

# Die Rezeption der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte durch die Strafsenate des Bundesgerichtshofs

Vortrag auf dem Strafverteidiger Frühjahrssymposium am 20. April 2002 in Leipzig.

Dr. Ulrich Sommer, Rechtsanwalt in Köln

## ■ 1. Der Umgang mit der MRK im letzten Jahrhundert

Das Verhältnis der MRK zur StPO war keine Liebe auf den ersten Blick. Jedenfalls gehörte die Konvention nicht zu den Lieblingsthemen der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Seit August 1952 hat die MRK mit ihren speziell strafprozessualen Verfahrensgrundrechten Gesetzeskraft. Noch in den fünfziger Jahren ignorierte die amtliche Entscheidungssammlung des BGH dieses Gesetz vollständig. Die regelmäßig beiläufige Erwähnung des Konventionstextes findet sich in den sechziger Jahren immerhin in fünf Entscheidungen<sup>1</sup>. Weitere Annäherungsversuche lassen sich auch für die siebziger und achtziger Jahre nicht feststellen.

Respektvolle Distanz hielten die Strafsenate des Bundesgerichtshofs auch zu den Richterkollegen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Straßburg. Mehr als zwanzig Jahre vergingen, bevor eine Entscheidung dieses vorbildlosen internationalen Gerichtshofs erstmalig in einem in der amtlichen Sammlung abgedruckten Urteil Erwähnung fand<sup>2</sup>. Bis zur Jahrtausendwende fand ein solcher Vorgang in dieser Sammlung lediglich eine viermalige Wiederholung<sup>3</sup>.

Selbst eine Entscheidung des EGMR, die sich mit der Praxis der Pflichtverteidigerbestellung in Hauptverhandlungen speziell vor dem Bundesgerichtshof befasste<sup>4</sup>, fand in der

argumentativen Auseinandersetzung in der Folgezeit keinen Widerhall.

Die Ursache für diese reduzierte Zuneigung bleibt im Dunkeln. Sicherlich weist der Text der MRK an manchen Stellen für einen Strafrichter wenig Attraktivität auf, wenn beispielsweise in Art. 5 in einer nur schwer überschaubaren Weise Regeln über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung in verschiedenen Rechtsgebieten aufgestellt werden. Die Formulierungen sind sperrig. Andererseits finden sich in Art. 6 in ihrer Reinheit leuchtende Vorschriften, wie die Formulierung der Unschuldsvermutung oder des Grundsatzes des fair trial, wie sie kein anderer deutscher Gesetzestext enthält und daher zwangsläufig in der unmittelbaren Rechtsanwendung eine Faszination ausüben. Der Versuchung, aus diesen fundamentalen Rechtsvorschriften konkrete Auswirkungen für den deutschen Strafprozess abzuleiten, haben die Strafsenate des Bundesgerichtshofes bis in die jüngste Vergangenheit hinein offensichtlich leichten Herzens widerstanden. Die argumentative Einbindung der Konventionsregeln gehen häufig über den Charakter eines abrundenden Aperçus nicht hinaus<sup>5</sup> oder erfolgt auf einer der Praxis entrückten Ebene der Grundsätzlichkeit, in einem Atemzug genannt mit der Menschenwürde des Art. 1 des Grundgesetzes, frei von jedem Verdacht, konkrete Auswirkungen auf das alltägliche Geschehen des Strafprozesses ausüben zu können.

Genau diese zur Unverbindlichkeit neigende Abstraktion hatten die Verfasser des Konventionstextes vermeiden wollen und seinerzeit kurz vor der Verabschiedung des Konventionstextes in Abs. 3 des Art. 6 beispielhaft konkrete Auswirkungen des allgemeinen Grundsatzes des fair trial angeführt. Der Regelungswille war auf handfeste Auswirkungen bezogen, wenn dem Beschuldigten beispielsweise das Recht zugesichert wurde, in möglichst kurzer Frist in einer für ihn verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung in Kenntnis gesetzt zu werden, wenn er über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung verfügen sollte, wenn er das unbedingte Recht auf einen Verteidiger und ggfls. einen Dolmetscher hat und wenn als Prozessgrundrecht das unbedingte Fragerecht an einen Belastungszeugen installiert wird.

Die Entwicklungsgeschichte der deutschen höchstrichterlichen Rechtsprechung des vergangenen Jahrhunderts greift an keiner Stelle diese in der deutschen Strafprozessordnung sehr viel unvollständiger geregelten Beispiele auf, um sie zur Grundlage eines partiell veränderten Verständnisses der Realisierung von Beschuldigtenrechten im Prozess werden zu lassen. Eine Ausnahme bildete die Rechtsprechung zum Beschleunigungsgrundsatz. Nachdem dieses allgemeine Prinzip nicht in der deutschen Strafprozessverordnung verankert war, hat die Rechtsprechung die Vorgabe von Art. 6 Abs. 1 MRK, „innerhalb einer angemessenen Frist“ Entscheidungen zu treffen, zum Anlass genommen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen schuldhafter Verfahrensverzögerungen kasuistisch aufzuarbeiten.<sup>6</sup>

Während die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht explizit Gründe für deren distanzierten Umgang mit der Menschenrechtskonvention offenbart, waren andere Gerichte in ihrer rüden Ablehnung schon sehr viel deutlicher. *„Es ist besteht keine unmittelbare Bindung der nationalen deutschen Gerichte an die Entscheidungen des EGMR“* lautet es in einer Entscheidung des Land-

gerichts Mainz<sup>7</sup>. Die Menschenrechtskonvention *„selbst enthält keine Bestimmungen hinsichtlich einer Bindungswirkung für nationale Gerichte“* heißt es dort weiter. Diese Argumentation diene dazu, einem unverteidigten Angeklagten das Recht auf Akteneinsicht zu verweigern, obwohl kurz zuvor der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem Fall gegen Frankreich gerade ein solches Recht aus Art. 6 Abs. 3 lit.b hergeleitet hatte.<sup>8</sup> Bei allem Respekt vor den Aktivitäten des Gerichtshofs wollte man dessen Bedeutung nicht soweit treiben, dass so gar unmittelbare Auswirkungen auf die Auslegung deutscher Gesetzestexte anzuerkennen wären. Um zumindest für den konkreten Fall zusätzlich abgesichert zu sein, behauptet die Entscheidung: *„Die nationalen Gerichte müssen die Urteile internationaler Gerichte nur beachten, soweit deren Rechtskraft wirkt. Die Rechtskraftwirkung der Entscheidung internationaler Gerichte bezieht sich aber nur auf die am konkreten Verfahren vor dem Gerichtshof beteiligten Vertragsstaaten.“* Klartext: Ein gegen Frankreich ergangenes Urteil tangiert deutsche Gerichte nicht.

Die konkrete Streitfrage der Akteneinsicht hat bekanntlich der Gesetzgeber durch Einführung des Abs. 7 in § 147 StPO zwischenzeitlich gelöst. Das Argumentationspotential zur Rechtfertigung der Ignorierung von Konventionstexten und deren Auslegung durch den Gerichtshof dürfte zwischenzeitlich ebenfalls als überholt angesehen werden können. Es entspricht der herrschenden Lehre in der Literatur, dass die Menschenrechtskonvention nicht nur die Kraft eines einfachen Gesetzes hat, sondern ihre Bedeutung im Falle der Kollisionen mit anderen nationalen Normen dadurch gewinnt, dass der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung auch jedes nationale Gericht dazu anhalten muss, gesetzliche Vorschriften so zu interpretieren, dass sie mit den völkerrechtlich verbindlichen Vorgaben vereinbar sind<sup>9</sup>. Auch die Bindung an Vorgaben durch Entscheidungen des EGMR wird aktuell nicht mehr diskutiert. Frau Limbach hat noch kürzlich akzeptiert<sup>10</sup>, dass der EGMR materiell verfassungsrechtliche

Funktionen wahrnimmt und seine Autorität selbst das Bundesverfassungsgericht veranlasst, seine Rechtsprechung als Auslegungshilfe zur Erfassung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten sowie zur Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips heranzuziehen.

Der EGMR ist kein „Obergericht“. Die Auslegung der Konvention und beispielhaft der neu geschaffene Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 6 StPO machen jedoch deutlich, dass auch die nationalen Gerichte keinen Raum haben, von der Rechtsprechung des EGMR abzuweichen.<sup>11</sup> Der unmittelbar in Straßburg verklagte Staat hat schon aus Art. 46 der Konvention die Verpflichtung, für die Beendigung konventionswidriger Eingriffe, die Vermeidung künftiger Verletzungen und die Wiedergutmachung der Folgen der Verletzungen zu sorgen. Die normative Leitfunktion der Rechtsprechung des EGMR hat daneben allerdings auch zur Folge, dass Grundsatzentscheidungen sich ohne die unmittelbare nationale Betroffenheit aufgrund der Rezeption durch nationale Gerichte als faktisch verbindlich darstellen<sup>12</sup>.

Dass die Haltung freundlicher Distanz der deutschen Rechtsprechung im angeführten Beispielfall in Ignoranz verwandelt wurde, war u.U. die Entdeckung einer ungewöhnlichen Kollision: Die Leitlinien des EGMR zur Akteneinsicht des unverteidigten Beschuldigten mussten zu dem Ergebnis führen, dass eine als eindeutig angesehen deutsche Gesetzeslage schlicht konventionswidrig war. Sind richterliche Auslegungsmöglichkeiten erschöpft, so spricht vieles für eine Kompetenzüberschreitung des nationalen Richters, wenn dieser contra legem einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte national zur Geltung verhelfen wollte. Den konventionswidrigen Zustand kann nur die Legislative beheben. Die Missachtung der Rechtsprechung in Straßburg löst den Konflikt allerdings ebenso wenig.

Ein aktuelles Beispiel mag die latente Brisanz dieser Konstellation verdeutlichen: Nach Rechtsprechung des EGMR beinhaltet das Recht des Angeklagten, sich eines Verteidigers zu bedienen – Art. 6 Abs. 3 lit.c MRK – auch den grundsätzlichen Anspruch auf Vertretung durch den Verteidiger. In einem halben Dutzend Entscheidungen der letzten Jahre findet sich immer wieder die Feststellung des Gerichtshofs, dass der Verzicht des Angeklagten auf Teilnahme an der Hauptverhandlung nicht automatisch auch den Verzicht bedeutet, sich zu verteidigen, oder sich ggfls. durch seinen Anwalt verteidigen zu lassen<sup>13</sup>. Die Fälle betrafen u.a. Konstellationen des belgischen und niederländischen Rechts in der Berufungsinstanz, in der jeweils der Verteidiger ohne seinen in der ersten Instanz verurteilten Mandanten erschien. Die Prozessordnungen sahen ähnlich der deutschen Regelung des § 329 StPO eine Verwerfung vor, die allein an die Tatsache der Abwesenheit des Angeklagten anknüpfte. Straßburg hielt dies für konventionswidrig. Wenn seitens des Gerichts keine Auseinandersetzung mit dem Vorbringen des anwesenden Verteidigers erfolgt und lediglich die Abwesenheit des Berufungsführers zum Anlass genommen wird, kein inhaltliches Strafverfahren durchzuführen, ist das Recht verletzt, sich verteidigen zu lassen. Die betroffenen Staaten haben ihre Vorschriften geändert.

Trotz entgegenstehender Auslegungsbemühungen beispielsweise des Bayerischen Obersten Landgerichts<sup>14</sup> kann die Anwendbarkeit der Grundsätze auch auf die deutsche Situation kaum bestritten werden. Eine Entscheidung des EGMR steht aus. Jeder deutsche Strafverteidiger hat Veranlassung, eine solche herbeizuführen. Er sollte allerdings zur Sicherstellung eines möglichen Erfolgs bereits in der Berufungsinstanz darauf achten, dass seine Verteidigungsbereitschaft auch in Abwesenheit seines Mandanten dokumentiert, womöglich gar protokolliert wird.

## ■ 2. Die aktuellen Rezeptionsbemühungen des BGH

Für die Beschreibung der bisherigen Rezeption der Menschenrechtskonvention durch die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung habe ich sprachlich die Vergangenheitsform gewählt. Die Gegenwart ist geprägt durch eine radikale Umkehr. Nahezu alle Senate haben sich innerhalb der beiden letzten Jahre intensiv den strafprozessualen Grundrechten des Artikel 6 MRK zugewendet. In Abkehr der Tradition des letzten halben Jahrhunderts verinnahmt der BGH für sich in nahezu leidenschaftlicher Auseinandersetzung Rechtssprechungsgedanken des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Der Anfang des neuen Jahrtausends scheint für den Beginn einer neuen wunderbaren Freundschaft zu stehen.

### 2.1. Intensivierte Auseinandersetzung mit MRK und EGMR

— Der Umschwung wurde eingeleitet durch eine Entscheidung des ersten Senates vom 18.11.1999.<sup>15</sup>, in der sich der BGH mit einer bis dahin unbekanntem Intensität mit einer Straßburger Entscheidung – dem Fall Texeira de Castro – auseinandersetzte. In einer eingehenden Analyse wurde der Begriff des fair trial für den Fall einer Tatprovokation durch polizeiliche Scheinaufkäufer im BtM-Bereich neu bestimmt und auf die Praxis des deutschen Strafverfahrens umgesetzt. Seine Fortsetzung fand diese Rechtsprechung in der sogenannten Quantensprung-Entscheidung des ersten Senats.<sup>16</sup> Aus den nun folgenden Entscheidungen, in denen die Auseinandersetzung mit der MRK über das bloße Zitieren des Konventionstextes hinausgeht, ragen zwei weitere Urteile heraus:

— In einer Entscheidung vom 11.02.2000<sup>17</sup> stellte der dritte Senat in den Mittelpunkt eine Auseinandersetzung mit dem van-Mechelen-Urteil des EGMR aus dem Jahre 1997. Letzteres war auch in Deutschland zuvor mehrfach kommentiert worden<sup>18</sup>. Die revisionsrechtli-

che Auseinandersetzung mit der tatrichterlichen Beweiswürdigung, die die Entführung der Lufthansa-Maschine „Landshut“ zum Gegenstand hatte, die bekanntlich 1977 in Mogadischu endete, orientierte der Senat ausdrücklich an Vorgaben, die man den vorliegenden Entscheidungen des EGMR zur Frage der Verwertung anonymer Zeugenaussagen entnahm.

— Einen weiteren qualitativen Sprung bedeutete die Entscheidung des ersten Senats vom 25.07.2000<sup>19</sup>. Nicht weniger als neun Entscheidungen des EGMR, die ausnahmslos nicht gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet waren, zitierte hier der Bundesgerichtshof – teilweise unter ausführlicher Darstellung der entschiedenen Sachverhalte –, um eine altbekannte strafprozessuale Problematik einer neuen Betrachtungsweise zu unterziehen. Die Möglichkeit der Vernehmung des Ermittlungsrichters als Verhörsperson in der Hauptverhandlung anstelle des eigentlichen Zeugen wurde in dieser Entscheidung erstmalig unter dem Gesichtspunkt diskutiert, dass der bei der Vernehmung im Ermittlungsverfahren nicht anwesende Angeklagte während des gesamten Verfahrens keinerlei Chance auf Befragung des Zeugen erhielt und dadurch seines Fragerechts des Artikel 6 Abs. 3 lit d MRK verlustig ging. Der Bundesgerichtshof untersuchte, welche Qualität nach den Vorgaben zahlreicher Entscheidungen aus Straßburg ein insgesamt faires Verfahren haben müsse und kam zu dem Ergebnis, dass bei der zu entscheidenden Konstellation dem unverteidigten Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren ein Verteidiger zu bestellen sei. Die Verwurzelung dieser bemerkenswerten Veränderung des deutschen Strafprozesses in einer Rechtssprechungspraxis des EGMR ist beispiellos.

— Selbst die Geldwäschenentscheidung des zweiten Strafsenats vom 04.07.2001<sup>20</sup> sichert ihr Ergebnis in einer Auseinandersetzung mit Artikel 6 Abs. 3 lit c MRK und dem dort verbürgten Recht des Angeklagten auf Wahlverteidigung ab.

— Unter Heranziehung Straßburger Rechtsprechung sowie einer ungewöhnlich eingehenden Textinterpretation beendete eine Entscheidung des dritten Senats<sup>21</sup> vom 26.10.2000 eine jahrelange Streitfrage: die unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers nach Artikel 6 Abs. 3 lit.e bezieht sich nicht nur auf die Übersetzung der Geschehnisse in der Hauptverhandlung, sondern auch auf vorbereitende Verteidigergespräche, selbst wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt.

Jede dieser Entscheidungen setzt ein Zeichen. Innerhalb weniger Monate hat eine Neuorientierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung stattgefunden, die man zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise sogar mit dem Etikett des Epochalen versehen wird. Die Blickrichtung des Bundesgerichtshofs hat sich verändert. Der Horizont der Entscheidungen hat eine europäische Weite. Bezugspunkt für die Anwendung von Straf- und Strafprozessrecht sind nicht nur die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Bundesrepublik Deutschland und deren nationale gesetzgeberische Tradition. Prozessieren im Strafverfahren wird auch als transnationale Rechtskultur begriffen. In der grundsätzlichen Akzeptanz konkreter Anwendungsvorgaben strafprozessualer Grundrechte durch den EGMR ist ein erster Schritt getan, die Auslegung nationaler Normen in einem zukünftigen internationalen Umfeld zu positionieren. Es ist absehbar, dass die Aufgaben in der Zukunft noch vielfältiger werden. Die dritte – justizielle – Säule der europäischen Gemeinschaft, die auch mit Prozessgrundrechten versehene Charta und deren zukünftige Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof in Luxemburg werden, ebenso wie der geplante Gerichtshof in Den Haag, das internationale Umfeld der deutschen Strafrechtsanwendung komplexer gestalten.

## 2.2. Strukturelle Probleme der Rezeption

Auch Strafverteidiger sind tief beeindruckt von der offenen Bereitschaft der deutschen

Strafsenate, Gedankengut des Straßburger Gerichtshofs in die eigene Rechtsprechung zu integrieren. Die Ergebnisse jeder einzelnen der zitierten BGH-Entscheidungen lassen jedoch Skepsis aufkommen, ob die Rezeptionsversuche als gelungen angesehen werden können. Das heftige Liebeswerben imponiert, hinterlässt die Umworbene allerdings in einer Verlegenheit. Werden die Senate getrieben von törichtem Übermut einer neuen Beziehung oder trachten sie danach, trotz aller liebevoller Aufmerksamkeit das Objekt der Begierde schlicht zu hintergehen?

Der hier im Vortrag gesteckte Rahmen reicht nicht zu einer detaillierten Einzelkritik der Entscheidungen, die völlig unterschiedliche Problembereiche ansprechen. Die Anfangsphase der Rezeptionsarbeit der Strafsenate erscheint allerdings geeignet, auf sich verdichtende strukturelle Schwierigkeiten aufmerksam zu machen. Der eine von mir hierbei herausgegriffene Problemkreis betrifft die Art und Weise der Feststellung von Konventionsverletzungen und hierbei insbesondere den vom Gerichtshof entwickelten Begriff der Kompensation (**2 A**). Der zweite Problemkreis befasst sich mit der rechtsstaatlich akzeptablen Konsequenz einer als irreparabel festgestellten Verletzung von prozessualen Grundrechten der Konvention (**2 B**).

### ■ 2 A. Kompensationen zur Vermeidung von Konventionsverletzungen

Zunächst zur Idee der sogenannten Kompensation. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sieht sich in seinen Entscheidungen der häufig sehr schwierigen Aufgabe ausgesetzt, die Realisierung von Menschenrechten im Strafprozess in völlig unterschiedlichen nationalen Situationen zu beurteilen. Alle europäischen Vertragsstaaten der Konvention fühlen sich derselben rechtsstaatlichen Idee eines fairen Strafprozesses verpflichtet. Die einzelnen nationalen gesetzgeberischen Konzepte zur Erreichung dieses Ziels können allerdings teilweise unter-

schiedlicher kaum sein. Ob beispielsweise eine konkrete Information über einen Anklagevorwurf der Konvention entsprechend „unverzüglich“ war, ob eine bestimmte Beschuldigung eine „Anklage“ im Sinne der Konvention war, ob ein Informant als „Zeuge“ nach Artikel 6 MRK angesehen werden kann und ob ggf. eine ausreichende Gelegenheit zu dessen Befragung bestand, lässt sich nur im Gesamtzusammenhang des jeweiligen nationalen gesetzgeberischen Konzeptes beurteilen. Ob ein Strafverfahren hinsichtlich eines gerügten Gesichtspunkts tatsächlich fair war, entscheidet der Gerichtshof daher in einer umfassenden Gesamtschau des nationalen Rechts.

Diese Untersuchung kann zu dem ersten Ergebnis führen, dass prima facie das Prozessgrundrecht durch die festgestellte Verfahrensweise nicht garantiert wurde. Bevor vom Gerichtshof allerdings eine Konventionsverletzung festgestellt wird, untersucht dieser, ob durch andere Ereignisse des zu beurteilenden Strafverfahrens die Beeinträchtigung des Rechts kompensiert worden ist. Beispielhaft sind derartige Kompensationen im Zusammenhang mit unterschiedlichen zeitlichen Phasen eines Strafverfahrens. So kann beispielsweise eine fehlende Befragung eines Zeugen in der Hauptverhandlung dadurch ausreichend kompensiert werden, dass dieser Zeuge in einer seiner Bedeutung angemessenen Art und Weise bereits zu einem früheren Zeitpunkt vom Angeklagten oder ggf. seinem Verteidiger befragt worden war. Auch hält es der Gerichtshof für möglich, eine eindeutige Verletzung von Konventionsrechten in der ersten Instanz eines Strafverfahrens durch eine angemessene Handhabung in der zweiten Instanz zu kompensieren.<sup>22</sup>

Die deutsche Rechtsprechung hat an dieser Figur der Kompensation Gefallen gefunden. Selbst das Bundesverfassungsgericht<sup>23</sup> zitiert neuerdings den EGMR und übernimmt ohne Abstriche dessen Vorgaben, wonach die Einhaltung der Konventionsrechte eine „Gesamtschau“ erfordert und Verletzungen dann nicht festzustellen seien, wenn das

Verfahren „als Ganzes betrachtet ... noch fair“ sei. Spätestens seit der bereits zitierten BGH-Entscheidung zur Zeugenvernehmung des Ermittlungsrichters beschränkt sich die Rechtsprechung nicht mehr darauf, Qualitäten von Konventionsverletzungen und möglichen Kompensationen zu analysieren, sie greift vielmehr aktiv in Prozesskonstellationen ein, um Kompensationen zu erzeugen und damit im Ergebnis Beschuldigtenrechte zu wahren. Ausgangspunkt solcher bislang nicht bekannter Rechtsprechungsinitiativen war die Erkenntnis, dass die zu beurteilende Prozesssituation regelmäßig ein „Handicap“ der Verteidigung zur Folge hat, das – wenn es nicht durch andere Maßnahmen ausgeglichen würde – zu einer Verletzung des Fragerechts nach Artikel 6 Abs. 3 lit.d MRK führen würde. Der Angeklagte und/oder sein Verteidiger haben während des gesamten Verfahrens keine Chance, den belastenden Zeugen zu befragen, wenn dieser im Ermittlungsverfahren in Abwesenheit der Verteidigung Angaben gegenüber dem Ermittlungsrichter macht, in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht und daraufhin seine Angaben über die Vernehmung des Ermittlungsrichters als Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Stützt sich das Urteil maßgeblich auf diese Angaben, beschränkt sich die Rolle der Verteidigung auf die des interessierten Zuschauers in einem Strafprozess.

Der notwendige Ausgleich der regelmäßig konventionswidrigen Prozesssituation sieht nach Ansicht des ersten Senats wie folgt aus: *„Jedenfalls dann, wenn die ermittelnde richterliche Vernehmung eines wichtigen Belastungszeugen ansteht, bei der der Beschuldigte kein Anwesenheitsrecht hat, wird es in der Regel geboten sein, zu prüfen, ob dem nicht verteidigten Beschuldigten zuvor ein Verteidiger nach § 141 Abs. 3 StPO zu bestellen ist, der die Rechte des Beschuldigten bei der Vernehmung wahrnimmt.“*

Der Mut dieser Entscheidung, mit kompensatorischen Erwägungen eine Prozesssituation neu zu gestalten, verdient Anerkennung.

Auch wenn Verteidigungsrechte ausgedehnt werden, will ich sich aufdrängende Bedenken gegen diese Entscheidung nicht verschweigen. Die simple Erkenntnis, dass das Frage-recht der Verteidigung insgesamt in unfairer Weise verletzt ist und die aufgezeigte Idee der Kompensation lässt sich nicht ohne Brüche in den deutschen Strafprozess implementieren. Die Rolle des Zuschauers, der keine Gelegenheit hat, seine drängenden Fragen an den richtigen Adressaten zu bringen, nimmt die Verteidigung nicht nur im behandelten Fall des Zeugen ein, der sich in der Hauptverhandlung auf § 52 StPO beruft. § 53 und insbesondere § 55 StPO sowie der sich der Befragung entziehende Mitangeklagte markieren vergleichbare Situationen, die in der Praxis noch sehr viel häufiger vorkommen dürften. Wie oft stützen sich z.B. Anklagevorwürfe auf Angaben eines Mitbeschuldigten, die dieser unmittelbar nach einer Festnahme gegenüber ermittelnden Polizeibeamten gemacht hat – rechtsstaatliche Lichtjahre entfernt von justizieller Kontrolle oder gar Befragungsmöglichkeiten durch die Verteidigung des nunmehr Belasteten. Sich über die Tragweite seines Tuns bewusst werdend, schweigt der nunmehr in der Zeugenrolle in der Hauptverhandlung Erschienene unter Berufung auf § 55 StPO. Die Polizeibeamten berichten über die frühere Vernehmung, auf deren Basis der Richter den Angeklagten verurteilt. Aus der Sicht der Verteidigung ist die Verletzung des Artikel 6 Abs. 3 lit.d MRK ebenso evident wie die praktische Unmöglichkeit, die vom BGH vorgeschlagene Remedur in dieser Prozesssituation umzusetzen.

Dass eine prozessuale Kompensation und damit eine praktische Veränderung des deutschen Strafprozesses von der Rechtssprechung in einer vergleichbaren Konstellation nicht vorgesehen ist, machte bereits der dritte Senat in einer Entscheidung aus dem vergangenen Jahr deutlich<sup>24</sup>. Artikel 6 Abs. 3 lit.d MRK garantiert „*das Fragerecht nur bei Fragen an den Belastungszeugen und nicht bei solchen an den Mitbeschuldigten*“, heißt es dort, um die fehlende Ladung des Angeklagten und seines Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung des Mitbeschuldigten

und die anschließende Verwertung der Angaben durch Vernehmung der richterlichen Verhörs-person in der Hauptverhandlung zu rechtfertigen. Fair ist dieses Verfahren ebenso wenig wie die vom BGH korrigierte Prozesssituation im Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsberechtigten. Konventionsgemäß erscheint mir die Auslegung des dritten Senats ebenso wenig. Der EGMR hat eine Verletzung des garantierten Fragerechts immer dann festgestellt, wenn die Person, auf deren belastenden Angaben maßgeblich das Urteil beruhte, der Konfrontation mit der Verteidigung entzogen war. Daher war beispielsweise auch der V-Mann, der nach deutschem Prozessverständnis niemals die formale Rolle des Zeugen in der Hauptverhandlung einnehmen sollte, „*Zeuge*“ im Sinne des Artikel 6 MRK. Auch wenn dies vom Gerichtshof bislang nicht ausdrücklich entschieden worden zu sein scheint, spricht vieles dafür, die dem Angeklagten entzogene Konfrontationsmöglichkeit mit dem – früheren oder aktuellen – Mitbeschuldigten unabhängig von seiner formalen Position im nationalen Prozessgeschehen ebenso zu behandeln. Von dieser Konsequenz ist die deutsche Rechtsprechung weit entfernt.

Unabhängig von der Frage der Realisierungsmöglichkeiten der vorgestellten Kompensationsidee des Bundesgerichtshofs erscheint mir ein grundsätzlicheres Bedenken hinsichtlich der Vorgehensweise angebracht. Solange vom EGMR Kompensationen bei der Analyse eines gesetzgeberischen Gesamtkonzeptes einbezogen werden, erscheint dies aus der besonderen Aufgabe dieses Gerichtshofs legitim. Wenn demgegenüber ein nationales Gericht aktiv kompensiert, besteht regelmäßig die Gefahr, das gesamte nationale Gesetzgebungskonzept in eine nicht mehr kontrollierbare Schiefelage zu manövrieren. Der erste Senat ist aktiv geworden an einer schwierigen Nahtstelle zwischen legislatorischer und judikativer Kompetenz. Zweifellos ist auch jeder einzelne Strafrichter verpflichtet, im Rahmen seiner Möglichkeiten konkrete Konventionsverstöße zu vermeiden. Führen seine

Überlegungen allerdings dazu, dass eine solche unvermeidbare Kollision generell aufgrund einer gesetzlich vorgegebenen Konstellation erfolgt, würde er seine Kompetenzen überschreiten, wenn er den Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens verlassen wollte<sup>25</sup>. Kompensationen der Rechtsprechung haben ihre verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsgrenzen, weshalb ich auch als Verteidiger eine gesetzgeberische Lösung der erkannten Problematik des Befragungsdefizits gegenüber singulären Reparaturversuchen der Rechtsprechung bevorzugen würde.

## ■ 2 B. Prozessuale Konsequenzen irreversibler Konventionsverletzungen

Die Rezeption Straßburger Vorgaben offenbart ein weiteres strukturelles Problem. Der EGMR und der BGH haben unterschiedliche Aufgaben und hierzu korrespondierend unterschiedliche Eingriffsmöglichkeiten. Die Feststellung einer Verletzung prozessualer Grundrechte, wie sie die Konvention garantiert, ist die eigentliche Domäne des EGMR. Ist nach Ansicht des Gerichtshofs der Grundsatz des fair trial verletzt, ist sein weiterer Aktionsspielraum arg limitiert. Kein Haftbefehl, kein Urteil eines nationalen Gerichts kann aufgehoben, keine Neuansetzung eines Prozesses angeordnet werden. Unmittelbar aus Straßburg kann der verletzte Bürger allenfalls Schadensersatz erwarten. Die praktische Umsetzung der Erkenntnisse einer vorliegenden Verletzung ist eine nationale Aufgabe, zu der sich in der Konvention jeder Mitgliedsstaat völkerrechtlich verbindlich verpflichtet hat. Um zukünftige Verletzungen zu verhindern, mag das je nach Ausmaß der festgestellten Verletzungen – wie dargestellt – national die Aufgabe der Legislative sein. Die hier zu erörternde Situation setzt jedoch voraus, dass eine Verhinderung der Verletzung im konkreten Fall nicht mehr möglich ist. Der Umgang der deutschen Justiz mit solchen irreversibel feststehenden Verletzungen stellt eines der größten aktuellen Umsetzungsprobleme dar.

Der Bundesgerichtshof hat auch hierfür konkrete Strategien entwickelt. Zumindest für drei Konstellationen von Konventionsverletzungen hatte der BGH die Fragen der Konsequenzen aufgeworfen und beantwortet. Was ist – so die erste Frage für den Tatrichter – zu tun, wenn vor Urteilsfällung eine konventionswidrige Verzögerung des gesamten Verfahrens festgestellt wurde? Zweitens: Was ist zu tun, wenn insbesondere im BtM-Bereich die angeklagte Tat unter Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz von den Ermittlungsbehörden selbst provoziert wurde? Drittens: Was ist zu tun, wenn ohne jede Möglichkeit der Kompensation feststeht, dass der maßgebliche Belastungszeuge niemals von der Verteidigung konfrontativ befragt werden konnte und damit Artikel 6 Abs. 3 lit d MRK verletzt ist?

### Konsequenzen bei Verfahrensverzögerungen: Strafzumessungslösung

Die Beantwortung der ersten Frage hat in der Rechtsprechung des BGH die längste Tradition. Schon in einem Urteil aus dem Jahr 1966<sup>26</sup> vermisst der erste Strafsenat in Artikel 6 MRK *„irgendetwas darüber, welche Rechtswirkungen es hat, wenn ein Verfahren nicht, wie angeordnet, in angemessener Frist zu Ende geführt wird.“* Hieraus wurde gefolgert, *„dass eine Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes nach der MRK jedenfalls nicht ohne weiteres die Unzulässigkeit des Verfahrens zur Folge hat.“* Stattdessen findet sich alsbald in den Bemühungen um eine angemessene Lösung ein liebgewonnener Begriff: die Kompensation. Praktisch heißt dies: Reduzierung der ansonsten schuldangemessenen Strafe, wobei zahlreiche Faktoren zu berücksichtigen sind: Die Überschreitung der angemessenen Dauer des Verfahrens vom Beginn der Eröffnung des Vorwurfs bis zum rechtskräftigen Abschluss, Schwere und Art des Tatvorwurfs, Umfang und Schwierigkeit des Verfahrens, Art und Weise der Ermittlungen und letztlich das eigene Verhalten des Beschuldigten<sup>27</sup>.

Dass der Begriff der Kompensation hier eher irritiert, sei zunächst nur angemerkt. Dass Rechtsfolgen einer konventionswidrigen Verzögerung auch ausserhalb des Strafzumessungsbereichs angesiedelt sein können, hat kürzlich erst ausgerechnet eine Entscheidung des EGMR gegen Deutschland deutlich gemacht<sup>28</sup>. Der Angeklagte mit Namen Metzger war durch Urteil des Landgerichts Darmstadt im Jahre 1995, das ein Jahr später rechtskräftig wurde, wegen versuchter umweltgefährdender Abfallbeseitigung verurteilt worden. Die zugrunde liegenden Vorgänge datierten aus dem Jahr 1987. Nicht zuletzt wegen der Länge des Verfahrens wurde von dem Gericht die mildest denkbare Sanktionsart gewählt, eine Verwarnung mit Strafvorbehalt zu 60 Tagessätzen. Das erwartete Lob angesichts der erheblichen Strafmilderung blieb aus Straßburg allerdings aus. Unter Beteiligung des deutschen Richters, der seinen Straßburger Kollegen sehr wohl die tolerablen Auswirkungen eines Strafvorbehalts zu vermitteln wusste, und ohne jede Dissenting Opinion entschied der EGMR, dass die deutsche Vorgehensweise im Ergebnis ein Verstoß gegen Artikel 6 Abs. 1 der Konvention darstelle. Der Angeklagte Metzger erhielt einen Schadensersatz für seine immateriellen Schäden in Höhe von DM 10.000,00 zugesprochen sowie zusätzlich Ersatz für die Verfahrenskosten in Höhe von DM 15.000,00. Die Botschaft aus Straßburg ist eindeutig: Selbst die Berücksichtigung der überlangen Verfahrensdauer beim Strafmaß verhindert nicht die Konventionsverletzung. Nur mit der Einstellung des Verfahrens hätte das deutsche Gericht seinen Verpflichtungen aus der Konvention ausreichend nachkommen können<sup>29</sup>.

Dass die Strafsenate des BGH zumindest bereit sind, die bisherige Praxis zu überdenken, zeigt eine Entscheidung des zweiten Senats vom 25.10.2000.<sup>30</sup> Die bis dahin lediglich als entfernt theoretisch angesehene Möglichkeit, ein Verfahren wegen überlanger Dauer einzustellen, ist dort – trotz der Aufhebung des

einstellenden Urteils des Landgerichts – zumindest etwas näher in den Fokus der tatrichterlichen Beurteilung gerückt worden<sup>31</sup>.

### **Konsequenzen bei der Tatprovokation: Strafzumessungslösung**

Zur zweiten Frage, der Behandlung der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation. Die Bedeutung der Entscheidung BGHSt 45, 321 in ihrer intensiven Auseinandersetzung mit dem Urteil des EGMR im Fall *Texeiro de Castro* habe ich bereits angeführt. Das Ergebnis dieser eingehenden Auseinandersetzung mündet allerdings erstaunlicherweise in einer Betonierung einer nunmehr schon seit zwei Jahrzehnten existierenden Rechtsprechung: Der sogenannten Strafzumessungslösung. Ob Straßburg hier richtig verstanden wurde, ist von nahezu allen Kritikern des BGH-Urteils bezweifelt worden<sup>32</sup>. Ein mehr als deutlicher Hinweis war auch hier die Entscheidung des EGMR zum immateriellen Schadensersatz. Der Beschwerdeführer *Texeira de Castro* ist für jeden Tag der erlittenen Untersuchungshaft entschädigt worden. Denn: Die Fairness des Verfahrens war in unheilbarer Weise beeinträchtigt („*has irremediably affected the fairness of the proceedings*“). Der BGH akzeptiert verbal, dass eine unzulässige Provokation „*nicht mehr im Einklang mit dem generellen Auftrag der dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1, Satz 1 MRK) verpflichteten Strafrechtspflege*“<sup>33</sup> steht. Der Hinweis des EGMR zu den Konsequenzen der Unfairness des gesamten Verfahrens wurde von den Strafsenaten schlicht ignoriert. Eine maßgeblich mit praktischen Erwägungen begründete Berücksichtigung einer Provokation im Rahmen der Strafzumessung erscheint nach der ausdrücklichen Bemerkung des BGH ausreichend, um eine Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland wegen einer Verletzung der MRK zu vermeiden. Diesen Optimismus kann ich nicht teilen.

## **Konsequenzen bei verletztem Fragerecht: Beweiswürdigungslösung**

Es bleibt die dritte Frage nach den Konsequenzen einer Verletzung des Fragerechts. In der bereits zitierten Entscheidung des ersten Senats des vergangenen Jahres hat dieser sich nicht nur mit neuen Ideen zur Vermeidung einer Konventionsverletzung – Stichwort: frühzeitige Verteidigerbestellung – auseinandergesetzt. Das Urteil enthält darüber hinaus Gedanken zum Umgang mit der prozessualen Situation irreparabler Verletzungen des Fragerechts.

Um sich der Antwort einer angemessenen Reaktion auf die Verletzung durch nationale Gerichte allmählich zu nähern, konnte der BGH auf einen ungewöhnlich breiten Fundus von Entscheidungen des EGMR zurückgreifen. Die spezielle Problematik ist vom EGMR zwischenzeitlich in nahezu einem Dutzend Entscheidungen behandelt worden. Nahezu alle Fälle endeten mit einer Verurteilung der verklagten Staaten<sup>34</sup>. Befremdlich erscheint schon, dass der einzige Fall, der mit einer Abweisung der Beschwerde endete – Doorsen gegen die Niederlande<sup>35</sup> – vom BGH in den Mittelpunkt seiner Auseinandersetzung gerückt wird. Dass in einem extremen Fall, in dem die persönliche Gefährdung von Zeugen evident und daher deren Anonymisierung naheliegend war, eine Verurteilung auch ohne direkte Befragung in Straßburg ausnahmsweise standhielt, nimmt der BGH zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen. Aus der Ausnahme wird auf die generelle Zulässigkeit der Statistenrolle des Verteidigers geschlossen, die Möglichkeit des Verfahrenshindernisses mit einem Satz verworfen, statt dessen eine „Beweiswürdigungs-Lösung“ propagiert, die einer konventionskonformen Auslegung am ehesten gerecht werde. Einmal mehr begegnen wir dem Phänomen, dass die neuartige Methode der intensiven Auseinandersetzung mit europäischer Rechtsprechung in einer Zementierung alt hergebrachter Rechtsprechungsstrukturen endet. Restauration hinter der Fassade der argumentativen Revolution?

Besonders irreführend ist in dem letztgenannten Beispielsfall einmal mehr, wenn für die Vorgehensweise allein durch die Verwendung von Begrifflichkeiten eine Legitimation des eigenen Vorgehens durch die EGMR-Rechtsprechung suggeriert wird. Auch die Beweiswürdigungs-Lösung wird als konventionsgemäße Kompensation deklariert, obwohl der Gerichtshof in Straßburg diesen Begriff ausdrücklich für Maßnahmen reserviert hatte, die die Tatbestandsmäßigkeit einer Verletzung vermeiden helfen sollte. Kompensationen im Zusammenhang mit irreparablen Verletzungen hatte Straßburg niemals vorgeschlagen.

Missverständnisse grundlegenderer Art stehen ebenso zu befürchten wie Klarstellungen aus Straßburg zu erwarten sind. Dass die deutsche Prozesspraxis bei der Problematik unterlassener Zeugenbefragung den Maßstäben der MRK nicht ausreichend gerecht wird, dokumentiert eine Entscheidung des EGMR vom 20.12.2001, in der erstmalig Deutschland verurteilt wurde<sup>36</sup>.

Der Fall: Der Angeklagte war wegen sexuellen Missbrauchs eines 8-jährigen Kindes verurteilt worden, obwohl das Kind die einzige Belastungszeugin war und niemals in der Hauptverhandlung als Zeugin auftrat. Weder die Belange des Schutzes jugendlicher Zeugen noch ein eingeholtes Glaubwürdigkeitsgutachten vermochten den EGMR davon zu überzeugen, dass ein fairer Prozess vorlag.

Die Konsequenzen der Beweiswürdigungs-Lösung könnten ebenso an den bereits deutlich formulierten Vorgaben des EGMR vorbeilaufen. Zwar garantiert Art. 6 Abs.3 lit.d MRK dem Angeklagten und der Verteidigung ein unabdingbares Fragerecht, das vom Gerichtshof mehrfach als einer der entscheidenden Pfeiler eines gerechten Strafverfahrens in einem demokratischen Rechtsstaat bezeichnet worden ist. Nach aktueller Rechtsprechung kann sich allerdings der deutsche Strafrichter auch ohne eine solche Befragung auf Zeugenangaben stützen und hohe und höchste Strafen verhängen. Einzige Bedingung: Er hat in den Urteilsgründen zu behaupten, er habe den minderen Beweiswert des

von der Verteidigung nicht befragten Zeugen erkannt und gewürdigt – für jeden Tatrichter nicht eben ein unübersteigbares Hindernis – und darüber hinaus werde das durch den unbefragten Zeugen vermittelte Beweisergebnis durch andere wichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage gestützt.

Dass gerade eine so strukturierte Beweiswürdigung sich eher von der Idee eines fairen Verfahrens verabschiedet als dieses zu fördern, dokumentiert die so eben angesprochene sogenannte „Landshut“-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2000. Gerade dieses Urteil reklamiert den konventionsgerechten Umgang mit der Einschränkung des Fragerechts auf der Basis der Beweiswürdigungslösung und wird dabei durch das Bundesverfassungsgericht unterstützt, das diese Entscheidung auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht für beanstandenswert erachtet.<sup>37</sup> Diese beiden Entscheidungen vermitteln ein Bild des Verfahrens, in dem die Verteidigung in weiten Bereichen darauf beschränkt war, Angaben anonymer Quellen über Vernehmungsbeamte in der Hauptverhandlung entgegen zu nehmen. Geheimnisvolle Agenten ließen das Gericht – über Verhörspersonen des BKA – wissen, dass die Angeklagte im Jahre 1977 keinesfalls – wie sie behauptete – an ihrem damaligen Aufenthaltsort in Aden verblieb, sondern mit ihrer damals drei Monate alten Tochter über Algier nach Palma de Mallorca reiste, um die dort zur Entführung der „Landshut“ bereiten Terroristen mit Waffen zu versorgen. Die unbekannt gebliebenen Quellen aus Nahost offenbarten den angeblichen Aliasnamen, unter dem die Angeklagte gereist sein sollte. Objektiv scheint allein festzustehen, dass ein solcher Aliasname in den Passagierlisten der beteiligten Fluggesellschaften tatsächlich auftauchte. Der rechtsstaatlich geschulte Leser dieser Entscheidung könnte leicht geneigt sein, die gerichtliche Beweisführung eher einer arabischen Gerüchteküche zuzuordnen, wenn nicht die Aussage des bei der Tat mitbeteiligten S. die Überzeugungsbildung des Gerichts auf eine konkrete Basis gestellt hätte.

Der BGH ließ die tatrichterliche Wertung unbeanstandet, weil das Gericht die Informationen der geheimen Quellen nur als Bestätigung zur Abrundung des durch die Aussage des Zeugen S. gefundenen Beweisergebnis herangezogen habe. *„Durch die vorsichtige Bewertung und Heranziehung der anonymen Angaben nur zur Abrundung und Bestätigung des sonst gewonnenen Beweisergebnisses ist auch die Behinderung der Verteidigung durch die fehlende Möglichkeit einer Befragung kompensiert.“* Kaum ist der Mittäter S. als maßgebliches Überführungsmittel geortet, findet sich in der BGH-Entscheidung noch ein einziger Satz, der darüber hinaus in der NSTZ und NJW noch in verkleinertem Druckbild erscheint: *„Zwar ist dabei zu berücksichtigen, dass die Verteidigung aufgrund der Weigerung der libanesischen Behörden nach der dortigen Rechtslage auch bei den Vernehmungen des Zeugen S. nicht anwesend sein und ihn befragen konnte, doch wird dies durch die Fülle und Beweiskraft der übrigen – oben dargestellten Beweiszeichen, die die Richtigkeit seiner Aussage bestätigen, ausgeglichen.“* Eine anonyme Quelle bestätigt die andere, der als maßgeblich angesehene Zeuge durfte von der Verteidigung niemals befragt werden. Dass das Prozessgrundrecht des Art. 6 Abs. 3 lit.d MRK in diesem Verfahren nicht existierte, ist für einen Verteidiger nicht weiter diskussionsfähig. Weshalb diese Missachtung des unentbehrlichen Mitwirkungsrechts der Verteidigung durch vorsichtige Bewertung im Rahmen der Beweiswürdigungslösung ausgeglichen worden sein soll, versucht der dritte Senat auch nicht andeutungsweise rational zu vermitteln. In Kenntnis der Rechtsprechung des EGMR befällt den Leser nur tiefe Ratlosigkeit.

Die Beweiswürdigung – so will es scheinen – eröffnet einen idealen Fluchtweg, um Konsequenzen aus Konventionsverletzungen auf einem unüberschaubar weitem Feld versickern zu lassen, das immer noch mit der richterlichen Freiheit überschrieben wird. Ob dieser Ausweg Bestand haben wird, ist jedoch zweifelhaft. Der Gerichtshof in Straßburg machte hierzu bereits weitergehende Vorga-

ben. Dass solche Erkenntnisse des Gerichtshofs, die sich unmittelbar auch auf strafrechtliche Beweiswürdigungen auswirken müssen, von der nationalen Rechtsprechung nicht immer ausreichend registriert werden, zeigt prägnant ein aktuelles Beispiel: In einem Beschluss vom 01.12.2000<sup>38</sup> sondierte der zweite Senat des BGH aufgrund der Aussagen einer unerreichbaren Vertrauensperson zwar eine – mögliche – Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit.d MRK. *„Im Hinblick auf das Geständnis des Angeklagten beruht das Urteil hierauf jedoch nicht“*<sup>39</sup>. Die Idee des BGH, eine Verfahrensverletzung könne durch ein Geständnis geheilt werden, findet in Straßburg keine Stütze. Schon im Fall Lüdi gegen die Schweiz aus dem Jahre 1992<sup>40</sup> hatte der Gerichtshof das auf einer Einführung anonymer Zeugenaussagen beruhende Verfahren als insgesamt unfair bezeichnet, obwohl nach Vorhalten dieser anonymen Quellen und nach weiteren Belastungen durch Mitangeklagte Herr Lüdi im Verfahren ein Geständnis abgelegt hatte. Es sollte spätestens seit den Inquisitionsprozessen zu den Erkenntnissen europäischer Rechtskultur gehören, dass auch der Entstehungsgeschichte eines Geständnisses bei der Beurteilung der Fairness des Verfahrens eine entscheidende Rolle zukommen kann.

Gerade die jüngere Rechtsprechung des EGMR offeriert einige sehr plastische Beispiele dafür, welche Beweiswürdigungs-Grenzen man den nationalen Gerichten im Zusammenhang mit Konventionsverletzungen aufzeigen will. Auch wenn der Gerichtshof die eigentliche Beweiswürdigung stets für eine ausschließliche Aufgabe der nationalen Gerichte hielt, hat er die Verletzung eines prozessualen Grundrechts, beispielsweise des Fragerechts, stets davon abhängig gemacht, ob die Verurteilung „maßgeblich“ auf den Angaben des nicht befragten Zeugen beruhte. Nur solche Kausalitätserwägungen – und nicht die vom BGH propagierte „vorsichtige“ Einführung konventionswidrig erlangten Beweismaterials – spielen für das endgültige Urteil einer Konventionsverletzung eine Rolle. Gerade diese Beurteilung erfordert

regelmäßig eine exakte Analyse der Beweiswürdigungs-Situation des nationalen Gerichts. Trotz Geständnisses beruhte das Urteil im Fall Lüdi maßgeblich auf den zu unrecht eingeführten Angaben des anonymen Gewährsmanns. Dass eine solche Analyse sehr viel komplexer verlaufen kann, zeigt ein aktuelles Urteil vom 14.2.2002<sup>41</sup>.

Die Verurteilung des Beschwerdeführers beruhte auf der angeblichen Wiedererkennung anonymer Zeugen. Diese hatten behauptet der Angeklagte habe sich zusammen mit zwei anderen Kriminellen – sie hießen im Urteil D. und G. – nach dem Aufenthaltsort eines Herrn A. erkundigt, der kurz darauf Opfer einer Entführung wurde. Die Einführung dieser Zeugenaussage tangierte nach Ansicht des EGMR die Befragungsrechte der Verteidigung. Ob das Verfahren insgesamt konventionswidrig war, hing allerdings von der Frage ab, ob – in revisionsrechtlicher Terminologie- das Urteil hierauf beruhte. Das war zweifelhaft, weil es eine Fülle weiterer Beweismittel gab, die den Angeklagten hätten überführen können. Es gab nachvollziehbare Motivationen für die Tat. Das Opfer hat zwar nicht die Entführungs-täter erkannt, war aber mit dem chromfarbenen Griff eines Revolvers misshandelt worden. Ein solcher Revolver wurde im Auto gefunden, das normalerweise vom Angeklagten genutzt wurde. Ein Spürhund assoziierte dreimal den Geruch des Revolverknaufs mit anderen Objekten des Angeklagten. Das Auto selbst, in dem auch das Handy des Angeklagten lag, wurde vom Opfer als Entführungsauto identifiziert. Blutspuren am Auto hätten vom Opfer stammen können. Die Prognose sei gewagt, dass der BGH nach den Vorgaben der Beweiswürdigungs-Lösung keine Bedenken gehabt hätte, angesichts der Fülle von Indizien die „vorsichtige“ Einführung einer anonymen Zeugenaussage zur „Abrundung“ des Beweisergebnisses für zulässig zu erachten. Der EGMR nimmt einen grundrechtsfreundlichen Blickwinkel ein: Nur wenn die Aussage *„in keiner Hinsicht als entscheidend angesehen werden kann“* („not in any respect decisive“), kommt möglicherweise ein tolerables Befragungs-

handicap der Verteidigung in Betracht. Im vorliegenden Fall war der Gerichtshof einstimmig – auch in Übereinstimmung mit dem niederländischen Revisionsgericht – der Meinung, dass das Urteil „maßgeblich“ gerade nicht auf andere Beweismittel zu stützen war. Die verklagten Niederlande wurde wegen Verstoßes gegen Art.6 Abs.3 lit.d MRK verurteilt.

Wer aus der täglichen Praxis vor den Strafgerichten weiß, dass der schon von Alsberg befürchtete vorschnelle Zugriff des Strafrichters auf die Wahrheit heute seine Domäne in Beweiswürdigung findet, ahnt nach dieser Entscheidung, warum bei allem Bedürfnis nach Rationalität für Verteidiger die Europäische Menschenrechtskonvention eine Herzensangelegenheit ist.

- 1 BGH St14,358; 19,1; 20,143; 21,81; 23,82.
- 2 BGH St 30,182, 185, Entscheidung vom 14.7.1981
- 3 BGH St 36,167, 173 (zur Verwertbarkeit rechtswidrig aufgenommene Tonbänder); 39,133, 141 (zur Sperrung von V-Leuten); 42, 139, 155; 45, 321 (Agent provocateur).
- 4 Fall Pakelli./ Deutschland NStZ, 1983, S. 373.
- 5 BGH St 25,44
- 6 Der Bundesgerichtshof folgte hier einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts NJW 1984, S. 967.
- 7 NJW 1999, S. 1271f.
- 8 Fall Foucher ./ Frankreich, NStZ 98, S. 429, mit Anmerkung Deumeland.
- 9 s. z.B. Weigend, Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, in: Strafverteidiger 2000, S. 384 ff, 387; Polakiewicz, Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1993, S. 297.
- 10 Limbach, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 ff.
- 11 s. Böse, StraFo 1999, S. 294.
- 12 Uerpmann, Die EMRK u. d. deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 135 ff
- 13 Poitrimol ./ Frankreich ÖJZ 1994, S. 468; Lala ./ Niederlande, ÖJZ 1995, S. 197; van Geyseghem ./ Belgien EuGRZ 1999, S. 9; Krombach ./ Frankreich, NJW 2001, S. 2387, 2391 (mit Anmerkungen Gundel, NJW 2001, S. 2380).
- 14 NStZ-RR 2000, S. 307 f.
- 15 BGHSt 45, 321. Zur Kritik an den Ergebnissen dieser Entscheidung s. z.B. Eschelbach, Strafverteidiger 2000, S.390ff.; Sommer, Kompatibilitätsprobleme, StraFo 2000, S.150ff.
- 16 BGH NStZ 2001 S.553 ff.
- 17 s. BGH NJW 2000, S.1661 = NStZ 2000, S.265.
- 18 s. Sommer, StraFo 1997, S. 239ff.; Renzikowski, JZ 1999, Seite 605 ff.
- 19 BGH NJW 2000, S.3505 ff.
- 20 BGH NStZ 2001, Seite 535 ff.
- 21 BGH NStZ 2001, S.107.
- 22 s. z.B. zuletzt den Fall Atlan ./ Vereinigtes Königreich, StraFo 2002, Seite 52 f.
- 23 NJW 2001, Seite 2245 ff.

- 24 s. BGH, 31.01.2001, BGHR StPO § 168 c Beschuldigter 1.
- 25 s.BVerfGE 57, 250, 276 f = NJW 1981 S.1719 ff; NJW 2001 Seite 2245 f.
- 26 BGHSt 21, 81.
- 27 s. zuletzt BGH Strafverteidiger 1999 S.205, 206; NSTz 2001 S.270 ff m.w.N.
- 28 s. EGMR, Urteil vom 31.05.2001, in: Strafverteidiger 2001 S.489 f.
- 29 So auch Imme Roxin, Strafverteidiger 2001, Seite 492, in einer Anmerkung zu diesem Urteil; umfassend hatte Roxin die Notwendigkeit eines Verfahrenshindernisses bei konventionswidriger Verfahrenslänge schon begründet in: Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 3.Aufl., 2000, insbes. S.230ff.
- 30 BGH NSTz 2001, S.270 ff.
- 31 Zur berechtigten Kritik an diesem Urteil, das insbesondere „die konkrete Tatschuld“ in eine mögliche Einstellungsentscheidung einbezogen wissen will, siehe Kempf, Das Verfahrenshindernis der „überlangen Dauer“ und seine Konsequenzen, Strafverteidiger 2001, S. 134 ff.
- 32 Sommer, Kompatibilitätsprobleme, StraFo 2000, S. 150ff; Fuchs, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeugen, in: ÖJZ 2001, S.495 ff, 497; C.Roxin, JZ 2000, S. 363, 370; Imme Roxin, Die Rechtsfolgen..., 3. Aufl., 2000, S. 181ff.; Kempf, Strafverteidiger 1999, S. 128 ff.; Kinzig, Strafverteidiger 1999, S. 288ff.
- 33 BGH Strafverteidiger 2001, S.494
- 34 s. Fuchs, ÖJZ 2001, S.502
- 35 ÖJZ 1996, S.715
- 36 EGMR StraFo 2002, 123ff = EuGRZ 2002, 37ff.
- 37 Bundesverfassungsgericht NJW 2001, S.2245 ff
- 38 2 StR 417/00, zitiert nach BGH – Nack.
- 39 s. ähnlich auch Bayerisches Oberstes Landesgericht, JR 2000, S.256 ff mit Anmerkung Küpper.
- 40 NJW 1992, Seite 3089.
- 41 Visser./. Niederlande, Nr.26668/95