

Stellungnahme

# Zum Grünbuch über die Unschuldsvermutung

Eine Untersuchung zu Reichweite und normativem Bedeutungsgehalt der Unschuldsvermutung im Spannungsfeld grenzüberschreitender Strafverfolgung in der Europäischen Union

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Strafrecht  
Günterstalstr. 73 • 79100 Freiburg i. Br.

Forschungsgruppe Strafrecht

Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale)  
Wissenschaftlicher Referent

Stand: 08.06.2006



## Inhaltsverzeichnis

A. Rechtspolitischer Hintergrund .....	5
B. Einführung in den Untersuchungsgegenstand .....	6
C. Stellungnahme .....	7
I. Einleitung .....	7
II. Grundelemente .....	7
1. Verbot der Schuldantizipation .....	7
2. Anordnung und Vollziehung der Untersuchungshaft .....	8
3. Kostenrecht .....	8
4. Verfahrenseinstellungen gem. §§ 153, 153a StPO .....	9
5. Strafvollstreckung .....	10
6. Zwischenbetrachtung .....	10
III. Besondere Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unschuldsvermutung vor dem Hauptverfahren .....	12
1. Anordnung der Untersuchungshaft .....	12
2. Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen .....	12
3. Medienberichterstattung .....	13
4. Zwischenbetrachtung .....	14
IV. Beweislast .....	14
1. Zulässigkeit von Beweislastumkehr und Änderung der Beweislast .....	15
a) Grundsätzliches .....	15
b) Beweislastumkehr .....	16
2. Entziehung von Vermögensgegenständen .....	16
3. Zwischenbetrachtung .....	17
V. Schweigerecht .....	17
1. Schutzbereich des Schweigerechts .....	17
2. Beweisrechtliche Konsequenzen der Aussage- und Mitwirkungsfreiheit .....	18
3. Zur Zulässigkeit der vorgeschlagenen Einschränkungen .....	18
a) Fehlen wissenschaftlich-rationaler Legitimation .....	19
b) Risiko entscheidungspsychologischer Verzerrungen .....	20
c) Zur Verwendbarkeit des Kriteriums <i>Fumus boni iuris</i> im Strafverfahren .....	20
4. Zwischenbetrachtung zum vollständigen Schweigen .....	21
5. Sonderfall „Teilschweigen“? .....	22
6. Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich .....	22
VI. Gewährleistung des Schutzes vor Selbstbelastung .....	23
1. Belehrungspflichten .....	23
2. Schutz vor unzulässigen Willensbeeinträchtigungen .....	24
3. Richtervorbehalt .....	24
4. Anwendbarkeit der Schutzmechanismen auf juristische Personen .....	24
5. Zwischenbetrachtung .....	25
VII. Abwesenheitsverfahren .....	26
VIII. Terrorismusbekämpfung .....	27
1. Allgemeines .....	27
2. Materielles Strafrecht .....	28
3. Prozessrecht .....	28
4. Grundlegende Veränderung der Sicherheitsarchitektur .....	29
IX. Ende der Unschuldsvermutung .....	30
X. Zum Mehrwert von EU-Vorschlägen .....	30

D. Die normative Aussage der Unschuldsvermutung .....	31
I. Zur Bandbreite der Auffassungen.....	31
II. Eignung der Unschuldsvermutung als Transmissionsriemen .....	32
III. Verbot der Desavouierung des Strafverfahrens .....	33
IV. Konsequenzen für die vorliegende Untersuchung .....	33
1. Die kritische Funktion des Desavouierungsgedankens.....	34
2. Auswirkungen auf die Annäherungsvorschläge im Grünbuch .....	34
a) Desavouierung im Bereich der Beweislastverteilung .....	34
b) Desavouierung im Bereich des Schweigerechts .....	35
E. Schlussbetrachtung .....	38
I. Nutzbarmachung des Desavouierungsgedankens in Europa .....	38
1. Materielle Folgerung.....	38
2. Institutionelle Folgerung.....	39
II. Rechtspolitische Gedanken zum Grünbuch .....	40

## A. Rechtspolitischer Hintergrund

Die Schaffung eines gemeinsamen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zählt zu den Hauptzielen der EU, Art. 2 EUV. Davon ist auch der Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen erfasst, Art. 29 EUV. Hier soll durch Abbau bestehender rechtlicher Hindernisse und verstärkte Koordinierung der Ermittlungen eine effizientere Strafverfolgung ermöglicht werden. Eine tragende Rolle zur Verwirklichung dieses Vorhabens ist dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zugeordnet.<sup>1</sup> Durch dieses Konstrukt soll die EU-weite Verkehrsfähigkeit der Entscheidungen und Maßnahmen nationaler Strafverfolgungsbehörden gewährleistet und die grenzüberschreitende Strafverfolgung in Europa verbessert werden.

In Anbetracht der vielfältigen Unterschiede zwischen den betroffenen Rechtssystemen setzt eine derart umfassende Anerkennung denknotwendig die vorherige Bildung gegenseitigen Vertrauens voraus. Die Genese gegenseitigen Vertrauens wird deshalb - mittlerweile - nachhaltig durch die Organe der EU gefördert.<sup>2</sup> Man ist auf EU-Ebene überzeugt, dass ein solches gegenseitiges Vertrauen letztlich nur aus der Gewissheit entstehen kann, dass alle europäischen Bürger Zugang zu einem Justizwesen haben, das hohe Qualitätsnormen erfüllt.<sup>3</sup> Zu dessen Gewährleistung greift die EU auch zu Legislativmaßnahmen, um ein hohes Schutzniveau und die Entwicklung gleichwertiger Standards für Verfahrensrechte zu gewährleisten. Die Grundlage für derartige Maßnahmen zur Stärkung des gegenseitigen Vertrauens sollen Untersuchungen zum Schutzniveau in den Mitgliedstaaten schaffen, die auch deren Rechtstraditionen und soziokulturelle Hintergründe gebührend berücksichtigen.<sup>4</sup> Die Grünbücher der Kommission bilden als Diskussionsgrundlage regelmäßig den Ausgangspunkt für diese Aktivitäten, die seit 2004 durch das Haager Programm in einem Aktionsplan gebündelt sind.<sup>5</sup>

Die Kommission hat bereits ein Konsultationsverfahren zu den Verfahrensgarantien in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union durchgeführt, ohne sich dabei intensiv der Unschuldsvermutung zu widmen. Sowohl Grünbuch als auch der spätere Rahmenbeschluss klammerten den Komplex der Beweiserhebung und -verwertung sowie damit zusammenhängender Verfahrensrechte aus, da diese Materie späterer Erörterung vorbehalten bleiben sollte. Auch der zwischenzeitlich vorgelegte Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Europäischen Beweisverordnung sieht zwar den Schutz bestimmter Verfahrensrechte, darunter das Recht, sich

---

<sup>1</sup> Vgl. nur Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, Amtsblatt der Europäischen Union (2005/C 53/01); Art. III-166 und I-41 des Entwurfs für eine EU-Verfassung; Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Gegenseitige Anerkennung verfahrensbeendender Entscheidungen in Strafsachen, KOM (2000) 495 endg.; *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament - Das Haager Programm: Zehn Prioritäten für die nächsten fünf Jahre. Die Partnerschaft zur Erneuerung Europas im Bereich der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, KOM (2005) 184 endg.; Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament: Mitteilung zur gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen und zur Stärkung des Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander, KOM (2005) 195 endg.

<sup>3</sup> Haager Programm, Fn. 1, 3.2.; 3.3.1; Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament: Mitteilung zur gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen und zur Stärkung des Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander, KOM (2005) 195 endg.

<sup>4</sup> Haager Programm, Fn. 1, 3.3.1.

<sup>5</sup> Das Haager Programm, Fn. 1, ist ein Fünfjahresprogramm (2005-2010) mit dem Ziel, die Schaffung eines europäischen Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts durch engere Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres zu fördern. Das Programm schließt an das Tampere-Programm an, das 2004 auslief. Für den Bereich der Sicherheit sieht es vor, dass sowohl effektiver Rechtsschutz als auch die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen vollständig umgesetzt werden sollen.

nicht selbst belasten zu müssen, vgl. Art. 12 Ib EBA, als Versagungsgründe vor, setzt sich aber nicht mit deren konkretem Schutzgehalt auseinander.<sup>6</sup>

Das vorliegende Grünbuch zur Unschuldsvermutung ist Bestandteil der nunmehr anlaufenden Diskussion zu den Verfahrensgarantien im Kontext der Beweiserhebung und -verwertung.<sup>7</sup> Die Kommission möchte vor diesem Hintergrund wissen, was unter der Unschuldsvermutung zu verstehen ist.<sup>8</sup> Im Wege des Konsultationsverfahrens soll deshalb beleuchtet werden, welche Inhalte und Gestalt die Unschuldsvermutung in den Mitgliedsstaaten hat und welche Rechte sich daraus ableiten. Eine Gesamtschau der Stellungnahmen soll ergeben, ob Handlungsbedarf für die Kommission dahin gehend besteht, durch Definition und Sicherung gemeinsamer Verfahrensgarantien das gegenseitige Vertrauen zu stärken, um eine verbesserte Zusammenarbeit zwischen den EU-Staaten zu ermöglichen. Treten störende Differenzen zutage, will man die Aufnahme solcher Rechte in den Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über Verfahrensgarantien für die Beweiserhebung und -verwertung erwägen.<sup>9</sup>

## B. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Um dem Verständnis der Unschuldsvermutung in Europa auf den Grund zu gehen, legt die Kommission einen heterogenen, knapp sechsseitigen Text als Diskussionsgrundlage vor. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR wirft sie teils durch ausdrückliche Fragen teils im Begleittext eine Reihe von Ideen oder Problemfeldern auf, die von der allgemeinen Ausgangsfrage, was unter der Unschuldsvermutung zu verstehen ist, umspannt werden.

In einem ersten Schritt wird das Gutachten den damit vorgegebenen Horizont abschreiten und die aufgeworfenen Einzelfragen gründlich erörtern (C.). Nachfolgend soll in einem zweiten Schritt eingehend beleuchtet werden, ob sich aus den angesprochenen Aspekten ein einheitliches Verständnis von Herleitung, Bedeutung und Reichweite der Unschuldsvermutung extrahieren lässt, das dann als normativer wie rechtstatsächlicher Anknüpfungspunkt für eine Vertrauensbildung dienen könnte (D.). Das Gutachten endet mit einer Schlussbetrachtung, in der konkrete Vorschläge formuliert werden, wie die Erkenntnisse dieser Untersuchung über die Unschuldsvermutung zur Verstärkung der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU fruchtbar gemacht werden können (E.).

---

<sup>6</sup> Vorschlag für den Rahmenbeschluss des Rates für die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafverfahren, KOM (2003) 688 endg. Vgl. dazu *Ahlbrecht*, NStZ 2005, 70. Der Vollstreckungsstaat kann die Durchführung oder Vollstreckung einer Europäischen Beweisanordnung versagen, wenn eine der explizit geregelten Schutzgarantien greift (Art. 12).

<sup>7</sup> In diesem Zusammenhang erfolgte jüngst auch die Veröffentlichung eines Grünbuchs zum Grundsatz „ne bis in idem“. Für 2007 sieht der Aktionsplan bereits einen Vorschlag für Mindestnormen für die Beweiserhebung vor, vgl. Aktionsplan, Fn. 5, „Annäherung von Vorschriften“, Buchstabe h.

<sup>8</sup> Die Unschuldsvermutung ist zwar als solche abstrakt in Artikel 6 Abs. 2 der EMRK sowie Artikel 48 der Grundrechtscharta der EU aufgeführt, doch bleibt ihre Reichweite trotz gewisser Konkretisierung durch die Rechtsprechung des EGMR unklar, vgl. *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 99 ff., 607 ff., 628 f. 714 ff., 742 ff., 755 ff.

<sup>9</sup> Grünbuch über die Unschuldsvermutung, KOM (2006) 174 vom 26.4.2006.

## C. Stellungnahme

### I. Einleitung

Die Unschuldsvermutung wird in Deutschland zu den zentralen Grundsätzen des Strafverfahrensrechts gezählt.<sup>10</sup> Sie ist jedoch nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt.<sup>11</sup> Bundesgerichtshof (im Folgenden: BGH) und Bundesverfassungsgericht (im Folgenden: BVerfG) sehen in ihr eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips<sup>12</sup>, der eine objektive und eine subjektive Dimension inneohnt, da die Unschuldsvermutung sowohl ein Institut des rechtsstaatlichen Strafverfahrens ist als auch subjektiv-rechtlich zum Schutz des Beschuldigten wirkt.<sup>13</sup>

Trotz der abstrakten Anerkennung ist der sachliche Gehalt der Unschuldsvermutung bis heute nicht zweifelsfrei geklärt. Zum unstreitigen Kernbestand kann allenfalls der Grundsatz *in dubio pro reo* gerechnet werden.<sup>14</sup> Daneben hat sich eine Reihe von Verfahrensgarantien im deutschen Strafprozessrecht herauskristallisiert, die mit der Unschuldsvermutung zumindest in Verbindung gebracht werden. Die im Begleittext des Grünbuchs zu Frage 1 genannten potentiellen Merkmale der Unschuldsvermutung (Verbot der Schuldantizipation, hohe Legitimationsanforderungen an die Untersuchungshaft, Selbstbelastungsfreiheit, der Grundsatz *in dubio pro reo* sowie die Sicherung eines fairen Verfahrens bei Vermögensentziehung) finden sich sämtlich in diesem Kreis wieder. In der folgenden Darstellung zu den Grundelementen (II.) wird dies im Einzelnen ausgeführt und der Katalog der Merkmale im Zuge der Ausführungen um nicht erwähnte Facetten ergänzt, die in Deutschland ebenfalls der Unschuldsvermutung zugeschrieben werden.

### II. Grundelemente

**1. Stimmen Sie den hier beschriebenen Merkmalen der Unschuldsvermutung zu? Gibt es weitere Merkmale, die hier nicht aufgeführt sind?**

#### 1. Verbot der Schuldantizipation

Die Unschuldsvermutung wird als notwendige Bedingung der Offenheit der Entscheidungsfindung im Strafverfahren angesehen.<sup>15</sup> Sie soll verhindern, dass jemand als schuldig behandelt wird, ohne dass ihm in einem gesetzlich geregelten Verfahren seine Schuld nachgewiesen worden ist.<sup>16</sup> Richter müssen jede Strafsache unvoreingenommen behandeln<sup>17</sup>, ohne sich im Vorgriff eine abschließende Meinung zu bilden oder sich gar von einer solchen bei der Entscheidungsfin-

<sup>10</sup> Rogall, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 14. Ergänzungslieferung, 1995, Vor § 133, Rn. 74.

<sup>11</sup> Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 11 Rn. 4. In einigen Bundesländern ist die Unschuldsvermutung allerdings in der Landesverfassung verankert.

<sup>12</sup> BVerfGE 19, 342, 347; 22, 254, 265; 82, 106, 114; BGHSt 34, 39, 46; 36, 228, 332.

<sup>13</sup> Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 74.

<sup>14</sup> Roxin, Fn. 11, § 11 Rn. 4; Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 74; Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 98 ff. m. w. N.; Zopfs, Der Grundsatz "in dubio pro reo", 1999, S. 330.

<sup>15</sup> Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 75; Neumann, ZStW 101 (1989), 52, 68.

<sup>16</sup> Kühl, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, 1983, S. 9 ff.; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 47. Aufl., 2004, Art. 6 MRK, Rn. 12.

<sup>17</sup> Meyer-Goßner, Fn. 16, Art. 6 MRK, Rn. 12. Im gegenteiligen Fall kommen die Befangenheitsvorschriften der §§ 22 ff. StPO zum Zug.

zung leiten zu lassen. Eine Schuldantizipation ist verboten.<sup>18</sup> Zugeordnet wird der Unschuldsvermutung daher auch der Schutz vor Vorwegnahme einer Bestrafung, bevor über die Rechtsfolge im Verfahren entschieden worden ist.<sup>19</sup> Probleme ergeben sich insofern im Hinblick auf die Anordnung und Vollziehung von Untersuchungshaft.

## 2. Anordnung und Vollziehung der Untersuchungshaft

Das Rechtsinstitut der Untersuchungshaft wird durch das Spannungsverhältnis zwischen dem in Art. 2 II S. 2 und Art. 104 Grundgesetz (im Folgenden: GG) gewährleisteten Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit und den unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung beherrscht. Die vollständige Entziehung der Freiheit ist ein Übel, das im Rechtsstaat grundsätzlich nur dem zugefügt werden darf, der wegen einer gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist.<sup>20</sup> Zur Sicherung des Strafverfahrens ist die Untersuchungshaft aber mit der Unschuldsvermutung vereinbar, denn letztere begründet nicht die Annahme, dass die angeklagte Tat sich nicht zugetragen habe, bevor sie rechtskräftig festgestellt ist.<sup>21</sup> Die Untersuchungshaft darf lediglich keinen Strafcharakter haben.<sup>22</sup>

Die Umsetzung dieser Vorgaben in der Praxis lässt jedoch Zweifel daran erwachsen, ob dieser Grundsatz wirklich durchgehalten wird. Nicht selten wird die Anordnung der Untersuchungshaft gezielt zu spezial- und generalpräventiven Zwecken eingesetzt.<sup>23</sup> Auch phänomenologisch ist sie oft kaum von der Freiheitsstrafe zu unterscheiden. Die im Gerichtsalltag häufig praktizierte Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung führt schließlich zu dem kuriosen Ergebnis, dass für den zuvor Inhaftierten ein nicht kompensierbarer Freiheitsverlust in einer Phase erfolgte, in der die Unschuldsvermutung galt.<sup>24</sup> Auch sonst nimmt die Untersuchungshaft, die eigentlich nur der Sicherstellung des Verfahrens dienen soll, einen erheblichen Teil ausgeworfener Freiheitsstrafen vorweg.<sup>25</sup> Die Dauer der Untersuchungshaft darf aber nicht außer Verhältnis zu der zu erwartenden Strafe stehen.<sup>26</sup> Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft vergrößert sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs.<sup>27</sup> An den zügigen Fortgang des Verfahrens sind deshalb auch aus diesem Grund strenge Anforderungen zu stellen.<sup>28</sup>

## 3. Kostenrecht

Kommt es abschließend nicht zu einer Verurteilung, darf die Entscheidung nicht entwertet werden. So müssen nachträgliche Kostenentscheidungen mit dem Verfahrensergebnis vereinbar sein, was nicht der Fall wäre, soweit die Entscheidung eine gerichtliche Schuldzuweisung enthielte.

<sup>18</sup> Krauß, in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 153, 161 ff.; Kühl, FS Hubmann, 1985, S. 241, 246 ff.; Gropp, JZ 91, 804, 807.

<sup>19</sup> BVerfGE 19, 342, 347; 82, 106, 114.

<sup>20</sup> BVerfG NJW 2002, 207, 208; BVerfG: 2 BvR 170/06 vom 16.03.2006, BeckRS 2006 Nr. 21829.

<sup>21</sup> BGHSt 34, 209, 210.

<sup>22</sup> BVerfGE 19, 342, 348; Hassemer, StV 84, 38 ff.; Gropp, JZ 91, 804, 809.

<sup>23</sup> Seebode, Der Vollzug der Untersuchungshaft, 1985, S. 168 ff.; Gropp, JZ 91, 804, 810 f. – Die Gepflogenheiten in der Praxis der Untersuchungshaft lassen sich daher auch als Seismograph für die Respektierung der Unschuldsvermutung verstehen.

<sup>24</sup> Hassemer, StV 84, 38, 39.

<sup>25</sup> Haberstroh, NStZ 84, 289, 290.

<sup>26</sup> BVerfGE 20, 45, 49.

<sup>27</sup> BVerfGE 36, 264, 270; 53, 152, 158f.

<sup>28</sup> BVerfG StV 2006, 81, 84 f.; BGHSt 38, 43, 46.



Ferner sind Feststellungen der Schuld in den Gründen in diesen Fällen unzulässig.<sup>29</sup> Allenfalls ein Verdacht darf geäußert werden. Ein solcher Verdacht kann auch zur Grundlage von Entscheidungen über die Auslagenerstattung u. ä. gemacht werden<sup>30</sup>, denn der Gesichtspunkt des „Verursacherprinzips“ bietet diesbezüglich hinreichend Entscheidungsmaterial.<sup>31</sup>

Mit dieser Einschränkung können dem Angeklagten auch bei Nichtverurteilung Kosten des Verfahrens auferlegt (§ 467 II Strafprozessordnung [im Folgenden: StPO]) sowie von einer Erstattung seiner notwendigen Auslagen abgesehen werden (§ 467 III, IV StPO). Auch bei einer Strafverfolgung durch Privatpersonen (sog. Privatklage, § 374 StPO) darf eine Aufteilung der Kosten und Auslagen erfolgen, wenn der Angeklagte trotz Einstellung des Verfahrens Anlass zur Klage gegeben hat (§ 471 III StPO). Werden solche kostenrechtlichen Folgen lediglich an die Beschreibung und Bewertung einer Verdachtslage geknüpft, wächst dieser Reaktion kein strafähnlicher Charakter zu, so dass die Unschuldsvermutung unberührt bleibt.<sup>32</sup>

#### 4. Verfahrenseinstellungen gem. §§ 153, 153a StPO

Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen gem. §§ 153 ff. StPO werden als unbedenklich im Hinblick auf die Unschuldsvermutung angesehen, da diese Form der Einstellung keine Schuldfeststellung oder Schuldüberzeugung voraussetzt.<sup>33</sup> Diese Vorschriften erlauben eine Einstellung trotz Tatverdachts, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der weiteren Verfolgung besteht (§ 153 StPO) oder wenn ein bestehendes öffentliches Interesse durch Auflagen und Weisungen beseitigt werden kann und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht (§ 153a StPO). Ferner kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung einzelner Taten oder Tatteile absehen, wenn die Bestrafung, zu der eine Verfolgung führen kann, gegenüber einem bereits laufenden Verfahren wegen einer anderen Tat nicht beträchtlich ins Gewicht fällt (§§ 154, 154a StPO). Bereits durch die Formulierung der Vorschriften wurde die Schuldfrage also bewusst offen gelassen.<sup>34</sup>

Im Fall einer Verurteilung wegen anderweitiger strafrechtlicher Vorwürfe dürfen solche Taten, meist Vor- und Nachtaten, deretwegen ein Verfahren eingeleitet, aber eingestellt wurde, gleichwohl unter rechtzeitigem Hinweis an den Beschuldigten bei der Strafzumessung berücksichtigt werden. Im Rahmen der Strafzumessung ist es dem Tatgericht gestattet, das gesamte Verhalten des Angeklagten vor und nach der Tat einzubeziehen, soweit es für die Beurteilung von Tat- und Persönlichkeit des Angeklagten relevant ist.<sup>35</sup> Die zweite Tat darf somit nur als Indiz für die Beurteilung der Täterpersönlichkeit und seiner Gefährlichkeit dienen.<sup>36</sup> Eine schlichte Addition des Handlungs- und Erfolgsunrechts der zweiten Tat wäre unzulässig. Voraussetzung für dieses Vorgehen ist aber in jedem Fall, dass das Gericht sich zur Wahrung der Unschulds-

<sup>29</sup> BVerfG NStZ 90, 598, 599; Kühl, NJW 88, 3233, 3236 ff.

<sup>30</sup> BVerfG NStZ 90, 598.

<sup>31</sup> Haberstroh, NStZ 84, 289, 294.

<sup>32</sup> BVerfGE 82, 106, 117; BGH NJW 75, 1829, 1831; Meyer-Gofner, Fn. 16, MRK, Art. 6, Rn. 15; Haberstroh, NStZ 84, 294.

<sup>33</sup> Deutscher Bundestag, Drucksache 7/550, S. 298.

<sup>34</sup> BVerfGE 82, 106, 118; Beulke, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., 2001, § 153, Rn. 35; § 153a, Rn. 39; Fezer, ZStW 106 (1994), 1, 33.

<sup>35</sup> BGH NStZ 98, 404; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., 2006, § 46, Rn. 49

<sup>36</sup> BGH NStZ 98, 404; Bruns, NStZ 81, 81, 84.

vermutung von der schuldhaften Begehung überzeugt und das Vorliegen solcher Taten im Verfahren prozessordnungsgemäß festgestellt hat.<sup>37</sup>

Ein ähnliches Problem der Heranziehung und Feststellung einer Tat außerhalb eines Strafverfahrens, das gerade bezüglich dieser Tat durchgeführt wird, stellt sich bei der Entscheidung über den Widerruf der Strafaussetzung bzw. des Maßregelvollzugs gem. §§ 56f, 67g Strafgesetzbuch (im Folgenden: StGB).

### 5. Strafvollstreckung

Wurde die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt, ist die Strafaussetzung zu widerrufen, wenn der Verurteilte in der Bewährungszeit eine weitere Straftat begeht, § 56f I StGB. In gleicher Weise wird hinsichtlich der Aussetzung einer Maßregel (d. h. Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, § 63 StGB; Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, § 64 StGB, Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, § 66 StGB) verfahren, § 67g StGB.

Um die Effektivität der Aussetzung als Instrument zur Legalbewährung zu steigern, wurde früher die Auffassung vertreten, dass bereits die Feststellung einer neuen Straftat im Beschlussverfahren über den Widerruf der Strafaussetzung bzw. des Maßregelvollzugs nach §§ 56f, 67g StGB hinreichend ist. Das Erfordernis einer rechtskräftigen Entscheidung in dieser anderen Sache folge aus der Unschuldsvermutung nicht.<sup>38</sup> Dem ist nunmehr der EGMR in dieser Absolutheit entgegen getreten. Es verstieße gegen die Unschuldsvermutung, die Überzeugung vom Vorliegen einer neuen Straftat auf die Vernehmung von Zeugen im Widerrufsverfahren zu stützen, bevor der Betroffene wegen dieser Tat verurteilt worden ist.<sup>39</sup> Welche Anforderungen nunmehr konkret für deren Nachweis gelten, insbesondere, ob eine rechtskräftige Entscheidung erforderlich ist, ist bislang ungeklärt.<sup>40</sup> Geboten erscheint jedenfalls eine restriktive Handhabung.<sup>41</sup> Ein glaubhaftes Geständnis vor einem Gericht soll allerdings genügen.<sup>42</sup>

### 6. Zwischenbetrachtung

Über die erläuterten Elemente hinaus werden auch Beweislastfragen allgemein, das Schweigerecht und die Begründung von Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für eine Einziehung von Vermögen mit der Unschuldsvermutung in Verbindung gebracht. Allerdings werden zahlreiche dieser behaupteten Auswirkungen der Unschuldsvermutung in Deutschland auch vehement bestritten. So sehen diverse Vertreter der Rechtswissenschaft im Schweigerecht, welches ein zentraler Bestandteil des Grünbuchs ist, keine Ausprägung der Unschuldsvermutung.<sup>43</sup> Die

<sup>37</sup> *BGH* NStZ 81, 99, 100; *BGHSt* 34, 209, 210f.; *Meyer-Gofner*, Fn. 16, MRK, Art. 6, Rn. 14; *Peukert*, EuGRZ 80, 247, 261.

<sup>38</sup> *BVerfG* NStZ 87, 118; *BGHSt* 34, 209, 210f.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25. Aufl., 2004, § 56f Rn. 3; a. A. unter Hinweis auf die EMRK *Mrozynski*, JZ 78, 255 ff.; *Boetticher*, NStZ 91, 1, 4.

<sup>39</sup> *EGMR*, Böhmer gegen Deutschland, NJW 2004, 43.

<sup>40</sup> Dagegen *Tröndle/Fischer*, Fn. 35, § 56f, Rn. 6; offen gelassen in *OLG Schleswig* NStZ 2004, 628.

<sup>41</sup> *Tröndle/Fischer*, Fn. 35, § 56f, Rn. 7.

<sup>42</sup> *BVerfG* NStZ 2005, 204; *OLG Düsseldorf* NStZ 2004, 269.

<sup>43</sup> *Rogall*, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 76; *Peukert*, EuGRZ 80, 247, 261; *Günther*, JR 78, 89, 92; *Meyer*, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 23. Aufl., 1977, § 136, Rn. 28 – Unschuldsvermutung sagt nichts über die Form des gesetzlichen Nachweises aus; anders wohl *Arndt*, NJW 66, 869,

Grundsätze der Unschuldsvermutung und des *nemo tenetur* hätten im deutschen Strafprozessrecht voneinander verschiedene normative Gewährleistungsbereiche; nicht zuletzt aufgrund ihrer unterschiedlichen rechtshistorischen Entstehungshintergründe.<sup>44</sup> Auch das für eine Verurteilung notwendige Beweismaß lässt sich ohne Rekurs auf die Unschuldsvermutung entwickeln.<sup>45</sup> Gleichfalls in Frage gestellt wird, ob die überlange Dauer der Untersuchungshaft oder Missbräuche der Untersuchungshaft zu Ermittlungs- oder Präventionszwecken tatsächlich die Unschuldsvermutung berühren oder dies nicht eher eine Frage des fairen Verfahrens und Freiheitsgrundrechts in Art. 2 II GG ist.<sup>46</sup> Andererseits werden der Unschuldsvermutung expansiv sogar Teilhabefunktionen zugeschrieben. Sie soll die Pflicht zur Information des Betroffenen über Einleitung des Verfahrens, Auswahl und Konsultation mit einem Verteidiger sowie ungestörte Kommunikation mit diesem begründen.<sup>47</sup> Nach wiederum anderer Auffassung sollen aber Verletzungen von Verfahrensvorschriften zum Nachteil des Beschuldigten sowie die Anwendung unzulässiger Vernehmungsmethoden von der Unschuldsvermutung eindeutig nicht umfasst sein.<sup>48</sup> In jüngerer Zeit wird schließlich sogar vorgebracht, dass die Unschuldsvermutung in der Rechtspraxis bedeutungslos sei, weil sich für nahezu alle Bereiche, die intuitiv der Unschuldsvermutung zugerechnet werden, ein differenzierteres verfassungsrechtliches oder einfach-rechtliches Instrumentarium finde, das den jeweils behaupteten Regelungsgehalt der Unschuldsvermutung in sich aufnehme.<sup>49</sup>

Auf die Ursachen und Auswirkungen für diese beträchtliche Uneinigkeit bezüglich der Reichweite der Unschuldsvermutung werde ich später genau eingehen (D.). Zunächst sollen aber - dem Ablauf des Grünbuchs folgend - die darin aufgeworfenen Fragen ausführlich behandelt werden. Ihr Konkretisierungsgrad ermöglicht eine Auseinandersetzung unabhängig von einer vertieften Erörterung der normativen Aussage der Unschuldsvermutung. An dieser Stelle kann es deshalb bei der Feststellung bleiben, dass die eingangs dieses Abschnitts genannten Fallgruppen auch in Deutschland jedenfalls teilweise in der Unschuldsvermutung verankert werden.

Im Anschluss an die Beschreibung der Grundelemente der Unschuldsvermutung begehrt die Kommission, konkret zu erfahren, ob im jeweiligen Mitgliedsstaat vor dem Hauptverfahren besondere Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unschuldsvermutung getroffen werden.

---

870f.; Müller, Rechtsstaat und Strafverfahren, 1980, S. 63; Bosch, sieht zumindest eine klare funktionale Verknüpfung beider Rechtsinstitute, Aspekte des *nemo-tenetur*-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1997, S. 93.

<sup>44</sup> Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 76.

<sup>45</sup> Stuckenberg, ZStW 111 (1999), 422, 453.

<sup>46</sup> Wolter, in: Systematischer Kommentar zur StPO, 11. Ergänzungslieferung, 1994, Vor § 151, Rn. 124.

<sup>47</sup> Müller, NJW 76, 1063, 1066 f.; Trechsel kritisiert dies als Überdehnung der Unschuldsvermutung, SJZ 77 (1981), 335, 336.

<sup>48</sup> Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 76; Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., 2000, MRK, Art 6, Rn. 149.

<sup>49</sup> Stuckenberg, ZStW 111 (1999), 422, 438, 439.

### III. Besondere Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unschuldsvermutung vor dem Hauptverfahren

#### 2. Werden in Ihrem Mitgliedstaat vor dem Hauptverfahren besondere Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unschuldsvermutung getroffen?

Aus dem Begleittext lässt sich folgern, dass man insbesondere Äußerungen zur Schuld des Angeklagten vor dem Hauptverfahren und die Untersuchungshaft im Blick hat. Mit letztgenanntem Institut befasst sich ausführlich das Grünbuch über die gegenseitige Anerkennung von Überwachungsmaßnahmen ohne Freiheitsentzug im Ermittlungsverfahren<sup>50</sup>, weshalb eine nähere Auseinandersetzung an dieser Stelle nicht für erforderlich gehalten wird. Gleichwohl muss eine Darstellung dieser Sicherungsmaßnahmen wegen ihrer herausgehobenen Bedeutung auch knapp auf die Untersuchungshaft rekurrieren.

#### 1. Anordnung der Untersuchungshaft

Diese Maßnahme schon gegen eine Person zu ergreifen, die einer Straftat lediglich verdächtigt wird, ist nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig.<sup>51</sup> Neben einem dringenden Tatverdacht muss einer der Haftgründe vorliegen, die abschließend in §§ 112 II, III, 112a I StPO geregelt sind (namentlich Flucht, Fluchtgefahr, Verdunkelungsgefahr, Schwere der Tat, Wiederholungsgefahr). Der Haftgrund der Tatschwere begegnet aufgrund seines pönalen Charakters Bedenken und muss verfassungskonform – einschränkend – dahin ausgelegt werden, dass zusätzlich verfahrenssichernde Haftgründe vorliegen müssen.<sup>52</sup> Die Anordnung unterliegt zudem einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>53</sup> Die Haftbedingungen sollen sich positiv von denen der Strafhaft unterscheiden. Aus diesem Grund erfolgt gem. § 119 I StPO eine Trennung von den Strafgefangenen. Die Ausgestaltung der Untersuchungshaft hat sich bezüglich der Freiheitsbeschränkungen auf das strikt Erforderliche zu beschränken.<sup>54</sup> Auch die rechtlich garantierten Verteidigungsmöglichkeiten dürfen nicht wesentlich beeinträchtigt werden.

Neben diesen Sicherungsmechanismen werden Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unschuldsvermutung auch im Hinblick auf die Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen und die Medienberichterstattung getroffen.

#### 2. Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen

Die Vornahme von Maßnahmen zur Strafverfolgung widerspricht grundsätzlich nicht der Unschuldsvermutung. Diese zwingt nicht zu der Annahme, dass die angeklagte Tat sich nicht zugezogen habe, bevor sie rechtskräftig festgestellt ist.<sup>55</sup> Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, deren Einsatz vom Vorliegen eines bestimmten Verdachtsgrads abhängig gemacht wird, begeg-

<sup>50</sup> Grünbuch über die gegenseitige Anerkennung von Überwachungsmaßnahmen ohne Freiheitsentzug im Ermittlungsverfahren, KOM (2004) 562 endg.

<sup>51</sup> *BVerfGE* NJW 2002, 207, 208; 2 BvR 401/05 vom 07.06.2005, BeckRS: 2005 Nr. 27485 - Dies ergäbe sich auch aus der grundsätzlichen Unschuldsvermutung.

<sup>52</sup> *BVerfGE* 19, 342, 350; *Meyer-Göbner*, Fn. 16, § 112, Rn. 37.

<sup>53</sup> *Meyer-Göbner*, Fn. 16, § 112, Rn. 8ff.

<sup>54</sup> *BVerfGE* 35, 5, 9f.; *Boujong*, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., 2003, Vor § 112, Rn. 8.

<sup>55</sup> *BGHSt* 34, 209, 210 f.

nen daher keinen Bedenken.<sup>56</sup> Der faktische Tatverdacht schließt die Unschuldsvermutung wegen ihres normativen Charakters nicht aus. Die Eingriffsmaßnahmen müssen lediglich die Unschuld als Möglichkeit offenlassen. Der Schutz des Beschuldigten vor unzulässigen Eingriffen wird insofern durch Mechanismen wie Verdachtsgrade und diese wiederum absichernde Richtervorbehalte gewährleistet, um einen Ausgleich kollidierender Rechtsgüter, namentlich des staatlichen Strafverfolgungsinteresses und der betroffenen Individualrechte des Maßnahmedressaten, vorzunehmen. Im Übrigen dienen diese Maßnahmen erst der Aufklärung des Tatvorwurfs und enthalten demnach keine konkludente Schuldzuweisung.

### 3. Medienberichterstattung

Schließlich gebietet die Unschuldsvermutung Zurückhaltung bei der Pressearbeit der Strafverfolgungsbehörden. Dies dient vor allem dazu, einer Vorverurteilung entgegenzuwirken.<sup>57</sup> Die Strafverfolgungsbehörden haben alles zu vermeiden, was zu einer Verselbständigung des – noch unbestätigten – Verdachts führen kann.<sup>58</sup> Zum Schutz der Justizförmigkeit des Verfahrens ist es den Strafverfolgungsbehörden untersagt, sich selbst an der Bildung der öffentlichen Meinung steuernd zu beteiligen.<sup>59</sup> Behörden dürfen einen noch nicht rechtskräftig Verurteilten in dieser Phase nicht als schuldig bezeichnen.<sup>60</sup> Allenfalls die öffentliche Bekanntgabe eines Verdachts ist zulässig. Eine Namensnennung darf dabei nur erfolgen, wenn das Berichtsgeschehen der Zeitgeschichte zuzuordnen ist und ein legitimes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht, das die Interessen des Beschuldigten überwiegt.<sup>61</sup>

Nr. 23 I der Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) regelt die Zusammenarbeit mit den Medien. Deren Unterrichtung darf der Entscheidung im Erkenntnisverfahren weder vorgreifen noch das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren beeinträchtigen. In diesem Zusammenhang kann die Preisgabe von Geheimnissen durch Amtsträger sogar strafbar sein, vgl. §§ 203, 353b StGB (Gefährdung öffentlicher Interessen durch Preisgabe von Dienstgeheimnissen). Andererseits kann die Generalstaatsanwaltschaft angehalten sein, objektivierende Gegen Darstellungen abzugeben, wenn es in der Presse zu gröblich entstellenden Tatsachenschilderungen kommt.<sup>62</sup>

Die Verantwortung für eine Vorverurteilung liegt freilich regelmäßig bei den Medien. Das deutsche Recht sieht aufgrund des hohen verfassungsrechtlichen Rangs der Pressefreiheit kaum Kontrollmöglichkeiten vor. (Eingeschränkte) Lenkungswirkung kommt primär dem Pressekodex des deutschen Presserats zu. Dieser verlangt in seinen Richtlinien, dass die Berichterstattung nicht einseitig und zudem vorurteilsfrei erfolgen soll. Ferner sind Auskunftsansprüche in den Pressegesetzen der Länder gegenüber den Strafverfolgungsbehörden entsprechend eingeschränkt.

<sup>56</sup> BVerfG NJW 90, 2741; Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 76.

<sup>57</sup> Eine Aufarbeitung der strafrechtlichen und strafprozessualen Probleme der Vorverurteilung leistet Roxin in NStZ 91, 153.

<sup>58</sup> Haberstroh, NStZ 84, 289, 290.

<sup>59</sup> Roxin, NStZ 91, 153, 158.

<sup>60</sup> Frowein, FS H. Huber, 1981, S. 553, 554 f.

<sup>61</sup> OLG Koblenz StV 87, 430, 431; OLG Hamm NJW 2000, 1278, 1279.

<sup>62</sup> Roxin, NStZ 91, 153, 159.

Da die Schutzwirkung dieser Regelungen nicht sehr weitreichend ist, wird der Unschuldsvermutung Drittwirkung zugemessen. Sie verstärkt die Abwehrrechte, namentlich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, die dem Beschuldigten gegenüber Dritten, namentlich der Presse, zum Schutz seines sozialen Geltungsanspruchs zustehen.<sup>63</sup> Diese Spielart der Unschuldsvermutung betrifft insbesondere die Prozessberichterstattung.<sup>64</sup> Unter Anerkennung und Wahrung der legitimen Informationsinteressen werden die Medien daher primär auf die sprachliche Darstellung des Tatvorwurfs und der Persönlichkeit des Beschuldigten zu achten haben. Jede Vorverurteilung und Herabsetzung der Person ist zu vermeiden.<sup>65</sup>

#### 4. Zwischenbetrachtung

Besondere Vorkehrungen zur Gewährleistung der Unschuldsvermutung finden sich in Form der hohen Rechtfertigungsvoraussetzungen bezüglich der Anordnung von Untersuchungshaft sowie der individualrechtsschützenden, abgestuften Eingriffsvoraussetzungen bei staatlichen Ermittlungsmaßnahmen. Der Schutz gegen Vorverurteilungen erfolgt durch strenge Vorgaben für die Pressearbeit der Strafverfolgungsbehörden und die Einräumung von verfassungsrechtlich-verstärkten Abwehrrechten des Beschuldigten gegenüber der Presse.

Nach Erörterung der Sicherungsmechanismen im Vorverfahren ist der Blick mit dem dritten Fragenkomplex des Grünbuchs auf die Verteilung der Beweislast im nationalen Strafverfahren zu richten. Ganz konkret will sich die Kommission Aufschluss darüber verschaffen, in welchen Fällen eine Beweislastumkehr oder eine sonstige Änderung der Beweislast akzeptiert werden kann?

#### IV. Beweislast

- 3. a) In welchen Fällen kann eine Beweislastumkehr oder eine sonstige Änderung der Beweislast akzeptiert werden?**
- b) Hatten Sie bei der grenzübergreifenden Zusammenarbeit mit Fällen zu tun, in denen die Beweislast problematisch war?**

Die Kommission listet nun drei Fallgruppen auf, in denen unter Bezugnahme auf die Auffassung des EGMR Durchbrechungen dieses Grundsatzes zulässig erscheinen. Dies sind verschuldensunabhängige Haftung, Beweislastumkehr und Einziehungsentscheidungen. Substantiiierend wird ausgeführt, dass zum einen verschuldensunabhängige Tatbestände von der EMRK gedeckt sind, soweit sie sich in angemessenen Grenzen halten und im Verhältnis zur Schwere der zur Last gelegten Tat stehen, ohne dass Verteidigungsrechte missachtet werden. Zum anderen sei es jedenfalls für weniger schwere Straftaten akzeptabel, dass der Angeklagte entlastende Erklärungen für ein bestimmtes belastendes Verhalten liefert, das ihm die Staatsanwaltschaft nachgewiesen hat. Schließlich seien auch geringere Beweisanforderungen bei der Einziehung von Vermögenswer-

<sup>63</sup> Vgl. dazu *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 147f.; *Roxin*, NStZ 91, 153, 156.

<sup>64</sup> Medienberichte können eine dramatisch stigmatisierende Wirkung haben und faktisch zu einer Vorverurteilung führen, *Kühl*, Fn. 18, S. 251. Freilich entsteht daraus ein intrikates Spannungsverhältnis mit der Pressefreiheit.

<sup>65</sup> *Marxen*, GA 80, 365, 380f.; *Hassemer*, NJW 85, 1921, 1923; *OLG Frankfurt*, NJW-RR 90, 989, 990.

ten zulässig, soweit diese angemessen, verhältnismäßig und rechtsmittelfähig ist. Die Staaten müssten auch Vorkehrungen zum Schutz der Eigentumsinteressen gutgläubiger Dritter treffen.

## 1. Zulässigkeit von Beweislastumkehr und Änderung der Beweislast

### a) Grundsätzliches

Eine Verurteilung setzt voraus, dass das Gericht (mit Hilfe der Staatsanwaltschaft) nachweist, was zur Verurteilung erforderlich ist, vgl. § 244 II StPO.<sup>66</sup> Für den Fall, dass das Gericht nicht die volle Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten gewinnt, schreibt der Zweifelssatz (in dubio pro reo) vor, dass die dem Angeklagten jeweils günstigste Rechtsfolge eintreten muss.<sup>67</sup> Darlegungs- oder Beweislasten treffen den Angeklagten nicht.<sup>68</sup> Zwingende Beweisregeln gelten ebenso wie grundsätzliche Vorsatz- und Schuldvermutungen als unzulässig.<sup>69</sup> Dem stimmt im Grundsatz auch das Bundesverfassungsgericht zu, weil jede Schuldvermutung rechtsstaatlichen Grundsätzen und der Unschuldsvermutung zuwiderlaufe.<sup>70</sup> Wie in einem hydraulischen System bewirkt die Starrheit des Beweismaßstabs aber eine Verlagerung des Anpassungsdrucks auf das materielle Recht. Modifizierung und Konstruktion von einzelnen Straftatbeständen dienen vielfach der Milderung forensischer Beweisschwierigkeiten<sup>71</sup>, denn jede Senkung von Beweisanforderungen im materiellen Recht hat den gleichen Effekt wie eine Verschiebung der Beweislast.<sup>72</sup> So zeigt die Einführung von Vorfeldtatbeständen oder Gefährdungsdelikten eine starke Verlagerung zur Bestrafung von Verdachtslagen und potentiellen Gefahrenquellen, ohne dass offen am Erfordernis des Schuldnachweises gerüttelt würde.<sup>73</sup>

Im Katalog der deutschen Straftatbestände findet man eine ganze Reihe verschleierte Schuldpräsumtionen.<sup>74</sup> Zu Recht erfolgte daher schon früh der Hinweis - sogar in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts -, dass es für die Bewertung der Verfassungsmäßigkeit einer Tatbestandskonstruktion und ihrer beweisrechtlichen Implikationen stets auf die Gestaltung des Straftatbestandes im Einzelfall ankommen müsse.<sup>75</sup> Deliktznatur und Struktur des Tatbestandes stünden im Vordergrund.<sup>76</sup> Die Grenze für Aufweichungen bei den Anforderungen an Tatunrecht und Schuld liegt in den materiellen Minimalerfordernissen an einen Straftatbestand.<sup>77</sup> Es stellt sich damit die Frage nach Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit des tatsächlich pönalisierten Verhaltens.<sup>78</sup>

<sup>66</sup> Meyer-Goßner, Fn. 16, § 155, Rn. 3.

<sup>67</sup> BVerfG MDR 75, 468, 469; BGH NStZ 2000, 498.

<sup>68</sup> Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl., 1964, Band I, Rn. 366 ff., 379; Rieß, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., 1999, Einleitung, Abschnitt H, Rn. 34, 45 ff. Stuckenberg weist allerdings auf die begriffliche Wirmis um die „Beweislast“ hin, Fn. 14, S. 87 Rn. 327.

<sup>69</sup> Eser, FS Stree/Wessels, 1993, S. 833, 846; Paulus, in: KMR Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Ergänzungslieferung, 1989, § 244, Rn. 283.

<sup>70</sup> BVerfG NStZ 87, 118; 88, 21.

<sup>71</sup> Arzt, in: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1980, S. 77ff., 82 ff.

<sup>72</sup> Weßlau, StV 91, 226, 232.

<sup>73</sup> Vgl. Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, 2000, S. 33-46, Volk, ZStW 104 (1992), 834, 840.

<sup>74</sup> Graul liefert eine instruktive Darstellung strafrechtlicher Schuldvermutungen, Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991, S. 287-320; Stuckenberg, Fn. 14, S. 95 f.

<sup>75</sup> BVerfGE 9, 167, 169.

<sup>76</sup> Weßlau, StV 91, 226, 232.

<sup>77</sup> Stuckenberg, Fn. 14, S. 529.

<sup>78</sup> Hassemer/Neumann, in: Nomos Kommentar zum StGB, Band 1, 2. Aufl., 2005, Vor § 1, S. 88 ff.

## b) Beweislastumkehr

Eine Beweislastumkehr im technischen Sinn zu Lasten des Angeklagten ist im deutschen Recht unzulässig. Dieses Verbot wird vielfach als Folge der Unschuldsvermutung bezeichnet.<sup>79</sup> Gesetzliche Beweisvermutungen oder widerlegbare Beweisregeln stehen dazu nicht im Widerspruch.<sup>80</sup> Siebürden dem Angeklagten weder eine Beweislast auf, noch schränken sie den Grundsatz der freien Beweiswürdigung ein.<sup>81</sup> Ihre Wirkung beschränkt sich darauf, den Bezugspunkt der Beweiswürdigung zu ändern, indem sie das Beweisthema anders darstellen und die Grenzen der notwendigen Beweiserhebung verschieben.<sup>82</sup>

## 2. Entziehung von Vermögensgegenständen

Die gesetzliche Regelung der Einziehung von Vermögensgegenständen spiegelt diese wichtige Differenzierung wider. Grundsätzlich wird durch § 73 StGB gestattet, einem Straftäter das für die Tat oder durch die Tat Erlangte durch Erklärung des Verfalls zu entziehen. Die Anordnung des Verfalls setzt aber eine vollumfängliche Überzeugungsbildung des Gerichts über die deliktische Herkunft des Erlangten voraus. Demgegenüber enthält die Vorschrift über den erweiterten Verfall von Gegenständen des Täters, § 73d I S. 1 StGB<sup>83</sup>, für bestimmte Deliktskategorien, namentlich Organisierte Kriminalität und terroristische Straftaten, eine Beweiserleichterung in Form einer widerlegbaren gesetzlichen Vermutung zu Lasten des Angeklagten über die Herkunft von Vermögensteilen („wenn Umstände die Annahme rechtfertigen“).<sup>84</sup> Die Rechtsprechung verlangt gleichwohl eine restriktive verfassungskonforme Auslegung dieses Merkmals,<sup>85</sup> denn einen Beweis des ersten Anscheins, der nicht auf Gewissheit, sondern Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs beruht, kennt der deutsche Strafprozess nicht.<sup>86</sup> Die Anordnung des Verfalls kommt nach dieser Maßgabe nur in Betracht, wenn der Tatrichter aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung gewinnt, dass die Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt wurden.<sup>87</sup> Dies schließt ein, dass zunächst prozessordnungsgemäß zu erforschen ist, ob der Gegenstand rechtmäßig erworben wurde.<sup>88</sup> Vernünftige Zweifel an einer deliktischen Herkunft des Gegenstandes schließen eine Verfallsanordnung in jedem Fall aus.

<sup>79</sup> *Graul*, Fn. 74, S. 324; *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen Rechtsgebieten, 1966, S. 130; *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 159.

<sup>80</sup> *Meyer-Gofner*, Fn. 16, § 261, Rn. 23.

<sup>81</sup> *BGHSt* 6, 292, 296; *Meyer-Gofner*, Fn. 16, § 261, Rn. 23;

<sup>82</sup> *Schoreit*, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl. 2003, § 261, Rn. 38; *Meyer-Gofner*, Fn. 16, § 261, Rn. 23.

<sup>83</sup> Eine Gewinnabschöpfung ermöglicht auch § 33 BtMG, dessen Abs. 1 auf § 73d StGB verweist, *Weber*, BtMG, 2. Aufl., 2003, § 33 Rn. 5-11, sowie Rn. 155 ff.

<sup>84</sup> Diese Vorschrift verletzt nach Ansicht vieler die Unschuldsvermutung, *Eser*, Fn. 69, S. 845 f.; *ders.*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, 27. Aufl., 2006, § 73d, Rn. 2; *Tröndle/Fischer*, Fn. 35, § 73d, Rn. 4ff.; *Weßlau*, StV 91, 226, 231 f. – Es komme einer Verdachtsstrafe gleich, ohne konkreten Schuldnachweis schon bloße Umstände, die die Annahme einer rechtswidrigen Herkunft rechtfertigen, für eine Verfallsanordnung genügen zu lassen.

<sup>85</sup> *BGHSt* 40, 371; *NStZ-RR* 2002, 366, 367.

<sup>86</sup> *BGH NStZ-RR* 2003, 371.

<sup>87</sup> *BGH NJW* 95, 470.

<sup>88</sup> *Katholnigg*, JR 94, 353, 354f.



### 3. Zwischenbetrachtung

Den Angeklagten treffen keine Darlegungs- oder Beweislasten. Zwingende Beweisregeln und eine Umkehr der Beweislast zu Lasten des Angeklagten sind unzulässig. Dies gilt grundsätzlich auch für die Entziehung von Vermögensgegenständen. In Ermangelung aktiver forensischer Tätigkeit kann von Seiten des Instituts jedoch keine direkte erfahrungsgetragene Aussage zu problematischen Fällen bei der grenzübergreifenden Zusammenarbeit erfolgen.

Einen weiteren Schwerpunkt setzt die Kommission beim Schutz vor Selbstbelastung und dem Schweigerecht.

## V. Schweigerecht

- 4. a) Wie wird das Schweigerecht in Ihrem Mitgliedstaat geschützt?**  
**b) Gibt es Unterschiede bei Fällen mit Auslandsberührung?**  
**c) Inwieweit gilt das Schweigerecht auch für juristische Personen?**

Nach Auffassung der Kommission schließt die Unschuldsvermutung auch den *nemo tenetur* - Grundsatz ein. Ein Zwang zur Aussage oder sonstiger Kooperation sei eine Verletzung des Schweigerechts. Dieser Grundsatz zähle gleichfalls zum Kern des Rechts auf ein faires Verfahren. Man ist daher vor allem an einer Darlegung interessiert, wie das Schweigerecht im jeweiligen Mitgliedsstaat geschützt wird.

### 1. Schutzbereich des Schweigerechts

In Deutschland genießt der Beschuldigte völlige Aussagefreiheit.<sup>89</sup> Der Beschuldigte kann über das „Ob“ und „Wie“ seiner Aussage frei entscheiden.<sup>90</sup> Dem Verbot des Selbstbelastungszwangs (*nemo tenetur seipsum accusare*) kommt Verfassungsrang zu. Es ist Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung, die auf dem Leitgedanken der Achtung vor der Menschenwürde beruht.<sup>91</sup> Diese rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit ist nicht unmittelbar in der Strafprozessordnung geregelt, sondern findet Ausdruck in einer Vielzahl von Vorschriften, die eine Belehrung des Beschuldigten über sein Wahlrecht zwischen Schweigen und Aussage vorschreiben (z. B. §§ 115 III S. 1, 128 I S. 2, 136 I S. 2, 163a III, IV S. 2, 243 IV S. 1 StPO).

Der Aussagefreiheit entspricht die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten. Die Mitwirkungsfreiheit ist neben der Aussagefreiheit die wichtigste Ausprägung des *nemo tenetur* - Grundsatzes.<sup>92</sup> Der Beschuldigte ist nicht verpflichtet und kann nicht verpflichtet werden, an Untersuchungshandlungen eines Strafverfolgungsorgans aktiv mitzuwirken.<sup>93</sup> Ihn treffen ausschließlich passive

<sup>89</sup> Eser, ZStW 79 (1967), 565, 570 ff.; Rogall, Fn. 79, S. 42 ff., 104 ff.

<sup>90</sup> BGHSt 5, 332, 334; Eser, ZStW 79 (1967), 565, 576, Eine Äußerungspflicht wird von der h. M. lediglich bezüglich sachirrelevanter Daten angenommen, deren Abfrage der Gewährleistung persönlicher Identität dient, Meyer-Gößner, Fn. 16, § 136, Rn. 5. Der Umfang dieser Pflicht wird nach § 111 OWiG ausgerichtet, Göhler, OWiG, 14. Aufl., 2006, § 111, Rn. 4, 10 ff.

<sup>91</sup> BVerfGE 38, 105, 113; 56, 37, 43; BGHSt 14, 358, 364; 34, 39, 46.

<sup>92</sup> Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 66.

<sup>93</sup> BGHSt 34, 39, 45; Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 73.

Duldungs- und Verhaltenspflichten.<sup>94</sup> Im Sprachgebrauch der deutschen Strafrechtspflege ist deshalb auch vom Passivbeteiligten die Rede.<sup>95</sup>

## 2. Beweisrechtliche Konsequenzen der Aussage- und Mitwirkungsfreiheit

Aus der Aussage- und Mitwirkungsfreiheit sowie dem Fehlen einer Wahrheitspflicht ergeben sich ferner Konsequenzen für die gerichtliche Bewertung des Verhaltens des Beschuldigten. Es ist dem Gericht verwehrt, nachteilige Schlüsse aus einem Mangel an kooperativem Verhalten zu ziehen. Dem völligen Schweigen sind dabei Äußerungen gleichzusetzen, in denen der Beschuldigte die Täterschaft pauschal bestreitet.<sup>96</sup>

Zum einen dürfen selbst nachweisbar falsche Aussagen des Angeklagten nicht sanktioniert werden.<sup>97</sup> Zum anderen ist es unzulässig, negative Konsequenzen aus dem Schweigen des Angeklagten herzuleiten.<sup>98</sup> Weder kann das Schweigen als Strafzumessungstatsache herangezogen werden, noch ist es gestattet, Schlüsse gegen den Angeklagten gerade aufgrund solchen Verhaltens zu rechtfertigen.<sup>99</sup> Die Aussageverweigerung darf nicht dazu instrumentalisiert werden, Beweislücken zu überbrücken und letzte Zweifel zu überwinden.<sup>100</sup>

Ausweislich des Grünbuchs ist die vorläufige Position der Kommission weniger absolut. So argumentiert die Kommission, dass nachteilige Rückschlüsse aus einem Schweigen zulässig sein könnten, soweit die Staatsanwaltschaft den *Fumus boni iuris*<sup>101</sup> glaubhaft gemacht hat. Die Beweise der Staatsanwaltschaft müssen diesbezüglich so überzeugend sein, dass vom Angeklagten eine Antwort verlangt werden kann. Es liege dann im Ermessen des Gerichts, Rückschlüsse zu ziehen, die der gesunde Menschenverstand nahe legt, wenn der Angeklagte in einer solchen Situation schweigt.<sup>102</sup> Die Bezugnahme auf die Entscheidung des EGMR in Murray gegen Vereinigtes Königreich suggeriert, dass damit negative Schlüsse gemeint sind.<sup>103</sup>

## 3. Zur Zulässigkeit der vorgeschlagenen Einschränkungen

Aus der Perspektive des deutschen Strafverfahrensrechts sind solche Aufweichungen der Unschuldsvermutung nach der ganz herrschenden Meinung nicht zulässig. Die Aussagefreiheit ist

<sup>94</sup> BVerfGE 56, 37, 42.

<sup>95</sup> Eine exakte Studie der Beschuldigtenstellung im Verlauf des Verfahrens offenbart daher eine gewisse Rollenambivalenz, Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1177 ff., 1216 f. Vor allem im Stadium des Ermittlungsverfahrens ist der Beschuldigte Untersuchungsobjekt, Roxin, Fn. 11, § 18 Rn. 1 – Objekt staatlichen Zwangs!

<sup>96</sup> BGHSt 25, 365, 368; 34, 324, 326.

<sup>97</sup> BGHSt 27, 374, 379 f.; Meyer-Goßner, Fn. 16, § 136, Rn. 18; Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 72. Haberstroh, NSTZ 84, 289, 293.

<sup>98</sup> BVerfG StV 95, 506; BGHSt 20, 282f.; 25, 365, 368; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 3. Aufl., 1999, Rn. 899; Meyer-Goßner, Fn. 16, § 261 Rn. 16.

<sup>99</sup> BVerfG NSTZ 95, 555; BGHSt 38, 202, 305.

<sup>100</sup> Eisenberg, Fn. 98, Rn. 909; Stree, JZ 66, 593, 599.

<sup>101</sup> In der englischsprachigen Fassung wird der Terminus *prima facie case* benutzt.

<sup>102</sup> Grünbuch über die Unschuldsvermutung, KOM (2006) 174 endg., Bl. 9 - Es dürfe lediglich keine Automatismen geben. Soweit aber die vorgebrachten Beweismittel geradezu nach einer Erklärung verlangten, zu welcher der Angeklagte auch in der Lage sein sollte, könne aus deren Ausbleiben vernünftigerweise gefolgert werden, dass es keine Erklärung gibt und der Angeklagte schuldig ist.

<sup>103</sup> John Murray gegen Vereinigtes Königreich, EUGRZ 1996, 587; vgl. zu dieser Entscheidung Kühne, EuGRZ 1996, 571, 572 - Der EGMR versäume es, Rahmen und Umfang des Schweigerechts abstrakt festzuschreiben, will aber dennoch Folgerungen aus dem Schweigen des Beschuldigten ziehen dürfen. Der zur Legitimierung dienende Hinweis auf den gesunden Menschenverstand vermag den offensichtlichen Konflikt mit der Unschuldsvermutung nicht zu überspielen.

eine der herausragenden Errungenschaften des reformierten Strafprozesses.<sup>104</sup> Dass keine nachteiligen Schlüsse aus der vollständigen Verweigerung einer Einlassung gezogen werden dürfen, gilt absolut.<sup>105</sup> Der Beschuldigte muss frei entscheiden können, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner selbst benutzt werden darf.<sup>106</sup> Er darf dabei nicht nur schweigen, sondern ebenso auf den Antritt eines Entlastungsbeweises verzichten, ohne deshalb in Kauf nehmen zu müssen, dass dieses Verhalten als belastender Umstand bewertet wird.<sup>107</sup>

Darüber hinaus finden sich weitere Gründe, die dem Vorschlag des Grünbuchs zuwiderlaufen. Diese Einwände bestehen nicht nur unabhängig davon, ob man die Unschuldsvermutung als absolutes oder relatives Recht ansieht, sondern beanspruchen auch europaweite Beachtung. Es handelt sich dabei um forensische (a) und rechtspsychologische (b) Erwägungen sowie die Implikationen der Einführung unbestimmter, artfremder Beurteilungskriterien bei der Beweiswürdigung (c).

### a) Fehlen wissenschaftlich-rationaler Legitimation

Aus einem Schweigen lässt sich schwerlich ein Schluss auf die Schuld des Beschuldigten ziehen, da die Gründe für dieses Verhalten vielschichtig sein können.<sup>108</sup> Im Hinblick darauf ist es den hiesigen Gerichten auch verwehrt, den Grund des Schweigens zu erfragen.<sup>109</sup> Das Ziehen nachteiliger Schlüsse bewirkte daher letztlich die Verallgemeinerung eines nicht bestehenden Erfahrungssatzes, nämlich des Satzes, dass nur der Schuldige schweige.<sup>110</sup> Die Einführung eines vermeintlich substantiierenden Kriteriums des *Fumus boni iuris*, der das *common sense*-Element aus Murray gegen Vereinigtes Königreich konkretisiert, gaukelt dessen Existenz nur vor. Ihr liegt ein zu einfaches Verständnis der Zweckrationalität zu Grunde. Mit dem Hinweis auf den gesunden Menschenverstand können die Erkenntnisse moderner Forensik nicht beiseite geschoben werden. Schweigen kommt als isolierter Handlung zunächst gar kein spezifischer Beweiswert zu.<sup>111</sup> Mit dieser Erkenntnis wäre es zwar nicht unvereinbar, wenn Erfahrungssätze erwachsen, weil in Reaktion auf starke Beweismittel geschwiegen wird, doch lässt sich auch für Schweigen in derartigen Konstellationen bislang kein gesicherter selbstständiger Erkenntniswert feststellen.<sup>112</sup>

<sup>104</sup> Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 67.

<sup>105</sup> BVerfG NStZ 95, 555; BGHSt 20, 281, 282f.; Meyer-Gofßner, Fn. 16, § 261 Rn. 16. Dies gilt selbst dann, wenn er der Beweisaufnahme mit lebhafter Mimik und Gestik folgt, BGH StV 93, 458.

<sup>106</sup> Miebach, NStZ 2000, 234, 235.

<sup>107</sup> BGHSt 41, 153, 155.

<sup>108</sup> Vgl. Eisenberg, Fn. 98, Rn. 900, mit einer Aufzählung möglicher Motive; Engelhardt, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl., 1999, § 261, Rn. 39.

<sup>109</sup> Meyer-Gofßner, Fn. 16, § 261, Rn. 16; Günther, JR 78, 89, 94.

<sup>110</sup> Meyer, Fn. 43, § 337, Rn. 134; BGH NStZ 97, 147 – revisionsrechtlich ist dies mit der Sachrüge geltend zu machen.

<sup>111</sup> Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001, S. 18; Rogall, Fn. 79, S. 248; Engelhardt, Fn. 108, § 261, Rn. 39; Gollwitzer, Fn. 48, § 261, Rn. 75.

<sup>112</sup> Aselmann, Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit, 2004, S. 71; Meyer, JR 66, 352; Roschmann, Das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozess, seine rechtlichen und faktischen Grenzen, 1983, S. 110 ff.

### b) Risiko entscheidungspsychologischer Verzerrungen

Zudem ist das Kriterium des *common sense* äußerst amorph und ermöglicht keine trennscharfen Abgrenzungen, wie sie ein rechtsstaatliches, faires Verfahren erfordert.<sup>113</sup> Bei der Bewertung der Beweislage stellen sich vielmehr ganz grundsätzliche Probleme, da die Einschätzung der Beweiskraft eines Beweismittels kognitiv stark von der jeweiligen Verfahrensphase und der Verfahrensstruktur insgesamt abhängt. So haben rechtspsychologische Untersuchungen gezeigt, dass Informationsverarbeitung und Urteilsverhalten des Gerichts durch das selektierte Tatbild der Ermittlungsakten und deren Beurteilung durch die Staatsanwaltschaft verzerrt werden.<sup>114</sup> Mit den Methoden der experimentellen Sozialwissenschaften wurde nachgewiesen, dass Informationen, die eine schon einmal für richtig gehaltene Hypothese bestätigen, systematisch überschätzt werden, während entgegengesetzte, dissonante Informationen systematisch unterschätzt werden. Infolge dieses Perseveranzeffekts neigen insbesondere Entscheidungsträger, die Aktenkenntnis besitzen und möglicherweise sogar schon im Zwischenverfahren bei der Zulassung der Anklage involviert waren, dazu, bereits bekannte belastende Beweismittel im Verhältnis zu späteren Entlastungsbeweisen der Verteidigung zu überbewerten. Nach dem Prinzip der selektiven Informationssuche wird auch bevorzugt nach bestätigenden Informationen für die akzeptierte Hypothese gesucht<sup>115</sup>; die belastende Bewertung des Ausbleibens entlastender Erklärungen bei erdrückender Beweislage, um Beweislücken zu schließen, würde sich insofern fast als Paradebeispiel für eine derartige Selektion aufdrängen.

In Anbetracht der subtilen psychologischen Einflussfaktoren und ihrer Wechselwirkung mit der Verfahrensstruktur überzeugt die Bezugnahme auf das vergleichsweise schlichte Merkmal des gesunden Menschenverstands nicht. Dabei hilft es auch nicht, wenn im Fall Murray zusätzlich zur Voraussetzung gemacht wird, dass Folgerungen aus einem Schweigen des Angeklagten nur durch einen professionellen Richter gezogen werden dürfen und einen Begründungszwang auslösen. Wie die zuvor erwähnten Untersuchungen gezeigt haben, sind sich die Entscheidungsträger der unterschwellig kognitiven Wirkmechanismen eben nicht bewusst.

### c) Zur Verwendbarkeit des Kriteriums *Fumus boni iuris* im Strafverfahren

Die - nur in der deutschen Übersetzung - „neu eingeführte“ Voraussetzung des *Fumus boni iuris* hilft ebenfalls nicht weiter. Es fragt sich von vornherein, ob es gelingen kann, eine Zulässigkeitsvoraussetzung für den einstweiligen Rechtsschutz vor dem EuGH, insbesondere im Bereich des EG-Kartellrechts<sup>116</sup>, für das Strafverfahren fruchtbar zu machen. Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz müssen Umstände anführen, aus denen sich ergibt, dass die Klage in der Hauptsache eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat: sog. *Fumus boni iuris*.<sup>117</sup> Die Glaubhaftmachung ge-

<sup>113</sup> Nach der englischen Fassung sind *common sense inferences* zulässig, wenn es der Staatsanwaltschaft gelingt „to ma[k]e out a prima facie case“. Freilich wird suggestiv zur Beruhigung angefügt, dass „evidence against the accused must be overwhelming“. Man fragt sich allerdings, was es nun mit der epistemologischen Lücke auf sich hat, die zwischen *prima facie* und *overwhelming evidence* klafft. Das Grünbuch verhält sich dazu nicht.

<sup>114</sup> Schönemann, StV 2000, 159, 165.

<sup>115</sup> Schönemann, StV 2000, 159, 162.

<sup>116</sup> Vgl. Schütte, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1. Aufl., 1999, § 49 Rechtsmittel im EG-Kartellrecht Rn. 104 ff., 137 ff.; Ritter, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1. Aufl., 1997-2001, VO 17 Art. 3, Rn 52-55.

<sup>117</sup> Vgl. statt vieler *EuGH*, Kommission gegen Trenker, Slg. 2001, I-2823; *EuGH*, Willeme gegen Kommission, Slg. 1999, I – 1857; *EuG*, Microsoft Corp. gegen Kommission, T-201/04 R, Beschluss des Präsidenten des Gerichts Erster Instanz vom 22. Dezember 2004.

lingt, wenn anzunehmen ist, dass die Einwände, die gegen die Entscheidung eines Organs der EG geltend gemacht werden, *prima facie* begründet sind oder nicht offensichtlich unbegründet sind und eine eingehende Prüfung erfordern<sup>118</sup>.

Übertragen auf das Strafverfahren bedeutete dies, dass nachteilige Schlüsse aus dem Schweigen des Angeklagten gerechtfertigt sind, wenn der Staatsanwaltschaft auf den ersten Blick der Nachweis der Täterschaft gelingt, oder - noch großzügiger - der Vorwurf der Täterschaft zumindest nicht offensichtlich unbegründet ist. Es geht im Strafverfahren aber gerade nicht um eine summarische Prüfung auf verkürzter Tatsachengrundlage, sondern die abschließende und umfassende Klärung einer Streitfrage im Erkenntnisverfahren. Die großzügige Interpretation der Zulässigkeitskriterien erfährt ihre Rechtfertigung im einstweiligen Rechtsschutz gerade durch die Notwendigkeit eines vorläufigen Schutzes vor vollendeten Tatsachen und nicht wieder gut zu machenden Schäden einerseits sowie die Akzessorietät zum Hauptsacheverfahren andererseits. All diese Erwägungen, welche die innere Legitimationsgrundlage für die Architektur des einstweiligen Rechtsschutzes liefern, sind im strafrechtlichen Hauptverfahren nicht präsent. Das Kriterium des *Fumus boni iuris* vermag daher zur Bewältigung des Problems, wie das Schweigen des Angeklagten zu bewerten ist, nichts beizutragen.

Die Einführung eines scheinbar etablierten, normativen Kriteriums durch das Grünbuch kann ebenfalls nicht kaschieren, dass es in der Sache um die Beschneidung von Beschuldigtenrechten auf der Grundlage menschlicher Intuition geht. Für Art. 3 der EMRK hat der EGMR die Unzulässigkeit einer derartigen Instrumentalisierung des gesunden Menschenverstands (*common sense*) selbst proklamiert.<sup>119</sup> Die Kommission begibt sich mit diesem Teil des Grünbuchs auf eine gefährlich abschüssige Bahn, deren nationalen Verlauf man nicht kontrollieren können wird. Für Deutschland erwies sich die Adaption eines solchen artfremden Elements sogar als besonders fatal, da im Zwischenverfahren letztlich nichts anderes geprüft wird als der *Fumus boni iuris*, oder genauer: *Fumus commissi delicti*, und dessen Vorliegen von einem Richter, der später am Hauptverfahren teilnimmt, bestätigt wird. Es könnte also nach den Vorstellungen im Grünbuch bereits ein Schweigen auf die Eingangsbelehrung gem. § 243 IV StPO, wonach der Vorsitzende Richter den Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen hat, nachteilige Schlussfolgerungen rechtfertigen.

#### 4. Zwischenbetrachtung zum vollständigen Schweigen

In Deutschland besteht absolute Aussage- und Mitwirkungsfreiheit. Zu ihrer Absicherung ist es den Gerichten untersagt, nachteilige Schlüsse aus der vollständigen Verweigerung einer Einlassung zu ziehen oder belastende Konsequenzen an dieses Verhalten zu knüpfen. Komplizierter liegen die Dinge auf den ersten Blick, wenn der Angeklagte nur teilweise schweigt, sich also zu bestimmten Teilpunkten einlässt, zu anderen Fragen jedoch die Aussage verweigert (sog. Teilschweigen).

<sup>118</sup> *EuG*, Atlantic Container u. a. gegen Kommission, Slg. 1995, II-595, Rn. 49 – erheblich und jedenfalls nicht ohne Grundlage; bestätigt durch *EuGH*, Kommission gegen Atlantic Container u.a., Slg. 1995, I- 2165, Rn. 25 ff.; *EuG*, SNCF und British Railways gegen Kommission, Slg. 1995, II-1433.

<sup>119</sup> *Esser*, Fn. 8, S. 525, spricht deshalb von einem „Tabubruch“.

### 5. Sonderfall „Teilschweigen“?

Das teilweise Schweigen des Angeklagten darf zumindest als Beweisanzeichen verwertet werden.<sup>120</sup> Dahinter steht die Annahme, dass ein Angeklagter, der aussagt, sich aber zu einzelnen Vorhalten nicht erklärt, sich selbst zum Beweismittel macht und damit der Beweiswürdigung des Gerichts aussetzt.<sup>121</sup> Teilaussage und Teilschweigen werden als Gesamteinlassung betrachtet, die vom Richter auch in der Gesamtschau gewürdigt werden darf.<sup>122</sup>

Dies gilt im Grundsatz für alle Fälle, in denen sich der Beschuldigte zu bestimmten Teilpunkten einlässt, zu anderen Fragen und Vorhalten aber ausdrücklich die Aussage verweigert, schweigt oder lückenhafte Angaben macht. Es gibt jedoch eine Vielzahl von Einschränkungen.<sup>123</sup> Kein Teilschweigen in diesem Sinn liegt insofern vor, wenn der Angeklagte lediglich zu einem von mehreren Tatvorwürfen schweigt.<sup>124</sup> Ferner dürfen auch nach dieser Maßgabe keine nachteiligen Wertungen unmittelbar auf das Schweigen gestützt werden, denn Gegenstand der Beweiswürdigung ist allein die Aussage und ihre Einbindung in die konkrete Prozesssituation.<sup>125</sup> Zudem dürfen auch im Kontext der Gesamtsituation keine undifferenzierten, nachteiligen Schlüsse aus dem Teilschweigen gezogen werden. Zunächst müssen nach den tatsächlichen und prozessualen Umständen bestimmte Äußerungen zu erwarten gewesen oder sonstige Ursachen für die lückenhaften Angaben zu bestimmten Aspekten des Tatvorwurfs ausgeschlossen sein.<sup>126</sup> Lässt das Verhalten mehrere Deutungsmöglichkeiten zu, müssen diese sämtlich in die Bewertung des Gerichts einbezogen werden.<sup>127</sup> Die Rechtsprechung anerkennt insoweit, dass Teilschweigen nicht zwangsläufig indizielle Bedeutung hat.<sup>128</sup>

### 6. Einbeziehung juristischer Personen in den Schutzbereich

Da der EGMR noch nicht entschieden hat, ob auch juristische Personen in den Genuss des Schweigerechts kommen, wird gleichfalls erfragt, inwieweit das Schweigerecht auch für juristische Personen gilt.

Zunächst trifft juristische Personen und Personenvereinigungen *de lege lata* in Deutschland keine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem Strafgesetzbuch.<sup>129</sup> Unternehmen können derzeit lediglich ordnungspflichtig werden, soweit entsprechende materiell-rechtliche Ordnungsvorschriften existieren. Ordnungswidrigkeiten sind Delikte, die der Gesetzgeber außerstrafrechtlicher Ahndung zuführt und deren Sanktion zuerst durch die Verwaltung verhängt wird.<sup>130</sup> Ihre

<sup>120</sup> BGHSt 20, 298 ff.; BGH NStZ 84, 377; Meyer-Göfner, Fn. 16, § 261, Rn. 17.

<sup>121</sup> BGHSt 20, 298, 300; 32, 140, 145.

<sup>122</sup> Hanack, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., 1997, § 136, Rn. 27; kritisch Kühl, JuS 86, 115, 120 f.; Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 17 Rn. 36 – teilweises Schweigen als Schuldindiz zu sehen, entwertet das Schweigerecht partiell.

<sup>123</sup> Ausführlich zur Problematik des sog. Teilschweigens, Miebach, NStZ 2000, 234, 236 ff.

<sup>124</sup> BGHSt 32, 140, 145f.; NStZ 2000, 494, 495.

<sup>125</sup> Miebach, NStZ 2000, 234, 237. Die Behandlung des Teilschweigens weist eine gewisse Ähnlichkeit zu den Vorstellungen der Kommission auf. Allerdings handelt es sich gerade nicht um eine Konstellation, in welcher der Angeklagte von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht.

<sup>126</sup> BGH NJW 2002, 2260. Nach Meyer-Göfner, Fn. 16, § 261, Rn. 17, hängt die Verwertbarkeit eines „Teilschweigens“ bei der Beweiswürdigung deshalb davon ab, dass es der Lebenserfahrung entspricht, dass ein Unschuldiger sich auch an der Stelle verteidigt hätte, an welcher der Beschuldigte schwieg.

<sup>127</sup> Meyer-Göfner, Fn. 16, § 261 Rn. 17; OLG Köln VRS 57, 429.

<sup>128</sup> BGHSt 32, 140, 145. Auch für das Teilschweigen gilt, dass Erfahrungssätze, die nachteilige Folgerungen rechtfertigen könnten, allenfalls im Ansatz bestehen, zu Recht kritisch daher Rogall, Fn. 79, S. 250 ff.; Park, StV 2001, 589, 591.

<sup>129</sup> Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 3. Aufl., 2006, § 30, Rn. 1.

<sup>130</sup> Bohnert, in: Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2000, Einleitung Rn. 1.

Sanktionierung drückt kein sozialetisches Unwerturteil aus, sondern soll als spürbarer Pflichtenappell die Beachtung von Geboten und Verboten im Vorfeld des Rechtsgüterschutzes, z. B. im Kartellrecht oder Telekommunikationsrecht, bewirken.<sup>131</sup>

Primäres Reaktionsmittel ist die Verhängung einer Geldbuße in einem Ordnungswidrigkeitsverfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), vgl. § 30 OWiG. Dennoch sind die allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren sinngemäß auch im Bußgeldverfahren anwendbar, soweit sich keine speziellen Vorschriften im OWiG finden, § 46 I OWiG. Eine solche abweichende Vorschrift findet sich in § 55 OWiG für die Anhörung des Betroffenen. Die betroffene sanktionsfähige juristische Person oder Personenvereinigung ist danach auch im Bußgeldverfahren nicht verpflichtet, eine Äußerung zur Sache abzugeben und ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass eine entsprechende Pflicht nicht besteht.<sup>132</sup> Ob eine Äußerung zur Sache erfolgen soll, entscheidet in diesen Fällen deren vertretungsberechtigtes Organ.<sup>133</sup>

Im Hinblick auf Fälle mit Auslandsberührung gilt das oben Gesagte.

## VI. Gewährleistung des Schutzes vor Selbstbelastung

- 5. a) Wie wird der Schutz vor Selbstbelastung in Ihrem Mitgliedstaat gewährleistet?**  
**b) Gibt es Unterschiede bei Fällen mit Auslandsberührung?**  
**c) Inwieweit gilt der Schutz vor Selbstbelastung auch für juristische Personen?**

### 1. Belehrungspflichten

Hauptinstrument zur Sicherung der Aussagefreiheit sind die zahlreichen Belehrungspflichten, deren wichtigste bereits oben genannt wurden. Diese sollen gewährleisten, dass dem Beschuldigten gegenüber eindeutig klargestellt ist, dass es ihm freisteht, nicht auszusagen, obwohl ihm ein Richter, Staatsanwalt oder Polizist in amtlicher Eigenschaft vernehmend gegenübertritt.<sup>134</sup> Diese Belehrung hat bei jeder jeweils ersten Vernehmung durch Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht zu erfolgen, unabhängig davon, ob der Beschuldigte seine Rechte kennt.<sup>135</sup> Unterbleibt eine Belehrung, so ist die daraufhin erfolgende Aussage unverwertbar.<sup>136</sup> Zwar kann ein solcher Verstoß geheilt werden, indem die Belehrung nachgeholt wird, doch ist auch die neuerliche Einlassung nur dann verwertbar, wenn die Belehrung in qualifizierter Form erging. Eine solche qualifizierte Belehrung erfordert, dass der Beschuldigte auch über die Unverwertbarkeit der ersten Aussage und die fortbestehende, nachteilslose Entscheidungsfreiheit informiert wird.<sup>137</sup>

<sup>131</sup> Göhler, Fn. 90, Vor § 1, Rn. 9.

<sup>132</sup> Wache, in: Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2000, § 55, Rn. 14, 15.

<sup>133</sup> BVerfG BB 75, 1315; Göhler, Fn. 90, § 55, Rn. 8.

<sup>134</sup> BGHSt 42, 139, 147; Meyer-Göfner, Fn. 16, § 136, Rn. 7.

<sup>135</sup> Salditt, GA 92, 51, 52f.

<sup>136</sup> Vgl. BGHSt 38, 214, 224 f.; 39, 349; Rogall, Fn. 10, Vor § 133 Rn 167, noch anders BGHSt 22, 129; 31, 395 - bloße Ordnungsvorschrift; schon frühzeitig mit Kritik reagierte darauf das Schrifttum, vgl. Hanack, Fn. 122, § 136, Rn. 53; Amelung, StV 91, 454, 455f. Zur heutigen Rechtspraxis siehe Salditt, GA 92, 51, 52-54.

<sup>137</sup> Auch in Deutschland darf eine Aussage verwertet werden, wenn der Beschuldigte zunächst bei einer Vernehmung ohne ordnungsgemäße Belehrung ausgesagt hat und nach Belehrung erneut aussagt, BGHSt 22, 129, 132 ff.; 27, 355, 359; Voraussetzung ist dafür allerdings, dass sich der Beschuldigte bei seiner zweiten Aussage seiner Entscheidungsmöglichkeit, Angaben zur Sache zu verweigern, bewusst war, BGHSt 37, 48, 54; BGH NStZ 1988, 419. Ob dies stets eine vorherige qualifizierte Belehrung erfordert, hat der BGH bisher offengelassen, BGH NJW 2002, 975, 976. Im Schrifttum wird schon seit langem verlangt, dass es vor der zweiten Aussage eines zusätzlichen Hin-

## 2. Schutz vor unzulässigen Willensbeeinträchtigungen

Jede unzulässige Beeinträchtigung der Willensentscheidung des Beschuldigten bei der Entschlussfassung ist zu unterlassen.<sup>138</sup> Weder eine Selbstbelastung noch eine aktive Mitwirkung können ihm abverlangt werden.<sup>139</sup> Gleiches gilt in Bezug auf die Herausgabe von Beweismitteln. Der Beschuldigte braucht zu seiner Überführung nichts beizutragen. Ihn treffen keine Vorlegungs- und Herausgabepflichten.<sup>140</sup> Allerdings ist er zu passiver Duldung staatlicher Ermittlungsmaßnahmen verpflichtet. Tauglicher Gegenstand der Duldungspflicht ist aber allein Beweismaterial, das unabhängig vom Willen des Angeklagten existiert und von diesem nicht erst aktiv produziert werden muss. Bezüglich solchen Beweismaterials darf dem Betroffenen vor deren Durchführung auch durch einen entsprechenden Hinweis Gelegenheit gegeben werden, Gegenstände vorzulegen, um Durchsuchung und Beschlagnahme gem. §§ 94, 102 StPO abzuwenden.

## 3. Richtervorbehalt

Die Ausübung präventiver Rechtskontrolle zum Schutz der Beschuldigtenrechte ist Aufgabe des Ermittlungsrichters. Bei Ermittlungsmaßnahmen mit besonders hoher Eingriffsintensität behält die StPO deren Einsatz ausdrücklich der vorherigen Anordnung und Prüfung durch einen Berufsrichter als neutrale und unabhängige Instanz vor.<sup>141</sup> Nach Antrag der Staatsanwaltschaft gem. § 162 StPO hat er die Zulässigkeit der Maßnahme zu prüfen, um dadurch dem Beschuldigten oder anderen Betroffenen vorbeugend Rechtsschutz zu gewähren. Dabei hat der Richter nicht zuletzt durch eine geeignete Formulierung im Anordnungsbeschluss sicherzustellen, dass der Grundrechtseingriff messbar und kontrollierbar bleibt.<sup>142</sup> Insbesondere der Untersuchungsgegenstand ist zu spezifizieren.

## 4. Anwendbarkeit der Schutzmechanismen auf juristische Personen

Gem. § 55 OWiG ist dem Betroffenen in Verfahren wegen einer Ordnungswidrigkeit Gelegenheit zu geben, sich zum Vorwurf zu äußern, ohne dass eine Aussagepflicht bestünde<sup>143</sup>. Diese Vorschrift gilt bereits im Vorverfahren gegenüber Verwaltungsbehörde, Polizei, Staatsanwaltschaft oder Gericht. Das Privileg der Aussage- und Mitwirkungsfreiheit findet auch in Verfahren gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung Anwendung.<sup>144</sup> Ob eine Äußerung zur

---

weises bedarf, dass wegen der bisher unterbliebenen Belehrung die frühere Aussage unverwertbar ist, *Geppert*, Gedächtnisschrift für Meyer, Berlin u. a., 1990, S. 93 ff. 104 f.; *Boujong*, Fn. 54, § 136, Rn. 29.

<sup>138</sup> *Meyer-Goßner*, Fn. 16, § 136, Rn. 8.

<sup>139</sup> *BGHSt* 34, 39, 45 ff.

<sup>140</sup> *Meyer-Goßner*, Fn. 16, § 95, Rn. 5.

<sup>141</sup> Diese prinzipielle Kompetenzverlagerung soll dem Zweck der personalen Mediatisierung der staatlichen Eingriffsmacht dienen, *BVerfGE* 10, 302; *Lisken*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 3. Aufl. 2001, Abschnitt C, Rn. 76 ff.

<sup>142</sup> Vgl. *Schäfer*, in: *Löwe-Rosenberg*, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 24. Aufl., 1986, § 98, Rn. 18-20, § 105, Rn. 3748; *Meyer-Goßner*, Fn. 16, § 98, Rn. 9, § 105, Rn. 5.

<sup>143</sup> *Wache*, Fn. 132, § 55, Rn. 15.

<sup>144</sup> *Wache*, Fn. 132, § 55, Rn. 14. Aktuelle Untersuchungen haben ferner analysiert, ob bei Einführung einer materiellrechtlichen Unternehmensstrafbarkeit auch die Selbstbelastungsfreiheit der StPO Anwendung fände und dies bejaht, vgl. *Drope*, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002; *Schlüter*, *Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung nach dem geltenden Strafprozessrecht*, 2000. Beide Untersuchungen bejahen den Selbstbelastungsschutz, sehen aber Ausnahmen im Fall besonders schwerwiegender Straftaten (*Drope*, S. 206-209) sowie im Hinblick auf neutrale „Rahmentatsachen“ aus dem Umfeld des Untersuchungsgegenstandes (*Schlüter*, S. 129-137) für zulässig an; kritischer *Arzt*, *JZ* 2003, 456, 460.



Sache im Anschluss an die Belehrung erfolgen soll, entscheidet, wie schon zuvor angedeutet, das vertretungsberechtigte Organ.<sup>145</sup> Der Vertreter der juristischen Person ist auch derjenige, der Informationen, die das Unternehmen belasten können, gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zurückhalten darf.<sup>146</sup> Zudem dürfen die für den beschuldigten Verband handelnden Personen nicht in die Rolle des Zeugen gedrängt werden.<sup>147</sup> Es besteht daher für diesen Kreis ein Aussageverweigerungsrecht im Interesse der juristischen Person. Und auch im Rahmen des Ordnungswidrigkeitsverfahrens gilt, dass die Verweigerung der Mitwirkung an der Aufklärung im Zuge der freien Beweiswürdigung nicht zum Nachteil des Betroffenen gewürdigt werden darf.<sup>148</sup>

Soweit außerhalb des Ordnungswidrigkeitsverfahrens, insbesondere im Umweltschutzrecht, Auskunfts- und Handlungspflichten für juristische Personen begründet worden sind, ist dies durch präventive Erwägungen zur Gewährleistung effektiver Gefahrenabwehr gerechtfertigt und kollidiert nicht mit den Wertungen eines Strafverfahrens.<sup>149</sup> Das öffentliche Recht kennt zahlreiche derartige Vorschriften, die zur Auskunft, Aufzeichnung oder Dokumentation sowie zur Vorlage der dabei entstandenen Unterlagen an Behörden verpflichten.<sup>150</sup> Derartige öffentlich-rechtliche Auskunftsspflichten sind aber regelmäßig mit Auskunftsverweigerungsrechten bei Gefahr strafrechtlicher Verfolgung verbunden.<sup>151</sup>

Eine inhaltliche Ausweitung der Rechtsprechung des EuGH zu Auskunftsspflichten in Wettbewerbssachen erscheint dagegen problematisch. Das andersgeartete Wesen des Strafverfahrens steht einer solchen Übertragung wohl entgegen. Eine Differenzierung zwischen Kartellverfahren und Strafverfahren hat im Übrigen auch der EuGH in der zitierten Orkem-Entscheidung, durch die eine europarechtliche Verträglichkeit von Mitwirkungspflichten von Unternehmen suggeriert wird, vorgenommen.<sup>152</sup> Ohnehin dürfen Vorlage- und Mitwirkungspflichten selbst auf der Grundlage dieser Entscheidung die Verteidigungsrechte nicht beeinträchtigen, was dort jedoch in großem Umfang festgestellt wurde.<sup>153</sup>

## 5. Zwischenbetrachtung

Als Hauptinstrument zur Sicherung der Aussagefreiheit dienen Belehrungspflichten. Durch dieses Instrument soll gewährleistet werden, dass sich der Angeklagte seines Schweigerechts bei amtlicher Befragung stets bewusst ist. Erfolgt die gebotene Belehrung nicht, ist die spätere Aussage nicht verwertbar. Auch alle sonstigen unzulässigen Beeinträchtigungen der Willensfreiheit des Beschuldigten sind zu unterlassen. Dieser Schutz erstreckt sich generell auch auf juristische Personen.

<sup>145</sup> *BVerfG* BB 75, 1315; *Göhler*, Fn. 90, § 55, Rn. 8.

<sup>146</sup> *BVerfG* BB 75, 1315; *Drope*, Fn. 144, S. 213.

<sup>147</sup> *Kramer*, in: *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 1. Aufl., 1989, § 30, Rn. 198 – Der Verband könne schließlich nur durch seine Vertreter handeln; ähnlich *Rogall*, Fn. 129, § 30, Rn. 188.

<sup>148</sup> *BGHSt* 20, 281; 25, 365, 368; *Wache*, Fn. 132, § 55, Rn. 17. Zudem ist es auch im Bußgeldverfahren unzulässig, dem Betroffenen eine Beweislast aufzubürden, indem durch Beweisregeln und Beweisvermutungen die Pflicht des Richters zu umfassender Würdigung des Sachverhalts eingeschränkt wird, *Senge*, in: *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 3. Aufl., 2006, § 71 Rn. 80.

<sup>149</sup> Mit diesen wäre es auch widerspruchsfrei vereinbar, durch Einführung von *Compliance* - Programmen private Präventionsmaßnahmen oder Maßnahmen der Selbstregulierung zu fördern.

<sup>150</sup> Zur Frage der Verwertbarkeit dieser Erkenntnisse siehe *Michalke*, *NJW* 1990, 417.

<sup>151</sup> *Verrel*, *NStZ* 97, 361, 363; *Rogall*, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 142, 144.

<sup>152</sup> *Orkem gegen Kommission*, *Slg.* 1989, 3283, Rn. 30, 31.

<sup>153</sup> *Orkem gegen Kommission*, *Slg.* 1989, 3283, Rn. 41.

## VII. Abwesenheitsverfahren

**6. a) Sind Abwesenheitsverfahren nach Ihrem Recht zulässig?  
b) Stellen sich bei diesen Verfahren besondere Probleme in Bezug auf die Unschuldsvermutung, insbesondere in Fällen mit Auslandsberührung?**

Nach deutschem Recht sind Verfahren in absentia grundsätzlich unzulässig. Die Anwesenheit des Angeklagten ist zwingend vorgeschrieben. Eine Hauptverhandlung in dessen Abwesenheit ist nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig.

Der aktuelle Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Europäisches Haftbefehlgesetz - EuHbG) sieht deshalb auch in Artikel 1 eine Änderung des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen vor. Dessen § 83 Nr. 3 soll dahin geändert werden, dass eine Auslieferung unzulässig ist, wenn bei einem Ersuchen zur Vollstreckung das dem Ersuchen zugrunde liegende Urteil in Abwesenheit des Verfolgten ergangen ist.

Die Anwesenheitspflicht dient sowohl der effektiven Gewährleistung rechtlichen Gehörs und allseitiger, uneingeschränkter Verteidigung als auch der Vermeidung von Fehlurteilen und der Gewinnung eines persönlichen Eindrucks vom Angeklagten.<sup>154</sup> Gegen einen ausbleibenden Angeklagten findet eine Hauptverhandlung deshalb nicht statt, § 230 I StPO. Auch bei fehlender Entschuldigung der Abwesenheit darf das Verfahren nicht durchgeführt werden, denn der Angeklagte kann weder wirksam auf seine Anwesenheit verzichten, noch kann das Gericht ihn von seiner Anwesenheitspflicht entbinden.<sup>155</sup> Mit den Instrumenten der Vorführung oder des Haftbefehls kann lediglich der Versuch unternommen werden, die Präsenz des Angeklagten zwangsweise sicherzustellen, § 230 II StPO.

Eine Ausnahme<sup>156</sup> findet sich in § 232 StPO für Strafsachen von geringer Bedeutung, d. h. die zu erwartenden Rechtsfolgen dürfen Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätze, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Fahrverbot, Verfall, Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung, allein oder nebeneinander, nicht übersteigen. Voraussetzung für dieses Vorgehen ist jedoch, dass eine ordnungsgemäße Ladung erfolgte, wobei dies nicht durch öffentliche Bekanntmachung geschehen darf, § 232 II StPO, und der Angeklagte auf diese mögliche Rechtsfolge seines Ausbleibens hingewiesen worden sein muss, § 232 I StPO.

Hat die Hauptverhandlung gegen einen zunächst anwesenden Angeklagten begonnen, kann diese auch dann zu Ende geführt werden, wenn der Angeklagte sich zwischenzeitlich entfernt hat. Voraussetzung ist allerdings, dass eine Vernehmung über die Anklage bereits erfolgt und die weitere Anwesenheit nicht mehr erforderlich ist, § 231 I, II StPO. Sind richterliche Hinweise, namentlich wegen Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts gem. § 265 StPO erforderlich, scheidet die Fortsetzung der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten aus. Ähnliches gilt, wenn der Angeklagte seine Verhandlungsunfähigkeit vorsätzlich und schuldhaft herbeigeführt hat und dadurch die ordnungsgemäße Durch- oder Fortführung der Verhandlung in seiner Gegenwart

<sup>154</sup> BGHSt 26, 84, 90; Meyer-Goßner, Fn. 16, § 230, Rn. 3; Roxin, Fn. 11, § 42 F I 1.

<sup>155</sup> BGHSt 3, 187, 191; 22, 18, 20; 25, 317, 318.

<sup>156</sup> Die gesetzlich geregelten Ausnahmen sind §§ 231 II, 231a, 231b, 231c, 232, 233, 247, 329 II, 350 II, 387 I, 411 II S. 1 StPO.

verhindert. Eine Fortsetzung ohne den Angeklagten steht nur dann offen, wenn dessen Anwesenheit nicht unerlässlich scheint. In jedem Fall ist der Angeklagte nach Wiederherstellung der Verhandlungsfähigkeit über die wesentlichen Inhalte der versäumten Verhandlungsteile zu informieren, § 231a II StPO. Zur Sicherung des Verteidigungsinteresses der Angeklagten ist in dieser Konstellation ein Verteidiger zu bestellen, sobald eine Verhandlung ohne den Angeklagten auch nur in Betracht kommt, § 231a IV StPO. Bei ordnungswidrigem Benehmen kann ebenfalls in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt werden. Wiederum gilt dies nicht bei Unerlässlichkeit seiner Präsenz. Als weitere Sicherungsmittel sind zudem in jedem Fall das rechtliche Gehör hinsichtlich der Anklage zu gewähren und eine nachträgliche Unterrichtung über die versäumten Verfahrensinhalte nachzuholen, § 231b I, II StPO.

Der letzte Punkt auf der Agenda des Grünbuchs ist die Terrorismusbekämpfung.

## VIII. Terrorismusbekämpfung

**7. Gibt es in Ihrem innerstaatlichen Recht besondere Vorschriften für terroristische Straftaten? Wenn ja, beschreiben Sie diese Vorschriften, soweit sie die Unschuldsvermutung betreffen. Gelten diese Vorschriften auch für andere Straftaten?**

Die Kommission weist darauf hin, dass die Anti-Terror-Vorschriften mit der EMRK vereinbar sein müssen. Nach Artikel IX Absatz 2 der Leitlinien über Menschenrechte und den Kampf gegen den Terrorismus, die vom Ministerkomitee des Europarats verabschiedet wurden, muss die Unschuldsvermutung auch für vermeintliche Terroristen gelten. Eruiert wird daher, ob sich in innerstaatlichem Recht besondere Vorschriften für terroristische Straftaten finden und welche Auswirkungen diese auf die Unschuldsvermutung haben. Einschränkungen der Verteidigungsrechte wäht man akzeptabel, soweit nicht der Grundgehalt des Rechts angetastet wird und die Eingriffe streng dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgen.

### 1. Allgemeines

Der Kampf gegen den Terror ist zweifelsohne eine weltweite Herausforderung, die nur im Rahmen internationaler Kooperation erfolgreich geführt werden kann. Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung durch verbesserte Prävention, Aufklärung und Verfolgung finden ihren Ursprung daher häufig auf internationaler Ebene<sup>157</sup>, insbesondere in Form des EU-Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung<sup>158</sup> (2002) und der Konventionen 1368 (2001) und 1373 (2001) des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen. Die nationale Gesetzgebung ist daher zum einen durch die Umsetzung dieser völkerrechtlichen Instrumente geprägt. Zum anderen gibt es genuin nationale gesetzgeberische Aktivitäten, die noch in die Hochphase des Terrors der RAF (Rote Armee Fraktion) und die Stammheimprozesse zurückreichen. Diese betreffen neben dem materiellen Strafrecht auch Prozessrecht und Gefahrenabwehrrecht.

<sup>157</sup> Vgl. *Bubnoff*, NJW 2002, 2672 ff.

<sup>158</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 zur Terrorismusbekämpfung, Amtsblatt Nr. L 164 vom 22.06.2002, S. 0003 – 0007.

## 2. Materielles Strafrecht

Die nationale Gesetzgebungsaktivität im Bereich des materiellen Strafrechts ist durch das Bemühen gekennzeichnet, Zugriffsmöglichkeiten im Vor- und logistischen Umfeld von terroristischen Straftaten zu schaffen. Schwerpunkt dieser Umgestaltung war der siebente Abschnitt des StGB, der Straftaten gegen die öffentliche Ordnung gewidmet ist, §§ 123 ff. StGB. Die dort geregelten Delikte haben eine politisch äußerst sensible Materie zum Gegenstand, da sie dem Schutz des inneren Friedens und der inneren Sicherheit dienen sollen.<sup>159</sup> Vor allem im Zusammenhang mit Terrorismus und politisch motivierter Gewalt hat sich in diesem Bereich eine aktionistische ad hoc - Gesetzgebung entwickelt.<sup>160</sup> Sinnbilder dieses Trends sind §§ 130a, 129a, 129b StGB.<sup>161</sup> 130a StGB sanktioniert die Anleitung zu Straftaten, insbesondere die Verbreitung von Anleitungsbüchern („Kochbüchern“), Flugblättern und anderen (auch mündlichen) Anweisungen zu verschiedenen Methoden der Gewaltanwendung.<sup>162</sup> Damit sollen Strafbarkeitslücken im Vorfeld von Gewalttaten geschlossen und die Verbreitung von *know how* zur Begehung von Straftaten, die den öffentlichen Frieden gefährden, unterbunden werden.<sup>163</sup>

§ 129a StGB stellt die Bildung terroristischer Vereinigungen mit räumlich-organisatorischer Inlandsverankerung unter Strafe. Der mit dem 34. Strafrechtsänderungsgesetz v. 22. 8. 02 (BGBl. I 3390) geschaffene § 129b StGB erstreckt § 129a StGB nunmehr auch auf terroristische Vereinigungen im Ausland, soweit die Gruppe entweder Taten im räumlichen Geltungsbereich des Strafgesetzbuch begeht oder deutsche Staatsangehörige unter den Tätern oder Opfern sind.<sup>164</sup> Damit wird der internationalen Vernetzung, dem weltweiten Handlungsradius und der zunehmenden Außensteuerung terroristischer Organisationen Rechnung getragen.<sup>165</sup> Neben der Gründung der terroristischen Vereinigung und dem Sich-Beteiligen als Mitglied, § 129a I-III StGB, werden durch diese Tatbestände auch das Unterstützen, § 129a V 1 StGB, und das unmittelbare Werben um Mitglieder und Unterstützer, § 129a V 2 StGB, unter Strafe gestellt.<sup>166</sup>

## 3. Prozessrecht

Die Vorschriften des Besonderen Teils dienen zugleich als Anknüpfungspunkt für weitere Vorschriften des materiellen Strafrechts (§§ 138 II, 139 II StGB) sowie des Prozess- und Gerichtsverfassungsrechts (§§ 100a Nr. 1c; 100c I Nr. 2, 3e; 103 I 2; 111; 112 III; 138a II, V; 148 II; 163d I Nr. 1 StPO; §§ 120 I Nr. 6; 142a I Gerichtsverfassungsgesetz [im Folgenden: GVG]).<sup>167</sup> So ist z. B. ein Verteidiger gem. § 138a II StPO in Verfahren wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung auszuschließen, wenn Tatsachen den Verdacht begründen, er sei an

<sup>159</sup> Lenckner, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, Vorbem. §§ 123 ff., Rn. 2.

<sup>160</sup> Vgl. Bubnoff, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., 1995, Band 4, Vor § 129, Rn. 5 ff.

<sup>161</sup> Auch Strafschärfungen im Rahmen etablierter Delikte wie dem erpresserischen Menschenraub und Geiselnahme, §§ 239a, b StGB, finden sich als Reaktion auf Gewaltkriminalität, die für Terrorismus typisch ist, Eser, Fn. 84, § 239a, Rn. 1.

<sup>162</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, § 130a, Rn. 1.

<sup>163</sup> Lenckner/Sternberg-Lieben, Fn. 162, § 130a, Rn. 4; Lackner/Kühl, Fn. 38, § 130a, Rn. 4.

<sup>164</sup> Für Terrorgruppen mit Schwerpunkt außerhalb der EU ist allerdings eine - atypische - Ermächtigung zur Strafverfolgung durch das Justizministerium erforderlich.

<sup>165</sup> Bubnoff, NJW 2002, 2672, 2675.

<sup>166</sup> Tröndle/Fischer, Fn. 35, § 129a Rn. 20 – Die bloße Sympathiewerbung wurde nach kontroverser Debatte nicht einbezogen.

<sup>167</sup> Im Gerichtsverfassungsgesetz ist die spezielle erstinstanzliche Zuständigkeit des Oberlandesgerichts für Terrorismusverfahren begründet, § 120 I Nr. 6. Das Amt der Staatsanwaltschaft in diesen Strafsachen übt primär der Generalbundsanwalt aus, § 142a GVG. Aktuelle Beispiele für solche Verfahren sind die Prozesse gegen *Mounir El Motassadeq* und *Abdelghani Mzoudi* vor dem Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg.

dieser Tat beteiligt oder missbrauche den Verkehr mit dem Gefangenen dazu, Straftaten zu begehen oder die Sicherheit der Anstalt zu gefährden. Gem. 148 II StPO ist der schriftliche Verkehr mit dem Verteidiger in Terrorismusverfahren bzw. die Übergabe von Schriftstücken dahingehend eingeschränkt, dass die Schriftstücke zunächst einem Richter vorgelegt werden müssen. Diese besondere Form der ausnahmsweise gestatteten Überwachung soll verhindern, dass der verdächtige Gefangene weiterhin für die terroristische Vereinigung aktiv sein kann.<sup>168</sup> Zur Gewährleistung, dass keine Schriftstücke oder Gegenstände außerhalb der Überwachung übergeben werden können, sieht § 148 II 3 StPO vor, dass Trennvorrichtungen beim Verteidigerbesuch eingesetzt werden können.<sup>169</sup> Eine weitergehende optische Überwachung bleibt unzulässig.<sup>170</sup> Zur Abwehr von Gefahren, die von terroristischen Vereinigungen ausgehen, kann gem. § 31 EGGVG auch eine Kontaktsperre verhängt werden. Die Verbindung einschließlich des schriftlichen und mündlichen Verkehrs eines Gefangenen, der wegen einer Straftat nach § 129a oder § 129b StGB verurteilt worden ist, zu seinen Mithäftlingen und der Außenwelt kann unterbrochen werden, wenn dies geboten erscheint, um eine gegenwärtige Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person abzuwenden.

#### 4. Grundlegende Veränderung der Sicherheitsarchitektur

Überdies ist eine immense Ausweitung sicherheitsrechtlicher Regelungsansprüche im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Terrorismus auf allen Ebenen, d.h. Polizeirecht, Strafrechtspflege und Nachrichtendienste, zu verzeichnen.<sup>171</sup> Anti-Terror Strategien finden ihren Niederschlag vom Polizeirecht der Länder<sup>172</sup> über das Telekommunikationsrecht<sup>173</sup> und die Kontrolle von Finanzbewegungen<sup>174</sup> bis in das Asylrecht hinein.<sup>175</sup> Einen Schwerpunkt bildet die Informationsvorsorge durch Ausweitung der Befugnisse zur Sammlung und Verwertung personenbezogener Daten unter Entfaltung neuer technologiegestützter Verfahren. Eine allgemeine Tendenz zur Absenkung der Eingriffsvoraussetzungen ist deutlich sichtbar. Aus aktuellem Anlass erscheint es diesbezüglich freilich angebracht, auf die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Rasterfahndung hinzuweisen. Danach ist eine präventive polizeiliche Rasterfahndung nur dann mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar, wenn eine konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter gegeben ist.<sup>176</sup> Eine allgemeine Bedrohungslage reicht nicht aus. Zuvor hatten zahlreiche Bundesländer den Einsatz der Rasterfahndung zur Terrorismusbekämpfung im Vorfeld der Gefahrentstehung gestattet und dadurch eine Ausnahme vom Erfordernis einer gegenwärtigen Gefahr als Einschreitschwelle begründet.

<sup>168</sup> Meyer-Goßner, Fn. 16, § 148, Rn. 17.

<sup>169</sup> Meyer-Goßner, Fn. 16, § 148, Rn. 22.

<sup>170</sup> Lüderssen, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl., 2002, § 148, Rn. 43.

<sup>171</sup> Vgl. Saurer, NVwZ 2005, 275, 282. Legislative Ausprägung dieser Entwicklung sind – zumindest in Teilen – das zweite Sicherheitspaket (Terrorbekämpfungsgesetz), die Novellierung des Geldwäschegesetzes, das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz.

<sup>172</sup> Schoch, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl. (2003), Kap. 2 Rn. 244.

<sup>173</sup> Hilger, GA 2002, 557 ff.

<sup>174</sup> Hetzer, ZRP 2002, 407 ff.

<sup>175</sup> Renner, Kommentar zum Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, GG (22) Rn. 64.

<sup>176</sup> BVerfG, Beschluss v. 4.4. 2006 – 1 BvR 518/02.

## IX. Ende der Unschuldsvermutung

### 8. Wann endet die Unschuldsvermutung in Ihrem Mitgliedstaat?

Wie bereits in der Einführung erwähnt, endet die Unschuldsvermutung der EMRK in der Regel mit dem gerichtlichen Schuldspruch. Die Kommission zeigt sich insofern interessiert daran, wann dieser Punkt in den einzelnen Mitgliedsstaaten erreicht ist. An dieser Stelle wird eine weitere Abweichung des nationalen Verständnisses im Hinblick auf die Dauer der Unschuldsvermutung offenbar. Der Schutz der Unschuldsvermutung endet nach deutschem Strafprozessrecht erst mit rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens<sup>177</sup>, so dass der Angeklagte noch während des gesamten Rechtsmittelverfahrens von ihr profitiert.<sup>178</sup>

## X. Zum Mehrwert von EU-Vorschlägen

Abschließend bittet die Kommission um Stellungnahme, ob EU-Vorschläge einen Mehrwert bei der Strafverfolgung mit Auslandsberührung bieten könnten. Die Suche nach einer Antwort erfordert eine Rückbesinnung auf die Ausgangsfrage „Was ist unter der Unschuldsvermutung zu verstehen?“. Sie drückt die Suche nach einem gemeinsamen, europaweiten Verständnis dieser Verfahrensgarantie aus, da nur ein solches das Fundament für gegenseitiges Vertrauen legen kann. Das Grünbuch behandelt mit dieser Zielrichtung eine Vielfalt von Problemstellungen, die mit der Unschuldsvermutung in Verbindung gebracht werden. Fraglich ist aber, ob sich eine hinreichend einheitliche normative Aussage der Unschuldsvermutung als Anknüpfungspunkt für transnationale Vertrauensbildung überhaupt feststellen lässt.

Wie bereits angedeutet, ist für einen erheblichen Teil der behaupteten Auswirkungen der Unschuldsvermutung nicht geklärt, ob sich diese tatsächlich in jenem Grundsatz materiell verankern lassen (C.II.6). Dieser Dissens zur Reichweite der Unschuldsvermutung beeinträchtigt freilich ihre Kapazität, als Anknüpfungspunkt für die Bildung gegenseitigen Vertrauens in der EU zu fungieren. Die Meinungsverschiedenheiten machen aber nicht bei der konkreten Ausgestaltung und Reichweite der Unschuldsvermutung halt. Unternimmt man den Versuch einer detaillierten Aufarbeitung und Analyse der Bedeutung der Unschuldsvermutung, wird vielmehr deutlich, dass bereits ihr normativer Gehalt als solcher im Streit steht.<sup>179</sup> Ob und inwiefern die Unschuldsvermutung damit aus deutscher Sicht überhaupt als Bezugspunkt gegenseitigen Vertrauens taugt, hängt mithin davon ab, ob sich diese konzeptionellen Schwierigkeiten überwinden lassen und die Beschreibung einer hinreichend einheitlichen Kernaussage gelingt.

Dieser Frage ist im Folgenden durch Untersuchung der normativen Aussage der Unschuldsvermutung nachzugehen.

<sup>177</sup> *BVerfGE* 35, 202, 232; 71, 206, 216; *Meyer-Gofner*, Fn. 16, MRK, Art. 6, Rn. 15; *Marxen*, GA 80, 365, 374.

<sup>178</sup> Allerdings ist in der Literatur vertreten worden, dass die Rechtskraft letztlich nur der äußerste Zeitpunkt sei, bis zu dem die Unschuldsvermutung gelten könne, während der gesetzliche Nachweis der Schuld im erstinstanzlichen Erkenntnisverfahren verfassungsrechtlich hinreichend sein dürfte, so *Gropp*, JZ 91, 804, 813. Mit dem Charakter der Unschuldsvermutung als Rechtsprinzip wäre diese Sichtweise vereinbar.

<sup>179</sup> Siehe dazu die beeindruckende Untersuchung von *Stuckenberg*, Fn. 14. Diese Divergenzen bestehen danach auch im Rahmen ausländischer Rechtsordnungen, S. 154-437.

## D. Die normative Aussage der Unschuldsvermutung

### I. Zur Bandbreite der Auffassungen

Die Bandbreite der vertretenen Auffassungen ist immens. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien zur Veranschaulichung nur einige besonders prägnante Sichtweisen knapp dargestellt:

Nach Meinung *Frister*s besteht der normative Gehalt der Unschuldsvermutung in der Sicherung des materiell-rechtlichen Schuldprinzips.<sup>180</sup> Demgegenüber betont *Haberstroh*, dass allein die Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung gewährleistet wird.<sup>181</sup> Die Kanalisierung staatlicher Machtausübung durch Erzwingung eines Verfahrens sei das kennzeichnende Merkmal der Unschuldsvermutung.<sup>182</sup> Ganz anders liegen die Dinge für *Sax*, für den sich in der Unschuldsvermutung ein normatives Prinzip zur vornehmen, unvoreingenommenen Verhandlungsführung und ein psychologisierender Ansatz miteinander verknüpfen. Es bestünde danach ein reziprokes Wirkverhältnis von Tatverdacht und Unschuldsvermutung. Mit zunehmender Verdichtung der Verdachtselemente nehme die Unschuldsvermutung ab; letztere könne sich schließlich bei Überführung vollends auflösen.<sup>183</sup> *Krauß* und *Gropp* sehen die Existenz der Unschuldsvermutung unabhängig vom Grad der richterlichen Überzeugungsbildung und des Tatverdachts.<sup>184</sup> Die Unschuldsvermutung habe verfahrenslimitierende Lenkungswirkung, indem sie dem verfahrensleitenden Verdacht entgegenwirke und eine unvoreingenommene Beurteilung sichere<sup>185</sup>.

*Marxen* erhebt die Unschuldsvermutung indessen zum konstitutiven Rechtsprinzip, das eine friedliche Koexistenz von Menschen erst ermögliche. Schuld dürfe nur in einem justiziellen Prozess zugeschrieben werden. Dies habe zwingend einen konstitutiven Straftatbegriff zur Folge, da die Straftat erst mit rechtskräftigem Urteil entstehe.<sup>186</sup> Das *Bundesverfassungsgericht* schließlich sieht die Wurzeln der Unschuldsvermutung zwar im Rechtsstaatsprinzip<sup>187</sup>, ohne diesen allgemeinen Gedanken aber direkt in prozessuale Regeln übersetzen zu können. Als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips enthalte nämlich auch die Unschuldsvermutung keine in allen Einzelheiten bestimmten Gebote und Verbote. Ihre Auswirkungen bedürften weiterer Konkretisierung, die grundsätzlich dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten ist.<sup>188</sup>

Die Meinungslandschaft ist mithin höchst disparat. Es besteht mithin weder Klarheit über die einzelnen Elemente der Unschuldsvermutung noch über deren normative Grundlage. Damit stellt sich dringend die Frage, ob die Unschuldsvermutung überhaupt als Transmissionsriemen taugt, der als überwölbender Schutzgedanke alle Konstellationen, die im Diskussionspapier angespro-

<sup>180</sup> *Frister*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 89 ff., 476 ff. Das Objekt des Nachweises vermag nichts darüber auszusagen, wie dessen Nachweis erbracht werden soll.

<sup>181</sup> *Haberstroh*, NStZ 84, 289, 291; ähnlich *Mrozynski*, JZ 78, 255, 256f.; *Ostendorf*, StV 90, 230, 232.

<sup>182</sup> *Haberstroh*, NStZ 84, 289, 291 - Die Unschuldsvermutung wirke jedenfalls als eingriffsbegrenzendes Prinzip zu Gunsten des Beschuldigten.

<sup>183</sup> *Sax*, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann, Nipperdey, Scheuner (Hrsg.), 3. Bd., 2. Halbbd., Berlin, 1959, S. 905, 987 f.

<sup>184</sup> *Gropp*, JZ 91, 804, 805 ff.; *Krauß*, Fn. 18, S. 157 f.

<sup>185</sup> *Gropp*, JZ 91, 804, 806.

<sup>186</sup> *Marxen*, GA 80, 365, 373.

<sup>187</sup> *BVerfGE* 19, 342, 347; 74, 358, 371.

<sup>188</sup> *BVerfGE* 82, 106, 115.

chen sind, vereint. Vor allem die Forschungsleistung *Stuckenberg*s hat diesbezüglich zu einer Entzauberung der Unschuldsvermutung beigetragen.<sup>189</sup>

## II. Eignung der Unschuldsvermutung als Transmissionsriemen

*Stuckenberg* deckt in seiner Arbeit „Untersuchungen zur Unschuldsvermutung“ eine Fülle konzeptioneller Schwächen im gängigen Verständnis der Unschuldsvermutung und ihrer rechtlichen Begründung auf. Nach seinen überzeugenden Darlegungen funktioniert sie weder als Transmissionsriemen noch als Legitimationsgrundlage für bestimmte Verfahrensstrukturen oder Beschuldigtenrechte.<sup>190</sup> Im deutschen Recht sei keine materielle Grundlage vorhanden, aus der sich die Geltung der Unschuldsvermutung zwingend ableiten ließe.<sup>191</sup> Zu der Debatte, in welcher Form strafrechtlich relevante Konflikte erledigt werden sollen, trage die Unschuldsvermutung nichts bei.<sup>192</sup> Die Unschuldsvermutung könne eine bestimmte Form des Verfahrens nicht generieren. Die Suche müsse daher den Normen gelten, die das Verfahren wirklich determinieren.<sup>193</sup>

In dieser Hinsicht sind verfassungsrechtliche Vorgaben, namentlich Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Rechtsstaatsprinzip oder Willkürverbot, vor allem aber die Tatbezogenheit des Verfahrens, die prozessrechtliche Ausgestaltung der Rechtsstellung des Beschuldigten sowie die Ausgestaltung der strafprozessualen Zwangsbefugnisse für die Sicherung der individuellen Freiheitsrechte von wesentlich größerer Bedeutung als die Unschuldsvermutung.<sup>194</sup> Für nahezu jeden Bereich, der intuitiv der Unschuldsvermutung zugerechnet wird, besteht ein differenzierteres rechtliches Instrumentarium. Diese modernen dogmatischen Instrumente sind der Unschuldsvermutung weit überlegen, da sie Legitimationsanforderungen an das Verfahren unmittelbar ausdrücken können.<sup>195</sup> Im Zusammenwirken mit den Rationalitätsanforderungen der jeweiligen Zeit begründen sie die Anforderungen an den Schuldbeweis.<sup>196</sup> Die Unschuldsvermutung wirkt diesbezüglich nur noch als rhetorische Verstärkung.<sup>197</sup> Selbst wenn also einzelne schützende Formen mit der Unschuldsvermutung verbunden werden können, weist diese Verbindung keinen eigenständigen Erklärungswert auf.

Diese neue Blickrichtung ist aber nicht lediglich destruktiv, sondern hat einen konstruktiven Kern, der auch für das europäische Strafverfahrensrecht fruchtbar gemacht werden kann. Denn im Anschluss an die kritische Sektion der Unschuldsvermutung und der ihr zugeschriebenen

<sup>189</sup> *Weigend*, ZStW 111 (1999), 920.

<sup>190</sup> Kritisch *Schulz*, GA 2001, 226, dessen Vorbehalte *Stuckenberg* in seiner Replik aber überzeugend entkräftet, GA 2001, 583.

<sup>191</sup> *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 494 ff.

<sup>192</sup> *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 533.

<sup>193</sup> *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 535.

<sup>194</sup> *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 536; anders aber *Rogall*, nach dessen Auffassung die Rechtsstellung entscheidend von der Unschuldsvermutung geprägt ist, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 74.

<sup>195</sup> Allgemeine Prinzipien wie die Rechtsstaatlichkeit lassen sich nicht ohne zusätzliche Annahmen in Verfahrensregeln transformieren.

<sup>196</sup> *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 422, 456.

<sup>197</sup> Die Unschuldsvermutung verliert dadurch ihre Aura sowie zahlreiche Bedeutungen, die ihr im Laufe der Zeit mehr oder weniger beliebig zugeschrieben worden waren, *Weigend*, ZStW 111 (1999), 920; vgl. auch *Fletcher*, 15 UCLA Law Review 1203, (1967-1968), 1212 ff. – die Unschuldsvermutung sei ein Kuriosum der westlichen Rechtstradition. Sie habe keine praktische Relevanz.



Bedeutungsgehalte bemüht sich *Stuckenberg* um ihre funktionale Rekonstruktion als stark beschnittene, aber klar umrissene Rechtsfigur.<sup>198</sup>

### III. Verbot der Desavouierung des Strafverfahrens

Ausgangspunkt zur Ermittlung der normativen Funktion der Unschuldsvermutung ist die Funktion und Struktur rechtlicher Vermutungen.<sup>199</sup> *Stuckenberg* knüpft dabei an das negative Element der Vermutungsform an und leitet daraus das Erfordernis eines geordneten Entscheidungsfindungsvorgangs als notwendige Bedingung der Strafverhängung ab.<sup>200</sup> Die Unschuldsvermutung besitzt insofern lediglich formalen Charakter, denn materielle Voraussetzungen für den Entscheidungsfindungsprozess lassen sich nicht aus ihr ableiten.

Die Unschuldsvermutung schützt die Integrität des Verfahrens selbst. Sie ist zwar als Normsatz insofern tautologisch, als sie lediglich die Beachtung des geltenden Verfahrensrechts als notwendig bestätigt, doch wirkt sie darüber hinaus Verzerrungen der Verfahrensabläufe und Vorgriffen auf den Ausgang des Verfahrens entgegen.<sup>201</sup> *Stuckenberg* nennt diese Funktion das Verbot der Desavouierung des Verfahrens.<sup>202</sup> Das Verbot der Desavouierung funktioniert als theoretisches Konzept akzessorisch zur jeweils vorgegebenen Verfahrensgestalt, weil die Unschuldsvermutung, wie oben ausgeführt, nicht begründen kann, welches Verfahren zur Schuldfeststellung notwendig ist. Daraus folgt, dass auch die Desavouierungswirkung nur systemintern diagnostiziert werden kann.

### IV. Konsequenzen für die vorliegende Untersuchung

Diese normative Aussage der Unschuldsvermutung ist auch für die vorliegende Untersuchung ertragreich. Sie schärft den Blick dafür, dass es zunächst einmal nur um die Identifizierung der jeweils maßgeblichen verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Beurteilungsrahmen für die einzelnen aufgeworfenen Fragen gehen kann. Darüber hinaus wird ersichtlich, dass die Integration der einzelnen Konstellationen und Fragenkomplexe, die in der Stellungnahme erörtert wurden, in einen größeren normativen Zusammenhang, nämlich denjenigen der Unschuldsvermutung, nach dem zuvor Geschriebenen nicht gelingen kann. Dafür ermöglicht der Desavouierungsgedanke zumindest eine kritische Würdigung einzelner rechtlicher Figuren und Regelungen im Kontext des Gesamtverfahrens. Diese kritische Funktion des Desavouierungsgedankens lässt sich sogleich für die Prüfung fruchtbar machen, wie sich die Grünbuchvorschläge zu den Grundprinzipien des deutschen Strafverfahrensrechts verhalten.

<sup>198</sup> *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 519 ff.

<sup>199</sup> vgl. auch *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 422, 452. Er stützt sich dabei auf die Untersuchungen *Jerzy Wróblewski*, in: Perelman/Forières (Hrsg.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Brüssel, 1974, S. 43 ff.

<sup>200</sup> Aufgrund ihres Wesens sagt die Unschuldsvermutung aber nichts über die tatsächliche Unschuld des Menschen aus, da sie allein bestimmte Rechtsfolgen in einem prozessualen Kontext bewirken soll.

<sup>201</sup> *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 455 f. Es muss ein offener Ausgang gewährleistet sein und der Prozess damit der Absorption der Ungewissheit und der Entscheidungsfindung dienen. Es verbiete sich die Vorwegnahme zum einen der Gewissheit, der Tatbestand liege vor, zum anderen der Verhängung von Rechtsfolgen. Als prinzipiale Folgerung steht für *Stuckenberg* am Ende seiner Untersuchung, dass ein Verbot der Desavouierung des Strafverfahrens den Grund für ein Verbot der Antizipation von Strafe liefere, S. 537.

<sup>202</sup> *Stuckenberg*, ZStW 111 (1999), 422, 458. Ohne diese funktionale Beschränkung würde die Unschuldsvermutung hingegen konturenlos.

## 1. Die kritische Funktion des Desavouierungsgedankens

Im Zusammenhang mit dem rechtspolitischen Ziel der Konsultationsrunde ist dieser neue Blickwinkel sogar von besonderem Interesse, da nach den Grundlagen für gegenseitiges Vertrauen als Basis der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen geforscht wird.<sup>203</sup> Eine desavouierende Wirkung einzelner Verfahrensweisen stünde einer Vertrauensbildung gerade wegen ihrer Tiefenwirkung unversöhnlich entgegen. Mit Hilfe dieser kritischen Funktion der Unschuldsvermutung lässt sich somit klären, ob bestimmte Innovationen und Modifikationen, die eine Umsetzung des Grünbuchs mit sich brächte, desavouierend im Gesamtorganismus des deutschen Strafprozesses wirken und dadurch eine Vertrauensbildung vereiteln würden. Zu klären ist daher im Rahmen dieser Stellungnahme ganz konkret, ob die im Grünbuch aufgezeigten Spielräume aus deutscher Sicht - einzeln oder kumulativ - zu einer Desavouierung des deutschen Strafverfahrens führen würden.

## 2. Auswirkungen auf die Annäherungsvorschläge im Grünbuch

Vor diesem Hintergrund sollen zwei Punkte ausdrücklich angesprochen werden, die im Rahmen der Stellungnahme besonders intensiv und kritisch erörtert worden sind: Beweislast und Schweigerecht. Obgleich der Spielraum für eine Effektivierung der grenzüberschreitenden Strafverfolgung zu Lasten des Beschuldigten in diesem Bereich angesichts der vorangegangenen Untersuchung zur aktuellen Rechtslage äußerst begrenzt scheint, könnte sich unter dem Gesichtspunkt der Desavouierung wenigstens nachweisen lassen, dass die angedachten Innovationen mit der Unschuldsvermutung in ihrer Funktion als Desavouierungsverbot nicht unvereinbar sind. Daraus ergäbe sich wiederum die grundsätzliche Möglichkeit einer Vertrauensbildung und gegenseitigen Anerkennung in diesen Bereichen trotz fortbestehender Unverträglichkeit mit dem geltenden nationalen Recht.

### a) Desavouierung im Bereich der Beweislastverteilung

Für die Beweislastfragen lässt sich wohl nur in eng begrenztem Maße von einer möglichen Desavouierung des Strafverfahrens sprechen. Kategorisch auszuschließen sind allein Gestaltungen des Beweisrechts, die zur Vorstrukturierung einer bestimmten Sachentscheidung führen<sup>204</sup>. Dieses Maß wird durch gesetzliche Beweisregeln oder Schuldvermutungen nicht notwendig überschritten, obgleich sie eine Entfernung von der Realität des Einzelfalles bewirken. Eine solche Schematisierung bedarf zwar besonderer Legitimation, da sie zum Ausblenden der Wirklichkeit zwingen kann. Von einer Desavouierung wird man aber wohl nur dann sprechen können, wenn dabei gegen das Willkürverbot verstoßen wird oder eine Verurteilung auf offensichtlich unzureichender Tatsachengrundlage gerechtfertigt werden soll.<sup>205</sup>

Im Hinblick auf die Gestaltungen des materiellen Strafrechts, welche sich mittelbar auf die Beweislast auswirken, ist anzumerken, dass Präsumtionen bzw. faktische Nachweiserleichterungen spätestens dort nicht mehr zu rechtfertigen sind, wo auf das Merkmal selbst normtheoretisch nicht verzichtet werden kann.<sup>206</sup> Dies gilt insbesondere für die allgemeinen Verbrechenselemente des Vorsatzes und der Schuld. Soweit sich verdeckte Präsumtionen im objektiven Tatbestand

<sup>203</sup> *Weigend* weist zutreffend darauf hin, dass es jedenfalls für universell auftretende Rechtsfragen keine national abgeschottete Lösung gibt, ZStW 111 (1999), 920, 922.

<sup>204</sup> *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 544.

<sup>205</sup> *BVerfG* NJW 96, 448, 449.

<sup>206</sup> *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 554.

finden, z. B. in Form von abstrakten Gefährungsdelikten, und dadurch letztlich Risikozsetzungen pönalisiert werden und extensive Vorverlagerungen der Strafbarkeit erfolgen, hängt die normtheoretische und verfassungsrechtliche Legitimierbarkeit vom konkreten Einzelfall ab. Entsprechende Prüfungskriterien, die zur Bewertung des konkreten Straftatbestandes zu konsultieren sind<sup>207</sup>, wurden in der deutschen Strafrechtswissenschaft in jüngster Zeit verstärkt entwickelt.<sup>208</sup>

### b) Desavouierung im Bereich des Schweigerechts

Die an „Murray gegen Vereinigtes Königreich“ angelehnte Neuausrichtung des Schweigerechts trifft indessen auf kaum überwindbare Hürden. Diese ergeben sich aus der einfach-rechtlichen und verfassungsrechtlichen Ausgestaltung des Schweigerechts in Deutschland. Die Aussagefreiheit ist eine der herausragenden Errungenschaften des reformierten Strafprozesses.<sup>209</sup> In bewusster Abkehr von der Inquisitionsfunktion der Vernehmung im gemeinrechtlichen Inquisitionsprozess wurde die Befragung des Beschuldigten radikalen Beschränkungen unterworfen.<sup>210</sup> Es handelt sich dabei um Konsequenzen aus der vormals fehlenden Verteidigungsfunktion sowie den verfahrensdiskreditierenden Inquisitionsmethoden, namentlich physischer und psychischer Zwang sowie Täuschung. Diese negativen Erfahrungen haben Niederschlag in § 136 und § 136a StPO gefunden. In historischer Perspektive sichert die erste Vorschrift damit die Möglichkeit einer freiwilligen aktiven Teilnahme des Beschuldigten im Beweisverfahren, um Einwände geltend zu machen und Verdachtsmomente zerstreuen zu können<sup>211</sup>, während die zweite Vorschrift die Beweiserhebung gegen Fehlerquellen zu immunisieren versucht. Das Privileg der Aussagefreiheit ist also eine Konsequenz des Rechts auf freie Bestimmung über die Art und Weise der Verteidigung im Strafverfahren sowie des Schutzes vor intrinsisch problematischen Beweismitteln.<sup>212</sup>

In Rechtsprechung und Literatur ist dem Schweigerecht über ihren historischen Kern hinaus zusätzlich als selbstverständlichem Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung die Funktion zugeschrieben worden, Techniken zur faktischen Erzwingung einer rechtlich nicht zu erreichenden Mitwirkung des Angeklagten zu verbieten.<sup>213</sup> Eine Nachteile auslösende Obliegenheit aktiver Mitwirkung des Angeklagten an der Sachverhaltsaufklärung ist deshalb nicht legitimierbar.<sup>214</sup>

Die im Grünbuch zur Diskussion gestellte einschränkende Interpretation des Schweigerechts kompromittiert sämtliche vorgenannte Funktionen. Zu klären bleibt, ob dies auch zu einer Desavouierung des Verfahrens führen würde.

Aus forensischer Sicht stützt sich die Begründung des Grünbuchs, warum und wann Schlüsse aus dem Schweigen des Beschuldigten gezogen werden dürften, wie bereits ausgeführt

<sup>207</sup> Zur Strafwürdigkeitsprüfung allgemein, *Hassemer/Neumann*, Fn. 78, Vor § 1, S. 88 ff.

<sup>208</sup> Vgl. *Wohlers*, Fn. 73, S. 305 ff.; v. *Hirsch*, GA 2002, 2, 9; *Stächel*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 240 ff.; *Hefendehl*, GA 2002, 21.

<sup>209</sup> *Rogall*, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 67.

<sup>210</sup> *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624, 636.

<sup>211</sup> *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624, 636. Auch *Salditt* betont durch Bezugnahme auf *Löwe*, dass die Vernehmung des Beschuldigten nur ein Mittel der Verteidigung, nicht aber zur Überführung sein darf, GA 92, 51.

<sup>212</sup> *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624, 637, 640 f.

<sup>213</sup> *BVerfGE* 38, 105, 114f.; *BGHSt* 34, 39, 46; 36, 228, 332; *Roxin*, NStZ 97, 18; *Stuckenberg*, Fn. 14, S. 554. Allerdings ist er stets nur zu passiver Duldung staatlicher Ermittlungsmaßnahmen verpflichtet. Weder eine Selbstbelastung noch eine aktive Mitwirkung können ihm abverlangt werden, *BVerfGE* 55, 37, 42; *BGHSt* 34, 39 ff. *Lesch*, ZStW 111 (1999), 624, 636, kritisiert diese Lesart.

<sup>214</sup> *Heckmann*, ZRP 95, 1, 2.

(C.V.3.a), auf die Annahme eines tatsächlich nicht existierenden Erfahrungssatzes. Dies widerspricht dem Gedanken der Gewährleistung einwandfreier, rationaler Beweiserhebung, der durch ein allgemeines Absehen von der Nutzung intrinsisch fragwürdiger Beweisquellen geprägt ist. Rechtsprechung und Literatur ließen in der jüngeren Vergangenheit die klare Tendenz erkennen, die persönliche Überzeugung des Gerichts durch rationale, empirische Schlussverfahren zu ersetzen. Schlüsse von unbekanntem Tatsachen auf bekannte sollten nur anhand von gesicherten Erfahrungssätzen erfolgen.<sup>215</sup>

Gleichwohl erzwingen Alltagspragmatik und Erhaltung der normativen Eigenständigkeit der Justiz nach wie vor Modifikationen des Rationalitätsbegriffs bei der Beweiswürdigung.<sup>216</sup> So ist vor allem die richterliche Glaubwürdigkeitsbeurteilung stets von Intuitionen und persönlicher Erfahrung geprägt, ohne dass diese Zusammenhänge sich wissenschaftlich rekonstruieren ließen.<sup>217</sup> Auch der *BGH* gesteht zu, dass es akzeptabel sein kann, Entscheidungen auch nicht wissenschaftlich gesicherte Erfahrungssätze zu Grunde zu legen.<sup>218</sup> So ist für umstrittene Kausalzusammenhänge das Alternativenausschlussverfahren anerkannt, welches dem Gericht ermöglicht, nicht alle möglichen Ursachen ausschließen zu müssen, sondern unter Verwertung zusätzlicher Indizien eine Gesamtbewertung vorzunehmen.<sup>219</sup> Neben der wissenschaftlichen bleibt dadurch Raum für alltägliche Rationalität erhalten. Die Beweiswürdigung ist lediglich dann eindeutig fehlerhaft, wenn entgegenstehende Denkgesetze und gesicherte Erfahrungssätze nicht beachtet werden.<sup>220</sup> Bei Wahrung dieser Grenze dürfe sich die freie Beweiswürdigung aber durchaus damit zufrieden geben, wenn nach der Lebenserfahrung ein ausreichendes Maß an Sicherheit erreicht ist.<sup>221</sup>

Trotz der zum Schweigerecht klaren deutschen Position ist daher auch dem reformierten Strafprozess nicht fremd, dass die Beweiswürdigung und ihre Standards autonom vom Gericht gesetzt werden und dabei nur grob durch wissenschaftlich produziertes Wissen eingeschränkt sind.<sup>222</sup> Von einer Desavouierung des Verfahrens durch Einführung eines Plausibilitätskriteriums des *prima facie* – Beweises und des gesunden Menschenverstands zur Würdigung des Aussageverhaltens der Beschuldigten kann daher in dieser Hinsicht nicht gesprochen werden.

<sup>215</sup> *Roxin*, Fn. 11, § 15 Rn. 13 f.; *Meyer-Gofßner*, Fn. 16, § 261, Rn. 2.

<sup>216</sup> Vgl. dazu *Keller*, GA 99, 255, 263ff. Vielfach werden die Kriterien der Tatsachenfeststellung in Ermangelung gesetzlicher Regelung durch die Justiz selbst erzeugt, S. 267.

<sup>217</sup> *Keller*, GA 99, 255, 264f. So spricht auch *Bosch* in Bezug auf das Schweigen des Angeklagten von der psychologischen „Tatsache“, dass dem Vernehmenden die Verweigerung der Kommunikation zu bestimmten Fragen in einem stark inkriminierenden Kontext verdächtig erscheinen muss, Fn. 43, S. 194.

<sup>218</sup> *BGHSt* 37, 106; 41, 206.

<sup>219</sup> *BGHSt* 37, 106; 41, 206, 216 – „Trifft der Tatrichter eine derartige Feststellung, dann entscheidet er aber nicht die wissenschaftlich umstrittene Frage »über die Existenz eines Naturgesetzes«, sondern er erfüllt lediglich seine Aufgabe, auch dann unter Würdigung aller relevanten Indizien den konkreten Rechtsfall auf der Grundlage des gegenwärtigen Wissensstandes zu entscheiden, wenn er sich dabei - wie in der ganz überwiegenden Zahl der von ihm zu entscheidenden Fälle - bei der Beweiswürdigung (noch) nicht auf wissenschaftlich gesicherte Erfahrungssätze berufen kann.“ In diese Richtung geht wohl auch *Kühnes* Interpretation der Murray-Entscheidung. Das Gericht ziehe seine Schlüsse nämlich nicht aus dem Schweigen, sondern aus den offenen und prozessual unbedenklich verwertbaren sonstigen Umständen, *EuGRZ* 96, 571, 572.

<sup>220</sup> *BGHSt* 6, 70, 72; 17, 382, 385; 19, 33, 34; *Meyer-Gofßner*, Fn. 16, § 337, Rn. 30, 31.

<sup>221</sup> Probleme ergeben sich freilich dadurch, dass die Standards des Alltags nicht gesichert, sondern stark subjektiv geprägt sind. Der Nachweis gesetzmäßiger Zusammenhänge dürfe nicht leichtfertig durch Plausibilitätsprüfungen ersetzt werden, *Volk*, *NSStZ* 96, 105, 108 ff.; *Hamm*, *StV* 97, 159, 162 f.

<sup>222</sup> *Keller* argumentiert, dass die modernen Beweisregeln gerade nicht aus einer vorgegebenen Lebenspraxis abgeleitet werden, sondern von den Gerichten häufig „normativistisch“ gesetzt werden, so dass sie die Standards in der Lebenswirklichkeit erzeugen, *GA* 99, 255, 271.

Von größerer normativer Bedeutung ist hingegen, dass die Einführung einer prozessualen Option, aus Schweigen nachteilige Schlüsse zu ziehen, eine bestimmte Entscheidung, namentlich die Verurteilung, vorstrukturiert. Diese Stoßrichtung geht eindeutig aus Murray hervor. Dort wird zielstrebig gerechtfertigt, dass die Verweigerung der Einlassung als Bestätigung des belastenden Materials gewertet werden darf.<sup>223</sup>

Ferner wird mit einem solchen Versuch, die Verurteilung beweisrechtlich abzusichern, mittelbar eine Obliegenheit begründet, das eigene Schweigen zur Abwehr nachteiliger prozessualer Konsequenzen zu brechen. Dies ist de facto eine verfassungsrechtlich unzulässige aktive Mitwirkungspflicht.<sup>224</sup> Die absolute Wahrung des Schweigerechts und damit der kommunikativen Autonomie und Selbstbestimmung des Angeklagten erscheint im Rechtsstaat unverzichtbar<sup>225</sup>, weil sich Verfahren im gesellschaftlichen Umfeld des Rechtssystems sonst nicht legitimieren ließen.<sup>226</sup> Als Grundlage kommunikativer Autonomie muss eine konsistente Selbstdarstellung des Angeklagten rechtlich möglich sein. Ohne eine solche freie Handlungssphäre wäre seine Qualität als Rechtsperson und Verfahrenssubjekt gefährdet.<sup>227</sup> Auch der Menschenwürdegehalt der Prozesssubjektstellung des Angeklagten dürfte daher berührt sein, wenn gegen das Verbot verstoßen wird, keine Kommunikation zu erwirken, die der Beschuldigte nicht in seine Selbstdarstellung eingliedern kann.<sup>228</sup>

Durch den indirekten Äußerungszwang ergäben sich auch größte Schwierigkeiten bei der Konzipierung effektiver Verteidigungsstrategien. Zur Vermeidung unmittelbar nachteiliger Folgen kann die Verteidigung sogar zu widersprüchlichem Verhalten gezwungen sein, insbesondere wenn ursprünglich eine obstruktive oder konfliktorientierte Verteidigung erfolgt war. Hinzu kommt die permanente Beurteilungsunsicherheit, ab wann die Obliegenheit zur Erklärung nach Maßgabe des *common sense* oder *Fumus boni iuris* entsteht. Der Verteidiger müsste sich permanent in die Lage des Gerichts hineinversetzen und aus dieser Innensicht den Stand der Beweisaufnahme würdigen. Dabei wäre auch der selektierend wirkende und kaum objektiv berechenbare Perseveranzeffekt ins Kalkül zu ziehen. Eine effektive Wahrnehmung der Interessen des Angeklagten wird dadurch ganz erheblich erschwert. Gerade dies rührt am historischen Entstehungsgrund des § 136 StPO, durch den gerade die freie Gestaltung der Verteidigung ermöglicht werden sollte.

<sup>223</sup> Kühne, EuGRZ 96, 571, 572.

<sup>224</sup> Der Einsatz mittelbaren Zwanges, wie er der Kommission vorschwebt, macht es unmöglich, sicherzustellen, dass Staatsanwaltschaft und Gericht eine Aussage auch tatsächlich nur entgegennehmen, wie von der Strafprozessordnung vorgesehen, und diese nicht hoheitlich erzwingen. Es ist gerade diese feine Linie, welche die Grenze zur Unzulässigkeit markiert.

<sup>225</sup> Pawlik, GA 98, 378, 383; Salditt, GA 92, 51, 66 - Die Aussagefreiheit gewähre dem Angeklagten in der Konfrontation mit dem strafverfolgenden Staat Autonomie und Selbstbestimmung.

<sup>226</sup> Pawlik, GA 98, 378, 382. Für Pawlik ergibt sich aus der Reflexion der genuin normativen Bedingungen, denen ein Bürger, auch der Beschuldigte selbst, seine Stellung als Rechtsperson allererst verdankt, dass das Schweigerecht und die zur Sicherung dienenden §§ 136, 136 a StPO dort zum Zuge kommen, wo ihre Außerachtlassung auf eine Verfahrensweise hinausläufe, die nach den semantischen Vorgaben der gegenwärtigen Gesellschaft dieser gegenüber nicht mehr als legitim begründet werden könnten, S. 389.

<sup>227</sup> Müssig, GA 99, 119, 127.

<sup>228</sup> Stuckenberg, Fn. 14, S. 546. Es sind in erster Linie staats- und menschenrechtliche Wandlungen, die zur Subjektstellung des Beschuldigten geführt haben, Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 60; Eb. Schmidt, Fn. 68, Rn. 98. Der Einfluss des Verfassungsrechts ist unverkennbar. Die Subjektstellung des Beschuldigten ist nicht einfach eine Abreviatur für die Summe seiner positivrechtlichen Verfahrensbefugnisse, sondern ein grundlegendes verfahrensrechtliches und verfahrenspolitisches Konstitutionselement verfassungsrechtlicher Provenienz, Rogall, Fn. 10, Vor § 133, Rn. 60; Rieß, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, 1977, S. 373, 432f.

Die Einführung einer Möglichkeit, nachteilige Schlüsse aus dem Schweigen des Angeklagten ziehen, würde nach alledem zu einer Desavouierung des Verfahrens führen. Sie resultierte in einer tief greifenden Verzerrung der Situation des Angeklagten gegenüber dem rechtsstaatlichen Ideal und stellte eine der tragenden legitimierenden Säulen des reformierten Strafprozesses in Frage. Die Entstehung gegenseitigen Vertrauens ist aus deutscher Sicht in diesem Bereich des Grünbuchs kaum möglich. Eine mit den Vorstellungen des Grünbuchs korrespondierende Regelung der EU könnte daher von vornherein kein Vertrauen fördern, sondern würde Misstrauen perpetuieren.

## **E. Schlussbetrachtung**

### **I. Nutzbarmachung des Desavouierungsgedankens in Europa**

Obgleich die Funktion der Unschuldsvermutung als Schutz vor Desavouierung auf das jeweilige nationale Rechtssystem beschränkt ist, verspricht die Desavouierungsperspektive auch auf EU-weiter Ebene Erkenntnisgewinn. Der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung soll sich gerade aus dem Vertrauen der beteiligten Mitgliedsstaaten speisen. Dieses setzt eine entsprechende Vertrauensbildung voraus, die nur aus einem (Be-)Wertungsprozess als deren Grundlage hervorgehen kann. Für die einzelnen betroffenen Staaten wird dabei - schon aus ganz praktischen Gründen - nicht wegweisend sein, ob ein rechtliches Konzept oder eine bestimmte Regelung, die einer ausländischen Entscheidung zu Grunde liegt, innerhalb der Gesamtstruktur des fremden Rechtssystems legitim ist. Vielmehr wird man sich derartigen Fragestellungen durch die Linse des eigenen Verfahrenssystems annähern, so dass der Prozess der Vertrauensbildung zunächst davon geleitet wird, ob die in Frage stehende Verfahrensweise desavouierend im eigenen Verfahrenssystem wirken würde. Aus dieser rechtstatsächlichen Beobachtung lassen sich zwei Folgerungen ziehen.

#### **1. Materielle Folgerung**

Das Kriterium der Desavouierung ermöglicht eine Fortentwicklung des Konzepts der gegenseitigen Anerkennung. Es veranschaulicht, dass der Gesichtspunkt der Rechtmäßigkeit einer Entscheidung, insbesondere der Erhebung eines Beweises, nach fremdem, nationalem Recht als Grundlage für eine EU-weite Verkehrsfähigkeit nur von begrenztem Wert ist. Sollte die oben skizzierte Prüfung aus der Binnenperspektive nicht zur Feststellung einer Desavouierung des Verfahrens gelangen, stünde einer Vertrauensbildung trotz möglicher Unverträglichkeit einer Rechtsfigur mit nationalem Recht kein unüberwindbares Hindernis entgegen. Auftretende Unterschiede gegenüber anderen Rechtsordnungen erscheinen vielmehr zumindest im Ansatz akzeptabel, da im gemeinsamen europäischen Rechtsraum Toleranz gegenüber den jeweiligen Spezifika eines anderen nationalen Rechtssystems durchaus geboten ist und eingefordert werden darf.<sup>229</sup> Die eigenen fundamentalen Rechtsanschauungen, die ebenfalls aus besonderen nationalen Präferenzen gespeist sein mögen, nähmen bei einem solchen Verständnis keinen Schaden.

---

<sup>229</sup> *Gleß* sieht eine Mindestvoraussetzung für die Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung darin, dass ein normatives Konstrukt aus der Sicht der anderen Rechtsordnungen akzeptabel ist, ZStW 116 (2004), 353, 366 f.

Anders sieht es freilich aus, wenn die in Rede stehende „fremde“ Regelung tatsächlich an den Grundfesten des eigenen Rechtssystems rüttelt. Vertrauen in strafprozessuale Entscheidungen, die sich auf diese Regelung gründen, wird man schwer fassen können. An dieser Stelle scheint nur eine integrierte rechtsvergleichend-institutionelle Lösung Erfolg zu versprechen.

Zum einen muss im Wege der funktionalen und - unter Umständen - strukturellen Rechtsvergleichung untersucht werden, wie das fremde Rechtssystem operiert und welche Funktion die fragliche Regelung darin erfüllt. Besonderes Augenmerk muss dabei denjenigen Mechanismen gelten, die dafür sorgen, dass eine systeminterne Desavouierungswirkung nicht auftritt. Ungeteilte Aufmerksamkeit verdient auch die Frage, welche Rechtsprinzipien und Grundanschauungen hinter diesen Vorschriften und systeminternen Kompensationselementen stehen.<sup>230</sup> Auf diese Weise ließe sich prüfen, ob zumindest - vertrauensfördernde - Konformität hinsichtlich der grundlegenden Verfahrensprinzipien und Strukturelemente besteht, also gemeinsame Rechtsüberzeugungen nachweisbar sind. Dies implizierte dann die Möglichkeit einer wechselseitigen Anerkennung der generellen Verfahrensregeln, die sich daraus ableiten, denn Harmonisierung wird am besten durch gemeinsame Rechtsüberzeugungen bewirkt.

## 2. Institutionelle Folgerung

Ex ante ist diese umfangreiche rechtsvergleichende Aufgabe nicht erfüllbar, auch wenn seitens der Kommission aus diesem Grund verstärkte Analysen der Gesamtstruktur der Strafrechtssysteme der Mitgliedsstaaten durchgeführt oder in Auftrag gegeben werden sollten.

Das gängige Konsultationsverfahren in Gestalt von Grünbuchvorlage und gutachterlicher Stellungnahme ist ohnehin zu oberflächlich und partikularistisch, als dass es wissenschaftliche Grundlagenforschung entbehrlich machen könnte.

Gangbar ist aus meiner Sicht nur der Weg einer jeweils aktuellen Bewertung des Einzelfalls. Dieser Ansatz bedarf jedoch der institutionellen Komplementierung. Keinem der involvierten Staaten kann es allein überlassen werden, über die Verkehrsfähigkeit einer bestimmten Entscheidung oder Maßnahme zu entscheiden. Vertrauensbildend und damit richtungweisend für eine harmonisierte europäische Praxis könnte sich hingegen ein supranationales Mediationsverfahren erweisen. Innerhalb dieses prozessualen Rahmens würde eine hinreichend spezifische funktionale und wertende Rechtsvergleichung als Motor der Konfliktlösung einsetzbar werden. Zur organisatorischen Umsetzung könnte die Idee eines „Europäischen Beweiszulassungsverfahrens“<sup>231</sup> durch eine neutrale Instanz wieder aufgegriffen und erweitert werden. Ein solcher Entscheidungskörper ist das geeignete Forum, um durch Partizipation und Diskussion Vorbehalte auszuräumen und den Weg für gegenseitige Vertrauensbildung zu ebnen.

Diese Verfahrensweise schüfe die hinreichende Transparenz für eine intellektuelle Erfassung der fremden Regeln. Diesem Aspekt kommt mit Blick auf die wechselseitige Anerkennung von Verfahrensentscheidungen gerade deshalb große Bedeutung zu, weil jene letztlich auf der Anerkennung der generellen Regeln beruht, auf die sich die Einzelfallentscheidungen gründen.<sup>232</sup> Auf

<sup>230</sup> Zur Bedeutung der wertenden Rechtsvergleichung in Europa siehe *Jung*, GA 2005, 2, 6.

<sup>231</sup> Vgl. *Gleß*, ZStW 115 (2003), 131, 148 f.

<sup>232</sup> *Fuchs*, ZStW 116 (2004), 368. Grundsätzlich ist deshalb Vorsicht geboten, wenn Standards aus einer singulären Entscheidung wie *Murray* gegen Vereinigtes Königreich, die einen ganz spezifischen verfahrensrechtlichen Hintergrund haben, zur Grundlage EU-weiter Verkehrsfähigkeit gemacht werden sollen. Die Einführung eines neuartigen Kriteriums des „*fumus boni iuris*“ zur Konkretisierung der *common sense* – Schwelle in „*Murray*“, ist wenig geeignet, zur Besänftigung der Besorgnis über das neue Merkmal unbekannter Provenienz beizutragen, sondern fördert

diesem Weg wird auch die Erfassung des normativen Bedeutungsgehalts der fremden Entscheidung möglich, denn strafrechtliche Entscheidungen, insbesondere Beweisergebnisse, sind normative Konstrukte einer bestimmten Rechtsordnung, die durch deren Verfahrensstruktur, die Ausgestaltung der Beschuldigtenstellung und eine Heerschar sonstiger spezifischer Faktoren bedingt sind.<sup>233</sup>

Durch Adaption der materiellen und institutionellen Folgerung erhalte man zugleich den Charakter des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung als ein neutrales Verfahren<sup>234</sup> und sicherte es gegen den Makel, Instrument zur EU-weiten Absenkung von Verfahrensgarantien zu sein. Die Kommission muss sich darüber im Klaren sein, dass Vertrauen nicht verordnet werden kann. Gegenseitige Anerkennung lässt sich nicht durch EU-Rahmengesetzgebung erzwingen. Damit wären wir abschließend bei der Rechtspolitik angelangt.

## II. Rechtspolitische Gedanken zum Grünbuch

Es sind gerade nationale Regelungen, wie sie im Fall Murray zur Anwendung gelangten, welche die Gefahr des *forum shopping* heraufbeschwören und damit europaweite Vorbehalte gegen eine erhöhte Verkehrsfähigkeit von justiziellen Entscheidungen und Maßnahmen schüren.<sup>235</sup> Vorschriften wie *Sections 36, 37 des Criminal Justice and Public Order Act 1994* (England and Wales) oder die *Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1988*, die das Schweigerecht stark einschränken und die Möglichkeit einführen, negative Schlussfolgerungen aus dem Schweigen des Beschuldigten zu ziehen, schaffen ein normatives Schutzgefälle zwischen den Verfahrensordnungen der EU-Mitgliedstaaten. Die einseitige Betonung der Ermittlungsinteressen und vermeintlichen Notwendigkeiten der Strafverfolgung erzeugt Anreize zur Ausnutzung solcher Normen durch nationale Behörden oder einen zukünftigen Europäischen Staatsanwalt, die ihre Verfolgungstätigkeit gezielt auf die niedrigsten Eingriffs- und Verurteilungsvoraussetzungen ausrichten können. Kombiniert mit dem Prinzip gegenseitiger Anerkennung droht damit die Gefahr europaweiter Umgehung von zentralen Verfahrensgarantien.

Dieser Furcht kann auf zweierlei Weise begegnet werden. Einerseits kann man sich anschicken, die Verfahrensgarantien europaweit zu schleifen, so dass tatsächlich nur noch ein „Sockel“ vorhanden ist, der sich am jeweils niedrigsten Schutzniveau ausrichtet. Andererseits steckt viel positive Kraft in Art. 31 EUV, die genutzt werden könnte, um als Katalysator den Prozess der Stärkung der Menschenrechte in Europa weiter voranzutreiben. Die Kommission muss sich deshalb der Fernwirkung ihres Handelns bewusst sein. Durch eine Vernachlässigung der Bürgerrechte bei der Schaffung eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts droht auch der aktu-

---

zusätzlich - kontraproduktiv - das Entstehen von Misstrauen. Mangelnde Nachvollziehbarkeit und Überprüfbarkeit dieses Grenzwerts sind alles andere als Vertrauenskatalysatoren.

<sup>233</sup> Vgl. *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 293. Vor diesem Hintergrund kritisiert auch *Gleß*, dass im Hinblick auf die Verkehrsfähigkeit von Beweisen etwas verkehrsfähig gemacht werden soll, das ohne weiteres keinen von der jeweiligen nationalen Rechtsordnung abgelösten Bedeutungsgehalt hat, ZStW 116 (2004), 353, 365.

<sup>234</sup> Siehe dazu *Gleß*, ZStW 116 (2004), 353, 356; in diesem Sinn äußert sich auch *Sieber*, in: *Delmas-Marty* (Hrsg.), *Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union*, 1998, S. 1, 2. Andernfalls wäre die Verknüpfung der Frage der Verfahrensgarantien mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung als Mittel zur Effektivierung der Strafverfolgung grundsätzlich fragwürdig, da hier ein natürliches Spannungsverhältnis besteht.

<sup>235</sup> *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275, 293 f.; *Nestler*, ZStW 116 (2004), 332, 341 ff.



elle Prozess der permanenten Erweiterung des Individualschutzes im Europarat negativ berührt zu werden. Es droht eine Abkehr von den Errungenschaften des liberalen Strafrechts, die im europäischen Rechtsraum manifestiert und nicht abgebaut werden sollten. Gerade die EMRK hat sich als einer der größten Reformmotoren im Strafrecht der europäischen Staaten erwiesen. Sie entfaltet immensen Reformzwang, der tief in das nationale Recht hineinwirkt.<sup>236</sup> Diese Entwicklung würde durch eine Herabharmonisierung der Standards in der EU nachhaltig gebremst.

Es wäre demgegenüber äußerst verdienstvoll, wenn die Kommission das positive Potential des EUV ausschöpfte, indem sie erhöhte Schutzstandards einforderte. Noch das Grünbuch zu den Verfahrensgarantien folgte der Vision einer *European best practice*, die darauf abzielte, die sichtbare und effektive Umsetzung dieser Rechte in der Praxis zu gewährleisten. Als Selbstverständlichkeit fügte man damals hinzu, dass es dadurch in keinem Land zu einer Absenkung der Schutzstandards kommen würde.<sup>237</sup> Die konkretisierenden Grünbücher zu den einzelnen Rechten lösen dieses Versprechen nicht ein. Betrachtet man das vorliegende Grünbuch zur Unschuldsvermutung in der Gesamtschau, kommt man nicht umhin festzustellen, dass allerorten die Intention durchscheint, das niedrigste akzeptable Schutzniveau herauszufiltern. Dies wird teilweise geschickt dadurch kaschiert, dass man als Gewährsmann auf den traditionell bürgerrechtsfreundlichen EGMR und dessen Rechtsprechung zu einzelnen Fallgruppen zugreift. Neben der grundsätzlichen Bedenklichkeit dieser Stoßrichtung wird dabei ein Problem übersehen. Die nationalen, verfahrensspezifischen Ausgleichsmechanismen, welche in zahlreichen Entscheidungen im Rahmen des *margin of appreciation* den ausschlaggebenden Impuls gegen die Menschenrechtswidrigkeit einer nationalen Regelung oder Handlungsweise geben, fallen unter den Tisch. Die Grünbücher vermögen diese notwendig national geprägte systemimmanente Wechselwirkung zwischen Einschränkung und Kompensation nicht zu erfassen. Der angestrebte Sockel gemeinsamer Verfahrensgarantien droht deshalb zu einem Sammelsurium von Regelungen zu werden, die im jeweiligen Einzelfall und nationalen System(kontext) gerade noch akzeptabel sind, denen jedoch das jeweils ausgleichende Gegenstück abhanden gekommen ist. Das Ergebnis eines solchen Entwicklungsprozesses wird zwangsläufig unausgewogen sein.

Folgte man indessen dem hier unterbreiteten Vorschlag des Desavouierungsansatzes mit institutionalisiertem Prüfungsverfahren, ließe sich zumindest teilweise Abhilfe schaffen, da keine verzerrende Nivellierung erfolgte, sondern vielmehr die nationalen Strukturen und Wirkmechanismen offen gelegt würden.<sup>238</sup>

---

<sup>236</sup> Vgl. Esser, Fn. 8, S. 870-873; Eisele, JA 2005, 390, 393. Dies gilt ganz besonders für Beteiligungsrechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, Ambos, ZStW 115 (2003), 583, 620 ff.

<sup>237</sup> Vgl. Grünbuch zu den Verfahrensgarantien in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union, KOM (2003), 75 endg., 1.7. Die englische Fassung enthält den zitierten Terminus „European best practice“.

<sup>238</sup> Dies würde auch zu einem unlängst geäußerten Ansinnen der Kommission passen, wonach man Evaluierungsmechanismen ausbauen will, um potentielle Hindernisse vor der Annahme neuer Instrumente ausmachen zu können, Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament: Mitteilung zur gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen und zur Stärkung des Vertrauens der Mitgliedstaaten untereinander, KOM (2005) 195 endg.