

# **Strafprozessordnung**

## **Kommentar**

Herausgegeben von

**Dr. Henning Radtke**

Richter am Oberlandesgericht  
Professor an der Universität Hannover

und

**Dr. Olaf Hohmann**

Rechtsanwalt in Stuttgart  
Lehrbeauftragter an der Universität Greifswald

**Verlag Franz Vahlen München 2011**

# KONVENTION ZUM SCHUTZ DER MENSCHENRECHTE UND GRUNDFREIHEITEN (EUROPÄISCHE MENSCHENRECHTSKONVENTION – EMRK)

Vom 4. November 1950 (BGBl. II S. 685, 953)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 2010 (BGBl. II S. 1198)

(Auszug)

**Schrifttum:** *Ambos*, Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren, NStZ 2002, 628 (Teil I), 2003, 14 (Teil II); *ders.*, Der EGMR und die Verfahrensrechte, ZStW 115 (2003), 583; *ders.*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008; *Aras*, Die Bedeutung der EMRK für den Grundrechtsschutz in der Türkei, ZEuS 2007, 219; *Bernhardt*, Die EMRK und die deutsche Rechtsordnung, EuGRZ 1996, 339; *Beulke*, Konfrontation und Strafprozessreform usw., FS Riess, 2002, S. 13; *Bien/Guillaumont*, Innerstaatlicher Rechtsschutz gegen überlange Verfahrensdauer, EuGRZ 2004, 451; *Binder/Seemann*, Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln zur Beweissicherung, NStZ 2002, 234; *Bornkamm*, Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens, 1980; *ders.*, Die Berichterstattung über schwebende Strafverfahren und das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten, NStZ 1983, 102; *Braitsch*, Gerichtssprache für Sprachunkundige im Lichte des „fair trial“, 1991; *Burhoff*, Untersuchungshaft des Beschuldigten – eine Übersicht zur neueren Rechtsprechung, StraFo 2006, 51; *Cornelius*, Konfrontationsrecht und Unmittelbarkeitsgrundsatz, NStZ 2008, 244; *Cuesta/Muñagorri Laguna* (Hrsg.), Clausura de medios de comunicación vascos, 2008; *Czerner*, Das völkerrechtliche Anschlusssystem der Art. 59 II 1, 25 und 24 I GG und deren Inkorporierungsfunktion zuzunehmen der innerstaatlichen EMRK-Geltung, EuR 2007, 537; *Dehne-Niemann*, „Nie sollst du mich befragen“ – Zur Behandlung des Rechts zur Konfrontation mitbeschuldigter Belastungszeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) durch den BGH, HRRS 2010, 189; *Demko*, Der hinreichende Tatverdacht nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK bei „conventional“ und „terrorist crime“, HRRS 2004, 95; *dies.*, Zum Begriff der „Freiheitsentziehung“ des Art. 5 Abs. 1 EMRK im Fall Amuur gegen Frankreich, HRRS 2004, 171; *dies.*, Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Strafverfahren und dessen Verhältnis zum Recht auf wirksame Beschwerde gemäß Art. 13 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR, HRRS 2005, 283 u. 403; *dies.*, Die gerichtliche Fürsorgepflicht zur Wahrung einer „tatsächlichen und wirksamen“ Verteidigung im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, HRRS 2006, 250; *dies.*, Das Recht des Angeklagten auf unentgeltlichen Beistand eines staatlich bestellten Verteidigers und das Erfordernis der „interests of justice“, HRRS-Festgabe Fezer, 2008, 1; *Detter*, Der Zeuge vom Hörensagen – eine Bestandsaufnahme, NStZ 2003, 1; *ders.*, Zum Strafzumessungs- und Maßregelrecht, NStZ 2005, 498; *Diehm*, Die begrenzten Kompetenzen des „nächsten Richters“ – partiell eine Verletzung der EMRK, StraFo 2007, 231; *ders.*, Die Menschenrechte der EMRK und ihr Einfluss auf das deutsche Strafgesetzbuch, 2006; *Eiffler*, Die Überprüfung polizeilicher Maßnahmen durch den EGMR, NJW 1999, 762; *Engels/Jürgens*, Auswirkungen der EGMR-Rechtsprechung zum Privatsphärenschutz – Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung des „Caroline“-Urteils im deutschen Recht, NJW 2007, 2517; *Esser*, Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz, JR 2004, 98; *ders.*, EGMR in Sachen Gäfgen v. Deutschland (22 978/05), Urt. v. 30. 6. 2008, NStZ 2008, 657; *ders.*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002; *ders.*, Mindestanforderungen der EMRK an den strafprozessualen Beweis, in: *Maraubn* (Hrsg.), Bausteine eines europäischen Beweisrechts, 2007, 39; *Fairchild/Dammer*, Comparative Criminal Justice Systems, 2. Aufl. 2001; *Franke*, Unterbliebene Pflichtverteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren – § 141 III 1 StPO im Spannungsfeld zwischen Verwertungsverbot und sog. Beweiswürdigungslösung, GA 2002, 573; *von Freier*, Verfahrensidentität und Prozessgegenstand des Verfahrens zur nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung, ZStW 120 (2008), 273; *Freund*, Gefahren und Gefährlichkeiten im Straf- und Maßregelrecht, GA 2010, 193; *Gaede*, Deutscher Brechmittteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatzenscheidung des EGMR im Fall Jalloh, HRRS 2006, 241; *ders.*, Schranken des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 EMRK bei der Sperrung verteidigungsrelevanter Informationen und Zeugen, StV 2006, 599; *ders.*, Ungehobene Schätze in der Rechtsprechung des EGMR für die Verteidigung? Argumentationspotentiale und Verteidigungschancen des Art. 6 EMRK, HRRS-Festgabe Fezer, 2008, 21; *ders.*, Beweisverbote zur Wahrung des fairen Strafverfahrens in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere bei verdeckten Ermittlungen, JR 2009, 493; *Gimbel*, Einführung einer allg. Untätigkeitsbeschwerde im Strafprozess durch Gesetz, ZRP 2004, 35; *Gleß*, Zur „Beweiswürdigungslösung“ des BGH, NJW 2001, 3606; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren: MRK und IPBPR, 2005; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2008; *ders.*, Die Revisionsbegründungsfrist nach § 345 I StPO und das Recht auf angemessene Vorbereitung der Verteidigung, NJW 2002, 109; *Hauck*, Lauschangriff in der U-Haft, NStZ 2010, 17; *Heldrich*, Persönlichkeitschutz und Pressefreiheit nach der EMRK, NJW 2004, 2634; *Herzog*, Infiltrativ-provokatorische Ermittlungsoperationen als Verfahrenshindernis, StV 2003, 410; *Hoffmann-Riem*, Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, 20; *Hoffmeister*, Art. 10 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR 1994–1999, EuGRZ 2000, 358; *Ignor/Bertheau*, Die so genannte Vollstreckungslösung des Großen Senats für Strafsachen – wirklich eine „Lösung“?, NJW 2008, 2209; *Isfen*, Feststellungen im Strafurteil über gesondert verfolgte und Unschuldvermutung, StV 2009, 611; *Jahn*, Stürmt Karlsruhe die Bastille? – Das Bundesverfassungsgericht und die überlange Untersuchungshaft, NJW 2006, 652; *Jung*, Neues zum Konfrontationsrecht?, GA 2009, 235; *ders.*, Faires Verfahren und menschenrechtswidrige Beweiserhebung. Zugleich Besprechung von EGMR, Urteil vom 21. 1. 2009, GA 2009, 651; *Keiser*, Das Rechtsfolgensystem auf dem Prüfstand. Zugleich Besprechung von BGH (Großer Senat), Beschluss v. 17. 1. 2008, GA 2008, 686; *Kempees*, „Legitimate aims“ in the case-law of the ECHR, in: *Mahoney et al.* (Hrsg.), Protecting Human Rights: The European Perspective, Studies in the memory of Rolv Ryssdal, 2000, 659; *Kieschke*, Die Praxis des EGMR und ihre Auswirkungen auf das deutsche Strafverfahrensrecht, 2003; *Kieschke/Osterwald*, Art. 5 IV EMRK contra § 147 II StPO, NJW 2002, 2003; *Kinzig*, Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, NStZ 2010, 233; *Knauer*, Untersuchungshaft und Beschleunigungsgrundsatz, StraFo 2007, 309; *Kraatz*, Gedanken zur Strafzumessungslösung bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung, JR 2006, 403; *ders.*, Die neue „Vollstreckungslösung“ und ihre Auswirkungen, JR 2008, 189; *Krauß*, V-Leute

im Strafprozess und die EMRK, 1999; *Krehl/Eidam*, Die überlange Dauer von Strafverfahren, NStZ 2006, 1; *Krumm*, Bewährungswiderruf trotz Unschuldvermutung?, NJW 2005, 1832; *Kugelmann*, Der Schutz privater Individualkommunikation nach der EMRK, EuGRZ 2003, 16; *Kühl*, Der Einfluss der EMRK auf das Strafrecht und Strafverfahrensrecht der BR Deutschland (Teil I), ZStW 100 (1988), 406; *Kühnel/Esser*, Die Rechtsprechung des EGMR zur Untersuchungshaft, StV 2002, 383; *Lange*, Vollständige oder teilweise Akteneinsicht für inhaftierte Beschuldigte in den Fällen des § 147 II StPO? Falsche und richtige Folgerungen aus den Urteilen des EGMR vom 13. 2. 2001 gegen Deutschland, NStZ 2003, 348; *Lenski*, Der Persönlichkeitsschutz Prominenter unter EMRK und GG, NVwZ 2005, 50; *Mann*, Auswirkungen der Caroline-Entscheidung des EGMR auf die forensische Praxis, NJW 2004, 3220; *Mansdörfer*, Das Recht des Beschuldigten auf ein unverzögertes Ermittlungsverfahren, GA 2010, 153; *Masch*, Zur fallübergreifenden Bindungswirkung von Urteilen des EGMR, NVwZ 2000, 1266; *Meyer-Ladewig*, Rechtsbehelfe gegen Verzögerungen im gerichtlichen Verfahren, NJW 2001, 2679; *ders.*, Menschenwürde und EMRK, NJW 2004, 981; *Müller*, Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die EMRK, StV 2010, 207; *Neubacher*, Der Bewährungswiderruf wegen einer neuen Straftat und die Unschuldvermutung, GA 2004, 402; *Neuling*, Strafjustiz und Medien etc., HRRS 2006, 94; *Ovey/White*, Jacobs and White, the European Convention on Human Rights, 4. Aufl. 2006; *Pache*, Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess, NVwZ 2001, 1342; *Paeffgen*, Irrungen und Wirrungen im Bereich der Strafzumessungskürzung bei Verstößen gegen die Verfahrensgerechtigkeit, namentlich gegen das Beschleunigungsgebot, StV 2007, 487; *Papier*, Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des EGMR aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte, EuGRZ 2006, 1; *Peglau*, Bewährungswiderruf und Unschuldvermutung, NStZ 2004, 248; *Peters*, Einführung in die EMRK, 2003; *Polakiewicz*, Die Verpflichtung der Staaten aus den Urteilen des EGMR, 1993; *Redeker*, Kann eine Untätigkeitsbeschwerde helfen?, NJW 2003, 488; *Reichenbach*, Vollstreckungslösung und lebenslange Freiheitsstrafe beim Mord, NStZ 2009, 120; *Reindl*, Untersuchungshaft und EMRK, 1997; *Renzikowski*, Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die EMRK, JR 2004, 271; *Ruffert*, Die EMRK und innerstaatliches Recht, EuGRZ 2007, 245; *Rzepka*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000; *Safferling*, Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?, NStZ 2004, 181; *ders.*, Verdeckte Ermittler im Strafverfahren – deutsche und europäische Rechtsprechung im Konflikt?, NStZ 2006, 75; *ders.*, Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln, Jura 2008, 100; *Scheffler*, Systemwechsel ohne System, ZIS 2008, 269; *Schlothauer*, Die Flucht aus der Justizförmigkeit durch die europäische Hintertür, StV 2001, 127; *Schohe*, Muss die Berufung auf Grundrechte zweckmäßig sein? Zur Aussageverweigerung im europäischen Kartellrecht, NJW 2002, 492; *Schroeder*, Die Gesamtpflicht der Verfahrensfairness durch den EGMR, GA 2003, 293; *Schubr*, Brechmittelleinsatz als unmenschliche und erniedrigende Behandlung, NJW 2006, 3538; *Schumann*, Brechmittelleinsatz ist Folter?, StV 2006, 661; *Schuska*, Die Rechtsfolgen von Verstößen gegen Art. 6 EMRK und ihre revisionsrechtliche Geltendmachung, 2006; *Schwaben*, Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklärungsrüge und Verwertungsverbot, NStZ 2002, 288; *Seber*, Bewährungswiderruf wegen Begehung einer neuen Straftat, ZStW 118 (2006), 101; *Simon*, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK, 1998; *Soehring*, Vorverurteilung durch die Presse, 1999; *Sommer*, Das Fragerecht der Verteidigung, seine Verletzung und die Konsequenzen, NJW 2005, 1240; *Spaniol*, Das Recht auf Verteidigerbeistand im GG und in der EMRK, 1990; *Steinbeiß-Winkelmann*, Überlange Gerichtsverfahren – der Ruf nach dem Gesetzgeber, ZRP 2007, 177; *Strafer*, Der Schadensersatzanspruch nach Art. 5 Abs. 5 EMRK in Haftsaft, StV 2010, 275; *Streng*, Strafschlag oder Anrechnung als Strafsatz? Überlegungen zur Reichweite der „Vollstreckungslösung“ des Großen Strafsenats, JZ 2008, 979; *Stuckenberg*, Strafschärfende Verwertung früherer Einstellungen und Freisprüche – doch ein Verstoß gegen die Unschuldvermutung?, StV 2007, 655; *Sudre*, Droit européen et international des droits de l'homme, 8. Aufl. 2006; *Tepperwien*, Beschleunigung über alles? Das Beschleunigungsgebot im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren, NStZ 2009, 1; *Tochilovsky*, Jurisprudence of the ICC and the ECHR, 2008; *Trechsel*, Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur EMRK, ZStR 96 (1979), 337; *ders.*, Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Straßburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, 514; *ders.*, Akteneinsicht. Information als Grundlage des fairen Verfahrens, FS Druey, 2002, S. 993; *ders.*, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005; *Ullenbruch*, Das „Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung bei Verurteilungen nach Jugendstrafrecht“ – ein Unding?, NJW 2008, 2609; *Unfried*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006; *Villiger*, Handbuch der EMRK, 2. Aufl. 1999; *Vogel/Matt*, Gemeinsame Standards für Strafverfahren in der EU, StV 2007, 206; *Volkmer*, Geldentschädigung bei überlanger Verfahrensdauer?, NStZ 2008, 608; *Wagner*, Zu Grenzen des Menschenrechtsschutzes bei Auslandsfriedenseinsätzen deutscher Streitkräfte, NZWehr 2007, 1; *Walther*, Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“, GA 2003, 204; *Warkning*, Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des EGMR und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht, 2008; *Wäßner*, Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen im Strafverfahren als Verfahrenshindernis von Verfassungen wegen, ZStW 118 (2006), 159; *Weigend*, Die EMRK als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, StV 2000, 384; *Wittinger*, Die Einlegung einer Individualbeschwerde vor dem EGMR – Ein Leitfadens für die Praxis NJW 2001, 1238; *Wollmann*, Wie konventionswidrig ist nachträgliche Sicherungsverwahrung?, NK 2007, 152; *Zieger*, Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bei Untersuchungshaft, StV 1993, 320; *Ziegert*, Die überlange Verfahrensdauer. Strafzumessungs- vs. Strafvollstreckungslösung, StraFo 2008, 321.

## Art. 5 Recht auf Freiheit und Sicherheit

(1) <sup>1</sup>Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. <sup>2</sup>Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

- a) rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht;
- b) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung wegen Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;
- c) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;
- d) rechtmäßige Freiheitsentziehung bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;

e) rechtmäßige Freiheitsentziehung mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern;

f) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

(2) Jeder festgenommenen Person muss innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.

(3) <sup>1</sup> Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, muss unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. <sup>2</sup> Die Entlassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

(4) Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist.

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

## I. Bedeutung für das deutsche Strafverfahrensrecht

Der in Art. 5 gewährleistete Schutz vor unzulässiger Freiheitsentziehung kommt im deutschen Strafverfahrensrecht nicht nur bei der erstmaligen Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen, sondern insb. auch iRd. Haftprüfungsverfahrens zum Tragen. <sup>1</sup> Das **Beschleunigungsgebot in Haft-sachen** aus Art. 5 Abs. 3 und 4 wurde vor allem durch § 121 StPO ins deutsche Recht umgesetzt. Bei einem Verstoß hiergegen ist oft auch Art. 6 Abs. 1 verletzt. <sup>2</sup> In seiner **Struktur** enthält Art. 5 **drei Teile**: Abs. 1 S. 1 gewährt jeder Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit und bestimmt damit den *Schutzbereich* des gesamten Art. 5 (dazu Rn. 2 ff.); Abs. 1 S. 2 führt – abschließend – die Fälle *zulässiger Freiheitsentziehung* auf (Rn. 6 ff.); Abs. 2–5 enthalten besondere *Verfahrens-garantien* im Falle der Freiheitsentziehung (Rn. 19 ff.). <sup>3</sup>

## II. Schutzbereich (Abs. 1 S. 1)

**1. Persönlich.** Geschützt werden alle natürlichen Personen unabhängig davon, ob sie sich in Freiheit befinden oder in lebenslänglicher Haft. Anders als im deutschen Recht (§ 57a StGB) ist im englischen Recht eine Verurteilung zu *lebenslänglicher* Freiheitsstrafe – außer im Falle der Begnadigung oder Herabsetzung des Strafmaßes – wörtlich zu verstehen. Damit wird der Betroffene niemals die Freiheit wiedererlangen, aber er behält sein Recht auf Freiheit und Sicherheit iSv. Art. 5. <sup>4</sup>

**2. Sachlich.** Das **Recht auf Freiheit** schützt die Freiheit der **physischen Fortbewegung** von einem Ort zum anderen. <sup>5</sup> Davon abzugrenzen ist die bloße Einschränkung der Bewegungsfreiheit, die allein über Art. 2 des 4. Protokolls zur EMRK geschützt wird. Grundsätzlich erfordert eine Freiheitsentziehung in objektiver Hinsicht deshalb die die *Fortbewegung hindernde* Unterbringung einer Person für eine *nicht unerhebliche Dauer*. In subjektiver Hinsicht (bezogen auf den Betroffenen) ist darüber hinaus erforderlich, dass *keine Einwilligung* vorliegt. <sup>6</sup> Im Übrigen bedarf es stets einer wertenden Einzelfallbetrachtung. Ausgehend von der konkreten Situation des Betroffenen sind insb. die Art und Weise, die Dauer, die Wirkungen und die Form des fraglichen Eingriffs zu berücksichtigen. Die Unterscheidung zwischen *Freiheitsentziehung* und bloßer *Freiheitseinschränkung*

<sup>1</sup> Zum Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht und zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR vgl. Rn. 3 und 5 f. zu Art. 6.

<sup>2</sup> Meyer-Ladewig Rn. 48.

<sup>3</sup> Grabenwarter § 21 Rn. 1.

<sup>4</sup> EGMR Weeks v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 2. 3. 1987 – No. 9787/82, Serie A 114, para. 27, 40 („a person sentenced to life imprisonment never regains his right to liberty . . . This is not to say, however, that Mr. Weeks lost his right to liberty and security of person”, as guaranteed by Article 5.“).

<sup>5</sup> Trechsel EuGRZ 1980, 514 (515); Grabenwarter § 21 Rn. 2.

<sup>6</sup> EGMR Storck v. Deutschland, Urt. v. 16. 6. 2005 – No. 61603/00, NJW-RR 2006, 308 (310), para. 73 (als para. 74 in NJW-RR zitiert!). Wegen fehlender Einwilligung hat der EGMR im Fall H. L. v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 5. 10. 2004 – No. 45508/99, RJD 2004-IX, para. 90 eine Freiheitsentziehung bejaht, da der in einer psychiatrischen Klinik untergebrachte Bf. von vornherein einwilligungsunfähig war. Es spielte insofern – anders als im Fall Storck – keine Rolle, dass der Bf. nie versucht hatte, die Klinik zu verlassen.

liegt allein in **Ausmaß und Intensität**, nicht in Natur oder Wesen der Maßnahme.<sup>7</sup> Keine Freiheitsentziehung ist danach bspw. die Verpflichtung einer bedingt entlassenen Person, sich regelmäßig bei einer Arbeitsstelle zu melden, die Beschränkung der Bewegungsfreiheit eines Ausländers auf ein bestimmtes Gebiet (zB eine Stadt) oder ein Nachtausgehverbot.<sup>8</sup> Indes ist Art. 5 betroffen, wenn Asylbewerber mehrere Tage in der nicht zum Staatsgebiet gehörenden Transitzone eines Flughafens festgehalten werden.<sup>9</sup>

- 4 Nicht geschützt werden die allg. Handlungsfreiheit, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und auf angemessene Behandlung während der Inhaftierung. Insofern sind Art. 3 und 8 einschlägig.<sup>10</sup>
- 5 Das **Recht auf Sicherheit** hat in der Praxis kaum eigenständige Bedeutung. Der EGMR sieht es als betroffen an, wenn eine Verhaftung durch Organe eines Konventionsstaates auf dem Territorium eines anderen Staates ohne dessen Einwilligung erfolgt. Das Recht auf Sicherheit dient insofern dem Schutz vor extraterritorialen Maßnahmen eines Konventionsstaats.<sup>11</sup>

### III. Zulässigkeit der Freiheitsentziehung (Abs. 1 S. 2)

- 6 **1. Allgemeine Voraussetzungen.** Eine Freiheitsentziehung ist nur in den abschließend („*exhaustive*“)<sup>12</sup> aufgezählten Fällen des Abs. 1 S. 2 zulässig. Aus der Formulierung „auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise“ folgt, dass es zunächst einer (innerstaatlichen) **gesetzlichen Grundlage** bedarf. Insofern genügt – wie bei allen anderen Garantien der EMRK – ein (konventionsgemäßes) Gesetz im materiellen Sinne, um den unterschiedlichen Rechtssystemen der einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen.<sup>13</sup> Erforderlich ist ferner, dass die fragliche Maßnahme den Vorgaben der innerstaatlichen Rechtsgrundlage **entspricht**, wobei auch die Konvention auf nationales Recht als Prüfungsmaßstab Bezug nimmt.<sup>14</sup> Schließlich muss einer der **Haftgründe** des Abs. 1 S. 2 lit. a–f vorliegen.<sup>15</sup> Der praktisch besonders relevante Haftgrund der lit. c betrifft die U-Haft und ist von den anderen Fällen zulässiger Freiheitsentziehung insofern zu unterscheiden, als nur für ihn die besonderen Garantien des Abs. 3 gelten. Zu beachten ist auch, dass einzelne Haftgründe lediglich *formelle* Vorgaben enthalten, bspw. die Verurteilung nach lit. a, während andere auch *materielle* Erfordernisse aufstellen, bspw. den hinreichenden Verdacht einer Straftat nach lit. c.<sup>16</sup> Diese Unterscheidung zwischen rein formellen und materiellen Voraussetzungen bestimmt maßgeblich die Prüfungskompetenz der Konventionsorgane.
- 7 **2. Die einzelnen Haftgründe.** a) **Freiheitsentziehung nach gerichtlicher Verurteilung (lit. a).** Der Begriff **Gericht** ist weit zu verstehen, nämlich als ein von der Exekutive unabhängiger und überparteilicher Spruchkörper, der die Gewähr für die Einhaltung angemessener Verfahrensrechte bietet.<sup>17</sup> „**Verurteilung**“ bezieht sich – in EGMR autonomer Auslegung – nicht nur auf straf-, sondern auch auf disziplinarrechtliche Tatbestände.<sup>18</sup> Es wird keine „rechtmäßige Verurteilung“ im materiellen Sinne, sondern nur eine rechtmäßige Freiheitsentziehung „nach“ Verurteilung verlangt.<sup>19</sup> Hierfür reicht es allerdings nicht aus, dass die Freiheitsentziehung lediglich zeitlich der Verurteilung nachfolgt, erforderlich ist vielmehr eine hinreichende Kausalverbindung („*sufficient causal connection*“) zwischen der Verurteilung und der Freiheitsentziehung.<sup>20</sup> Diese ist grds. auch bei der **Unter-**

<sup>7</sup> EGMR *Amuur v. Frankreich*, Urt. v. 25. 6. 1996 – No. 19776/92, EuGRZ 1996, 577 (585), para. 42; dazu: *Demko* HRRS 2004, 171 (173 ff.).

<sup>8</sup> *Villiger* Rn. 318.

<sup>9</sup> EGMR *Amuur v. Frankreich*, aaO, para. 44 f. Im konkreten Fall wurden die Bf. 20 Tage in der Transitzone eines Flughafens (in ihrer Ausdehnung auf einem Stockwerk eines Hotels) festgehalten. Sie wurden ständiger polizeilicher Überwachung unterstellt und hatten weder rechtlichen noch sozialen Beistand, insb. im Hinblick auf die bei einem Asylantrag einzuhaltenden Formalien.

<sup>10</sup> *Unfried* S. 30.

<sup>11</sup> *Meyer-Ladewig* Rn. 4 c; *Grabenwarter* § 21 Rn. 3.

<sup>12</sup> EGMR *Engel et al. v. Niederlande*, Urt. v. 8. 6. 1976 – No. 5100/71, EuGRZ 1976, 221 (224), para. 57; *Guzzardi v. Italien*, Urt. v. 6. 11. 1980 – No. 7367/76, EuGRZ 1983, 633 (639), para. 96.

<sup>13</sup> Vgl. insofern die zu Art. 8 ergangene Rspr. des EGMR in Rn. 18 f. zu Art. 8. Speziell zu Art. 5: EGMR H. L. v. *Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 5. 10. 2004 – No. 45508/99, RJD 2004-IX, para. 116 ff.; *Grabenwarter* § 21 Rn. 8.

<sup>14</sup> *Eiffler* NJW 1999, 762 (763); *Frowein/Peukert* Rn. 23 ff. Im Fall K.-F. v. Deutschland, Urt. v. 27. 11. 1997 – No. 25629/94, NJW 1999, 775 (778), para. 72, verletzte eine Festnahme zur Identitätsfeststellung das Freiheitsrecht aus Art. 5, da die in § 163 c Abs. 3 StPO normierte Zwölf-Stunden-Frist um 45 Minuten überschritten wurde.

<sup>15</sup> Hierzu eingehend: *Ambos* § 10 Rn. 38 ff. mwN.

<sup>16</sup> *Frowein/Peukert* Rn. 36. Näheres hierzu iRd. einzelnen Haftgründe.

<sup>17</sup> EGMR *De Wilde, Ooms u. Versyp v. Belgien*, Urt. v. 18. 6. 1971 – No. 2832/66, Serie A 12, para. 78; *Engel et al. v. Niederlande*, Urt. v. 8. 6. 1976 – No. 5100/71, EuGRZ 1976, 221 (226 f.), para. 68; näher: Art. 6 Rn. 29.

<sup>18</sup> EGMR *Engel et al. v. Niederlande*, aaO, para. 57; *Meyer-Ladewig* Rn. 6; *Grabenwarter* § 21 Rn. 11.

<sup>19</sup> *Frowein/Peukert* Rn. 36 ff.

<sup>20</sup> EGMR *Van Droogenbroeck v. Belgien*, Urt. v. 24. 6. 1982 – No. 7906/77, Serie A 50, para. 35; M. v. Deutschland, Urt. v. 17. 12. 2009 – No. 19359/04, StV 2010, 181 = NSStZ 2010, 263 (263), para. 88; i. W. zust. *Müller* StV 2010, 207 (210 ff.).

**bringung in der Sicherungsverwahrung** (§ 66 StGB) gegeben.<sup>21</sup> Der EGMR prüft *lediglich formal*, ob eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende Verurteilung vorliegt; er ist nicht befugt, nationale Urteile auf tatsächliche oder rechtliche Richtigkeit hin zu überprüfen.<sup>22</sup> Die Rechtskraft des Urteils ist nicht erforderlich.

Umstritten ist, ob der Begriff „Verurteilung“ die Feststellung der **Schuld** voraussetzt.<sup>23</sup> Für die Einbeziehung von – schuldunabhängigen – Maßregeln, zB der Besserung und Sicherung, spricht zwar, dass der Zweck des Art. 5 (alleine) darin besteht, vor willkürlicher Freiheitsentziehung zu schützen. Indes bedarf es einer derartigen Ausweitung der lit. a) nicht, da lit. e) insoweit einen sch näheren Haftgrund bereitstellt.<sup>24</sup>

**b) Ordnungs- und Erzwingungshaft (lit. b).** Im ersten Anwendungsfall, der **Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung**, setzt die Festnahme oder Freiheitsentziehung voraus, dass der Betroffene einer ihm durch Gerichtsbeschluss auferlegten Pflicht, bspw. zur Zahlung einer Geldbuße, nicht nachgekommen ist. Praktisch bedeutsam sind etwa die Ordnungshaft wegen Ungebühr (§§ 177, 178 GVG), wegen unentschuldigter Nichterscheins eines Zeugen (§ 51 StPO, § 380 ZPO) und wegen grundloser Zeugnis- oder Eidesverweigerung (§ 70 StPO, § 390 ZPO). Der Begriff des Gerichts ist wie bei lit. a) weit zu verstehen. Die Anordnung ist rechtmäßig, wenn das nationale Recht das Gericht zu ihr ermächtigt und insb. auch vorsieht, dass dem Verpflichteten bei Nichtbefolgung die Freiheit entzogen werden kann.<sup>25</sup> Anders als bei lit. a) kommt zur Freiheitsentziehung hier nur der Charakter einer **Ersatzsanktion** zu, deren Verhängung an die Nichtbefolgung der vorhergehenden Anordnung anknüpft;<sup>26</sup> die „gerichtliche Anordnung“ ist also nicht iSv. Verurteilung zu verstehen.

Der zweite Anwendungsfall erfasst Beugemaßnahmen zur **Erfüllung einer bestehenden gesetzlichen Verpflichtung**. Der EGMR hat grundlegend festgestellt, dass lit. b) nicht als Generalklausel zur Erzwingung der allgemeinen Pflicht jedes Bürgers zu gesetzeskonformem Verhalten zu verstehen ist.<sup>27</sup> Erforderlich ist vielmehr eine spezifische und konkrete Pflicht, die bereits im Gesetz selbst klar und deutlich zum Ausdruck kommen muss und nicht erst aus der Ermächtigung zur Freiheitsentziehung abgeleitet werden darf; anderenfalls würde der Haftgrund ausufern und die Konventionsgarantie unterlaufen.<sup>28</sup> In Betracht kommt etwa die Durchsetzung der Pflicht zur Ableistung des Wehr- oder Ersatzdienstes.<sup>29</sup> Eine gerichtliche Anordnung ist nicht erforderlich, aber unschädlich, so dass auch bspw. für die Haft nach § 230 Abs. 2 StPO oder § 21 Abs. 3 InsO der Anwendungsbereich der lit. b) eröffnet ist.<sup>30</sup>

In Fällen **kurzfristigen Polizeiarrestes**, bspw. bei Ingewahrsamnahme zwecks Feststellung der Personalien oder zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen,<sup>31</sup> ist stets die Abgrenzung von Freiheitsentziehung und bloßer Einschränkung der Bewegungsfreiheit von großer Bedeutung (o. Rn. 3).

**c) Vorläufige Festnahme, Untersuchungs- und Präventivhaft.** Lit. c) erlaubt zunächst die vorläufige Festnahme und Untersuchungshaft „zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat.“ Der Be-

<sup>21</sup> EGMR M. v. Deutschland, aaO, para. 96. Im konkreten Fall bejahte der Gerichtshof jedoch einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 (und Art. 7 Abs. 1) insofern, als die Freiheitsentziehung des Bf. über die im Zeitpunkt seiner Verurteilung geltende Höchstfrist von 10 Jahren (§ 67 d Abs. 1 StGB aF) hinausging (para. 97); zust. m. eingehender Bespr.: *Kinzig* NStZ 2010, 233 (235 ff.); vgl. auch *Freund* GA 2010, 193 (206 ff.) unter dem „Blickwinkel der Präventivhaft“. Das BVerfG v. 5. 2. 2004 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 = NJW 2004, 739 hat dagegen die Vereinbarkeit der Aufhebung der Höchstfrist mit dem GG auch für „Altfälle“ bestätigt. Unabhängig von dieser Entscheidung legt BGH v. 12. 5. 2010 – 4 StR 577/09 (juris Rn. 14) mit Blick auf das Urteil des EGMR v. 17. 12. 2009 den § 2 Abs. 6 StGB dahin aus, dass § 66 b Abs. 3 StGB nicht rückwirkend auf vor seinem Inkrafttreten begangene Taten angewendet werden darf.

<sup>22</sup> EGMR *Douiheb v. Niederlande*, Ur. v. 4. 8. 1999 – No. 31464/96, NJW 2000, 2888 (2889), para. 45.

<sup>23</sup> Dafür: EGMR *Guzzardi v. Italien*, Ur. v. 6. 11. 1980 – No. 7367/76, EuGRZ 1983, 633 (639), para. 100; *Trechsel* EuGRZ 1980, 514 (523); *Grabenwarter* § 21 Rn. 11; *Villiger* Rn. 330; dagegen: *Gollwitzer* Rn. 42; *Meyer-Göfner* Rn. 2; *Meyer-Ladewig* Rn. 6.

<sup>24</sup> So hat der EGMR in *Luberti v. Italien*, Ur. v. 23. 2. 1984 – No. 9019/80, Serie A 75, para. 10, 25, im Fall eines Freispruchs wegen Geisteskrankheit bei gleichzeitig verfügter Einweisung in ein psychiatrisches Krankenhaus ausdrücklich und in Abgrenzung zu allen anderen Haftgründen nur lit. e) angewendet.

<sup>25</sup> IntKommEMRK/*Renzikowski* Rn. 143.

<sup>26</sup> EGMR *Steel et al. v. Vereinigtes Königreich*, Ur. v. 23. 9. 1998 – No. 24838/94, RJD 1998-VII, para. 68 ff.

<sup>27</sup> EGMR *Lawless v. Irland* (No. 3), Ur. v. 1. 7. 1961 – No. 332/57, Serie A 3, para. 9, 12; Engel et al. v. Niederlande, Ur. v. 8. 6. 1976 – No. 5100/71, EuGRZ 1976, 221 (227), para. 69.

<sup>28</sup> EGMR Engel et al. v. Niederlande, aaO, para. 69; IntKommEMRK/*Renzikowski* Rn. 149 mwN.

<sup>29</sup> EKMR *Johansen v. Norwegen*, Entsch. v. 14. 10. 1985 – No. 10600/83, DR 44, 155 (162); dazu: *Frowein/Peu-kert* Rn. 56.

<sup>30</sup> IntKommEMRK/*Renzikowski* Rn. 148.

<sup>31</sup> Weitere Bsp. bei IntKommEMRK/*Renzikowski* Rn. 57 ff. Speziell zur Ingewahrsamnahme wegen Weigerung einen Platzverweis zu befolgen: EGMR *Epple v. Deutschland*, Ur. v. 24. 3. 2005 – No. 77909/01, NVwZ 2006, 797 (798), para. 36 (polizeiliche Festnahme zur Verhinderung der Teilnahme an „Chaostagen“).

griff der **Straftat** ist wie derjenige der „strafrechtlichen Anklage“ (Art. 6 Rn. 8) – in EGMR autonomer Auslegung – *weit* zu verstehen. Erfasst sind alle Handlungen, die das nationale Recht mit Strafe oder strafähnlichen Sanktionen bedroht.<sup>32</sup> **Hinreichender Tatverdacht** ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, die einen objektiven Beobachter davon überzeugen, dass der Betroffene eine – nach dem Recht des jeweiligen Staates – strafbare Handlung begangen hat.<sup>33</sup> Im Übrigen ergibt sich der Prüfungsmaßstab aus dem nationalen Recht: Sieht dieses – über Abs. 1 lit. c hinausgehend – weitere Voraussetzungen für die Untersuchungshaft, etwa einen strengeren Verdachtsgrad oder Verdunkelungsgefahr (vgl. etwa §§ 112 ff. StPO), vor, müssen diese gegeben sein, weil der Freiheitsentzug andernfalls nicht „auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise“ erfolgt wäre.<sup>34</sup> Der genannte hinreichende Tatverdacht reicht aber nur für die Festnahme aus, die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft setzt *weitere Haftgründe* voraus (Abs. 3, u. Rn. 22 ff.).

- 13 Ebenfalls zulässig nach lit. c) ist die **präventive Inhaftierung**, „wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, [eine Person] an der Begehung einer Straftat (. . .) zu hindern.“ Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass bereits die Gefahr der erstmaligen Ausführung einer Straftat genügt (*Ausführungsgesfahr*).<sup>35</sup> Mit Blick auf den Zweck der Freiheitsentziehung, nämlich der Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, verlangt der EGMR jedoch auch für die Präventivhaft den Verdacht einer bereits begangenen Straftat<sup>36</sup> und somit eine *Wiederholungsgefahr*. Da aber in diesem Fall stets (auch) der Haftgrund des Art. 5 Abs. 1 lit. c 1. Alt. vorliegt, verbliebe für die 2. Alt. kein eigener Anwendungsbereich.<sup>37</sup> Einigkeit besteht immerhin insoweit, als dass alle Haftgründe des Abs. 1 angesichts der Schwere, die ein Freiheitsentzug darstellt, eng auszulegen sind.<sup>38</sup> Auch die Terrorismusgefahr rechtfertigt eine (general-)präventive Inhaftierung von „abstrakt gefährlichen“ Personen nicht. Erforderlich sind immer **konkrete Anhaltspunkte**, die die Annahme rechtfertigen, dass jemand eine bestimmte Straftat begehen wird.<sup>39</sup>
- 14 Die **nachträgliche Sicherungsverwahrung** (§ 66 b StGB) kann nicht auf lit. c gestützt werden, denn dieser Haftgrund dient nur der vorläufigen Freiheitsentziehung bis zur bindenden gerichtlichen Entscheidung.<sup>40</sup> Sie kann auch nicht auf lit. a gestützt werden, da die Gründe für die Inhaftierung erst nach der Verurteilung entstehen.<sup>41</sup>
- 15 d) Die **Freiheitsentziehung Minderjähriger (lit. d)** ist zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde zulässig. Der Begriff des Minderjährigen ist, da es keine einheitlichen Altersgrenzen im nationalen Recht gibt, autonom auszulegen.<sup>42</sup> Mit überwachter Erziehung sind Maßnahmen nach dem *Jugendstrafrecht* und *Fürsorgerecht* gemeint.<sup>43</sup> Aus der Systematik von lit. d ergibt sich, dass es bei der zweiten Alternative um die Vorführung von Minderjährigen gehen muss, bei denen überwachte Erziehung in Frage kommt.<sup>44</sup>
- 16 e) **Freiheitsentziehung ansteckend oder psychisch Kranker, Sictiger und sog. Landstreicher (lit. e)**. Zwischen den Personengruppen besteht insoweit eine Verbindung, als ihnen die Freiheit entzogen werden darf, um sie entweder ärztlich zu behandeln oder aus sozialpolitischen oder aus beiden Gründen. Der EGMR schließt hieraus, dass den genannten Personen die Freiheit entzogen werden darf, weil sie entweder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellen oder weil ihre Unterbringung in ihrem eigenen Interesse erforderlich ist.<sup>45</sup> **Psychisch Kranken** darf die Freiheit nur entzogen werden, wenn die Erkrankung durch ein ärztliches Gutachten belegt ist und aufgrund ihrer Schwere eine Unterbringung erforderlich macht. Überdies hängt die Rechtmäßigkeit einer andauernden Unterbringung vom Fortbestehen der Erkrankung ab.<sup>46</sup> Bei einer **Unterbrin-**

<sup>32</sup> Näher Art. 6 Rn. 8; eingehend: *Esser* S. 220 ff.

<sup>33</sup> EGMR *Fox, Campbell u. Hartley v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 30. 8. 1990 – No. 12244/86, Serie A 182, para. 32; *Demko* HRRS 2004, 95 (97 f.).

<sup>34</sup> EGMR *Kemmache v. Frankreich* (No. 3), Urt. v. 24. 11. 1994 – No. 17621/91, Serie A 296-C, para. 42; *Meyer-Ladewig* Rn. 14.

<sup>35</sup> *Grabenwarter* § 21 Rn. 20; auch *Ambos* § 10 Rn. 40.

<sup>36</sup> EGMR *Jėčius v. Litauen*, Urt. v. 31. 7. 2000 – No. 34578/97, RJD 2000-IX, para. 50 f.

<sup>37</sup> Eingehend zum Streit: *Kühnel/Esser* StV 2002, 383 (386); *Esser* S. 230 f.; *Gollwitzer* Rn. 70 f. je mwN.

<sup>38</sup> Vgl. EGMR *Guzzardi v. Italien*, Urt. v. 6. 11. 1980 – No. 7367/76, EuGRZ 1983, 633 (639), para. 98.

<sup>39</sup> EGMR *Guzzardi v. Italien*, aaO, para. 102; *Kühnel/Esser* StV 2002, 383 (385); *Meyer-Ladewig* Rn. 16.

<sup>40</sup> *Renzikowski JR* 2004, 271 (273 f.) mwN in Fn. 28; IntKommEMRK/*Renzikowski* Rn. 181; zust. von *Freier ZStW* 120 (2008), 273 (326) Anm. 184; *Ullenbruch* NJW 2008, 2609 (2613 f.); auch *Wollmann* NK 2007, 152 (154 f.).

<sup>41</sup> IntKommEMRK/*Renzikowski* Rn. 132; *Ullenbruch* NJW 2008, 2609 (2613 f.), der auch einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung (Art. 4 Prot. 7) bejaht. Das 7. Prot. hat Deutschland jedoch nicht ratifiziert.

<sup>42</sup> Vgl. *Frowein/Peukert* Rn. 73; *Grabenwarter* § 21 Rn. 22.

<sup>43</sup> EGMR *Bouamar v. Belgien*, Urt. v. 29. 2. 1988 – No. 9106/80, Serie A 129, para. 50 u. 52; *Ambos* § 10 Rn. 41; *Grabenwarter* § 21 Rn. 22.

<sup>44</sup> *Frowein/Peukert* Rn. 75; *Ambos* § 10 Rn. 41; *Grabenwarter* § 21 Rn. 22.

<sup>45</sup> EGMR *Guzzardi v. Italien*, Urt. v. 6. 11. 1980 – No. 7367/76, EuGRZ 1983, 633 (639), para. 98 aE.

<sup>46</sup> St. Rspr. EGMR *Winterwerp v. Niederlande*, Urt. v. 24. 10. 1979 – No. 6301/73, EuGRZ 1979, 650 (654), para. 39 aE; *Luberti v. Italien*, Urt. v. 23. 2. 1984 – No. 9019/80, Serie A 75, para. 27; *jüngst Enhorn v. Schweden*, Urt. v. 25. 1. 2005 – No. 56529/00, NJW 2006, 2313 (2315), para. 42.

gung in Eilfällen, etwa zur Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens, haben die Vertragsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum, wobei stets die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.<sup>47</sup>

Der Gerichtshof hatte bisher nur wenige Fälle zu entscheiden, in denen einem **ansteckend Kranken** die Freiheit entzogen wurde. In Betracht kommen etwa Quarantänemaßnahmen nach § 30 IfSG, aber auch die zwangsweise Unterbringung eines HIV-infizierten Patienten.<sup>48</sup> Für die Rechtmäßigkeit freiheitsentziehender Maßnahmen zum Zweck, die Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, kommt es „entscheidend darauf an, ob die Verbreitung der Krankheit eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit darstellt und ob die Unterbringung des Kranken die letzte Möglichkeit war, die Verbreitung der Krankheit zu verhindern, weil weniger einschneidende Maßnahmen erwogen, aber als unzureichend angesehen wurden.“<sup>49</sup> Dieser ultima ratio-Gedanke gilt auch für den Freiheitszug Alkohol- und Rauchtüchtiger, wobei auch insoweit die Begriffe vom EGMR autonom ausgelegt werden.<sup>50</sup>

f) **Verhinderung der unerlaubten Einreise, Abschiebungs- und Auslieferungshaft (lit. f).** Der erste Anwendungsfall der Verhinderung einer unerlaubten **Einreise** hat praktische Bedeutung etwa für das Festhalten von Asylbewerbern auf Flughäfen und an Grenzübergängen.<sup>51</sup> Der Haftgrund ist so lange gegeben, *bis* dem Betroffenen die Einreise bzw. der *Aufenthalt gestattet* wird (vgl. § 4 Abs. 1 AufenthG). Für die Rechtmäßigkeit einer **Abschiebungshaft** kommt es allein darauf an, ob ein entsprechendes *Verfahren anhängig* ist und nicht darauf, ob durch die Haft eine Flucht oder die Begehung einer Straftat verhindert werden soll.<sup>52</sup> Es wird nicht geprüft, ob der Ausweisungsbescheid selbst rechtmäßig ist, jedoch muss die Haft der einschlägigen innerstaatlichen Rechtsgrundlage entsprechen, also bspw. die Voraussetzungen des § 62 AufenthG vorliegen.<sup>53</sup> Im Übrigen ist die Freiheitsentziehung nur so lange gerechtfertigt, wie das Verfahren – mit angemessener Sorgfalt – vorangebracht wird.<sup>54</sup> Bei der Anordnung einer **Auslieferungshaft** sind die Erfordernisse der §§ 15 ff. IRG zu beachten.<sup>55</sup>

#### IV. Verfahrensgarantien im Falle der Freiheitsentziehung (Abs. 2–5)

1. **Allgemeines.** Personen, denen die Freiheit entzogen wurde, werden – unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung – die besonderen Garantien der Abs. 2–4 gewährt. Das Recht auf *Information* (Abs. 2) und auf *gerichtliche Haftkontrolle* (Abs. 4) besteht in **allen Fällen** der Freiheitsentziehung nach Abs. 1 lit. a–f; die Ansprüche auf *unverzügliche Vorführung* und auf *Aburteilung innerhalb angemessener Frist* oder auf *Haftentlassung* (Abs. 3) bestehen nur für Personen, denen die Freiheit nach **Abs. 1 lit. c** entzogen wurde, dh. insb. für Untersuchungshäftlinge.<sup>56</sup> Abs. 5 schließlich gibt jeder Person, die unter Verletzung der Abs. 1–4 festgenommen oder inhaftiert wurde, ein Recht auf *Entschädigung*.

2. **Recht auf Information (Abs. 2).** Dieses Recht soll der festgenommenen Person die Kenntnis verschaffen, die sie benötigt, um von ihrem Recht auf Haftkontrolle (Abs. 4) wirksam Gebrauch zu machen.<sup>57</sup> Die Unterrichtung des Betroffenen muss daher so umfassend sein, dass er die Erfolgsaussichten einer Anfechtung der Freiheitsentziehung abschätzen kann.<sup>58</sup> Erforderlich ist die Bekanntgabe der tragenden **tatsächlichen und rechtlichen Gründe**, einschließlich der Beweismittel, auf die der Freiheitsentzug gestützt wird.<sup>59</sup> Abschiebungs- bzw. Auslieferungshäftlingen muss indes nur mitgeteilt werden, dass sie ausgewiesen werden sollen bzw. dass sie von einem anderen Staat

<sup>47</sup> EGMR Herz v. Deutschland, Urt. v. 12. 6. 2003 – No. 44672/98, NJW 2004, 2209 (2210 f.), para. 46 ff.

<sup>48</sup> Hierzu: EGMR Enhorn v. Schweden, aaO, para. 44 ff.

<sup>49</sup> EGMR Enhorn v. Schweden, aaO, para. 44, wobei im Ergebnis eine Verletzung des Art. 5 bejaht wurde.

<sup>50</sup> EGMR Witold Litwa v. Polen, Urt. v. 4. 4. 2000 – No. 26629/95, RJD 2000-III, para. 57 ff. (zum Begriff des „Alkoholikers“); näher: Meyer-Ladewig Rn. 21; auch KK-StPO/Schädlcr Rn. 17.

<sup>51</sup> Zur Anwendung auf sog. Transitpersonen: EGMR Amuur v. Frankreich, Urt. v. 25. 6. 1996 – No. 19776/92, EuGRZ 1996, 577 (585 f.), para. 43 ff.; dazu: Demko HRRS 2004, 171 (173 ff.).

<sup>52</sup> EGMR (GK) Chahal v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 15. 11. 1996 – No. 22414/93, NVwZ 1997, 1093 (1096 f.), para. 112; jüngst EGMR (GK) Saadi v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 29. 1. 2008 – No. 13229/03 (unveröff.), para. 72.

<sup>53</sup> Grabenwarter § 21 Rn. 25. Die Rechtmäßigkeit einer Ausweisungsentscheidung bemisst sich allein nach Art. 1 Prot. 7, das Deutschland nicht ratifiziert hat.

<sup>54</sup> EGMR (GK) Chahal v. Vereinigtes Königreich, aaO, para. 113.

<sup>55</sup> Eingehend hierzu: Ambos § 10 Rn. 73.

<sup>56</sup> Unfried S. 40; Frowein/Peukert Rn. 90.

<sup>57</sup> EGMR van der Leer v. Niederlande, Urt. v. 21. 2. 1990 – No. 11509/85, Serie A 170-A, para. 28; H. B. v. Schweiz, Urt. v. 5. 4. 2001 – No. 26899/95 (unveröff.), para. 47.

<sup>58</sup> Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 37.

<sup>59</sup> Meyer-Ladewig Rn. 25; Ambos § 10 Rn. 46.



gesucht werden.<sup>60</sup> Die Unterrichtung muss für den Betroffenen sowohl **sprachlich als auch intellektuell verständlich** sein.<sup>61</sup> Ist er aufgrund seines Geisteszustandes nicht in der Lage, die Belehrung zu verstehen oder darauf angemessen zu reagieren, muss der gesetzliche Vertreter hinzugezogen werden.<sup>62</sup> Die Information hat „**innerhalb möglichst kurzer Frist**“ („*promptly*“) zu erfolgen, dh. nicht zwingend bei der Festnahme selbst, spätestens jedoch bei der ersten Vernehmung, wenn diese innerhalb weniger Stunden danach durchgeführt wird.<sup>63</sup> Eine Verzögerung von zehn Tagen nach Anordnung der Unterbringung in einer Psychiatrie verletzt das Recht aus Art. 5 Abs. 2.<sup>64</sup>

21 3. **Besondere Verfahrensgarantien der nach Abs. 1 lit. c festgenommenen und inhaftierten Personen (Abs. 3). a) Recht auf unverzügliche Vorführung (S. 1, 1. Hs.).** Der Anspruch, „unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt [zu] werden“ dient dazu, eine unabhängige und überparteiliche **Kontrolle der Untersuchungshaft** zu sichern. Der Richter oder richterliche Beamte muss eine von der Exekutive und den Parteien unabhängige Person sein, die befugt ist, bindende Entscheidungen zu treffen.<sup>65</sup> Er ist verpflichtet, die für und gegen die Haft sprechenden Umstände zu prüfen und zu entscheiden, ob der Freiheitsentzug gerechtfertigt ist. Liegen derartige Gründe iSv. Abs. 1 nicht vor, hat er die Haftentlassung anzuordnen.<sup>66</sup> Die Vorführung ist von **Amts wegen** zu veranlassen, bedarf also – anders als die Haftkontrolle nach Abs. 4 – nicht eines Antrags des Inhaftierten.<sup>67</sup> Sie muss „unverzüglich“ („*promptly*“) herbeigeführt werden. Hierbei sind zwar grds. die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, doch ist der Gerichtshof mit Blick auf zulässige Fristüberschreitungen streng.<sup>68</sup> Während eine Vorführung innerhalb von **zwei Tagen** nach erfolgter Festnahme noch akzeptabel ist,<sup>69</sup> sind vier Tage und 6 Stunden jedenfalls – ungeachtet besonderer Umstände, bspw. der Terrorismusbekämpfung – zu lang.<sup>70</sup> Im deutschen Strafverfahrensrecht gilt die gegenüber der Konvention strengere Frist des § 115 Abs. 2 StPO; nicht in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 fällt jedoch das Haftprüfungsverfahren nach § 117 StPO, so dass eine Verletzung der 2-Wochen-Frist des § 118 Abs. 5 StPO nicht zur Haftentlassung des Beschuldigten führen muss.<sup>71</sup>

22 b) **Anspruch auf Aburteilung innerhalb angemessener Frist oder auf Haftentlassung (S. 1, 2. Hs.).** Das Recht korrespondiert im ersten Teil mit dem Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer aus Art. 6 Abs. 1, wobei es allerdings hier die Dauer der **Untersuchungshaft begrenzt** und deshalb strengere Maßstäbe anzulegen sind (Rn. 24). Wird der Beschuldigte aus der U-Haft entlassen, etwa weil trotz fortbestehenden Tatverdachts der besondere Haftgrund entfallen ist, bestimmt sich die angemessene Frist der Aburteilung allein nach Art. 6 Abs. 1;<sup>72</sup> auch nach Erlass eines erstinstanzlichen Urteils folgt das Beschleunigungsgebot aus Art. 6 Abs. 1.<sup>73</sup>

<sup>60</sup> EGMR *Bordovskiy v. Russland*, Urt. v. 8. 2. 2005 – No. 49491/99 (unveröff.), para. 56 ff. (zur Auslieferungshaft); EKMR *Caprino v. Vereinigtes Königreich*, Entsch. v. 3. 3. 1978 – No. 6871/75, EuGRZ 1979, 74 (78) (zur Abschiebungshaft); *Grabenwarter* § 21 Rn. 27.

<sup>61</sup> EGMR *Fox, Campbell u. Hartley v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 30. 8. 1990 – No. 12244/86, Serie A 182, para. 40.

<sup>62</sup> Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 36; Meyer-Ladewig Rn. 25; *Ambos* § 10 Rn. 46 mwN.

<sup>63</sup> EGMR *Fox, Campbell u. Hartley v. Vereinigtes Königreich*, aaO, para. 42; *Murray v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 28. 10. 1994 – No. 14310/88, Serie A 300-A, para. 78 ff.

<sup>64</sup> EGMR *van der Leer v. Niederlande*, Urt. v. 21. 2. 1990 – No. 11509/85, Serie A 170-A, para. 30 f.

<sup>65</sup> EGMR (GK) *Nikolova v. Bulgarien*, Urt. v. 25. 3. 1999 – No. 31195/96, EuGRZ 1999, 320 (320 f.), para. 49 ff.; Beispiele aus der Praxis (schweiz. Bezirksanwalt als richterlicher Beamter zulässig, nicht dagegen der niederl. Militär-auditor) bei *Frowein/Peukert* Rn. 106 f.

<sup>66</sup> EGMR (GK) *Aquilina v. Malta*, Urt. v. 29. 4. 1999 – No. 25642/94, NJW 2001, 51 (53), para. 47; *McKay v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 3. 10. 2006 – No. 543/03, NJW 2007, 3699 (3700), para. 35; *Diebm StraFo* 2007, 231 (232 ff.) problematisiert vor diesem Hintergrund im Hinblick auf die beschränkten Entscheidungsbefugnisse des Richters des „nächsten Amtsgerichts“ die Konventionsgemäßheit des § 115 a StPO.

<sup>67</sup> EGMR (GK) *Aquilina v. Malta*, aaO, para. 49; *McKay v. Vereinigtes Königreich*, aaO, para. 34; *Kühne/Esser StV* 2002, 383 (387); Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 46.

<sup>68</sup> EGMR *Brogan et al. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. 29. 11. 1988 – No. 11209/84, Serie A 145-B, para. 62; *Aquilina v. Malta*, aaO, para. 48.

<sup>69</sup> EGMR (GK) *Aquilina v. Malta*, aaO, para. 51; *Grauzinis v. Litauen*, Urt. v. 10. 10. 2000 – No. 37975/97 (unveröff.), para. 25.

<sup>70</sup> EGMR *Brogan et al. v. Vereinigtes Königreich*, aaO, para. 61 f.; bestätigt zB in: *Aksoy v. Türkei*, Urt. v. 18. 12. 1996 – No. 21987/93, RJD 1996-VI, para. 66, 78 (in casu 14 Tage); *O'Hara v. Vereinigtes Königreich*, Urt. 16. 10. 2001 – No. 37555/97, RJD 2001-X, para. 46 (6 Tage 13 Stunden); *Öcalan v. Türkei*, Urt. v. 12. 3. 2003 – No. 46221/99, EuGRZ 2003, 472 (476), para. 107 ff. (7 Tage); *Ayşe Tepe v. Türkei*, Urt. v. 22. 7. 2003 – No. 29422/95 (unveröff.), para. 52 (15 Tage).

<sup>71</sup> OLG Hamm v. 31. 8. 2005 – 3 Ws 381/05, NStZ-RR 2006, 17; OLG Köln v. 28. 1. 2009 – 2 Ws 31/09, StV 2009, 653 (654), wonach die Überschreitung der Frist des § 118 Abs. 5 mit der (Untätigkeits-)Beschwerde angefochten werden und die Besorgnis der Befangenheit begründen kann; krit. *Kühne StV* 2009, 654 f., der im Ergebnis jedoch eine Verletzung von Art. 5 Abs. 3 und Abs. 4 verneint.

<sup>72</sup> Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 58.

<sup>73</sup> Vgl. BVerfG v. 13. 5. 2009 – 2 BvR 388/09, StV 2009, 592 mAnm *Hagmann*.

Der für Abs. 3 **maßgebliche Zeitraum** beginnt mit der Festnahme und endet mit der Verurteilung in erster Instanz bzw. mit der Haftentlassung.<sup>74</sup> Wird das Urteil in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben und die Sache zurückverwiesen, beginnt die Frist von neuem. Der Zeitraum zwischen der erstinstanzlichen Verurteilung und deren Aufhebung ist nicht zu berücksichtigen, da er nicht unter den von Abs. 3 in Bezug genommenen Abs. 1 lit. c, sondern unter Abs. 1 lit. a fällt.<sup>75</sup> Bei **wiederholter Inhaftierung**, deren Zeiträume zusammenzurechnen sind, liegt ein Verstoß gegen Abs. 3 vor, wenn die insgesamt in Haft verbrachte Zeit unangemessen ist.<sup>76</sup> Eine ggf. im **Ausland** (vor erfolgter Auslieferung) erlittene Haft wird nicht berücksichtigt, weil sie dem ersuchenden Staat nicht zugerechnet werden kann.<sup>77</sup>

Die **angemessene Dauer** der U-Haft hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.<sup>78</sup> Der EGMR legt hier – angesichts der stärkeren Eingriffsintensität – strengere Maßstäbe an als an die Verfahrensdauer nach Art. 6 Abs. 1.<sup>79</sup> Die staatlichen Gerichte haben, unter Berücksichtigung der Unschuldsumutung, eine **Abwägung** zwischen dem öffentlichen Interesse an der Haftfortdauer und dem individuellen Freiheitsinteresse vorzunehmen.<sup>80</sup> Dabei sind insb. das Verhältnis der angedrohten Strafe zur Dauer der U-Haft und die Wirkungen der Haft auf den Betroffenen zu berücksichtigen.<sup>81</sup> Das Fortbestehen des Tatverdachts ist zwar notwendige Bedingung für die Rechtmäßigkeit der Haftfortdauer, aber nach einer gewissen Zeit alleine nicht mehr hinreichend. Vielmehr muss (noch) im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Haftentlassung – über den Wortlaut der lit. c hinausgehend – ein **(zusätzlicher) Haftgrund**, etwa Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr, vorliegen; sonst ist die Fortdauer der Freiheitsentziehung unverhältnismäßig.<sup>82</sup> Für das Vorliegen des (zusätzlichen) Haftgrunds bedarf es **konkreter Anhaltspunkte**.<sup>83</sup> Der formelhafte Hinweis etwa auf die Notwendigkeit weiterer Ermittlungen<sup>84</sup> oder die Schwere der Tat<sup>85</sup> genügt nicht.<sup>86</sup>

Dem bei Freiheitseingriffen besonders bedeutsamen Zeitfaktor trägt der EGMR dadurch Rechnung, dass er in einem selbstständigen Schritt untersucht, ob die Behörden bei der Durchführung des Verfahrens „besondere Sorgfalt“ („*special diligence*“) haben walten lassen.<sup>87</sup> Ergeben sich vermeidbare **Verfahrensverzögerungen**, zB dadurch, dass anstelle von Fotokopien Aktenoriginale versendet werden, muss die infolgedessen (unangemessen) verlängerte U-Haft von einer ggf. verhängten Freiheitsstrafe in Abzug gebracht werden.<sup>88</sup> Eine Verletzung des Art. 5 Abs. 3 S. 1 ist neben einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 gesondert zu prüfen und über die zwingende Anrechnung

<sup>74</sup> EGMR Kudla v. Polen, Urt. v. 26. 10. 2000 – No. 30210/96, NJW 2001, 2694 (2696), para. 104. Für ein Fortbestehen des Beschleunigungsgebots auch nach Erlass eines erstinstanzlichen Urteils s. aber Fn. 73 mit Haupttext.

<sup>75</sup> Vgl. EGMR Kudla v. Polen, aaO, para. 102 ff.; eingehend: Kühne/Esser StV 2002, 383 (388 f.). Zum maßgeblichen Zeitraum bzgl. der angemessenen Verfahrensdauer bei Art. 6 Abs. 1 dort Rn. 21.

<sup>76</sup> EGMR Smirnova v. Russland, Urt. v. 24. 7. 2003 – No. 46133/99, RJD 2003-IX, para. 66 ff.; vgl. auch Kudla v. Polen, aaO, para. 114; Gollwitzer Rn. 116.

<sup>77</sup> Frowein/Peukert Rn. 112; Grote/Maruhn/Dörr Kap. 13 Rn. 59.

<sup>78</sup> StRspr., EGMR Erdem v. Deutschland, Urt. v. 5. 7. 2001 – No. 38321/97, NJW 2003, 1439 (1440), para. 39; Čevizović v. Deutschland, Urt. v. 29. 7. 2004 – No. 49746/99, NJW 2005, 3125 (3126), para. 37; eingehend zu den einschlägigen Entscheidungen: Reindl S. 121 ff.; ferner Tochilovsky S. 597 ff.

<sup>79</sup> Grote/Maruhn/Dörr Kap. 13 Rn. 58; Meyer-Ladewig Rn. 34; vgl. ebenso BGH v. 9. 10. 2008 – 1 StR 238/08, StV 2008, 633 (634), wonach nur die „bei größtmöglicher Beschleunigung erreichbare Minimaldauer hinnehmbar“ ist. Nach OLG Nürnberg v. 11. 2. 2009 – 1 Ws 28 – 30/09, StV 2009, 367 (367) ist dem besonderen Beschleunigungsgebot idR nur Genüge getan, wenn spätestens 3 Monate nach Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Hauptverhandlung begonnen wird. Ist erkennbar, dass trotz bestehender Eröffnungsreife der Erlass des Eröffnungsbeschlusses verzögert wurde, so ist bei der Prüfung der angemessenen Dauer auf den Zeitpunkt des Eintritts der Eröffnungsreife abzustellen.

<sup>80</sup> EGMR Kudla v. Polen, Urt. v. 26. 10. 2000 – No. 30210/96, NJW 2001, 2694 (2696), para. 110; Erdem v. Deutschland, aaO, para. 39; Čevizović v. Deutschland, aaO, para. 37; zur Fortdauer der U-Haft bei Verfahrensverzögerung im Revisionsverfahren BVerfG v. 22. 2. 2005 – 2 BvR 109/05 NStZ 2005, 456 (457) m. krit. Anm. Foth; BVerfG v. 5. 12. 2005 – 2 BvR 1964/05, NJW 2006, 672 (675); Jahn NJW 2006, 652 (653); vgl. auch Burhoff StraFo 2006, 51 (54 f.); Knauer StraFo 2007, 309 ff. mwN zur dt. (Verfassungsgerichts-)Rspr.

<sup>81</sup> Ambos § 10 Rn. 45 mwN in Fn. 284; Mansdörfer GA 2010, 153 (158 ff.).

<sup>82</sup> EGMR W. v. Schweiz, Urt. v. 26. 1. 1993 – No. 14379/88, Serie A 254-A, para. 30; Ambos § 10 Rn. 40; Grabenwarter § 21 Rn. 19; Peters S. 96.

<sup>83</sup> St. Rspr., EGMR Čevizović v. Deutschland, Urt. v. 29. 7. 2004 – No. 49746/99, NJW 2005, 3125 (3126), para. 37 ff. mwN. Im Fall Clooth v. Belgien, Urt. v. 12. 12. 1991 – No. 12718/87, ÖJZ 1992, 420 (420 f.), para. 37 ff. stellte der EGMR fest, dass nach 9 Monaten Wiederholungsgefahr, nach 15 Monaten Verdunkelungsgefahr und nach 31 Monaten Fluchtgefahr nicht ohne Weiteres angenommen werden konnten.

<sup>84</sup> EGMR Clooth v. Belgien, aaO, para. 44.

<sup>85</sup> EGMR Ilijkov v. Bulgarien, Urt. v. 26. 7. 2001 – No. 33977/96 (unveröff.), para. 81; grdl. BVerfG v. 15. 12. 1965 – 1 BvR 513/65, BVerfGE 19, 342 (350) = NJW 1966, 243 (244) (Wencker-Beschluss).

<sup>86</sup> Eingehend zu den – mit zunehmender Haftdauer steigenden – Anforderungen an die einzelnen Haftgründe: Kühne/Esser StV 2002, 383 (388 f.); Grote/Maruhn/Dörr Kap. 13 Rn. 61 ff.

<sup>87</sup> StRspr., EGMR Toth v. Österreich, Urt. v. 12. 12. 1991 – No. 11894/85, Serie A 224, para. 67 ff., insb. 76 f.; Kühne/Esser StV 2002, 383 (388) mwN zur Rspr. in Rn. 77.

<sup>88</sup> EGMR Toth v. Österreich, aaO, para. 77, 91; Ambos § 10 Rn. 45; Peters S. 99.

nach § 51 Abs. 1 S. 1 StGB hinaus wiedergutzumachen.<sup>89</sup> Der EGMR hat anerkannt, dass dies durch eine „ausdrückliche und messbare Minderung der Strafe“ erfolgen kann.<sup>90</sup> Entsprechend der zu Art. 6 Abs. 1 entwickelten Vollstreckungslösung des BGHGS (dort Rn. 26) hat die Entschädigung auf nationaler Ebene in der Weise zu erfolgen, dass ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.<sup>91</sup>

26 c) **Anspruch auf Haftentlassung gegen Sicherheit (S. 2).** Über seinen Wortlaut hinaus gibt Abs. 3 S. 2 nicht nur dem Konventionsstaat die Befugnis, die Haftentlassung von einer Sicherheit abhängig zu machen, sondern gewährt auch dem Inhaftierten einen bedingten Anspruch auf Haftentlassung.<sup>92</sup> Das Ziel der Hinterlegung einer „Sicherheit“ (Kaution) ist es, die **Anwesenheit** des Betroffenen in der **Hauptverhandlung zu gewährleisten**.<sup>93</sup> Ist also die Fluchtgefahr der einzige Haftgrund, hat der Inhaftierte das Recht, gegen Leistung einer ausreichend hohen Sicherheit, aus der Haft entlassen zu werden.<sup>94</sup> Da der mögliche Vermögensverlust den Betroffenen davon abhalten soll, vom Prozess fernzubleiben, bemisst sich die **Höhe der Sicherheit** nach den individuellen Vermögensverhältnissen des Betroffenen und ggf. nach seiner Beziehung zu der Person, die sich bereit erklärt, für ihn die Sicherheit leisten.<sup>95</sup>

27 **4. Recht auf gerichtliche Haftkontrolle (Abs. 4).** Anders als Art. 5 Abs. 3 ist Abs. 4 nicht auf Untersuchungshäftlinge iSv. Abs. 1 lit. c beschränkt, sondern auf „jede Person“ anwendbar, „die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist.“ Überdies unterscheidet sich Abs. 3 insofern von Abs. 4, als jener eine materielle Gewährleistung beinhaltet, während dieser als **Verfahrensgarantie** zu verstehen ist.<sup>96</sup> Während der Beschleunigungsanspruch des Untersuchungshäftlings iSv. Abs. 3 nur während der Haft besteht (o. Rn. 22), gewährt Abs. 4 die gerichtliche **Überprüfung** der Freiheitsentziehung **generell**, also auch noch nach Beendigung der Haft; anderenfalls liefe die Garantie leer.<sup>97</sup> Die Abs. 3 und 4 ergänzen sich somit.<sup>98</sup>

28 Über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung hat ein Gericht (zum Begriff Rn. 7 sowie Art. 6 Rn. 27 f.) zu entscheiden. Der Betroffene hat insoweit einen Anspruch auf ein **adversatorisches Verfahren** („*adversarial procedure*“) und prozessuale Waffengleichheit gegenüber der für die Haft zuständigen Behörde. Ihm muss Gelegenheit gegeben werden, sich zu dem Vortrag der Behörde zu äußern.<sup>99</sup> Voraussetzung für die effektive Ausübung dieses Rechts ist, dass dem Betroffenen bzw. seinem Verteidiger alle, für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung erheblichen, Informationen zugänglich gemacht werden, er also ein **umfassendes Recht auf Aktenzugang** erhält.<sup>100</sup> Legitime Geheimhaltungsinteressen der Verfolgungsbehörden müssen zwar berücksichtigt werden, können aber wesentliche Einschränkungen des Rechts auf Verteidigung nicht rechtfertigen.<sup>101</sup> Die Verweigerung der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren wegen etwaiger Gefährdung des Untersuchungszwecks (§ 147 Abs. 2 StPO) ist danach nicht (mehr) ohne Weiteres möglich.<sup>102</sup> Eine Verletzung des Abs. 4 bejaht der EGMR jedoch nur, wenn dem Bf. Einsicht in Material versagt wurde, das für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit seiner Inhaftierung **wesentlich** war.<sup>103</sup>

<sup>89</sup> EGMR Dzelili v. Deutschland, Urt. v. 10. 11. 2005 – No. 65745/01, NVwZ-RR 2006, 513 (515 f.) para. 83 ff.; BGH v. 22. 9. 2009 – 5 StR 363/09, StV 2009, 692 = NStZ 2010, 229 f.

<sup>90</sup> EGMR Dzelili v. Deutschland, aaO, para. 83.

<sup>91</sup> BGH v. 22. 9. 2009 – 5 StR 363/09, aaO.

<sup>92</sup> Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 70.

<sup>93</sup> EGMR Neumeister v. Österreich, Urt. v. 27. 6. 1968 – No. 1936/63, Serie A 8, para. 14.

<sup>94</sup> EGMR Wemhoff v. Deutschland, Urt. v. 27. 6. 1968 – No. 2122/64, Serie A 7, para. 15; Letellier v. Frankreich, Urt. v. 26. 6. 1991 – No. 12369/86, Serie A 207, para. 46.

<sup>95</sup> EGMR Neumeister v. Österreich, aaO, para. 14.

<sup>96</sup> *Ambos* § 10 Rn. 47; *Peters* S. 97 f., 101.

<sup>97</sup> EGMR Herz v. Deutschland, Urt. v. 12. 6. 2003 – No. 44672/98, NJW 2004, 2209 (2212), para. 68.

<sup>98</sup> *Meyer-Ladewig* Rn. 38 a.

<sup>99</sup> EGMR Sanchez-Reisse v. Schweiz, Urt. v. 21. 10. 1986 – No. 9862/82, NJW 1989, 2179 (2180), para. 51.

<sup>100</sup> EGMR Lamy v. Belgien, Urt. v. 30. 3. 1989 – No. 10444/83, StV 1993, 283 (284), para. 29; dazu *Zieger* StV 1993, 320 ff.; (GK) Nikolova v. Bulgarien, Urt. v. 25. 3. 1999 – No. 31195/96, EuGRZ 1999, 320 (321), para. 58; jüngst *Mooren* v. Deutschland, Urt. v. 13. 12. 2007 – No. 11364/03, StV 2008, 475 (481 f.) mAnm *Hagmann* u. *Pauly*, para. 91 f.; bestätigt durch die GK *Mooren* v. Deutschland, Urt. v. 9. 7. 2009 – No. 11364/03 (bislang unveröff.), para. 124 ff.; eingehend: *Kühnel/Esser* StV 2002, 383 (390 ff.); *Ambos* § 10 Rn. 47.

<sup>101</sup> EGMR *Mooren* v. Deutschland, aaO, para. 92; *Ambos* § 10 Rn. 47.

<sup>102</sup> EGMR *Lietzow* v. Deutschland, Urt. v. 13. 2. 2001 – No. 24479/94; NJW 2002, 2013 (2014 f.), para. 44 ff.; *Schöps* v. Deutschland, Urt. v. 13. 2. 2001 – No. 25116/94, NJW 2002, 2015 (2017 f.), para. 44 ff.; *Garcia Alva* v. Deutschland, Urt. v. 13. 2. 2001 – No. 23541/94, NJW 2002, 2018 (2019 f.), para. 39 ff.; *Kunkel* v. Deutschland, Entsch. v. 2. 6. 2009 – No. 29705/05, EuGRZ 2009, 472; zur dt. Rspr.: BVerfG v. 11. 7. 1994 – 2 BvR 777/94, NJW 1994, 3219 (3220); OLG Köln v. 29. 5. 2001 – 2 Ws 215/01, NStZ 2002, 659; OLG Hamm v. 13. 2. 2002 – 2 BL 7/02, StV 2002, 318 mAnm *Deckers*; eingehend: *Ambos* NStZ 2003, 14 f.; *Kieschke/Osterwald* NJW 2002, 2003 ff.; *Kühnel/Esser* StV 2002, 383 (390 ff.); *Lange* NStZ 2003, 348 ff.

<sup>103</sup> EGMR *Falk* v. Deutschland, Entsch. v. 11. 3. 2008 – No. 41077/04, NStZ 2009, 164 (164) mAnm *Strafner* (Einsicht in sichergestellte Speichermedien). Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass das nicht eingesehene Material für die Haftbeschwerde wesentlich war, trägt der Bf.

Die Entscheidung muss „**innerhalb kurzer Frist**“ („*speedily*“) ergehen. Der Lauf der Frist beginnt mit dem Antrag des Betroffenen bzw. mit dem Eingang der (angekündigten) Begründungsschrift<sup>104</sup> oder – wenn diese im nationalen Recht vorgesehen ist – mit der von Amts wegen erfolgten Einleitung des Verfahrens.<sup>105</sup> Sie endet mit der Entscheidung durch das Gericht. Art. 5 Abs. 4 gewährt kein Beschwerderecht gegen die richterliche Entscheidung; eröffnet jedoch das nationale Recht ein solches (zB § 19 FGG aF bzw. § 58 FamFG nF gegen eine vorläufige Unterbringung nach § 70h FGG aF bzw. § 331 FamFG nF), so gilt das Gebot der beschleunigten Verfahrensführung **auch in der Beschwerdeinstanz.**<sup>106</sup>

Abs. 4 garantiert – anders als Art. 5 Abs. 3 oder Art. 6 Abs. 1 – nicht nur eine „angemessene“, sondern – angesichts des hohen Stellenwertes der Freiheit – eine „kurze“ Frist. Gleichwohl beurteilt der EGMR hier wie dort eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes nach den **Umständen des Einzelfalles.**<sup>107</sup> Zu berücksichtigen sind insb. die *Art der Freiheitsentziehung* und die *Komplexität des Falles.*<sup>108</sup> Eine abstrakte oder absolute zeitliche Grenze gibt der EGMR nicht vor.<sup>109</sup> Eine Arbeitsüberlastung der nationalen Gerichte kann jedenfalls eine lange Frist nicht rechtfertigen, da die Vertragsstaaten zur Errichtung und Erhaltung eines funktionsfähigen Justizsystems verpflichtet sind (vgl. auch Art. 6 Rn. 22).

Der Zweck der Garantie ist die gerichtliche **Kontrolle der Verwaltungsbehörden.** Würde die Freiheitsentziehung also in einem justizförmigen Verfahren durch ein Gericht angeordnet, so ist die gerichtliche Überprüfung iSv. Abs. 4 bereits in der Anordnung enthalten.<sup>110</sup> Es besteht jedoch ein Anspruch auf **wiederholte gerichtliche Überprüfung** von Unterbringungsmaßnahmen, insb. in den Fällen des Art. 5 Abs. 1 lit. e, da die ursprünglich die Freiheitsentziehung rechtfertigenden Umstände ja später wegfallen können.<sup>111</sup> Die hierbei erforderliche persönliche Anhörung des Untergebrachten hat in **regelmäßigen Abständen** („*reasonable intervals*“) zu erfolgen;<sup>112</sup> diese dürfen jedenfalls nicht länger als ein Jahr sein,<sup>113</sup> wobei generell die Komplexität der medizinischen Fragestellungen zu berücksichtigen ist.<sup>114</sup> Auch die Zeiträume zwischen einer medizinischen Untersuchung, der Erstellung des entsprechenden Berichts, dem Eingang des Berichts bei Gericht und dessen Entscheidung aufgrund dieses Berichts dürfen nicht zu lange sein, weil anderenfalls das Untersuchungsergebnis zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits überholt sein kann. Ein Zeitraum von elf Monaten zwischen der Untersuchung des Betroffenen und der gerichtlichen Entscheidung ist deshalb etwa zu lang.<sup>115</sup>

**5. Recht auf Schadensersatz (Abs. 5).** Bei einer Freiheitsentziehung unter Verstoß gegen die Abs. 1–4 hat der Betroffene einen Anspruch auf Schadensersatz, sofern der Verstoß auch durch ein nationales oder ein Konventionsorgan **festgestellt** wurde<sup>116</sup> und ein materieller oder immaterieller **Schaden** vorliegt.<sup>117</sup> Da die Konvention hinsichtlich der Verletzung auf das nationale Recht als Prüfungsmaßstab verweist (o. Rn. 6, 12), genügt auch ein Verstoß gegen innerstaatliche Vorschriften für das Entstehen des Anspruchs. Dies gilt auch, wenn das nationale Recht strengere Anforderungen als die Konvention stellt.<sup>118</sup> Abs. 5 verpflichtet die Vertragsstaaten, in denen die EMRK nicht unmittelbar geltendes Recht ist, eine **nationale Anspruchsgrundlage** zu schaffen. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, so liegt darin ein Verstoß gegen Abs. 5, der zu einer Entschädigung nach Art. 41 führen kann.<sup>119</sup> Da die EMRK in Deutschland den Rang eines Bundesgesetzes hat, ergibt sich der

<sup>104</sup> EGMR Herz v. Deutschland, Urt. v. 12. 6. 2003 – No. 44672/98, NJW 2004, 2209 (2212), para. 73.

<sup>105</sup> Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 86.

<sup>106</sup> EGMR Herz v. Deutschland, aaO, para. 65 mwN zur Rspr.

<sup>107</sup> EGMR Sanchez-Reisse v. Schweiz, Urt. v. 21. 10. 1986 – No. 9862/82, NJW 1989, 2179 (2181), para. 55.

<sup>108</sup> *Frowein/Peukert* Rn. 145 f.; Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 87 f. je mwN in der Rspr. des EGMR; auch Meyer-Ladewig Rn. 44; *Grabemauer* § 21 Rn. 34.

<sup>109</sup> EGMR Sanchez-Reisse v. Schweiz, aaO, para. 55; *Unfried* S. 60.

<sup>110</sup> Grdl. EGMR De Wilde, Ooms u. Versyp v. Belgien, Urt. v. 18. 6. 1971 – No. 2832/66, Serie A 12, para. 76; vgl. auch Herz v. Deutschland, Urt. v. 12. 6. 2003 – No. 44672/98, NJW 2004, 2209 (2211), para. 64; vgl. auch *Kühne* StV 2009, 654 (655), der vor diesem Hintergrund bei Überschreitung der Frist des § 118 Abs. 5 StPO eine Verletzung des Art. 5 Abs. 4 verneint.

<sup>111</sup> EGMR Winterwerp v. Niederlande, Urt. v. 24. 10. 1979 – No. 6301/73, EuGRZ 1979, 650 (656), para. 55; (GK) Musial v. Polen, Urt. v. 25. 3. 1999 – No. 24557/94, NJW 2000, 2727 (2728), para. 43; zum Anspruch auf wiederholte gerichtliche Überprüfung der Freiheitsentziehung eines Sicherungsverwahrten: EGMR Homann v. Deutschland, Entsch. v. 9. 5. 2007 – No. 12788/04, NJW 2008, 2320 (2321) mwN zur Rspr.

<sup>112</sup> EGMR (GK) Musial v. Polen, aaO, para. 43.

<sup>113</sup> EGMR Herczegfalvy v. Österreich, Urt. v. 24. 9. 1992 – No. 10533/83, EuGRZ 1992, 535 (537), para. 75 ff.: 15 Monate wie 2 Jahre zu lang; 9 Monate zulässig.

<sup>114</sup> EGMR (GK) Musial v. Polen, Urt. v. 25. 3. 1999 – No. 24557/94, NJW 2000, 2727 (2728), para. 47.

<sup>115</sup> EGMR (GK) Musial v. Polen, aaO, para. 50.

<sup>116</sup> EGMR Bouchet v. Frankreich, Urt. v. 20. 3. 2001 – No. 33591/96 (unveröff.), para. 50.

<sup>117</sup> EGMR Wassink v. Niederlande, Urt. v. 27. 9. 1990 – No. 12535/86, Serie A 185-A, para. 38.

<sup>118</sup> BGH v. 29. 4. 1993 – III ZR 3/92, BGHZ 122, 268 (270) = NJW 1993, 2927 (2928); *Frowein/Peukert* Rn. 149; Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 104.

<sup>119</sup> Grote/Marauhn/Dörr Kap. 13 Rn. 102 f.; Meyer-Ladewig Rn. 46.

Schadensersatzanspruch direkt aus Abs. 5.<sup>120</sup> Der Anspruch ist deliktischer Natur und unterliegt der insofern maßgeblichen nationalen Verjährungsfrist, in Deutschland also der Dreijahresfrist (§ 852 BGB aF bzw. § 195 BGB nF).<sup>121</sup> Die Einschränkungen des Amtshaftungsrechts und des StrEG gelten nicht.<sup>122</sup>

### Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren

(1)<sup>1</sup> Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.<sup>2</sup> Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teils des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.

(2) Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.

(3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

- a) innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;
- b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;
- c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
- d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;
- e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht.

### Übersicht

	Rn.
I. Bedeutung für das deutsche Strafverfahrensrecht .....	1–6
1. Praktische Relevanz .....	1, 2
2. Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht .....	3
3. Zugang zum EGMR .....	4
4. Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR .....	5, 6
II. Geltungsbereich .....	7, 8
1. Persönlich .....	7
2. Sachlich .....	8
III. Die einzelnen Garantien .....	9–55
1. Grundsatz des fairen Verfahrens .....	9–18
a) Recht auf Gehör .....	10, 11
b) Waffengleichheit .....	12
c) Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten .....	13–15
d) Tatprovokation .....	16
e) Anwesenheits-/Teilnahmerecht .....	17, 18
2. Angemessene Verfahrensdauer .....	19–26
a) Maßgeblicher Zeitraum .....	20
b) Angemessenheit .....	21–24
c) Konsequenzen .....	25, 26
3. Recht auf ein Gericht .....	27–30
4. Öffentliche Verhandlung und Urteilsverkündung .....	31, 32
5. Unschuldsvermutung (Abs. 2) .....	33–38
6. Mindestgarantien im Strafverfahren (Abs. 3) .....	39–52
a) Anspruch auf frühzeitige Unterrichtung über die Beschuldigung .....	40–42
b) Recht auf ausreichende Vorbereitung der Verteidigung .....	43
c) Effektivität der Verteidigung .....	44–47
d) Recht auf Benennung und Befragung von Zeugen .....	48–51
e) Das Recht auf einen Dolmetscher .....	52
7. Feststellung und Folgen einer Verletzung von Art. 6 .....	53–55

<sup>120</sup> BGH v. 29. 4. 1993 – III ZR 3/92, BGHZ 122, 268 (269 f.) = NJW 1993, 2927 (2927 f.); OLG Celle v. 16. 9. 2002 – 16 W 47/02, NJW 2003, 2463 (2463 f.); eingehend: *Strafner StV* 2010, 275 (276 ff.).

<sup>121</sup> BVerfG v. 6. 10. 2004 – 1 BvR 414/04, NJW 2005, 1567 (1568).

<sup>122</sup> KK-StPO/Schädlcr Rn. 27.

## I. Bedeutung für das deutsche Strafverfahrensrecht

1. **Praktische Relevanz.** Von allen Konventionsgarantien hat Art. 6 sowohl auf Deutschland bezogen als auch insgesamt die größte praktische Relevanz. Der EGMR erließ in den Jahren 1999–2007 gegen Deutschland 88 Urteile (insges. 8194), von denen sich 38 (insges. 5011) auf Art. 6 bezogen, also ca. 43% (insges. ca. 61%). Davon betrafen 28 Urteile (insges. 2.947) die Dauer des Verfahrens.<sup>1</sup>

Die ansteigende Verfahrensflut wegen überlanger Verfahrensdauer (Art. 6) hat den EGMR veranlasst, seine Rspr. zum **Verhältnis von Art. 6 und Art. 13**, der das Recht auf wirksame innerstaatliche Rechtsbehelfe garantiert, zu ändern. Bisher wurde Art. 6 als *lex specialis* betrachtet, der umfassend alle Verfahrensgarantien schützt und somit strenger als Art. 13 ist.<sup>2</sup> Inzwischen vertritt der EGMR die Ansicht, dass Art. 13 auch bei der Rüge einer Verletzung von Art. 6 wegen Verfahrenslänge anwendbar ist, so dass in einem solchen Fall die Möglichkeit eines innerstaatlichen Rechtsbefehls bestehen muss.<sup>3</sup> Damit will der Gerichtshof erreichen, dass die Vertragsstaaten – soweit noch nicht geschehen<sup>4</sup> – wirksame (innerstaatliche) Rechtsbehelfe gegen überlange Verfahren schaffen und somit entsprechende Beschwerden zunächst auf innerstaatlicher Ebene abgehandelt werden.<sup>5</sup>

2. **Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht.** Die EMRK hat für die Mitgliedstaaten des Europarates<sup>6</sup> die Bedeutung einer Grundrechtsverfassung Europas („*constitutional instrument of European public order*“).<sup>7</sup> Sie ist jedoch ihrer Rechtsnatur nach ein völkerrechtlicher Vertrag iSv. Art. 59 Abs. 2 GG, so dass ihr in Deutschland nur der Rang eines **einfachen Bundesgesetzes** zukommt.<sup>8</sup> Infolgedessen kann eine Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG nicht allein auf einen Konventionsverstoß gestützt werden.<sup>9</sup> Um dennoch der besonderen Bedeutung der EMRK gerecht zu werden, verlangt das BVerfG eine **konventionskonforme Auslegung** des GG und zieht die Rspr. des EGMR als Auslegungshilfe heran.<sup>10</sup> Deshalb sind auch der EMRK zeitlich nachfolgende einfache Bundesgesetze völkerrechts- und konventionskonform auszulegen, die „*lex posterior derogat legi priori*“ Regel wird also außer Kraft gesetzt.<sup>11</sup> Nach aa ist die EMRK *lex specialis*.<sup>12</sup> Im Ergebnis muss jedenfalls das einfache Bundesrecht konventionskonform sein, die EMRK hat eine **Ausstrahlungswirkung**.<sup>13</sup>

3. **Zugang zum EGMR.** Eine Menschenrechtsbeschwerde ist gemäß Art. 35 Abs. 1 erst „nach Erschöpfung aller innerstaatlichen Rechtsbehelfe“ zulässig. Hierzu gehört auch die Verfassungsbeschwerde zum BVerfG, sofern die behauptete Konventionsverletzung zugleich die Grundrechte des

<sup>1</sup> EGMR Annual Report 2007, S. 144 f. (abrufbar unter <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Re-ports+and+Statistics/Reports/Annual+Reports/>).

<sup>2</sup> Vgl. bspw. EGMR Kamasinski v. Österreich, Urt. v. 19. 12. 1989 – No. 9783/82, ÖJZ 1990, 412 (413), para. 110; weitere Nachweise bei *Ambos* NStZ 2002, 628 (629) in Fn. 22.

<sup>3</sup> EGMR Kudla v. Polen, Urt. v. 26. 10. 2000 – No. 30210/96, NJW 2001, 2694 (2699), para. 146 ff.; eingehend: *Demko* HRRS 2005, 403 ff.

<sup>4</sup> Zur Rechtslage in Deutschland und in anderen Vertragsstaaten *Meyer-Ladewig* NJW 2001, 2679; zur Einführung einer Untätigkeitsbeschwerde auch *Gimbel* ZRP 2004, 35; *Redeker* NJW 2003, 488; *Steinbeiß-Winkelmann* ZRP 2007, 177.

<sup>5</sup> EGMR Kudla v. Polen, aaO, para. 148, 155 f.; fortgeführt in *Kirsten v. Deutschland*, Urt. v. 15. 2. 2007 – No. 19124/02, DVBl 2007, 1161 (1164 f.), para. 53 ff.; hierbei stellte der EGMR auch fest, dass eine Verfassungsbeschwerde als Rechtsbehelf nicht geeignet ist, Abhilfe für die überlange Verfahrensdauer anhängiger zivilrechtlicher Verfahren zu schaffen, para. 33 f. Zu Kudla: *Bien/Guillaumont* EuGRZ 2004, 451 (462 ff.).

<sup>6</sup> Formal ist die Ratifikation der EMRK unabhängig vom Beitritt zum Europarat, jedoch erkennt jeder Mitgliedsstaat gemäß Art. 3 der Satzung des Europarates (EuRat) an, dass seine Bürger der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden sollen. Tatsächlich haben derzeit alle 47 Mitgliedsstaaten des Europarates die EMRK ratifiziert, vgl. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?MA=3&CM=16&CL=ENG>.

<sup>7</sup> EGMR Loizidou v. Türkei, Urt. v. 23. 3. 1995 – No. 15318/89, ÖJZ 1995, 629 (631), para. 75.

<sup>8</sup> BVerfG v. 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (316 f.) = NJW 2004, 3407 (3408), sog. Görgülü-Beschluss; vgl. hierzu jüngst *Czerner* EuR 2007, 537 ff.; *Ruffert* EuGRZ 2007, 245 (246) In den meisten anderen Mitgliedsstaaten steht die EMRK demgegenüber über dem einfachen Gesetz, mitunter hat sie sogar Verfassungsrang (etwa in Österreich, vgl. *Ambos* § 10 Rn. 8 mwN); vgl. auch *Grabenwarter* § 3 Rn. 2 ff.; *Peters* S. 2 f.; zur Türkei *Aras* ZEuS 2007, 219 (232 f.). Zu der zunehmend praxisrelevanten Frage der extraterritorialen Geltung der EMRK in Gebieten, in denen deutsche Truppen Herrschaftsgewalt ausüben *Wagner* NZWehr 2007, 1 (5 ff.).

<sup>9</sup> BVerfG v. 14. 1. 1960 – 2 BvR 243/60, BVerfGE 10, 271 (274) = NJW 1960, 1243 (1244) m. krit. Anm. *Guadaze*; auch BVerfG v. 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04, aaO.

<sup>10</sup> BVerfG v. 26. 3. 1987 – 2 BvR 589/79, BVerfGE 74, 358 (370) = NJW 1987, 2427 (2427); auch BVerfG v. 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04, aaO.

<sup>11</sup> Bsp. von *Weigend* StV 2000, 384 (387): Ein menschenrechtsfeindlicher Gesetzgeber könnte bestimmte strafverfahrensrechtliche Garantien des Art. 6 aushebeln, indem er etwa entgegen Art. 6 Abs. 3 lit. e dem Beschuldigten die Dolmetscherkosten auferlegt.

<sup>12</sup> Vgl. *Bernhardt* EuGRZ 1996, 339 (339); *Kühl* ZStW 100 (1988), 406 (409).

<sup>13</sup> *Peters* S. 3 vergleicht diese Ausstrahlungswirkung mit der des GG nach der Lüth-Entscheidung BVerfG v. 15. 1. 1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205) = NJW 1958, 257 (258).

GG berührt.<sup>14</sup> Vor der Erhebung einer Individualbeschwerde wegen eines Verstoßes gegen Art. 5 Abs. 1–4 ist eine Schadensersatzklage nach Art. 5 Abs. 5 vor den nationalen Gerichten zu erheben, da diese geeignet ist, etwaige Verstöße wieder gutzumachen.<sup>15</sup> Art. 35 Abs. 1 sieht eine Verteilung der Beweislast vor. Es ist zunächst Sache der *Regierung*, den Gerichtshof davon zu überzeugen, dass der Rechtsbehelf zur fraglichen Zeit nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch zugänglich und dazu geeignet war, der Beschwer abzuhelfen. Danach obliegt es dem *Bf.* zu beweisen, dass er den betreffenden Rechtsbehelf ausgeschöpft hat, dieser angesichts der Umstände des Falls unzureichend war oder ein besonderer Grund vorlag, der ihn von dem Erfordernis der Rechtswegerschöpfung befreite. Ein solcher Grund kann in der *absoluten Untätigkeit staatlicher Behörden* liegen; in diesem Fall verschiebt sich wiederum die Beweislast auf den beklagten Staat und dieser muss darlegen, welche Maßnahmen er angesichts des Umfangs und des Gewichts der Angelegenheit getroffen hat.<sup>16</sup> Mit Blick auf das erklärte Ziel des Menschenrechtsschutzes muss Art. 35 Abs. 1 allerdings mit einem gewissen Grad von Flexibilität und **ohne übertriebenen Formalismus** angewendet werden. Entscheidend ist, ob der *Bf.* unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls alles getan hat, was vernünftiger Weise von ihm erwartet werden konnte, um die innerstaatlichen Rechtsbehelfe zu nutzen.<sup>17</sup>

- 5 4. **Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR.** Der EGMR überwacht – als ständiger Gerichtshof (Art. 19) – die Einhaltung der EMRK, hat im Falle eines Konventionsverstoßes aber **nicht** die Befugnis, innerstaatliche Hoheitsakte, insb. Gerichtsurteile, **aufzuheben**.<sup>18</sup> Nach Art. 41 spricht der Gerichtshof erfolgreichen Beschwerdeführern eine gerechte **Entschädigung** zu, „wenn dies erforderlich ist“. Dies ist dann der Fall, wenn das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung („*reparation*“) vorsieht.<sup>19</sup> Zweck der Entschädigungsregelung ist es, den Beschwerdeführer möglichst so zu stellen, wie er im Fall des Unterbleibens der Konventionsverletzung gestanden hätte (Gedanke der *restitutio in integrum*).<sup>20</sup> Insb. sollen die durch die Verletzung verursachten „Ängste, Unbequemlichkeiten und Unsicherheiten“ ausgeglichen werden, wobei die Höhe der Entschädigung nach billigem Ermessen bestimmt wird.<sup>21</sup>
- 6 Aus Art. 46 (**Urteilsbefolgungspflicht**) folgt, dass der Konventionsstaat gehalten ist, einen noch andauernden rechtswidrigen Zustand zu beenden.<sup>22</sup> Im deutschen Strafverfahrensrecht wird diese Verpflichtung dadurch umgesetzt, dass eine festgestellte Konventionsverletzung einen Wiederaufnahmegrund gemäß § 359 Nr. 6 StPO darstellt, wenn das Urteil auf der Verletzung beruht. Da ein Urteil des EGMR nur zwischen den Parteien des Rechtsstreites (*inter partes*) eine Bindungswirkung entfaltet,<sup>23</sup> spricht die hM die Wiederaufnahmemöglichkeit nur demjenigen zu, der das feststellende Urteil vor dem EGMR selbst erstritten hat.<sup>24</sup> Dies ist nicht überzeugend, weil jedes EMRK-Urteil zumindest eine faktische **Orientierungswirkung** oder **Appellfunktion** für alle Konventionsstaaten im Sinne einer *erga-omnes-intra-partes*-Wirkung besitzt.<sup>25</sup> Prozessökonomisch macht es außerdem wenig Sinn, dass eine schon für konventionswidrig erklärte Norm erneut vor dem EGMR angegriffen werden muss, weil das die Konventionsverletzung feststellende Ersturteil nur *inter partes* gilt.<sup>26</sup>

<sup>14</sup> EKMR Entsch. v. 31. 5. 1956 – Nr. 27/55, NJW 1956, 1376 (1376) mAnm *Beyer*; weiterführend EKMR Entsch. v. 18. 7. 1986 – Nr. 11 913/86, NJW 1988, 1441 (1441); *Weigend* StV 2000, 384 (389); *Wittinger* NJW 2001, 1238 (1239).

<sup>15</sup> Eingehend: *Strafner* StV 2010, 275 (277); hierzu auch Art. 5 Rn. 32.

<sup>16</sup> StRSpr., EGMR *Selmouni v. Frankreich*, Urt. v. 28. 7. 1999 – No. 25803/94, NJW 2001, 56 (57), para. 76.

<sup>17</sup> StRSpr., EGMR *Salman v. Türkei*, Urt. v. 27. 6. 2000 – No. 21986/93, NJW 2001, 2001 (2002), para. 86; zu den Anforderungen an den Beschwerdevortrag: EGMR *Hüttner v. Deutschland*, Entsch. v. 19. 6. 2006 – No. 23130/04; NJW 2007, 2097.

<sup>18</sup> BVerwG v. 4. 6. 1998 – 2 DW 3/97, NJW 1999, 1649 (1650); *Ambos* NStZ 2002, 628 (628 f.); *ders.* § 10 Rn. 12.

<sup>19</sup> *Ambos* NStZ 2002, 628 (628 f.); *ders.* § 10 Rn. 12; vertiefend: *Grabenwarter* § 15 Rn. 1 ff. Nach OLG Rostock v. 12. 6. 2008 – 2 Ss (OWi) 271/06, StV 2009, 363 (364) kommt als Kompensation für eine Verfahrensverzögerung auch die Entscheidung über den Wegfall des Fahrverbots durch das Revisionsgericht in Betracht.

<sup>20</sup> *Grabenwarter* § 15 Rn. 4.

<sup>21</sup> EGMR (GK) *Kakamoukas et al. v. Griechenland*, Urt. v. 15. 2. 2008 – No. 38311/02, NJW 2009, 655 (656), para. 39 f.

<sup>22</sup> EGMR *Assanidze v. Georgien*, Urt. v. 8. 4. 2004 – No. 71503/01, EuGRZ 2004, 268 (275), para. 198; *Polakiewicz* S. 63 ff.; zu mögl. Sanktionen gegen Staaten, die dem Urteil nicht folgen: *Meyer-Ladewig* Art. 46 Rn. 43.

<sup>23</sup> So die hM. Vgl. *Grabenwarter* § 16 Rn. 2; *Peters* S. 253; aA *Ambos* ZStW 115 (2003), 583 (589 ff.); *ders.* § 10 Rn. 12, beide mwN.

<sup>24</sup> KK-StPO/*Schmidt* § 359 Rn. 40; *Meyer-Gößner* StPO § 359 Rn. 52; *Esser* S. 869; diff. *Weigend* StV 2000, 384 (388); *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Aufl. 2006, Rn. 281.

<sup>25</sup> *Masuch* NVwZ 2000, 1266 (1267); *Papier* EuGRZ 2006, 1 ff.; *Ruffert* EuGRZ 2007, 245 (249 ff.); *Ambos* § 10 Rn. 12; *Esser* S. 839 ff.; *Kieschke* S. 69 ff., 237.

<sup>26</sup> *Ambos* § 10 Rn. 12.

## II. Geltungsbereich

1. **Persönlich.** Über seinen (deutschen) Wortlaut („Anklage“) hinaus ist Art. 6 nicht nur auf den „Angeklagten“ iSv. § 157 StPO, sondern schon auf den **Beschuldigten** im Ermittlungsverfahren und den **Angeschuldigten** im Zwischenverfahren anzuwenden.<sup>27</sup> Das folgt schon aus dem authentischen Wortlaut der Vorschrift („*criminal charge*“/„*accusation en matière pénale*“), der nicht eindeutig auf ein bestimmtes Verfahrensstadium hinweist.<sup>28</sup> Teleologisch folgt es überdies aus dem durch Art. 6 garantierten Grundsatz der **Waffengleichheit**, denn nur eine frühestmögliche Beteiligung des Beschuldigten ermöglicht die Mitwirkung an den die Anklage determinierenden und das Urteil präjudizierenden Ermittlungsergebnissen und damit eine effektive Verteidigung.<sup>29</sup> Eine Verletzung von Art. 6 können alle Verfahrensbeteiligten rügen, bspw. auch der Nebenkläger.<sup>30</sup>

2. **Sachlich.** Für Zivilverfahren gilt Abs. 1, für Strafverfahren gelten zusätzlich Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3; für verwaltungsgerichtliche Verfahren gilt Art. 6 nicht.<sup>31</sup> Zu beachten ist, dass sich die Einordnung der Rechtsgebiete nicht nach dem nationalen Recht richtet, sondern die Begriffe der „zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen“ und der „strafrechtlichen Anklage“ vom EGMR **autonom und weit ausgelegt** werden.<sup>32</sup> Dadurch soll verhindert werden, dass die Vertragsstaaten Art. 6 durch Herausnahme bestimmter Sachbereiche aus dem Zivil- oder Strafrecht unterlaufen.<sup>33</sup> Zwar geht der EGMR bei der Klassifikation einer Angelegenheit als „strafrechtlich“ **zunächst** vom nationalen Recht aus, doch in der Sache kommt es auf die „Art der Tat“ („*nature of the offence*“) und die Art und Schwere der angedrohten Sanktion („*nature and degree of severity of the penalty*“) an.<sup>34</sup> Entscheidend ist, ob der Tatbestand eine **für alle Bürger geltende Regelung** enthält<sup>35</sup> und **bestrafenden und abschreckenden Charakter** hat. Dies ist etwa bei deutschen **O/Wi-Tatbeständen** der Fall, so dass sie als „strafrechtlich“ iSd. Art. 6 gelten.<sup>36</sup>

## III. Die einzelnen Garantien

1. **Grundsatz des fairen Verfahrens.** Der in Abs. 1 S. 1 enthaltene Grundsatz des fairen Verfahrens bildet den **Kern** und zugleich den **Oberbegriff** der Verfahrensrechte. Er umfasst eine Vielzahl von Teilgarantien, die in ihrer Gesamtheit die Sicherstellung eines rechtsstaatlichen Verfahrens bezwecken.<sup>37</sup> Alle in Abs. 3 aufgezählten Rechte sind **Ausprägungen** des allgemeinen Fairnessgrundsatzes,<sup>38</sup> die Aufzählung ist aber **nicht abschließend**. Es fehlen bspw. der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Grundsatz der Waffengleichheit sowie das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten. Diese und andere ungenannte Rechte folgen direkt aus Abs. 1 S. 1 (Rn. 10 ff.).<sup>39</sup> Die einzelnen Beschuldigtenrechte sind mitunter schwer abzugrenzen, so überschneidet sich etwa das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten aus Abs. 1 S. 1 mit dem Fragerecht aus Abs. 3 lit. d). Ob ein Verfahren fair war, beurteilt der EGMR im Rahmen einer **Gesamtbetrachtung** unter Berücksich-

<sup>27</sup> EGMR John Murray v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 8. 2. 1996 – No. 18731/91, EuGRZ 1996, 587 (592), para. 62 („applies even at the stage of the preliminary investigation into an offence by the police“).

<sup>28</sup> EGMR Deweer v. Belgien, Urt. v. 27. 2. 1980 – No. 6903/75, EuGRZ 1980, 667 (671 f.), para. 42, 46; *Ovey/White S.* 161 f. („charge could be defined as the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence“); *Sudre S.* 344 f.; vgl. auch *Garner* (ed.) *Black’s law dictionary*, 8. Aufl. 2004 („charge“).

<sup>29</sup> Eingehend: *Ambos ZStW* 115 (2003), 583 (595 f., 620).

<sup>30</sup> *Meyer-Ladewig Rn.* 4.

<sup>31</sup> *Peters S.* 103.

<sup>32</sup> *Gaede, HRRS-FG Fezer*, 21 (24); *Peters S.* 103 ff.

<sup>33</sup> EGMR Öztürk v. Deutschland, Urt. v. 21. 2. 1984 – No. 8544/79, EuGRZ 1985, 62 (66 f.), para. 49 (zur Herausnahme aus dem Strafrecht durch Entkriminalisierung).

<sup>34</sup> Sog. „Engel-Kriterien“ nach dem grdl. Urteil des EGMR Engel et al. v. Niederlande, Urt. v. 8. 6. 1976 – No. 5100/71, EuGRZ 1976, 221 (232), para. 82. Vgl. vertiefend EGMR Kadubec v. Slowakei, Urt. v. 2. 9. 1998 – No. 27061/95, RJD 1998-VI, para. 50 ff. Zu den Kriterien im Zivilrecht vgl. etwa EGMR Editions Periscope v. Frankreich, Urt. v. 26. 3. 1992 – No. 11760/85, ÖJZ 1992, 771 (771), para. 39 f.; *Peters S.* 103 ff.

<sup>35</sup> Gilt eine Rechtsvorschrift indes nur für eine bestimmte Personengruppe, bspw. Beamte od. Soldaten, liegt lediglich Disziplinarrecht vor. Art. 6 kann in diesen Fällen dennoch Anwendung finden, wenn die Sanktion ein besonderes Gewicht hat, vgl. Engel et al. v. Niederlande, aaO, para. 82 ff. In diesem Fall wurde im Ergebnis die Anwendbarkeit des Art. 6 verneint wg. der Kürze der (für Engel) angedrohten zweistägigen disziplinarischen Freiheitsentziehung (para. 85). Bei der Beurteilung wird insofern auf die mögliche Höchststrafe („maximum potential penalty“) abgestellt, vgl. auch EGMR Ezech u. Connors v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 9. 10. 2003 – No. 39665/98, RJD 2003-X, para. 120.

<sup>36</sup> EGMR Öztürk v. Deutschland, Urt. v. 21. 2. 1984 – No. 8544/79, EuGRZ 1985, 62 (67), para. 51 ff.

<sup>37</sup> *Pache NVwZ* 2001, 1342 (1342 f.); *Grabenwarter* § 24 Rn. 60.

<sup>38</sup> *Meyer-Ladewig Rn.* 88.

<sup>39</sup> *Grote/Marauhn/Grabenwarter/Pabel Kap.* 14 Rn. 87. Mit Blick auf den Originalwortlaut differenziert *Walther GA* 2003, 204 (219) zwischen „fair trial“ (engl. Überschrift des Art. 6) und „fair hearing“ (engl. Art. 6 Abs. 1 S. 1). Dieses habe mit rechtl. Gehör zu tun, jenes mit Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung.



tigung aller Umstände des Verfahrens, einschließlich des Ermittlungs- und evtl. Rechtsmittelverfahrens (näher Rn. 53).

- 10 a) **Recht auf Gehör.** Der im allgemeinen Fairnessgrundsatz enthaltene Anspruch auf Gewähr rechtlichen Gehörs garantiert jeder Partei das Recht, sich in gerichtlichen Verfahren zu allen erheblichen tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu äußern und Beweise anzubieten.<sup>40</sup> Das Gericht ist verpflichtet, das Parteivorbringen und die beigebrachten Beweise ausreichend und unvoreingenommen auf ihre Entscheidungserheblichkeit hin zu prüfen.<sup>41</sup> Voraussetzung für die effektive Ausübung des rechtlichen Gehörs ist, dass die Parteien **Kenntnis vom Akteninhalt** und den gegenseitig vorgebrachten Stellungnahmen und Beweisangeboten haben.<sup>42</sup> Überraschungsentscheidungen sollen vermieden werden. In **Ausnahmefällen**, etwa aus Gründen des Zeugen- oder Opferschutzes (u. Rn. 50) sowie zum Schutz wichtiger öffentlicher Interessen, der nationalen Sicherheit oder Ermittlungsmethoden der Polizei kann es gerechtfertigt sein, bestimmte Beweismittel nicht offenzulegen.<sup>43</sup> Es sind jedoch nur solche Einschränkungen zulässig, die unbedingt notwendig („*strictly necessary*“) sind; dadurch entstandene Erschwernisse der Verteidigung sind im Laufe des Verfahrens auszugleichen.<sup>44</sup>
- 11 Mit dem Recht auf Gehör ist auch der Anspruch auf **Begründung** von gerichtlichen Entscheidungen verbunden. Der Umfang der Begründung richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Art der konkreten Entscheidung und der üblichen Praxis des betreffenden Rechtssystems.<sup>45</sup>
- 12 b) **Waffengleichheit.** Der Grundsatz der Waffengleichheit („*equality of arms*“) ist ein zentraler Bestandteil des fairen Verfahrens.<sup>46</sup> Er umfasst nicht (nur) die *formale prozessuale Gleichheit* zwischen Angeklagtem und Anklagebehörde,<sup>47</sup> sondern bedeutet in der Sache, dass jede Partei ihren Fall samt der Beweise unter Bedingungen präsentieren können muss, die sie in **keine wesentlich nachteilige Position** gegenüber der anderen Partei bringen.<sup>48</sup> Anklage und Verteidigung müssen Kenntnis von den Stellungnahmen und Beweisen der jeweils anderen Seite haben und darauf erwidern können.<sup>49</sup> Daraus ergibt sich auch, wie erwähnt (Rn. 7), die Notwendigkeit einer *möglichst frühen Beteiligung* der Verteidigung, so dass sie nicht in einen uneinholbaren Informationsrückstand gegenüber der Anklagebehörde gerät.<sup>50</sup> Strukturell kommt damit in der Waffengleichheit die Präferenz für ein **adversatorisches Parteiverfahren** zum Ausdruck. Konkrete Ausprägungen des Grundsatzes finden sich in den **Mindestgarantien** des Abs. 3 (Rn. 39 ff.).
- 13 c) **Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten** (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Dieses Recht zählt der Gerichtshof zum Kernbereich des fairen Verfahrens.<sup>51</sup> Es ist die Kehrseite der Unschuldsumutung (Art. 6 Abs. 2), denn wer als unschuldig zu gelten hat, von dem kann auch nicht verlangt werden, zum Beweis des Gegenteils beizutragen. Der Beschuldigte soll vor unzulässigem staatlichem Zwang und der Erlangung von ihm belastenden Beweismitteln **gegen seinen Willen** geschützt werden.<sup>52</sup> Er ist daher berechtigt, nicht nur seine Aussage, sondern auch die eigenhändige Herausgabe von Beweismaterial zu verweigern.<sup>53</sup> Die Selbstbelastungsfreiheit verbietet jedoch nicht *per se* den Einsatz von Zwangsmitteln, um außerhalb eines laufenden oder in Aussicht genommenen Strafverfahrens iSv. Art. 6 Informationen zu erlangen.<sup>54</sup>

<sup>40</sup> Meyer-Ladewig Rn. 38.

<sup>41</sup> EGMR Kraska v. Schweiz, Urt. v. 19. 4. 1993 – No. 13942/88, Serie A 254-B, para. 30.

<sup>42</sup> EGMR Brandstetter v. Österreich, Urt. v. 28. 8. 1991 – No. 11170/84, EuGRZ 1992, 190 (194), para. 66 f.; *Grabewarter* § 24 Rn. 64.

<sup>43</sup> Meyer-Ladewig Rn. 41.

<sup>44</sup> EGMR P. S. v. Deutschland, Urt. v. 20. 12. 2001 – No. 33900/96, StV 2002, 289 (290), para. 23.

<sup>45</sup> EGMR Hiro Balani v. Spanien, Urt. v. 9. 12. 1994 – No. 18064/91, Serie A 303-B, para. 27; *Grabewarter* § 24 Rn. 66.

<sup>46</sup> Eingehend anhand eines Vergleichs zwischen der Rspr. des EGMR und der Rechtslage in Deutschland: *Safferling* NStZ 2004, 181 ff.; ferner *Trechsel* S. 94 ff.

<sup>47</sup> Ofner u. Hopfinger v. Österreich, Entsch. d. Ministerrats v. 5. 4. 1963, Yearbook 1963, 676 („procedural equality of the accused with the public prosecutor“).

<sup>48</sup> EGMR Dombo Beheer B. V. v. Niederlande, Urt. v. 27. 10. 1993 – No. 14448/88, ÖJZ 1994, 464 (465), para. 33 („reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent“).

<sup>49</sup> EGMR Brandstetter v. Österreich, Urt. v. 28. 8. 1991 – No. 11170/84, EuGRZ 1992, 190 (194), para. 66 f.; *Natunen* v. Finnland, Urt. v. 31. 3. 2009 – No. 21022/04 (unveröff.), para. 39.

<sup>50</sup> *Ambos* NStZ 2003, 14 (16).

<sup>51</sup> EGMR John Murray v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 8. 2. 1996 – No. 18731/91, EuGRZ 1996, 587 (590), para. 45.

<sup>52</sup> EGMR J. B. v. Schweiz, Urt. v. 3. 5. 2001 – No. 31827/96, NJW 2002, 499 (501), para. 64. Geschützt sind auch Äußerungen, die nicht unmittelbar die Schuld eingestehen oder belastend sind, die aber herangezogen werden können, um die Glaubwürdigkeit des Angeklagten zu unterminieren, vgl. EGMR Aleksandr Zaichenko v. Russland, Urt. v. 18. 2. 2010 – No. 39660/02 (unveröff.), para. 54.

<sup>53</sup> Vgl. EGMR Funke v. Frankreich, Urt. v. 25. 2. 1993 – No. 10828/84, ÖJZ 1993, 532 (533), para. 44 f.

<sup>54</sup> EGMR Weh v. Österreich, Urt. v. 8. 4. 2004 – No. 38544/97, JR 2005, 423 (424), para. 44, mAnm *Gaede* JR 2005, 426.

Ob der *nemo tenetur*-Grundsatz verletzt ist, beurteilt der EGMR anhand einer **abwägenden Einzelfallprüfung**. Er berücksichtigt dabei die Art und Schwere des zur Beschaffung der Beweise ausgeübten Zwangs, das Gewicht des öffentlichen Interesses an der Verfolgung und Bestrafung der Tat, das Vorliegen von Verfahrensgarantien sowie die Verwertung der so erlangten Beweismittel.<sup>55</sup> Der Grundsatz ist etwa verletzt, wenn ein Beschuldigter, der zuvor sein Schweigerecht in Anspruch genommen hat, durch **Verdeckte Ermittler** in gezielten, vernehmungähnlichen Befragungen gedrängt wird, selbstbelastende Angaben zur Sache zu machen.<sup>56</sup> Demgegenüber liegt grundsätzlich kein Verstoß vor, wenn **aus dem Schweigen** eines Beschuldigten nachteilige **Schlüsse** gezogen werden (u. Rn. 34).

Das Schweigerecht erstreckt sich nicht auf Beweismaterial, das **unabhängig vom Willen** des Beschuldigten vorhanden ist, selbst wenn es unter Zwang erlangt wird. Hierzu zählen Schriftstücke, die aufgrund einer Anordnung erlangt werden, Proben von Atemluft, Blut, Urin, Haaren und Körpergewebe zu Zwecken der DNA-Analyse,<sup>57</sup> nicht jedoch Urkunden, die vom Beschuldigten in Verfahren wegen Steuerhinterziehung unter Auferlegung eines Zwangsgeldes beigebracht werden sollen.<sup>58</sup> Verschluckte und im Körper verborgene Betäubungsmittel zählen grds. zur Kategorie der Beweismittel, die unabhängig vom Willen des Beschuldigten vorhanden sind. Der Einsatz eines **Brechmittels** verstößt jedoch dann gegen Art. 6, wenn der Betroffene mittels einer unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung (Art. 3) dazu gezwungen wird, das gesuchte Beweismaterial zu liefern, obwohl dessen Ausscheiden auf natürlichem Weg abgewartet werden könnte.<sup>59</sup>

d) **Tatprovokation**. Der Einsatz von polizeilichen Lockspitzeln, dh. die gezielte Veranlassung einer Tat durch Verdeckte Ermittler bzw. V-Leute, ist – neben der Bewertung der angemessenen Verfahrensdauer (Rn. 19 ff.) – einer der (wenigen) Bereiche, in denen die europäische und die deutsche Rspr. erheblich divergieren. Während der EGMR in einem solchen Fall von einem von Anfang an („*right from the outset*“) unfairen Verfahren und einem **Beweisverwertungsverbot** ausgeht,<sup>60</sup> sieht der BGH zwar auch einen Verstoß gegen Abs. 1, will diesen jedoch über eine **Strafmilderung** kompensieren (sog. **Strafzumessungslösung**).<sup>61</sup> Der EGMR betrachtet die Erhebung und Verwertung von Beweisen im Rahmen eines Strafverfahrens zwar grds. als eine innerstaatliche Angelegenheit,<sup>62</sup> weist der Verfahrensfairness jedoch einen „derart hervorragenden

<sup>55</sup> EGMR Jalloh v. Deutschland, Urt. v. 11. 7. 2006 – No. 54810/00, NJW 2006, 3117 (3124), para. 117.

<sup>56</sup> EGMR Allan v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 5. 11. 2002 – No. 48539/99, RJD 2002-IX, para. 52; zust. BGH v. 26. 7. 2007 – 3 StR 104/07, NJW 2007, 3138 (3140 f.) mAnM *Duttge* JZ 2008, 261; *Meyer-Mews* NJW 2007, 3142; *Renzikowski* JR 2008, 164; eingehend: *Esser* JR 2004, 98 ff.; zur Übertragung auf die Hörfallenproblematik HK-GS/Jäger Vorb. zu §§ 133 ff. Rn. 49. Die Grundsätze der Allan-Entscheidung zum Schutz des Schweigerechts sind jedoch nicht gleichermaßen anwendbar, wenn der Beschuldigte nicht in Haft ist, noch nicht geäußert hat, schweigen zu wollen und nicht zu einer Aussage gedrängt wird. In Bykov v. Russland, Urt. v. 10. 3. 2009 – No. 4378/02, NJW 2010, 213 (215 f.) verneinte der EGMR (GK) daher eine Verletzung des Art. 6, da es dem in Freiheit befindlichen Bf. frei stand, den V-Mann zu empfangen, mit ihm zu sprechen und sich zur Sache zu äußern. Zudem spielten die Gesprächsaufnahmen bei der Würdigung der Vielzahl anderer Beweise nur eine begrenzte Rolle (para. 94 ff.); krit. *Gaede* JR 2009, 493 (498 ff.); *Jung* GA 2009, 651 (655). BGH v. 29. 4. 2009 – 1 StR 701/08, NStZ 2009, 519 (520 f.) hält das heimliche Abhören eines Gesprächs zwischen einem U-Häftling und seiner Ehefrau in einem unbeaufsichtigten „separatm“ Besuchsraum zwar für mit § 100f StPO vereinbar, bejaht aber dennoch eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren iSd. Art. 20 Abs. 3 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG, die durch ein Verwertungsverbot zu kompensieren sei, da bei dem Beschuldigten absichtlich die Fehlvorstellung hervorgerufen worden sei, er könne unerwährt sprechen; krit. *Hauck* NStZ 2010, 17 (19 ff.) mit der Erwägung, dass der BGH zwar den Fairnessmaßstab des BVerfG berücksichtigt habe nicht jedoch den des EGMR, aus dem sich *in casu* keine Gesamtrechtsverletzung ergebe, insb. deshalb, weil wie bei Bykov v. Russland die Gesprächsaufnahmen nur eines von mehreren Beweismitteln darstellen.

<sup>57</sup> EGMR Saunders v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 17. 12. 1996 – No. 19187/91, RJD 1996-VI, para. 69 („material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect“).

<sup>58</sup> EGMR J. B. v. Schweiz, Urt. v. 3. 5. 2001 – No. 31827/96, NJW 2002, 499 (501), para. 68, m. Bespr. *Schohe* NJW 2002, 492 (493); hierzu auch: *Ambos* NStZ 2002, 628 (632 f.).

<sup>59</sup> EGMR Jalloh v. Deutschland, Urt. v. 11. 7. 2006 – No. 54810/00, NJW 2006, 3117 (3124), para. 110 ff.; zu Jalloh: *Gaede* HRRS 2006, 241 ff.; *Safferling* Jura 2008, 100 ff.; *Schubr* NJW 2006, 3538 ff.; *Schumann* StV 2006, 661 ff.; vgl. auch *Binder/Seemann* NStZ 2002, 234 (238).

<sup>60</sup> EGMR Teixeira de Castro v. Portugal, Urt. v. 9. 6. 1998 – No. 25829/94, NStZ 1999, 47 (48), para. 39, mAnM *Kempf* StV 1999, 128; *Kinzig* StV 1999, 288; *Roxin* JZ 2000, 369; *Sommer* NStZ 1999, 48

<sup>61</sup> BGH v. 18. 11. 1999 – 1 StR 221/99, BGHSt 45, 321 (325 ff.) = NJW 2000, 1123 (1123 ff.) mAnM *Endriß/Kinzig* NStZ 2000, 271; *Kudlich* JuS 2000, 951; *Lesch* JR 2000, 434; *Roxin* JZ 2000, 369; *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114; vgl. auch *Herzog* StV 2003, 410 ff. (Einstellung des NPD-Verbotsverfahrens); fortgeführt durch: BGH v. 30. 5. 2001 – 1 StR 42/01, BGHSt 47, 44 (51) = NJW 2001, 2981 (2982 f.); grdl. schon: BGH v. 23. 5. 1984 – 1 StR 148/84, BGHSt 32, 345 (355 f.) = NJW 1984, 2300 (2302) mAnM *Meyer* NStZ 1985, 134; *Schumann* JZ 1986, 66. – Anders als iRd. Kompensation überlanger Verfahrensdauer, bei der seit kurzem die sog. „Anrechnungs- oder Vollstreckungslösung“ gilt (u. Rn. 26), hält der BGH hier zu Recht ausdrücklich an der Strafzumessungslösung fest, vgl. BGH v. 23. 8. 2007 – 3 StR 50/07, NJW 2007, 3294 (3298): „... durch die unzulässige Tatprovokation [werden] das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters unmittelbar gemindert, so dass eine an den Strafausspruch anknüpfende Kompensation des rechtsstaatswidrigen Verhaltens der Strafverfolgungsorgane gegenüber dem Angekl. hier mit Recht bei der Zumesung der Strafe (...) vorgenommen wird“.

<sup>62</sup> EGMR Van Mechelen et al. v. Niederlande, Urt. v. 23. 4. 1997 – No. 21363/93, StV 1997, 617 (619), para. 50; Teixeira de Castro v. Portugal, Urt. v. 9. 6. 1998 – No. 25829/94, NStZ 1999, 47 (48), para. 34; eingehend: *Esser* in Marauhn S. 39 (41 ff.).

Platz“ zu, dass sie nicht bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen geopfert und somit auch das aus polizeilicher Antiftung resultierende Beweismaterial unter keinen Umständen verwendet werden dürfe.<sup>63</sup> Gegen die Strafzumessungslösung spricht, dass sie die in einem Verstoß gegen Art. 6 *zuletzt liegende Völkerrechtsverletzung*, die die Vertragsstaaten zur Wiedergutmachung (*restitutio in integrum*) verpflichtet, nicht kompensieren kann. Insoweit kann nur ein Verzicht auf die rechtswidrig erlangten Beweismittel durch ein Beweisverwertungsverbot helfen.<sup>64</sup>

- 17 e) **Anwesenheits-/Teilnahmerecht.** Der Beschuldigte hat das Recht, bei Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht anwesend zu sein<sup>65</sup> und daran aktiv teilzunehmen.<sup>66</sup> Im *Vorverfahren* sind Ermittlungen in Abwesenheit des Beschuldigten zulässig, sofern das vom Anwesenheitsrecht umfasste Recht auf Fragen und Stellungnahmen (Art. 6 Abs. 3 lit. d noch in der Hauptverhandlung gewährt wird.<sup>67</sup> Das Recht auf Teilnahme („*effective participation*“) beinhaltet das Recht, den Prozess in einer Weise zu verfolgen, die es dem Beschuldigten ermöglicht zu verstehen, was für ihn auf dem Spiel steht und welche Strafe ausgesprochen werden kann.<sup>68</sup> Handelt es sich um einen jungen oder geistig beschränkten Beschuldigten, hat das Gericht das Verfahren so zu führen, dass auch dieser Beschuldigte ihm folgen kann.<sup>69</sup> Dabei ist es freilich nicht erforderlich, dass der Beschuldigte jedes juristische Detail versteht, denn auch Personen mit „normal intelligence“ sind dazu in der Regel nicht in der Lage.<sup>70</sup>
- 18 Der Beschuldigte kann auf sein Anwesenheitsrecht – auch stillschweigend, etwa durch Fernbleiben von der Hauptverhandlung – **verzichten**. Der Verzicht muss eindeutig sein und setzt insb. eine ordnungsgemäße Ladung voraus.<sup>71</sup> Wenn der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung unentschuldigt zur Verhandlung nicht erscheint, muss das Gericht dem Verteidiger erlauben, den Angeklagten in seiner Abwesenheit zu verteidigen. Das folgt aus dem Recht auf effektive Verteidigung (Abs. 3 lit. c).<sup>72</sup> **Einschränkungen** des Anwesenheitsrechts können aus Gründen des Zeugen- oder Opferschutzes zulässig sein (Rn. 50).

- 19 2. **Angemessene Verfahrensdauer.** Nach Abs. 1 S. 1 hat jede Person ein Recht darauf, dass über ihre zivilrechtlichen Streitigkeiten oder strafrechtlichen Anklagen „innerhalb angemessener Frist verhandelt“, dh. entschieden wird. Der EGMR hat sich in einem Großteil seiner Verfahren mit der Verletzung dieser Vorschrift aufgrund überlanger Verfahrensdauer zu beschäftigen.<sup>73</sup>
- 20 a) **Maßgeblicher Zeitraum.** Die Berechnung der Verfahrensdauer beginnt in Zivilsachen mit Erhebung der Klage, in Strafsachen mit dem Zeitpunkt, in dem die Aufnahme der Ermittlungen nach außen erkennbar wird.<sup>74</sup> Das Verfahren endet mit der abschließenden Entscheidung der letzten Instanz;<sup>75</sup> dabei fällt auch das Verfahren vor dem BVerfG in den Schutzbereich des Art. 6, wenn es sich direkt auf die strafrechtliche Anklage bezieht und somit einen weiteren Teil des Strafverfahrens darstellt.<sup>76</sup> Für die Rüge einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung genügt es nicht, lediglich einen bestimmten Verfahrensabschnitt zu benennen, sondern es ist auf das ge-

<sup>63</sup> EGMR Teixeira de Castro v. Portugal, aaO, para. 36; vertiefend zu „mensenrechtliche(n) Beweisverboten aus der EMRK“: Esser, in: *Marauhn*, S. 39 (49 ff.).

<sup>64</sup> Vgl. schon *Ambos* NStZ 2002, 628 (632) mwN; allg. zu Verwertungsverbot bei Fairnessverl. *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, 2010, 102 ff.

<sup>65</sup> EGMR Belziuk v. Polen, Urt. v. 25. 3. 1998 – No. 23103/93, RJD 1998-II, para. 37 („entitled to be present at the first-instance trial hearing“).

<sup>66</sup> EGMR Colozza v. Italien, Urt. v. 12. 2. 1985 – No. 9024/80, Serie A 89, para. 27 („entitled to take part in the hearing“).

<sup>67</sup> Esser S. 721 ff.; näher Rn. 48 ff. Für ergänzende polizeiliche Ermittlungen nach Beginn der Hauptverhandlung entwickelt BGH v. 21. 7. 2009 – 5 StR 235/09, NStZ 2010, 53 aus der „Struktur des Strafverfahrens“ eine das Gericht treffende Pflicht, die Verteidigung über die vorgesehenen Ermittlungen zu informieren und ihr eine effektive Teilhabe zu ermöglichen, m. krit. Anm. *Schneider*.

<sup>68</sup> EGMR S. C. v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 15. 6. 2004 – No. 60958/00, RJD 2004-IV, para. 28 f.

<sup>69</sup> EGMR S. C. v. Vereinigtes Königreich, aaO, para. 35.

<sup>70</sup> EGMR S. C. v. Vereinigtes Königreich, aaO, para. 29 („... many adults of normal intelligence are unable fully to comprehend all the intricacies and all the exchanges which take place in the courtroom ...“).

<sup>71</sup> *Meyer-Ladewig* Rn. 47 mwN.

<sup>72</sup> EGMR Kari-Pekka Pietiläinen v. Finnland, Urt. v. 22. 9. 2009 – No. 13566/06 (unveröff.), para. 31 ff.

<sup>73</sup> Vgl. oben Rn. 1; *Ambos* NStZ 2002, 628 (629).

<sup>74</sup> StRSpr., jüngst EGMR Ommer v. Deutschland (No. 2), Urt. v. 13. 11. 2008 – No. 26073/03 (unveröff.), para. 69. In *Eckle v. Deutschland*, Urt. v. 15. 7. 1982 – No. 8130/78, EuGRZ 1983, 371 (379), para. 73 nannte der EGMR als Bsp. für die nach außen erkennbare Aufnahme der Strafverfolgung den Tag der Festnahme bzw. Verhaftung („arrest“) od. die Eröffnung des Tatvorwurfs; hierzu auch *Tepperwien* NStZ 2009, 1 (1): Durchsuchungs- od. Beschlagnahmeordnung; *Grote/Marauhn/Grabenwarter/Pabel* Kap. 14 Rn. 103 mwN.

<sup>75</sup> EGMR *Eckle v. Deutschland*, aaO, para. 76; hierzu *Demko* HRRS 2005, 283 (284 f.).

<sup>76</sup> EGMR *Gast und Popp v. Deutschland*, Urt. v. 25. 2. 2000 – No. 29357/95, NJW 2001, 211 (211), para. 62 ff.; jüngst *Kaemena u. Thöneböhn v. Deutschland*, Urt. v. 22. 1. 2009 – No. 45749/06, StV 2009, 561 (562), para. 62 m. krit., aber zust. Anm. *Krehl*.

samte Verfahren Bezug zu nehmen.<sup>77</sup> Insoweit obliegt es dem Bf., dem Gericht ein detailliertes und wirklichkeitstreuendes Bild des Verfahrensablaufes zu liefern.<sup>78</sup>

**b) Angemessenheit.** Die Angemessenheit der Verfahrensdauer beurteilt der EGMR nach den Umständen des Einzelfalles, wobei als **Kriterien** vor allem die *Komplexität* des Falles, das *Verhalten* des Bf. und das der Behörden sowie die *Bedeutung* der Sache für den Bf. herangezogen werden.<sup>79</sup> Eine besondere Bedeutung ist in Strafsachen etwa bei Inhaftierung des Beschuldigten oder bei vorläufiger Entziehung der Fahrerlaubnis, in Zivilsachen bei Kündigungsschutzverfahren oder bei Streit über das elterliche Sorgerecht anzunehmen.<sup>80</sup> Auch das hohe Alter des Betroffenen kann eine besondere Bedeutung begründen.<sup>81</sup>

Die chronische **Überlastung eines Gerichts** kann eine überlange Verfahrensdauer nicht rechtfertigen,<sup>82</sup> denn die Vertragsstaaten sind durch Abs. 1 dazu verpflichtet, ihre Justizsysteme personell und sachlich so auszustatten, dass die Instanzgerichte in der Lage sind, ihre Verfahren in angemessener Zeit abzuschließen (u. Rn. 27).<sup>83</sup> In *steuerstrafrechtlichen* Ermittlungsverfahren durch die Finanzbehörden ist insb. in Fällen, in denen sich die Beweislage als schwierig darstellt, eine frühzeitige Einbeziehung der StA geboten.<sup>84</sup> Eine gewisse Untätigkeit während eines bestimmten Verfahrensabschnitts führt jedoch nicht ohne Weiteres zu einem Verstoß gegen Art. 6, sofern die angemessene Frist *insgesamt* nicht überschritten wird.<sup>85</sup>

Nach allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit können dem beklagten Staat natürlich nur solche Verzögerungen **zugerechnet** werden, die auch von seinen Organen unmittelbar oder mittelbar verursacht wurden.<sup>86</sup> So kann etwa eine auf **prozessverschlep-pendes Verhalten** des Angeklagten zurückzuführende Verzögerung nicht dem beklagten Vertragsstaat zugerechnet werden.<sup>87</sup> Indes handelt es sich bei dem Zeitraum, der der Korrektur von Verfahrensfehlern dient, um eine der Justiz anzulastende Verfahrensverzögerung.<sup>88</sup>

Anders als der EGMR bezieht der BGH bei Bewertung der Angemessenheit der Verfahrensdauer neben den objektiv messbaren Kriterien auch subjektive Gesichtspunkte mit ein, wie die mit der Verzögerung verbundenen Belastungen und die Schuld des Angeklagten.<sup>89</sup>

<sup>77</sup> BGH v. 18. 11. 2008 – 1 StR 568/08, StV 2009, 118 (118). Der Angekl. hatte gerügt, dass zwischen dem Eingang der schriftl. Urteilsgründe bei der Geschäftsstelle und der Zustellung des Urteils 7 Monate vergangen waren.

<sup>78</sup> BVerfG v. 10. 3. 2009 – 2 BvR 49/09, StV 2009, 673 (673 f.).

<sup>79</sup> StRSpr., EGMR Gast und Popp v. Deutschland, aaO, para. 70; vertiefend: *Demko* HRRS 2005, 283 (285 ff.); auch *Frowein/Peukert* Rn. 251 ff.; vgl. auch BGH v. 7. 11. 2007 – 1 StR 275/07, StV 2009, 338 (340) mAnm *Kühne* zum eigenmächtigen Fernbleiben des Angeklagten im Fortsetzungstermin bei Provokation einer Verhaftung im Ausland; zur Bedeutung des Rechts speziell im Ermittlungsverfahren: *Mansdörfer* GA 2010, 153.

<sup>80</sup> Weitere Bsp. bei *Frowein/Peukert* Rn. 262.

<sup>81</sup> EGMR *Süßmann v. Deutschland*, UrT. v. 16. 9. 1996 – No. 20024/92, EuGRZ 1996, 514 (520), para. 7 ff., 61, wobei im konkreten Fall das hohe Alter des Bf. als Kriterium allein nicht ausreichte, so dass im Ergebnis eine Verletzung des Art. 6 verneint wurde.

<sup>82</sup> EGMR Gast und Popp v. Deutschland, UrT. v. 25. 2. 2000 – No. 29357/95, NJW 2001, 211 (212), para. 78.

<sup>83</sup> EGMR Metzger v. Deutschland, UrT. v. 31. 5. 2001 – No. 37591/97, StV 2001, 489 (490), para. 42; Klein v. Deutschland, UrT. v. 27. 7. 2000 – No. 33379/96, NJW 2001, 213 (213 f.), para. 42 f. (für Zivilverfahren).

<sup>84</sup> BGH v. 30. 4. 2009 – 1 StR 90/09, StV 2009, 684. In *casu* lehnte der BGH eine konventionswidrige Verfahrensverzögerung durch die fehlende frühzeitige Unterrichtung der StA ab, weil die Anklageerhebung unverzüglich nach Eingang der Akten bei der StA erfolgt sei.

<sup>85</sup> BGH v. 19. 6. 2002 – 2 StR 43/02, NStZ 2003, 384 (384); BGH v. 18. 6. 2009 – 3 StR 89/09, StV 2010, 228 (230); vgl. auch EGMR G. S. v. Österreich, UrT. v. 21. 12. 1999 – No. 26297/95 (unveröff.), para. 37, worin der GH feststellt, dass das Verfahren als Ganzes und insb. das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof eine angemessene Dauer überschritten hatte. Im Fall Metzger v. Deutschland, aaO, stellte der EGMR gleich in mehreren Verfahrensabschnitten Verzögerungen fest (para. 41); so lag zwischen dem Abschluss der Ermittlungen u. der Anklageerhebung ein Zeitraum v. 15 Mon., bis zur Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens vergingen 6 Mon., weitere 8 Mon. bis zur Bestellung eines Gutachters und für die Aufhebung des UrT. aufgrund bloßer Verfahrensmängel (verspätete Urteilsabsetzung) benötigte der BGH über 2 Jahre.

<sup>86</sup> *Herdegen*, Völkerrecht, 9. Aufl. 2010, § 58 Rn. 5 ff. Das Beschleunigungsgebot richtet sich an den Vertragsstaat an sich, so dass nicht nur Verzögerungen durch die Justizbehörden, sondern aller staatlichen Stellen zu berücksichtigen sind, vgl. BGH v. 4. 8. 2009 – 5 StR 253/09, StV 2009, 693 = NStZ 2010, 230 (Verzögerung durch die Meldebehörden); zur Zurechenbarkeit der Verzögerung auch *Mansdörfer* GA 2010, 153 (160 ff.).

<sup>87</sup> EGMR *Eckle v. Deutschland*, UrT. v. 15. 7. 1982 – No. 8130/78, EuGRZ 1983, 371 (380 f.), para. 82, mAnm *Kühne* EuGRZ 1983, 382; zur Behandlung eines Beweisantrags in Prozessverschleppungsabsicht: BGH v. 9. 5. 2007 – 1 StR 32/07, NStZ 2007, 659 m. krit. Anm. *Beulke/Ruhmannseder* NStZ 2008, 300; *Michalke* StV 2008, 228; zur Verfahrensverzögerung wegen Zurückverweisung nach Revision des Angeklagten: BGH v. 11. 9. 2008 – 3 StR 358/08, NStZ 2009, 104; ferner BGH v. 15. 1. 2009 – 4 StR 537/08, NStZ 2009, 472; zum Begriff der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung: *Tepperwiien* NStZ 2009, 1 (2).

<sup>88</sup> Vgl. BGH v. 22. 9. 2009 – 4 StR 292/09, StV 2009, 692 (693), wobei der Senat feststellte, dass für die Berechnung der überlangen Verfahrensdauer der Zeitraum ab der ersten das Urteil aufhebenden Entscheidung maßgeblich ist.

<sup>89</sup> Vgl. BGH v. 25. 10. 2000 – 2 StR 232/00, BGHSt 46, 159 (168 ff.) = NJW 2001, 1146 (1148) mAnm *Ostendorff/Radke* JZ 2001, 1094; *I. Roxin*, StraFo 2001, 51; ebenso BGH v. 18. 6. 2009 – 3 StR 89/09, StV 2010, 228 (230). Auch BVerfG v. 10. 3. 2009 – 2 BvR 49/09, StV 2009, 673 zählt die mit der Verzögerung verbundenen Belastungen des Betroffenen zu den wesentlichen Faktoren der Gesamtwürdigung. Eingehend zu weiteren Kriterien iS einer umfassenden Gesamtabwägung: *Wafner* ZStW 118 (2006), 159 (171 ff.); zur Kritik insb. an der Einbeziehung der

- 25 c) **Konsequenzen.** Der EGMR hat festgestellt, dass die deutschen Gerichte über ausreichende prozessuale Mittel verfügen, um eine Verletzung von Art. 6 wegen überlanger Verfahrensdauer wiedergutzumachen.<sup>90</sup> Nur wenn die „reparation“ unvollkommen ist, spricht der Gerichtshof eine Entschädigung zu. Er verneint iDR einen konkreten Schaden und somit die Anwendung von Art. 41, wenn die überlange Verfahrensdauer angemessen **strafmildernd** berücksichtigt wurde.<sup>91</sup> In anderen Fällen ist Deutschland schon mehrfach zu **Entschädigungszahlungen** verurteilt worden.<sup>92</sup>
- 26 Innerstaatlich sind die Konsequenzen einer Verfahrensüberlänge umstritten.<sup>93</sup> Als **Möglichkeiten** kommen insb. die Verfahrenseinstellung (§§ 153, 153 a StPO), die Beschränkung der Strafverfolgung (§§ 154, 154 a StPO), die Beendigung des Verfahrens durch Absehen von Strafe, eine Verwarnung mit Strafvorbehalt (§§ 59, 60 StGB) oder eine Kompensation iRd. Strafzumessung in Betracht.<sup>94</sup> Das BVerfG billigt den Gerichten und Anklagebehörden zu, die „verfassungsrechtlich gebotenen Folgen aus einer Verfahrensverzögerung in Anwendung des Straf- und Strafverfahrensrechts unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls“ zu ziehen und verlangt grds., dass „Art und Umfang der Verletzung des Beschleunigungsgebots ausdrücklich festgestellt und das Ausmaß der Berücksichtigung dieses Umstands näher bestimmt werden“.<sup>95</sup> Der BGH sucht den Ausgleich für eine Verfahrensüberlänge traditionell auf der Ebene der Strafzumessung.<sup>96</sup> Allerdings hat BGHGS das bisher praktizierte *Strafabschlagsmodell* durch ein **Anrechnungs- oder Vollstreckungsmodell** ersetzt.<sup>97</sup> Während nach jenem Modell die erforderliche Kompensation schon durch die Reduzierung der Einzelstrafen vorzunehmen war und mit einer entsprechend gemilderten (Gesamt-)Strafe tenoriert wurde, sind nach dem neuen Modell die *schuldangemessenen Einzelstrafen* und die daraus zu bildende Gesamtstrafe *zunächst* in den Urteilsgründen *festzusetzen* und sodann in der Urteilsformel auszusprechen, dass *ein bezifferter Teil* dieser Gesamtstrafe (bzw. der verhängten Strafe) zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer *als vollstreckt gilt*.<sup>98</sup> Wird die Gesamtstrafe *nachträglich* aufgelöst und neu gebildet, hat das Gericht auch hier den bezifferten Teil der neuen Gesamtstrafe festzusetzen, der aus Kompensationsgründen als vollstreckt anzurechnen

Schuld des Angeklagten: *Ambos* NStZ 2002, 628 (630 f.) mwN in Fn. 50. Indes berücksichtigt BGH v. 15. 3. 2005 – 2 StR 320/04, NStZ 2005, 445 (445 f.) die Schuld des Angeklagten nicht als relevantes Kriterium; zur dt. Rspr. auch: *Detter* NStZ 2005, 498 (499 f.).

<sup>90</sup> EGMR *Eckle v. Deutschland*, aaO, para. 67.

<sup>91</sup> Hierzu *Ambos* NStZ 2002, 628 (630). Im Fall *Metzger v. Deutschland*, UrT. v. 31. 5. 2001 – No. 37591/97, StV 2001, 489 (490), para. 48, sprach der EGMR dem Bf. trotz strafmildernd berücksichtigter Verfahrensdauer durch das LG eine Entschädigung zu, da offensichtlich die Konventionsverletzung durch die Strafilderung alleine nicht kompensiert werden konnte.

<sup>92</sup> Vgl. aus jüngerer Zeit EGMR *Grässer*, UrT. v. 5. 10. 2006 – No. 66491/01, EuGRZ 2007, 268 (272), para. 66 (45 000 Euro immaterielle Entschädigung für knapp 29-jähriges Zivilgerichtsverfahren); *Herbst*, UrT. v. 11. 1. 2007 – No. 20027/02, EuGRZ 2007, 420 (425), para. 90 (10 000 Euro für bald 19-jähriges Zivilgerichtsverfahren); *Sürmeli*, UrT. 8. 6. 2006 – No. 75529/01, EuGRZ 2007, 255 (267), para. 145 (10 000 Euro für 16-jähriges Zivilgerichtsverfahren); *Voggenreiter*, UrT. v. 8. 1. 2004 – No. 47169/99, EuGRZ 2004, 150 (155 f.), para. 57 (2000 Euro für knapp 7-jährige Verfahrensdauer vor dem BVerfG).

<sup>93</sup> Eingehend: *Krebl/Eidam* NStZ 2006, 1 (8 ff.) mwN.

<sup>94</sup> BVerfG v. 25. 7. 2003 – 2 BvR 153/03, NJW 2003, 2897 (2897 f.); zum Anspruch auf Einstellung des Ermittlungsverfahrens im Ausnahmefall: *Mansdörfer* GA 2010, 153 (165 ff.).

<sup>95</sup> BVerfG v. 25. 7. 2003 – 2 BvR 153/03, aaO.

<sup>96</sup> Schon BGH v. 10. 11. 1971 – 2 StR 492/71, BGHSt 24, 239 (242) = NJW 1972, 402 (403) („Berücksichtigung bei der Strafzumessung das geeignete Mittel“), auch BGH v. 4. 5. 2004 – 5 StR 588/03, NStZ-RR 2004, 230 (230 f.); zur Entwicklung der Rspr. des BGH: *Waßmer* ZStW 118 (2006), 159 (178 ff.); krit. *Paeffgen* StV 2007, 487 ff., der (494) im Ergebnis über eine Entschädigung für amtspflichtwidriges Strafverfolgen nach spanischem Vorbild nachdenkt.

<sup>97</sup> BGHGS v. 17. 1. 2008 – GSSt 1/07, NJW 2008, 860 (861 ff.) mAnm *Bußmann* NStZ 2008, 236; *Gaede* JZ 2008, 422; eingehend: *Keiser* GA 2008, 686 ff.; *Kraatz* JR 2008, 189 ff.; *Scheffler* ZIS 2008, 269 ff.; *Streng* JZ 2008, 979 ff.; krit. *Ignori/Bertheau* NJW 2008, 2209 ff.; ferner *Ziegert* StraFo 2008, 321; auf Vorlage v. BGH v. 23. 8. 2007 – 3 StR 50/07, NJW 2007, 3294 (3296 ff.) mAnm *Peglaw* NJW 2007, 3298; *I. Roxin* StV 2008, 14; *Salditt* StraFo 2007, 513; *Weber* JR 2008, 36; bereits *Kraatz* JR 2006, 403 (408 f.) schlug ein gesetzlich zu verankerndes „Anrechnungsmodell“ vor. Zum Verschlechterungsverbot bei Zurückverweisung wg. Nichtanwendung des „Vollstreckungsmodells“: BGH v. 18. 1. 2008 – 3 StR 388/07, StV 2008, 399 (399 f.).

<sup>98</sup> Vgl. BGHGS v. 17. 1. 2008 – GSSt 1/07, NJW 2008, 860 (866); ebenso BGH v. 21. 2. 2008 – 3 StR 505/07, NStZ 2008, 477 (477). – Zur konkreten Bezifferung des Strafabschlags bzw. der als vollstreckt geltenden Strafe: BGH v. 21. 2. 2008 – 3 StR 505/07, aaO: Strafabschlag von 9 Monaten bei 7-monatiger Verfahrensverzögerung überschreitet die Grenzen des tatrichterlichen Bewertungsspielraums; BGH v. 6. 3. 2008 – 3 StR 514/07, NStZ 2008, 478 (478): die Anrechnung beschränkt sich iDR auf einen „eher geringen Bruchteil der Strafe“; BGH v. 20. 3. 2008 – 1 StR 488/07, NJW 2008, 2451 (2454): Ein Strafabschlag von 50% der Verfahrensverzögerung ist unangemessen hoch; BGH v. 1. 4. 2008 – 5 StR 357/07, NStZ 2008, 475 (476): Anrechnung von 2 Monaten Freiheitsstrafe für 7½-monatiges Revisionsverfahren, das um 4 Monate verzögert wurde, ist angemessen. – Krit. zur Vollstreckungslösung beim Mord: *Reichenbach* NStZ 2009, 120; zur Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung im Fall eines Freispruchs od. erzieherisch gebotener Jugendstrafe: *Volkmer*, NStZ 2008, 608; im Fall einer wg. Schwere der Schuld verhängten Jugendstrafe: BGH v. 27. 11. 2008 – 5 StR 495/08, StV 2009, 93; im Fall einer Verhängung von Jugendstrafe wg. schädlicher Neigungen: BGH v. 26. 10. 2006 – 3 StR 326/06, StV 2008, 113 mAnm *Ostendorf*. *Gaede* JZ 2008, 422 (423) wirft die Frage auf, ob weitere Verfahrensfehler, die kein Verwertungsverbot auslösen, durch Vollstreckungslösungen zu kompensieren sind.

ist.<sup>99</sup> Der offenkundige Vorteil dieses – zwingend anzuwendenden<sup>100</sup> – Modells ist die *Beibehaltung der schuldangemessenen (Gesamt-)Strafe* in der Urteilsformel und die klare Bezifferung der als vollstreckt geltenden Strafe.<sup>101</sup> Jedoch muss bedacht werden, dass die *Verfahrensdauer als solche* und die hiermit verbundenen Belastungen des Angeklagten bereits bei der *Straffestsetzung* mildernd zu berücksichtigen sind.<sup>102</sup> Eine Kompensation kommt nur für rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen und auch nur dann in Betracht, wenn deren Feststellung in den Urteilsgründen als Entschädigung allein nicht ausreicht.<sup>103</sup> Reicht sie nicht aus, bestimmt sich das Maß der Kompensation nicht ausschließlich nach dem Umfang der Verzögerung, sondern entscheidend danach, wie sie sich konkret auf den Angeklagten ausgewirkt hat.<sup>104</sup> In **Jugendsachen** ist zu berücksichtigen, dass sich die Betroffenen in einer Phase der schulischen und beruflichen Orientierung befinden, in der Planungssicherheit besonders wünschenswert ist.<sup>105</sup> Sind *mehrere Angeklagte* im gleichen Umfang von der Verzögerung betroffen, so ist die Kompensation in gleicher Höhe auszusprechen; das Geständnis nur eines Angeklagten ist bereits bei der Strafzumessung, aber nicht nochmals bei der Kompensation zu berücksichtigen.<sup>106</sup> Hat das Gericht eine Kompensation rechtsfehlerhaft für nicht geboten erachtet und wird die Sache deshalb im Zuge der Revision zurückverwiesen, erstreckt sich die Aufhebung nicht auf einen früheren Mitangeklagten, der keine Revision eingelegt hat. § 357 StPO findet keine Anwendung, da die Aufhebung nicht wegen einer Gesetzesverletzung bei der Anwendung des Strafgesetzes, sondern wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 erfolgt, mithin wegen der Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren iSd. § 344 Abs. 2 StPO.<sup>107</sup>

**3. Recht auf ein Gericht.** Abs. 1 S. 1 garantiert das Recht auf ein Gericht, das Recht auf **Zu-**gang ist ein Teilaspekt davon.<sup>108</sup> Das Recht verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, ihre Justizsysteme in einer Weise zu organisieren, dh. personell und sachlich so auszustatten, dass die Gerichte in einem fairen und zügigen Verfahren entscheiden können (schon o. Rn. 22). **Gerichte** sind – in autonomer Auslegung des EGMR – alle Spruchkörper, die auf der Grundlage bestehenden Rechts in einem rechtsstaatlichen Verfahren eine bindende Entscheidung über Streitfragen treffen können.<sup>109</sup> Gerichte sind „auf Gesetz beruhend“, wenn ihre Zusammensetzung, Zuständigkeit und Organisation sowie Verfahren in einem Parlamentsgesetz geregelt sind.<sup>110</sup>

Das Gericht muss **unabhängig** von der Exekutive und den Parteien sein. Indizien dafür sind die Art und Weise der Ernennung der Mitglieder sowie deren Amtsdauer und Weisungsfreiheit, das Vorhandensein von Garantien gegen äußeren Druck sowie das Erscheinungsbild der Unabhängigkeit.<sup>111</sup> **Unparteilichkeit** bedeutet grds. das Fehlen von Voreingenommenheit oder Befangenheit. In subjektiver Hinsicht wird insoweit die persönliche Überzeugung und das Verhalten des *Richters* im konkreten Fall, in objektiver Hinsicht geprüft, ob der Richter ausreichende Gewähr dafür geboten hat, dass insoweit alle berechtigten Zweifel ausgeschlossen sind.<sup>112</sup> Die persönliche Unbefangenheit des einzelnen Richters wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet. Für die objek-

<sup>99</sup> BGHGS v. 17. 1. 2008 – GSSSt 1/07, aaO.

<sup>100</sup> So hob der BGH v. 6. 3. 2008 – 3 StR 514/07, aaO, das landgerichtliche Urteil im Strafausspruch auf, weil dort noch die „Strafabzuschlaglösung“ angewandt worden war. Indes stellte der BGH v. 20. 3. 2008 – 1 StR 488/07, aaO, fest, dass es bei „Übergangsfällen“ grds. die mildere Lösung ist, es bei dem von der StrK gewährten Strafabschlag zu belassen und nicht hinnehmbaren Härten beim Vergleich mit einer hypothetischen Kompensation nach der Vollstreckungslösung im Vollstreckungsverfahren, notfalls im Gnadenweg, zu begegnen.

<sup>101</sup> *Tepperwien* NStZ 2009, 1 (4) weist darauf hin, dass die Lösung für den Verurteilten den Vorteil bringt, dass es früher als bisher möglich ist, einen Strafrest zur Bewährung auszusetzen. Nachteilhaft ist indes, dass aufgrund der ungemildert festgesetzten Höhe der Strafe ggf. nicht sogleich eine Strafaussetzung zur Bewährung ausgesprochen werden kann; ebenso stellen beamtenrechtl. (§ 24 BRRG) u. ausländerrechtl. (§§ 53, 54 AufenthG) Folgen auf die Strafhöhe ab.

<sup>102</sup> Vgl. BGHGS v. 17. 1. 2008 – GSSSt 1/07, NJW 2008, 860 (866); ebenso BGH v. 18. 6. 2009 – 3 StR 89/09, StV 2010, 228 (230 f.). Die Berücksichtigung der Verfahrensdauer erst iRd. Kompensationsentscheidung reicht nicht aus, vgl. KG v. 16. 4. 2009 – (1) 1 Ss 411/08, StV 2009, 694 (694 f.).

<sup>103</sup> BGH v. 6. 3. 2008 – 3 StR 514/07, NStZ 2008, 478 (478), auch zu den Anforderungen an die gebotenen konkreten Feststellungen zu Art, Ausmaß und Ursachen der in verschiedenen Verfahrensabschnitten auftretenden Verzögerungen. BGH v. 21. 10. 2008 – 4 StR 364/08, StV 2009, 682 (683) und BGH v. 16. 6. 2009 – 3 StR 173/09, StV 2009, 638 (639) betonen, dass der Strafausspruch und die Kompensationsentscheidung selbständig nebeneinander stehen und unabhängig voneinander zu beurteilen sind.

<sup>104</sup> BGHGS v. 17. 1. 2008 – GSSSt 1/07, aaO; BGH v. 29. 10. 2008 – 2 StR 467/07, NStZ 2009, 287; BGH v. 18. 6. 2009 – 3 StR 89/09, aaO; vgl. hierzu auch *Mansdörfer* GA 2010, 153 (163 ff.).

<sup>105</sup> BGH v. 27. 11. 2008 – 5 StR 495/08, NStZ 2010, 94 (95).

<sup>106</sup> BGH v. 5. 8. 2009 – 5 StR 595/08, StV 2009, 694.

<sup>107</sup> BGH v. 21. 10. 2008 – 4 StR 364/08, StV 2009, 682 (683).

<sup>108</sup> EGMR Waite u. Kennedy v. Deutschland, Urt. v. 18. 2. 1999 – No. 26083/94, NJW 1999, 1173 (1173), para. 50.

<sup>109</sup> *Grabenwarter* § 24 Rn. 27 ff. mwN.

<sup>110</sup> *Peters* S. 112 f.

<sup>111</sup> EGMR Campbell u. Fell v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 28. 6. 1984 – No. 7819/77, EuGRZ 1985, 534 (540), para. 77 ff.; vertiefend: *Grabenwarter* § 24 Rn. 32 ff.

<sup>112</sup> EGMR Schwarzenberger v. Deutschland, Urt. v. 10. 8. 2006 – No. 75737/01, NJW 2007, 3553 (3554), para. 38.

tive Unvoreingenommenheit des *Spruchkörpers* kommt es darauf an, ob es, unabhängig von dem persönlichen Verhalten einzelner Richter, nachweisbare Tatsachen gibt, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit begründen können.<sup>113</sup>

- 29 Das Recht auf Zugang zu einem Gericht ist nicht absolut, sondern kann im innerstaatlichen Recht **Beschränkungen** unterworfen werden, etwa mittels Form- und Fristvorschriften, Begründungs- und Anwaltszwang oder Gerichtskosten, wobei die Konventionsstaaten insoweit einen gewissen Beurteilungsspielraum („*certain margin of appreciation*“) genießen.<sup>114</sup> Die Beschränkungen dürfen jedoch das Recht auf Zugang nicht in seinem Wesensgehalt antasten und müssen im Interesse einer geordneten Rechtspflege erforderlich sein, dh. ein berechtigtes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sein.<sup>115</sup> In **Zivilsachen** hat jede Partei das Recht, ein Verfahren vor Gericht anhängig zu machen, und einen Anspruch auf eine abschließende Entscheidung einschließlich deren Vollstreckung.<sup>116</sup> In **Strafsachen** ist das Recht auf ein Gericht auch in Strafbefehls- und Bußgeldverfahren gewahrt, wenn jedenfalls die Möglichkeit besteht, eine Verhandlung vor Gericht durch Einlegen eines Rechtsbehelfs (Einspruchs) zu erwirken; der Verzicht darauf ist unwirksam, wenn er unter Zwang erfolgt.<sup>117</sup> Das damit verbundene Risiko einer Strafverschärfung ist im Hinblick auf Art. 6 unbeachtlich.<sup>118</sup> Der Beschuldigte hat zwar einen Anspruch auf eine gerichtliche Entscheidung über die gegen ihn erhobene Anklage, jedoch nicht auf einen Frei- oder Schuldspruch, so dass ein Verfahren auch vorzeitig *eingestellt* werden darf.<sup>119</sup>
- 30 Das Recht auf ein Gericht aus Abs. 1 garantiert nicht das **Recht auf ein Rechtsmittel**. Dieses folgt für Strafsachen allein aus Art. 2 Prot. 7, das Deutschland jedoch nicht ratifiziert hat.<sup>120</sup> Ein Anspruch auf Zugang zu Rechtsmittelgerichten besteht allerdings dann, wenn der Konventionsstaat solche eingerichtet hat.<sup>121</sup> Jedoch bliebe Art. 6 unberührt, wenn ein bestehendes Rechtsmittel durch Gesetzesänderung abgeschafft würde.<sup>122</sup>
- 31 **4. Öffentliche Verhandlung und Urteilsverkündung.** Die Garantie eines transparenten Gerichtsverfahrens dient der Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung in den Rechtsstaat und soll gleichzeitig vor einer Geheimjustiz schützen.<sup>123</sup> Mündliche Verhandlungen, auch Ortstermine, müssen danach grundsätzlich zugänglich sein, der interessierte Bürger muss sich also auch *vorher* nach Ort und Zeit der Verhandlung erkundigen können. Das Zugangsrecht besteht grds. *in allen Instanzen* mit mündlicher Verhandlung; von einer solchen kann jedoch in zweiter Instanz abgesehen werden, wenn das Gericht nur über die Zulässigkeit des Rechtsmittels, über Rechtsfragen oder über Tatsachenfragen ohne eigene Ermittlungen aufgrund der Aktenlage zu entscheiden hat.<sup>124</sup>
- 32 Der **Ausschluss der Öffentlichkeit** von der Verhandlung ist aus den in Abs. 1 S. 2 genannten Gründen zulässig. Die Aufzählung ist *nicht abschließend*; der EGMR stellte ausdrücklich fest, dass auch die Sicherheit oder Privatsphäre von Zeugen und die Förderung eines freien Informations- und Meinungsaustausches im Interesse der Gerechtigkeit den Ausschluss der Öffentlichkeit rechtfertigen kann.<sup>125</sup> In jedem Falle muss der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* gewahrt werden.<sup>126</sup> Anders als Art. 8–11 enthält Art. 6 keinen Gesetzesvorbehalt, so dass es aus EMRK-Perspektive einer nationalen Ermächtigungsgrundlage zum Öffentlichkeitsausschluss grundsätzlich nicht bedarf, eine solche aber natürlich zulässig und aus Gründen der Rechtssi-

<sup>113</sup> EGMR Schwarzenberger v. Deutschland, aaO, para. 39 f. Im konkreten Fall rechtfertigte der Umstand, dass zwei der Richter im Urteil gegen einen Mittäter Feststellungen über das Verhalten des Bf. gemacht hatten und später am Verfahren gegen ihn mitwirken, nicht Zweifel an der Unparteilichkeit des Spruchkörpers.

<sup>114</sup> EGMR Stubbings et al. v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 22. 10. 1996 – No. 22083/93, RJD 1996-IV, para. 50 ff.

<sup>115</sup> EGMR Waite u. Kennedy v. Deutschland, Urt. v. 18. 2. 1999 – No. 26083/94, NJW 1999, 1173 (1174), para. 59; vertiefend: Meyer-Ladewig Rn. 20 ff. mwN.

<sup>116</sup> EGMR Hornsby v. Griechenland, Urt. v. 19. 3. 1997 – No. 18357/91, RJD 1997-II, para. 40.

<sup>117</sup> EGMR Deweer v. Belgien, Urt. v. 27. 2. 1980 – No. 6903/75, EuGRZ 1980, 667 (672 f.), para. 49 ff. *In casu* ordnete die Behörde die Schließung des Geschäftsbetriebes des Bf. an und teilte mit, dass diese entweder durch Zahlung des Bußgeldes oder nach Erlass des Strafurteils enden würde. Der Bf. zahlte das Bußgeld, um einen Geschäftsschaden zu vermeiden. Der EGMR bejahte eine Verletzung des Rechtes auf ein gerichtliches Verfahren, da der Verzicht erzwungen wurde.

<sup>118</sup> IntKomm EMRK/Vogler Rn. 243.

<sup>119</sup> Frowein/Peukert Rn. 86 ff.

<sup>120</sup> Aktuell: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=&CL=ENG>.

<sup>121</sup> Meyer-Ladewig Rn. 28.

<sup>122</sup> Frowein/Peukert Rn. 93.

<sup>123</sup> Ähnlich Peters S. 120 f.; Frowein/Peukert Rn. 187.

<sup>124</sup> Meyer-Ladewig Rn. 66; vgl. auch EGMR Axen v. Deutschland, Urt. v. 8. 12. 1983 – No. 8273/78, EuGRZ 1985, 225 (228), para. 28.

<sup>125</sup> EGMR B. u. P. v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 24. 4. 2001 – No. 36337/97, ÖJZ 2002, 571 (572), para. 37 („to protect the safety or privacy of witnesses or to promote the free exchange of information and opinion in the pursuit of justice“).

<sup>126</sup> EGMR Campbell u. Fell v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 28. 6. 1984 – No. 7819/77, EuGRZ 1985, 534 (541), para. 87.

cherheit sogar empfehlenswert ist. Entsprechende deutsche Regelungen finden sich bspw. in §§ 169–175 GVG, 48 JGG, 52 ArbGG. Für die Verkündung des Urteils bzw. eines Beschlusses<sup>127</sup> gelten die Ausschlussgründe nicht. Der EGMR lässt es jedoch je nach der Art des Verfahrens, etwa in Kindschaftssachen, genügen, wenn jede Person, die ein berechtigtes Interesse nachweisen kann, den vollständigen Wortlaut der Entscheidung einsehen oder eine Abschrift davon erhalten kann.<sup>128</sup>

5. **Unschuldsvermutung (Abs. 2).** Sie gilt in allen Verfahren, die vom EGMR als Strafverfahren eingestuft werden, also auch in Verfahren über Ordnungswidrigkeiten (zur autonomen Auslegung der „strafrechtlichen Anklage“ schon o. Rn. 8). Der Grundsatz verlangt vom Richter – trotz der (im inquisitorisch-instruktorischen Verfahrensmodell kontinentaleuropäischer Prägung üblichen) Aktenkenntnis – nicht mit einer vorgefassten Meinung („*preconceived idea*“) hinsichtlich der Schuld des Angeklagten die Hauptverhandlung durchzuführen. Aus der Unschuldsvermutung folgt ferner, dass die Beweislast bei der Anklage<sup>129</sup> liegt und jeder Zweifel sich zu Gunsten des Angeklagten auswirkt.<sup>130</sup>

Der EGMR erkennt an, dass es nicht generell gegen Art. 6 verstößt, **Schlussfolgerungen aus dem Schweigen** eines Angeklagten zu ziehen.<sup>131</sup> Dies sei in Rechtssystemen, in denen das Prinzip der freien Beweiswürdigung gilt, jedenfalls dann zulässig, wenn aufgrund der im Verfahren erbrachten Beweise das Schweigen des Angeklagten den einzigen Schluss zulasse, dass er diesen nichts zu entgegnen habe.<sup>132</sup>

Der „**gesetzliche Beweis der Schuld**“ wird durch ein *rechtskräftiges Urteil* erbracht, das in Übereinstimmung mit dem nationalen materiellen und prozessualen Recht („gesetzlich“) herbeigeführt werden muss.<sup>133</sup> Bis zu seiner Verkündung dürfen sich weder Richter noch die Ermittlungsbehörden zu den Aussichten der Verteidigung äußern oder Bemerkungen machen, die die Schuld des Betroffenen indizieren; das scheint sehr weitgehend, doch wenn der EGMR vorverurteilende Äußerungen für unzulässig hält bis eine Person „has been proved so according to law“ bzw. „has been tried and found guilty“,<sup>134</sup> so bezieht sich dieser Nachweis eben auf das rechtskräftige Urteil und verbietet es ja nicht, über die (nur) erstinstanzliche Verurteilung zu berichten. Auch *Verwaltungsbehörden* sind an Abs. 2 gebunden, wie sich bspw. aus § 3 Abs. 3 StVG ergibt.

Auch die **Medien** haben bei ihrer Prozessberichterstattung die Unschuldsvermutung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zu beachten.<sup>135</sup> Dabei ist jedoch ihre grundlegende Funktion in einer demokratischen Gesellschaft angemessen zu berücksichtigen (dazu Art. 10 Rn. 10 ff.). So kann die Unschuldsvermutung die Freiheit der Berichterstattung zumindest dann nicht einschränken, wenn die Grenzen zulässiger Verdachtsberichterstattung eingehalten werden.<sup>136</sup> Insofern muss die Darstellung so sachlich erfolgen, dass die Öffentlichkeit nicht vorzeitig („Vorverurteilung“) von der Schuld des Angeklagten ausgeht und die Beweiswürdigung durch das Gericht nicht vorweggenommen wird.<sup>137</sup>

<sup>127</sup> EGMR Axen v. Deutschland, Urt. v. 8. 12. 1983 – No. 8273/78, EuGRZ 1985, 225 (228), para. 29.

<sup>128</sup> EGMR Petersen v. Deutschland, Entsch. v. 6. 12. 2001 – No. 31178/96, NJW 2003, 1921 (1923); B. u. P. v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 24. 4. 2001 – No. 36337/97, OJZ 2002, 571 (573), para. 46 f.

<sup>129</sup> Zur gesetzlichen Schuldvermutung im frz. ZollG und der teilweisen Abwälzung der Beweislast auf den Beschuldigten: EGMR Salabiaku v. Frankreich, Urt. v. 7. 10. 1988 – No. 10519/83, Serie A 141-A, para. 28; hierzu auch Peters S. 134 f.

<sup>130</sup> EGMR Barberà, Messegué u. Jabardo v. Spanien, Urt. v. 6. 12. 1988 – No. 10590/83, Serie A 146, para. 77; Esser S. 624; Grabenwarter § 24 Rn. 122.

<sup>131</sup> EGMR John Murray v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 8. 2. 1996 – No. 18731/91, EuGRZ 1996, 587 ff., para. 47 (nicht abgedruckt).

<sup>132</sup> EGMR Telfner v. Österreich, Urt. v. 20. 3. 2001 – No. 33501/96, ÖJZ 2001, 613 (613), para. 17 („provided that the evidence adduced is such that the only common-sense inference to be drawn from the accused’s silence is that he had no answer to the case against him“).

<sup>133</sup> Frowein/Peukert Rn. 263; Grabenwarter § 24 Rn. 121.

<sup>134</sup> EGMR Allenet de Ribemont v. Frankreich, Urt. v. 10. 2. 1995 – No. 15175/89, Serie A 308, para. 35 ff.; Dakaras v. Litauen, Urt. v. 10. 10. 2000 – No. 42095/98, RJD 2000-X, para. 41 f.; Borovský v. Slowakei, Urt. v. 2. 6. 2009 – No. 24528/02 (bislang unveröff.), para. 46; Meyer-Ladewig Rn. 86. Zur Beachtung der Unschuldsvermutung bei Feststellungen im Strafurteil über gesondert Verfolgte: *Isfen* StV 2009, 611.

<sup>135</sup> OLG Köln v. 2. 6. 1987 – 15 U 39/87, NJW 1987, 2682 (2683 f.); OLG Dresden v. 27. 11. 2003 – 4 U 991/03, NJW 2004, 1181 (1182 f.); eingehend: *Bornkamm* S. 247 ff.; *ders.* NStZ 1983, 102 (104 ff.), der insofern von einer mittelbaren Drittwirkung der Unschuldsvermutung ausgeht.

<sup>136</sup> BGH v. 7. 12. 1999 – VI ZR 51/99, NJW 2000, 1036 (1037) mAnm Kübler JZ 2000, 622.

<sup>137</sup> Grabenwarter § 24 Rn. 125 f.; einen Überblick über die Vorverurteilungsfälle v. 1985 – 1997 gibt *Soehring* S. 157 ff.; vgl. auch *Neuling* HRRS 2006, 94 ff. im Hinblick auf die sog. „Affäre Mannesmann“ und den sog. „Todespflieger von Sonthofen“. Zur Pflicht des Staates, eine der gerichtlichen Feststellung der Schuld vorgreifende Vorverurteilung in den Medien zu verhindern: EGMR Allenet de Ribemont v. Frankreich, Urt. v. 10. 2. 1995 – No. 15175/89, Serie A 308, para. 11, 38 ff.



- 37 Den **Widerruf einer Strafaussetzung** darf ein Gericht grds. nicht auf während der Bewährungszeit begangene Straftaten stützen, die noch nicht (rechtskräftig)<sup>138</sup> abgeurteilt worden sind.<sup>139</sup> Ein Widerruf vor Aburteilung der neuen Tat verstößt aber dann nicht gegen die Unschuldsvermutung, wenn der Verurteilte die neue Tat vor dem für den Widerruf zuständigen Gericht glaubhaft gestanden hat.<sup>140</sup>
- 38 Abs. 2 ist auch noch **nach Einstellung des Verfahrens** iRd. Folgeentscheidungen über die Erstattung der notwendigen Auslagen und die Entschädigung für die erlittene Untersuchungshaft anwendbar.<sup>141</sup> Der EGMR weist darauf hin, dass weder Abs. 2 noch eine andere Bestimmung der Konvention dem Bf. ein Recht auf Erstattung seiner notwendigen Auslagen oder auf Entschädigung für die erlittene Untersuchungshaft gibt, wenn das Verfahren gegen ihn eingestellt wurde. Die Nichterstattung als solche verstößt daher nicht gegen die Unschuldsvermutung, solange das Gericht in der Entscheidung keine **indirekte Schuldfeststellung** trifft.<sup>142</sup> Gleiches gilt für die Auflegung von Verfahrenskosten nach Einstellung des Verfahrens.<sup>143</sup>
- 39 **6. Mindestgarantien im Strafverfahren (Abs. 3)**. Die in Abs. 3 (nicht abschließend) aufgezählten Mindestgarantien im Strafverfahren sind Ausdruck des allgemeinen Fairnessgrundsatzes und gelten über den Wortlaut hinaus nicht nur für Angeklagte, sondern auch schon für Beschuldigte (o. Rn. 7).
- 40 a) Der **Anspruch auf frühzeitige Unterrichtung über die Beschuldigung (lit. a)** dient dem Schutz vor „Überraschung und Überrumpelung“<sup>144</sup> und der Sicherung des Rechts auf ausreichende Vorbereitung der Verteidigung (lit. b), denn nur mit Kenntnis der Beschuldigung ist eine effektive Verteidigung möglich.<sup>145</sup> Der Anspruch ist zugleich Ausdruck des Grundsatzes der Waffengleichheit (o. Rn. 12).
- 41 Die Unterrichtung über Art und Grund der Beschuldigung, dh. die Tat und deren rechtliche Bewertung, hat umfassend iS einer **Offenlegung** („*disclosure*“) sämtlichen be- und entlastenden Beweismaterials zu erfolgen.<sup>146</sup> Im deutschen Strafverfahrensrecht ist insoweit insbesondere auf §§ 136, 201, 265 StPO hinzuweisen. Die Mitteilung hat in einer dem Beschuldigten *verständlichen Sprache* zu erfolgen; eine *mündliche Unterrichtung* in der Hauptverhandlung (Übersetzung der Anklage nach deren Verlesung) reicht aus, wenn dem Verfahren ein leicht verständlicher Sachverhalt zu Grunde liegt und der Verfahrensgegenstand rechtlich und tatsächlich überschaubar ist.<sup>147</sup> Wird im **beschleunigten Verfahren** (§ 417 StPO) keine Anklageschrift eingereicht, bedarf es nicht der vorherigen Übersetzung der Antragschrift; es genügt, wenn die mündlich erhobene Anklage dem (anwesenden) Angeklagten übersetzt wird.<sup>148</sup>
- 42 Das Gegenstück zur Offenlegung ist das Recht auf umfassenden **Aktenzugang** („*access to the case file*“),<sup>149</sup> das grds. dem Beschuldigten selbst zusteht, da er iRd. die Tatsachen kennt und so den Akteninhalt am Besten einordnen kann.<sup>150</sup> Beide Rechte gelten nicht absolut; einzelne Beweismittel

<sup>138</sup> OLG Celle v. 23. 7. 2003 – 1 Ws 250/03, StV 2003, 575 (575); OLG Jena v. 26. 3. 2003 – 1 Ws 100/03, StV 2003, 574 (574 f.); LG Potsdam v. 13. 2. 2009 – 24 Qs 248/08, StV 2009, 369 (369); ausdr. offen gelassen: OLG Schleswig v. 9. 12. 2003 – 2 Ws 463/03, NStZ 2004, 628 (628); dagegen: *Peglau* NStZ 2004, 248 (251).

<sup>139</sup> EGMR *Böhmer v. Deutschland*, Urt. v. 3. 10. 2002 – No. 37568/97, NJW 2004, 43 (44 f.), para. 63 ff., mAnM *Boetticher* StraFo 2003, 51; *Pauly* StV 2003, 85; vertiefend: *Krumm* NJW 2005, 1832 ff.; *Neubacher* GA 2004, 402 ff.; *Seher* ZStW 118 (2006), 101 ff.; *Diehm* S. 478 ff. Zur parallelen Problematik, ob die strafscharfende Verwertung nicht rechtskräftig festgestellter Taten, eingestellter Verfahren und Freisprüche gegen die Unschuldsvermutung verstößt: *Stuckenberg* StV 2007, 655 ff. (auch unter Einbeziehung des Böhmer-Urteils).

<sup>140</sup> BVerfG v. 9. 12. 2004 – 2 BvR 2314/04, NJW 2005, 817 (817) mwN; so auch OLG Jena v. 26. 3. 2003 – 1 Ws 100/03, aaO.

<sup>141</sup> EGMR *Englert v. Deutschland*, Urt. v. 25. 8. 1987 – No. 10282/83, NJW 1988, 3257 (3257 f.), para. 35 ff.

<sup>142</sup> EGMR *Englert v. Deutschland*, aaO. Im konkreten Fall hatte das LG davon abgesehen, die Auslagen des Bf. der Staatskasse aufzuerlegen und dem Bf. überdies eine Entschädigung für die erlittene U-Haft versagt. Es führte aus, dass „eine Verurteilung deutlich wahrscheinlicher als ein Freispruch“ gewesen sei. Der EGMR verneinte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2, da der Beschluss lediglich eine „Verdachtslage“ beschrieben und keine (indirekte) Schuldfeststellung enthalten habe (para. 39); vertiefend: *Kieschke* S. 186 ff.

<sup>143</sup> EGMR *Minelli v. Schweiz*, Urt. v. 25. 3. 1983 – No. 8660/79, EuGRZ 1983, 475 (479 f.), para. 12, 37 f. *In casu* wurde die Anklage aufgrund Verjährung nicht zugelassen, jedoch wurden dem Bf. Zweidrittel der Kosten auferlegt mit der Begründung, dass er „sehr wahrscheinlich“ verurteilt worden wäre. Der EGMR bejahte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2, da die Kostentragungspflicht des Bf. einer Strafe (also indirekten Schuldfeststellung) gleich käme; vertiefend: *Kieschke* S. 163 ff.

<sup>144</sup> *Trechsel* ZStR 96 (1979), 337 (343); zust. *Ambos* ZStW 115 (2003), 583 (598).

<sup>145</sup> *Meyer-Ladewig* Rn. 89.

<sup>146</sup> EGMR *Edwards v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 16. 12. 1992 – No. 13071/87, ÖJZ 1993, 391 (393), para. 36; *Natunen v. Finnland*, Urt. v. 31. 3. 2009 – No. 21022/04 (unveröff.), para. 39; vertiefend: *Esser* S. 403 ff.

<sup>147</sup> OLG Düsseldorf v. 2. 7. 2003 – III-2 Ss 88/03 – 41/03 II, NJW 2003, 2766 (2766 f.).

<sup>148</sup> OLG Stuttgart v. 31. 1. 2005 – 4 Ss 589/04, NStZ 2005, 471 (471 f.), unter Berufung auf OLG Düsseldorf, aaO.

<sup>149</sup> Eingehend: EGMR *Öcalan v. Türkei*, Urt. v. 12. 3. 2003 – No. 46221/99, EuGRZ 2003, 472 (479 f.), para. 158 ff.

<sup>150</sup> *Trechsel*, FS Druey, 2002, S. 993 (997). So hat der EGMR in *Öcalan v. Türkei*, aaO, para. 161 den persönlichen Anspruch des PKK-Führers Öcalan auf Aktenzugang damit begründet, dass dieser eine der Personen sei, die „best

können zum Schutz widerstreitender Interessen zurückgehalten werden, etwa aus Gründen nationaler Sicherheit, des Zeugenschutzes oder wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks, jedoch nur, wenn dies „strikt notwendig“ ist.<sup>151</sup> Der Beschuldigte hat einen Anspruch darauf, dass sämtliches Beweismaterial solange bereitgehalten wird, bis das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist; dies gilt auch für die Aufzeichnungen einer Telekommunikationsüberwachung.<sup>152</sup>

b) In dem **Recht auf ausreichende Vorbereitung der Verteidigung** (lit. b) kommt der Gedanke der Waffengleichheit insofern zum Ausdruck, als der Beschuldigte genauso viel Zeit zur Vorbereitung seiner Verteidigung haben soll wie die Anklagebehörde zur Vorbereitung der Anklage.<sup>153</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Recht auf ausreichende Vorbereitungszeit in einem potenziellen *Spannungsverhältnis* zu der Garantie der angemessenen Verfahrensdauer steht.<sup>154</sup> Welche Vorbereitungszeit „ausreichend“ ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles, u.a. von dem Verfahrensstadium, der Komplexität des Falles und der Lage der Verteidigung ab; auch ist von Gewicht, ob sich der Beschuldigte auf freiem Fuß befindet und ob er anwaltlich vertreten wird.<sup>155</sup> Ein „kurzer Prozess“ soll jedenfalls vermieden werden.<sup>156</sup> Bspw. wurde ein Zeitraum von drei Wochen für die Antwort auf ein Dokument von 49 Seiten für ausreichend erachtet,<sup>157</sup> nicht jedoch zwei Wochen für eine Akte von 17 000 Seiten.<sup>158</sup> An einer ausreichenden Vorbereitungs**gelegenheit** fehlt es, wenn die Haftbedingungen den Beschuldigten daran hindern, sich „vernünftig“ auf das Lesen und Schreiben zu konzentrieren.<sup>159</sup>

c) Lit. c enthält drei verschiedene Rechte, die die **Effektivität der Verteidigung** sichern wollen, nämlich die Rechte auf Selbst-, Wahl- und Pflichtverteidigung.<sup>160</sup> Die Garantien gelten schon im **Ermittlungsverfahren**, grds. bereits bei der ersten polizeilichen Vernehmung („at the initial stages“),<sup>161</sup> denn aufgrund der präjudiziellen Bedeutung des Vorverfahrens<sup>162</sup> kann das Fehlen des Verteidigers zu einem irreparablen Ungleichgewicht zwischen Verfolgungsbehörde und Beschuldigten führen.<sup>163</sup> Der EGMR betont, dass die Art und Weise, in welcher die Rechte aus lit. c im Vorverfahren gewährt werden, von den Umständen des Einzelfalles abhängen, so dass die fehlende Anwesenheit des Verteidigers in einer oder mehreren Vernehmungen nicht zwangsläufig zu einer Konventionsverletzung führt; entscheidend ist vielmehr, ob das Verfahren **insgesamt fair** (Rn. 53) war.<sup>164</sup> Dies sei etwa dann der Fall, wenn mehrere Vernehmungen in einem kurzen Zeitraum stattfinden, der Beschuldigte sich über die mangelnde Aktivität seines Verteidigers nicht beschwert und ein anderer, später bestellter Pflichtverteidiger nach erfolgter Akteneinsicht die erkennbare Abwesenheit seines Vorgängers bei den Vernehmungen nicht rügt.<sup>165</sup>

Die konkrete **Verteidigungsführung** bzw. -strategie liegt grds. in der Alleinverantwortung des Verteidigers. Da jedoch die Bestellung eines Verteidigers allein noch keinen *effektiven* Beistand

able“ gewesen wäre, die relevanten Gesichtspunkte der Verteidigung zu erkennen und diese entsprechend vorzubereiten.

<sup>151</sup> EGMR Jasper v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 16. 2. 2000 – No. 27052/95 (unveröff.), para. 52; Natunen v. Finnland, Urt. v. 31. 3. 2009 – No. 21022/04 (unveröff.), para. 40; schon oben Rn. 10 ff. Unzulässig ist jedoch die Darstellung eines unwahren Sachverhalts in den Ermittlungsakten und die aktive Täuschung des Beschuldigten über die wahren Hintergründe seiner Festnahme, etwa das Vortäuschen einer allg. Verkehrskontrolle nach vorangegangener Observation, vgl. BGH v. 11. 2. 2010 – 4 StR 436/09, StV 2010, 285 (286) = NStZ 2010, 294 (294).

<sup>152</sup> EGMR Natunen v. Finnland, aaO, para. 46 ff. BGH v. 18. 6. 2009 – 3 StR 89/09, StV 2010, 228 (229) m. zust. Anm. *Stucken*, stellt klar, dass auch die beim LKA als Computerdateien gespeicherten inhaltlichen Zusammenfassungen und Kurzübersetzungen von abgehörten Telefongesprächen Gegenstand des Akteneinsichtsrechts sind, auch wenn sie seitens der Ermittlungsbehörden als nicht beweiserheblich eingeschätzt werden.

<sup>153</sup> *Braitsch* S. 146; IntKomm EMRK/*Vogler* Rn. 479 f., 493.

<sup>154</sup> *Grabenwarter* NJW 2002, 109 ff., insb. im Hinblick auf die Revisionsbegründungsfrist nach § 345 I StPO.

<sup>155</sup> *Simon* S. 27 mwN.

<sup>156</sup> *Villiger* Rn. 509.

<sup>157</sup> EGMR *Kremzow v. Österreich*, Urt. v. 21. 9. 1993 – No. 12350/86, EuGRZ 1995, 537 (540 f.), para. 48.

<sup>158</sup> EGMR *Öcalan v. Türkei*, Urt. v. 12. 3. 2003 – No. 46221/99, EuGRZ 2003, 472 (480 f.), para. 167.

<sup>159</sup> EGMR *Mayzit v. Russland*, Urt. v. 20. 1. 2005 – No. 63378/00 (unveröff.), para. 81 („to read and write with a reasonable degree of concentration“).

<sup>160</sup> *Ambos* § 10 Rn. 26; *Esser* S. 450; nach *Villiger* Rn. 514 sind es vier Rechte, da er das Recht auf effektive Verteidigung als selbständig ansieht.

<sup>161</sup> EGMR *John Murray v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 8. 2. 1996 – No. 18731/91, EuGRZ 1996, 587 (592), para. 63.

<sup>162</sup> Vgl. *Ambos* ZStW 115 (2003), 583 (586) mwN in Fn. 28.

<sup>163</sup> *Weigend* StV 2000, 384 (385); *Simon* S. 55 f.; *Villiger* Rn. 515.

<sup>164</sup> EGMR *Imbrosia v. Schweiz*, Urt. v. 24. 11. 1993 – No. 13972/88, ÖJZ 1994, 517 (518), para. 38.

<sup>165</sup> EGMR *Imbrosia v. Schweiz*, aaO, para. 41 ff. Im konkreten Fall hatte der Bf. zunächst selbst eine Anwältin beauftragt, die zu den Vernehmungen nicht geladen wurde, dies aber auch nicht beantragt hatte. Nach drei Wochen legte sie das Mandat nieder, ohne den Bf. jemals im Gefängnis besucht zu haben. Der am selben Tag bestellte Pflichtverteidiger erhielt Akteneinsicht und besuchte den Bf., welcher jedoch wiederum in dessen Abwesenheit vernommen wurde. Der EGMR verneinte eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 (c) mit der Begründung, dass der Bf. uneingeschränkter Kontakt zu seinem Verteidiger hatte und dieser Abschriften von den Vernehmungsprotokollen erhalten und der bei der abschließenden Vernehmung in Gegenwart seines Mandanten keine Stellungnahme abgegeben hatte. Krit. hierzu *Esser* S. 466 ff.

garantiert,<sup>166</sup> nimmt der EGMR eine staatliche **Fürsorgepflicht** an, die bei offensichtlichem Verteidigungsmangel („*manifest shortcoming*“) ein Einschreiten des Gerichtes verlangt und zwar sowohl bei gerichtlich bestellten Verteidigern als auch bei Wahlverteidigern.<sup>167</sup> Unternimmt das Gericht bei der offensichtlichen Verletzung von Verteidigerpflichten nichts, liegt ein Verstoß gegen Abs. 3 lit. c vor. Eine Verletzung des Anspruchs auf effektive Verteidigung ist auch gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Verteidigerbestellung und Beginn der Hauptverhandlung zu kurz war, um die Verteidigung ausreichend vorzubereiten, wobei die angemessene Dauer von Umfang und Schwierigkeit des Falles abhängt. Auf Antrag des Verteidigers hat das Gericht die Hauptverhandlung zur ergänzenden Vorbereitung zu unterbrechen.<sup>168</sup>

46 Das Recht, sich **selbst zu verteidigen** enthält die Garantie der Anwesenheit<sup>169</sup> und Beteiligung des Beschuldigten an mündlichen Verhandlungen und ggf. auch an Vernehmungen. Hierin zeigt sich, dass dieses Recht seine Grundlage im *Recht auf Gehör* (Rn. 10 f.) hat.<sup>170</sup> Das Recht auf einen **Wahlverteidiger** garantiert auch den vertraulichen und uneingeschränkten Kontakt des Beschuldigten mit seinem Verteidiger und zwar schon während des Vorverfahrens.<sup>171</sup> Der Umfang des Kontakts muss der Schwierigkeit und dem Ausmaß des Falles entsprechen („*equal to the complex nature of the case*“);<sup>172</sup> so wurden bspw. zwei Verteidigerbesuche pro Woche von je einer Stunde in einem aufwändigen Verfahren wegen Terrorismus und hunderter Einzelaten als unzureichend angesehen.<sup>173</sup> Das Recht eines Angeklagten, sich von einem *Rechtsanwalt seines Vertrauens* verteidigen zu lassen, gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Sind neben ihm weitere Personen angeklagt und befinden sich in U-Haft, kann der Beachtung des **Beschleunigungsgebots** im Einzelfall ein so großes Gewicht zukommen, dass sein Einzelinteresse dahinter zurückstehen muss.<sup>174</sup>

47 Der Beschuldigte hat einen Anspruch auf **unentgeltliche Verteidigung**, wenn er mittellos ist und die Pflichtverteidigung „im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist“. Letzteres ist abhängig von der Schwere der Straftat, der Komplexität des Falles und der persönlichen Situation des Beschuldigten.<sup>175</sup> Es ist mit der Konvention vereinbar, wenn das nationale Recht (wie § 140 StPO) für bestimmte Verfahren (unabhängig von der Frage der Mittellosigkeit) die Bestellung eines Verteidigers, auch gegen den Willen des Beschuldigten, vorsieht.<sup>176</sup> Im Interesse der Rechtspflege ist im Einzelfall sogar die *zwangsweise Bestellung* eines zusätzlichen Verteidigers zulässig, um einen Verfahrensforgang ohne Unterbrechungen oder Verzögerungen<sup>177</sup> zu gewährleisten.<sup>178</sup> Anders als lit. e garantiert lit. c **keine endgültige Kostenbefreiung**; ein Anspruch auf Erlass der Kosten des Pflichtverteidigers besteht nur, wenn der Verurteilte noch im Vollsteckungsverfahren mittellos ist. Dies gilt auch im Falle der aufgedrängten Zusatzverteidigung.<sup>179</sup>

48 d) Das **Recht auf Benennung und Befragung von Zeugen (lit. d)** verlangt grds., dass der Beschuldigte – während der Aussage oder zu einem späteren Zeitpunkt – eine angemessene Gelegenheit erhält, die Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen anzuzweifeln und ihm Fragen zu stel-

<sup>166</sup> EGMR *Imbrosia v. Schweiz*, aaO, para. 38 („assigning a counsel does not in itself ensure the effectiveness of the assistance he may afford an accused“).

<sup>167</sup> EGMR *Daud v. Portugal*, Urt. v. 21. 4. 1998 – No. 22600/93, RJD 1998-II, para. 38, 42 f.; eingehend: *Demko* HRRS 2006, 250 ff.; ferner *Gaede*, HRRS-FG Fezer, 21 (28 f.).

<sup>168</sup> BGH v. 24. 6. 2009 – 5 StR 181/09, StV 2009, 565 (566 f.).

<sup>169</sup> *Grabenwarter* § 24 Rn. 105.

<sup>170</sup> *Spaniol* S. 212 ff., 219 ff.; zust. *Wather* GA 2003, 204 (222).

<sup>171</sup> *Ambos* ZStW 115 (2003), 583 (605) mwN; vertiefend: *Simon* S. 30, 53 ff.

<sup>172</sup> EGMR *Öcalan v. Türkei*, Urt. v. 12. 3. 2003 – No. 46221/99, EuGRZ 2003, 472 (479), para. 154.

<sup>173</sup> EGMR *Öcalan v. Türkei*, aaO, para. 154.

<sup>174</sup> KG v. 6. 10. 2008 – 3 Ws 341/08, StV 2009, 577 (578) m. krit. Anm. *Schlothauer*. Im konkreten Fall befanden sich 5 von 7 Angeklagten zum Teil seit fast 6 Monaten in U-Haft. Der Antrag eines von 8 Verteidigern, 6 von 11 anberaumten Hauptverhandlungsterminen aufzuheben, weil er verhindert sei, wurde (deshalb) abgelehnt.

<sup>175</sup> EGMR *Quaranta v. Schweiz*, Urt. v. 24. 5. 1991 – No. 12744/87, Serie A 205, para. 32–35; vertiefend: *Demko*, HRRS-FG Fezer, 1 (3 ff.).

<sup>176</sup> EGMR *Croissant v. Deutschland*, Urt. v. 25. 9. 1992 – No. 13611/88, EuGRZ 1992, 542 (545), para. 27 mAnm *Kühne* EuGRZ 1992, 547.

<sup>177</sup> Zu Recht erkennt *Kühne* EuGRZ 1992, 547 das Bedürfnis der Praxis an, zur Vermeidung von „Prozesssabotage“ durch Mandatsniederlegung od. -entzug des Wahlverteidigers in Großverfahren für jeden Wahlverteidiger präventiv einen Pflichtverteidiger zu bestellen.

<sup>178</sup> EGMR *Croissant v. Deutschland*, aaO, para. 27 – 28. Der Gerichtshof sah genau hierin die Rechtfertigung der zwangsweisen Beordnung des dritten Verteidigers und betonte, dass damit überdies sichergestellt werden sollte, dass der Bf. in Anbetracht der möglichen Länge, des Umfangs und der Komplexität des Falles während des gesamten Verfahrens angemessen vertreten war.

<sup>179</sup> EGMR *Croissant v. Deutschland*, aaO, para. 35 ff.; abl.: *Kühne* EuGRZ 1992, 547 f. mit der Erwägung, dass die Kostenfolge zumindest dann nicht „fair“ sei, wenn der Angeklagte keinen konkreten Anlass für die Vermutung gab, er werde durch Mandatsentzug des Wahlverteidigers das Verfahren zu sabotieren versuchen; abl. auch *Meyer-Göfner* Rn. 21 mwN.

len.<sup>180</sup> Der Begriff des Zeugen ist autonom auszulegen; es ist jede Aussage erfasst, die wesentliche Grundlage einer Verurteilung sein kann, unabhängig davon, ob sie von einem Zeugen vor Gericht oder einer anderen Stelle oder von einem Mitbeschuldigten gemacht wurde.<sup>181</sup>

Aus dem Grundsatz der Waffengleichheit folgt, dass es sich um ein Recht auf Konfrontation iS einer adversatorischen Gegenüberstellung und auf Infragestellung handelt.<sup>182</sup> Von einer „vollen Waffengleichheit“ (*full equality of arms*) kann nur die Rede sein, wenn der Beschuldigte die Belastungszeugen „auf Herz und Nieren“ prüfen kann, womit zugleich klar ist, dass es um die Kontrolle der Zuverlässigkeit des Zeugen iS „getesteter Beweise“ („*tested evidence*“) geht.<sup>183</sup> Der Beschuldigte muss den gesamten Inhalt der Zeugenaussage kennen, um den Zeugen zu allen belastenden Aspekten seiner Aussage befragen zu können.<sup>184</sup>

Der Anspruch unterliegt jedoch Beschränkungen. Im Falle berechtigter Interessen des Zeugen- oder Opferschutzes ist im Wege einer Gesamtbetrachtung der Verfahrensfairness eine Abwägung mit den Verteidigungsinteressen vorzunehmen.<sup>185</sup> Dabei sind nur solche Einschränkungen der Verteidigungsrechte zulässig, die unbedingt notwendig („*strictly necessary*“) sind; hierdurch entstandene Erschwernisse der Verteidigung sind im Laufe des Verfahrens auszugleichen.<sup>186</sup> Bei drohenden Repressalien ist die anonyme Zeugenvernehmung und die – behutsame – Verwertung dieser Aussagen grds. zulässig,<sup>187</sup> wobei allerdings an die Aufrechterhaltung der Anonymität ebenso wie an die Unerreichbarkeit eines Zeugen strenge Anforderungen zu stellen sind.<sup>188</sup> Es ergibt sich somit eine dreistufige Prüfung der Verfahrensfairness, die für eine zulässige Beschränkung des Konfrontationsrechts einen legitimen Grund, einen Ausgleich der Verteidigungsrechte und eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung verlangt.<sup>189</sup> Art. 6 ist jedenfalls dann verletzt, wenn eine Verurteilung *allein oder in einem wesentlichen Teil* auf Aussagen eines Zeugen<sup>190</sup> beruht, den der Beschuldigte zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens selbst befragen oder befragen lassen konnte.<sup>191</sup>

<sup>180</sup> EGMR Lüdi v. Schweiz, Urt. v. 15. 6. 1992 – No. 12433/86, EuGRZ 1992, 300 (301 f.), para. 47; P.S. v. Deutschland, Urt. v. 20. 12. 2001 – No. 33900/96, StV 2002, 289 (290), para. 21 („to challenge and question“); *Ambos* NStZ 2003, 14 (16); *Krauß* S. 103 ff., 108 ff., 120; *Tochilovsky* S. 323; HK-GS/Jäger Vorb. zu §§ 133 ff. Rn. 47.

<sup>181</sup> EGMR Haas v. Deutschland, Entsch. v. 17. 11. 2005 – No. 73047/01, NStZ 2007, 103 (104) mAnm *Esser*; *Gaede*, HRRS-FG Fezer, 21 (24).

<sup>182</sup> EGMR Engel et al. v. Niederlande, Urt. v. 8. 6. 1976 – No. 5100/71, EuGRZ 1976, 221 (235 f.), para. 91; eingehend: *Cornelius* NStZ 2008, 244 (247 f.) mwN. Vgl. auch *Jung* GA 2009, 235 (236); *Walther* GA 2003, 204 (215); *Ambos* § 10 Rn. 30.

<sup>183</sup> *Ambos* § 10 Rn. 30; vgl. auch *Beutke*, FS Riess, S. 15, 21: „Austesten“ des Beweismittels. Vgl. auch BGH v. 17. 3. 2009 – 4 StR 662/08, StV 2009, 346 (347) zur Beweiswürdigung bei Auskunftsverweigerungsrecht des Belastungszeugen.

<sup>184</sup> EGMR Bricmont v. Belgien, Urt. v. 7. 7. 1989 – No. 10857/84, Serie A 158, para. 81.

<sup>185</sup> EGMR P.S. v. Deutschland, Urt. v. 20. 12. 2001 – No. 33900/96, StV 2002, 289 (290), para. 19, 22; eingehend: *Krauß* S. 141 ff.

<sup>186</sup> EGMR P.S. v. Deutschland, aaO, para. 23; Haas v. Deutschland, Entsch. v. 17. 11. 2005 – No. 73047/01, NStZ 2007, 103 (105) mAnm *Esser*; BGH v. 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93 (96) = NJW 2000, 3505 (3506) mAnm *Fezer* JZ 2001, 363; *Kunert* NStZ 2001, 217; bestätigt von BVerfG v. 8. 10. 2009 – 2 BvR 547/08, StV 2010, 337 (338) mAnm. *Safferling* StV 2010, 339.

<sup>187</sup> Im Fall Van Mechelen et al. v. Niederlande, Urt. v. 23. 4. 1997 – No. 21363/93, StV 1997, 617 ff. hatten die Polizeibeamten wg. zu befürchtender Repressalien anonym ausgesagt, wobei sie in einem Raum befragt wurden, zu dem Angeklagter, Verteidiger und Staatsanwalt nur eine akustische Verbindung besaßen. Der EGMR bejahte eine Konventionsverletzung, da die Polizeibeamten nicht in gleichem Maße wie andere Zeugen schutzwürdig seien, gehöre es doch zu ihren Aufgaben, vor Gericht auszusagen. Überdies sei es nicht „strictly necessary“ gewesen, auch die Verteidiger von der Vernehmung auszuschließen (para. 56 ff.).

<sup>188</sup> Hierzu: BGH v. 3. 12. 2004 – 2 StR 156/04, NStZ 2005, 224 (225); BGH v. 29. 11. 2006 – 1 StR 493/06, NStZ 2007, 166 (167): Auf die Frage der Unerreichbarkeit der Zeugin im Hauptverfahren komme es nicht mehr an, wenn Fehler im Ermittlungsverfahren vorliegen; mAnm *Eisele* JR 2007, 303; eingehend *Gaede* StV 2006, 599 (602 ff.); *Safferling* NStZ 2006, 75 (77 ff.); *Esser* S. 648 ff., 657 ff.

<sup>189</sup> Eingehend zu dieser dreistufigen Prüfung: KK-StPO/Schädlner Rn. 53 ff.; auch HK-GS/Jäger Vorb. zu §§ 133 ff. Rn. 47; jüngst BGH v. 17. 3. 2010 – 2 StR 397/09, StV 2010, 342 (343) mAnm. *Zöller* ZJS 2010, 441.

<sup>190</sup> Zur Problematik, dass ein Mitangeklagter auf Befragung des Gerichts belastende Angaben macht und sich in der anschließenden kritischen Befragung der Verteidigung auf sein Schweigerecht beruft vgl. *Sommer* NJW 2005, 1240 ff. Hierzu entschied BGH v. 9. 6. 2009 – 4 StR 461/08, StV 2010, 57 (57 f.), dass es bei der Prüfung, ob wegen der Verletzung des Konfrontationsrechts insgesamt ein faires Verfahren vorliegt, entscheidend darauf ankomme, ob der Umstand, dass der Angeklagte keine Gelegenheit zur konfrontativen Befragung hatte, der Justiz zuzurechnen ist. Sofern ein Mitangeklagter von seinem Recht auf Selbstbelastungsfreiheit Gebrauch macht, habe eine Kompensation iRd. Beweiswürdigung zu erfolgen; krit. m. eingehender Bespr.: *Dehne-Niemann* HRRS 2010, 189 ff. Bemerkenswert ist insoweit auch BGH v. 17. 3. 2010 – 2 StR 397/09, StV 2010, 342 (344) m. zust. Anm. *Zöller* ZJS 2010, 441, wonach ein Verstoß gegen lit. d durch die Justizorgane eines anderen Vertragsstaates, konkret die Nichtgestattung der Anwesenheit der deutschen Verteidiger bei der kommissarischen Zeugenvernehmung durch türkische Behörden, der deutschen Justiz nicht zugerechnet werden könne, da die EMRK kein einheitliches Verfahrensrecht der Vertragsstaaten schaffe.

<sup>191</sup> EGMR *Lucà* v. Italien, Urt. v. 27. 2. 2001 – No. 33354/96, RJD 2001-II, para. 40; P.S. v. Deutschland, Urt. v. 20. 12. 2001 – No. 33900/96, StV 2002, 289 (290), para. 24. *In casu* beruhte die Verurteilung wegen sexuellen Kindesmissbrauchs auf den Aussagen der Mutter und einer Kriminalbeamtin, die das 8-jährige Kind am Tag nach dem angezeigten Vorfall vernommen hatte. Vgl. auch jüngst *Al-Khawaja* u. Tahery v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 20. 1. 2009 – No. 26766/05 (unveröff.), para. 42, 47; hierzu: *Jung* GA 2009, 235 (239 f.).

Bei einem **Sachverständigen** hat der Beschuldigte das Recht zur Stellungnahme, wenn das Gutachten ein wesentliches Beweismittel zu seinen Lasten darstellt.<sup>192</sup>

51 Das Gericht kann die **Ladung eines Entlastungszeugen** ablehnen, wenn es die zu erwartende Aussage für unerheblich hält.<sup>193</sup> Der Beschuldigte hat somit kein unbeschränktes Benennungsrecht, sondern muss darlegen, dass die Aussage des Zeugen für die Wahrheitsermittlung erforderlich ist („*necessary to establish the facts*“).<sup>194</sup>

52 e) **Das Recht auf einen Dolmetscher** (lit. e) garantiert dem Beschuldigten – unabhängig von seiner finanziellen Situation – einen Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers, auch wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung (§ 140 Abs. 2 StPO) vorliegt.<sup>195</sup> Der Anspruch ist nicht auf das gerichtliche Verfahren beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf das *Vorverfahren* und auf die vorbereitenden Gespräche mit dem (Wahl- oder Pflicht-)verteidiger.<sup>196</sup> Das Recht gilt für alle **Erklärungen und Dokumente**, von denen der Beschuldigte Kenntnis haben muss, um sich effektiv verteidigen zu können.<sup>197</sup> Es ist jedoch nicht erforderlich, dass Urkunden schriftlich übersetzt werden, es genügt die **mündliche Übersetzung** iRd. Hauptverhandlung.<sup>198</sup> Sofern der Beschuldigte eine schriftliche Übersetzung der Anklage erhalten hat, ist eine zusätzliche mündliche Übersetzung nicht notwendig.<sup>199</sup> Die Kostenbefreiung ist endgültig.<sup>200</sup> Wenn der Beschuldigte die Gerichtssprache zwar beherrscht, aber aus politischen Gründen nicht gebraucht, besteht kein Anspruch auf einen kostenlosen Dolmetscher.<sup>201</sup>

53 7. **Feststellung und Folgen einer Verletzung von Art. 6.** Nicht jede Verletzung eines der von Art. 6 geschützten Rechte führt automatisch zu einer Verurteilung wegen Verstoßes gegen den Fairnessgrundsatz. Vielmehr nimmt der EGMR eine **Gesamtbetrachtung** unter Berücksichtigung aller Umstände des Verfahrens einschließlich des Ermittlungsverfahrens und der Rechtsmittelinstanzen vor.<sup>202</sup> Dabei wird auch berücksichtigt, auf welche Art und Weise Beweise erlangt wurden und ob bereits Wiedergutmachung durch innerstaatliche Maßnahmen geleistet wurde. Indes kann eine **besonders schwere Verletzung**, etwa bei einer staatlich erfolgten Tatprovokation „von Anfang an“ („*right from the outset*“)<sup>203</sup> oder der Erlangung eines Geständnisses durch Folter (Art. 3), schon an sich und ohne Weiteres das betreffende Verfahren *insgesamt unfair machen*.<sup>204</sup> Andererseits zieht die Verwertung von Beweisen, die unter Verletzung des Art. 8 erlangt wurden, nicht zwangsläufig einen Verstoß gegen Art. 6 nach sich.<sup>205</sup> Eine **Heilung** von Fehlern im Ermitt-

<sup>192</sup> EGMR Bönisch v. Österreich, Urt. v. 6. 5. 1985 – No. 8658/79, Serie A 92, para. 32.

<sup>193</sup> EGMR Bricmont v. Belgien, Urt. v. 7. 7. 1989 – No. 10857/84, Serie A 158, para. 89; *Meyer-Ladewig* Rn. 94.

<sup>194</sup> EGMR Perna v. Italien, Urt. v. 6. 5. 2003 – No. 48898/99, RJD 2003-V, para. 26.

<sup>195</sup> BGH v. 26. 10. 2000 – 3 StR 6/00, BGHSt 46, 178 (183) = NJW 2001, 309 (310) mAnm *Tag* JR 2002, 124; *Meyer-Ladewig* Rn. 95.

<sup>196</sup> BGH v. 26. 10. 2000 – 3 StR 6/00, aaO; *Ambos* ZStW 115 (2003), 583 (611) mwN in Fn. 211.

<sup>197</sup> EGMR Luedicke, Belkacem u. Koç v. Deutschland, Urt. v. 28. 11. 1978 – No. 6210/73, EuGRZ 1979, 34 (40), para. 48; „translation or interpretation of all those documents or statements in the proceedings instituted against him which it is necessary for him to understand in order to have the benefit of a fair trial“.

<sup>198</sup> EGMR Kamasinski v. Österreich, Urt. v. 19. 12. 1989 – No. 9783/82, ÖJZ 1990, 412 (413), para. 74.

<sup>199</sup> BVerfG v. 2. 10. 2003 – 2 BvR 149/03, NJW 2004, 1443 (1443).

<sup>200</sup> *Meyer-Ladewig* Rn. 96; vgl. auch EGMR Luedicke, Belkacem u. Koç v. Deutschland, Urt. v. 28. 11. 1978 – No. 6210/73, EuGRZ 1979, 34 (39 f.), para. 42 ff., worin der Gerichtshof feststellt, dass die Dolmetscherkosten auch bei einer Verurteilung nicht zurückverlangt werden dürfen.

<sup>201</sup> *Grabenerwartung* § 24 Rn. 118.

<sup>202</sup> StRspr.: EGMR *Imbrosica* v. Schweiz, Urt. v. 24. 11. 1993 – No. 13972/88, ÖJZ 1994, 517 (518), para. 38; *Pélessier* u. *Sassi* v. Frankreich, Urt. v. 25. 3. 1999 – No. 25444/94, NJW 1999, 3545 (3545 f.), para. 46; näher *Ambos* ZStW 115 (2003), 583 (611 ff.); *Schroeder* GA 2003, 293 ff.; *Schuska* S. 45 ff.; *HK-GS/Jäger* Vorb. zu §§ 133 ff. Rn. 45; krit. *Gleß* NJW 2001, 3606 (3607); *Kühne/Nash* JZ 2000, 996 (997 f.); *Rzepka* S. 102 ff.; *Vogel/Matt* StV 2007, 206 (211); *Walther* GA 2003, 204 (218); zur Differenzierung zwischen Gesamtrechtsverstoß und Teilrechtsverletzung am Bsp. der Selbstbelastungsfreiheit: *Hauck* NStZ 2010, 17 (20 ff.), zugleich Anm. zu BGH v. 29. 4. 2009 – 1 StR 701/08, NStZ 2009, 519; zur fallgruppenbezogenen Ableitung von Beweisverwertungsverboten aus Teilrechten des Art. 6: *Gaede* JR 2009, 493 (495 f.).

<sup>203</sup> St. Rspr. seit *Teixeira de Castro* v. Portugal, Urt. v. 9. 6. 1998 – No. 25829/94, NStZ 1999, 47, para. 35 f., 39; vgl. auch *Ramanuskas* v. Litauen, Urteil vom 5. 2. 2008 – Nr. 74420/01 (Große Kammer), HRRS 2008, Nr. 200, para. 54, 60; *Vanyan* v. Russland, Urteil v. 15. 12. 2005 – 53203/99, para. 46 f.

<sup>204</sup> EGMR *Gägen* v. Deutschland, Urt. v. 30. 6. 2008 – No. 22978/05, NStZ 2008, 699 (700 f.), para. 97 ff. Im konkreten Fall bejahte der EGMR jedoch „nur“ eine unmenschliche Behandlung (para. 70) und verneinte, auch im Hinblick auf die innerstaatlich erfolgte Wiedergutmachung in Form der Strafverfolgung des Polizeibeamten, eine Verletzung von Art. 6 (para. 102 ff.); eingehend zum Urteil *Gägen* v. Deutschland: *Esser* NStZ 2008, 657. Die Große Kammer bestätigte m. Urt. v. 1. 6. 2010 diese Bewertung, entschied jedoch entgegen der Vorinstanz, dass der Bf. weiterhin beanspruchen könne, Opfer eines Verstoßes gegen Art. 3 zu sein.

<sup>205</sup> EGMR (GK) *Bykov* v. Russland, Urt. v. 10. 3. 2009 – No. 4378/02, NJW 2010, 213 (215), para. 91. Im konkreten Fall hätten die heimlich gefertigten Gesprächsaufnahmen nur eine begrenzte Rolle im Rahmen der Beweiswürdigung gespielt (para. 103). Krit. *Jung* GA 2009, 651 (655), der Art. 6 als verletzt ansieht, wenn das Verhalten der Strafverfolgungsbehörden (die *in casu* dem Beschuldigten u. a. eine Falle gestellt haben) die Integrität der Strafrechtspflege erschüttert; krit. auch *Gaede* JR 2009, 493 (500) mit der Erwägung, dass aus Gründen der Waffengleichheit der Anklage nicht das zugebilligt werden dürfe, was der Verteidigung von vornherein untersagt ist, nämlich menschenrechtswidrig Beweise zu erlangen. Er plädiert deshalb und aus Gründen der Justizförmigkeit des Verfahrens für ein prinzipielles Verwertungsverbot aus Art. 6 (ebd. u. 502).

lungsverfahren bzw. im erstinstanzlichen Verfahren ist uU im Hauptverfahren bzw. in der Rechtsmittelinstanz möglich. So kann bspw. die Befragung eines Zeugen (Art. 6 Abs. 3 lit. d) nachgeholt werden; indes kommt eine Heilung bei einem *Eingriff in den Kernbereich des Rechts auf angemessene Verteidigung*, etwa durch völlige Versagung des rechtlichen Beistands während der polizeilichen Inhaftierung, nicht in Betracht.<sup>206</sup>

In Bezug auf die **Verwertung konventionswidrig**, insb. unter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d, **erlangter Beweise** ist der Gerichtshof besonders „flexibel“. Einerseits gewährt er dem nationalen Gesetzgeber beim Beweisrecht ohnehin einen weiten *Beurteilungsspielraum* und will selbst nur eine Missbrauchskontrolle ausüben.<sup>207</sup> Andererseits sind solche Beweise zwar nur mit sehr großer Vorsicht („*extreme care*“), aber eben doch zu verwerten.<sup>208</sup> Eine Verletzung von Art. 6 kommt – im Wege der **Gesamtbetrachtung** des Verfahrens – nur in Betracht, wenn die Verurteilung *ausschließlich oder zu einem entscheidenden Teil* auf der konventionswidrig gewonnenen Zeugenaussage beruht und nicht auf weitere, rechtmäßig erlangte Beweismittel gestützt werden kann.<sup>209</sup> Eine Verletzung von Art. 6 aufgrund unzulässiger Beweiserhebung kann insofern durch eine möglichst breite beweisrechtliche Absicherung der Verurteilung verhindert werden.<sup>210</sup> Der Gesamtbetrachtung entspricht insofern die vom BGH praktizierte **Beweiswürdigungslösung**, mit der, etwa bei einer Verletzung des in Art. 6 Abs. 3 lit. d garantierten Fragerechts im Ermittlungsverfahren, eine *Minderung des Beweiswerts* des so gewonnenen Vernehmungsergebnisses an die Stelle eines Verwertungsverbots gesetzt wird;<sup>211</sup> die überwiegende Literatur plädiert hingegen in diesen Fällen für ein Verwertungsverbot.<sup>212</sup>

Der BGH wendet auch generell bei der Beurteilung der Folgen eines Verstoßes gegen Art. 6 die Gesamtbetrachtungslehre des EGMR an.<sup>213</sup> Dies ist in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen,<sup>214</sup> insb. im Hinblick auf die dadurch hervorgerufenen Friktionen mit dem Revisionsrecht, das nicht für eine Gesamtbetrachtung streitet, sondern sich gerade an der Einzelverletzung ausrichtet. Im Ergebnis führt die Gesamtbetrachtungslehre zu einer **Abwertung der Verfahrensformlichkeit**, dh. der prozeduralen Gerechtigkeit iSv. *process rights* zu Gunsten einer ergebnisorientierten Sichtweise iSv. *outcome-oriented rights*.<sup>215</sup>

## Art. 8 Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

### I. Bedeutung für das deutsche Strafverfahrensrecht

Art. 8 begrenzt Art und Umfang insb. strafprozessualer Zwangsmaßnahmen im Hinblick auf das Privat- und Familienleben, die Wohnung und die Korrespondenz und gewährt insofern einen

<sup>206</sup> Vgl. EGMR Öcalan v. Türkei, Urt. v. 12. 3. 2003 – No. 46221/99, EuGRZ 2003, 472 (478), para. 140 ff., bestätigt durch die Grand Chamber, Urt. v. 12. 5. 2005 – No. 46221/99, EuGRZ 2005, 463 (464), para. 131; weitere Bsp. bei *Ambos ZStW* 115 (2003), 583 (611 f.); *Meyer-Ladewig Rn. 37 mwN*.

<sup>207</sup> EGMR S. N. v. Schweden, Urt. v. 2. 7. 2002 – No. 34209/96, RJD 2002-V, para. 44. – Es ist allerdings zu beachten, dass die auf nationaler Ebene erfolgte Beweisverwertung vom EGMR einer Überprüfung hinsichtlich etwaiger Konventionsverstöße unterzogen wird (*Warning S. 50; HK-GS/Jäger Vorb. zu §§ 133 ff., Rn. 44*).

<sup>208</sup> EGMR *Doorson v. Niederlande*, Urt. v. 26. 3. 1996 – No. 20524/92, ÖJZ 1996, 715 (717), para. 76; S. N. v. Schweden, aaO, para. 53.

<sup>209</sup> EGMR *Doorson v. Niederlande*, aaO, para. 76 („a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements“); vgl. auch *Haas v. Deutschland*, Entsch. v. 17. 11. 2005 – No. 73047/01, NStZ 2007, 103 (105 f.) mAnm *Esser*.

<sup>210</sup> Eingehend *Ambos ZStW* 115 (2003), 583 (612 ff.) mwN.

<sup>211</sup> BGH v. 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93 (103 ff.) = NJW 2000, 3505 (3509 f.); fortgeführt durch BGH v. 29. 11. 2006 – 1 StR 493/06, NStZ 2007, 166 (167) bestätigt von BVerfG v. 8. 10. 2009 – 2 BvR 547/08, StV 2010, 337 (338) mAnm. *Safferling*; zust. *Schwaben* NStZ 2002, 288 (292 f.); *Detter* NStZ 2003, 1 (6, 9); zu den Konsequenzen für die Ermittlungsbehörden *Franke* GA 2002, 573 (577 f.). Jüngst für eine Gesamtbetrachtung bei gleichzeitiger Kompensation durch Beweiswürdigung BGH v. 9. 6. 2009 – 4 StR 461/08, NStZ 2009, 581; auch *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, 2010, 102 ff.

<sup>212</sup> *Ambos* NStZ 2003, 14 (17); *Fezer* JZ 2001, 363 f.; *Gleß* NJW 2001, 3606 f.; *Kunert* NStZ 2001, 217 f.; *Schlottbauer* StV 2001, 127 (130 f.); krit. auch *Walther* GA 2003, 204 (218 f.).

<sup>213</sup> BGH v. 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93 (100 ff.) = NJW 2000, 3505 (3508 ff.) mAnm *Fezer* JZ 2001, 363; *Kunert* NStZ 2001, 217; bestätigt von BVerfG v. 8. 10. 2009 – 2 BvR 547/08, aaO, mAnm. *Safferling*.

<sup>214</sup> Eingehend *Schuska* S. 53 ff. mwN.

<sup>215</sup> *Ambos ZStW* 115 (2003), 583 (631).

**umfassenden Schutz der Privatsphäre.** Staatliche Eingriffe in diese Bereiche liegen insb. bei Durchsuchungen von Wohnungen, Beschlagnahme von Gegenständen sowie bei der Überwachung der Kommunikation, insb. auch des Briefverkehrs eines Untersuchungshäftlings vor.<sup>1</sup>

## II. Schutzbereich des Abs. 1

- 2 **1. Persönlich.** Geschützt sind zunächst alle **natürlichen Personen**. Die Beschwerden von Kindern werden idR von den gesetzlichen Vertretern erhoben.<sup>2</sup> **Minderjährige** können sich jedoch auch selbst beschwerdeführend an den EGMR wenden, was – nicht nur, aber insbes. – iRd. Art. 8 für familienrechtliche Streitigkeiten von Bedeutung ist; anderenfalls bestünde die Gefahr, dass bestimmte Belange des Kindes dem Gerichtshof nicht zur Kenntnis gebracht werden.<sup>3</sup> Aus diesem Grund ist es auch möglich, dass eine Person, die nach innerstaatlichem Recht nicht zur Vertretung einer anderen Person befugt ist, vor dem Gerichtshof in deren Namen auftreten darf. Dies ist insb. der Fall, wenn ein leiblicher Elternteil, dem das **Sorgerecht** entzogen wurde (und der damit keine Vertretungsbefugnis mehr besitzt), mit einem staatlich bestellten Vormund über die Interessen des Kindes streitet.<sup>4</sup> Den Schutz der Privatsphäre genießen auch **juristische Personen**. Dies ist insb. bei der Durchsuchung von Geschäftsräumen oder der Überwachung des Briefverkehrs von Bedeutung.<sup>5</sup>
- 3 **2. Sachlich.** Der sachliche Schutzbereich erstreckt sich auf *vier Teilgarantien*, nämlich auf die Achtung des Privat- und des Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz (näher Rn. 4 ff). Alle Teilgarantien sind auf den Schutz der Privatsphäre ausgerichtet. Art. 8 schützt demnach in seiner Gesamtheit das Recht des Einzelnen, ohne (unerwünschte) staatliche Einwirkungen seine Identität und Persönlichkeit zu entwickeln sowie (private und berufliche) Beziehungen zu anderen Menschen aufzunehmen.<sup>6</sup> Die einzelnen Garantien sind mitunter schwer voneinander abzugrenzen, jedoch ist eine strikte Trennung in der Praxis entbehrlich, weil sich der Bf. auf eine Verletzung des Art. 8 insgesamt berufen kann, ohne sich auf einen konkreten Teilbereich festlegen zu müssen.<sup>7</sup>
- 4 **a) Privatleben** ist ein weiter Begriff, der einer **erschöpfenden Definition nicht zugänglich** ist.<sup>8</sup> Ausgangspunkt ist die *Autonomie* einer Person und das Recht auf *Selbstbestimmung*. Geschützt sind das Recht auf persönliche Entwicklung und der Aufbau zwischenmenschlicher Beziehungen ebenso wie die körperliche, geistige und soziale Identität und Integrität einer Person.<sup>9</sup> Darunter fallen alle Aspekte, die der individuellen Kennzeichnung eines Menschen dienen, etwa der Name und das eigene Bild,<sup>10</sup> die geschlechtliche Identität, sexuelle Orientierung und das Sexualleben,<sup>11</sup> die psychische Gesundheit,<sup>12</sup> die persönliche Ehre und der gute Ruf<sup>13</sup> sowie berufliche und gesellschaftliche Tätigkeiten.<sup>14</sup>
- 5 **Als Ausprägung des Rechtes auf körperliche Unversehrtheit** garantiert Abs. 1 ein Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper.<sup>15</sup> Selbst leichte Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit – auch dann, wenn sie nach den Regeln ärztlicher Kunst erfolgen – stellen einen

<sup>1</sup> Zum Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht und zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR vgl. Rn. 3 ff. zu Art. 6.

<sup>2</sup> IntKommEMRK/Wildhaber/Breitenmoser Rn. 40.

<sup>3</sup> EGMR Petersen v. Deutschland, Entsch. v. 6. 12. 2001 – No. 31178/96, NJW 2003, 1921 (1921).

<sup>4</sup> EGMR Petersen v. Deutschland, aaO.

<sup>5</sup> Grabenwarter § 22 Rn. 4.

<sup>6</sup> Vgl. nur EGMR Niemietz v. Deutschland, Urt. v. 16. 12. 1992 – No. 13710/88, NJW 1993, 718 (718), para. 29; Odièvre v. Frankreich, Urt. v. 13. 2. 2003 – No. 42326/98, NJW 2003, 2145 (2146), para. 29.

<sup>7</sup> Grabenwarter § 22 Rn. 5.

<sup>8</sup> So ausdrückliche EGMR P.G. u. J.H. v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 25. 9. 2001 – No. 44787/98, ÖJZ, 2002, 911 (913), para. 56 („Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition“).

<sup>9</sup> EGMR Pretty v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 29. 4. 2002 – No. 2346/02, NJW 2002, 2851 (2853), para. 61; zu Art. 8 als Ausprägung der Menschenwürde: Meyer-Ladewig NJW 2004, 981 (982 f.).

<sup>10</sup> EGMR Caroline v. Hannover v. Deutschland, Urt. v. 24. 6. 2004 – No. 59320/00, NJW 2004, 2647 (2648), para. 50.

<sup>11</sup> EGMR van Kück v. Deutschland, Urt. v. 12. 6. 2003 – No. 35968/97, NJW 2004, 2505 (2507), para. 69; im konkreten Fall wurde eine Verletzung des Art. 8 bejaht, weil der transsexuellen Bf. die Beweislast für die Notwendigkeit ihrer medizinischen Behandlung auferlegt worden war (para. 82).

<sup>12</sup> EGMR Bensaid v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 6. 2. 2001 – No. 44599/98, NVwZ 2002, 453 (455), para. 47, worin der EGMR feststellt, dass die „Unruhe, verursacht durch die Abschiebung“ einen Eingriff in das Privatleben darstellen kann, der jedoch im konkreten Fall gerechtfertigt gewesen sei (para. 48).

<sup>13</sup> EGMR A. v. Norwegen, Urt. v. 9. 4. 2009 – No. 28070/06 (unveröff.), para. 63. Der Gerichtshof bejahte eine Verletzung des Art. 8, weil eine Zeitung ausführlich über einen Mann berichtet hatte, der zwar im Zusammenhang mit einem Doppelmord befragt, aber diesbzgl. nicht angeklagt worden war.

<sup>14</sup> EGMR Niemietz v. Deutschland, Urt. v. 16. 12. 1992 – No. 13710/88, NJW 1993, 718 (718), para. 29.

<sup>15</sup> Zur Abgrenzung zum Verbot der unmenschlichen und erniedrigenden Behandlung gem. Art. 3: Grabenwarter § 22 Rn. 7, § 20 Rn. 23 ff.

Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht über den Körper dar, wenn sie gegen den Willen des Betroffenen geschehen.<sup>16</sup> Daher sind gerichtliche Anordnungen zu physischen oder psychischen Untersuchungen ebenso wie zwangsweise Blutentnahmen Eingriffe in Art. 8, die nur unter den Voraussetzungen des Abs. 2 gerechtfertigt sein können.

Das körperliche Selbstbestimmungsrecht hat **höchstpersönlichen** Charakter. Die Sanktionierung eines Schwangerschaftsabbruchs stellt deshalb keinen Eingriff in Art. 8 dar, weil die Schwangerschaft nicht allein zum Privatleben der Frau gehört.<sup>17</sup> Auch die (isolierte) Regelung einer Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Selbstmord<sup>18</sup> verstößt nicht gegen Art. 8, da dieser kein eigenständiges Recht auf Teilnahme an einem Suizid gewährt.<sup>19</sup>

Das Recht auf Achtung des Privatlebens umfasst auch den **Schutz persönlicher Daten**. Hierzu zählen nicht nur soziale und medizinische Daten, sondern auch Informationen über politische oder private Aktivitäten.<sup>20</sup> Das Recht ist betroffen, wenn Daten systematisch gesammelt, gespeichert und von staatlicher Stelle überwacht werden.<sup>21</sup>

Art. 8 kann ein Recht auf **Schutz vor Immissionen** begründen, wenn diese so erheblich sind, dass sie die Lebensqualität einer Person, bspw. die Nutzung ihrer Wohnung, beeinträchtigen.<sup>22</sup> Das Konventionsrecht ist nicht nur dann betroffen, wenn die Umweltverschmutzung von staatlichen Stellen verursacht wird, sondern auch, wenn der Staat es unterlassen hat, angemessene Vorschriften für Privatunternehmen zu erlassen. In beiden Fällen muss ein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen des Einzelnen und der Gemeinschaft hergestellt werden.<sup>23</sup>

**b) Familienleben.** Der Begriff der Familie iSv. Art. 8 ist weit zu verstehen. Erfasst sind zunächst durch Ehe begründete Beziehungen, dh. **verheiratete Paare** – mit oder ohne minderjährige Kinder – unabhängig davon, ob sie als typische Familie schon oder noch zusammenleben.<sup>24</sup> Geschützt sind darüber hinaus auch andere, **faktische Familienbeziehungen**. Hierfür ist grds. erforderlich, dass die Beteiligten außerhalb einer Ehe zusammenleben. In Ausnahmefällen erkennt der EGMR auch andere Anhaltspunkte an, die die Gewähr für eine hinreichende Beständigkeit und Dauerhaftigkeit der Verbindung bieten, wie die Art und Länge der Beziehung und das Vorhandensein gemeinsamer Kinder.<sup>25</sup> Ein aus einer solchen faktischen Familienbeziehung hervorgegangenes Kind ist *ipso iure* von seiner Geburt an und schon allein durch seine Geburt Teil dieser Familienbeziehung, die auch fort dauert, wenn die Beziehung zwischen den Eltern zerbrochen ist.<sup>26</sup>

Nicht in den Schutzbereich der Familie fallen **gleichgeschlechtliche Partnerschaften**, auch dann nicht, wenn eine Eheschließung nach nationalem Recht zulässig ist.<sup>27</sup> Familienbeziehungen zwischen **erwachsenen Verwandten**, bspw. zwischen Geschwistern oder Großeltern und Enkeln<sup>28</sup> genießen nur dann den Schutz der familiären Beziehung iSv. Art. 8, wenn zusätzliche Elemente einer Abhängigkeit vorliegen, die über die üblichen gefühlsmäßigen Bindungen hinausgehen.<sup>29</sup> Gleichgeschlechtliche Partnerschaften oder enge verwandtschaftliche Beziehungen, die nicht vom Begriff der Familie erfasst sind, können gleichwohl durch das Recht auf Achtung des Privatlebens geschützt sein.<sup>30</sup>

Inhaltlich begründet Art. 8 Abs. 1 ein **Recht auf Zusammenleben und persönliche Kontakte** zwischen den Familienmitgliedern. Ein nicht sorgeberechtigter Elternteil hat daher – vorbehaltlich

<sup>16</sup> EGMR *Storck v. Deutschland*, Ur t. v. 16. 6. 2005 – No. 61603/00, NJW-RR 2006, 308 (315 f.), para. 143 f.

<sup>17</sup> EKMR *Brüggemann u. Scheuten v. Deutschland*, Bericht v. 12. 7. 1977 – No. 6959/75, EuGRZ 1978, 199 (200), para. 61.

<sup>18</sup> So bspw. in § 168 ungar. StGB (1978); § 2 I Suicide Act 1961. In *Pretty v. Vereinigtes Königreich*, Ur t. v. 29. 4. 2002 – No. 2346/02, NJW 2002, 2851 (2854 f.), para. 67 ff. hat der EGMR vage formuliert, dass er nicht ausschließen könne, dass die Strafbarkeit der Beihilfe zum Selbstmord einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens darstelle, jedenfalls sei ein solcher nach Art. 8 Abs. 2 gerechtfertigt.

<sup>19</sup> EKMR R. v. Vereinigtes Königreich, Entsch. v. 4. 7. 1983 – No. 10083/82, DR 33, 270 (271 f.), para. 13; darauf ausdrücklich bezugnehmend OVG Münster v. 22. 6. 2007 – 13 A 1504/06, NJW 2007, 3016 (3017).

<sup>20</sup> EGMR *Knauth v. Deutschland*, Entsch. v. 22. 11. 2001 – No. 41111/98, NJW 2003, 3041 (3042) zur Verwendung von Informationen der Gauck-Behörde über die politische und private Vergangenheit einer Kindergärtnerin zur Begründung ihrer Kündigung.

<sup>21</sup> EGMR *Rotaru v. Rumänien*, Ur t. v. 4. 5. 2000 – No. 28341/95, ÖJZ 2001, 74 (75), para. 43 f.

<sup>22</sup> EGMR (GK) *Hatton et al. v. Vereinigtes Königreich*, Ur t. v. 7. 8. 2003 – No. 36022/97, NVwZ 2004, 1465 (1466), para. 96 (Lärmbelästigung durch Londoner Flughafen Heathrow).

<sup>23</sup> EGMR (GK) *Hatton et al. v. Vereinigtes Königreich*, aaO, para. 98; näher Rn. 16.

<sup>24</sup> EGMR *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali v. Vereinigtes Königreich*, Ur t. v. 28. 5. 1985 – No. 9214/80, EuGRZ 1985, 567 (569), para. 62.

<sup>25</sup> EGMR *Kroon et al. v. Niederlande*, Ur t. v. 27. 10. 1994 – No. 18535/91, Serie A297-C, para. 30.

<sup>26</sup> EGMR *Keegan v. Irland*, Ur t. v. 26. 5. 1994 – No. 16969/90, NJW 1995, 2153 (2153), para. 44; *Elsholz v. Deutschland*, Ur t. v. 13. 7. 2000 – No. 25735/94, NJW 2001, 2315 (2316 f.), para. 43.

<sup>27</sup> EGMR *Mata Estevez v. Spanien*, Entsch. v. 10. 5. 2001 – No. 56501/00, RJD 2001-VI.

<sup>28</sup> EGMR *Marckx v. Belgien*, Ur t. v. 13. 6. 1979 – No. 6833/74, NJW 1979, 2449 (2452), para. 45.

<sup>29</sup> EGMR *Yilmaz v. Deutschland*, Ur t. v. 17. 4. 2003 – No. 52853/99, NJW 2004, 2147 (2148), para. 44.

<sup>30</sup> *Meyer-Ladewig* Rn. 19 a mwN.



des Abs. 2 – einen Anspruch auf Umgang und Kontakt mit seinen Kindern.<sup>31</sup> Für **ausländische** Familienmitglieder hat die Garantie auch Auswirkungen auf die Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung und die Wiedereinreise nach erfolgter Abschiebung<sup>32</sup> bzw. auf den Nachzug von Familienangehörigen,<sup>33</sup> wobei es jeweils auf die Umstände des Einzelfalles ankommt.

- 12 **c) Wohnung.** Ausgehend von dem Schutzzweck des Art. 8 dient das Recht auf Achtung der Wohnung („*home*“/„*domicile*“) dazu, die räumlichen Voraussetzungen zum Schutz der Privatsphäre iS. **Rückzuggebietes**<sup>34</sup> zu schaffen. Geschützt sind damit in erster Linie die Räumlichkeiten, die den privaten Lebensmittelpunkt bilden bzw. die des **ständigen Aufenthalts** („*permanent residence*“), auch Wohnwagen.<sup>35</sup> Eine Räumlichkeit fällt sogar dann noch in den Schutzbereich, wenn sich eine Person jahrelang nicht in ihr aufgehalten hat, sofern über den gesamten Zeitraum ein **Rückkehrwille** bestanden hat, wofür bereits das Zurückklassens des Mobiliars ein hinreichender Anhaltspunkt sein kann.<sup>36</sup> Zu Gunsten eines weiten Schutzbereiches sind auch in der Nähe der Wohnung befindliche Räume wie Keller, Dachboden, Garage und Gartenhaus erfasst.<sup>37</sup>
- 13 Im Hinblick auf strafprozessuale Zwangsmaßnahmen ist bedeutsam, dass auch **Geschäftsräume und Betriebsstätten** unter den Schutz der „Wohnung“ fallen. Das sind das Büro am eingetragenen Sitz eines Unternehmens einer natürlichen oder juristischen Person sowie Niederlassungen und sonstige Geschäftsräume.<sup>38</sup> Erfasst ist auch das Arbeitszimmer eines freiberuflich Tätigen, bspw. eine Anwaltskanzlei<sup>39</sup> oder Arztpraxis. **Keine Wohnung** ist die Zelle eines Straf- oder Untersuchungsgefangenen; deren Durchsuchung stellt jedoch einen Eingriff in sein Privatleben dar.<sup>40</sup>
- 14 **d) Korrespondenz.** Ziel dieser Teilgarantie ist es, die **nicht-öffentliche** Kommunikation zwischen Personen zu schützen. Nach einer an diesem Schutzzweck orientierten, weiten Auslegung ist neben der klassischen **schriftlichen** Korrespondenz auch die **fernmündliche und elektronische** Kommunikation erfasst.<sup>41</sup> Dabei ist es unerheblich, ob der Informationsaustausch iRd. Freizeit oder während der Arbeitszeit stattfindet und ob ein privater oder dienstlicher Anschluss verwendet wird.<sup>42</sup> Geschützt wird nicht nur der Inhalt der Korrespondenz, sondern auch die **Gegebenheit**, dh. die Tatsache, dass bestimmte Personen miteinander kommunizieren.<sup>43</sup>
- 15 Besondere Bedeutung erlangt die Garantie im Bereich der Telefonüberwachung und der Postkontrolle von (Untersuchungs-)Häftlingen. Unabhängig von der Durchführung einer konkreten Maßnahme kann bereits die Existenz eines Gesetzes, das Behörden zur **Überwachung der Telekommunikation** ermächtigt, einen Eingriff in die Achtung der Korrespondenz begründen. Dies gilt zumindest für die Personen, auf die die Vorschrift potentiell angewendet werden könnte.<sup>44</sup> Bei der **Postkontrolle** ist zu berücksichtigen, dass nicht nur die Kenntnisnahme des Inhalts, sondern auch das Vorenthalten oder Verzögern der Post einen Eingriff darstellt, der einer Rechtfertigung nach Abs. 2 bedarf.<sup>45</sup>
- 16 **e) Positive Schutz- und Handlungspflichten.** Neben den vier Abwehrrechten des Bürgers ergibt sich aus Art. 8 eine Handlungspflicht des Staates, **angemessene Vorkehrungen** zu treffen, die die Rechte der Bürger sichern und verhindern, dass sie durch (private) Dritte beeinträchtigt werden.<sup>46</sup> Hierzu gehören bspw. der Erlass von Strafgesetzen und die Gewährleistung eines effektiven

<sup>31</sup> EGMR *Ciliz v. Niederlande*, Urt. v. 11. 7. 2000 – No. 29192/95, NVwZ 2001, 547 (548), para. 62; IntKomm-EMRK/Wildhaber/Breitenmoser Rn. 400.

<sup>32</sup> EGMR *Ciliz v. Niederlande*, aaO, para. 66 ff.; zur ausländerrechtlichen Bedeutung des Sorge- und Umgangsrechts auch OVG Koblenz v. 10. 4. 2000 – 10 B 10 369/00, NVwZ-RR 2000, 831 ff.

<sup>33</sup> EGMR *Gül v. Schweiz*, Urt. v. 19. 2. 1996 – No. 23218/94, ÖJZ 1996, 593 (594), para. 38 ff.; *Ahmut v. Niederlande*, Urt. v. 28. 11. 1996 – No. 21 702/93, RJD 1996-VI, para. 69 ff.

<sup>34</sup> *Grabenwarter* § 22 Rn. 22.

<sup>35</sup> EGMR *Buckley v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 25. 9. 1996 – No. 20348/92, ÖJZ 1997, 313 (313 f.), para. 7, 54.

<sup>36</sup> EGMR *Gillow v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 24. 11. 1986 – No. 9063/80, Serie A 109, para. 46.

<sup>37</sup> *Grabenwarter* § 22 Rn. 21.

<sup>38</sup> EGMR *Buck v. Deutschland*, Urt. v. 28. 4. 2005 – No. 41 604/98, NJW 2006, 1495 (1495), para. 31; vertiefend: *Esser S.* 111 ff.

<sup>39</sup> EGMR *Niemietz v. Deutschland*, Urt. v. 16. 12. 1992 – No. 13710/88, NJW 1993, 718 (719), para. 30 ff.

<sup>40</sup> *Grabenwarter* § 22 Rn. 21.

<sup>41</sup> *Gollwitzer* Rn. 37; KK-StPO/Schädlers Rn. 1; eingehend: *Kugelmann* EuGRZ 2003, 16 (21).

<sup>42</sup> EGMR *Copland v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 3. 4. 2007 – No. 62617/00, EuGRZ 2007, 415 (418 f.), para. 41 f.

<sup>43</sup> *Gollwitzer* Rn. 38.

<sup>44</sup> EGMR *Klass et al. v. Deutschland*, Urt. v. 6. 9. 1978 – No. 5029/71, EuGRZ 1979, 278 (284), para. 41, mAnm *Arndt* NJW 1979, 1760; *Malone v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 2. 8. 1984 – No. 8691/79, EuGRZ 1985, 17 (20, 23), para. 64, 86.

<sup>45</sup> EGMR *Silver et al. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 25. 3. 1983 – No. 5947/72, EuGRZ 1984, 147 (149), para. 83 f.

<sup>46</sup> Vgl. nur EGMR *X u. Y v. Niederlande*, Urt. v. 26. 3. 1985 – No. 8978/80, EuGRZ 1985, 297 (298), para. 23 (Schutz Untergebrachter vor sexuellem Missbrauch); *Odièvre v. Frankreich*, Urt. v. 13. 2. 2003 – No. 42326/98, NJW 2003, 2145 (2147), para. 40 (Auskunftsverlangen über leibliche Verwandte nach anonymer Geburt).

Strafverfahrens<sup>47</sup> ebenso wie die Eröffnung des Zivilrechtsweges zur Klärung von Streitigkeiten, die das Privat- und Familienleben betreffen.<sup>48</sup> Der Staat muss in jedem Fall einen gerechten Ausgleich („*fair balance*“) zwischen den widerstreitenden Interessen des Einzelnen und der Gemeinschaft herstellen. Er genießt einen gewissen Ermessensspielraum („*certain margin of appreciation*“) sowohl hinsichtlich der Art und Weise der Erfüllung seiner Schutzpflichten als auch in Bezug auf die Herbeiführung eines Ausgleichs.<sup>49</sup>

### III. Rechtfertigung nach Abs. 2

Die Ausübung der Rechte des Abs. 1 darf eine Behörde („*public authority*“) nur einschränken, 17 wenn der Eingriff **gesetzlich vorgesehen** ist, eines oder mehrere der in Abs. 2 genannten **berechtigten Ziele** verfolgt und **in einer demokratischen Gesellschaft notwendig** ist, um diese Ziele zu erreichen. Demnach ergibt sich eine dreistufige Rechtfertigungsprüfung. Diese Struktur findet sich im Wesentlichen auch in den Art. 9–11, mit Unterschieden in den Formulierungen und dem Spektrum der Eingriffsziele.

**1. Gesetzliche Grundlage.** Hierfür kommen alle abstrakt-generellen Regelungen im Sinne eines materiellen Gesetzesbegriffs in Betracht.<sup>50</sup> Erfasst wird zunächst das **gesamte geschriebene Recht** der Konventionsstaaten (auch Verfügungen und Richtlinien), sofern es für den Bürger **zugänglich, vorhersehbar** und **nicht willkürlich** ist. Erforderlich ist eine hinreichende Bestimmtheit in der Weise, dass der Bürger sein Verhalten danach ausrichten kann.<sup>51</sup> Ein Gesetz, das den nationalen Behörden einen Ermessensspielraum einräumt – etwa im Bereich der Telefonüberwachung oder der Kontrolle des Briefverkehrs – genügt den Anforderungen der Vorhersehbarkeit, wenn sich der Umfang des Ermessens und die Art und Weise seiner Ausübung mit hinreichender Eindeutigkeit aus der Ermächtigungsgrundlage selbst ergeben.<sup>52</sup> Unter den Gesetzesbegriff fallen ferner das **Richterrecht** in den Staaten des (englischen) „*common law*“<sup>53</sup> und die **gesetzeskonkretisierende und -ausfüllende Rspr.** in den Staaten des (kontinentaleuropäischen) „*civil law*“.<sup>54</sup> Voraussetzung ist, dass diese Rspr. konstant, klar und präzise ist.<sup>55</sup> 18

**2. Berechtigtes Ziel.** Die möglichen Eingriffsziele des Art. 8 sind vielfältiger als die der Art. 9 und 11 (Gedanken-/Gewissens-/Religionsfreiheit und Versammlungs-/Vereinigungsfreiheit). Sie werden vom EGMR **autonom ausgelegt**, wobei auch das nationale Begriffsverständnis zu berücksichtigen ist.<sup>56</sup> Abs. 2 enthält teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Rechtsbegriffe. Als Ausnahme zu den von der Konvention geschützten Rechten muss die Bestimmung eng ausgelegt werden.<sup>57</sup> Die Aufzählung der berechtigten Ziele ist, wie sich aus Art. 18 (Begrenzung der Rechtseinschränkungen) ergibt, **abschließend**. Jedoch dürfen die Rechte, die dem Schutz der Privatsphäre dienen, im Notstandsfall derogiert werden (Art. 15).<sup>58</sup> 19

Die Strafverfolgung wird als legitimes Ziel nicht gesondert genannt. Einschränkende Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden werden ebenso wie die der Strafvollzugsbehörden mit dem 20

<sup>47</sup> EGMR *M. C. v. Bulgarien*, UrT. v. 4. 12. 2003 – No. 39272/98, RJD 2003-XII, para. 150 ff.

<sup>48</sup> EGMR *Airey v. Irland*, UrT. v. 9. 10. 1979 – No. 6289/73, EuGRZ 1979, 626 (629), para. 33; wegen des fehlenden Zugangs zum Gericht wurde zugleich ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 bejaht, para. 28.

<sup>49</sup> EGMR *Keegan v. Irland*, UrT. v. 26. 5. 1994 – No. 16969/90, EuGRZ 1995, 113 (119), para. 49; zur Reduzierung des Ermessens bei schweren Straftaten gegen die Privatsphäre, bspw. Vergewaltigung, vgl. *M. C. v. Bulgarien*, aaO, para. 150.

<sup>50</sup> EGMR *Kruslin v. Frankreich*, UrT. v. 24. 4. 1990 – No. 11801/85, ÖJZ 1990, 564 (565 f.), para. 29; vgl. auch *De Wilde, Ooms u. Versyp v. Belgien*, UrT. v. 18. 6. 1971 – No. 2832/66, Serie A 12, para. 39, 93 (königl. Erlass zur Kontrolle der Korrespondenz ausreichend).

<sup>51</sup> EGMR *Silver et al. v. Vereinigtes Königreich*, UrT. v. 25. 3. 1983 – No. 5947/72, EuGRZ 1984, 147 (150 f.), para. 86 ff., 93; *Esser S.* 318 f.; *Meyer-Ladewig* Rn. 38 mwN.

<sup>52</sup> EGMR *Margareta u. Roger Andersson v. Schweden*, UrT. v. 25. 2. 1992 – No. 12963/87, Serie A 226-A, para. 75; *Tolstoy Miloslavsky v. Vereinigtes Königreich*, UrT. v. 13. 7. 1995 – No. 18139/91, Serie A 316-B, para. 37 (Übertragung der im *Andersson*-Urteil für Art. 8 festgestellten Prinzipien auf Art. 10); speziell zur Postkontrolle eines Gefangenen: *Petra v. Rumänien*, UrT. v. 23. 9. 1998 – No. 27273/95, RJD 1998-VII, para. 37; zur Telefonüberwachung: *Valenzuela Contreras v. Spanien*, UrT. v. 30. 7. 1998 – No. 27671/95, ÖJZ 1999, 510 (511), para. 46.

<sup>53</sup> EGMR *Sunday Times v. Vereinigtes Königreich*, UrT. v. 26. 4. 1979 – No. 6538/74, EuGRZ 1979, 386 (387), para. 47.

<sup>54</sup> EGMR *Kruslin v. Frankreich*, UrT. v. 24. 4. 1990 – No. 11801/85, ÖJZ 1990, 564 (565 f.), para. 29. – Die Begrifflichkeit „*common*“ und „*civil law*“ ist i. Ü. nicht unproblematisch, weil jenes eigentlich nur das englische Gewohnheitsrecht erfasst (und damit das heute in den ehem. Kolonien Englands zu findende „*statute law*“ außer Betracht lässt) und das „*civil law*“ dem Missverständnis Vorschub leistet, dass damit lediglich das „Zivilrecht“ iSd. bürgerlichen Rechts gemeint sei (zu den Begrifflichkeiten *Fairchild/Dammer* S. 47 ff.).

<sup>55</sup> EGMR *Association Ekin v. Frankreich*, UrT. v. 17. 7. 2001 – No. 39288/98, RJD 2001-VIII, para. 46.

<sup>56</sup> *Grote/Marauhn/Marauhn/Meljnik* Kap. 16 Rn. 84.

<sup>57</sup> EGMR *Klass et al. v. Deutschland*, UrT. v. 6. 9. 1978 – No. 5029/71, EuGRZ 1979, 278 (284), para. 42, mAnm *Arndt* NJW 1979, 1760.

<sup>58</sup> Nach Art. 15 Abs. 2 sind nur Art. 3, Art. 4 Abs. 1 und Art. 7 absolut und Art. 2 bedingt notstandsfest.

Ziel der **Verhütung von (weiteren) Straftaten** gerechtfertigt.<sup>59</sup> Strafverfolgungsmaßnahmen lassen sich im Übrigen auch mit den Zielen des Schutzes der öffentlichen Sicherheit oder der Aufrechterhaltung der Ordnung begründen. Die Berufung auf die **nationale Sicherheit**, die auch gewichtige Einschränkungen der Konventionsgarantien rechtfertigen kann, erfordert eine ernstzunehmende Bedrohung des Staates und seiner Einrichtungen, etwa durch Spionage oder Terrorismus. Die Bedrohung muss jedoch nicht so weit gehen, dass bereits die Voraussetzungen eines Notstandsfalls iSv. Art. 15 vorliegen, unter denen Art. 8 insgesamt außer Kraft gesetzt werden könnte.<sup>60</sup>

- 21 **Zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer**, etwa des Kindeswohles, der körperlichen Unversehrtheit oder der sexuellen Selbstbestimmung, kann bspw. in das Recht auf Zusammenleben und persönliche Kontakte zwischen Familienmitgliedern eingegriffen<sup>61</sup> oder die Vornahme bestimmter sexueller Handlungen unter Strafe gestellt werden.<sup>62</sup> In der Spruchpraxis des EGMR wurde eine Konventionsverletzung sehr selten bereits wegen des Fehlens eines legitimen Zieles angenommen; entscheidend ist idR die – sogleich zu behandelnde – Frage der **Notwendigkeit** des Eingriffs.<sup>63</sup>
- 22 **3. Notwendig in einer demokratischen Gesellschaft.** Nach stRspr. des EGMR ist ein Eingriff notwendig, wenn er einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis („*pressing social need*“) entspricht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten berechtigten Ziel steht („*proportionate to the legitimate aim pursued*“). Bei der Beurteilung der Notwendigkeit genießen die Vertragsstaaten einen gewissen Beurteilungsspielraum („*certain margin of appreciation*“); der EGMR prüft jedoch, ob die von den nationalen Behörden angegebenen Rechtfertigungsgründe sachbezogen und ausreichend („*relevant and sufficient*“) sind. Die Ausnahmen des Abs. 2 sind eng auszulegen, und ihr Vorliegen muss im Einzelfall überzeugend begründet werden.<sup>64</sup>
- 23 a) Der Beurteilungsspielraum der staatlichen Behörden ist je nach Art, Dauer und Schwere der Beschränkung sowie der Bedeutung des mit ihr verfolgten Zieles unterschiedlich weit. So verlangt ein Eingriff in einen **sehr intimen Bereich des Privatlebens**, wie die Sexualität, besonders triftige Gründe.<sup>65</sup> Je schwächer bzw. diffuser der geltend gemachte Eingriffsgrund ist, bspw. Schutz der Moral oder Aufrechterhaltung der Ordnung, desto eher wird die Abwägungsentscheidung gegen die Zulässigkeit des Eingriffs ausfallen müssen.<sup>66</sup> Bei der Erhebung, Verwertung und Weitergabe **personenbezogener Daten** sind idR. Verhältnismäßigkeitsprüfung insb. die Art der Daten,<sup>67</sup> der Umfang der Weitergabe, die Vertraulichkeit der Behandlung durch die Empfangsbehörde und eine ggf. erfolgte Benachrichtigung der geschützten Person zu berücksichtigen.<sup>68</sup> Schwierige Fragen wirft auch die Abwägung zwischen der **Pressefreiheit** und dem Schutz des Privatlebens auf (näher Art. 10 Rn. 13).
- 24 b) Bei behördlichen Eingriffen in das **Familienleben**, insb. in die Eltern-Kind-Beziehung, hat stets das Kindeswohl eine entscheidende Bedeutung. Es ist nicht die Aufgabe des EGMR, sich an die Stelle der staatlichen Behörden zu setzen, haben diese doch idR. eine direkte Verbindung zu allen Beteiligten. Auch ist zu beachten, dass die offiziellen (politischen) Auffassungen über die Rolle der Familie in den Konventionsstaaten zT erheblich divergieren.<sup>69</sup> Die **Anordnung der Unterbringung** von Kindern in einer Pflegefamilie kann aufgrund der psychischen Erkrankung der Mutter gerechtfertigt sein, jedoch ist die Unterbringung idR vorübergehend anzuordnen und die Behörden sind verpflichtet, in regelmäßigen Abständen Maßnahmen zur Familienzusammenführung zu prüfen.<sup>70</sup> Grds. haben Behörden bei Entscheidungen über das **Sorgerecht** einen weiten Beurteilungsspielraum. Dagegen ist bei Beschränkungen des **Umgangsrechts** eine genaue Überprüfung durch den Gerichtshof erforderlich, denn derartige weitgehende Einschränkungen bergen

<sup>59</sup> IntKommEMRK/Wildhaber/Breitenmoser Rn. 621, 626; Grote/Marauhn/Marauhn/Meljnik Kap. 16 Rn. 88.

<sup>60</sup> IntKommEMRK/Wildhaber/Breitenmoser Rn. 598.

<sup>61</sup> EGMR Olsson v. Schweden (No. 1), Urt. v. 24. 3. 1988 – No. 10465/83, EuGRZ 1988, 591 (598), para. 64 f.

<sup>62</sup> EGMR Dudgeon v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 22. 10. 1981 – No. 7525/76, EuGRZ 1983, 488 (490 ff.), para. 47, 49, 62.

<sup>63</sup> Eingehend: *Kempees* S. 659 (660).

<sup>64</sup> Vgl. nur EGMR Buck v. Deutschland, Urt. v. 28. 4. 2005 – No. 41604/98, NJW 2006, 1495 (1497), para. 44 f.

<sup>65</sup> EGMR Smith u. Grady v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 27. 9. 1999 – No. 33985/96, NJW 2000, 2089 (2092), para. 88 f. (Entlassung aus der Royal Air Force wegen Homosexualität).

<sup>66</sup> *Ambos* § 10 Rn. 51.

<sup>67</sup> Im Fall Z. v. Finnland, Urt. v. 25. 2. 1997 – No. 22009/93, RJD 1997-I, para. 95 f., betonte der EGMR die besondere Schutzwürdigkeit („*fundamental importance*“) medizinischer Daten, speziell die Information über eine HIV-Infektion.

<sup>68</sup> EGMR Anne-Marie Andersson v. Schweden, Urt. v. 27. 8. 1997 – No. 20022/92, RJD 1997-IV, para. 41; eingehend: *Esser* S. 193 ff.

<sup>69</sup> EGMR (GK) K. u. T. v. Finnland, Urt. v. 12. 7. 2001 – No. 25702/94, NJW 2003, 809 (811), para. 154.

<sup>70</sup> EGMR (GK) K. u. T. v. Finnland, aaO, para. 178 f.

die Gefahr in sich, dass die Familienbeziehung zwischen den Eltern und dem Kind endgültig abgeschnitten wird.<sup>71</sup>

c) **Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen** können gerechtfertigt sein, um Beweise für bestimmte Straftaten zu beschaffen. Die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen bewertet der EGMR nach den Umständen des Einzelfalles, wobei als **Kriterien** vor allem die Schwere der in Rede stehenden Straftat(en), die Umstände der Anordnung, insb. das zur fraglichen Zeit vorliegende weitere Beweismaterial, sowie ihr Umfang, insb. die Art der durchsuchten Räume, herangezogen werden.<sup>72</sup> Der EGMR berücksichtigt ferner, ob das nationale Recht angemessenen und wirksamen **Schutz vor Missbrauch** gewährt, insb. ob die Rechtmäßigkeit einer Durchsuchung auch dann noch angefochten werden kann, wenn die Anordnung bereits vollzogen ist.<sup>73</sup>

d) Der Gerichtshof erkennt an, dass eine gewisse **Kontrolle des Briefverkehrs von Gefangenen** erforderlich ist und diese nicht von vornherein gegen die Konvention verstößt.<sup>74</sup> Das Zurückhalten von Briefen ist etwa gerechtfertigt, wenn der Inhaftierte in ihnen mit Gewalt droht oder hierzu aufruft.<sup>75</sup> Die Korrespondenz zwischen einem Häftling und seinem **Verteidiger** genießt jedoch, unabhängig von ihrem Inhalt, einen **privilegierten Schutz**.<sup>76</sup> Die Post eines Gefangenen an und von seinem Verteidiger darf grds. nicht gelesen, sondern nur auf ihre Einlagen hin überprüft werden und dies auch nur dann, wenn aufgrund der Umstände ein begründeter Verdacht („*reasonable cause*“) besteht, dass die Post eine unerlaubte Einlage enthält. Nur wenn darüber hinaus die begründete Annahme besteht, dass der Inhalt des Schreibens die Sicherheit der Vollzugsanstalt oder Dritter gefährdet oder in anderer Weise strafbar ist, darf der Brief gelesen werden.<sup>77</sup> Die (zulässige) Kontrolle muss mit angemessenen und ausreichenden **Garantien gegen Missbrauch** verbunden sein. Diese Voraussetzungen werden von § 148 Abs. 2 StPO erfüllt.<sup>78</sup> Im Übrigen kann durch die Anwesenheit des Häftlings beim Öffnen der Post gewährleistet werden, dass Briefe grds. nicht gelesen werden.<sup>79</sup>

## Art. 10 Freiheit der Meinungsäußerung

(1) <sup>1</sup>Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. <sup>2</sup>Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. <sup>3</sup>Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Hörfunk-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.

(2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.

### I. Bedeutung für das deutsche Strafverfahrensrecht

Die grundlegende Bedeutung der Meinungs- und Pressefreiheit als Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie muss in jeder Lage des Verfahrens beachtet werden. Dies gilt sowohl im Hinblick auf **prozessuale Zwangsmaßnahmen**, etwa bei der Beschlagnahme von Druckerzeugnis-

<sup>71</sup> EGMR Elsholz v. Deutschland, Urt. v. 13. 7. 2000 – No. 25735/94, NJW 2001, 2315 (2317), para. 48 f.; Görgülü v. Deutschland, Urt. v. 26. 2. 2004 – No. 74969/01, NJW 2004, 3397 (3398), para. 42; vgl. auch den hieran anknüpfenden „Görgülü-Beschluss“ des BVerfG v. 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 ff. = NJW 2004, 3407 ff.

<sup>72</sup> EGMR Buck v. Deutschland, Urt. v. 28. 4. 2005 – No. 41604/98, NJW 2006, 1495 (1497), para. 45 ff.; zur Durchsuchung einer Anwaltskanzlei: Niemietz v. Deutschland, Urt. v. 16. 12. 1992 – No. 13710/88, NJW 1993, 718 (719), para. 37.

<sup>73</sup> EGMR Buck v. Deutschland, aaO, para. 45 f.

<sup>74</sup> EGMR Silver et al. v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 25. 3. 1983 – No. 5947/72, EuGRZ 1984, 147 (152), para. 98; Campbell v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 25. 3. 1992 – No. 13590/88, ÖJZ 1992, 595 (597), para. 45.

<sup>75</sup> EGMR Silver et al. v. Vereinigtes Königreich, aaO, para. 103.

<sup>76</sup> EGMR Campbell v. Vereinigtes Königreich, aaO, para. 46 ff.

<sup>77</sup> EGMR Campbell v. Vereinigtes Königreich, aaO, para. 48.

<sup>78</sup> EGMR Erdem v. Deutschland, Urt. v. 5. 7. 2001 – No. 38321/97, NJW 2003, 1439 (1441 f.), para. 65 ff.

<sup>79</sup> EGMR Campbell v. Vereinigtes Königreich, aaO, para. 48.

sen oder der Durchsuchung von Verlagsräumen, als auch im Rahmen der **Urteilsfindung**, bspw. bei Straftaten wie Beleidigung oder Volksverhetzung.<sup>1</sup>

## II. Schutzbereich des Abs. 1

- 2 **1. Persönlich.** Die Meinungsfreiheit wird **jeder Person** gewährt, natürlichen und juristischen Personen, EU-Bürgern ebenso wie EU-Ausländern, wobei für diese die über Art. 10 Abs. 2 hinausgehende Beschränkungsmöglichkeit des Art. 16 (politische Tätigkeit ausländischer Personen) zu beachten ist. Im Rahmen der **Pressefreiheit** wird nicht nur der Journalist bzw. der Autor selbst geschützt, sondern auch der Verleger und der Herausgeber.<sup>2</sup>
- 3 **2. Sachlich.** Die **Freiheit der Meinungsäußerung** gewährt das Recht, eine zuvor gebildete Meinung in beliebiger Weise nach außen kundzutun. Geschützt werden **Tatsachenäußerungen und Werturteile** unabhängig von ihrem Inhalt, dh. auch Meinungsäußerungen, die verletzen, schockieren oder beunruhigen („*offend, shock or disturb*“),<sup>3</sup> auch dann, wenn sie teilweise dem Inhalt oder der Wortwahl nach inakzeptabel sind.<sup>4</sup> Eine Differenzierung zwischen Meinungen und Tatsachen erfolgt erst iRd. Rechtfertigung.<sup>5</sup> Die Redefreiheit ist nicht an bestimmte **Kommunikationsformen oder -mittel** gebunden; die Äußerung kann daher auch künstlerisch erfolgen, bspw. in Wort, Schrift, Kunstwerk, oder Film.<sup>6</sup> Auch **Realakte**, die in Form einer gewissen Störung das Missfallen an bestimmten Verhaltensweisen anderer ausdrücken, sind vom Schutzbereich erfasst.<sup>7</sup>
- 4 Eine Grenze der Meinungsfreiheit bildet die Auslegungsregel des Art. 17 (**Verbot des Missbrauchs** der Rechte). Danach können Konventionsrechte nicht in Anspruch genommen werden, um die von der Konvention geschützte Wertordnung zu unterlaufen. So fällt insbesondere die Leugnung des Holocaust nicht in den Schutzbereich des Art. 10.<sup>8</sup>
- 5 Die **Pressefreiheit** wird – anders als in Art. 5 GG – nicht ausdrücklich erwähnt, sondern als Bestandteil der allgemeinen Meinungsfreiheit geschützt. Die Pressefreiheit genießt insofern keine besonderen Schranken; die Zensur ist nicht – wie in Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG – von vornherein untersagt. Unter den Pressebegriff fallen nur *wiederkehrend erscheinende Druckschriften*, nicht einmalige Druckerzeugnisse wie Bücher, Flugblätter oder Plakate; diese werden von der allgemeinen Meinungsfreiheit geschützt.<sup>9</sup> Der Schutzbereich umfasst auch die Veröffentlichung von *Fotografien*, wobei dem Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer besondere Bedeutung zukommt.<sup>10</sup> Andere Medien wie Hörfunk und Fernsehen werden über die **Rundfunkfreiheit** erfasst. Letztlich ist eine Unterscheidung auf Schutzbereichsebene nicht erforderlich, da einheitliche Schranken gelten. Indes wird die besondere Bedeutung der Presse iRd. Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt.

## III. Rechtfertigung nach Abs. 2

- 6 Ein Eingriff in die von Art. 10 Abs. 1 geschützte Meinungsfreiheit ist konventionswidrig, es sei denn, er ist **gesetzlich vorgesehen**, verfolgt eines oder mehrere der in Abs. 2 genannten **berechtigten Ziele** und ist **in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, um diese Ziele zu erreichen**. Trotz der Abs. 2 einleitenden Formulierung, dass die Ausübung der Freiheiten „mit Pflichten und Verantwortung verbunden“ ist, gelten im Wesentlichen die gleichen Schrankenbestimmungen wie in den Art. 8, 9 und 11. Auch von Art. 10 darf im Notstandsfall (Art. 15) abgewichen werden.
- 7 **1. Gesetzliche Grundlage.** Erfasst wird, wie bei Art. 8 (näher dort Rn. 18), das gesamte geschriebene Recht im Sinne eines materiellen Gesetzesbegriffes sowie das Richterrecht in den Staaten des (englischen) „common law“ und die gesetzeskonkretisierende und -ausfüllende Rspr. in

<sup>1</sup> Zum Verhältnis der EMRK zum nationalen Recht und zur Bindungswirkung der Entscheidungen des EGMR vgl. Art. 6 Rn. 3 ff.

<sup>2</sup> EGMR Öztürk v. Türkei, Urt. v. 28. 9. 1999 – No. 22479/93, RJD 1999-VI, para. 49.

<sup>3</sup> EGMR Observer v. Guardian v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 26. 11. 1991 – No. 13585/88, EuGRZ 1995, 16 (20), para. 59; Oberschlick v. Österreich, Urt. v. 1. 7. 1997 – No. 20834/92, NJW 1999, 1321 (1321), para. 29.

<sup>4</sup> EGMR Güneri et al. v. Türkei, Urt. v. 12. 7. 2005 – No. 42853/98 (unveröff.), para. 76; Meyer-Ladewig Rn. 6.

<sup>5</sup> Ähnl. Grabenwarter § 23 Rn. 4.

<sup>6</sup> Gollwitzer Rn. 7.

<sup>7</sup> EGMR Steel et al. v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 23. 9. 1998 – No. 24838/94, RJD 1998-VII, para. 15, 92; Blokkieren von Nutzmaschinen, die zum Zweck einer Autobahnerweiterung eingesetzt werden sollten. Weitere Bsp. bei Hoffmeister EuGRZ 2000, 358 (359) mwN.

<sup>8</sup> EGMR Garaudy v. Frankreich, Entsch. v. 24. 6. 2003 – No. 65831/01, RJD 2003-IX; abl. Grabenwarter § 23 Rn. 4 mit der Erwägung, dass die Grenze zwischen Schutzbereichs- und Schrankenebene zu verwischen drohe und sich ein Widerspruch zu der Rspr. ergebe, die auch verletzende, schockierende und störende Äußerungen erlaube.

<sup>9</sup> Grabenwarter § 23 Rn. 7.

<sup>10</sup> EGMR Caroline v. Hannover v. Deutschland, Urt. v. 24. 6. 2004 – No. 59 320/00, NJW 2004, 2647 (2649), para. 59; vertiefend: Engels/Jürgens NJW 2007, 2517; Heldrich NJW 2004, 2634; Hoffmann-Riem NJW 2009, 20; Lenski NVwZ 2005, 50; Mann NJW 2004, 3220.

den Staaten des (kontinentaleuropäischen) „civil law“. Der EGMR bejaht das Vorhandensein einer gesetzlichen Grundlage auch dann, wenn eine bestimmte Zwangsmaßnahme, etwa eine Beschlagnahme, nach dem Wortlaut der Eingriffsermächtigung eindeutig nicht vorgesehen ist, aber ein schwerwiegenderer Eingriff möglich wäre.<sup>11</sup>

**2. Berechtigtes Ziel.** Über die auch hier einschlägigen Ausführungen zu Art. 8 (Rn. 19 ff.) hinaus ist der **Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer**, etwa im Hinblick auf straf- oder zivilrechtlichen Sanktionen wegen Beleidigungen oder verleumderischer Äußerungen, von großer praktischer Bedeutung. Bei der Veröffentlichung von **Fotografien** haben der Persönlichkeitschutz und das Recht am eigenen Bild besondere Relevanz.<sup>12</sup> Dem **Schutz der nationalen Sicherheit** zB die Bekämpfung separatistischer, etwa pro-kurdischer Äußerungen. Auch Publikationsverbote oder die Beschlagnahme einer Zeitschrift, in der ein vertraulicher Bericht eines Nachrichtendienstes veröffentlicht werden soll, lassen sich hiermit begründen.<sup>13</sup> Danach kommt sogar die Beschlagnahme der gesamten Auflage in Betracht, sofern sich dies als „notwendig“ erweist (dazu Rn. 12). Zu Überschneidungen kommt es hier mit dem berechtigten Ziel der **Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen**. Die **Aufrechterhaltung der Ordnung** bezieht sich nicht nur auf die öffentliche Ordnung, sondern auch auf die „Binnen-Ordnung“ einer bestimmten sozialen Gruppe oder Institution, bspw. der Armee.<sup>14</sup> Zum **Schutz der Volksgesundheit** können die Mitgliedstaaten die Veröffentlichung von Zigarettenwerbung mit Strafe bedrohen, wobei die Höhe der Geldbuße oder -strafe mit Blick auf die Auflage und den Verbreitungsbereich der betreffenden Zeitschrift bestimmt werden muss.<sup>15</sup> Bei Eingriffen zum **Schutz der Moral**, etwa im Zusammenhang mit der Verbreitung jugendgefährdender Schriften, ist zu beachten, dass es keinen einheitlichen europäischen Moralbegriff gibt und zudem die Moralvorstellungen einem ständigen Wandel unterliegen.<sup>16</sup>

**3. Notwendig in einer demokratischen Gesellschaft.** Wie bei Art. 8 ist ein Eingriff auch hier notwendig, wenn er einem *dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis* entspricht und in einem *angemessenen Verhältnis* zu dem verfolgten berechtigten Ziel steht. Bei der Ausübung seiner Überwachungsfunktion hat der EGMR nicht die Aufgabe, sich an die Stelle der zuständigen nationalen Behörden zu setzen. Diese besitzen bei der Einschätzung, ob ein dringendes Bedürfnis vorliegt, einen gewissen Beurteilungsspielraum. Der EGMR kann jedoch prüfen, ob die von den nationalen Behörden angegebenen Rechtfertigungsgründe sachbezogen und ausreichend sind.<sup>17</sup>

Bei der **Verhältnismäßigkeitsprüfung** ist stets zu berücksichtigen, dass die Meinungsäußerungsfreiheit einen „Grundpfeiler jeder demokratischen Gesellschaft“ darstellt.<sup>18</sup> Diese verlangt „Pluralismus, Toleranz, Aufgeschlossenheit und eine offene Geisteshaltung“. <sup>19</sup> Ist eine Äußerung nicht eindeutig, muss ihr Erklärungsinhalt aus dem Zusammenhang, den Begleitumständen und der konkreten Situation sorgfältig ausgelegt werden. Es müssen alle in Frage kommenden **Auslegungsmöglichkeiten** beachtet werden, auch die, die nicht zu einer Bestrafung führen.<sup>20</sup> Für ehrenrührige Tatsachenbehauptungen kann grds. ein **Wahrheitsbeweis** verlangt werden. Wird ein solcher indes bei Werturteilen verlangt, liegt ein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 10 vor, denn solche Urteile sind einem Wahrheitsbeweis gerade nicht zugänglich.<sup>21</sup>

Die **gewählte Form** (zB mündlich od. schriftlich) bzw. die Art des Mediums und der Kreis der Personen, denen die Äußerung zugänglich gemacht wurden, sind ebenso einzubeziehen wie vorangegangenes Drittverhalten.<sup>22</sup> Erheblich sind bspw. die Auflage, der Erscheinungsmodus und

<sup>11</sup> *Ambos* § 10 Rn. 53, krit. hierzu *Esser S.* 137 ff.

<sup>12</sup> EGMR *Caroline v. Hannover v. Deutschland*, aaO; vertiefend: *Engels/Jürgens* NJW 2007, 2517; *Heldrich* NJW 2004, 2634; *Hoffmann-Riem* NJW 2009, 20; *Lenski* NVwZ 2005, 50; *Mann* NJW 2004, 3220; näher Rn. 15.

<sup>13</sup> EGMR *Vereniging Weekblad Bluf! v. Niederlande*, Urt. v. 9. 2. 1995 – No. 16616/90, Serie A 306-A, para. 33 ff.

<sup>14</sup> EGMR *Engel et al. v. Niederlande*, Urt. v. 8. 6. 1976 – No. 51007/71, EuGRZ 1976, 221 (237), para. 98; später bezugnehmend hierauf etwa *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs u. Gubi v. Österreich*, Urt. v. 19. 12. 1994 – No. 15 153/89, ÖJZ 1995, 314 (315), para. 32.

<sup>15</sup> EGMR *Hachette Filipacchi Presse Automobile u. Dupuy v. Frankreich*, Urt. v. 5. 3. 2009 – No. 13353/05 (unveröff.), para. 43 ff.

<sup>16</sup> EGMR *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 7. 12. 1976 – No. 5493/72, EuGRZ 1977, 38 (41), para. 48.

<sup>17</sup> EGMR *Observer u. Guardian v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 26. 11. 1991 – No. 13585/88, EuGRZ 1995, 16 (20), para. 59. In seinem grdl. *Handyside-Urteil*, aaO, para. 48 stellte der EGMR fest, dass „notwendig“ iSd. Art. 10 nicht gleichbedeutend mit „unverzichtbar“, „strikt notwendig“ od. „unbedingt erforderlich“ ist (iSd. Art. 2 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1). Der Begriff habe jedoch auch nicht die „flexibility“ der Begriffe „zulässig“, „üblich“, „nützlich“, „angemessen“ od. „wünschenswert“ (iSd. Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 3, Art. 6 Abs. 1).

<sup>18</sup> *Esser S.* 139.

<sup>19</sup> EGMR *Handyside v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 7. 12. 1976 – No. 5493/72, EuGRZ 1977, 38 (42), para. 49; *Fressoz u. Roire v. Frankreich*, Urt. v. 21. 1. 1999 – No. 29183/95, NJW 1999, 1315 (1316), para. 45.

<sup>20</sup> EGMR *Zana v. Türkei*, Urt. v. 25. 11. 1997 – No. 18954/91, RJD 1997-VII, para. 56–62.

<sup>21</sup> EGMR *Lingens v. Österreich*, Urt. v. 8. 7. 1986 – No. 9815/82, EuGRZ 1986, 424 (429), para. 46; *Steel u. Morris v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 15. 2. 2005 – No. 68416/01, NJW 2006, 1255 (1258), para. 87 ff.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu auch *Meyer-Ladewig* Rn. 34.

das Vertriebsgebiet einer Druckschrift bzw. die Funkweite eines Fernseh- oder Radiosenders. Audiovisuelle Medien haben grds. eine unmittelbarere und stärkere Wirkung als Druckmedien.<sup>23</sup> Ein wesentliches Kriterium zur Bewertung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ist auch die **Schwere des Eingriffs**, vor allem die Art und das Ausmaß der Sanktion, die der Konventionsstaat im Hinblick auf die fragliche Meinungsäußerung verhängt hat.<sup>24</sup> Wird bspw. die vorübergehende Schließung eines Presse- od. Rundfunkunternehmens beschlossen, ist im Hinblick auf die angeordnete Dauer zu prüfen, ob diese aufgrund der Schnellebigkeit des Nachrichtengeschäftes und des wirtschaftlichen Planungsbedürfnisses nicht de facto wie eine endgültige Schließung wirkt.<sup>25</sup>

- 12 Im Hinblick auf die **Pressefreiheit** ist zu beachten, dass es die originäre Aufgabe der Presse ist, Informationen und Ideen über Angelegenheiten öffentlichen Interesses zu verbreiten, um dem Recht der Öffentlichkeit, solche Informationen zu empfangen, genüge zu tun.<sup>26</sup> Dabei kommt der Presse auch die Aufgabe öffentlicher Kontrolle als „public watchdog“ zu.<sup>27</sup> Vor diesem Hintergrund haben staatliche Behörden Kritik hinzunehmen, selbst wenn sie als provozierend oder beleidigend angesehen werden kann. Die **Grenzen zulässiger Kritik** sind in Bezug auf die Regierung weiter gezogen als in Bezug auf eine Privatperson oder einen Politiker.<sup>28</sup> In Wahlzeiten ist Art. 10 unter Berücksichtigung des Rechts auf freie Wahlen (Art. 3 Prot. 1) auszulegen.<sup>29</sup> Das Recht der Journalisten, ihre **Quellen zu verschweigen**, ist eines der Kernelemente der Pressefreiheit.<sup>30</sup> Ein Eingriff in dieses Recht, etwa in Form von Durchsuchungen und Beschlagnahmen in der Wohnung und im Büro eines Journalisten, ist nur gerechtfertigt, wenn er durch ein überwiegendes Erfordernis des öffentlichen Interesses gedeckt ist.<sup>31</sup> Die Beschlagnahme der gesamten Auflage eines Druckerzeugnisses (Rn. 8) ist jedenfalls dann nicht notwendig, wenn die fraglichen Informationen schon anderweitig an die Öffentlichkeit gelangt sind.<sup>32</sup>
- 13 Andererseits ist die Ausübung der Pressefreiheit auch, wie sich bereits aus dem einleitenden Satz von Abs. 2 ergibt, mit **Pflichten und Verantwortung** verbunden. Berufsjournalisten haben die Grenzen zu beachten, die zum Schutz lebenswichtiger staatlicher Interessen, insbesondere der **nationalen Sicherheit oder der territorialen Integrität**, bestehen. Die Presse hat daher besondere Vorsicht walten zu lassen, wenn es um Gewaltinhalte geht (etwa Aufrufe zur Gewalt gegen den Staat), um nicht zum Instrument zur Verbreitung von Hasspredigten zu werden.<sup>33</sup> Bei der mitunter sehr diffizilen Abwägung der Pressefreiheit und des **Schutzes des Privatlebens** ist darauf abzustellen, ob die Artikel und Fotoaufnahmen einen *Beitrag zu einer politischen oder öffentlichen Diskussion*, dh. zu einer Frage allgemeinen Interesses leisten. Ist dies der Fall besteht uU ein Recht der Gesellschaft, *auch* über Aspekte des Privatlebens einer Person des öffentlichen Lebens, insb. eines Politikers, informiert zu werden. Dient die Berichterstattung indes allein dem Zweck, die Neugier eines bestimmten Personenkreises zu befriedigen, überwiegen der Persönlichkeitschutz und das Recht am eigenen Bild.<sup>34</sup>

<sup>23</sup> EGMR TV Vest AS u. Rogaland Pensjonistparti v. Norwegen, Urt. v. 11. 12. 2008 – No. 21132/05, NVwZ 2010, 241 (242), para. 60.

<sup>24</sup> EGMR Sener v. Türkei, Urt. v. 18. 7. 2000 – No. 26680/95, ÖJZ 2001, 696 (696), para. 39.

<sup>25</sup> Vgl. insoweit die „conclusiones“ einer internationalen Expertengruppe zur Schließung bestimmter baskischer Presseorgane, wo u. a. festgestellt wird, dass die theoretische vorübergehende Schließung wirtschaftlich-faktisch wie eine endgültige wirkt (*Cuesta/Muñagorri Lagua* S. 121 ff.).

<sup>26</sup> EGMR Lingens v. Österreich, Urt. v. 8. 7. 1986 – No. 9815/82, EuGRZ 1986, 424 (428), para. 41.

<sup>27</sup> EGMR Observer u. Guardian v. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 26. 11. 1991 – No. 13585/88, EuGRZ 1995, 16 (20), para. 59; Thorgeir Thorgeirson v. Island, Urt. v. 25. 6. 1992 – No. 13778/88, ÖJZ 1992, 810 (813), para. 63; Băcanu u. SC „R“ SA v. Rumänien, Urt. v. 3. 3. 2009 – No. 4411/04 (unveröff.), para. 93 („chien de garde“).

<sup>28</sup> EGMR Castells v. Spanien, Urt. v. 23. 4. 1992 – No. 11798/85, ÖJZ 1992, 803 (806), para. 46; Baskaya u. Okcuoglu v. Türkei, Urt. v. 8. 7. 1999 – No. 23536/94, NJW 2001, 1995 (1998), para. 62. Im Fall *Castells* sah der EGMR eine Verletzung des Art. 10 darin, dass der Bf. wg. Beleidigung zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, nachdem er in Bezug auf die ETA geäußert hatte, dass diese in völliger Straffreiheit operiere und die Regierung hierfür die Verantwortung trage.

<sup>29</sup> EGMR TV Vest AS u. Rogaland Pensjonistparti v. Norwegen, Urt. v. 11. 12. 2008 – No. 21132/05, NVwZ 2010, 241 (242), para. 61.

<sup>30</sup> EGMR Tillack v. Belgien, Urt. v. 27. 11. 2007 – No. 20477/05, NJW 2008, 2565 (2566 f.), para. 53, 65 (deutscher „Stern“-Reporter, der als Quelle geheime Dokumente des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung [OLAF] benutzt hatte).

<sup>31</sup> EGMR Tillack v. Belgien, aaO, para. 53; vgl. auch Voskuil v. Niederlande, Urt. v. 22. 11. 2007 – No. 64752/01, NJW 2008, 2363 (2564 f.), para. 65 ff. (Haft zur Erzwingung der Offenbarung einer journalistischen Quelle).

<sup>32</sup> EGMR Vereniging Weekblad Bluf! v. Niederlande, Urt. v. 9. 2. 1995 – No. 16616/90, Serie A 306-A, para. 43 ff.

<sup>33</sup> EGMR Sener v. Türkei, Urt. v. 18. 7. 2000 – No. 26680/95, ÖJZ 2001, 696 (696 f.), para. 41 f. Der EGMR bejahete einen Verstoß gegen Art. 10. Zwar erscheine der Ton bestimmter Formulierungen aggressiv, doch habe der veröffentlichte Artikel in seiner Gesamtheit die Gewalttätigkeit nicht glorifiziert und auch nicht zu Hass und Rache aufgeufen, sondern nur das Kurdenproblem analysiert.

<sup>34</sup> EGMR Caroline v. Hannover v. Deutschland, Urt. v. 24. 6. 2004 – No. 59320/00, NJW 2004, 2647 (2649 f.), para. 60 ff.; vertiefend: *Engels/Jürgens* NJW 2007, 2517; *Heldrich* NJW 2004, 2634; *Hoffmann-Riem* NJW 2009, 20; *Lenski* NVwZ 2005, 50; *Mann* NJW 2004, 3220.

Die Medien haben ferner die in Art. 6 Abs. 2 verankerte **Unschuldsvermutung** zu beachten und damit (vorverurteilende) Berichte, die die Chancen einer Person auf ein faires Verfahren gefährden können, zu unterlassen.<sup>35</sup> § 7b Abs. 1 ÖstMedienG gibt einer Person, die einer strafbaren Handlung verdächtig, aber nicht rechtskräftig verurteilt ist, und die in einem Medium als überführt oder schuldig oder als Täter dieser strafbaren Handlung und nicht bloß als tatverdächtig bezeichnet wird, einen Anspruch auf Entschädigung für die erlittene Kränkung. Die Norm stellt zwar einen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit dar, jedoch ist dieser zum Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer sowie der Unparteilichkeit der Rechtsprechung als notwendig anzusehen, weil ein faires Verfahren durch eine mediale Vorverurteilung jedenfalls gefährdet wird.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Meyer-Ladewig Rn. 41 mwN; näher oben Art. 6 Rn. 36.

<sup>36</sup> VGH Wien v. 28. 9. 1995 – G 249/94 – 10, EuGRZ 1995, 664 (666 ff.) m. Bespr. Dörr JuS 1996, 741 f.



