⁷ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 62; Gundel, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. (2005), § 19 Rn. 46 – Limitierung materieller Rechte durch nationale Verfahrensfristen ist grundsätzlich zulässig; die Rechtsausübung darf aber nicht unmöglich gemacht oder unzumutbar erschwert werden.

²⁸⁸ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 62.

²⁸⁹ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 179.

²⁹⁰ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 37; *EGMR*, Camenzind v. Schweiz, Reports 1997-VIII, §§ 48-57.

²⁹¹ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 62; Malinverni *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme* 1998, 647, 653 ff.

²⁹² Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 553, S. 318 f.

chung²⁹³ hatte es ausgeführt, dass die angegriffene Maßnahme schon vollzogen gewesen wäre und ihn nicht länger beschwerte. Im Zuge eines Verwaltungsstrafverfahrens war die Wohnung des Beschwerdeführers Camenzind durchsucht worden. Er rügte daraufhin die bereits abgeschlossene Wohnungsdurchsuchung. Das maßgebliche Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht sah zwar in Art. 26 einen speziellen Rechtsbehelf gegen derartige Zwangsmaßnahmen vor,²⁹⁴ doch unterlag die Beschwerdebefugnis den speziellen Voraussetzungen des Art. 28. Danach ist jeder, zur Beschwerde berechtigt, der durch die angefochtene Amtshandlung berührt ist und ein schützwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Abänderung der beanstandeten Maßnahme hat. Die Beschwerde wurde durch das zuständige Gericht jedoch wegen mangelnden aktuellen Rechtsschutzbedürfnisses verworfen. Nach Auffassung des Bundesgerichts ließe sich unter Berufung auf fest etablierte Leitentscheidungen des obersten Gerichts ein Rechtsschutzbedürfnis nur für solche Personen anerkennen, die im Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde immer noch aktuell durch die angegriffene Maßnahme betroffen sind. Bei vorheriger Erledigung könne nur ausnahmsweise bei Wiederholungsgefahr ein Rechtsschutzinteresse anerkannt werden, wenn die betroffenen Rechtsprinzipien, eine Rechtskontrolle als im öffentlichen Interesse stehend erscheinen lassen.²⁹⁵ Der EGMR befand, dass die (teilweise) Verwerfung der Beschwerde als unzulässig die EMRK verletzt.²⁹⁶ Der von den schweizerischen Behörden praktizierte Rechtsschutz nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht könne bei erledigten

²⁹³ Bundesgerichtsentscheid 103. Bd., 1977, IV. Teil, Nr. 33, S. 117f., Abschnitt 1.a)

²⁹⁴ Art. 26 I lautet: Gegen Zwangsmassnahmen (Art. 45 ff.) und damit zusammenhängende Amtshandlungen und Säumnis kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden.

²⁹⁵ Vgl. Bundesgerichtsentscheid 116. Bd., 1990, II. Teil II, Nr. 126, S. 729, Abschnitt 6.

²⁹⁶ EGMR, Camenzind v. Schweiz, Reports 1997-VIII, 2880 ff., §§ 48-57; im Einzelnen *Malinverni* Revue trimestrielle des Droits de l'Homme 1998, 647, 656.

Zwangmaßnahmen nicht als wirksam i.S.d. Art. 13 EMRK bewertet werden.

3. Übertragung auf Deutschland

Legt man diesen Maßstab auf Deutschland an, wird deutlich, dass die Aufgabe der Rechtsfigur der prozessualen Überholung auch aus Sicht der EMRK überfällig war.²⁹⁷ Darüber hinaus ist die Aussagekraft der Camenzind-Rechtsprechung des *EGMR* begrenzt. Die Konstellation, die dem Urteil zu Grunde lag, war die prozessuale Überholung bei Erledigung, von der nur in absoluten Ausnahmefällen bei Wiederholungsgefahr und öffentlichem Interesse abgewichen wurde. Demgegenüber ist das – mittlerweile geschaffene – deutsche System der Fortsetzungsfeststellungsklage viel weit reichender und genügt jedenfalls den Anforderungen des Camenzind-Urteils. Ob es aber wirklich umfassend genug ist, um das Wirksamkeitskriterium des Art. 13 EMRK zu erfüllen, ist damit nicht ausgemacht.

In Deutschland sind keine besonderen Beschwerdeverfahren zur Durchsetzung von Konventionsrechten geschaffen worden.²⁹⁸ Dem Erfordernis, den Rechtsweg für wirksame Beschwerden zu eröffnen, sind die Fachgerichte nach der Initialzündung durch das BVerfG im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nachgekommen.²⁹⁹ Die Formen der Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafprozessrecht schützen zwar primär die innerstaatlich gewährleisteten Grundrechte, doch genügen solche Verfahren den Anforderungen

²⁹⁷ *Kruis StraFo* 2003, 34, 36 f., weist für das BVerfG die Vermutung eines Einflusses der EMRK und ihrer Kontrollorgane auf die Grundlagenentscheidung zurück. Das Gericht habe sich mit Art. 19 IV GG gegenüber dem nicht deckungsgleichen Art. 13 EMRK für den schmäleren Ansatz entschieden.

²⁹⁸ Siehe dazu *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. (2008), Rn. 163.

²⁹⁹ Wichtig ist dabei die Anknüpfung an positiv-rechtliche Verfahrensvorschriften, da eine evtl. bloß vage Gerichtspraxis die Anforderungen des Art. 13 EMRK verfehlen würde.

des Art. 13 EMRK insoweit, als die nationalen Grundrechte mit den Gewährleistungen der EMRK übereinstimmen.³⁰⁰ Hiervon sollte zumindest hinsichtlich des abstrakten Schutzbereichs ausgegangen werden, womit nicht der bestehende Anpassungsbedarf in der konkreten Umsetzung vieler Konventionsgarantien, wie z. B. Art. 6 EMRK, bestritten werden soll.³⁰¹

Entsprechend dem Anliegen des *EGMR* nehmen in Deutschland innerstaatliche Instanzen ihre Kontrollfunktion wahr und setzen Konventionsrechte durch. In diesem Zusammenhang sollte es als interessante Randnotiz verzeichnet werden, dass der *EGMR* im Hinblick auf die Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK demselben Leitbild prozeduraler Subsidiarität folgt wie das *BVerfG* gegenüber den Fachgerichten bei der Verfassungsbeschwerde.³⁰² Dass die Zuständigkeiten innerstaatlich aufgrund ihrer Ausrichtung an der anordnenden Instanz gespalten sind, schadet nicht, auch wenn der Gradmesser der Wirksamkeit ein gewisses Maß an Zugänglichkeit und Praktikabilität verlangt.³⁰³ Durch die Vereinheitlichung der Rechtswege ist aber mittlerweile ein hinreichendes Maß gewahrt.³⁰⁴

³⁰⁰ *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. (1996), Art. 13 Rn. 11 f.

³⁰¹ Dazu jetzt ausführlich *Gaede*, Fairness als Teilhabe - das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007).

³⁰² *Marauhn/Grote-Richter*, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 112.

³⁰³ Vgl. *Marauhn/Grote-Richter*, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 35. Große Bedeutung hat dieser Konzentrationsaspekt auch für die Abhilfeentscheidung (*appropriate relief*) als zentraler Bestandteil des Rechts. Soweit *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 197, anzweifelt, dass ein Verweis auf nachträglichen Rechtsschutz unangemessen sein könnte, da er lediglich feststellenden Charakter hat, weil die umstrittenen Verfahrenshandlungen schon vollzogen und nach Abschluss des Strafverfahrens in keinem inneren Zusammenhang zur Urteilsfindung mehr stehen, kann dies nur überzeugen, wo nachträglicher Rechtsschutz als Substitut für die Gewährung effektiven Rechtsschutzes vor Erledigung fungieren soll. In zahlreichen Konstellationen des Polizeirechts und Strafverfahrensrechts eröffnet feststellender Rechtsschutz gerade erst die erste wirksame Kontrollmöglichkeit. Für deren

Was die praktizierte Handhabung des Feststellungsinteresses angeht, gibt die Kommentarliteratur zu Art. 13 EMRK hingegen Anlass, über weitere Anpassungen bei Geltendmachung und Gegenstand eines Rechtsschutzbedürfnisses nachzudenken. Für die Geltendmachung des Feststellungsinteresses sollte – wenigstens soweit Konventionsrechte im konkreten Fall betroffen sein können – wie für Art. 13 EMRK eine plausible Behauptung bzw. eine Darlegung mit gewisser Plausibilität hinreichen, um die Zulässigkeit zu begründen.³⁰⁵ Auch bei den geforderten Inhalten eines berechtigten Feststellungsinteresses könnte eine weitere Lockerung angezeigt sein. Da die Zulässigkeit der Beschwerde nicht von einer drohenden irreparablen Rechtsverletzung oder dem tatsächlichen Fortbestehen einer Beschwer abhängig gemacht werden darf, wird deutlich, dass die oben kritisierte Praxis einiger Oberlandesgerichte, ein Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen, wenn Rechtsbehelfe vor Erledigung nicht genutzt wurden, nicht mit der EMRK vereinbar ist. Andererseits verlangt aber Art. 13 EMRK selbst – wie auch Art. 35 EMRK – eine Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs. Soweit ersichtlich hat sich der EGMR mit dieser konkreten Konstellation aber noch nicht auseinandersetzen müssen. Die Intention hinter Art. 13 EMRK spricht aber sehr deutlich dafür, keine Abstriche am Wirksamkeitsgebot zu machen, wo lediglich unbefristete Rechtsmittel vor Erledigung nicht ge-

Effektivität ist es ebenfalls nicht schädlich, sondern vielfach förderlich, wenn eine innerliche Abtrennung vom Hauptverfahren erfolgt, soweit man nicht auf einem Beweisverwertungsverbot als *remedy* besteht. Auch der Entschädigungspflicht als Teilgarantie des Art. 13 EMRK kann über Amtshaftung oder StrEG separat genügt werden. Diese Auftrennung ist mit den oben genannten Anforderungen an die Zugänglichkeit der Beschwerdemöglichkeiten vereinbar.

³⁰⁴ Skeptisch *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO (2008), S. 335 – die gegenwärtige Rechtslage stehe mit der Gesetzeslage nicht im Einklang. Überdies fehle bei § 98 II 2 StPO ein umfassender, einheitlicher Regelungskomplex, der den Beschwerdevorschriften vergleichbar wäre. *Glaser* hält deshalb das Einschreiten des Gesetzgebers für geboten und unterbreitet selbst einen ausführlich begründeten eigenen Gesetzesvorschlag, vgl. S. 343 ff.

³⁰⁵ So schon *Fezer* JZ 1997, 1062, 1063 f.; *Roxin* StV 1997, 654, 656.

nutzt wurden. Letztlich kann nicht einmal von Versäumung die Rede sein, da die einschlägigen Rechtsbehelfe nach h. M. eben auch nach Erledigung zur Verfügung stünden.

Der erreichte Entwicklungsstand der Fallgruppen, die von der h. M. anerkannt sind, ermöglicht mittlerweile nachträgliche Überprüfungen der Rechtswidrigkeit in großem Umfang. Allerdings werden über dieses Zulässigkeitskriterium nicht nur Bagatellfälle ausgeschieden. Es bleibt daher klärungsbedürftig, ob die gestellten Anforderungen an ein Rechtsschutzbedürfnis gemessen an Art. 13 EMRK zulässig oder unzulässig sind. Orientiert man sich an den Literaturmeinungen in diesem Feld, scheint es, dass eine weitere Absenkung auf jeden einfachen Grundrechtseingriff – bei gleichzeitiger Betroffenheit eines Konventionsrechts – zwingend sein könnte.³⁰⁶ In systematischer Hinsicht begründete diese Forderung eine erhebliche Gefahr für die Rechtsbehelfsstrukturen des deutschen Strafprozessrechts. Sie liefe auf die Einführung einer allgemeinen Feststellungsklage hinaus. Hierbei kommt Art. 13 EMRK als Motor der Fortentwicklung zu gute, dass das Recht auf wirksame Beschwerde keinen dogmatischen Überbau kennt, der dem Rechtsstaatsprinzip vergleichbar wäre. Er ist in einem

³⁰⁶ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 62; Malinverni *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme* 1998, 647, 656 – die Versagung des Rechtsschutzes wegen Fortfall der rechtlichen Beschwerde in der Rechtssache »Camenzind« verletzte Art. 13, weil keine Prüfung der Angelegenheit in der Sache erfolgte. Diese Situation müsse aber von solchen unterschieden werden, in denen die Verfahrensordnungen für Verfassungsgerichte Filterprozeduren vorsehen, die es ihnen erlauben, Fälle wegen manifester Unbegründetheit nicht anzunehmen. Nach dieser Deutung *Malinvernisis* manifestiert Art. 13 EMRK einen Anspruch auf eine vollwirksame erste Instanz. Dagegen wäre es unbedenklich, wenn das BVerfG aus diesem Grund wohl einen strengeren Standard wählt als die Feststellungsinstanz. In den Entscheidungsgründen ist deshalb darauf zu achten, ob sich die Ausführungen zum Feststellungsinteresse in den Entscheidungen des BVerfG auf die Annahme der Verfassungsbeschwerde beziehen oder den Fachgerichten im Rahmen der Begründetheit konkrete Vorgaben für deren Zulässigkeitsprüfung gemacht werden.

betont freiheitlichen Konzept verwurzelt.³⁰⁷ Als *living instrument* weist die EMRK in diesem Bereich mithin erhebliches Innovationspotential auf, das auch eine Überwindung systembedingter Grenzen im nationalen Recht bewerkstelligen könnte. Gleichwohl hat der *EGMR* bei Korrekturen mit derartiger Tragweite stets große Zurückhaltung walten lassen; insbesondere dort, wo ein guter Wille des betroffenen Nationalstaats erkennbar war. Ohnehin gehört der Schutz- und Regelungsgehalt des Art. 13 EMRK zu den schwierigsten Fragestellungen, welche die Konvention aufwirft.³⁰⁸ Mit grundstürzenden Urteilen, die einen externen Zwang über Art. 13 EMRK zur tatsächlichen Ausweitung der Fortsetzungsfeststellungsklage auf jede Grundrechtsverletzung durchsetzen, ist daher nicht zu rechnen. Es sollte dennoch deutlich geworden sein, dass eine restriktive Handhabung der anerkannten Fallgruppen gemessen am Wirksamkeitserfordernis des Art. 13 EMRK kaum hinnehmbar ist und eine beschwerdefreundlichere Praxis inklusive der Einführung neuer problemspezifischer Fallgruppen wie der Typizität angezeigt ist. Dieses menschenrechtliche Element passt sich freilich nicht friktionsfrei in das Gefüge der bestehenden deutschen Rechtsbehelfe ein. Sein Wesen ist durch das Bemühen um die Absicherung von individualrechtlichen Mindeststandards geprägt. Die Rechtsschutzmöglichkeiten, die das deutsche Verfahrensrecht vorsieht, versinnbildlichen demgegenüber das Anliegen, die Rechtsstaatlichkeit der Ermittlungen zu gewährleisten und die Strafverfolgungsbehörden in den gesetzlich ausgewiesenen Bahnen zu halten. Der Anpassungsdruck aus Straßburg sollte gleichwohl zu einer weiteren subjektiv-rechtlichen Anreicherung des Rechtsstaatsideals in der hier vorgeschlagenen Form führen.

Vor diesem Evolutionshintergrund einer allgemeinen Verrechtsstaatlichung des Strafverfahrens, die verstärkt menschenrechtliche Impulse erhält, ist es

³⁰⁷ Marauhn/Grote-Richter, EMRK/GG Konkordanzkommentar (2006), Kap. 20 Rn. 14.

³⁰⁸ Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 197.

nun möglich im Rahmen des eigenen Lösungsansatzes den Bogen zur Verwirkung zu schlagen. Die vorgenommene Vertiefung erlaubt es, auch deren Verständnis zu substantiieren und zumindest das Umstandsmoment präziser zu bestimmen.

IV. Verwirkung

Bei der Bestimmung der Verwirkungsvoraussetzungen erscheinen zwei Aspekte besonders geeignet, die Anwendungspraxis zu befruchten. Sowohl das freiheitliche Konzept der EMRK als auch die rechtsstaatliche Intention des *BVerfG*, effektiven Rechtsschutz bei schwerwiegenden Grundrechtsverletzungen zu gewährleisten, enthalten Elemente, die eine Substantiierung des Umstandsmoments ermöglichen. Über Art. 13 EMRK wird ein isoliertes wirksames Kontrollverfahren gefordert, das in Wechselbeziehung zum Hauptverfahren stehen kann, seine Effektivität aber unabhängig von diesem beweisen muss. Zwänge und Vorkommnisse im Hauptverfahren rechtfertigen eine Einschränkung des Rechts nicht. Geboten ist eine zumindest gedankliche und funktionale Entflechtung von Hauptverfahren und Fortsetzungsfeststellungsklage. Dem Kontrollsystem des *BVerfG* liegt eine ganz ähnliche Annahme zu Grunde. Das Gericht hat erst kürzlich klargestellt, dass zwischen dem Gegenstand des Hauptverfahrens und der Feststellung der Rechtswidrigkeit unterschieden werden muss, da es im Strafverfahren um Schuld oder Unschuld, nicht um die Rechtmäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme ginge.³⁰⁹ Praktische Verknüpfungen, die sich aus einer faktischen Bindungswirkung,³¹⁰ Identität der Akteure, dem strafrechtlichen

³⁰⁹ BVerfG NJW 2005, 1855, 1856 = HRRS 2005 Nr. 214.

³¹⁰ Es ist umstritten, welche Auswirkungen die Feststellung der Rechtswidrigkeit im Beschwerdeverfahren auf das Hauptsacheverfahren hat. Nach Fezer, FS Rieß (2002), S. 93, 106, und Meyer-Goßner, Fn. 47, § 98 Rn. 32, hat eine Entscheidung, die im Rahmen des Verfahrens nach § 98 II 2 StPO getroffen wird, keine präjudizielle Bedeutung. Hierfür spricht, dass das strafrechtliche Hauptverfah-

Vorwurf als gemeinsamem Handlungshintergrund, taktischen Erwägungen oder Verwertungsfragen ergeben, heben die systematisch-dogmatische Trennlinie zwischen den Verfahren nicht auf. Sie darf nicht dadurch überspielt werden, dass Vorgänge in einem Verfahren als vertrauensbildend im Hinblick auf Handeln oder Unterlassen in einer separaten Verfahrensart deklariert werden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht besteht eine Konkurrenzsituation zwischen der gerichtlichen Kontrolle gem. § 98 II 2 StPO analog und einer gerichtlichen Prüfung eines Verwertungsverbots im Hauptverfahren.³¹¹ Die spezifische eigenständige Funktion der Prüfungsverfahren – also Feststellung der Rechtswidrigkeit respektive Verwertbarkeit – darf nicht gegeneinander ausgespielt werden.³¹²

ren anders als der Zivilprozess keine Zwischenfeststellungsklage gem. § 256 II ZPO kennt und auch die Fortsetzungsfeststellungsklage außerhalb des Hauptverfahrens ein solches Instrument nicht ersetzen soll. Zumindest im Strafverfahren kann ein Feststellungsbeschluss aber Tatbestandswirkung für das Steuergericht entfalten, LR-Schäfer, Fn. 100, § 105 Rn. 120a. Darüber hinaus geht Schlothauer StV 2003, 208, 210, generell von einer präjudizierenden Wirkung für erkennendes und Revisionsgericht aus.

³¹¹ Fezer, FS Rieß (2002), S. 93, 101, 105. Der Verzicht auf einen Rechtsbehelf im Ermittlungsverfahren berührt nicht die Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbots in der Hauptverhandlung. Andererseits hat eine Entscheidung, die im Rahmen des Verfahrens nach § 98 II 2 StPO getroffen wird, keine präjudizielle Bedeutung, was sie deswegen gleichwohl nicht überflüssig macht.

³¹² Fezer, FS Rieß (2002), S. 93, 107; Bornmann, Die Struktur der strafprozessualen Beschwerde (2008), S. 163 - Die Kontrolle diene der Wahrung individueller Rechte, ohne Bedeutung für die Endentscheidung; Beschwerde solle sicherstellen, dass das Verfahren gerecht durchgeführt wird und Grundrechtseingriffe auf ein Minimum beschränkt werden. Ebenso Frister, Handbuch des Polizeirechts, 4. Aufl. (2007), Abschn. K, Rn. 209 – Berechtigtes Feststellungsinteresse bestehe unabhängig von der Möglichkeit der Verteidigung im Hauptverfahren. Die Entscheidung in der Hauptsache habe einen anderen Gegenstand. Der Betroffene könne mit seinem Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit einzelner Ermittlungsmaßnahmen nicht darauf verwiesen werden, dass er im Hauptverfahren in ausreichendem Maß Rechtsschutz erhalten werde bzw. bereits erhalten hat.

Die normative Auftrennung der faktisch nicht zu leugnenden Verbindung zum Hauptverfahren gestattet eine genauere Differenzierung, wer innerhalb welchen Verfahrens überhaupt schutzwürdiges Vertrauen schaffen kann. Auf dieser Grundlage lassen sich Prozesshandlungen oder deren Unterlassung im Hauptverfahren sowie die verfahrensrechtlichen Formen seiner Erledigung grundsätzlich als zulässiges Umstandsmoment ausschließen. Nach Treu und Glauben können Zustimmung zur Einstellung oder Rechtsmittelverzicht kein Vertrauen mehr begründen, wenn diese Verfahrensarten von vornherein streng voneinander getrennt werden. Auch der Rechtsfrieden verlangt eine solche Vermischung nicht. Das Rechtsstaatsprinzip erfordert zwar, dass jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende findet,³¹³ wann dies der Fall ist, entscheiden jedoch das Gesetz und seine Interpretation durch die Gerichte. Gerade die Ausweitung und Eigenständigkeit nachträglicher Überprüfbarkeit strafprozessualer Zwangsmaßnahmen durch richterliche Rechtsfortbildung ist ihrerseits dazu auserkoren, dem Rechtsfrieden zu dienen,³¹⁴ so dass *de facto* Erwägungen, die um den Rechtsfrieden kreisen, auf beiden Seiten in die Waagschale geworfen werden. Im Hinblick auf die Intention des *BVerfG* über Art. 19 IV GG effektiven Rechtsschutz gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen inklusive einer Erhöhung der Kontrolldichte durchzusetzen sowie die Erfordernisse des Art. 13 EMRK, ist es geboten, den Rechtsfrieden in dieser Kollisionslage durch eine großzügige Handhabung der Verwirkung zu fördern. Vorgänge im Hauptverfahren strahlen daher grundsätzlich nicht verwirkungsrelevant auf das nachträgliche Überprüfungsverfahren aus. Durch die gedankliche und funktionale Trennung von

³¹³ BVerfGE 1, 433, 437.

³¹⁴ Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl. (2007), Rn. 553.1, S. 320 - nachträglicher Rechtsschutz sichere ebenfalls den Rechtsfrieden in der Gesellschaft. Rechtsfrieden kann also nicht einseitig gegen nachträglichen Rechtsschutz angeführt werden, wie dies beim OLG Frankfurt oder OLG Hamm der Fall ist.

Prüfungsverfahren und Erkenntnisverfahren lassen sich mithin diverse Faktoren als unzulässige Umstandsmomente identifizieren. Aktivitäten und Unterlassungen im Zusammenhang mit dem Erkenntnisverfahren wecken ohne ausdrücklichen Bezug zur Wahrnehmung nachträglichen Rechtsschutzes *eo ipso* kein Vertrauen, an das eine Verwirkung anschließen könnte. Ein dennoch entstandenes Vertrauen wäre jedenfalls nicht schutzwürdig. Andernfalls könnte das Kernanliegen des *BVerfG* im Rechtsalltag durch die Fachgerichte konterkariert werden. Die Entflechtung baut also auch einer Wiedergeburt etwaiger Mutationen der Figur der prozessualen Überholung vor, die auf der Stufe der Verwirkung Platz greifen könnten, wenn bestimmte Formen des Verfahrensabschlusses ein Umstandsmoment begründen können sollen.

Die Gründe für eine strenge Trennung von Fortsetzungsfeststellungsklage und Erkenntnisverfahren offenbaren zugleich das enorme Zukunftspotential, das nachträglicher Rechtsschutz gegen erledigte Zwangsmaßnahmen aufweist. Die Formen der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde könnten zu einem zentralen Element der Kontrolle strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen und der verfassungsmäßigen Strukturen der strafprozessualen Befugnisnormen allgemein aufgewertet werden, wenn der funktionale Zusammenhang ernster genommen würde, der zwischen nachträglichem Rechtsschutz einerseits sowie der Verrechtsstaatlichung des Ermittlungsverfahrens und der Aufarbeitung individualrechtlicher Defizite andererseits besteht. Ein Ausbau des Rechtsschutzes förderte sowohl das objektive Rechtsstaatsselement des deutschen Strafverfahrensrechts, das das rechtsstaatliche Selbstverständnis des Staates sichern hilft, als auch das Schutzniveau der betroffenen materiellen Grundrechte und Justizgrundrechte, wenn die Fortsetzungsfeststellungsklage noch markanter als ein Instrument effektiver und umfassender rechtlicher Kontrolle der Einzelaktivitäten der Strafverfolgungsbehörden installiert würde. Beweisverwertungsverbote und etwaige beweisrechtsakzessorische Prüfungen von Verstößen im Strafverfahren haben bislang keine nennenswerte Disziplinierungswirkung entfaltet

und können dies aufgrund des anders gelagerten Verfahrensziels des strafrechtlichen Hauptverfahrens auch nicht. Die Zurückhaltung der Fachgerichte bei der Annahme von Beweisverwertungsverböten wird nur bei krassen Verstößen gegen das rechtsstaatliche Ideal aufgegeben, und im Revisionsrecht wird die Erhebung der (Verfahrens-)Rüge von vermeintlichen Rechtsverstößen der Strafverfolgungsbehörden durch den *BGH* dramatisch erschwert.³¹⁵ Die vom *BVerfG* im Ermittlungsverfahren zuletzt verstärkt errichteten Schranken staatlicher Ermittlungstätigkeit haben mithin (noch) keinen Wärter. Hier kommt die Fortsetzungsfeststellungsklage ins Spiel.³¹⁶ Welche Rolle sie in der Zukunft spielen wird, hängt ganz wesentlich von den Potentialen ab, die vor allem seitens der Antragsberechtigten mit ihr verbunden werden.

D. Das Zukunftspotential der Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage wird vom beschwerten Grundrechtsträger aus gedacht, der als Beschuldigter oder Dritter in das Fadenkreuz staatlicher Ermittlungen gerät. Die Erwirkung einer gerichtlichen Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Zwangsmaßnahmen ist dabei ein notwendiger Zwischenschritt zur Erreichung des jeweiligen Rechtsschutzinteresses. Gegenwärtig ist die Definition eines eigenständigen Rechtsschutzinteresses an nachträglicher Überprüfung, das vom Hauptverfahren unberührt ist, aber auch auf dieser Ebene eher eine Seltenheit. Ein Blick in die Praxisliteratur

³¹⁵ Vgl. Fezer, FS Hanack (1999), S. 331, 341 ff.; ders. HRRS 2006, 239.

³¹⁶ Die Effektivierung deklaratorischer Rechtsbehelfe darf argumentativ nicht in eine Rechtfertigung der gegenwärtigen Rechtsprechung des *BGH* zu den Beweisverwertungsverböten verkehrt oder gar in eine Kompensation für Verstöße gegen Rechtsvorschriften und –prinzipien umgedeutet werden. Die Fortsetzungsfeststellungsklage steht funktional neben dem Hauptverfahren.

verrät, dass sich Strafverteidiger an einem ganz anderen Kosten-Nutzen-Kalkül orientieren.³¹⁷ Bei der Prüfung eines Feststellungsinteresses aus Sicht der Verteidigung wägen sie Vor- und Nachteile ab, die aus dem Kostenrisiko, Informationsgewinnung durch vorzeitige Akteneinsicht,³¹⁸ Verjährungsfragen³¹⁹ und faktischer Präjudizwirkung³²⁰ folgen. Laut *Burhoff* kann es z. B. durchaus vorteilhaft sein, die Fehlerhaftigkeit einer Maßnahme noch nicht geltend zu machen und eine rechtswidrige Maßnahme bestehen zu lassen, um später ein Beweisverwertungsverbot geltend machen zu können oder den Eintritt der Verjährung zu befördern.³²¹ Durch Absehen von einer Fortsetzungsfeststellungsklage wird das Risiko, dass eine Ersetzung durch eine rechtmäßige Maßnahme nachfolgt und diese Strategie vereitelt, reduziert.

Aus Sicht des *BVerfG* und seiner Leitlinien, die den Reformprozess angetrieben haben, müssen diese Erwägungen geradezu sachfremd erscheinen. Rechtsstaatliche Erwägungen und Schutz der Grundrechte scheinen nebensächlich. Auch hier ist man allzu sehr auf die Wechselwirkung zwischen

³¹⁷ *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. (2006), Rn. 609, weist allerdings zutreffend darauf hin, dass grundsätzlich Eile und ein Einschreiten vor Erledigung geboten ist, wobei mangels Aktenkenntnis aber erhebliche Begründungsschwierigkeiten bestünden.

³¹⁸ Vgl. *BVerfG NJW* 2006, 1048 f.; *LG Saarbrücken wistra* 1999, 116 - Informationserlangung durch Akteneinsicht zur Beschwerdebegründung; in Bezug auf Art. 13 EMRK gilt es als noch ungeklärt, ob die wirksame Beschwerde über Art. 13 EMRK ein Recht auf Akteneinsicht erzwingt, *Maruhn/Grote-Richter*, *EMRK/GG Konkordanzkommentar* (2006), Kap. 20 Rn. 47.

³¹⁹ Eine rechtswidrige Durchsuchungs- oder Beschlagnahmeanordnung unterbricht die Verjährung gem. § 78c I Nr. 4 StGB nicht, *BGH NStZ* 2000, 427, 428 f.; *NStZ* 2004, 275, 276; eine Feststellung der Rechtswidrigkeit könnte Strafverfolgungsbehörden zum Handeln zwingen, um Verjährung zu unterbrechen und eine spätere Berufung auf die Verjährung durch die Verteidigung vereiteln.

³²⁰ Vgl. *Park StRR* 2008, 4, 6; *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. (2006), Rn. 609.

³²¹ *Burhoff*, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 4. Aufl. (2006), Rn. 609.

nachträglicher Feststellung der Rechtswidrigkeit und Hauptverfahren konzentriert. Die Strafverteidiger müssen deshalb verstehen lernen, was es abgesehen von der Komplexitätsreduktion der Entscheidungssituation³²² durch eine Entflechtung des Interessenagglomerats zu gewinnen gibt, ohne die bisherigen praktischen wie taktischen Erwägungen zu vernachlässigen. Phantasie und Mut sind gefragt.

Unter anderem ließe sich die Fortsetzungsfeststellungsklage nutzen, um den Mandanten besser vor den negativen Effekten der Öffentlichkeitsarbeit der Strafverfolgungsbehörden und einer (gezielten) Exponierung als Beschuldigter entgegen der Unschuldsvermutung abzuschirmen.³²³ Neben der Abwehr von schwer reparablen Schädigungen des Persönlichkeitsrechts hätten Verteidiger die Chance, schon im frühen Verfahrensstadium infizierte Beweisgegenstände zu eliminieren³²⁴ und auch das Problem der Kumulation von Zwangsmaßnahmen frühzeitig aufzugreifen, indem das Augenmerk der Gerichte auf das Gesamtgewicht eines Konzerts von Zwangsmaßnahmen und die Gefahr einer Totalausforschung gelenkt wird, um es auf ein Maß zu reduzieren, das mit dem Übermaßverbot und der Menschenwürdegarantie der Freiheitsrechte vereinbar ist. Die Referate und Diskussion der strafrechtlichen Abteilung auf dem Deutschen Juristentag in Erfurt haben jüngst

³²² Die schwierigen Fragen der Verwertbarkeit blieben auf das Hauptverfahren konzentriert, während der Betroffene im selbstständigen Feststellungsverfahren uneingeschränkte Genugtuung erfahren kann, ohne Gefahr zu laufen, auf Richter und Staatsanwälte zu stoßen, die dort vorrangig von der Motivation beeinflusst sein könnten, durch Nutzung ihrer Bewertungsspielräume zu vermeiden, dass der Beschuldigte in den Genuss eines unverdienten »Zufallsgewinns« in Gestalt eines Beweisverwertungsverbots kommt.

³²³ Vgl. allgemein zu den strafrechtlichen und strafprozessualen Problemen der Vorverurteilung *Roxin* NStZ 1991, 153 ff.

³²⁴ Ein derartiges Feststellungsinteresse der »Verwertungsgefahr« griffe aber nur im Ermittlungsverfahren, nicht in der Hauptverhandlung, *Bachmann*, Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (1994), S. 282 ff.; *Fezer*, FS Rieß (2002), S. 93, 106.

unterstrichen, welche Dimension die Nutzung eines solchen Instruments zur Sicherung fundamentaler Menschenrechte und der Verfahrenshygiene annehmen kann, wenn es sicherzustellen gilt, dass prozessual unverwertbare Beweise, die von (ausländischen) Geheimdiensten oder Militärs unter Folter oder vergleichbar gravierender Einflussnahme gewonnen wurden, nicht als Grundlage von Zwangsmaßnahmen dienen.³²⁵

Durch frühes Angreifen von Ermittlungsmaßnahmen und deren Dokumentation ließen sich auch mit Blick auf eine mögliche Revision die hohen Begründungsanforderungen an eine Verfahrensrüge wegen Rechtswidrigkeit einer Ermittlungsmaßnahme besser meistern.³²⁶ Schließlich wird die Bedeutung der isolierten Anfechtung von Zwangsmaßnahmen mit der Steigerung der strafrechtlichen Zusammenarbeit in der EU durch einen künftigen Europäischen Staatsanwalt, vor allem aber Gemeinsame Ermittlungsgruppen wachsen, da ein Auseinanderfallen von Eingriffsort und dem Ort der Hauptverhandlung, das den obigen Erwägungen die Grundlage entzieht, mit der Zunahme grenzüberschreitender Strafverfolgung häufiger werden wird. Die Fortsetzungsfeststellungsklage könnte auf lange Sicht gar zum Sprungbrett für weitere Rechtsfortbildungen heranreifen. Die vorbeugende Unterlassungsklage, die im Verwaltungsprozessrecht fest etabliert ist, könnte die nächste Generation der Entwicklung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren bilden. Einen vorbeugenden Antrag über § 98 II 2 StPO

³²⁵ Vgl. *Jahn*, Generalgutachten zum 67. DJT 2008, Bd. 1, Teil C; *Jäger GA* 2008, 473 ff.

³²⁶ Der Rückgriff auf das Feststellungsverfahren erleichtert den Revisionsvortrag, vgl. hierzu auch *Fezer HRRS* 2006, 239, 240. Wird die Rechtswidrigkeit einer Ermittlungsmaßnahme gerügt, ist der Tatrichter nicht gehalten, die Überprüfungsvorgänge, im vorliegenden Fall die Rekonstruktion der Entscheidungsgrundlage des Ermittlungsrichters und die Untersuchung der Anordnung auf dieser Basis, im Urteil festzuhalten. Vielmehr müsse der Revisionsführer, wenn er die Verwertung beanstanden will, Ausführungen zur Verdachtslage und den übrigen Eingriffsvoraussetzungen machen, damit das Revisionsgericht die beanstandete Maßnahme überprüfen kann. Der Rückgriff auf das Feststellungsverfahren erleichtert in dieser Hinsicht den Revisionsvortrag.

hat die h. M. bislang noch nicht anerkannt,³²⁷ doch wurde zuletzt wiederholt vorgebracht, dass auch im Strafrecht genügend Anlass für eine derartige präventive Rechtsschutzmodalität besteht,³²⁸ die eine große Nähe zu den Fallgruppen der Wiederholungsgefahr und Typizität bei der Fortsetzungsfeststellungsklage aufwiese.

Insgesamt können Betroffene damit durch engagierte Nutzung ihres Antrags- bzw. Beschwerderechts einen nachhaltigen Beitrag zur Verfahrenshygiene leisten. Die Einräumung nachträglichen Rechtsschutzes bliebe dann nicht nur ein kostenloses Bonbon, das vor allem dem rechtsstaatlichen Wohlfühlfaktor dient, in der Praxis aber mangels sachgerechter Nutzung zahnlos ist. Ein potentieller unerwünschter Nebeneffekt der Ausweitung der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde sei aber zumindest am Rande warnend notiert. Die Option nachträglichen Rechtsschutzes könnte leicht zu Verhandlungsmasse im Rahmen einer Absprache werden. Ohnehin bliebe die Förderung der Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege auf diesem Weg zwangsläufig nur ein Nebenprodukt der Verfolgung individueller Belange. Daher sollte verstärkt über ein Antragsrecht für Rechtspflegeorgane nachgedacht werden, die primär der Objektivität verpflichtet sind. Eine An-

³²⁷ Vgl. aber LG Flensburg StV 1987, 56 – ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen beabsichtigte erkennungsdienstliche Maßnahmen ist analog § 98 II 2 StPO vor der Durchführung der gem. § 81b Alt. 1 StPO angeordneten Maßnahmen zulässig; sowie in jüngerer Zeit OLG Jena NStZ 2005, 343, 344. Während das OLG Jena einen Antrag auf Untersagung der Einleitung des Ermittlungsverfahrens für unstatthaft hielt, wurde der vorbeugende Rechtsschutz gegen einzelne Zwangsmaßnahmen nicht kategorisch ausgeschlossen. Der Antragsteller hatte ebenfalls die Feststellung der Beschlagnahmefreiheit bestimmter Gegenstände begehrt. Das Gericht befand, dass hierfür unabhängig davon, ob die Beschlagnahmeordnung schon erlassen wurde oder nicht, § 98 II 2 StPO analog der statthafte Rechtsbehelf ist, dessen Gewährung im konkreten Fall sich nach dem Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses richtet. Die Zulässigkeit eines vorbeugenden Unterlassungsantrags ist auch im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG grundsätzlich anzuerkennen, LR-Böttcher, 25. Aufl. (2003), § 23 EGGVG Rn. 77.

³²⁸ Kölbel JR 2006, 322; allgemein Gusy JZ 1998, 167, 168 ff.

tragsbefugnis der Staatsanwaltschaft wird von der h. M. aber bisher verneint.³²⁹ Dem hält *Wohlers* entgegen, dass Art. 19 IV GG oder der Grundsatz der Waffengleichheit eine Befugnis der Staatsanwaltschaft in der Tat nicht begründen können, wohl aber verfahrensfunktionale Gründe.³³⁰ Hierunter versteht er die Klärung von Meinungsunterschieden zwischen Strafverfolgungsorganen vor einer neutraler Instanz, die Wahrung der Gesetzförmigkeit des Strafverfahrens sowie zusätzlich als besonderes Rechtsschutzinteresse die Verbesserung ihrer eigenen Rechtsstellung z.B. bei Wiederholungsgefahr.³³¹ Dieser Ansatz erscheint vor allem deshalb zustimmungswürdig, weil er der Staatsanwaltschaft ein Mittel verleihe, ihre Sachleistungsbefugnis im Ermittlungsverfahren zu sichern oder partiell zurück zu gewinnen. Gegen vermeintlich rechtswidrige Maßnahmen der Staatsanwaltschaft selbst hilft er freilich nicht weiter. Eine bedenkenswerte Alternative wäre daher ein Ombudsmann mit umfassendem eigenem Antragsrecht, der mit klarem rechtsstaatlichem Auftrag und menschenrechtlichem Mandat neben den Verfahrensbeteiligten stünde.

All dies trüge wesentlich zur Stärkung der verfassungsmäßigen Strukturen strafprozessualer Befugnisnormen und schützenden Formen bei, für die sich *Gerhard Fezer* in seinen Arbeiten immer wieder mit beeindruckender wie nachahmungswürdiger Tiefe und Klarheit eingesetzt hat.

³²⁹ Siehe dazu LR-*Rieß*, 25. Aufl. (2004), § 165 Rn. 17 ff.; KK-*Wache*, Fn. 158, § 165 Rn. 6.

³³⁰ SK-*Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 107.

³³¹ SK-*Wohlers*, Fn. 2, § 160 Rn. 108.

Verzeichnis der Autoren

Ass. Prof. Dr. DANIELA DEMKO (LLM),
Universität Luzern

Wiss. Assistent Dr. KARSTEN GAEDE,
Bucerius Law School Hamburg

Richter Dr. ANDRÉ GRAUMANN,
Hamburg

Prof. Dr. MICHAEL KAHLO,
Universität Leipzig

Prof. Dr. DIETHELM KLESCZEWSKI,
Universität Leipzig

Wiss. Ass. Dr. FRANK MEYER LL.M. (Yale),
Universität Hamburg

Wiss. Mit. Dr. BENNO ZABEL, BA,
Universität Leipzig
