

Für ein Grundrecht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Praxis

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Beatrice Brunhöber**, Berlin*

Der Beitrag entwickelt einen Prüfungsmaßstab für das Grundrecht auf ein faires Verfahren. Haupteinwand gegen das faire Verfahren als Recht ist, dass seine Vagheit die Bindung der Strafrechtsprechung an das positive Recht zu sehr lockert. Auf der anderen Seite gebührt einem so wichtigen Grundrecht Beachtung auch und gerade in der alltäglichen Strafrechtspraxis. Der Aufsatz tritt dafür ein, die Konsequenzen aus der Grundrechtsqualität des Anspruchs zu ziehen, d.h. ihn auch als solchen in der Praxis der Strafverfolgungsorgane und Fachgerichte zu berücksichtigen. In diesem Sinne wird ein Prüfprogramm des fairen Verfahrens entwickelt, das sich an der Grundrechtsqualität ausrichtet. Dieses Prüfungsverfahren unterscheidet sich von demjenigen, das der Bundesgerichtshof in der viel beachteten Besuchsraum-Entscheidung (BGH NJW 2009, 2463) aufgestellt hat. Nach dem 1. Strafsenat ist ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren festzustellen, indem sämtliche Umstände in einer Gesamtschau in Bezug auf die Verfahrensfairness bewertet werden. Die Orientierung an der Grundrechtsdogmatik hat den Vorteil, der Praxis nuanciertere Vorgaben als eine allgemeine Gesamtbetrachtung an die Hand zu geben. Insbesondere wird deutlicher, wann das Recht in der Praxis überhaupt relevant wird: nämlich bei der verfassungskonformen Auslegung seiner gesetzlichen Ausprägungen und bei Ermessens- bzw. Abwägungsmaßnahmen. Zudem unterscheidet die grundrechtsdogmatische Verhältnismäßigkeitsprüfung genauer zwischen den Fragen nach dem legitimen Zweck, der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit eines Rechtssetzungs- oder Rechtsanwendungsakts.

The main argument against qualifying the concept of a fair trial as a right rather than a principle is that its vagueness vests criminal judges with too much discretion. On the other hand it is widely recognised that the right to a fair trial is derived from fundamental constitutional rights codified in the German Constitution, such as the right to liberty and the rule-of-law principle. This article pleads to take this nature as a fundamental right seriously and to implement it as such into criminal practice. By doing so the right to a fair trial may become more practical and less vague. Therefore, the author develops a test with regard to the question as to whether the right to a fair trial is violated by a legislative act or by an act within criminal proceedings which is based on the standard constitutional test for fundamental right violations. This test differs from the test which the Bundesgerichtshof (German Federal High Court of Justice) recently developed in NJW 2009, 2463. The Court examined whether the proceedings as a whole, including the particular circumstances, were fair. In contrast to this fairly undifferentiated evaluation, the standard constitutional test that the author suggests includes different questions. First, her test clarifies

* Die Verf. ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie von Prof. Dr. Tatjana Hörnle an der Humboldt-Universität zu Berlin.

in which particular situations the right to a fair trial bears any significance in practice: namely as a source both of the interpretation of statutes in which that very right is codified and for the discretion of judges and prosecutors. Secondly, the test more accurately distinguishes the question as to whether the intended purpose of an act is legitimate from the questions as to whether the act is proper, necessary, and appropriate.

I. Einleitung

Auch wenn das faire Verfahren im Strafverfahrensrecht häufig als Prozessmaxime auftaucht, ist es nach dem Bundesverfassungsgericht ein Grundrecht. Der folgende Beitrag ist ein Plädoyer dafür, den Anspruch auf ein faires Verfahren gleichfalls in der strafprozessualen Praxis stärker als Grundrecht zu berücksichtigen. In einem ersten Schritt wird die grundrechtliche Verankerung nochmals knapp begründet (II.). Daneben ist das Verhältnis des Grundgesetzes zu Art. 6 EMRK zu klären, der ebenfalls ein Recht auf einen fair trial bestimmt. In einem zweiten Schritt wird ein entsprechendes Prüfungsschema erarbeitet (III.).¹ Aus der Grundrechtsqualität des Anspruchs auf ein faires Verfahren folgt, dass er wie ein Grundrecht zu prüfen ist. Dieses Prüfungsverfahren unterscheidet sich von demjenigen, das der Bundesgerichtshof jüngst in der viel beachteten Besuchsraum-Entscheidung² entwickelt hat. Nach dem 1. Strafsenat ist ein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren festzustellen, indem sämtliche Umstände in einer Gesamtschau in Bezug auf die Verfahrensfairness bewertet werden.³ Die Orientierung an der Grundrechtsdogmatik hat den Vorteil, der Praxis differenziertere Vorgaben als eine allgemeine Gesamtschau an die Hand zu geben (IV.).⁴

II. Rechtsgrundlage und dogmatische Einordnung

Bevor ein Prüfungsmaßstab entwickelt werden kann, muss die Rechtsgrundlage und damit die dogmatische Einordnung des Rechts auf ein faires Verfahren geklärt werden. Sie ent-

¹ Da also der Schwerpunkt darauf liegt, Prüfungskriterien für die Anwendung des Rechts auf ein faires Verfahren zu entwickeln, müssen die Rechtsfolgen einer Verletzung dieses Rechts hier vernachlässigt werden. S. zu diesen Kühne, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschn. I Rn. 114 ff.; Schmalz, Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Europäische Menschenrechtskonvention für die Bundesrepublik Deutschland, 2007.

² BGH NJW 2009, 2463 m. zust. Anm. Engländer, JZ 2009, 1179; Zuck, JR 2010, 17; m. abl. Anm. Hauck, NSStZ 2010, 17; Rogall, HRRS 2010, 289; s.a. Marxen/Rösing, Famos 09/2009, zu finden unter: <http://www.fall-des-monats.de/>.

³ BGH NJW 2009, 2463 (2465 ff.).

⁴ In diese Richtung bereits Rzepka, Fairness im deutschen Strafverfahren, 2000.

scheiden über den Rang in der Normenhierarchie, bestimmen den Anwendungsbereich und aus ihnen ergeben sich Vorgaben für das Prüfprogramm.

Bezüglich der Rechtsgrundlage des Rechts auf ein faires Verfahren besteht deshalb Unklarheit, weil es erstens im deutschen Recht nicht ausdrücklich normiert ist und zweitens in der Rechtsanwendung und im Schrifttum auf unterschiedliche Weise vorkommt. Aus der fehlenden expliziten Positivierung im deutschen Recht und seinem vermeintlich ungeklärten Inhalt folgert die Literatur teilweise, dass es nur ein deklaratorisches Gebot des fairen Verfahrens gebe.⁵ In der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung erscheint es häufig als eine Prozessmaxime, also als ein Leitprinzip des Strafverfahrens.⁶ Das Bundesverfassungsgericht betrachtet es als ein Grundrecht, das mittels Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.⁷ Das verfassungsrechtliche und großenteils auch das strafrechtliche Schrifttum sehen den Grundsatz des fairen Verfahrens bzw. das Recht auf ein faires Verfahren mit dem Bundesverfassungsgericht in den Freiheitsgrundrechten und dem Rechtsstaatsprinzip verankert.⁸ Schließlich untersucht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, ob das konkrete nationale Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer in seiner Gesamtheit mit dem Men-

schenrecht auf ein faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK⁹ zu vereinen ist. Bezeichnenderweise werden das innerstaatliche und das konventionsrechtliche Recht auf ein faires Verfahren in der strafprozessualen Literatur getrennt kommentiert.¹⁰ Offen bleibt dabei weitgehend, wie sich die beiden Ansprüche im Einzelnen zueinander verhalten.

Das Recht auf ein faires Verfahren ist nicht nur Deklaration und nicht nur Prozessmaxime, sondern ein einklagbares Grundrecht. Es hat seine Grundlage in Art. 2 Abs. 1 GG bzw. spezielleren Freiheitsgrundrechten i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG.¹¹ Der Staat darf in Freiheitsgrundrechten nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingreifen, das seinerseits verfassungsgemäß ist. Nicht verfassungsgemäß sind Eingriffe, die gegen Verfassungsrecht verstoßen, also auch Eingriffe, die das Rechtsstaatsprinzip verletzen. Das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet ein justizförmiges Verfahren, zu dem gehört, dass es fair ist. Darüber hinaus darf der Betroffene eines staatlichen Verfahrens als Ausfluss seiner Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in einem Rechtsstaat nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens herabgewürdigt werden. Dies wäre der Fall, wenn er einem unfairen Verfahren unterworfen wird (s. III. 1. a). Zudem ist der Staat verpflichtet, Grundrechte und ihre Ausübung zu schützen. Dies beinhaltet die Pflicht, Verfahren, die zu Grundrechtseingriffen führen können, so einzurichten, dass den Grundrechten zu optimaler Wirksamkeit verholfen wird. Daraus folgt auch, dass das Verfahren fair für den betroffenen Grundrechtsträger gestaltet sein muss. Welches Grundrecht zum Tragen kommt, hängt von dem konkreten Verfahren ab. Im Strafverfahren kann bezüglich des Beschuldigten sein Recht auf persönliche Freiheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG einschlägig sein, wenn eine Freiheitsstrafe droht. Im Übrigen, also etwa für Opferzeugen, gilt das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG. Als Grundrecht kann das Recht auf ein faires Verfahren im Wege der Verfassungsbeschwerde eingeklagt werden (vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG).¹²

⁵ Heubel, Der „fair trial“ – ein Grundsatz des Strafverfahrens?, 1981, S. 40 ff. (S. 145); Krey, Strafverfahrensrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 2006, Rn. 474; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2010, § 18 Rn. 11; krit. Bottke, in: Eser (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 73 (S. 81); Hamm, in: Eser (Hrsg.), Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin, Festschrift für Hanns Karl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, 1995, S. 273 (S. 290 f.); Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 11 Rn. 5.

⁶ Gebot: BGHSt 29, 109 (112); 42, 170 (172); Recht: BGHSt 36, 305, (312); 43, 195 (203 f.); Anspruch: BGHSt 24, 125 (131); 29, 274 (278); 32, 345 (350 f.); 36, 305 (308 f.). Zur Entwicklung der fachgerichtlichen Rspr. s. Rzepka (Fn. 4), S. 129 ff.; Steiner, Fairnessprinzip im Strafprozess, 1995, S. 41 ff.

⁷ St. Rspr. BVerfGE 26, 66 (71); 38, 105 (111 ff.); 57, 250 (274 ff.); 63, 45 (60). Zur Entwicklung der Rspr. s. Rzepka (Fn. 4), S. 116 ff. m.w.N.

⁸ Aus der strafrechtlichen Literatur etwa Bottke (Fn. 5), S. 73, S. 81; Pfeiffer/Hannich, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, Einl. 28; weitere Nachweise bei Rogall, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 14. Lieferung, Stand: Juli 1995, Vor § 133, Rn. 101 f. Zur Entwicklung des Schrifttums s. Rzepka (Fn. 4), S. 251 ff. Für die verfassungsrechtliche Literatur s. Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl., 2009, Art. 103 Rn. 42ff. m.w.N. Zusätzliche Verankerung im Sozialstaatsprinzip Roxin/Schünemann (Fn. 5), § 11 Rn. 11.

⁹ Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK statuiert ein allgemeines Recht auf ein faires Verfahren, während Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3 dieses konkretisieren. Der EGMR prüft die Absätze in der Regel gemeinsam, da jeder Einzelrechtsverstoß auch eine Verletzung des Gesamtrechts ist (z.B. EGMR EuGRZ 1992, 541, Nr. 25 [T./Italien – 14104/88]). Dazu Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 6 Rn. 97 f.

¹⁰ Vgl. etwa Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 103 ff. und Gollwitzer, in: Erb/Esner/Franke/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 8, 25. Aufl. 2005, Art. 6 MRK; Rogall (Fn. 8), Vor § 133 Rn. 101 ff. und Paeffgen, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 35. Lieferung, Stand: Januar 2004, Art. 6 EMRK.

¹¹ St. Rspr., s. Nachweise in Fn. 6 f.

¹² Etwa BVerfGE 38, 111; 57, 250 (262); dazu Heckötter, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und

Nun stellt sich die Frage, wie sich das deutsche Grundrecht auf ein faires Verfahren zu Art. 6 EMRK verhält, der ein solches Recht ausdrücklich normiert. Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Konvention über dem Grundgesetz steht. Als Grund wird angeführt, dass sie europaweites Völkergewohnheitsrecht ist und demnach gem. Art. 25 S. 2 GG einfachen Gesetzen vorgeht.¹³ Dies ist deshalb abzulehnen, weil jedenfalls nicht sämtliche Regelungen der EMRK europaweit anerkannt sind.¹⁴ Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Konvention über einfachen Gesetzen, aber unter dem Grundgesetz stehe.¹⁵ Begründet wird dies damit, dass sich das heutige Mehrebenenrecht in Europa nicht mehr im Sinne einer Normenhierarchie denken lasse. Diese diene zwar noch als Einordnungshilfe; in der Anwendung führten aber „weiche“ Gebote, wie insbesondere die eigenständige Abstimmung der Rechtsprechung unter den beteiligten Gerichten, zu einer Höherstellung der EMRK gegenüber einfachen Gesetzen. Dogmatisch überzeugender ist der Weg des Bundesverfassungsgerichts: Nach ihm kommt der Konvention nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu, denn sie ist ein Völkerrechtsabkommen, das gem. Art. 59 Abs. 2 GG mittels einfachen Transformationsgesetzes ratifiziert wurde.¹⁶ Jedoch seien entgegen der *lex-posterior*-Regel auch jüngere (gleichrangige) Gesetze im Sinne der EMRK auszulegen, weil die völkerrechtskonforme Auslegung, die Ausfluss der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sei, dies gebiete.¹⁷ Dieses Prinzip gelte nicht nur für einfache Gesetze, son-

dern auch für das Grundgesetz, das demnach ebenfalls völkerrechtskonform auszulegen sei.¹⁸

Eine weitere Frage ist, ob und inwieweit die Auslegung der EMRK durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im deutschen Recht zu beachten ist.¹⁹ Obwohl die Urteile des Gerichtshofs nur für den streitgegenständlichen Konventionsverstoß und nur *inter partes* gelten (Art. 46 Abs. 1 EMRK), ist es weitgehend anerkannt, dass sie von der deutschen Rechtsprechung zu berücksichtigen sind.²⁰ Die in der Präambel der EMRK postulierte kollektive Garantie der verbürgten Menschenrechte wäre nicht erreichbar, wenn die Konkretisierungen durch den Gerichtshof, dem gem. Art. 32 Nr. 1 EMRK gerade die Auslegung der erklärten Rechte obliegt, auf den Einzelfall begrenzt blieben. Die konventionskonforme Auslegung von deutschen Normen hat sich demnach auch an den Entscheidungen des Gerichtshofs zu orientieren.

Im Ergebnis lässt sich also festhalten: Das Recht auf ein faires Verfahren ist ein grundgesetzliches einklagbares Grundrecht, das völkerrechtskonform im Lichte von Art. 6 EMRK sowie den Präjudizien des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auszulegen ist.

III. Kriterien für die Anwendung des Rechts auf ein faires Verfahren

Je nach Anwendungsebene²¹ ergibt sich bei der Prüfung des Rechts auf ein faires Verfahren eine andere Perspektive. Im Folgenden soll der Blickwinkel der Strafverfolgungsorgane und Fachgerichte eingenommen werden. Anders als das Bundesverfassungsgericht dürfen sie eine Norm nicht für verfas-

der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, 2009, S. 110, S. 260 ff.; *Rzepka* (Fn. 4), S. 116 ff.

¹³ *Hoffmann-Riem*, EuGRZ 2002, 473 (475) m.w.N.; für Verfassungsrang *Bleckmann*, EuGRZ 1994, 149 (152) m.w.N. Zum Ganzen *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 8; *Pache*, EuR 2004, 393 (399 ff.); *Paeffgen* (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 7.

¹⁴ *Ambos* (Fn. 13), § 10 Rn. 8. Die Geltung der EMRK für die Europäische Union und die Mitgliedstaaten ist, allerdings nur soweit Gemeinschaftsrecht ausgeübt wird, über Art. 6 Abs. 2 EUV nun positiv festgelegt. Außerdem statuiert Art. 47 Abs. 2 der Europäischen Grundrechte-Charta, die Art. 6 Abs. 1 EUV in den Vertrag inkorporiert, für denselben Anwendungsbereich (Art. 51 Abs. 1) ebenfalls ein Recht auf ein faires Verfahren (*Gollwitzer* [Fn. 10], Art. 6 MRK Rn. 64a). Der EuGH betrachtete das Recht auf ein faires Verfahren schon seit längerem als Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (etwa EuGH EuZW 1999, 115 [117]; EuGRZ 2000, 44 [46 ff.]).

¹⁵ *Grabenwarter*, VVDStRL 60 (2001), 290 (317 ff.); dazu *Paeffgen* (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 10.

¹⁶ Gesetz v. 7.8.1952 (BGBl. II, S. 685). So ausdrückl. BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (114); 111, 307 (317, Görgülü); ebenso *Heckötter* (Fn. 12), S. 110; *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 2004, Vorbem. Rn. 22. Zur diesbezüglichen Entwicklung der Rspr. *Schilling*, Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung, 2010, S. 40 ff.

¹⁷ BVerfGE 74, 358 (370); 120, 180 (199 f.); 111, 307 (317, Görgülü); BVerwG NVwZ 2000, 810 (811); BGHSt 45, 321

(329); 46, 93 (97); *Bernhard*, EuGRZ 1996, 339 ff. m.w.N.; s.a. *Limbach*, EuGRZ 2000, 417 (418); *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 3. Aufl., 2010, § 3 Rn. 22; krit. *Ambos* (Fn. 13), § 10 Rn. 9. Allg. zur völkerrechtskonformen Auslegung *Giegerich*, in: *Grote/Marauhn* (Hrsg.), Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 1. Aufl. 2006, Kap. 2, Rn. 67 ff.

¹⁸ BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (317, Görgülü); BGHSt 45, 321 (328); dazu *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl., 2010, Rn. 9; *Seher*, ZStW 118 (2006), 101, 128 ff.; *Paeffgen* (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 7.

¹⁹ Zum Ganzen *Rohleder*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System, 2009, S. 145 ff., S. 229 ff.

²⁰ BVerfGE 111, 307 (317, Görgülü); BVerwG NVwZ 2000, 810 (811); NVwZ 2002, 87 (jedenfalls bei gefestigter Auslegungspraxis des EGMR); *Cremer*, in: *Grote/Marauhn* (Fn. 17), Kap. 32 Rn. 86 ff.; *Eisele*, JA 2005, 390 (392); *Rohleder* (Fn. 19), S. 278; differenzierend *Heckötter* (Fn. 12), S. 110, S. 127, S. 134; weitergehend *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583 (589 ff.). Zum Ganzen *Ambos* (Fn. 13), § 10 Rn. 12 m.w.N. Zur diesbezüglichen Diskussion in anderen Staaten s. *Werwie-Haas*, Die Umsetzung der strafrechtlichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in Deutschland, Österreich, der Schweiz und im Vereinigten Königreich, 2008.

²¹ S. dazu *Gollwitzer* (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 68.

sungswidrig erklären. Vielmehr spielt das Grundrecht vor allem bei der verfassungskonformen Auslegung seiner gesetzlichen Inhaltsbestimmungen (1.) und bei Maßnahmen im Rahmen von Ermessens- oder Abwägungsentscheidungen (2.) eine Rolle. Auch die Betrachtungsweise des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist eine andere: Er überprüft, ob der jeweilige Vertragsstaat das Recht auf ein faires Verfahren insgesamt gewährleistet, wobei auch außerhalb des streitgegenständlichen Verfahrens liegende Aspekte eine Rolle spielen können.²² Das erarbeitete Prüfungsschema wird unter 3. zusammengefasst und unter 4. anhand der eingangs erwähnten Besuchsraum-Entscheidung des Bundesgerichtshofs verdeutlicht.

1. Auslegung der anzuwendenden Normen im Lichte des Rechts auf ein faires Verfahren

Zunächst ist zu untersuchen, wann das Recht auf ein faires Verfahren überhaupt bei der Auslegung beachtet werden muss (1. a). Sodann ist zu überlegen, ob und inwiefern das Grundrecht Schranken aufgrund gegenläufiger Interessen unterliegt (1. b). In diesem Zusammenhang wird auch erläutert, dass Normen, die das Recht auf ein faires Verfahren konkretisieren, Inhaltsbestimmungen des Grundrechts sind und was dies für die Auslegung bedeutet. Außerdem wird aufgezeigt, wann und inwiefern Art. 6 EMRK bei der Auslegung eine Rolle spielt.

a) Relevanz des Rechts auf ein faires Verfahren bei der Auslegung

Das Recht auf ein faires Verfahren ist bei der Auslegung zu berücksichtigen, wenn nicht speziellere Grundrechte greifen und der sachliche, funktionale und persönliche Schutzbereich eröffnet ist. Art. 6 EMRK wird bei der Auslegung des Grundrechts relevant, wenn sein (teilweise abweichender) Schutzbereich ebenfalls eröffnet ist und er weitergehende Rechte gewährleistet.

Die sachlichen Schutzbereiche des grundgesetzlichen und des konventionsrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren stimmen weitgehend überein. Die konventionskonforme Auslegung des Grundgesetzes kann nämlich dazu führen, dass Vorgaben des Art. 6 EMRK Verfassungsrang erhalten. Beispielsweise muss aufgrund Art. 6 Abs. 3 lit. e) EMRK der Anspruch auf einen unentgeltlichen Dolmetscher als Bestandteil auch des grundgesetzlichen Rechts auf ein faires Verfahren betrachtet werden. Wenn das Grundgesetz allerdings einen höheren Standard verlangt, gilt dieser.²³ Gem. Art. 53 EMRK soll die Konvention weitergehende nationale Grundrechte nicht beschneiden. Beispielsweise ist hinsichtlich der Selbstbelastungsfreiheit der höhere Schutz des grundrechtlichen Anspruchs maßgebend, der anders als das Konventionsrecht jede Schlussfolgerung aus dem Schweigen des Be-

schuldigten verbietet.²⁴ Die Vorgaben des Art. 6 EMRK können aber wiederum durch die Ausgestaltung des jeweiligen nationalen Strafverfahrens mitbestimmt werden. So gilt etwa der Anspruch auf rechtliches Gehör für sämtliche Konventionsstaaten gleichermaßen, jedoch richtet sich das im Einzelfall erforderliche Gehör nach den vom nationalen Recht vorgesehenen Verfahrensweisen und Beteiligungsvorgaben. Beispielsweise kann sich ein Gehörsrecht des Mitverurteilten im Revisionsverfahren aus der Möglichkeit der Revisionserstreckung (§ 357 StPO) ergeben, besteht aber andernfalls nicht.²⁵ Rechtsprechung und Literatur definieren den sachlichen Gewährleistungsgehalt des fairen Verfahrens selten. Vielmehr werden die allgemeine Zielrichtung, nämlich die Subjektstellung des Beschuldigten zu wahren, angeben und einzelne Fallgruppen wie die Waffengleichheit und die Fürsorgepflicht²⁶ genannt. Es lassen sich zwei Dimensionen des Rechts auf ein faires Verfahren unterscheiden. Einerseits darf der von einem Strafverfahren Betroffene nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens herabgewürdigt werden. Daraus folgt, dass er die rechtliche Möglichkeit haben muss, eigenverantwortlich und mit den dafür notwendigen Sachkenntnissen auf den Ablauf und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen.²⁷ Andererseits verbietet das Recht auf ein faires Verfahren, dass Strafverfolgungsorgane in widersprüchlicher Weise oder rechtsmissbräuchlich von ihren Befugnissen Gebrauch machen bzw. auf die Verfahrensbenefizien einwirken.²⁸ Zum Beispiel darf das Gericht sich nicht bemühen, einen Rechtsmittelverzicht vom Beschuldigten zu erlangen, wenn es keinen vernünftigen Grund für einen solchen gibt.²⁹

Funktional erfasst der verfassungsrechtliche Anspruch auf ein faires Verfahren jedes Verfahren. Verfahren ist ein vom Staat oder Bürger initiiertes staatliches Vorgang, der in einen Grundrechtseingriff münden kann. Dabei kann es nicht auf einen staatlichen Willensakt zur Eröffnung ankommen.

²⁴ Vgl. EGMR Reports 1996-I, Nr. 50, Nr. 54 (Murray/Großbritannien – 18731/91) einerseits und BVerfG NStZ 1995, 555 andererseits; dazu *Matt*, GA 2006, 323 ff.

²⁵ Vgl. *Gaede* (Fn. 22), S. 487 f.; *Wohlers/Gaede*, NStZ 2004, 9 (12 ff.). Freilich muss hier nicht der grundgesetzliche Anspruch auf ein faires Verfahren, sondern Art. 103 Abs. 1 GG konventionskonform ausgelegt werden.

²⁶ S. zu den einzelnen Fallgruppen *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 117 ff., 121 ff.; zu den Teilgewährleistungen des Art. 6 EMRK s. *Kühne*, in: Wolfram/Birk/Golsong (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 11. Lieferung, Stand: April 2009, Art. 6 EMRK Rn. 413 ff. sowie Anm. in Fn. 9.

²⁷ Vgl. etwa BVerfG NStZ 1995, 555; BGHSt 37, 10 (12); *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 108; *Rogall* (Fn. 8), Vor § 133 Rn. 104; *Rzepka* (Fn. 4), S. 155 ff. jew. m.w.N.

²⁸ Vgl. etwa EGMR NJW 2003, 1229 (1230 f., *Czekalla/Portugal* – 8830/97), Nr. 66 ff.; BVerfG NJW 2004, 2149 (2150); NJW 2004, 2887; BGH NJW 2004, 1396; *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 109; *Rogall* (Fn. 8), Vor § 133 Rn. 105.

²⁹ *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 109.

²² *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 63 ff. m.w.N.

²³ *Degenhart* (Fn. 8), Art. 103 Rn. 42; ähnl. *Seher*, ZStW 118 (2006), 101 (138).

Vielmehr genügt es, wenn ein Verfahren tatsächlich geführt wird. Bezogen auf das Strafverfahren bedeutet dies, dass der Anwendungsbereich jedenfalls ab Beginn des Ermittlungsverfahrens, aber auch schon bei Vorermittlungen eröffnet ist. Es gilt nicht nur für das gesamte Strafverfahren bis zur rechtskräftigen Verurteilung, sondern etwa auch für die Strafvollstreckung.³⁰ Art. 6 EMRK kann im Wege der völkerrechtskonformen Auslegung des Grundrechts auf dessen funktionalen Anwendungsbereich nur Einfluss haben, wenn er auf das in Frage stehende Verfahren anwendbar ist. Hierbei unterscheidet sich der Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK vom grundrechtlichen Recht auf einen fair trial in einigen Punkten. Hinsichtlich des Strafverfahrens erfasst er gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 EMRK nur Verfahren der „Anklage“ (in der englischen Fassung „charge“). Anklage im Sinne des Art. 6 EMRK ist jedenfalls dann erhoben, wenn der Betroffene amtlich benachrichtigt wurde, dass er einer Straftat beschuldigt wird.³¹ Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte liegt eine Anklage aber auch dann vor, wenn eine Maßnahme gegen den Betroffenen ergriffen wurde, durch die nur konkludent eine Beschuldigung zum Ausdruck kommt, die die Situation des Betroffenen wesentlich beeinträchtigt und die Auswirkungen auf die nachfolgende Hauptverhandlung haben kann.³² Die zuletzt genannte Voraussetzung hat aber zur Folge, dass Art. 6 EMRK anders als das grundgesetzliche Recht auf ein faires Verfahren Maßnahmen nicht erfasst, die ohne Einfluss auf die Hauptverhandlung sind. So fallen vorbereitende Maßnahmen wie etwa die vorläufige Festnahme oder die vorläufige Beschlagnahme des Führerscheins nicht unter Art. 6 EMRK.³³ Andererseits bejahte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sehr weitgehend bereits die

Geltung des Art. 6 EMRK für eine Tatprovokation.³⁴ Von Art. 6 EMRK werden zudem nur Verfahren gegen den „Angeklagten“ erfasst, die die Stichhaltigkeit der Anklage, das heißt die Schuldfrage, betreffen.³⁵ Er gilt also insbesondere für das Haupt-, aber auch für das Berufungs- und Revisionsverfahren. Nicht in den Anwendungsbereich fallen aber etwa Verfahren, die den Widerruf der Strafaussetzung, die Strafvollstreckung, die Kostenfestsetzung oder einen Gnadenerlass zum Gegenstand haben.³⁶ Auch gilt Art. 6 EMRK nicht für prozessleitende Anordnungen³⁷ wie die Aussetzung der Hauptverhandlung gem. § 228 StPO, für Befangenheitsverfahren nach § 24 Abs. 3 StPO, Verfahren wegen Eintragung in ein Strafregister und Verfahren nach einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Maßnahmen im Strafvollzug gem. § 109 StVollzG³⁸. Für das Haftprüfungsverfahren ist Art. 6 EMRK nicht anwendbar, denn hierfür ist Art. 5 EMRK *lex specialis*.³⁹

Auch persönlich unterscheiden sich die Anwendungsbereiche des grundgesetzlichen und des konventionsrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren. Das deutsche Grundrecht gilt im Strafverfahren für sämtliche private Beteiligte, d.h. neben dem Beschuldigten auch für Zeugen, Sachverständige, Privat-, Nebenkläger und Verletzte.⁴⁰ Dagegen erfasst Art. 6 Abs. 1 S. 1 (Alt. 2) EMRK nur Personen, die einer Straftat beschuldigt sind.⁴¹ Weitergehend als das Grundgesetz schützt Art. 6 EMRK auch juristische Personen.⁴² Danach müsste in Deutschland als Folge der konventionskonformen Auslegung das Schweigerecht entgegen dem Bundesverfassungsgericht auch für Unternehmensangehörige in Bußgeldverfahren gegen ein Unternehmen gelten.⁴³

³⁰ Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 112; Steiner (Fn. 6), S. 151 f. jew. m.w.N.

³¹ EGMR EuGRZ 1980, 667 (672, Deweer/Belgien – 6903/75), Nr. 46; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., 2009, § 24 Rn. 25 f.; Mayer-Ladewig (Fn. 9), Art. 6 EMRK Rn. 14; Vogler, in: Wolfram/Birk/Golsong (Fn. 26), 1. Lieferung, September 1986, Art. 6 EMRK Rn. 191 ff. Der EGMR legt den Begriff der Straftat autonom danach aus, wie das nationale Recht das verfolgte Verhalten einordnet, um welche Art von Verhalten es sich handelt und welche Art und Schwere die drohende Sanktion hat (EGMR EuGRZ 1976, 221 [232, Engel u.a./Niederlande – 5100/71], Nr. 82). Deshalb sind auch Ordnungswidrigkeiten erfasst (EGMR NJW 1985, 1273 [1274 f. Öztürk/Deutschland – o. Az.], Nr. 51 ff.).

³² EGMR NJW 1985, 1273 (1274, Öztürk/Deutschland – o. Az.), Nr. 55; Serie A 275, Nr. 36 (Imbrioscia/Schweiz – 13972/88); NJW 2009, 3707 (3707 f., Salduz/Türkei – 36391/02), Nr. 50 ff.; HRRS 2010, Nr. 228 (Rn. 70 ff., Zaitchenko/Russland – 39660/02), Nr. 36 ff.; Ambos, ZStW 115 (2003), 583 (598); Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2000, S. 85 ff.; Peukert, in: Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl., 2009, Art. 6 EMRK Rn. 41.

³³ Paeffgen (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 40 m.w.N.

³⁴ EGMR Berichte 1998-IV, Nr. 37 ff., 39 (Teixeira des Castro/Portugal – 44/1997/828/1034); dazu Esser (Fn. 33), S. 93 f., S. 682.

³⁵ Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 41; Peukert (Fn. 32), Art. 6 EMRK Rn. 42; Vogler, in: Wolfram/Birk/Golsong (Fn. 26), Art. 6 EMRK Rn. 202.

³⁶ Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 41; Vogler, in: Wolfram/Birk/Golsong, Art. 6 EMRK Rn. 182 f., 218 f.

³⁷ Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 37 m.w.N.

³⁸ Paeffgen (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 41 m.w.N.

³⁹ EGMR Serie A 8, Nr. 22 ff. (Neumeister/Österreich – 1936/63); Gollwitzer (Fn. 10), Art. 5 MRK Rn. 4; a.A. Paeffgen (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 44.

⁴⁰ Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 111; zum Opfer s. Walther, GA 2007, 615 (620), zum Zeugen s. BVerfGE 38, 105 (114 f.); zum Nebenkläger s. Kurth, in: Lemke/Julius/Krehl u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 3. Aufl., 2001, § 397 Rn. 14.

⁴¹ Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 28; Peukert (Fn. 32), Art. 6 EMRK Rn. 4.

⁴² Gollwitzer (Fn. 10), Art. 6 MRK Rn. 249.

⁴³ S. BVerfGE 95, 220 (242); wie hier Weiß, NJW 1999, 2236 (2237); s. a. von Freier, ZStW 122 (2010), 117, (bes. 125, 144), der ein Schweigerecht *de lege lata* verneint, jedoch *de lege ferenda* fordert.

b) Schranken des Grundrechts

aa) Beschränkbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren

Nun stellt sich die Frage, ob schon der Schutzbereich des grundgesetzlichen Rechts auf ein faires Verfahren durch entgegenstehende Verfassungsgüter beschränkt ist. Wichtigstes gegenläufiges Interesse ist eine funktionstüchtige Strafrechtspflege (siehe dazu unten bb). Konsequenz einer Beschränkung bereits des Schutzbereichs wäre, dass Normen, die widerstreitenden Interessen dienen, schon nicht in den Schutzbereich fallen und nicht im Lichte des Grundrechts ausgelegt werden müssten. Überwiegend wird die Frage bejaht. Der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG („soweit er [...] nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung [...] und die Rechte anderer verstößt“) könnte dies auch nahelegen. In diesem Sinne spricht etwa Rogall von der Beschränkung bereits des Tatbestandes des Rechts auf ein faires Verfahren.⁴⁴ Auch Rzepka geht von einer immanenten Begrenzung aufgrund der unterschiedlichen Schutzrichtungen des Rechtsstaatsprinzips aus⁴⁵ und verortet Beschränkungen demnach bereits auf der Schutzbereichsebene. Beide berufen sich auf Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in denen es von den internen Gegenläufigkeiten des Rechtsstaatsprinzips⁴⁶ spricht.

Jedoch ist die Frage differenzierter zu beantworten. Grundsätzlich sollte an der in ständiger Verfassungsrechtsprechung entwickelten dreistufigen Grundrechtsprüfung festgehalten werden. In ihr wird zwischen der Eröffnung des Schutzbereichs, dem Eingriff in diesen und der Rechtfertigung des Eingriffs aufgrund anderer Verfassungsgüter unterschieden. Nur wenn zwischen dem Gewährleistungsinhalt eines Grundrechts, dem Eingriff und den Eingriffsschranken getrennt wird, wird der Schutzbereich nicht völlig konturlos. Zudem besteht nur bei dieser Differenzierung ein genügender Zwang zur Begründung von Eingriffen, die als solche bezeichnet werden. Schließlich ermöglicht die Unterscheidung eine differenziertere Abwägung. Die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs richtet sich nämlich auch nach seiner jeweiligen Schwere. Dies könnte überhaupt nicht berücksichtigt werden, wenn sämtliche Abwägungen bereits auf Schutzbereichsebene erfolgen sollen, weil dort nur die jeweils betroffenen Güter und Interessen abstrakt gegeneinander abgewogen werden. Anders als die *Rechtsanwendung* (siehe unten 2.) kann aber eine *Vorschrift*, die ein faires Verfahren konkretisiert, nicht in dem dreistufigen Schema auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden. Dies ist Folge davon, dass das Recht auf ein faires Verfahren ein normgeprägtes Grundrecht ist.⁴⁷ Das heißt, dass der Inhalt des Grundrechts durch den Gesetzgeber mitbestimmt ist. Es ist vornehmlich Aufgabe des Gesetzgebers, das abstrakte Recht auf ein faires Ver-

fahren zu konkretisieren und zwischen den verschiedenen Möglichkeiten des Ausgleichs mit anderen Gütern zu entscheiden.⁴⁸

Für Normen ergibt sich daraus folgendes Prüfungsschema: Sie sind als Inhaltsbestimmungen des Rechts auf ein faires Verfahren verfassungsgemäß, wenn sie durch einen Rechtsakt erfolgen, denn Art. 2 Abs. 1 GG steht nach herrschender Meinung nur unter einem Rechts-, nicht unter einem Gesetzesvorbehalt.⁴⁹ Dieser Rechtsakt darf seinerseits nicht gegen das Grundgesetz verstoßen. Er darf also keine Grundrechte (z.B. Art. 3 Abs. 1 GG) verletzen und muss verhältnismäßig sein. Beispielsweise hielt das Bundesverfassungsgericht die ausnahmsweise Zulassung der Verlesung von Vernehmungsprotokollen in § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO für einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen dem Anspruch des Beschuldigten auf unmittelbaren Beweis einerseits und dem Interesse der Wahrheitsfindung in Fällen, in denen der unmittelbare Beweis unerreichbar ist, andererseits.⁵⁰ Dabei ist die Inhaltsbestimmung nötigenfalls verfassungskonform so auszulegen, dass sie verhältnismäßig ist.⁵¹ So urteilte das Bundesverfassungsgericht, dass dem Verteidiger gem. § 147 Abs. 1 StPO Einsicht auch in den Strafregisterauszug, der sich in den Gerichtsakten befindet, gewährt werden muss.⁵² Dies gelte, obwohl das gegenüber der StPO speziellere BZRG keinen Auskunftsanspruch des Verteidigers vorsehe. § 39 Abs. 1 Nr. 1 BZRG a.F. (jetzt § 41 Abs. 1 Nr. 1 BZRG) müsse aber im Lichte des Rechts auf ein faires Verfahren interpretiert werden.⁵³ Danach umfassten die Zwecke der Rechtspflege, für die Gerichte und Staatsanwaltschaft Auskunft über Eintragungen erhielten, auch die Gewährung der Akteneinsicht für den Verteidiger. Denn die frühzeitige Information über Vorstrafen sei für eine effektive Verteidigung unerlässlich, da sie in die Strafzumessung einfließen könne. Im Ergebnis können also im Rahmen des Schutzbereichs, der durch den Gesetzgeber konkretisiert werden muss, bereits andere Verfassungsgüter einschränkend wirken. Die Inhaltsbestimmung unterliegt aber neben der Verhältnismäßigkeit einer weiteren Schranke. Sie darf den Wesensgehalt des Grundrechts auf ein faires Verfahren nicht aufheben. Jedenfalls bei Grundrechten, die als Ausdruck der Menschenwürde betrachtet werden, besteht Einigkeit darüber, dass ihr Menschenwürdekern abwägungsfest ist.⁵⁴ Das Recht auf ein faires

⁴⁴ Rogall (Fn. 8), Vor § 133 Rn. 101; ebenso Degenhart (Fn. 8), Art. 103 Rn. 42; Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 110.

⁴⁵ Rzepka (Fn. 4), S. 225 ff.

⁴⁶ Etwa BVerfGE 57, 250 (277); 70, 297 (308 f.).

⁴⁷ Grabenwarter/Marauhn, in: Grote/Marauhn (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 62; Hartmann/Apfel, Jura 2008, 495 (500).

⁴⁸ BVerfGE 57, 250 (276 f.); 70, 297 (308 f.); BVerfG NJW 2004, 209 (211) m.w.N.; vgl. auch BGHSt 40, 211 (218).

⁴⁹ Murswiek, in: Sachs (Fn. 8), Art. 2 Rn. 90 m.w.N.

⁵⁰ BVerfGE 57, 250 (277 ff.); krit. dazu Gaede, StV 2006, 599.

⁵¹ Vgl. Grabenwarter/Marauhn, in: Grote/Marauhn (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 64.

⁵² BVerfGE 62, 338.

⁵³ Das BVerfG stützt seine Entscheidung vorrangig auf die Verletzung des Willkürverbots gem. Art. 3 Abs. 1 GG, verweist aber auch auf den Anspruch auf ein faires Verfahren (BVerfGE 62, 338 [346]).

⁵⁴ Etwa BVerfGE 80, 367 (373 f.); dazu Dreier (Fn. 16), Art. 1 I Rn. 163 ff. m.w.N.; speziell zum Recht auf ein faires Verfahren Wohlers, GA 2005, 11 (18).

Verfahren wird vom Bundesverfassungsgericht mit Art. 1 Abs. 1 GG auch damit begründet, dass insbesondere der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt des Verfahrens gemacht werden darf (siehe oben II.). Es ist also jeweils zu prüfen, ob etwa die Verwehrung bestimmter Verteidigungsmöglichkeiten den Kern des fairen Verfahrens antastet. Ist dies der Fall, verletzt die Inhaltsbestimmung das Recht auf ein faires Verfahren und ist verfassungswidrig. Beispielsweise ist das Recht auf eine effektive Verteidigung des Beschuldigten Kernbestand des Anspruchs auf ein faires Verfahren, das unter keinem Gesichtspunkt eingeschränkt werden darf. Dies bedeutet, dass dem Beschuldigten auch in Verfahren, die nicht von § 140 Abs. 2 StPO erfasst sind, ein Pflichtverteidiger bestellt werden muss, wenn er aufgrund der Schwierigkeit der Sachlage und der Schwere der Rechtsfolgen sich nicht selbst effektiv verteidigen kann, etwa in einem rechtlich komplizierten Unterbringungsverfahren bei drohendem langjähriger Freiheitsentzug.⁵⁵

Art. 6 EMRK könnte aber die Beschränkbarkeit des grundgesetzlichen Rechts auf ein faires Verfahren im Wege der konventionskonformen Auslegung ausschließen, wenn er absolut wäre. Die Schrankensystematik des Art. 6 EMRK ist äußerst umstritten und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sehr einzelfallbezogen und teilweise uneinheitlich. Darüber, dass Art. 6 EMRK einschränkbar ist, besteht jedoch weitgehend Einigkeit.⁵⁶ Art. 6 EMRK sieht in Abs. 1 S. 2 nur für den Öffentlichkeitsgrundsatz bestimmte Schranken vor. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betrachtet die allgemeine Beschränkbarkeit aber als selbstevident und begründet sie deshalb nicht.⁵⁷ Wie bei der Grundrechtsdogmatik spricht für die Möglichkeit der Beschränkung, dass eine Kollision mit anderen Rechten und Interessen überhaupt nicht gelöst werden kann, wenn von der Absolutheit des Rechts aus Art. 6 EMRK ausgegangen wird. Es ist nicht überzeugend, von der Vorrangigkeit des Rechts auf ein faires Verfahren gegenüber hochrangigen Menschenrechten wie etwa dem Leben eines Zeugen (Art. 2 EMRK) auszugehen. Geht man von der grundsätzlichen Begrenzbarkeit des Rechts auf ein faires Verfahren aus, ergibt sich parallel zum grundrechtlichen Anspruch das Problem, dass es sich bei diesem um ein konkretisierungsbedürftiges Recht handelt. Die Konkretisierung obliegt den Vertragsstaa-

ten. Sie bestimmt den Inhalt des Schutzbereichs mit. Sie muss aber nach dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bestimmten Anforderungen genügen, die einer Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechen.⁵⁸ Insofern kann hier weitgehend auf obige Ausführungen verwiesen werden. In der Regel stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte klar, dass das Recht auf ein faires Verfahren nicht absolut ist, d.h. zugunsten anderer Güter zurücktreten kann, wenn dies aufgrund einer Abwägung unbedingt notwendig (strictly necessary) ist.⁵⁹

bb) Interessen, die das Recht auf ein faires Verfahren beschränken können

Damit ist zu klären, welche entgegenstehenden Interessen bei der Abwägung im Rahmen der Angemessenheitsprüfung gegen das Recht auf ein faires Verfahren streiten können. Überwiegen können nur Verfassungsgüter, weil das Recht auf ein faires Verfahren ein Grundrecht ist (siehe oben II.). Dies können zum einen Grundrechte Dritter sein. Beispielsweise kann dem Einsichtsrecht des Verteidigers auch in die Spurenakten, die bei der Telekommunikationsüberwachung Dritter angefallen sind, deren allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entgegenstehen, wenn die Akten nichts zur Straftatfeststellung und Schuldfrage des Beschuldigten beitragen können.⁶⁰ Auch können die Rechte auf Leben oder körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) von Zeugen gebieten, dass deren Name und Anschrift nicht preisgegeben wird oder dass sie nicht vom Beschuldigten befragt werden. Zum anderen können verfassungsrechtlich verankerte Allgemeininteressen widerstreiten. Dazu gehört nach herrschender Meinung und Rechtsprechung vor allem die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips gem. Art. 20 Abs. 3 GG.⁶¹ Sie wird als Oberbegriff für verschiedene Anliegen verwendet.⁶² Der staatliche Strafanspruch soll zeitnah und effektiv durchgesetzt werden. Dadurch soll auch das Vertrauen der Bürger in die staatliche Durchsetzung der Strafe erhalten und gestärkt werden. Die materielle Wahrheit soll zur Grundlage des Strafurteils gemacht werden, was zugleich der Gerechtigkeit dient. Die Ermittlungen sollen möglichst

⁵⁵ BVerfGE 109, 133 (162); *Laufhütte*, in: Hannich (Fn. 8), § 140 Rn. 25, § 141 Rn. 11.

⁵⁶ St. Rspr., s. EGMR Berichte 2000-II, Nr. 45 ff. (Fitt/Vereinigtes Königreich – 29777/96); EuGRZ 1992, 542 (546 f., Croissant/Deutschland – 13611/88), Nr. 29 ff.; *Grabenwarter/Marauhn*, in: Grote/Marauhn (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 16 ff. m.w.N.; *Villiger*, Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., 1999, Rn. 541; a.A. *Fuchs*, ZStW 100 (1988), 444 (457); *Hauck*, NSStZ 2010, 17 (19); *Weigend*, ZStW 116 (2004), 275 (279); aus rechtsphilosophischer Sicht bspw. *Renzikowski*, in: Ius humanum, Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 791, (S. 794 ff.).

⁵⁷ Nachweise in Fn. 56.

⁵⁸ *Gaede* (Fn. 22) S. 687 ff.; S. 712 ff.; *Grabenwarter* (Fn. 31), § 18 Rn. 30; § 19 Rn. 30; *Grabenwarter/Marauhn*, in: Grote/Marauhn (Fn. 17), Kap. 7 Rn. 46 ff.; Kap. 14, Rn. 163 ff. m.w.N.

⁵⁹ EGMR Berichte 1997-III, Nr. 58 (Van Mechelen u.a./Niederlande – 21363/93); Berichte 2000-II, Nr. 45 (Fitt/Vereinigtes Königreich – 29777/96); Berichte 2003-VII, Nr. 42 (Dowsett/Vereinigtes Königreich – 39482/98).

⁶⁰ Vgl. BVerfG NJW 1983, 1043; s.a. *Villiger* (Fn. 57), Rn. 541 ff.

⁶¹ Vgl. etwa BVerfGE 47, 239 (250); 80, 367 (375); 122, 248 (271 f.); *Beulke* (Fn. 18), Rn. 5 (effektive Strafrechtspflege gleichberechtigt mit Recht auf ein faires Verfahren); *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 110; *Niemöller/Schuppert*, AöR 1982, 387 (398 ff.).

⁶² *S. Beulke* (Fn. 18), Rn. 3; *Kühne* (Fn. 1), Einl. Abschn. H Rn. 10 ff. m.w.N.

nicht beeinträchtigt werden, d.h. etwa dass der Beschuldigte nicht von Maßnahmen erfahren darf, die heimlich erfolgen müssen oder die auf einen Überraschungseffekt angewiesen sind. Zwar können diese Anliegen nicht grundsätzlich von der Hand gewiesen werden. Es ist jedoch einzuwenden, dass die Strafrechtspflege immer in einem fairen Verfahren, also justizförmig, zu erfolgen hat. Insbesondere darf die Wahrheit nicht um jeden Preis ermittelt werden. Das Ziel der fairen Behandlung des Beschuldigten darf nicht als Gegenpol des eigentlichen Anliegens einer wirksamen Strafverfolgung verstanden werden. Übergeordneter Zweck muss ein faires Verfahren bleiben. Im Einzelnen muss aber eine Beschränkung von Verteidigungsrechten zulässig sein, wenn ansonsten eine wirksame Strafverfolgung unmöglich wäre.⁶³ Die Beschränkung muss dann jedoch durch einen Ausgleich des Nachteils bei der Verteidigung kompensiert werden. Andernfalls fehlt es an der Verhältnismäßigkeit der Inhaltsbestimmung. Diese Überlegungen müssen erst recht für die Geheimhaltungsinteressen des Staates oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gelten, die die Rechtsprechung ebenfalls als Gegenanliegen berücksichtigt.⁶⁴ So könnte z.B. bei der Sperrung eines Zeugen wegen Geheimhaltungsinteressen gem. § 96 StPO i.V.m. § 110b Abs. 3 S. 3 StPO zu fordern sein, dass entweder ein anderes Gericht als das erkennende die Sperrung überprüft oder ein gesonderter Verteidiger bestellt wird, der nach Akteneinsicht entscheidet, ob eine solche Überprüfung erforderlich ist.⁶⁵

Auch das Problem des Missbrauchs von Verfahrensrechten durch den Beschuldigten (z.B. sinnlose Beweisanträge mit Prozessverschleppungsabsicht) lässt sich überzeugend lösen, wenn man für diese Frage ein entgegenstehendes Recht oder öffentliches Interesse verlangt. In diesem Zusammenhang ist zunächst klarzustellen, dass das Gebot des fairen Verfahrens sich nicht an den Beschuldigten richtet,⁶⁶ da Grundrechte Abwehrrechte gegen den Staat sind, die den Grundrechtsträger nicht seinerseits beschränken können. Allerdings genießt der Beschuldigte, der *ausschließlich* prozesswidrige Zwecke verfolgt, nicht den Schutz des Grundrechts auf ein faires Verfahren. Der Schutzbereich erfasst kein Verhalten, das unter keinem Gesichtspunkt als Verteidigung angesehen werden kann.⁶⁷ Deshalb ist das Grundrecht auf ein faires Verfahren etwa nicht durch § 244 Abs. 3 S. 2 StPO betroffen, da die Ablehnung eines Beweisantrags nach dieser Vorschrift grundsätzlich voraussetzt, dass der Antrag *nur* gestellt wird, um das Verfahren zu verzögern. Wenn aber neben verfahrensfremden jedenfalls auch Verteidigungszwecke verfolgt werden, ist der Schutzbereich eröffnet. Be-

schränkungen der Verteidigung sind dann nur zulässig, wenn entgegenstehende Verfassungsgüter dies erfordern. So kann das Gericht beispielsweise gegen den Beschuldigten, der im Rahmen seiner Verteidigung Zeugen beleidigt, Ordnungsmittel gem. § 177 S. 1 GVG verhängen, um deren Persönlichkeitsrechte zu wahren. Auch darf ein Verteidiger, der seine Mitwirkung dazu missbraucht, Beweismittel zu verfälschen, gem. § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO ausgeschlossen werden, um die Wahrheitsermittlung als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips zu gewährleisten. Wenn die Wahrheitssuche als Schranke des Rechts auf ein faires Verfahren ins Feld geführt wird, sollte aber auch berücksichtigt werden, dass der Beschuldigte nicht nur Hindernis bei der Sachverhaltsaufklärung ist, sondern diese auch fördern kann. Er wird aufgrund seines besonderen Interesses an der Widerlegung der Anklagepunkte dafür sorgen, dass diese kritisch überprüft und gegebenenfalls weitere Informationen berücksichtigt werden.⁶⁸

Die Schranken des grundgesetzlichen Rechts auf ein faires Verfahren könnten aber ihrerseits begrenzt sein, wenn Art. 6 EMRK höhere Anforderungen an sie stellte als das Grundgesetz. Die Schranken des Art. 6 EMRK sind umstritten. „Gute Gründe“, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte teilweise genügen lässt,⁶⁹ können nicht ausreichen, weil dies dem hohen Stellenwert, den auch der Gerichtshof dem Recht auf ein faires Verfahren beimisst, nicht gerecht wird.⁷⁰ Auf der anderen Seite können aber nicht allein kollidierende Konventionsrechte einschränkend wirken.⁷¹ Denn die EMRK ist bereits hinsichtlich ihrer Aufzählung der Menschenrechte nicht abschließend (vgl. Art. 53 EMRK). Sie kann außerdem übergeordnete, gewöhnlich in einer Staatsverfassung geregelte Prinzipien etwa zur Staatsorganisation (z.B. Demokratie-, Sozialstaatsprinzip) nicht enthalten, weil sie nur eine Menschenrechteerklärung ist. Insofern müssen auch andere öffentliche Interessen als kollidierende Konventionsrechte zur Einschränkung des Rechts auf ein faires Verfahren führen können.⁷² Dabei muss aber die Hochrangigkeit des Rechts beachtet werden. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die EMRK wie das Grundgesetz ein *überwiegendes* öffentliches Interesse verlangt. Besonderheiten gegenüber der Grundrechtsprüfung ergeben sich daraus, dass die Konventionsrechte so ausgelegt werden müssen, dass sie im konkreten Einzelfall auch tatsächlich Wirksamkeit entfalten (effective safeguards).⁷³ Außerdem verlangt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte über die Verhältnismäßigkeit hinaus, dass Einschränkungen der Verteidigungsrechte durch andere

⁶⁸ Vgl. Hörnle, *Rechtstheorie* 35 (2004), 175 (193 f.).

⁶⁹ Vgl. etwa EGMR Berichte 2001-X, Nr. 58 ff. (Brennan/ Vereinigtes Königreich – 39846/98).

⁷⁰ Gaede (Fn. 22), S. 699, S. 712 ff.; Grabenwarter/Marauhn, in: Grote/Marauhn (Fn. 16), Kap. 7 Rn. 36 ff.

⁷¹ So aber beispielsweise Roth, *EuGRZ* 1998, 495 (499).

⁷² Gaede (Fn. 22), S. 700, S. 712; Grabenwarter (Fn. 31), § 24 Rn. 114; vgl. etwa EGMR Berichte 1999-III, Nr. 113 (Chassagnou u.a./Frankreich – 25088/94); zur a.A. s. Gaede (Fn. 22), S. 701 m.w.N.

⁷³ Vgl. etwa EGMR Serie A 37, Nr. 33 (Artico/Italien – 6694/74); Gaede (Fn. 22), S. 90 m.w.N.

⁶³ Wie hier Rzepka (Fn. 4), S. 264 f.; Niemöller/Schuppert, *AöR* 1982, 387, 399 ff.; krit. auch Hassemer, *StV* 1982, 275 ff.; Riehle, *KJ* 1980, 316 ff.; weitere Nachweise zur Kritik bei Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. H Rn. 12.

⁶⁴ Vgl. etwa BVerfGE 57, 250 (284); 63, 45 (66); BGHSt 31, 148 (155).

⁶⁵ Vgl. Gaede, *StV* 2006, 599 (605).

⁶⁶ Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. I Rn. 113 m.w.N.

⁶⁷ Allg. dazu Fahl, *Rechtsmissbrauch im Strafprozess*, 2004, S. 117 ff. m.w.N.; Kühne (Fn. 1), Einl. Abschn. H Rn. 40 ff.

überprüfbare Verfahrensvorteile ausgeglichen werden müssen.⁷⁴

2. Berücksichtigung des Rechts auf ein faires Verfahren bei Abwägungs- und Ermessensentscheidungen

Anders als bei der Inhaltsbestimmung ist für die Überprüfung der Anwendung einer Vorschrift, die das faire Verfahren tangiert, der Dreischritt Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung einzuhalten (siehe oben 1. b) aa). Dies gilt allerdings nur, wenn es sich um eine Abwägungs- oder Ermessensentscheidung handelt. Bei gebundenen Entscheidungen hat der Gesetzgeber die Abwägung abschließend vorgenommen und dem Rechtsanwender keinen Entscheidungsraum belassen. Lässt er dagegen Entscheidungsalternativen, muss diejenige gewählt werden, die verhältnismäßig ist. Bei der Angemessenheit ist eine Abwägung vorzunehmen, ob die Wertigkeit des im Einzelfall bezweckten öffentlichen Interesses außer Verhältnis zur Intensität des konkreten Eingriffs steht. An dieser Stelle besteht demnach für den Rechtsanwender ein höheres Begründungserfordernis und er darf die betroffenen Interessen nicht nur abstrakt gegeneinander abwägen, sondern muss die Schwere des jeweiligen Eingriffs berücksichtigen. Beispielsweise müssen Staatsanwaltschaft und Gericht bei der Frage der Verbindung zusammenhängender Strafsachen nach § 2 StPO auch die Fairness gegenüber dem Beschuldigten beachten. So darf eine Verbindung nicht erfolgen, wenn der Angeklagte aufgrund des Verbots der Mehrfachverteidigung seinen Verteidiger verlieren würde.⁷⁵ Ein weiteres Beispiel für eine richterliche Ermessensentscheidung ist die Pflichtverteidigerbestellung gem. § 140 Abs. 2 StPO. Der Anspruch auf ein faires Verfahren kann dazu führen, dass über die aufgezählten Fälle hinaus ein Verteidiger zu bestellen ist. So reduziert sich das Ermessen hinsichtlich der Bestellung eines Verteidigers im Vorverfahren gem. § 141 Abs. 3 StPO auf Null, wenn der unverteidigte Beschuldigte von der Anwesenheit bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung des Hauptbelastungszeugen ausgeschlossen ist (§§ 68 Abs. 3, 168c Abs. 3 S. 2 StPO).⁷⁶ Auch muss der Richter das Recht auf effektive Verteidigung als Ausfluss des fairen Verfahrens bei der Ladungsfrist zur Hauptverhandlung (§ 217 Abs. 1 StPO) insofern beachten, als er der Verteidigung nach den konkreten Gegebenheiten ausreichend Zeit geben muss, sich vorzubereiten. Ebenso muss er bei der Terminbestimmung (§ 213 StPO) die Verhinderung des Verteidigers berücksichtigen. Während der laufenden Hauptverhandlung vorgenommene Ermittlungen durch das Gericht müssen den Verteidiger grundsätzlich einbeziehen.⁷⁷ Auch bei Abwägungen wie insbesondere bei der Frage, ob eine rechtswidrige Beweisgewinnung zu einem Verwertungsver-

bot führt, ist das Recht auf ein faires Verfahren einzustellen.⁷⁸

3. Zusammenfassendes Prüfungsschema für das Recht auf ein faires Verfahren

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Recht auf ein faires Verfahren in der Strafverfolgungspraxis an zwei Stellen zu berücksichtigen ist: bei der Auslegung sowie im Rahmen von Ermessens- und Abwägungsentscheidungen. Erstens sind strafprozessuale Vorschriften verfassungskonform im Lichte des Grundrechts auf ein faires Verfahren zu interpretieren, wenn sie in dessen Schutzbereich fallen. Zusätzlich ist im Wege völkerrechtskonformer Auslegung Art. 6 EMRK zu beachten, wenn die auszulegende Norm auch in dessen Anwendungsbereich fällt. Dabei geht Art. 6 EMRK als Folge des Prinzips der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes dem deutschen Recht vor. Als Inhaltsbestimmungen des Grundrechts sind Normen verfassungsgemäß, wenn sie nicht gegen übriges Verfassungsrecht (insbesondere andere Grundrechte wie Art. 3 GG) verstoßen und wenn sie verhältnismäßig sind. Verhältnismäßig sind sie, wenn sie für den erstrebten legitimen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sind. Bei der Angemessenheit sind entgegenstehende Interessen zu berücksichtigen, soweit es sich um Verfassungsgüter handelt. Nötigenfalls muss die Verhältnismäßigkeit bei der Auslegung hergestellt werden, indem etwa der Anwendungsbereich der Regelung eingeschränkt oder Ausgleichsmaßnahmen hineingelesen werden. Zweitens ist das Recht auf ein faires Verfahren beim Erlass von Einzelmaßnahmen zu berücksichtigen. Es kann jedoch nur bei Ermessens- und Abwägungsentscheidungen relevant werden, denn bei gebundenen Entscheidungen hat der Gesetzgeber die Abwägung mit widerstreitenden Interessen abschließend getroffen. Hat der Gesetzgeber einen Entscheidungsspielraum gelassen, darf dieser nicht ermessensfehlerhaft ausgefüllt worden sein. Dies ist der Fall, wenn die Ermessensgrenzen überschritten wurden, d.h. insbesondere, wenn die Maßnahme unverhältnismäßig ist. Im Rahmen der Angemessenheit ist zu prüfen, ob die Schwere der konkreten Maßnahme, die das Grundrecht auf ein faires Verfahren berührt, außer Verhältnis zu ihrem Zweck, etwa einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, steht.

4. Verdeutlichung des Schemas anhand des Besuchsraum-Falls

Das Prüfungsschema soll anhand der in der Einleitung angesprochenen Besuchsraum-Entscheidung⁷⁹ des Bundesgerichtshofs verdeutlicht werden. Der Angeklagte war des Mordes verdächtig und saß in Untersuchungshaft. Er bestritt die Tat. Der Ermittlungsrichter ordnete mangels anderer Überführungsmöglichkeiten an, den Besuch der Ehefrau in einem gesonderten Raum abzuwickeln, dabei von der üblichen Aufsicht durch Vollzugsbeamte abzusehen und das Gespräch heimlich aufzuzeichnen. Der Angeklagte belastete sich in der

⁷⁴ Vgl. etwa EGMR HRRS 2005, Nr. 1 (Rn. 102 ff., Edwards u. Lewis/Vereinigtes Königreich – 39647/98; 40461/98); Serie A 166, Nr. 43 (Kostovski/Niederlande – 11454/85).

⁷⁵ BVerfG StV 2002, 578 (580 f.).

⁷⁶ BGHSt 46, 93 (94 ff.).

⁷⁷ BGH NSTZ 2010, 53.

⁷⁸ Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 6. Aufl., 2008, Rn. 362 ff.; bes. Rn. 363, Rn. 382, Rn. 416; zum Beweisrecht und Art. 6 EMRK s. Gaede, JR 2009, 493, 494 ff.

⁷⁹ BGH NJW 2009, 2463.

Unterhaltung. Der *Senat* hielt die Anordnung für rechtswidrig. Eine Gesamtschau, die sämtliche Umstände der Überwachung einbeziehe, ergebe, dass „gleich mehrere rechtsstaatliche Grundsätze tangiert wurden, und das nicht nur am Rande“.⁸⁰ Deshalb sei der Anspruch auf ein faires Verfahren verletzt. Nach dem hier entwickelten Prüfungsschema ist dagegen nicht auf eine Gesamtschau abzustellen. Vielmehr ist zu prüfen, ob bei der Ermessensentscheidung über die Überwachungsanordnung das Recht auf ein faires Verfahren ausreichend berücksichtigt wurde. Nach Maßgabe der unter 2. dargestellten Kriterien war dies hier nicht der Fall. Der Schutzbereich des Rechts auf ein faires Verfahren ist eröffnet. In diesen fallen auch Maßnahmen, die die Freiheit des Beschuldigten betreffen, sich für oder gegen ein Geständnis zu entscheiden. Davon ist das Abhören eines möglicherweise belastenden Gesprächs erfasst. Die Anordnung ist ein Eingriff. Der Eingriff ist auch nicht gerechtfertigt. Er beruht zwar auf einer verhältnismäßigen Inhaltsbestimmung des Rechts auf ein faires Verfahren, nämlich auf § 100f StPO. Dessen Tatbestandsvoraussetzungen waren hier erfüllt.⁸¹ Die Anordnung war aber nicht verhältnismäßig. Zweck des Eingriffs war es, den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen. Dieses Anliegen findet seine verfassungsrechtliche Verankerung im Rechtsstaatsprinzip, ist also ein legitimes Ziel. Zur Zweckerfüllung war die Anordnung geeignet, weil der Beschuldigte durch seine Äußerungen den Verdacht bestätigte. Die Gesprächsüberwachung war auch erforderlich, weil es mangels Alternativen keine milderen Mittel zur Überführung gab. Jedoch war sie nicht angemessen. Die Schwere des Eingriffs stand außer Verhältnis zum verfolgten Zweck. Zwar ist hier das Interesse an der Durchsetzung des Strafanspruchs besonders groß, weil es sich bei einem Mord um Schwerststrafbarkeit handelt. Jedoch überwiegt dieses Interesse angesichts der Schwere des Eingriffs nicht. Der Eingriff war besonders einschneidend, weil die Strafverfolgungsorgane die Lage des Angeklagten in Haft missbrauchten und in ihm aktiv die Fehlvorstellung hervorriefen, er sei unbeobachtet, um ihn dadurch zu veranlassen, sich selbst zu belasten. Anders als bei der zulässigen kriminalistischen List, bei der der Beschuldigte etwa durch Fangfragen zur Selbstbelastung verleitet wird, war dem Angeklagten nicht bewusst, dass die Strafverfolgungsorgane mithörten und seine Aussagen gegen ihn verwendet würden. Im Unterschied zu zulässigen heimli-

⁸⁰ BGH NJW 2009, 2463 (2466).

⁸¹ § 100f StPO wäre selbst bei verfassungskonformer Auslegung im Lichte des informationellen Selbstbestimmungsrechts, die zu einem Verbot des Abhörens von Gesprächen in der Intimsphäre führen müsste, anwendbar. Denn es handelt sich wegen des Straftatbezugs um ein Gespräch in der Privatsphäre. Eingriffe in diese sind gerechtfertigt, wenn andere öffentliche Interessen in Anbetracht der Schwere des Eingriffs überwiegen. Dies ist wegen des besonders großen Interesses an der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs angesichts der Schwere der Straftat (Mord) hier der Fall. Siehe dazu die Überlegungen des BGH zur Übertragung der Kernbereichsregelungen von §§ 100c und 100a StPO auf § 100f StPO (BGH NStZ 2009, 2463 [2464 f.]).

chen Ermittlungsmaßnahmen, die auch in Untersuchungshaft eingesetzt werden dürfen, haben die Behörden die Unkenntnis von der Überwachung nicht nur ausgenutzt, sondern einen Irrtum gezielt verursacht, indem sie eine Sonderbehandlung vortäuschten. Erschwerend kommt hinzu, dass die Untersuchungshaft entgegen ihrer Funktion, der Verfahrenssicherung, angewendet wurde, um den schweigenden Angeklagten zum Reden zu bringen. Die Anordnung war demnach unverhältnismäßig und damit rechtswidrig.⁸²

Zu einem anderen Ergebnis kommt man auch nicht, wenn man Art. 6 EMRK berücksichtigt.

Zwar ist der Schutzbereich eröffnet, insbesondere weil die Inhaftierung eine „Anklage“ im Sinne des Konventionsrechts ist. Jedoch hilft der Wortlaut der Norm hinsichtlich der inhaltlichen Gewährleistungen hier nicht weiter. Auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist nicht weiterführend. Die beiden einschlägigen Fälle Allan und Bykov unterscheiden sich wesentlich vom hiesigen Sachverhalt, weil der Gesprächspartner von staatlicher Seite auf den Angeklagten angesetzt worden war.⁸³ Die Strafverfolgungsbehörden nahmen vorliegend aber keinen Einfluss auf die Ehefrau. Das Täuschungsmoment liegt in dem besonderen Arrangement des Besuchs.⁸⁴

IV. Fazit

Richtig an der Besuchsraum-Entscheidung ist, dass sie dem Recht auf ein faires Verfahren Geltung auch in der strafprozessualen Praxis zu verschaffen sucht.⁸⁵ Zutreffend wurde aber kritisiert, dass die Gesamtschau ein unklares Prüfungskriterium ist.⁸⁶ Es ist unvorhersehbar, wann das Recht eingreift und was es inhaltlich verlangt.⁸⁷ Deshalb ist ihr die hier vorgeschlagene Grundrechtsprüfung vorzuziehen. Zuzugeben ist, dass ein Rest Unbestimmtheit insbesondere im Rahmen der Angemessenheit bleibt. Jedoch ist die Grundrechtsdogmatik wesentlich ausdifferenzierter als eine allgemeine Gesamtschau ohne bestimmte Vorgaben. Es ist eine genauere Antwort darauf möglich, wann das Recht auf ein faires Ver-

⁸² Da die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Recht auf ein faires Verfahren in diesem Beitrag nicht behandelt werden (s. Fn. 1), wird hier nicht auf die Frage eingegangen, ob aus dem Beweiserhebungsverbot auch ein Verwertungsverbot folgt. Der BGH bejaht dies (NJW 2009, 2463 [2467]).

⁸³ EGMR JR 2004, 127 (Allan/Vereinigtes Königreich – 48539/99); HRRS 2009, Nr. 360 (Bykov/Russland – 4378/02).

⁸⁴ Selbst wenn man mit den Ausführungen in *Bykov* (Fn. 83) hier eine Verletzung des konventionsrechtlichen Anspruchs auf ein faires Verfahren verneint, weil es dem Angeklagten freistand, sich zu äußern (so *Hauck*, NStZ 2010, 17 [21]), kann der grundgesetzliche Maßstab höher sein als der konventionsrechtliche (s. o. III. 1. a).

⁸⁵ *Marxen/Rösing*, Famos 09/2009, S. 6, zu finden unter: <http://www.fall-des-monats.de/>.

⁸⁶ *Engländer*, JZ 2009, 1179 (1180); *Rogall*, HRRS 2010, 289 (291 ff.); *Zuck*, JR 2010, 17 ff.

⁸⁷ So auch die allgemeine Kritik am Recht auf ein faires Verfahren, s. etwa *Beulke* (Fn. 18), Rn. 28.

fahren in der alltäglichen Strafrechtspraxis überhaupt eine Rolle spielt: nämlich nur dann, wenn sein Schutzbereich eröffnet ist und nicht speziellere Grundrechte greifen. Auch die inhaltlichen Kriterien sind präziser. Es wird keine vage Gesamtbewertung vorgenommen. Vielmehr werden im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vier Fragen unterschieden: Verfolgt die Inhaltsbestimmung bzw. die Einzelmaßnahme überhaupt einen legitimen Zweck, nämlich die Verwirklichung eines Verfassungsguts? Ist sie zur Erreichung dieses Zwecks geeignet? Gibt es mildere Mittel (Erforderlichkeit)? Und steht der jeweilige Eingriff in das Grundrecht auf ein faires Verfahren außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck (Angemessenheit)? Der Vagheit der letzten Frage kann begegnet werden, indem hier auf die Kriterien zurückgegriffen wird, die in den verschiedenen Fallgruppen des fairen Verfahrens (z.B. Waffengleichheit, Fürsorgepflicht) entwickelt wurden. Diese Maßgaben machen das Grundrecht auf ein faires Verfahren auch für die Praxis handhabbar.