Kristian Kühl*

DER EINFLUSS DER EUROPÄISCHEN MENSCHENRECHTSKONVENTION AUF DEN BUNDESDEUTSCHEN GESETZGEBER

Die Bundesrepublik Deutschland hat die Europäische Menschenrechtskonvention (MRK) durch das sog. Zustimmungsgesetz vom 7.8.1952¹ in das nationale Recht übernommen. Nach einem Zeitraum von über 30 Jahren erscheint es sinnvoll, nach den Auswirkungen der Konvention auf das deutsche Rechtsleben zu fragen. Eine solche Zwischenbilanz hat als „Quellen“ möglicher Auswirkungen die Konvention selbst, aber auch die Spruchpraxis der Straßburger Menschenrechtsorgane wie des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und der Europäischen Kommission für Menschenrechte zu beachten; auch die Rechtsprechung nationaler Gerichte und die wissenschaftliche Diskussion sind mögliche „Quellen“, über die die MRK in das deutsche Recht einfließen kann².

Obwohl die MRK nach fast allgemeiner Ansicht in Rechtsprechung und Literatur in der Bundesrepublik Deutschland nur im Rang eines einfachen Gesetzes gilt³, also auf der Ebene des Strafgesetzbuches und der Strafprozeßordnung steht, stellen ihre strafrechtsrelevanten Garantien Menschenrechte und Grundfreiheiten dar, die die Konvention ihrem Anspruch und sachlichen Gehalt nach eher als eine Verfassung erscheinen lassen, so daß sie mit dem Grundgesetz (GG) und seinen

* Kristian Kühl, Dr. Dr. iur., Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität Giessen.

¹ BGB II 685, 953. In Kraft getreten ist die MRK für die Bundesrepublik laut Bekanntmachung vom 15.12.1953 (BGBl I 1954 II 14) am 3.09.1953.

² Zu allen diesen „Quellen“ und ihren Auswirkungen auf den nationalen Gesetzgeber, die Exekutive und die nationale Rechtsprechung vgl. Kühl, ZStW 100 (1988), Heft 2.

³ Kleinknecht/Meyer, StPO, 1987, Anhang 4, Rn. 3 vor Art. 1 MRK, mit Nachweisen.

Grundrechten auf eine Ebene zu stellen wäre. In dieser Sichtweise erscheint als Adressat der aus der MRK zu entnehmenden Anforderungen an ein Strafrechtssystem in erster Linie der nationale Gesetzgeber. Er muß sich nach dem Recht der Bundesrepublik zwar vor allem an den Grundrechten des GG orientieren, ist aber zumindest völkerrechtlich verpflichtet, seine Rechtsregelungen in Übereinstimmung mit den Garantien der MRK zu bringen. Daß der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiete des Straf- und Strafverfahrensrechts dieser letzteren Verpflichtung schon seit Beginn seiner Tätigkeit nachzukommen versuchte, soll im folgenden nachgezeichnet werden.

I. REAKTIONEN AUF ENTSCHEIDUNGEN DER STRABBURGER MENSCHENRECHTSORGANE

Die Bestandsaufnahme beginnt mit gesetzgeberischen Reaktionen auf die Rechtsprechung von Gerichtshof und Menschenrechte, denn hierzu liegen bereits Vorarbeiten und hoffnungsvoll klingende Einschätzungen vor. Nach der Einschätzung von Frowein⁴ aus dem Jahre 1983 „mehren sich“ die Fälle, in denen Gesetze aufgrund dieser Rechtsprechung geändert werden. Nach der Beobachtung von Ress⁵ aus dem Jahre 1982 haben die Staaten ihre Gesetzgebung „häufig schon“ aufgrund von Berichten der Kommission, noch bevor ein Urteil des Gerichtshofs vorlag, geändert. Beide Änderungen beziehen sich allerdings auf die Europarats-Staaten insgesamt, so daß ihrer Geltung speziell für die Bundesrepublik Deutschland nachgegangen werden muß.

Die bisher einzige Reaktion des Gesetzgebers der Bundesrepublik Deutschland auf eine Verurteilung der Bundesrepublik durch den EGMR war die Änderung des Kostenverzeichnisses des Gerichtskostengesetzes (GKG). Mit dieser Gesetzesänderung vom 18.08.1980⁶ zog der Gesetzgeber die Konsequenz aus einem Urteil des Gerichtshofs vom 28.11.1978⁷, in dem eine Verletzung von Art. 6 III e MRK, der das Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers betrifft, festgestellt wurde. Nach Auffassung des Gerichtshofes verlangt dieses Recht die endgültige, und nicht nur — wie der größere Teil der Straf-

⁴ *Der europäische Grundrechtsschutz und die europäische Gerichtsbarkeit*, 1983, S. 12 und 24.

⁵ Ress, [in:] J. Maier [Hg.], *Europäischer Menschenrechtsschutz*, 1982, S. 236.

⁶ BGBl 1980 I 1506.

⁷ NJW 1979, 1091.

gerichte der Bundesrepublik Deutschland meinte⁸ — die vorläufige Freistellung von den Dolmetscherkosten. Dementsprechend sind nun nach dem neuen Satz 2 der Nr. 1904 des Kostenverzeichnisses zum GKG von den zu den Kosten des Verfahrens zählenden Auslagen der Staatskasse „ausgenommen [...] Beträge für Dolmetscher und Übersetzer, welche im Strafverfahren herangezogen werden, um für einen Beschuldigten, der der deutschen Sprache nicht mächtig [...] ist, Erklärungen oder Schriftstücke zu übertragen, auf deren Verständnis er zu seiner Verteidigung angewiesen ist“.

In der Begründung dieser Gesetzesänderung⁹ wird ihr Anlaß genau beschrieben: „Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in dem gegen die Bundesrepublik Deutschland anhängig gewesenen Fall Luedicke, Belkacem und Koç mit Urteil vom 28. November 1978 entschieden, daß das in Art. 6 Abs. 3 Buchst. e geschützte Recht für jedermann, der die Verhandlungssprache des Gerichts nicht spricht oder versteht, den Anspruch auf unentgeltlichen Beistand eines Dolmetschers einschließt, ohne daß im nachhinein Zahlung der dadurch verursachten Kosten von ihm verlangt werden darf. Das Urteil ist für die Bundesrepublik Deutschland nach Artikel 53 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten verbindlich“.

Neben diesen Klarstellungen hinsichtlich des Anlasses für die Gesetzesänderung und der Verbindlichkeit von Urteilen des Gerichtshofs ist die amtliche Begründung noch in zweierlei Hinsicht interessant. Zum einen führt sie aus, daß die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Dolmetscher zuzuziehen ist, nach den unveränderten Verfahrensvorschriften, insbesondere nach § 185 GVG zu beurteilen sei, fügt dem aber ein wörtliches Zitat der Ziffer 48 Abs. 3 des Urteils des Gerichtshofs bei, aus der sich ergebe, was die Bestimmung des Art. 6 III e MRK nach Auffassung der Gerichtshofs „bedeute“. Dies kann wohl nur als ein — allerdings versteckter — Hinweis auf die Beachtlichkeit der Gründe des Urteils des Gerichtshofs bei der Anwendung von § 185 GVG durch nationalen Strafgerichte verstanden werden.

Zum anderen wird auf die zugleich erfolgte Änderung der Nr. 1913 und die Einfügung der Nr. 1914 in das Kostenverzeichnis des GKG hingewiesen, die bewirken sollen, daß „hinsichtlich der Bußgeldverfahren die gegenwärtige Regelung beibehalten bleibt“. Das bedeutet, daß in Bußgeldverfahren die Dolmetscherkosten nach wie vor zu den

⁸ Nachweise bei Schäfer, [in] Löwe-Rosenberg, *StPO*, Bd. 4, 1978, § 465 Rn. 9.

⁹ BR-Dr 79/637, S. 60—62.

Kosten des Verfahrens gehören, die im Falle der Festsetzung einer Geldbuße vom Betroffenen eingezogen werden¹⁰.

An dieser vom Gesetzgeber angestrebten Rechtslage hat sich auch nach einer weiteren Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland durch den Gerichtshof vom 21.02.1984 (Fall Öztürk)¹¹, in der die Unentgeltlichkeit der Beiziehung eines Dolmetschers auch für das Bußgeldverfahren aus Art. 6 III e MRK abgeleitet wurde, nichts geändert. Anders als dem Urteil aus dem Jahre 1978, das die Gesetzesänderung von 1980 bewirkte, folgte dem neuen Urteil aus 1984 keine gesetzgeberische Reaktion. Kein Wunder, daß es das Urteil des Gerichtshofs, das je nach der Begründung der 1980 erfolgten Änderung des GKG gemäß Art. 53 MRK für die Bundesrepublik Deutschland verbindlich ist, schwer hat, sich „ohne Anpassung des nationalen Rechts durchzusetzen“¹². Zwar gibt es Gerichte, die den Ansatz von Dolmetscherkosten in Bußgeldverfahren entsprechend dem Urteil des Gerichtshofs nicht zulassen¹³, andere Gerichte aber wollen „auf die Anpassung des innerstaatlichen Rechts an die EGMR-Entscheidung warten“¹⁴; doch da können sie möglicherweise lange warten.

Der maßgebliche Grund für die Untätigkeit des Gesetzgebers liegt in der unterschiedlichen rechtlichen Einordnung von Bußgeldverfahren wegen Ordnungswidrigkeiten. Die Auffassung des EGMR, daß es sich dabei um Strafverfahren im weiteren Sinne handelt, für die die Garantien des Art. 6 MRK gelten, hat in der Bundesrepublik breite Ablehnung erfahren, weil sie „das Wesen der Ordnungswidrigkeit und der Geldbuße als Sanktion“ verkenne und damit „zugleich den Entkriminalisierungstendenzen einer modernen Kriminalpolitik einen schweren Schlag versetzt“ habe¹⁵. Die Berechtigung dieser, auch in den abweichenden Voten zum Öztürk-Urteil anklingenden Kritik, kann und muß hier nicht untersucht werden; sie hat auf jeden Fall bisher verhindert, daß dieses Urteil des EGMR in das GKG umgesetzt wurde.

Das Bundesjustizministerium hoffte auf eine Änderung der Rechtsprechung des EGMR, welche eine in absehbarer Zeit zu erwartende Entscheidung in dem gegen die Bundesrepublik vor dem Gerichtshof anhängigen Verfahren Lutz hätte bringen können. In diesem Verfahren geht es um die mögliche Verletzung der Unschuldsvermutung gemäß

¹⁰ Göhler, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 8. Aufl. 1987, § 107 Rn. 11.

¹¹ NJW 1985, 1273.

¹² Lappe, NJW 1987, 1865.

¹³ Nachweise bei Göhler (o. Fn. 10), § 46 Rn. 10; Lappe, NJW 1987, 1865.

¹⁴ Lappe, NJW 1986, 2555, mit Nachweisen in Fn. 69.

¹⁵ So Vogler, [in:] *Internationaler Kommentar zur EMRK*, 1986, Art. 6 Rn. 237, sowie schon Rn. 201.

Art. 6 II MRK in einem Bußgeldverfahren, das eingestellt wurde, ohne daß der Staatskasse die notwendigen Auslagen des Betroffenen überbürdet wurden. Während die EKMR in zwei gleichgelagerten Fällen, die aber Strafverfahren betreffen, einstimmig eine Verletzung der Unschuldsvermutung angenommen hat, hat sie in dem ein Bußgeldverfahren betreffenden Fall Lutz eine solche Verletzung nur mit Mehrheit festgestellt¹⁶. Das Urteil des EGMR im Fall Lutz vom 25.08.1987 brachte aber nicht die erhoffte Korrektur des Öztürk-Urteils: Bußgeldverfahren gelten im Hinblick auf Art. 6 MRK weiterhin als Strafverfahren!

Die bisher ausgebliebene Umsetzung des Öztürk-Urteils des EGMR sowie insbesondere Schreiben des Bundesjustizministeriums an die Landesjustizverwaltungen, die auf die bewußte Nichtänderung des innerstaatlichen Rechts hinweisen, haben inzwischen zu der Zulässigkeitsentscheidung der EKMR vom 5. März 1986 geführt¹⁷. Diese Entscheidung betrifft eine Beschwerde wegen der Belastung des Betroffenen mit Dolmetscherkosten in einem Bußgeldverfahren wegen einer Verkehrsordnungswidrigkeit. Obwohl die in dieser Beschwerde aufgeworfene Rechtsfrage die gleiche ist, die der EGMR in seinem Öztürk-Urteil schon beantwortet hat, bejahte die Kommission ein rechtliches Interesse des Beschwerdeführers an der Entscheidung über seine Beschwerde. Dies dürfte ein pragmatischer Weg sein, die Vertragsstaaten, die gemäß Art. 53 MRK verpflichtet sind, sich in allen Fällen, an denen sie beteiligt sind, nach der Entscheidung des Gerichtshofs zu richten, zur Einhaltung ihrer Verpflichtungen zu bringen, denn laufende Verurteilungen durch den EGMR kann und will sich wohl kein Staat leisten. Und nach dem Lutz-Urteil des Gerichtshofs dürfte klar sein, daß die Bundesrepublik mit solchen Verurteilungen zu rechnen hat, wenn der Gesetzgeber das GKG nicht erneut ändert, d.h. dem Öztürk-Urteil anpaßt.

Eine Verpflichtung zur Änderung des nationalen Rechts ergab sich aus den beiden weiteren Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland durch den EGMR nicht, zumindest nicht zwingend. Das Urteil im Fall Eckle¹⁸ stellt eine Verletzung von Art. 6 I MRK wegen überlangen Strafverfahrens fest; daraus ergeben sich keine konkreten Handlungsanweisungen für den Gesetzgeber, der — wie so gleich berichtet werden wird — das Beschleunigungsgebot der MRK schon seit Jahren, also auch schon vor dem Eckle-Urteil aus dem Jahre 1982, durch ver-

¹⁶ Vgl. zu den Verfahren den Bericht in EuGRZ 1986, 147 f.

¹⁷ EuGRZ 1986, 444.

¹⁸ EuGRZ 1983, 371, vom 15.7.1982.

schiedene gesetzliche Regelungen umzusetzen versucht hat. Die 1983 vom EGMR festgestellte Verletzung von Art. 6 III c MRK (Fall Pakelli)¹⁹ betraf die vom Bundesgerichtshof in Strafsachen abgelehnte Bestellung eines Pflichtverteidigers für die mündliche Revisionsverhandlung, nachdem dem Beschwerdeführer für die Einlegung und Begründung der Revision ein Pflichtverteidiger beigeordnet worden war. Die vom BGH zur Begründung seiner ablehnenden Entscheidung herangezogene Vorschrift des § 350 III StPO, die überigens ihre Entstehung — wie gleich berichtet werden wird — der Rechtsprechung der EKMR verdankt, zwingt das Gericht nur im Falle eines Antrags des nicht auf freiem Fuße befindlichen, aber nicht vorgeführten Angeklagten, der keinen Wahlverteidiger hat, zur Bestellung eines Pflichtverteidigers. Der BGH könnte jedoch — obwohl § 350 III StPO eigentlich den Umkehrschluß nahelegt, daß der nichtinhaftierte, mittellose Angeklagte keinen Anspruch auf Bestellung eines Pflichtverteidigers hat²⁰ — seine Praxis auf der Grundlage der §§ 140 II, 350 III 1 StPO so ändern, daß der im Pakelli-Urteil geforderten Beachtung von Art. 6 III c MRK in der Auslegung, die ihm der EGMR gegeben hat, Rechnung getragen wäre. Diese Rechtsprechungsänderung müßte aber wohl soweit gehen, daß mittellosen Angeklagten „in der Regel immer“ ein Pflichtverteidiger beizuzuordnen wäre²¹. Lehnen die Revisionsgerichte solche Ansprüche ab, so muß die Bundesrepublik auch hier mit weiteren Verurteilungen durch den EGMR rechnen²². Um dem generell vorzubeugen, sollte die Vorschrift des § 350 III StPO, gegen die zahlreiche, auch weitere verfassungsrechtliche Bedenken²³ erhoben werden, einen vorrangigen Platz in den gesetzgeberischen Überlegungen der StPO erhalten²⁴.

Daß Urteile des EGMR gegen andere Staaten zu Reaktionen des Gesetzgebers der Bundesrepublik geführt haben, ist an Hand der überprüften Gesetzesmaterialien nicht nachzuweisen gewesen. Vermutet werden kann eine Wirkung des Minelli-Urteils gegen die Schweiz aus dem Jahre 1983²⁵ auf neueste Begründungen von Gesetzentwürfen und Rechtsausschußberichten, die die Unschuldsvermutung betreffen: — darauf wird unten noch eingegangen werden. Es könnte sich freilich auch um eine Vorwirkung der erwarteten Urteile des EGMR in den

¹⁹ EuGRZ 1983, 344 vom 25.04.1983.

²⁰ Hanack, [in:] Löwe-Rosenberg, *StPO*, 24. Aufl. 1985, § 350 Rn. 11.

²¹ Hanack, ebda.

²² Hanack, ebda, sowie Stöcker, *NStZ* 1983, 374.

²³ Vgl. Hanack, [in:] *Festschrift für Dünnebir*, 1982, S. 301 ff.

²⁴ Zur Reformbedürftigkeit dieser Vorschrift siehe Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 1987, S. 351.

²⁵ EuGRZ 1983, 475, vom 25.03.1983.

Verfahren Englert und Nölkenbockhoff, in denen die Kommission — wie bereits erwähnt — einstimmig eine Verletzung von Art. 6 II MRK angenommen hat²⁶, handeln. Daß der EGMR inzwischen durch die Urteile vom 25. August diese Erwartung enttäuscht hat, ändert nichts daran, daß sie — möglicherweise — bestand.

Von einer Wirkung laufender Straßburger Verfahren berichtet Scheuner²⁷, nach dem der Gesetzgeber der Bundesrepublik „unter dem Eindruck zweier schwebender Fälle“ — Scheuner nennt die Fälle Wemhoff und Gericke²⁸ — Vorschriften in die StPO aufgenommen habe, die eine wirksame Kontrolle der Dauer der Untersuchungshaft ermöglichen sollen. In den Gesetzesmaterialien zum StPÄG 1964 ist von einer solchen Wirkung nichts zu entdecken; über den Einfluß von Art. 5 MRK auf § 121 StPO, der die Kontrolle der Untersuchungshaftdauer durch das Oberlandesgericht vorsieht, wird freilich noch zu berichten sein.

Einen weiteren, ähnlich gelagerten Fall schildert Kleinknecht²⁹: die Einfügung des neuen Abs. 3 in § 350 StPO sei „erst während des Gesetzgebungsanges“ zum StPÄG 1964 erfolgt, weil nach Informationen des Bundesjustizministeriums und des Generalbundesanwaltes gegen die Bundesrepublik gerichtete Beschwerden von Inhaftierten gegen die Durchführung von Revisionshauptverhandlungen ohne ihre Vorführung und ohne Bestellung eines Pflichtverteidigers Aussicht auf Erfolg gehabt hätten, wenn sie nicht aus formellen Gründen für unzulässig erklärt worden wären. Daß in dieser Eile keine glückliche StPO-Änderung erfolgte, wurde bereits angedeutet³⁰. Wichtiger aber ist hier die Begründung im Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses³¹ zur immerhin erfolgten Änderung des § 350 im Jahre 1964: „Der Ausschuss fügte diese Vorschrift in das Gesetz ein, um der Gefahr vorzubeugen, daß dem zurzeit geltenden Strafverfahrensrecht nachgesagt wird, es garantiere nicht in allen Instanzen das durch Artikel 6 der Menschenrechtskonvention, insonderheit seinen Absatz 3 Buchstaben c, vorgeschriebene 'fair trial' ". Diese Begründung hätte zwar auch ohne den

²⁶ EuGRZ 1986, 147; s. auch „Strafverteidiger“ 1986, 281.

²⁷ Scheuner, [in:] *Menschenrechte im Staats- und Völkerrecht*, 1967, S. 210 f.

²⁸ Vgl. zu diesen Fällen CD (= Collection of Decisions) 14, 29 und 15, 50. — Zum, *Wemhoff-Urteil des EGMR vom 27.06.1968*, DVBI 1968, 968, s. Bartsch, JuS 1970, 455 ff.

²⁹ JZ 1965, 161. — Vgl. dazu auch Ress (o. Fn. 5), S. 275, sowie Rogge, [in:] Kutscher/Rogge/Matscher, *Der Grundrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, 1982, S. 72 f., der von einem mittelbaren Einfluß österreichischer Fälle und gesetzgeberischer Reaktionen auf die deutsche Regelung berichtet.

³⁰ Vgl. Hanack (o. Fn. 20), § 350 Rn. 1,

³¹ Zu BT-Dr IV/1020, S. 6.

Hintergrund laufender Verfahren einen Sinn, sie bestätigt aber doch den Bericht von Kleinknecht durch die Wortwahl („[...] es solle der Gefahr vorgebeugt werden, daß der StPO etwa nachgesagt werde [...]“), die auf eine drohende Verurteilung in Straßburg hindeutet.

Schließlich wird noch von Ress³² ein Einfluß des schwebenden Verfahrens Klass gegen die Bundesrepublik Deutschland auf das „Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Beschränkung des Brief-, Post-, und Fernmeldegeheimnisses“ aus dem Jahre 1978³³ vermutet. Dem soll hier jedoch nicht genauer nachgegangen werden, da weder das Straßburger Verfahren³⁴ noch das Änderungsgesetz 1978³⁵ etwaige Korrekturen an den strafprozessualen Befugnissen zur „Überwachung des Fernmeldeverkehrs“ gemäß §§ 100 a, 100 b StPO betraf, sondern die Kontrolle von Überwachungsmaßnahmen der Nachrichtendienste durch ein parlamentarisches Gremium sowie die nachträgliche Benachrichtigung des Betroffenen von solchen Maßnahmen. In der Begründung des Regierungsentwurfes³⁶ sowie im Schriftlichen Bericht des zuständigen Ausschusses³⁷ ist als unmittelbarer Anlaß für das Änderungsgesetz auch nur Art. 10 II GG in seiner Ausgestaltung durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970³⁸ zu erkennen.

II. BEACHTUNG DER KONVENTION DURCH DEN BUNDESDEUTSCHEN GESETZGEBER

Einen Schwerpunkt meiner Nachforschungen zur Wirkung der MRK auf den Strafgesetzgeber der Bundesrepublik bildete der Versuch, in Gesetzesmaterialien möglichst ausdrückliche Nennungen der Konvention nachzuweisen. Noch vor kurzem hatte Hilf³⁹ bei seiner Untersuchung zur rechtlichen Bedeutung der MRK im Rechtsleben der

³² O. Fn. 5, S. 236 und 276.

³³ Vom 13.09.1978, BGBl I Nr. 54, S. 1546.

³⁴ Es endete mit dem Urteil des EGMR vom 6.09.1978, EuGRZ 1979, 278. Zum Verfahren vgl. Frowein, [in:] Frowein/Peukert, *Europ. MRK-Kommentar*, 1985, Art. 13 Rn. 3, 3 vor Art. 8 und Art. 8 Rn. 35.

³⁵ Vgl. dazu die Kommentierung von Borgs, [in:] Borgs/Ebert, *Das Recht der Geheimdienste*, 1986, S. 137 ff.

³⁶ BT-Dr 8/932, S. 4.

³⁷ BT-Dr 8/1848, S. 7 und 10 f.

³⁸ E 30, 1 ff.; vgl. Borgs (o. Fn. 35), S. 142 f.: der Gesetzgeber habe sich lange Zeit gelassen.

³⁹ Hilf, [in:] Mahrenholz/Hilf/Klein, *Entwicklung der Menschenrechte innerhalb der Staaten des Europarates*, 1987, S. 21.

Bundesrepublik nur der Gerichtspraxis wichtige Anhaltspunkte entdeckt und bezüglich der Gesetzgebung festgestellt, daß sich über die Anwendung der Konvention in den Arbeiten des Gesetzgebers „nur Vermutungen aufstellen“ ließen. Mein Ziel war deshalb, es bei diesen Vermutungen nicht zu belassen, doch habe ich die Schwierigkeit, Fakten an die Stelle von Vermutungen zu setzen, unterschätzt. Trotz der Hilfe der fachkundigen Beamten des Bundesjustizministeriums blieb letztlich kein anderer Weg als die Gesetzesmaterialien nach MRK-Zitaten zu durchforsten, wobei die Durchsicht der Aufsatzliteratur zu neuen Strafgesetzen, vor allem, wenn sie von Ministerialbeamten stammten, ein zielgerichtetes Suchen ermöglichte. Dennoch dürfte jedem der die Fülle der Straf- und Strafverfahrensänderungs- und -reformgesetze in der Bundesrepublik seit Geltung der MRK, also seit 1953 kennt, klar sein, daß hier keine Vollständigkeit erreicht werden konnte. Zum einen wurden nicht die Materialien aller Änderungs- und Reformgesetze herangezogen, zum anderen wurden meist nur die Begründungen der Gesetzentwürfe und die Beschlußempfehlungen und Schriftlichen Berichte der zuständigen Ausschüsse durchgesehen. Nur bei genauerer Durchsicht, und deshalb nur selten, konnten auch versteckte Hinweise auf die MRK gefunden werden; unter versteckten Hinweisen verstehe ich ziemlich eindeutige Hinweise auf Begriffe und Formulierungen der MRK, ohne daß ein Artikel der Konvention ausdrücklich zitiert wird. — Doch nun zu den Ergebnissen meiner Nachforschungen: Vor der Umsetzung der Konvention in das Recht der Bundesrepublik Deutschland wurde von den Ausschüssen des Bundestages und des Bundesrates zusammen mit den beteiligten Ministerien u.a. auch eingehend geprüft, ob das nationale Straf- und Strafverfahrensrecht der MRK entspreche⁴⁰. Im Schriftlichen Bericht des Ausschusses für das Besatzungsstatut und auswärtige Angelegenheiten vom 30.04.1952 wurde keine Vorschrift des Straf- und Strafverfahrensrechts gefunden, die möglicherweise im Hinblick auf die MRK geändert werden müßte. Ein Vergleich des Grundrechtskatalogs des Grundgesetzes mit dem Katalog der Konvention habe ergeben, daß die Grundrechte des Grundgesetzes in den meisten Fällen weitergehen als die Mindestanforderungen der MRK⁴¹. Im einzelnen genüge die Regelung des § 185 GVG i.V.m. § 136 StPO dem Art. 6 III a und e MRK, die Regelung der §§ 128, 134 StPO zur Vorführung des Festgenommenen sein auch in Art. 5 I c vorgesehen und der Ausschluß der Öffentlichkeit gemäß § 172 GVG sei durch die Generalklausel in Art. 6 I MRK gedeckt.

⁴⁰ Vgl. Jescheck, NJW 1954, 784.

⁴¹ BT-Dr 1/3338, S. 5.

1. GESETZGEBERISCHE REAKTIONEN AUF DEM GEBIET DES STRAFVERFAHRENSRECHTS

Unter Zugrundelegung dieser Einschätzung sind die festgestellten Reaktionen des Gesetzgebers auf die MRK doch beträchtlich, vor allem auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts, über das deshalb zuerst berichtet werden soll.

Die ersten, in den Gesetzesmaterialien nachweisbaren Bezugnahmen auf die MRK finden sich in den Vorarbeiten zu dem 'Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG' vom 19.12.1964⁴², das am 1.04.1965 in Kraft trat. Dieses Gesetz wird zusammen mit der 1952 erfolgten Einliederung der MRK in das nationale Recht der Bundesrepublik als Markstein in der allmählichen Aufwertung des Beschuldigten zum Prozeßsubjekt gewertet⁴³; eine Wertung, die auch Gegner einer solchen Aufwertung bestätigen, wenn sie dieses Gesetz als „Verbrecherschutzgesetz“ qualifizieren⁴⁴. Schon in der Begründung des Gesetzentwurf vom 7.02.1962 wird eine Gesamtwirkung aller vorgesehenen Änderungen bezüglich der Untersuchungshaft dahingehend angestrebt, daß bei ihrer Anordnung und Dauer das kriminalpolitisch unbedingt notwendige Maß nicht überschritten wird. Unmittelbar daran anschließend heißt es wörtlich: „Die Neuregelung trägt auch dem Artikel 5 Abs. 3 Satz 2 der Konvention des Europarats zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ... Rechnung, wonach eine festgenommene Person 'Anspruch auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist oder auf Haftentlassung während des Verfahrens' hat“⁴⁵. Von Kleinknecht wird diese Passage in seinem Bericht über das StPÄG 1964 als Belebung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für die Dauer der Untersuchungshaft eingeordnet⁴⁶.

Derselbe Art. 5 III 2 MRK taucht dann wenige Seiten später noch einmal auf, als es um die Begründung für den neuen § 121 StPO geht, der eine besondere Haftprüfung durch das Oberlandesgericht vorsieht: „Diese Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß der Beschuldigte 'Anspruch auf Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist oder auf Haftentlassung während des Verfahrens' hat (Art. 5 Abs. 3 Satz 2

⁴² BGBl I 1067.

⁴³ Vgl. Degener, *Grundsatz der Verhältnismaßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, 1985, S. 49 und 171.

⁴⁴ Vgl. den Ergänzungsband zur 21. Aufl. des Löwe-Rosenberg, *StPO*, 1967, Einleitung S. 9.

⁴⁵ BT-Dr IV/178, S. 17.

⁴⁶ JZ 1965, 114; ebenso Hengsberger, JZ 1966, 210; — vgl. auch Rieß, [in:] *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, S. 360 f.

der Konvention [...]“⁴⁷. § 121 StPO gilt seitdem als „nationale Ausgestaltung“ von Art. 5 III 2 MRK in der Weise, daß der Vollzug der Untersuchungshaft grundsätzlich auf sechs Monate begrenzt wird und allein durch das Oberlandesgericht verlängert werden kann⁴⁸. Eine Regelung von Bestand, die heute weitgehend unbestritten ist⁴⁹.

Daß bei der gesamten Neugestaltung des Rechts der Untersuchungshaft die MRK berücksichtigt wurde, belegen folgende kurzgefaßten Hinweise aus der Literatur zur Entstehung dieses Gesetzes:

— die Abstufung von § 121 StPO, der nur bis zur Verurteilung zu Freiheitsstrafe gelte, zum weniger strengen § 120 StPO, der danach die Anwendung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips gebiete, sei „in bewußter Anpassung“ an die Abstufung von Art. 5 III 2 MRK zu Art. 6 I MRK „gestaltete worden“⁵⁰;

— die Neuregelung der Haftprüfung durch § 117 StPO stehe in Einklang mit Art. 5 IV MRK, der nicht zur turnusmäßigen Haftprüfung von Amts wegen zwingt⁵¹;

— die Anordnung von Sicherheitsleistung bei Aussetzung des Vollzugs der Untersuchungshaft gemäß § 116 I Nr. 4 StPO sei auch in Art. 5 III 3 MRK vorgesehen⁵²;

— die Regelung über die Vorführung vor den Richter in §§ 115, 115 a StPO beruhe u.a. auf Art. 5 II und III MRK⁵³;

— die in § 119 I 1 StPO vorgesehen von Einzelunterbringung von Untersuchungshäftlingen sowie deren in § 119 I 2 StPO vorgesehene Trennung von Strafgefangenen sei Ausfluß der Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 II MRK⁵⁴;

— der Haftgrund der Wiederholungsgefahr — § 112 III nach dem StPÄG, heute in erweiterter Form § 112 a StPO — stehe nicht in Widerspruch zur MRK, da deren Art. 5 I c die Verhinderung weiterer Taten als Haftgrund anerkenne⁵⁵;

— der haftgrundlosen Untersuchungshaft bei Mord- und Totschlag — § 112 IV nach dem StPÄG, heute § 112 III StPO — stehe Art. 5 I c

⁴⁷ BT-Dr IV/178, S. 25.

⁴⁸ Vgl. Wendisch, [in:] Löwe-Rosenberg, *StPO*, 1985, § 121 Rn. 1.

⁴⁹ Rieß (o. Fn. 46), S. 361.

⁵⁰ Kleinknecht/Janischewski, *Das Recht der Untersuchungshaft*, 1977, S. 76.

⁵¹ Kleinknecht, *JZ* 1965, 120.

⁵² Kleinknecht/Janischewski (o. Fn. 50), S. 63.

⁵³ Eb. Schmidt, *Deutsches Strafprozeßrecht*, 1967, Rn. 215, der auch noch Art. 104 III GG nennt; genauer Dünnebier, [in:] *Ergänzungsband zur 21. Aufl. des Löwe-Rosenberg, StPO*, 1967, § 115 Rn. 2.

⁵⁴ Roxin (o. Fn. 24), S. 194 Kleinknecht/Meyer, *StPO*, 1987, § 119 Rn. 4.

⁵⁵ Kleinknecht, *JZ* 1965, 116; Hengsberger, *JZ* 1966, 209 Fn. 5.

MRK deshalb nicht entgegen, weil danach Haft bei hinreichendem Verdacht auch ohne Vorliegen eines Haftgrunds möglich sei⁵⁶.

Im Gegensatz zu den am Beginn der Behandlung des StPÄG 1964 angeführten beiden Beispielen finden sich zu den zuletzt genannten sieben Punkten in den durchgesehenen Materialien keine ausdrücklichen MRK-Bezugnahmen. Ausdrückliche Zitierungen der Konvention tauchen aber in diesen Materialien an zwei anderen Stellen auf: neben der bereits beim Einfluß laufender Verfahren wiedergegebenen Begründung des Berichts des Rechtsausschusses zu § 350 III StPO⁵⁷ findet man in demselben Bericht zur Begründung des neuen § 33 a StPO folgende Begründung: „Die Vorschrift wurde vom Ausschuß eingefügt, weil ohne sie von unserem Strafverfahrensrecht behauptet werden könnte, daß rechtliche Gehör sei in ihm, der Vorschrift des Artikels 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [...] zuwider, nicht hinreichend lückenlos gesichert“⁵⁸.

Eine Zusammenschau aller genannten Einzelpunkte zeigt, daß sich der Gesetzgeber bei Schaffung des StPÄG in vielen für die Stellung des Beschuldigten wichtigen Regelungen wie Untersuchungshaft, Verteidigungsrechte und rechtliches Gehör um eine Einarbeitung der MRK in die deutsche Strafprozeßordnung bemüht hat. Daß die MRK aber auch zur Rechtfertigung für die Einführung problematischer Haftgründe zu Lasten von Beschuldigten benutzt wurde, soll bei diesem Resümee nicht unterschlagen werden. Auch sollte nicht vergessen werden, daß das Potential der MRK zugunsten des Beschuldigten gerade auch bei der Regelung der Untersuchungshaft noch nicht ausgeschöpft ist: So muß beispielsweise Art. 5 II MRK die Regelung des § 114 a StPO für Ausländer ergänzen, damit diese eine Übersetzung des Haftbefehls erhalten⁵⁹; Nr. 181 II der Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren ersetzt die fehlende Umsetzung der MRK ins nationale Recht nur notdürftig.

Vergeblich war die Suche in den Materialien des Gesetzes, durch das ab 13.08.1967 die Strafbefugnis der Finanzämter abgeschafft wurde⁶⁰. Sowohl die Begründung des Gesetzentwurfes vom 18.07.1964 als auch der Schriftliche Bericht des zuständigen Ausschusses vom 23.06.1967 verweisen nur auf Art. 92 GG, nach dem die rechtsprechende Gewalt

⁵⁶ Kleinknecht, JZ 1965, 117; Hengsberger, JZ 1966, 209.

⁵⁷ S. o. bei Fn. 31.

⁵⁸ Zu BT-Dr IV/1020, S. 5. — Zum Erfolg auch dieser Regelung s. Rieß (o. Fn. 46), S. 371, der aber zur Begründung dieser Neuregelung nur auf Art. 103 I GG hinweist.

⁵⁹ Kleinknecht/Meyer (o. Fn. 54), § 114 a Rn. 5.

⁶⁰ Gesetz vom 10.8.1967, BGBl I, 877; sog. AO-StPO-ÄG (= Änderungsgesetz zur Abgabenordnung und Strafprozeßordnung).

den Richtern anvertraut ist, und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6.06.1967⁶¹, durch die die entsprechenden Vorschriften der Abgabenordnung für nichtig erklärt wurden, obwohl sie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen⁶² seit einer Entscheidung aus dem Jahre 1959 für verfassungsgemäß und auch für MRK-konform erachtet worden waren. Da aber im Schrifttum von 1953 bis 1966 immer wieder auf die Unvereinbarkeit der Strafbefugnis der Finanzbehörden mit Art. 6 I MRK, gelegentlich auch mit Art. 6 II MRK, hingewiesen wurde⁶³, kann zumindest vermutet werden, daß der Gesetzgeber auch diesen Einwänden gerecht werden wollte.

Wenig Erfolg hatte das sonst so weitsichtige StPÄG 1964 bei seinem Versuch, „den sog. Freispruch zweiter Klasse“⁶⁴ — das ist der mangels Beweises im Gegensatz zu dem erstklassigen wegen erwiesener Unschuld — dadurch zu beseitigen, daß die Äußerung fortbestehenden Verdachts aus dem freisprechenden Urteil in einen gesonderten Beschluß verbannt wurde (§ 467 IV, V i.d.F. des StPÄG)⁶⁵. Der Gesetzgeber hat sich deshalb zu Recht diesem Problem nach wenigen Jahren wieder angenommen und durch das Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (EG OWiG) vom 24.05.1969 den Freispruch zweiter Klasse in kostenrechtlicher Hinsicht vollständig beseitigt (§ 467 I StPO in der noch heute gültigen Fassung). In dem Bericht des Rechtsausschusses findet sich folgende Begründung: „Der Umstand, daß der erhobene Verdacht nicht ausgeräumt ist, darf nicht zu Lasten des Angeklagten gehen. Denn in einem Strafverfahren ist es nicht Sache des Angeklagten, seine Unschuld zu beweisen oder die Verdachtsgründe auszuräumen, sondern umgekehrt die Aufgabe der Strafverfolgungsorgane zu prüfen, ob ein Beweis für die Schuld des Angeklagten geführt werden kann. Dies folgt insbesondere aus Art. 6 Abs. 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, wonach bis zum gesetzlichen Nachweis der Schuld vermutet wird, daß der wegen einer Straftat Angeschuldigte unschuldig ist. Gelingt es dem richterlichen Verfahren nicht, diese Unschuldsvermutung zu widerlegen, so besteht sie fort. Es ist dann nur folgerichtig, den Freigesprochenen auch hinsichtlich der Erstattung seiner Auslagen als Unschuldigen anzusehen“⁶⁶. Diese aus der Unschuldsvermutung gefolgerte Aus-

⁶¹ E 22, 49.

⁶² St 13, 102, vom 21.4.1959.

⁶³ Nachweise bei Franzen/Gast/Samson, *Steuerstrafrecht*, 1978, S. 55, sowie bei Pieck, *Der Anspruch auf ein rechtsstaatliches Gerichtsverfahren*, 1966, S. 129 ff.

⁶⁴ *Rechtsausschuß-Bericht v. 7.03.1964* zu BT-Dr IV/1020, S. 6.

⁶⁵ Vom 19.12.1964, BGBl I 1067.

⁶⁶ Zu BT-Dr V/2600 und 2601, S. 19.

lagenerstattungsregelung wurde konsequenterweise durch dasselbe Gesetz auch auf den Angeschuldigten ausgedehnt, gegen den das Verfahren eingestellt wurde; freilich nur im Grundsatz, denn sowohl für die Einstellung wegen des Vorliegens eines Verfahrenshindernisses als auch für die Einstellung aus Opportunitätsgründen wurden Ausnahmeregelungen geschaffen (§ 467 III 2 Nr. 2 und IV StPO), die der Praxis der Gerichte große Schwierigkeiten gerade im Hinblick auf die vom Grundsatz her geforderte Beachtung der Unschuldsvermutung bereiten sollten.

Wenige Jahre später ging der Gesetzgeber erneut an dieselbe Problematik heran, nun mit dem Ziel, die sog. „Unschuldsklausel“⁶⁷ in den Entschädigungsgesetzen zu beseitigen. Im Regierungsentwurf des neuen Strafrechtsentschädigungsgesetzes (StrEG) aus dem Jahre 1971⁶⁸ heißt es zur Begründung: „Im Strafverfahren haben die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19. Dezember 1964 (BGBl. I S. 1067) die Rechtsstellung des Beschuldigten in bedeutsamer Weise verstärkt. Die künftige Reform des Strafprozeßrechts wird weitere Folgerungen aus dem Rechtsstaatsprinzip ziehen, die in dieselbe Richtung gehen. Angesichts dieser Entwicklung bricht sich die Überzeugung Bahn, daß das geltende Recht die Spannung zwischen dem staatlichen Strafanspruch und der Unschuldsvermutung, zwischen den Belangen der Rechtspflege und den Grundrechten des Bürgers, nicht mehr richtig wertet, wenn es den Ersatzanspruch von der Verdachtslage abhängig macht, die im Zeitpunkt der Entscheidung besteht. Denn es ist nicht Sache des Angeklagten, seine Unschuld zu beweisen, sondern ihm muß seine Schuld nachgewiesen werden. Gelingt das nicht, so endet das Strafverfahren zu seinen Gunsten. Das bedeutet aber zugleich, daß der Angeklagte keinen Anspruch und oft auch keine Möglichkeit hat, das Verfahren bis zum Beweis seiner Unschuld fortzuführen. Dann aber ist es unbillig, wenn er trotz der für ihn streitenden und nicht widerlegten Unschuldsvermutung Strafverfolgungsmaßnahmen, die tief in sein Leben eingreifen können, entschädigungslos soll dulden müssen, wenn der Tatverdacht nicht ausgeräumt ist. Hier hatte deshalb die Reform des Entschädigungsrechts anzusetzen“⁶⁹.

Der neue § 2 StrEG dehnte diese Regelung ebenfalls auf die Beschuldigten (nicht nur Angeschuldigten) aus, deren Verfahren eingestellt wurde; die §§ 3 und 6 I Nr. 2 StrEG schufen aber auch dieselben, für

⁶⁷ Schätzler, *Strafrechtsänderungsgesetz*, 1982, S. 22.

⁶⁸ Vom 8.03.1971, BGBl I 151.

⁶⁹ BT-Dr VI/460, S. 5; vgl. auch den *Bericht des Rechtsausschusses*, BT-Dr VI/1512.

die Praxis schwer handhabbaren Ausnahmenvorschriften wie im Kostenrecht der StPO.

Der Komplex Unschuldsvermutung und Einstellungen nebst Folge-regelungen beschäftigte den Gesetzgeber in den Jahren nach den kosten- und entschädigungsrechtlichen Regelungen der Jahre 1968 und 1971 noch mehrfach. Deshalb soll der Komplex an dieser Stelle unter Aufgabe der sonst chronologischen Darstellung zusammengefaßt behandelt werden. Die Neuregelung der Einstellung aus Opportunitätsgründen, insbesondere wegen Geringfügigkeit, durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EG StGB) aus dem Jahre 1975 brachte für § 153 StPO eine neue, die Unschuldsvermutung berücksichtigende Formulierung: „[...] wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre“. Mit dieser hypothetischen Formulierung soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs vom 11.05.1973 „zum Ausdruck gebracht werden, daß keine Schuldfeststellung vorausgesetzt wird“⁷⁰. Wenige Zeilen später heißt es: „Da die Vermutung der Unschuld bis zur rechtskräftigen Verurteilung gilt, wird auch bei der Einstellung des Verfahrens nach erhobener Klage keine Schuldfeststellung vorausgesetzt“⁷¹. Für den neu eingeführten § 153 a StPO, der eine Verbindung von Einstellung des Verfahrens und Sanktionierung geschaffen hat, heißt es ebenfalls, wenn auch nicht so klar, daß das Verfahren nach dieser Vorschrift „ohne Schuldspruch [...] erledigt werden könne“⁷².

Klarer formuliert hier der Schriftliche Bericht des Rechtsausschusses vom 27.11.1973: Nachdem zunächst Vorwürfe aus der Literatur, § 153 a StPO verstoße gegen die Unschuldsvermutung des Art. 6 II MRK mit dem Hinweis zurückgewiesen werden, daß dem Beschuldigten „kein Schuldbekennntnis abverlangt“ werde⁷³, heißt es dann: „Ein Konflikt mit der Unschuldsvermutung der Menschenrechtskonvention wird durch § 153 a ebenfalls nicht ausgelöst. Die Schuldfrage wird durch die Einstellung nicht entschieden. Die mit ihr verbundene Auflage oder Weisung steht einer Strafe oder strafähnlichen Sanktion nicht gleich, da der Beschuldigte sie freiwillig erfüllt“⁷⁴. Wenig später aber heißt es hinsichtlich der Kostenregelung in Absatz 5 des § 153 a StPO: „Dem Sinn dieser Regelung liefe es zuwider, wenn der Beschuldigte auf der anderen Seite die Erstattung seiner notwendigen Auslagen verlangen könnte“⁷⁵. Dies kann sich sinnvollerweise nicht auf den mit der Un-

⁷⁰ BT-Dr 7/550, S. 298.

⁷¹ Ebda, S. 298.

⁷² Ebda, S. 298.

⁷³ BT-Dr 7/1261, S. 27.

⁷⁴ BT-Dr 7/1261, S. 28.

⁷⁵ Ebda, S. 33.

schuldsvormutung harmonisierten Einstellungscharakter des § 153 a StPO beziehen, sondern nur auf die damit verbundene Übernahme einer Sanktion, die die Übernahme der eigenen notwendigen Auslagen nahelegt.

Ein Vorschlag des Bundesrates, der Beschuldigte solle in Abweichung der bisherigen Regelung bei Einstellung aus Opportunitätsgründen immer die Verfahrenskosten tragen, wurde ohne den zu erwartenden Hinweis auf die Unschuldsvormutung zurückgestellt⁷⁶. Schließlich plagte man sich — immer noch in demselben Rechtsausschuß-Bericht vom 27.11.1973 — mit der Frage herum, ob man Einstellungen nach § 153 a StPO im Bundeszentralregister eintragen könne, ohne diese „in die Nähe einer Verurteilung“ zu rücken und ohne das Offenbleiben der Schuldfrage zu mißachten⁷⁷. Der Entwurf des 1. StVRG hatte einen die Eintragung regelnden § 12 a BZRG vorgesehen⁷⁸, der Vorschlag setzte sich aber im weiteren Gesetzgebungsverfahren, das zum EG StGB 1975 führte, nicht durch.

Ein entsprechender Vorschlag des Bundesrates tauchte aber in dessen Stellungnahme vom 4.10.1977 zum Regierungsentwurf eines Strafverfahrensänderungsgesetzes wieder auf. Zur Begründung des jetzt vorgeschlagenen § 13 BZRG heißt es u.a., daß „die Schuld [...] hier anders als in § 153 StPO vorausgesetzt wird“⁷⁹. Ein Mißverständnis, das möglicherweise daher rührt, daß in § 153 a StPO im Gegensatz zu § 153 StPO hinsichtlich der eigenen Schuld nicht hypothetisch („wäre“) formuliert wurde. Der Vorschlag wurde schon in der Gegenäußerung der Bundesregierung, freilich ohne Eingehen auf den zitierten Teil der Begründung des Bundesrates zurückgewiesen⁸⁰ und setzte sich auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren, das zum StVÄG 1979 führte, nicht durch⁸¹.

Erneute Aktualität erlangte der hier behandelte Problembereich in den Vorarbeiten zum Opferschutzgesetz vom 18.12.1966 und zum Strafverfahrensänderungsgesetz vom 27.01.1987. Im Regierungsentwurf des letzteren Gesetzes vom 13.04.1984 war die 1973 zurückgestellte Forderung in einem geänderten § 467 IV StPO wieder aufgegriffen worden. Danach sollte bei Verfahrenseinstellungen aufgrund einer Ermessensvorschrift der Beschuldigte grundsätzlich seine notwendigen Auslagen

⁷⁶ Ebda, S. 33.

⁷⁷ Ebda, S. 36.

⁷⁸ BT-Dr 7/551, S. 151.

⁷⁹ BT-Dr 8/976, S. 106.

⁸⁰ Ebda, S. 112; vgl. auch den 2. Bericht des Rechtsausschusses vom 1.06.1978, BT-Dr 8/1844, S. 38.

⁸¹ Vgl. Jung, JuS 1978, 795.

selbst tragen, es sei denn, daß dies „unbillig“ wäre⁸². In der Begründung dieser neuen Vorschrift wird völlig zu Recht darauf hingewiesen, daß die bisherige Ermessensvorschrift „die Praxis vor erhebliche Begründungsprobleme“⁸³ gestellt habe. Treffend wird auch der Grund für die Probleme gesehen: Die Einräumung des Ermessens führe nicht selten dazu, „daß für diese Entscheidung auf den Grad des verbleibenden Tatverdachts abgestellt wird, was im Hinblick auf die Unschuldsvermutung (Artikel 6 Abs. 2 MRK) Bedenken unterliegen könnte. Der Vorschlag des Regierungsentwurfs wurde aber im Rechtsausschuß abgelehnt, weil keine zwingenden Gründe ersichtlich seien, „den nicht-verurteilten Angeklagten gegenüber der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung schlechter zu stellen“. Die Auslagenerstattung im Falle der Nichtverurteilung entspreche einem kostenrechtlichen Grundprinzip⁸⁴, im übrigen dürfe „der Grad des Tatverdachts“ bei der Ausübung des in § 467 IV StPO vorgesehenen Ermessens „keine Rolle spielen“. Diese gesetzgeberische Entscheidung sollte nach Rieß/Hilger⁸⁵ (in ihren Erläuterungen zum neuen Strafverfahrensrecht 1987) „Anlaß für die Praxis sein, ihre bisherige Haltung zu § 467 IV zu überprüfen und auch stärker auf die Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art. 6 II MRK) zu achten“.

In den Vorarbeiten zum Opferschutzgesetz 1986 ging es um die Frage, ob im Falle der Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen dem Angeschuldigten die notwendigen Auslagen des Nebenklägers auferlegt werden können. In der Begründung des Regierungsentwurfs vom 10.4.1986 zu § 472 II StPO heißt es dazu: „Da der Angeschuldigte hier nicht verurteilt wird, besteht grundsätzlich keine Veranlassung, ihm die dem Nebenkläger erwachsenen notwendigen Auslagen aufzuerlegen. Lediglich für den Fall, daß dies der Billigkeit entspricht, ermöglicht die Vorschrift eine andere gerichtliche Entscheidung. Daß dabei der Grad des verbleibenden Tatverdachts keine Rolle spielen darf, folgt aus der Unschuldsvermutung (Artikel 6 MRK)“⁸⁶.

Eine ähnlich vorbildliche Beachtung der Unschuldsvermutung findet sich auch im Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses vom 3.10.1986 zu der abweichenden Regelung einer Belastung des Angeschuldigten mit den Auslagen des Nebenklägers im Falle von gericht-

⁸² BT-Dr 10/1313, S. 7.

⁸³ Ebda, S. 41.

⁸⁴ BT-Dr 10/6592, S. 24.

⁸⁵ NStZ 1987, 204.

⁸⁶ BT-Dr 10/5305, S. 22.

lichen Einstellungen gemäß § 153 a II StPO⁸⁷: „Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung (Artikel 6 MRK) kann in dieser Regelung [...] nicht gesehen werden, weil die Auferlegung der Auslagen des Nebenklägers nicht von einer Schuldwahrscheinlichkeit abhängt, sondern allein davon, daß § 153 a StPO angewendet wird. Dieser läßt aber die Schuldfrage gerade offen und enthält kein Wahrscheinlichkeitsurteil über den Grad eines bestehenden Tatverdachts“⁸⁸. Zu der auch hier vorgesehenen Billigkeitsklausel heißt es dementsprechend, daß sich das Gericht bei ihrer Anwendung „nicht daran orientieren“ dürfe, „in welchem Maße bei der Einstellung ein Tatverdacht besteht“⁸⁹.

So vorbehaltlos positiv man den Einfluß von Art. 6 II MRK auf die Rechtsentwicklung im Problembereich von Verfahrenseinstellungen, Auslagen- und Entschädigungsregelungen auch werten mag, an seiner Umsetzung in die Rechtswirklichkeit wird man trotz entsprechender Ansätze in Rechtsprechung und Literatur zweifeln müssen, denn der EGMR hat durch seine neuen Entscheidungen vom 25.08.1987, die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bestätigen, den Strafgerichten ein Abstellen auf den fortbestehenden Tatverdacht und die wahrscheinliche Schuld freigegeben⁹⁰. Das hat die Bundesregierung in Straßburg auch zur Vermeidung einer Verurteilung gewollt! Dieselbe Bundesregierung, die in ihren Regierungsentwürfen 1986 den Strafgerichten anempfohlen hat, nicht mehr auf Tatverdacht und wahrscheinliche Schuld abzustellen. Diese Empfehlungen werden nun wohl ungehört verhallen, so daß ein konsequenter Gesetzgeber überlegen müßte, ob er seine eigenen Zielsetzungen aufgeben oder auf andere Weise z.B. durch Streichung von Vorschriften verwirklichen will, die zur Verletzung der Unschuldsvermutung förmlich einladen.

Doch wenden wir uns wieder der chronologischen Darstellung des MRK-Einflusses auf die Gesetzgebung im Bereich des Strafverfahrens zu, die wir mit den kosten- und entschädigungsrechtlichen Regelungen der Jahre 1968 und 1971 verlassen haben. Von den „zahlreichen Änderungen der Strafprozeßordnung, die am 1. Januar 1975 wirksam geworden sind“⁹¹, lassen sich bei den Vorarbeiten zum EG StGB vom

⁸⁷ Zutreffend weist Weigand, NJW 1987, 1175, darauf hin, daß die umstrittene Frage, ob die Auslagen des Nebenklägers auch bei Einstellungen im Vorverfahren gem. § 153 a I StPO dem Beschuldigten auferlegt werden können, offen geblieben sei.

⁸⁸ BT-Dr 10/6124, S. 16.

⁸⁹ Ebda, S. 16.

⁹⁰ Die Urteile des EGMR in Sachen Englert, Nölkenbockhoff und Lutz sind noch nicht in deutscher Übersetzung veröffentlicht; die vorausgehenden Entscheidungen des BVerfG's sind in den Gründen der EGMR-Urteile ausführlich wiedergegeben.

⁹¹ Rieß, JZ 1975, 266.

2.03.1974⁹², zum 1. StVRG vom 9.12.1974⁹³ sowie zum Ergänzungsgesetz zu letzterem Gesetz vom 20.12.1974⁹⁴ ausdrückliche MRK-Bezugnahmen zu unterschiedlichen Sachbereichen nachweisen.

Ein eher unbedeutendes MRK-Zitat findet sich im Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses (vom 2.03.1974) zu dem durch das EG StGB nur teilweise geänderten § 172 GVG, der den Ausschluß der Öffentlichkeit von der Hauptverhandlung regelt. Beibehalten wurde der Ausschlußgrund der „Gefährdung der Sittlichkeit [...] trotz einiger Bedenken“⁹⁵. Die an dieser Stelle nicht genannten Bedenken rühren sicher aus der im Zuge der Liberalisierung des Sexualstrafrechts durch das 4. StrRG vom 23.11.1973⁹⁶ erfolgten Änderung des Strafgesetzbuchs her. Der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB erhielt die Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“⁹⁷; die ersetzte die bisherige Überschrift „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“, an der bei aller Kritik an der neuen Rechtsgutsformulierung niemand mehr festhalten wollte. Im Gerichtsverfassungsgesetz aber blieb es bei dem Öffentlichkeits-Ausschlußgrund der „Gefährdung der Sittlichkeit“ denn „dieser Begriff stimmt überein mit der Terminologie in § (es müßte natürlich Artikel heißen) 6 Abs. 1 Satz 2 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und im Artikel 14 des Internationalen Paktes [...] über bürgerliche und politische Rechte [...]. Dem Interesse an einem einheitlichen Sprachgebrauch wäre es daher abträglich, wenn man § 172 GVG in diesem Punkt änderte“⁹⁸.

Die durch dasselbe Gesetz erfolgte, bedeutsamere Änderung des § 172 GVG betraf den Öffentlichkeits-Ausschlußgrund der Erörterung von „Umständen aus dem persönlichen Lebensbereich“ von Verfahrensbeteiligten. Die hier in der Literatur behauptete „Anlehnung“⁹⁹ an Art. 6 I 2 MRK („Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien“) ist zwar wahrscheinlich zutreffend, läßt sich aber weder in der Begründung des Regierungsentwurfs noch im Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses nachweisen. Eine Erweiterung dieses Ausschlußgrundes erfolgte inzwischen durch das Opferschutzgesetz vom 3.10.1986, das einen umgestalteten § 172 GVG und einen neuen § 171 b brachte, wobei letzte-

⁹² BGBl I 465.

⁹³ BGBl I 761.

⁹⁴ BGBl I 3686.

⁹⁵ BT-Dr 7/1261, S. 34.

⁹⁶ BGBl I 1725.

⁹⁷ Vgl. Schäfer, [in:] Löwe-Rosenberg, *StPO*, 23. Aufl. 19 § 172 Rn. 12.

⁹⁸ BT-Dr 7/1261, S. 34. — Vgl. den Kommentar von Göhler, *NJW* 1974, 835 Fn. 146: trotz allen Reformeifers habe sich hier der Begriff 'Sittlichkeit' nicht vermeiden lassen.

⁹⁹ So Schöch, [in:] Schreiber [Hg.], *Strafprozeß und Reform*, 1979, S. 73.

rer nun den „Ausschluß der Öffentlichkeit zum Schutze von Persönlichkeitsrechten“ ermöglicht. Auch diese gesetzgeberische Aktivität erfolgte unter Beachtung der MRK, wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfes vom 10.4.1986 ergibt: „Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung in Strafsachen gehört im Grundsatz zu den wesentlichen Elementen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens moderner Prägung. Sie wird ferner durch Artikel 6 Abs. 1 MRK garantiert, doch sieht bereits diese Gewährleistung (Artikel 6 Abs. 1 Satz 2 MRK) die Möglichkeit der Einschränkung zum Schutz des Privatlebens der Prozeßbeteiligten vor“¹⁰⁰. Während die Bezugnahme auf die Garantie der Öffentlichkeit in Artikel 6 MRK eine Leerstelle des Grundgesetzes ausfüllt, zeigt das Fehlen einer Bezugnahme auf Artikel 8 MRK bei der Begründung des neuen Ausschlußgrundes — hier tauchen nur Art. 1 und 2 GG als Grundlagen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf-, daß die MRK oft nur dann zur Begründung gesetzlicher Vorschriften herangezogen wird, wenn das GG keine ausdrückliche Gewährleistung enthält.

Dies bestätigt sich auch bei dem im GG nicht ausdrücklich enthaltenen sog. Beschleunigungsgebot, das in seiner Ausgestaltung durch Art. 5 III 2 MRK bereits als Wirkfaktor bei den gesetzgeberischen Bemühungen zur Verkürzung der Dauer der Untersuchungshaft im Jahre 1964 behandelt wurde. Dieses Beschleunigungsgebot ist aber auch in Art. 6 I 1 MRK als normative Vorgabe für das gesamte Strafverfahren enthalten, wenn dort ein Anspruch auf Verhandlung „in einer angemessenen Frist“ gewährt wird. Diesen Anspruch versuchte der Gesetzgeber der Bundesrepublik erstmals durch das 1. Strafverfahrensreformgesetz (1. StVRG) in verschiedenen Einzelnormen des Strafverfahrensrechts umzusetzen¹⁰¹. In der Begründung des Regierungsentwurfs vom 9.02.1973 heißt es bei der Vorstellung des Hauptinhalts des Entwurfs unter der Überschrift *Allgemeines Beschleunigungsgebot*: „Bereits Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [...] gewährt dem Beschuldigten einen Anspruch darauf, daß seine Sache innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird. Die Vorschrift enthält damit im Interesse des Beschuldigten ein allgemeines Beschleunigungsgebot. Die Menschenrechtskonvention ist auf Grund des Zustimmungsgesetzes vom 7. August 1952 [...] innerstaatliches Recht geworden. Sie verpflichtet auch die Rechtspflegeorgane“¹⁰². Erst nach dieser MRK-Bezugnahme wird ergänzend darauf hingewiesen, daß sich das Beschleunigungsgebot auch aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG ergebe; auch mit der in Art. 1 GG normierten

¹⁰⁰ BT-Dr 10/5305, S. 22.

¹⁰¹ Vgl. RieB, NJW 1975, 81.

¹⁰² BT-Dr 7/551, S. 36.

Pflicht zur Achtung der Menschenwürde vertrage es sich nicht, den Beschuldigten länger als unvermeidbar in der Drucksituation des Strafverfahrens zu belassen.

Allerdings wird davon abgesehen, „den in der Menschenrechtskonvention enthaltenen Anspruch des Beschuldigten auf beschleunigte Aburteilung nochmals und mit ähnlichen Worten in die Strafprozeßordnung aufzunehmen [...]“, denn dies wäre nur sinnvoll gewesen, „wenn zugleich hätte vorgeschlagen werden können, in der Strafprozeßordnung gesetzliche Sanktionen an seine Verletzung zu knüpfen“¹⁰³. Ein solcher Vorschlag könne aber zur Zeit noch nicht gemacht werden, da Wissenschaft und Rechtsprechung unter anderem „das Problem der Angemessenheit der Frist im Sinne der Menschenrechtskonvention“ noch erörtern müßten. Für erwägenswert gehalten, letztlich aber auch nicht verwirklicht, würde der Vorschlag, das in der MRK dem Wortlaut nach nur als subjektiver Anspruch des Beschuldigten geregelte Beschleunigungsgebot zur Verdeutlichung seines auch objektiven Charakters durch eine objektiv gefaßte Vorschrift in die StPO aufzunehmen.

Da das 1. StVRG keine dauerhafte Beschleunigung der Strafverfahren bewirkte, wurde das Beschleunigungsgebot vom Gesetzgeber mit dem Strafverfahrensänderungsgesetz vom 5.10.1978¹⁰⁴ (StVÄG 1979) erneut als Richtlinie für zahlreiche Änderungen des Strafverfahrensrechts herangezogen. In den Gesetzesmaterialien findet sich dieses Mal jedoch keine ausdrückliche MRK-Bezugnahme, was wohl damit zu erklären ist, daß nunmehr die Verfahrensbeschleunigung auch zur Einschränkung der Rechte des Beschuldigten führte¹⁰⁵. In der Begründung des Regierungsentwurfes heißt es fast entschuldigend, daß die gesetzlichen Änderungen auch im „wohlverstandenen Interesse des Beschuldigten“¹⁰⁶ lägen, und der Rechtsausschußbericht ergänzt, daß man darauf geachtet habe, daß „rechtsstaatliche Schutzvorschriften zugunsten des Beschuldigten keinen Schaden leiden“¹⁰⁷. Versteckte Bezugnahmen auf die MRK gibt es freilich mehrere, so wenn die Schädlichkeit von Großverfahren damit begründet wird, daß sie „den Grundsatz der Aburteilung innerhalb einer angemessenen Frist“ gefährden¹⁰⁸. Bei der Behandlung von Einzelregelungen wie der Einschränkung des § 245 StPO hinsichtlich der Präsentation von Beweismitteln durch den Angeklagten wird immerhin

¹⁰³ BT-Dr 7/551, S. 37. — Vgl. mit ähnlicher Begründung Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1245 f., bei seinen Überlegungen *de lege ferenda*.

¹⁰⁴ BGBl I 1645.

¹⁰⁵ Vgl. zur kriminalpolitischen Einschätzung des Beschleunigungsgebots, Zipf, *Kriminalpolitik*, 1988, S. 164.

¹⁰⁶ BT-Dr 8/976, S. 16.

¹⁰⁷ BT-Dr 8/1844, S. 29 f.

¹⁰⁸ So die Begründung des Regierungsentwurfes, BT-Dr 8/976, S. 17 f., s. auch S. 39.

der „Grundsatz eines fairen Verfahrens“ zur Begründung dafür herangezogen, daß dem Angeklagten diese Möglichkeit, wenn auch eingeschränkt, erhalten werden müsse¹⁰⁹. Auch der „Grundsatz der Waffengleichheit“ zwischen Anklage und Verteidigung hinsichtlich der von ihnen präsentierten Beweismittel wird bemüht¹¹⁰, verwirklicht aber ist er nur hinsichtlich der präsentierten Zeugen und Sachverständigen, nicht dagegen bei sachlichen Beweismitteln, weshalb in der Literatur eine evidente Verletzung des Prinzips der Waffengleichheit durch die Neuregelung in § 245 II StPO ausgemacht wurde¹¹¹.

Schließlich enthält von den 1975 in Kraft getretenen Gesetzen auch noch das Ergänzungsgesetz zum 1. StVRG eine Prüfung des neuen § 231 a StPO hinsichtlich seiner MRK-Vereinbarkeit: Diese Vorschrift, die eine Fortsetzung der Hauptverhandlung trotz verhandlungsunfähigem Angeklagten ermöglicht, wenn dieser seine Unfähigkeit bewußt herbeigeführt hat, ist „erst während der parlamentarischen Beratungen“¹¹² konzipiert worden, so daß die Gesetzesmaterialien nur dürftig sind. Baumann berichtet aber über einen Kabinettsbeschluß vom 24.11.1974, in dem zur Begründung von § 231 a StPO ausgeführt werde, „daß diese Vorschrift dem Anspruch auf rechtliches Gehör und auch der MRK nicht widerspricht“¹¹³. Im Bericht des Rechtsausschusses vom 20.12.1974 heißt es sogar positiv: „Wegen des sich aus Artikel 6 der Menschenrechtskonvention ergebenden Beschleunigungsgebotes und im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung besteht ein dringendes Bedürfnis, solche Manipulationen zu verhindern“¹¹⁴. Daß der in § 231 a StPO beschrittene Weg sowohl verfassungs- als auch konventionskonform war, bekam der Gesetzgeber trotz der Kritik in der Literatur¹¹⁵ vom Bundesverfassungsgericht¹¹⁶ und der Europäischen Konvention für Menschenrechte¹¹⁷ bestätigt.

Ein letzter Hinweis auf die Beachtung der Menschenrechtskonvention durch den Gesetzgeber ist noch in den Vorarbeiten zu dem bereits zwei Mal erwähnten Opferschutzgesetz 1986 enthalten. Im Bericht des Rechtsausschusses vom 3.10.1986 heißt es innerhalb der allgemeinen Begründung des Gesetzes: „Bei allen Neuregelungen zugunsten des

¹⁰⁹ Ebda, S. 53.

¹¹⁰ So die *Stellungnahme des Bundesrates*, BT-Dr 8/976, S. 99.

¹¹¹ Köhler, NJW 1979, 349; vgl. auch Peters, 3. *Strafverteidigertag* 1979, S. 31.

¹¹² So Rieß, JZ 1975, 266.

¹¹³ Baumann, ZRP 1975, 43.

¹¹⁴ BT-Dr 7/2989.

¹¹⁵ Schmidt-Leichner, NJW 1975, 420; Grünwald, JZ 1976, 767.

¹¹⁶ E 41, 246, und 51, 324.

¹¹⁷ EuGRZ 1978, 314.

Verletzten sowie auch zugunsten anderer Verfahrensbeteiligter sind jedoch die rechtsstaatlichen Grenzen zu beachten, die das Erfordernis der Wahrheitsfindung und die Unschuldsvermutung für den Angeklagten setzen¹¹⁸. Weniger eindeutig wird Art. 6 I MRK im folgenden Satz angesprochen: „Bei allen Änderungen war auch zu berücksichtigen, daß durch sie die zügige Durchführung des Strafverfahrens wesentlich beeinträchtigt werde“¹¹⁹.

2. GESETZGEBERISCHE REAKTIONEN AUF DEM GEBIET DES MATERIELLEN STRAFRECHTS

Sehr viel weniger Einfluß als auf den Gesetzgeber im Strafverfahrensrecht hat die MRK auf den Gesetzgeber im materiellen Strafrecht ausgeübt, selbst wenn man wahrscheinliche, aber in den Materialien nicht zu belegende Einflüsse hinzuzählt. Dafür ist die Zahl der in Bezug genommenen Artikel nicht mehr wie im Strafverfahrensrecht auf die Artikel 5 und 6 MRK beschränkt, es kommen jetzt die Artikel 2, 3 und 8 der Konvention in den Blick.

Artikel 2 II MRK löste beim deutschen Gesetzgeber schon vor der Eingliederung der MRK durch das Zustimmungsgesetz von 1952 Bedenken in Hinblick auf § 3 der 4. Durchführungsverordnung zum Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 15. Juli 1935 aus, der die Tötung eines Kindes während der Geburt bei Lebensgefährdung der Mutter rechtfertigte¹²⁰. Die Bedenken hinsichtlich des Perforationsproblems führten jedoch nicht zu einem Vorbehalt der Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 64 MRK¹²¹.

Zu ernsteren Bedenken kam es in der Sitzung der Großen Strafrechtskommission vom 21.03.1955, in der Lange die Feststellung traf, daß „durch die Menschenrechtskonvention [...] die Zulässigkeit der Notwehr eingeschränkt worden“ sei¹²². Die Sachbearbeiter des Bundesjustizministeriums erstellten daraufhin unter Einbeziehung eines früheren Gutachtens von E. Kaufmann, das vor dem Zustimmungsgesetz erstellt worden war, ein eigenes Gutachten, das zu dem Ergebnis kam, daß im Hinblick auf die anvisierte Neuregelung der Notwehr keine Bedenken aus Art. 2 II a MRK herzuleiten seien, weil sich die Konvention „nach Wortlaut, Sinn und Zweck [...] nur mit hoheitlichen Eingriffen [...],

¹¹⁸ BT-Dr 10/6124, S. 12.

¹¹⁹ Ebda, S. 12.

¹²⁰ Vgl. Jescheck, NJW 1954, 784, f., sowie BR-Dr 1/3338, S. 2.

¹²¹ Vgl. den Bericht in *Niederschriften der Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, Bd. 2, 1958, Anhang Nr. 26, S. 82 f.

¹²² Ebda, 130.

aber nicht mit den Eingriffsbefugnissen der Rechtsunterworfenen untereinander" befasse¹²³. Es könne auch „nicht als Zweck der Konvention angesehen werden, diese verschiedenen innerstaatlichen Ausgestaltungen des Notwehrrechts in dem Sinne auf einen Nenner zu bringen, daß die Tötung eines Menschen in Notwehr überhaupt nur bei gewaltsamen Angriffen und nur zum Schutz von Leib und Leben zugelassen werde“.

In der Sitzung der Großen Strafrechtskommission vom 21.06.1955 referierte Schwalm dieses Gutachten und fügte persönlich hinzu, daß er sich nicht vorstellen könne, „daß die Engländer und Franzosen die Konvention so auslegen, daß damit weitgehende Eingriffe in das innerstaatliche Recht beabsichtigt seien“¹²⁴. In der anschließenden Diskussion empfahl Jescheck, sich „nicht so sehr an den Wortlaut der Konvention“ zu klammern, denn es komme mehr auf das Prinzip an, und das sei der Schutz der Menschenrechte: „Die Menschenrechte sind aber nicht in Frage gestellt, wenn sich jemand gegen den rechtswidrigen Angriff eines anderen mit den erforderlichen Mitteln zu Wehr setzt“¹²⁵.

Zwölf Jahre später mußte sich aber der inzwischen eingesetzte Sonderausschuß für die Strafrechtsreform erneut mit derselben Frage herumschlagen;— jetzt unter der Vorgabe, daß sowohl der Regierungsentwurf 1962 als auch der Alternativentwurf 1966 das Merkmal der „Gebotenheit“ der Verteidigung nicht mehr wie § 53 StGB in ihren Notwehrbestimmungen enthielten¹²⁶. In der 90. Sitzung des Sonderausschusses vom 13.12.1967 regte der Vertreter des Bundesjustizministeriums an, den Streit, ob die MRK die Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander regele, nicht zu entscheiden, aber eine Formulierung der Notwehrbestimmungen zu wählen, die den Richtern ermögliche, Art. 2 MRK bei der Notwehrfrage zur Geltung zu bringen¹²⁷. Das „traditionelle Merkmal der Gebotenheit“ gebe die richtige Anleitung und lasse eine völkerrechtsfreundliche Auslegung der so gestalteten Notwehrbestimmung zu¹²⁸.

Der Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform vom 23.04.1969 greift diesen Vorschlag auf: „Bedeutung“ komme der beschlossenen Fassung der Notwehrbestimmung, die das Merkmal der Gebotenheit zusätzlich zum Merkmal der Erforderlichkeit enthalte, „auch im Hinblick auf Artikel 2 Abs. 2 Buchstabe a der Menschen-

¹²³ Ebda, Anhang Nr. 26, S. 81.

¹²⁴ Ebda, 231.

¹²⁵ Ebda, 233.

¹²⁶ Kritisch dazu Baumann/Weber, *Strafrecht AT*, 9. Aufl. 1985, S. 302 f.

¹²⁷ Protokolle V 1805 ff., 1808 ff.

¹²⁸ Ebda, S. 1809.

rechtskonvention zu"¹²⁹. Dahingestellt könne bleiben, ob sich die Konventionsbestimmung nur an den Staat wende, denn die beschlossene Fassung „ermöglicht es durchaus, jener Vorschrift Rechnung zu tragen, so daß durch sie ein solches innerdeutsches Recht nicht etwa geändert würde“¹³⁰.

Der damit offengelassene Streit über die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung von § 32 StGB — der neuen Notwehrbestimmung — im Hinblick auf Art. 2 II a MRK ist bis heute in der wissenschaftlichen Diskussion nicht entschieden. Sie soll an dieser Stelle nur schlaglichtartig in ihren rechtsvergleichenden Aspekten kurz skizziert werden: Während Jescheck¹³¹ nach wie vor den Standpunkt vertritt, daß „diese dem kontinentaleuropäischen Rechtsdenken jedenfalls in seiner neueren Entwicklung fremde Einschränkung“ des Notwehrrechts „auf das Verhältnis von Privatpersonen untereinander keine Anwendung finden“ könne, zumal es nicht in der Zweckbestimmung der Konvention liege, „in fundierte Rechtstraditionen eines Teils der Mitgliedstaaten einzugreifen“, fragt Eser:¹³² „Könnte diese bedenkliche ‚Minimalisierung‘ der MRK vielleicht darin ihren Grund haben, daß man hierzulande noch zu sehr dem formalistischen Grundsatz ‚Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen‘ anhängt? Könnte die rechtspolitische Frage der MRK nicht gerade darin zu sehen sein, das allzu ‚schneidige‘ Notwehrdenken kontinentaler Tradition etwas einzudämmen?“

Diese Fragen können hier nicht beantwortet werden, Antworten könnte aber die Rechtsprechung, der nationale Gesetzgeber oder die Straßburger Menschenrechtsorgane geben. Die Rechtsprechung der Strafgerichte ist nach den geschilderten Gesetzesmaterialien nicht gehindert, Art. 2 II a MRK über das Merkmal der Gebotenheit bei der Anwendung von § 32 StGB zur Geltung zu bringen; sie tut dies nicht, bedient sich aber anderer Mittel, den sog. sozialetischen Schranken der Notwehr, um zu ähnlichen Ergebnissen, wie sie von Art. 2 MRK gefordert werden, zu kommen; Schünemann¹³³ hat deshalb zu Recht gefragt, „welcher Gewinn durch die restriktive Interpretation von Art. 2 Abs. 2 a MRK [dann noch]¹³⁴ erzielt wird“.

Der Gesetzgeber könnte trotz des im Gesetz bereits vorhandenen Merkmals der Gebotenheit reagieren, wenn er die Umsetzung der Kon-

¹²⁹ BT-Dr V/4095, S. 14.

¹³⁰ Ebda, S. 14.

¹³¹ *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 1978, S. 280.

¹³² *Juristischer Studienkurs, Strafrecht I*, 3. Aufl. 1980, S. 100.

¹³³ GA 1985, 370.

¹³⁴ Eckige Klammer vom Verf. dieses Beitrags eingefügt.

vention nicht mehr den Gerichten überlassen will. Er könnte zu einer solchen Reaktion sogar gemäß Art. 53 MRK verpflichtet sein, wenn der Gerichtshof eine Verletzung von Art. 2 MRK feststellt, beispielsweise in einem Notwehrfall, in dem deutsche Strafgerichte eine Rechtfertigung trotz Tötung des Angreifers, der nur in das Eigentum des Verteidigers eingreifen wollte, angenommen haben. Eine solche Entscheidung des EGMR erscheint möglich, da § 32 StGB als gesetzgebende Entscheidung trotz des Merkmals der Gebotenheit Urteile von Strafgerichten wie das eben geschilderte zuläßt, und damit möglicherweise das von Art. 2 MRK geschützte Rechtsgut 'Leben' zu wenig schützt¹³⁵.

Bei der Reform der Tatbestände des Besonderen Teils des StGB erlangte Art. 8 MRK bei der Neukonzipierung des 15. Abschnitts Bedeutung. Dieser regelt seit 1975 die „Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs“. In der Begründung des Regierungsentwurfs eines EG StGB vom 11.05.1973 wird die Erweiterung der „Tatbestände zum Schutz der Privatsphäre“ rechtlich zunächst mit den „Artikeln 1 und 2 GG“ begründet. Insoweit stimmt die Begründung mit der oben referierten Begründung des Öffentlichkeits-Ausschlußgrundes 'Schutz von Persönlichkeitsrechten' (§ 171 b GVG) überein. Hinzu kommt aber die dort vermißte Berufung auf Art. 8 MRK, die freilich auch hier etwas unverbindlich klingt: „In diesem Zusammenhang ist auch Artikel 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte [...] bedeutsam, wonach jeder Mensch Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung sowie seines Briefverkehrs hat und Eingriffe von Behörden in die Ausübung dieser Rechte nur auf gesetzlicher Grundlage statthaft sind“¹³⁶.

Dieser Satz ist wörtlich aus der Begründung des Entwurfs 1962 übernommen¹³⁷. In dieser Begründung taucht Art. 8 MRK noch ein zweites Mal auf, und zwar zur Rechtfertigung des nicht Gesetz gewordenen § 182, der die 'öffentliche Erörterung fremder Privatangelegenheiten', eine Art allgemeines Indiskretionsdelikt, unter Strafe stellte. Nicht nur der 42. Deutsche Juristentag 1957 habe eine solche gesetzliche Regelung empfohlen: „Auch Artikel 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [...] gewährt jedermann den Anspruch auf Achtung seines Privat- und Fami-

¹³⁵ So Frowein (o. Fn. 34), Art. 2 Rn. 2 und 11. — Zur Drittwirkung von Art. 2 MRK jetzt ausführlich Frister, GA 1985, 553—559; für eine unmittelbare Einwirkung der MRK auf das Notwehrrecht ist Marxen, *Die 'sozialethischen Grenzen' des Notwehrrechts*, 1979, S. 161; kritisch dazu Frister, GA 1985, 554.

¹³⁶ BT-Dr 7/550, S. 235.

¹³⁷ BR-Dr 200/62, S. 326.

lienlebens". In der Begründung des Regierungsentwurfs eines EG StGB 1973 steht Art. 8 MRK dem Verzicht auf die Schaffung eines solchen Indiskretionsdelikts nicht mehr entgegen: eine solche Vorschrift sei „rechtspolitisch sehr umstritten“, zur Zeit bestehe für sie kein dringendes Bedürfnis, eine spätere Überprüfung wird zugesagt. Bis heute ist sie nicht, zumindest nicht mit positivem Ergebnis, erfolgt, möglicherweise zu Recht, denn zweifelhaft erscheint zumindest, ob das Strafrecht in diesem Bereich über den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz hinaus erforderlich ist¹³⁸.

Nicht durch ausdrückliche MRK-Zitate zu belegen ist der aber sehr wahrscheinliche Einfluß von Artikel 6 II MRK auf die 1969¹³⁹ und die 1975¹⁴⁰ erfolgte Abschaffung der sog. Vermutungstatbestände § 245 a und § 259 StGB, die Schuldvermutungen bzw. schuldpräsumierende gesetzliche Beweisregeln beim Besitz von Diebeswerkzeug und bei der Hehlerei enthielten. Einen wichtigen Anstoß für die spätere Abschaffung von § 245 a StGB gab ein vieldiskutiertes¹⁴¹ Urteil des Landgerichtes Heidelberg vom 3.10.1958, das eine „auf einer Vermutung beruhende Verurteilung“ ablehnte und sich dabei auf Art. 6 II MRK berief¹⁴². Die Begründung des Entwurfs 1962 bezeichnet die Vorschrift zwar nur allgemein „als rechtsstaatlich nicht unbedenklich“¹⁴³. Der Verzicht auf sie war jedoch nicht mehr aufzuhalten¹⁴⁴, obwohl ihr der Bundesgerichtshof in Strafsachen noch 1967 ihre Vereinbarkeit gerade auch mit Art. 6 Abs. 2 MRK bestätigte¹⁴⁵.

In den Materialien des EG StGB vom 2.03.1974, das die Abschaffung der Vorsatzvermutung im Hehlereitattbestand brachte, heißt es schon recht deutlich im Richtung auf Art. 6 II MRK: die Vermutung „widerspricht vor allem dem Grundsatz, daß dem Täter die Schuld voll nachgewiesen werden muß“ (so die Begründung des Regierungsentwurfs vom 11.05.1973)¹⁴⁶. Dieser Satz findet sich auch schon in der Begründung des Entwurfs 1962¹⁴⁷.

Auf die Abschaffung von Schuldvermutungen in Vorschriften des Nebenstrafrechts kann hier nicht eingegangen werden. Bemerkenswert erscheint allerdings, daß der durch § 5 des Wirtschaftsstrafgesetzes 1954

¹³⁸ Vgl. Schünemann, ZStW 90 (1978), 33 ff., 44 f.

¹³⁹ 1. StrRG vom 25.06.1969, BGBl I 645.

¹⁴⁰ EG StGB vom 2.03.1974, BGBl I 469.

¹⁴¹ Vgl. z. B. Schröder, NJW 1959, 1903 ff.

¹⁴² NJW 1959, 1932.

¹⁴³ BT-Dr IV/650, S. 400.

¹⁴⁴ Vgl. den Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses, BT-Dr V/4094, S. 36.

¹⁴⁵ BGHSt 21, 306.

¹⁴⁶ BT-Dr 7/550, S. 253.

¹⁴⁷ BT-Dr IV/650, S. 457.

ersetzte Vermutungstatbestand (§ 23 Wirtschaftsstrafgesetz 1949) noch nachträglich — am 4.02.1959 — vom Bundesverfassungsgericht seine Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsmäßigkeit bestätigt bekam, ohne daß auf die Bedenken aus Art. 6 II MRK eingegangen wurde¹⁴⁸. Richtig ist freilich die in den Gründen enthaltene Feststellung: „Inzwischen waren jedoch im Fortschreiten der auf möglichst rechtsstaatliche Gestaltung des gesamten Strafrechts gerichteten Reformgedanken die Vermutungstatbestände immer mehr beseitigt worden“¹⁴⁹.

Heute „kennt das deutsche Strafrecht keine Vorschriften mehr im materiellen Recht, die gegen die Unschuldsvermutung verstoßen könnten“, so faßt Vogler¹⁵⁰ die wohl allgemeine Ansicht der Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik zusammen. Auch die — nach Roxin — „scheinbare Ausnahme“: § 186 StGB, nach dem die Nichterbringung des Wahrheitsbeweises zu Lasten des Angeklagten geht, enthält nach allgemeiner Ansicht keine Schuldvermutung, sondern ist als Risikodelikt zu erklären¹⁵¹. Daß Vorsicht trotzdem am Platze ist, und diese auch vom Gesetzgeber geübt wird, zeigt die Entwicklung der Gesetzgebungsarbeiten, die zur sog. kostenrechtlichen Halterhaftung in § 25 a Straßenverkehrsengesetz (StVG) führten¹⁵². Danach hat seit 1.04.1987 der Halter eines Kraftfahrzeuges die „Kosten des Verfahrens“ zu tragen, wenn in Fällen eines Halt- oder Parkverstoßes der Führer des Kraftfahrzeuges, der den Verstoß begangen hat, nicht vor Eintritt der Verfolgungsverjährung ermittelt werden kann oder nur mit unangemessenem Aufwand ermittelt werden könnte.

Schon in der Begründung des Regierungsentwurfs vom 17.9.1982 wird ausdrücklich darauf geachtet, daß der Haftende nicht in seinen Rechten, „die ihm das Grundgesetz garantiert und die ihm nach rechtsstaatlichen Grundsätzen zustehen“, beeinträchtigt wird. Insbesondere stünden einer Halterhaftung, die eine „Schuldvermutung des Halters bei nicht festgestelltem Fahrer“ einführen würde, der verfassungsrechtliche Verschuldensgrundsatz entgegen¹⁵³. Vorgeschlagen wird deshalb die kostenrechtliche Halterhaftung, die keinen Verstoß gegen das Verschuldensprinzip enthalten soll, da — und hier kann man die Unschuldsvermutung heraushören — „mit dieser Regelung keine Sanktion im Sinne einer strafähnlichen Maßnahme festgesetzt“ werde.

¹⁴⁸ BVerfG NJW 1959, 619 f.

¹⁴⁹ BVerfG NJW 1959, 620.

¹⁵⁰ Vogler, [in:] *Internationaler Kommentar zur EMRK*, 1986, Art. 6 Rn. 414 Fn. 4.

¹⁵¹ Roxin (o. Fn. 24), S. 84.

¹⁵² Änderungsgesetz vom 7.07.1986, BGBl I 977.

¹⁵³ BR-Dr 371/82, S. 38.

Nicht überzeugt wurde damit der Verkehrs- und der Rechtsausschuß. Im Schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses vom 24.02.1986 heißt es: Eine gebührenrechtliche Halterhaftung sei „bedenklich, da sie abweichend vom Schuldprinzip eine zumindest kostenrechtliche Verantwortlichkeit für ein Verhalten begründen würde, dessen Begehung für den in Anspruch genommenen Halter nicht erwiesen ist“¹⁵⁴. Diesem Bericht hielt der Bundesrat bei der Anrufung des Vermittlungsausschusses entgegen, daß er „die Prinzipien der Verschuldenshaftung und der Halterhaftung nicht auseinandergelassen, sondern miteinander vermischt“ habe. Es gehe nur darum, dem Halter „den durch ordnungswidrige Kraftfahrzeugbenutzung verursachten Verwaltungsaufwand ... zu überbürden“¹⁵⁵. Diese mögliche Differenzierung überzeugte im weiteren Gesetzgebungsverfahren, und die kostenrechtliche Lösung, mit der dem Halter direkt kein Halt- oder Parkverstoß vorgeworfen wird, wurde Gesetz. Dennoch wird auch diese Lösung in ersten Stellungnahmen im Hinblick auf die Unschuldsvermutung gemäß Art. 6 II MRK als „nicht bedenkenfrei“ bezeichnet, da der Sinn der Regelung auf der Hand liege: „Über die Kostenfolge will man der Beweisnot entgegenwirken“¹⁵⁶. Ob diese Bedenken gerechtfertigt sind, werden die nationalen und internationalen Gerichte sicher noch als Frage vorgelegt bekommen.

Um abschließend noch zu den strafrechtlichen Sanktionen zu kommen:

Artikel 3 MRK könnte die Streichung von § 161 StGB durch das 1. StrRG vom 25.06.1969¹⁵⁷ mitbewirkt haben. Zumindest war vom Amtsgericht Wiesbaden 1963¹⁵⁸ unter Zustimmung des MRK-Experten Gura-dze¹⁵⁹ die in § 161 StGB vorgesehene Anordnung des dauernden Verlustes der Eidesfähigkeit als erniedrigende Strafe i. S. v. Art. 3 MRK angesehen worden. Diese Ansicht war zwar schon 1965 vom Bundesgerichtshof in Strafsachen und von Roxin zurückgewiesen worden, dennoch wurde die Vorschrift abgeschafft, u. a. „um eine dauernde Brandmarkung des Verurteilten zu vermeiden“ (so die Begründung im Entwurf 1962)¹⁶⁰.

Unerträglich hohe Mindeststrafen, wie sie nach Meinung vieler beispielsweise § 236 StGB a. F. für die Entführung zur Unzucht oder zur

¹⁵⁴ BT-Dr 10/5083, S. 25. — Vgl. Janiszewski, DAR 1986, 256 ff., sowie Göhler (o. Fn. 10), 3 vor § 109 a.

¹⁵⁵ BT-Dr 10/5369, S. 3.

¹⁵⁶ So Jung, JuS 1987, 161.

¹⁵⁷ BGBl I 645.

¹⁵⁸ NJW 1963, 965.

¹⁵⁹ NJW 1963, 965.

¹⁶⁰ BT-Dr IV/650, S. 626; vgl. auch den *Schriftlichen Bericht des Sonderausschusses*, BT-Dr V/4094, S. 28.

Ehe mit einem Jahr Zuchthaus enthielt¹⁶¹, sind in der Literatur ebenfalls als unmenschliche Strafen bezeichnet und damit als Verstoß gegen die MRK bewertet worden¹⁶², und der Bundesgerichtshof in Strafsachen hat zumindest einen MRK-Verstoß ausdrücklich zurückgewiesen¹⁶³. Es läßt sich aber in den Gesetzesmaterialien nicht nachweisen, daß die MRK bei den Vorarbeiten zum 1. StrRG vom 25.06.1969¹⁶⁴ die neben der Einschränkung des Tatbestands erfolgte Absenkung der Mindeststrafe mit- veranlaßt hat. In der Begründung des E 1962, der auch schon eine Reform dieser Vorschrift vorschlug, wird nur erwähnt, daß die Strafen, die wegen Taten gem. § 236 StGB bisweilen verhängt werden mußten, „das Maß der Schuld erheblich überstiegen“. Der Alternativentwurf-BT-Sexualdelikte von 1968¹⁶⁵ hält die Vorschrift für ganz entbehrlich und geht deshalb auf das Problem der erhöhten Mindeststrafe nicht ein.

Immerhin zeigt dieses Beispiel, daß Art. 3 MRK bei der Festlegung der Mindeststrafe Relevanz erhalten kann. Dies gilt nach Rechtsprechung und Literatur auch, wenn der Gesetzgeber den Strafraum insgesamt im Verhältnis zur Schuld zu hoch ansetzt¹⁶⁶: Die MRK verbiete „unmenschliche Strafen, d. h. solche [...], die in einem unerträglichen Mißverhältnis zur Schuld stehen“¹⁶⁷. Das Grundgesetz hat demgegenüber zur Verhinderung von Strafen, die in keinem gerechten Verhältnis zur Schuld stehen, nur das aus Art. 2 II 1 i. V. m. Art. 1 I GG her-zuleitende Übermaßverbot zu bieten.

III. ZUSAMMENFASSUNG UND BEWERTUNG DER ERGEBNISSE

1. ZUSAMMENFASSUNG

Zusammenfassend läßt sich zu den geschilderten Reaktionen des Gesetzgebers der Bundesrepublik Deutschland auf die MRK und die Entscheidungen der Straßburger Organe folgendes sagen:

¹⁶¹ Vgl. Lackner, *StGB*, 1972, 1 vor § 235.

¹⁶² Koffka, [in:] *Leipziger Kommentar zum StGB*, 1974, § 13 Vorbem. 21, 22; Hanack, *Gutachten zum 47. Deutschen Juristentag 1968*, 5. 83.

¹⁶³ BGH GA 1967, 21 f.

¹⁶⁴ BGBl I 645.

¹⁶⁵ *Begründung*, S. 19.

¹⁶⁶ Stree, [in:] *Schönke/Schröder, StGB*, 1985, 25 vor §§ 38 ff., mit BayVerfGH E 3 II 109.

¹⁶⁷ Koffka (o. Fn. 162), mit 21, mit OLG Köln, NJW 1963, 1748.

— Der Gesetzgeber hat bei einer beachtlichen Zahl von Änderungs- und Reformgesetzen die MRK beachtet.

— Eine direkte „Umsetzungsgesetzgebung“ ist aber mit Ausnahme des Zustimmungsgesetzes 1952 und des StPÄG 1964 nicht festzustellen.

Die MRK-Bezugnahme ist auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts häufiger als auf dem Gebiet des Strafrechts.

— Auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts sind vor allem die Art. 5 und 6 MRK beachtet worden; auf dem Gebiet des Strafrechts die Art. 2, 3 und 8 MRK.

— Der nachgewiesene Einfluß ist selten so stark, daß er die gesetzgeberische Entscheidung allein verursacht hat; häufiger ist die MRK nur ein Grund unter mehreren für die gesetzgeberische Reaktion.

— Selbst bei (Mit-) Verursachung der Reform trägt der motivierende Artikel der MRK oft nicht die vom Gesetzgeber zu seiner Verwirklichung gefundene Lösung; er nimmt dem Gesetzgeber häufig nicht die Aufgabe der Konkretisierung ab.

— Einfluß der MRK bedeutet häufig auch nur, daß der Gesetzgeber die aus anderen Gründen motivierte Reform anhand der MRK daraufhin überprüft, ob sie konventionskonform ist.

— Der Einfluß der MRK führte sowohl zu neuen gesetzlichen Vorschriften als auch zur Änderung bestehender Gesetze; er gab gelegentlich sogar die Begründung dafür ab, daß an der bestehenden Gesetzeslage festgehalten wurde.

2. BEWERTUNG

Schwieriger zu treffen als die belegbaren Feststellungen, dafür aber auch interessanter, wäre eine Bewertung dieser Ergebnisse. Dazu kann ich hier nur einige wenige Bemerkungen machen:

— Hinsichtlich der Bewertung des Umfangs des Einflusses, den die MRK genommen hat, ist es schon schwer einen Maßstab festzulegen; reizvoll wäre etwa ein Vergleich mit dem Umfang des Einflusses, den das Grundgesetz genommen hat. — Wer den als beachtlich bezeichneten Einfluß der MRK als eher gering einschätzen möchte, sollte beachten, daß die MRK auch eine kaum nachweisbare „Bremswirkung“ insofern hat, als sie zur verhältnismäßig frühen Aufgabe mancher gesetzgeberischer Lösungsansätze wegen einer möglichen Unvereinbarkeit mit ihren Garantien geführt hat. — Gelegentlich ist auch eine Umsetzung gar nicht erforderlich, da die MRK-Vorschrift wie z. B. der Entschädigungsanspruch gemäß Art. 5 V MRK auch so vor den Gerichten der Bundesrepublik Deutschland durchgesetzt werden kann.

— MRK-Einfluß ist zwar grundsätzlich positiv zu bewerten, da er häufig Menschenrechte und Grundfreiheiten in das nationale Strafrecht einbringt. Aber selbst wenn man die eigenen Ziele der MRK als Bewertungsmaßstab zugrunde legt, kann nicht immer von einem positiven Einfluß der MRK-Regelungen gesprochen werden. Man denke etwa an die Rechtfertigung der problematischen Tatgründe der Wiederholungsgefahr und der Tatschwere mit Art. 5 MRK, oder an das Festhalten am Öffentlichkeits-Ausschlußgrund der „Gefährdung der Sittlichkeit“ im Hinblick auf die Formulierung in Art. 6 MRK. Der Einfluß des Art. 6 MRK entnommenen Beschleunigungsgebots hat zumindest für den Beschuldigten nicht nur positive Folgerungen gebracht; freilich liegt das wohl eher an dem Verständnis der Angemessenheit der Frist, das der nationale Gesetzgeber hatte.

Kritisch betrachtet werden kann natürlich auch der Einfluß der von Entscheidungen der Straßburger Organe ausging oder ausgehen soll. Die Kritik an der Einordnung des Ordnungswidrigkeitenrechts ins Strafrecht ist bereits genannt worden; ebenso die engherzige Auslegung der Unschuldsvermutung hinsichtlich Auslagenentscheidungen bei Verfahrenseinstellungen, die der nationalen Gesetzgebungsentwicklung zuwiderläuft.

— Ob der bisherige Einfluß der MRK das menschenrechtliche Potential dieser zwar nicht idealen, aber doch im wesentlichen geglückten Konvention ausschöpft, ist nur schwer zu sagen. Ein Grund für die Schwierigkeit ist sicher, daß das Potential der MRK nicht offen zutage liegt; was etwa der Gerichtshof noch alles aus der MRK herausholen wird, kann niemand vorhersagen. Legt man also nur den Text der Konvention zugrunde, so hat man einen verkürzten Maßstab.

— Versucht man dennoch die Frage zu beantworten, so hat die leicht zu treffende Feststellung, daß etwa Art. 3 und 6 III b und c MRK noch keinen Einfluß auf den Gesetzgeber des Strafverfahrensrechts, sowie daß Art. 4, 7, 9 und 10 MRK noch keinen Einfluß auf den Gesetzgeber des Strafrechts gehabt haben, nur wenig Aussagekraft. Denn zum einen könnte dies auch bedeuten, daß die genannten Artikel im deutschen Straf- und Strafverfahrensrecht bereits voll inhaltlich enthalten sind, so daß ihre Umsetzung durch den Gesetzgeber nicht mehr erforderlich ist. Zum anderen bedeutet die nachgewiesene Beeinflussung des Gesetzgebers durch Art. 2, 3, 5, 6 und 8 MRK nicht, daß deren inhaltliche Garantien schon vollständig ins nationale Recht umgesetzt sind. Letzteres könnten Reformforderungen nahelegen, die auch mit den Artikeln, die schon Einfluß hatten, begründet werden. Ersteres könnte durch einen Vergleich des Regelungsgehalts der bisher nicht berücksichtigten Artikel mit der nationalen Rechtslage untermauert werden.

So reizvoll beide Aufgaben sind, sie können von mir nicht gelöst werden. Dennoch einige Hinweise, zunächst zu der Nichtberücksichtigung einiger Artikel durch den Gesetzgeber:

— Artikel 7 MRK gilt im Hinblick auf das 'nullum crimen-Prinzip' als verwässerte Ausgabe des Art. 103 II GG, dennoch wird immerhin die Frage diskutiert, ob der Treubruchstatbestand des § 266 StGB hinsichtlich seiner Bestimmtheit mit dem Grundgesetz und der MRK vereinbar sei¹⁶⁸.

— Artikel 4 MRK könnte schon eher für gesetzgeberische Regelungen hinsichtlich der Arbeitspflicht von Strafgefangenen und i.V.m. Art. 6 II MRK von Untersuchungsgefangene aktiviert werden; dafür spricht auch der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 13.01.1987, der die im Jugendgerichtsgesetz vorgesehene Weisung, Arbeitsleistungen zu erbringen, zwar für vereinbar mit Art. 12 GG erklärte, dabei als Maßstab dafür, wann eine Arbeitspflicht ungerecht, bedrückend, unnötig beschwerlich oder schikanös ist, die Rechtsprechung der EKMR zu Art. 4 MRK heranzieht.

— Art. 9 MRK kann eine Erweiterung der vom nationalen Gesetzgeber stark zusammengestrichenen Religionsdelikte wohl kaum auslösen; auch wird er Art. 4 GG kaum bei etwaigen Überlegungen des Gesetzgebers zur Schaffung eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrundes für Gewissens- und/oder Überzeugungstäter verstärken können.

— Einer Prüfung wert wäre die Frage, ob Art. 10 und 11 MRK dem Strafgesetzgeber engere Grenzen ziehen als die Art. 5 und 8 GG, wenn er Straftatbestände im Bereich der Meinungsäußerungs- und Demonstrationsfreiheit schafft; wahrscheinlich werden dies erst die Straßburger Organe beantworten, wenn sie mit Beschwerden von Verurteilten befaßt werden, die wegen Sitzblockaden, vermummter Demonstrationsteilnahme, Billigung von Straftaten oder Verherrlichung/Verharmlosung von Gewalt bestraft wurden.

— Aus Artikel 10 MRK sollen sich Einschränkungen für das in § 70 StGB auch für Journalisten vorgesehene Berufsverbot ergeben¹⁶⁹; ob hier der Gesetzgeber gefordert ist, erscheint aber eher zweifelhaft¹⁷⁰; bisher hat der Gesetzgeber die Entscheidung bewußt der Rechtsprechung überlassen.

— Häufig gilt für das Strafverfahrensrecht, daß — wie oben bei der Darstellung der Untersuchungshaft-Regelung durch das StPÄG 1964

¹⁶⁸ Hübner, [in:] *Leipziger Kommentar zum StGB*, 1979, § 266 Rn. 22.

¹⁶⁹ Dreher/Tröndle, *StGB*, 43. Aufl. 1986, § 70 Rn. 5.

¹⁷⁰ Vgl. Hanack, [in:] *Leipziger Kommentar zum StGB*, 10. Aufl. 1985, § 70 Rn. 64.

belegt — nationale Regelungen im GG, in der StPO und anderen Gesetzen die MRK-Garantien der Art. 5 und 6 auch enthalten bzw. sogar umsetzen, auch wenn diese Garantien nie Einfluß auf den Gesetzgeber genommen haben. Ein weiteres Beispiel wäre das aus Art. 6 I oder II MRK nur ableitbare Schweigerecht des Beschuldigten, auf das gemäß §§ 136 I 2, 163 a IV 2 StPO schon bei den ersten Vernehmungen durch die Strafverfolgungsorgane und den Richter hinzuweisen ist; auch die Regelung verbotener Vernehmungsmethoden in § 136 a StPO schöpft wohl die Garantien des Art. 3 MRK für das Strafverfahren aus; auch die Garantie der Unabhängigkeit der Richter und die Regelungen zum Schutz ihrer Unparteilichkeit scheinen im Großen und Ganzen Art. 6 I MRK zu entsprechen.

— Damit soll nicht bestritten werden, daß es von Art. 5 und 6 MRK bisher unbeeinflusste, aber erfaßte Felder gibt, die der Gesetzgeber noch nicht so geregelt hat, daß sie diesen Garantien entsprechen. So behilft man sich bei der Bekanntgabe des Haftbefehls gemäß § 114 a StPO gegenüber der deutschen Sprache nicht mächtigen Ausländern mit der Ergänzung durch Art. 5 II MRK, und bei der von Art. 6 III a MRK geforderten Unterrichtung in einer verständlichen Sprache interpretiert man § 184 GVG, nach dem die Gerichtssprache deutsch ist, MRK-konform so, daß Ladungen, Anklageschrift, Strafbefehl und gerichtliche Entscheidungen, nicht aber der Akteninhalt, diesem Personenkreis übersetzt zugestellt werden müssen; — verwaltungsinterne Richtlinien, die das auch vorschreiben, sind kein Ersatz für gesetzliche Regelungen.

— Auch im Bereich der die Verteidigung betreffenden Regelungen des Art. 6 III b und c MRK steckt möglicherweise noch Potential, das zugunsten des Beschuldigten umgesetzt werden muß. Dies gilt wohl auch für seine Frage- und Einflußrechte gemäß Art. 6 III d StPO, die bei der geschilderten Reform des § 245 StPO nur unvollkommen beachtet wurden und sicher bei einer etwaigen Regelung der prozessualen V-Leute-Problematik beachtet werden müßten.

Damit sind wir schon bei Reformforderungen, die mit MRK-Garantien begründet werden. Es können hier nur einige wichtige genannt werden, die die Gesetzgeber prüfen sollte:

- Schaffung eines Rechtsbehelfs, mit dem Verletzungen von MRK-Garantien vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden können¹⁷¹;
- Schaffung eines Wiederaufnahmegrundes für bestimmte Fälle, in

¹⁷¹ Vgl. K ü h l, ZStW 100 (1988) unter I 1 e.

- denen der EGMR eine MRK-Verletzung festgestellt hat¹⁷² (Motiv: MRK allgemein);
- Änderung des § 350 StPO hinsichtlich der Pflichtverteidigerbestellung für die Revisionhauptverhandlung¹⁷³ (Motiv: Art. 6 III c MRK);
- Unentgeltlichkeit der Pflichtverteidigung entsprechend der Dolmetscherregelung¹⁷⁴ (Motiv: Art. 6 III c MRK);
- Ausdehnung der Dolmetscherkostenregelung auf Bußgeldverfahren¹⁷⁵ (Motiv: Art. 6 III e MRK in der Auslegung des EGMR);
- Änderung des BZRG, so daß Entscheidungen über das Absehen von der Verfolgung gemäß § 45 II JGG nicht mehr in das Bundeszentralregister eingetragen werden¹⁷⁶ (Motiv: Art. 6 II MRK, der sich bei der Frage der Eintragung von § 153 a StPO -Einstellungen durchgesetzt hat);
- Abschaffung der Ausnahmeregelungen im Kostenrecht der StPO und im StrEG, die zu einer Begründung mit forbestehendem Tatverdacht einladen¹⁷⁷ (Motiv: Art. 6 II MRK);
- Reform des Strafbefehlsverfahrens in Richtung verbesserter Einflußmöglichkeiten des Beschuldigten und Aktivierung des rechtlichen Gehörs durch ein gemischt schriftliches-mündliches Verfahren¹⁷⁸ (Motiv: Art. 6 I, III MRK);
- Regelung der Öffentlichkeitsarbeit der Strafverfolgungsorgane und Strafgerichte zur Verhinderung von Pressekampagnen und insbesondere Vorverurteilungen¹⁷⁹ (Motiv: Art. 6 I und II MRK);
- Schutz vor öffentlicher Vorverurteilung durch die Medien¹⁸⁰ (Motiv: Art. 6 II MRK);

¹⁷² Frowein, ZaöRV 46 (1986), 288, Ress (o. Fn. 5), S. 241, Vogler, [in:] Jescheck/Meyer [Hg.], *Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im deutschen und ausländischen Recht*, 1974, 726.

¹⁷³ Rieß, GA 1987, 469; Roxin (o. Fn. 24), S. 351, sowie ausführlich Harnack (o. Fn. 23), S. 318—325.

¹⁷⁴ Vgl. zu dieser Problematik Vogler (o. Fn. 15) Art. 6 Rn. 542 f.

¹⁷⁵ Vgl. zu dieser Problematik ebda, Rn. 233 ff. sowie 590 ff.

¹⁷⁶ Vgl. den abgelehnten Gesetzesantrag Hamburgs, BR-Dr 461/86 vom 10.10.1986.

¹⁷⁷ Kühl, *Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung*, 1983, S. 132 f.

¹⁷⁸ Rieß, [in:] Schreiber [Hg.] *Strafprozeß und Reform*, 1979, S. 132 f.

¹⁷⁹ Bisher nur in verwaltungsinternen Richtlinien geregelt; vgl. v. Becker, *Straftäter und Tatverdächtige in den Massenmedien*, 1979, S. 272. Nach Rogall, SK-StPO, 1987, 84 vor § 133, bereitet die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf zur Öffentlichkeitsfahndung vor.

¹⁸⁰ Vgl. aber den Bericht der Bundesregierung zum Thema „Öffentliche Vorverurteilung“..., BT-Dr 10/4608, vom 27.12.1985. Ablehnend auch Hassemer, NJW 1985, 1921 ff.

- Regelung der sog. Fernsehfangdung¹⁸¹ (Motiv: Art. 6 II, 8 und 10 II MRK);
- Ersatzlose Streichung des Haftgrundes der Tatschwere gemäß § 112 III StPO¹⁸² (Motiv: Art. 6 II MRK trotz Art. 5 I c MRK);
- Ersetzung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr durch vorläufige Maßregeln (Motiv: Art. 6 II MRK);
- Änderung der §§ 250, 251 StPO zur Bewältigung der prozessualen V-Leute-Problematik¹⁸³ (Motiv: Art. 6 I und III d MRK);
- Streichung des sog. Kontaktsperregesetzes, trotz dessen gerade erfolgter Verbesserung¹⁸⁴ (Motiv: Art. 6 I MRK).

Kristian Kühl

WPŁYW EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA NA ZACHODNIONIEMIECKIEGO USTAWODAWCĘ

W poważnej liczbie ustaw o zmianie i ustaw o reformie można stwierdzić, że ustawodawca brał pod uwagę Konwencję Praw Człowieka. Nie można jednak mówić o ustawodawstwie „bezpośrednio transponującym”, z wyjątkiem ustawy aprobującej z roku 1952 i ustawy zmieniającej (StPÄG) z roku 1964.

Odniesienia do Konwencji Praw Człowieka spotyka się częściej w zakresie prawa karnego procesowego niż w zakresie prawa karnego materialnego. W zakresie prawa karnego procesowego uwzględniono przede wszystkim art. 5 i 6 Konwencji Praw Człowieka, zaś w zakresie prawa karnego materialnego art. 2, 3 i 8 tej konwencji.

Omawiany wpływ jest rzadko na tyle silny, żeby sam powodował rozstrzygnięcia ustawodawcze; Konwencja Praw Człowieka stanowi najczęściej tylko jeden z wielu powodów do reagowania ustawodawczego. Nawet w przypadku, gdy postanowienie konwencji spowodowało reformę lub przyczyniło się do niej, to znalezione przez ustawodawcę rozwiązanie często nie prowadzi wprost do realizacji postanowienia motywującego; najczęściej też nie zwalnia ono ustawodawcy od zadania dalszej konkretyzacji wprowadzanego przepisu.

Wpływ Konwencji Praw Człowieka sprowadza się często jedynie do tego, że ustawodawca rozpatruje reformę motywowaną innymi przyczynami pod kątem jej zgodności z konwencją.

Wpływ Konwencji Praw Człowieka doprowadził zarówno do powstania nowych przepisów ustawowych, jak też do zmian ustaw obowiązujących; w pewnych przypadkach nawet dostarczył uzasadnienia do utrzymania istniejącego stanu prawnego.

¹⁸¹ Vgl. Baumann, JuS 1987, 685; Fezer, Strafprozeßrecht I, 1986, S. 106 f.; Bottke, ZStW 93 (1981), 428, 447.

¹⁸² Deckers, AnwBl 1983, 420 ff.; Wolter, ZStW 93 (1981), 503.

¹⁸³ Wolter, ZStW 93 (1981), 503.

¹⁸⁴ Krekeler, NJW 1986, 417 f., vgl. auch den *Gesetzentwurf der Grünen*, BT-Dr 10/2819, vom 31.1.1985, Begr. S. 6.