

AUSGABE 12/2007

S. 464 - 488

2. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafprozessrecht

**Präventivhaft für terrorismusverdächtige „Gefährder“:
eine Option für Deutschland?**

Von Prof. Dr. Susanne C. Walther, Köln 464

**Abstraktes Recht und konkreter Wille
Anmerkungen zur Einstellung des Mannesmann-
Verfahrens nach § 153a StPO**

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Hamburg, RD Dr. Stefan Sinner,
Berlin 476

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

**Heinz-Bernd Wabnitz/Thomas Janovsky (Hrsg.),
Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts,
3. Aufl. 2007**

(Prof. Dr. Bernd Hecker, Gießen) 483

**Klaus-Peter Ohlemann, Historische Entwicklung der
Gefangenenmitverantwortung in den deutschen
Gefängnissen, 2007**

(Prof. Dr. Klaus Laubenthal, Würzburg) 485

**Wilfried Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechens-
opfers, 2007**

(Wiss. Mitarbeiter Dr. Stefan Harrendorf, Göttingen) 486

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dres. h.c. Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai
Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Präventivhaft für terrorismusverdächtige „Gefährder“: eine Option für Deutschland?*

Von Prof. Dr. Susanne C. Walther, LL.M., Köln

*Eternal Vigilance Is The Price of Liberty (Thomas Jefferson)*¹

I. Einführung

Die Angst vor islamistischen terroristischen Anschlägen auch in Deutschland hat Rechtentwicklungen in Gang gesetzt, die möglicherweise zu grundlegenden Veränderungen im System des Rechts- und Verfassungsstaates führen. So wird beispielsweise in Erwägung gezogen, Instrumentarien in einem neuen Rechtsgebiet („zwischen Friedensrecht und Kriegsrecht“) zu schaffen², offenbar mit dem Ziel, für den Rechtsschutz gegen Eingriffsmaßnahmen abgesenkte Sonderregeln zu entwickeln. In diesem Kontext wird auch erwogen, eventuell eine spezielle „Vorbeuge- oder Sicherungshaft“ gegenüber Terrorismusverdächtigen einzuführen³. Auch im Ausland gab es Bestrebungen, eine solche Präventivhaft einzuführen; neben England⁴ sind vor allem die USA zu nennen.

Ich will im Folgenden zunächst etwas näher auf die Situation in den USA eingehen (II.). Anschließend zeige ich auf, inwieweit bereits das geltende deutsche Recht es erlaubt, Personen in „Präventivhaft“ zu nehmen (III.). Schließlich wird die Frage gestellt, wie die vorhandenen Gesetze, die Präventivhaft ermöglichen, im Licht von Art. 5 EMRK er-

* Der Beitrag entstand teilweise während eines Forschungsaufenthaltes an der Boston College Law School in Newton, Massachusetts, USA. Für die großzügige finanzielle Förderung danke ich der Fritz-Thyssen-Stiftung, Köln. Meinen Mitarbeitern *Sebastian Wollschläger* und *Sebastian Kießling* danke ich für tatkräftige Unterstützung bei Recherchen.

¹ Verfasser der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776; dritter Präsident der Vereinigten Staaten (1801-1809).

² Dazu *Der Spiegel* Nr. 28/2007, S. 18 („Dritte Spur“).

³ Dazu Bundesinnenminister Dr. *Wolfgang Schäuble* im Sommer 2007, veröffentlicht in: *Der Spiegel* Nr. 28/2007, S. 31. Die Idee ist freilich nicht neu, vgl. das Interview mit dem damaligen Bundesinnenminister *Otto Schily* in: *Süddeutsche Zeitung* v. 3.8.2005, sowie den Gastkommentar von *Venohr* in: *AnwBl.* 2004, 347.

⁴ Nach dem 11. September 2001 verabschiedete das britische Unterhaus ein Anti-Terror-Gesetz, das vorsah, ausländische Terrorismusverdächtige unter Aussetzung von Art. 5 Abs. 1 f) der Europäischen Menschenrechtskonvention auf unbestimmte Zeit und ohne strafrechtliche Beschuldigung zu inhaftieren, sofern sie nicht bereit sein sollten, Großbritannien freiwillig zu verlassen. Im Dezember 2004 verwarf das House of Lords die Maßnahme als konventionswidrig, *House of Lords, A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Dept.*, 16. Dez. 2004, (2004) UKHL 56. Anfang November 2005 scheiterte der Versuch der britischen Regierung, ein Anti-Terror-Gesetz zu verabschieden, das es erlaubt hätte, Terrorverdächtige bis zu 90 Tagen ohne Anklage in Polizeigewahrsam zu nehmen, bei einer Abstimmung im Unterhaus, *FAZ* v. 10.11.2005, S. 1.

scheinen (IV.) und ob es mit der EMRK vereinbar wäre, künftig ein neues, an den Begriff des „Gefährders“ anknüpfendes Konzept von Präventivhaft zu entwickeln (V.).

II. „Preventive detention“ nach dem 11. September: Beispiel USA

Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 machte das amerikanische Justizministerium in großzügiger Weise von dem Instrument der „Präventivhaft“ (preventive detention) Gebrauch. Die Kampagne wurde mit der Notwendigkeit begründet, weitere Terrorakte zu verhindern,⁵ und zielte auf Ausländer arabischer Herkunft, die verdächtigt wurden, in irgendeiner Weise mit „terroristischer Aktivität“ in Verbindung zu stehen, insbesondere, einer terroristischen Organisation vorsätzlich oder fahrlässig „erhebliche Unterstützung“ zu gewähren.⁶ Strafprozessuale Befugnisse spielten nur eine untergeordnete Rolle⁷; vielmehr bediente man sich neben der im Bundesstrafrecht verankerten Befugnis, „wichtige Zeugen“ in Gewahrsam zu nehmen⁸, hauptsächlich des Verwaltungsrechts. Zu den wichtigsten Instrumenten im Kampf gegen Kriminalität allgemein, speziell aber im Kampf gegen den Terrorismus, gehören in den USA seit langem die Einwanderungsgesetze.⁹ Die Abschiebung (deportation) ist heute eine quasi automatische Konsequenz einer strafrechtlichen Verurteilung.¹⁰ Doch braucht es zu einem Strafverfahren gar nicht zu kommen. Denn es steht im kaum kontrollierbaren Ermessen des Justizministeriums, Ausländer, die verdächtig sind, sich einer Verletzung von Einwanderungsbestimmungen schuldig gemacht und daher ihr Aufenthaltsrecht verwirkt zu haben, bis zur Entscheidung über eine Abschiebung

⁵ Instrukтив *Cole*, 38 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 1 (2003); *Lobel*, 25 T. Jefferson L. Rev. 389 (2003), 391.

⁶ 8 U.S.C. § 1182 (a) (3) (B) (iv) (VI); 18 U.S.C. § 2339B.

⁷ Die Möglichkeit, Untersuchungshaft anzuordnen, unterliegt im amerikanischen Recht traditionell engen verfassungsrechtlichen Kautelen; dazu *LaFave/Israel/King*, *Criminal Procedure*, 2. Aufl. 1999, § 12.3.

⁸ 18 U.S.C. § 3144. Die Regierungsorgane stellten sich dabei auf den Standpunkt, dass die Einberufung einer Anklagejury (grand jury) die Voraussetzung eines laufenden Strafverfahrens bereits erfüllt. Bestätigend *United States v. Awadallah*, 349 F.3d 42 (2nd Cir. 2003); kritisch *Abrams*, *Anti-Terrorism and Criminal Enforcement*, 2. Aufl. 2005, S. 74 f., 85 ff.; *Lobel*, 25 T. Jefferson L. Rev. 389 (2003), 394.

⁹ In den verwaltungsrechtlichen Abschiebungsverfahren gelten nur rudimentäre rechtsstaatliche Grundsätze, nicht die strenger Grundrechtsgewährleistungen, die im Strafverfahren zu beachten sind. Sehr kritisch dazu *Kanstrom*, 113 Harvard L. Rev. 1890 (2000); *ders.*, 29 N. Carolina J. Int'l L. and Commercial Reg. 639 (2004), 650.

¹⁰ Dazu *Kanstrom*, 113 Harvard L. Rev. 1890 (2000).

in Vorbereitungshaft zu nehmen.¹¹ Während in solchen Fällen während des Rechtsschutzverfahrens normalerweise eine Freilassung auf Kautionsmöglichkeit ist, wurde diese Regel nach den Anschlägen vom 11. September durch Exekutivverordnung außer Kraft gesetzt.¹² Da die Bestimmungen der Einwanderungsgesetze äußerst flexibel sind und praktisch jederzeit ein Grund gefunden werden kann, der für die Einleitung eines Deportationsverfahrens ausreicht¹³, war dieses Instrument die erste Wahl, um Ausländer, die für die Regierung „von Interesse“ waren, in Gewahrsam zu nehmen.¹⁴

Im Vergleich zu diesen ausländerrechtlichen Instrumentarien nimmt sich die mit dem USA PATRIOT Act vom 26. Oktober 2001¹⁵ neu eingeführte Spezialbestimmung mit dem Titel „Obligatorische Freiheitsentziehung von Terrorismusverdächtigen“ fast als rechtsstaatlich aus. Die Bestimmung sieht vor, dass Ausländer, die vom Justizministerium als „Terrorismusverdächtige“ oder sonst als Gefahr für die nationale Sicherheit eingestuft werden, bis zur Klärung ihres Aufenthaltsstatus in Haft zu nehmen sind.¹⁶ Der Begriff des „Terrorismusverdächtigen“ ist weit gefasst. Neben einer bereits begangenen Terroristat einschließlich der Beteiligung, der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung oder der Teilnahme an einem Trainingslager einer Terrororganisation genügen „vernünftige Gründe für die Annahme“, dass sich der Betroffene „wahrscheinlich“ an „terroristischen Aktivitäten“ beteiligen wird.¹⁷ Innerhalb von sieben Tagen muss entweder ein Abschiebeverfahren eingeleitet oder es muss dem Betroffenen gegenüber ein förmlicher Anklagevorwurf gemacht und bei Gericht eingereicht werden (charge), andernfalls ist er freizulassen.¹⁸ Wird eine Anklage eingereicht, so kann die Freiheitsentziehung aufrecht erhalten werden. Wird die Abschiebung angeordnet, so ist im Vollzugsverfahren eine (weitere) Freiheitsentziehung von bis zu

90 Tagen möglich¹⁹; doch kann diese Abschiebehaft bei Personen, die als gefährlich eingestuft werden, mehrfach um jeweils sechs Monate verlängert werden.²⁰ Selbst wenn Abschiebungshinderungsgründe vorliegen bzw. gerichtlich festgestellt worden sind kommt eine Freilassung nur in Betracht, nachdem das Justizministerium die Gefährlichkeitseinstufung aufgehoben hat.²¹ In jedem Fall muss eine Freiheitsentziehung auf Grund dieses Gesetzes alle sechs Monate vom Justizministerium überprüft werden; die Freilassung kann mit Bedingungen versehen werden, die im Ermessen des Ministeriums liegen.²² Im Übrigen ist jederzeit gerichtlicher Rechtsschutz (nur) im Wege der Grundrechtsbeschwerde zu den Bundesgerichten möglich (Habeas-Corpus-Verfahren).²³ Für Revisionsverfahren gegen Entscheidungen eines Bundesdistriktsgerichts ist allein das Bundesappellationsgericht für den District of Columbia zuständig.²⁴ Indessen: Wiewohl man diese Schutzvorkehrungen aus der Perspektive des Betroffenen bloß als äußerstes Minimum ansehen mag – sie kamen in der Praxis gar nicht zum Zuge, denn das Justizministerium schien die Sondernorm des USA PATRIOT Act für ihre Inhaftierungs-Kampagne gar nicht zu benötigen.²⁵ Bis Anfang Januar 2004 wurden mehr als 5000 ausländische Staatsangehörige auf der Grundlage der alten, „allgemeinen“ Gesetze – hauptsächlich der Einwanderungsgesetze – inhaftiert.²⁶ Viele konnten dabei weder Angehörige noch Anwälte von ihrer Inhaftierung in Kenntnis setzen.²⁷ Doch wurde in dieser Zeit nur eine verschwindende Minderheit von Personen wegen Terrorismusdelikten strafrechtlich verfolgt.²⁸ Schließlich wurde auch rege Gebrauch gemacht von der im amerikanischen Recht bestehenden Möglichkeit, Personen

¹¹ *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777. Deportationsverfahren gegen Einreisende können sogar geheim geführt werden. Das Justizministerium kann die umgehende Abschiebung eines einreisenden Ausländers anordnen, ohne dass es einer Anhörung des Betroffenen bedarf, sofern es aufgrund „vertraulicher Information“ davon überzeugt ist, dass die betreffende Person eine Gefahr für die nationale Sicherheit darstellt und die Bekanntgabe der relevanten Unterlagen die öffentliche Sicherheit gefährden würde; *Note*, 118 Harv. L. Rev. 1962 (2005).

¹² *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777; *Lobel*, 25 T. Jefferson L. Rev. 389 (2003), 393.

¹³ Siehe *Kanstrom*, 29 N. Carolina J. Int'l L. and Commercial Reg. 639 (2004), 642: „Almost any non-citizen can be deported at almost anytime if an immigration agent wants to look closely enough at his or her case.“

¹⁴ *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777.

¹⁵ Das Akronym steht für: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT), Act of 2001, P.L. 107-56, 115 Stat. 272 (2001).

¹⁶ 8 U.S.C. § 1226a, abgedruckt bei *Abrams* (Fn. 8), S. 96 f.

¹⁷ 8 U.S.C. § 1226a (a) (3) (B).

¹⁸ 8 U.S.C. § 1226a (a) (5).

¹⁹ 8 U.S.C. § 1231(a) (1) (A).

²⁰ 8 U.S.C. § 1226a (a) (6). Ob im Falle des Terrorismusverdachts sogar eine unbegrenzte Inhaftierung in Betracht käme, ist auf Grundlage der Entscheidung des U.S. Supreme Court in *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001), kontrovers. Generell gilt jedenfalls der Grundsatz, dass nach Ablauf von 6 Monaten die Begründungslast steigt und die Inhaftierung aufzuheben ist, wenn die Abschiebung nicht in naher Zukunft zu erwarten ist.

²¹ 8 U.S.C. § 1226a (a) (2); *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1776.

²² 8 U.S.C. § 1226a (a) (7).

²³ Gemäß 8 U.S.C. § 1226a (b) (2) (A) kann sie auch direkt beim Obersten Gerichtshof eingelegt werden (der die Sache an sich ziehen oder an das zuständige Bezirksgericht verweisen kann, 28 U.S.C. § 2241 [b]).

²⁴ 8 U.S.C. § 1226a (b).

²⁵ So *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777.

²⁶ *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), 1777; zu konkreten Fallbeispielen siehe *Kanstrom*, 29 N. Carolina J. Int'l L. and Commercial Reg. 639 (2004), 642; vgl. auch *Note*, 82 N.Y.U. L. Rev. (2007), 602, 623 ff.

²⁷ *Kanstrom*, 29 N. Carolina J. Int'l L. and Commercial Reg. 639 (2004), 642.

²⁸ Nach *Cole*, 113 Yale L.J. 1753 (2004), wurden drei Personen angeklagt, von denen nur eine wegen eines Terrorismusdelikts verurteilt wurde.

mit der Behauptung, sie könnten im Besitz wichtiger Informationen sein, als „wichtige Zeugen“ (material witnesses) aufgrund von Fluchtgefahr richterlich in Haft nehmen zu lassen.²⁹

Neben dieser Kampagne, die sich gegen vermeintlich gefährliche Ausländer im Inland richtete, nimmt der Präsident der Vereinigten Staaten in seiner Eigenschaft als Oberster Befehlshaber der Streitkräfte die Befugnis in Anspruch, Personen, die im „Krieg gegen den Terrorismus“ als „feindliche Kämpfer“ identifiziert worden sind, in Militärhaft nehmen zu lassen, gleichgültig welche Staatsangehörigkeit sie besitzen.³⁰ Dass auch für diese Personengruppe das Prinzip möglichst langfristiger Inhaftierung unter Verfolgung vorgeblich präventiver Zwecke gilt und nicht etwa der raschen Betreibung von Strafverfolgung, verdeutlicht eine Lektüre der Entscheidung des Appellationsgerichts für den 4. Bundesbezirk – das als das konservativste der Bundesgerichte gilt – vom September 2005 im Fall *Padilla v. Hanft*. Demnach sind es drei Hauptziele, die für die Exekutive im Vordergrund stehen und für deren Erreichung das Strafrecht als wenig geeignet angesehen wird: Erstens geht es darum, die Rückkehr von „feindlichen Kämpfern“ „auf das Schlachtfeld“ zu verhindern (und das Schlachtfeld, so darf angemerkt werden, ist im Kampf um den internationalen Terrorismus zeitlich und örtlich unbegrenzt); zweitens, für den weiteren Kampf gegen den Terrorismus interessantes Informationsmaterial von dem Inhaftierten zu erlangen; und drittens, jegliche Kommunikation mit Gleichgesinnten zu unterbinden.³¹ Die Strategie dieser sogenannten Präventivhaftierung, die zunächst auf ausländische Feinde gemünzt war, greift unterdessen auch auf die eigenen Staatsangehörigen über. Eine Richtermehrheit im U.S. Supreme Court öffnete die Tür dafür Mitte 2004: die Klassifizierung als „feindlicher Kämpfer“ sei auch für einen US-Bürger zulässig. Jedenfalls wenn er auf feindlichem Territorium im Ausland im Kontext kriegerischer Auseinandersetzung, konkret in Afghanistan, aufgegriffen wurde, darf er – auf unbestimmte Zeit – in Haft genommen werden.³² Als Rechtsgrundlage wird zum einen auf Kriegsgewohnheitsrecht verwiesen, und, da die Freiheitsentziehung eigener Staatsangehöriger nach Bundesgesetz unter dem Vorbehalt eines speziellen Gesetzes steht³³, auf ein Gesetz des US-Kongress zur Autorisierung von Militärgewalt vom 18. September 2001³⁴, das den Präsidenten ermächtigt, jeden „notwendigen

und angemessenen Zwang“ gegen Nationen, Organisationen oder Personen auszuüben, die der Beteiligung an den Anschlägen vom 11. September verdächtig sind, um künftige terroristische Anschläge zu verhindern. Die weitere Inhaftierung unterliegt nach der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court nur rudimentären Verfahrensgarantien, um den rechtsstaatlichen Anforderungen der amerikanischen Verfassung an Freiheitsentziehungen zu entsprechen. Der Betroffene hat das Recht, über die tatsächlichen Grundlagen seiner Einordnung als „feindlicher Kämpfer“ informiert zu werden, und er muss eine „angemessene Gelegenheit“ erhalten, um vor einem neutralen Entscheidungsorgan die Behauptungen der Exekutive zu widerlegen.³⁵ Ein solches Verfahren darf so konzipiert sein, dass dem Interesse der Exekutive, in einer Zeit andauernden militärischen Konflikts nicht überfordert zu werden, Rechnung getragen wird. So wäre es zulässig, dass der Staat seine Behauptungen mittels Beweis vom Hörensagen belegt, und die Verfassung ließe auch eine Beweislastumkehr zugunsten des Staates zu, sobald der Staat „glaubhafte Beweise“ dafür vorgelegt hat, dass es sich bei dem Betroffenen um einen „feindlichen Kämpfer“ handelt.³⁶ Noch nicht abschließend geklärt ist, welche Anforderungen im Einzelnen unter dem Aspekt des Rechts auf Verteidigung zu stellen sind.³⁷ Geklärt erscheint hingegen jetzt, dass der amerikanische Staat auch eigene Bürger, die *im Inland* angetroffen werden, zu „feindlichen Kämpfern“ erklären und in Präventivhaft nehmen darf.³⁸ Dabei ist die Frage, *ob* Terrorismusverdächtige in Präventivhaft genommen werden dürfen, eigentlich längst in den Hintergrund getreten. Das wahre Schlachtfeld dreht sich um fundamentale Fragen der Rechts- und Verfassungskultur, vor allem, welche Verfahrensrechte, Rechtsmittel und Rechtswege (nur Militärgerichte oder auch ordentliche Gerichte, bis hin zum Obersten Gericht?) dem als *enemy combatant* Beschuldigten zur Verfügung stehen sollen.³⁹

2001): „The President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons.“

³⁵ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L. Ed. 2d 578, 601.

³⁶ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L. Ed. 2d 578, 601.

³⁷ Vom Supreme Court offen gelassen in *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L. Ed. 2d 578, 601.

³⁸ Vom Supreme Court offen gelassen in *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426, 159 L. Ed. 2d 513 (2004). Das Appellationsgericht für den 4. Bundesbezirk hat die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens im September 2005 bekräftigt; der Ort der Festnahme sei irrelevant, *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386 (4th Cir. 2005); der U.S. Supreme Court hat Anfang 2006 eine Annahme des Falles zur Entscheidung abgelehnt, 547 U.S. 1062 (2006).

³⁹ Das amerikanische Verteidigungsministerium hatte im Juli 2004 militärische Sondertribunale eingesetzt, die mit je drei

²⁹ Dazu *Note*, 82 N.Y.U. L. Rev. (2007), 625.

³⁰ Dazu *Lobel*, 25 T. Jefferson L. Rev. 389 (2003), 396. Die meisten „enemy combatants“ werden in einem Militärgefängnis in Guantanamo Bay, Cuba, festgehalten. Dazu z.B. *Kurth*, ZRP 2002, 404; *Tams*, AVR 42 (2004), 445; *Tomuschat*, DÖV 2006, 357.

³¹ *Padilla v. Hanft*, 2005 423 F.3d 386 (4th Cir. 2005).

³² *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L. Ed. 2d 578, 591 f. (Pluralitätsvotum *O'Connor*).

³³ 18 U.S.C. § 4001(a) sieht vor: „No citizen shall be imprisoned or otherwise detained by the United States except pursuant to an Act of Congress.“

³⁴ Authorization for Use of Military Force Joint Resolution (AUMF), Publ. L. No. 107-40, § 2(a), 115 Stat. 224 (Sept 18,

Zusammenfassend zeigt sich: Es existiert in den USA ein spezielles, nach dem 11. September 2001 geschaffenes Zivilgesetz (als Bundesgesetz), das eine Präventivhaft von Terrorismusverdächtigen ermöglicht; der Begriff des „Terrorismusverdächtigen“ ist dabei weit gefasst. Das Gesetz ist allerdings mit relativ engen rechtsstaatlichen Kautelen versehen. Das Hauptinteresse der Regierung gilt indessen dem Plan, die kriegsrechtlichen Instrumentarien (auch im Inland) auszubauen. Unübersehbar wird angestrebt, durch den Einsatz von Militärtribunalen die Fesseln der verfassungsrechtlichen Standards, namentlich im Beweisrecht, so weit wie möglich abzustreifen, und die rechtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen den Zivilgerichten (bis hin zum Supreme Court) zu entziehen.⁴⁰ Grundsatzfragen werden massiv in den Hintergrund gedrängt, wie z.B.: Gibt es die Figur des „feindlichen Kämpfers“ als Personenstatus im Völkerrecht überhaupt, kommt dabei eine Berufung auf Kriegsgewohnheitsrecht in Betracht, und legitimiert dieses auch die Inhaftierung eigener Staatsangehöriger?⁴¹ Kann das vom amerikanischen Kongress erlassene Gesetz zur Autorisierung von Militärge- walt derartige Eingriffe überhaupt legitimieren oder hätte es eines Notstandsgesetzes bedurft, das den Verfassungsschutz der Freiheit der Person explizit einschränkt?⁴²

Fragen dieser Art werden nun hierzulande an Völkerrechtsexperten mit Blick auf die Rechtslage in Deutschland herangetragen. Denn es wird neuerdings auf höchster politischer Ebene öffentlich darüber nachgedacht, ob man potentielle Terroristen – sogenannte Gefährder⁴³ – auch in Deutschland „als Kombattanten behandeln und internieren“ kann.⁴⁴ Ob auch schon an die Wiedereinführung von Militärgerichten gedacht ist? Ich will diesen Komplex, der gewiss

Offizieren besetzt waren. Die Interessen der Gefangenen sollten vor dem Tribunal mit Hilfe eines Militäroffiziers vertreten werden. Der U.S. Supreme Court hat indessen die Errichtung dieser Militärtribunale als rechtswidrig verworfen, *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). Siehe www.globalsecurity.org/military/facility/guantanamo-bay.legal.htm. Unmittelbar darauf hat die Bush-Regierung den Kongress dazu gebracht, neue Sonderermächtigungen zum Einsatz von Militärtribunalen bereit zu stellen. Darin ist u.a. vorgesehen, dass „Verschwörung“ vor einem Militärtribunal mit der Todesstrafe geahndet werden kann. Kritisch *Michael*, 44 *Harvard J.L.* 473 (2007).

⁴⁰ Zur amerikanischen Rechtslage demnächst *Walther*, Die Rechtsstellung ‚feindlicher Kämpfer‘ in den USA.

⁴¹ Die Fragwürdigkeit der Berufung auf Kriegsrecht wird herausgestellt im Minderheitenvotum der Richter *Souter* und *Ginsburg* in *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L.Ed. 2d 578, 611 ff.

⁴² So das Minderheitenvotum der Richter *Scalia* und *Stevens* in *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004), 159 L.Ed. 2d 578, 614 ff. Die hinreichende Bestimmtheit des amerikanischen Autorisierungsgesetzes wird bestritten im Minderheitenvotum der Richter *Souter* und *Ginsburg*.

⁴³ Zu diesem Begriff näher unten V.

⁴⁴ Siehe das Interview mit Bundesinnenminister Dr. *Wolfgang Schäuble* v. 9.7.2007, *Der Spiegel* Nr. 28/2007, S. 31.

Stoff für einen separaten umfangreichen Beitrag liefert, hier ausgeblendet lassen. Vielmehr will ich im Folgenden untersuchen, welchen Grundrechtsschranken eine Strategie der zivilen Präventivhaftung in Deutschland unterworfen wäre.

III. Rechtslage in Deutschland

Das deutsche Recht bietet – bislang – keine spezielle Handhabe, um Personen aufgrund bestimmter Eigenschaften, Zugehörigkeiten, Kontakte oder Verhaltensweisen zu „Gefährdern“ zu erklären und zur weiteren Abklärung ihrer Gefährlichkeit in Haft zu nehmen. Allerdings lassen die allgemeinen Gesetze bereits jetzt in erheblichem Umfang den Einsatz von Maßnahmen zu, die zu Zwecken der Präventivhaft eingesetzt werden können. Dabei bietet bereits das Strafverfahrensrecht – in Gestalt der Untersuchungshaft – ein Instrumentarium, das dem Staat nachhaltige Freiheitseingriffe bei relativ schwachen Gegenrechten des Betroffenen erlaubt. Im Übrigen kann das Polizei- und Ausländerrecht als Einfallstor genutzt werden.

1. Strafverfahrensrecht

Das Strafverfahrensrecht kennt das Instrument der „Präventivhaft“ nicht. Die Strafgesetze bestimmen, wie auf Straftaten, die – mutmaßlich – *begangen* worden sind, reagiert werden soll. Sie knüpfen nicht an die – abstrakte oder konkrete – Gefährlichkeit der Person an, sondern verlangen stets eine äußerliche Manifestation durch konkretes, bereits betätigtes Verhalten. Gleichwohl eröffnet das strafprozessuale Instrument der Untersuchungshaft sehr wohl ein Einfallstor für die – an sich systemfremde – Verfolgung rein präventiver sowie sonstiger Zwecke, die weder mit der Sicherung der Anwesenheit des Beschuldigten noch mit der Sicherung der Beweise für die „Untersuchung“ – also die Durchführung des Hauptverfahrens – zu tun haben.

Am deutlichsten tritt die Verfolgung nicht-strafrechtlicher Zwecke in § 112a StPO hervor, der nach h.M. eine Form von „Sicherungshaft“ normiert.⁴⁵ Doch ist für diesen „Haftgrund der Wiederholungsgefahr“ immerhin noch insofern ein enger Bezug zum Strafverfahren vorhanden, als vorausgesetzt wird, dass der Beschuldigte der Begehung einer – katalogmäßig bestimmten – Straftat verdächtig ist, ihretwegen verfolgt wird und bestimmte Tatsachen die Gefahr begründen, dass er während der Verfolgung eine derartige Tat wiederholt oder fortsetzt (vgl. § 112a Abs. 1 StPO). Ein weiteres Einfallstor für präventive Inhaftierungsgründe bietet der Haftgrund des „Kapitalverbrechens“ in § 112 Abs. 3 StPO. Zu den Tatbeständen, die ohne „besonderen“ Haftgrund – also Fluchtgefahr oder Verdunkelungsgefahr – Untersuchungshaft zulassen, gehört auch die Bildung krimineller oder terroristischer Vereinigungen, §§ 129, 129a, 129b StGB. Weil bereits die Mitgliedschaft pönalisiert wird, erlaubt das Gesetz hier eine Inhaftierung, deren Legitimation weniger an ein Tun als

⁴⁵ *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 49. Aufl. 2006, § 112a Rn. 1; zur Vereinbarkeit mit dem GG BVerfGE 19, 342 (349 ff.); 35, 185 (190 ff.).

vielmehr an einen Zustand – einen Gefährlichkeitszustand – anknüpft. Zwar verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass auch im Rahmen von § 112 Abs. 3 StPO Umstände vorliegen, die die Gefahr begründen, dass ohne Inhaftierung des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat in Frage gestellt sein könnte⁴⁶; die Untersuchungshaft muss also ihrem gesetzlichen Zweck nach selbst hier primär darauf ausgerichtet sein, die Durchführung des Strafverfahrens abzusichern. Allerdings ist es selbst bei den relativ eng gefassten Zwecken des strafprozessualen Untersuchungshaftrechts offenbar in der Praxis nicht zu verhindern, dass mit der Anordnung von Inhaftierung zuweilen andere Zwecke verfolgt werden, wie etwa die Förderung von Geständnisbereitschaft oder die Gewinnung von Kronzeugen.⁴⁷

Die Verfahrenshürden, die einem Einsatz der Untersuchungshaft für präventive Freiheitsentziehung entgegenstehen, sind relativ schwach. Zwar setzt die Anordnung von Untersuchungshaft nach dem Gesetz stets voraus, dass die Staatsanwaltschaft in ihrem Haftbefehlsantrag das Vorliegen eines *dringenden* Verdachts gegenüber dem Ermittlungsrichter glaubhaft machen kann (vgl. § 114 Abs. 2 StPO). Das setzt einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit der Täterschaft und der Schuld voraus.⁴⁸ Der dringende Tatverdacht muss aus bestimmten Tatsachen hergeleitet werden, bloße Vermutungen genügen nicht.⁴⁹ Doch ist fraglich, wie viel dieser Richtervorbehalt in der Praxis wert ist, wenn die Grundlage für diese Beurteilung das sich aus den Akten (der Staatsanwaltschaft) ergebende (vorläufige) Ermittlungsergebnis⁵⁰ ist und nicht etwa eine eigene, unabhängige Erhebung des Ermittlungsrichters. Auch im Übrigen hat die Staatsanwaltschaft in dem Verfahren, das der Anordnung von Untersuchungshaft voraus geht, ein Heimspiel: Die vorherige Anhörung des Beschuldigten (§ 33 Abs. 3 StPO) wird in der Regel wegen Gefährdung des Anordnungszwecks entfallen (§ 33 Abs. 4 StPO).⁵¹ Der Gesetzgeber sieht in dem Verfahren zur Anordnung von Untersuchungshaft – ungeachtet des hohen Rangs des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 5 Abs. 1 EMRK – auch keinen Fall der notwendigen Verteidigung, so dass wenigstens ein anwaltlicher Verteidiger für den Beschuldigten vor dem Erlass des Haftbefehls zu

hören wäre (vgl. § 168c StPO).⁵² Selbst in der Situation des Beschuldigten unmittelbar *nach* Erlass eines Haftbefehls oder – spätestens – nach dessen Vollstreckung sieht der deutsche Gesetzgeber keinen Grund für notwendigen Verteidigerbeistand. Dieser ist nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO erst vorgesehen, wenn sich der Beschuldigte „mindestens drei Monate auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befunden hat und nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird.“

Die Dienstbarmachung der Untersuchungshaft zu systemfremden Präventiv- und sonstigen Zwecken wird – neben den niedrigen Schwellenerfordernissen für die Anordnung („Zulässigkeit“) – noch erleichtert durch die großzügige Regelung, die der Gesetzgeber hinsichtlich der „Fortdauer“ der Untersuchungshaft vorgesehen hat. Es gibt in der StPO keine Norm, die anordnet, dass innerhalb einer bestimmten Frist nach Beginn der Untersuchungshaft eine Anklageschrift bei Gericht eingereicht werden muss. Zwar besteht wegen der dem Beschuldigten zur Verfügung stehenden Rechtsmittel (Haftprüfungsantrag, § 117, Haftbeschwerde, §§ 304 ff. StPO) wie auch wegen der verschärften Anforderungen, die das Gesetz bei Haftdauer von über sechs Monaten stellt (§ 121 StPO), ein gewisser Druck auf die Staatsanwaltschaft, innerhalb eines überschaubaren Zeitraums die Anklagereife herbeizuführen und eine den Anforderungen von § 200 StPO genügende Anklageschrift einzureichen. Im Falle der Aufklärung komplexer terroristischer Organisationsstrukturen, die ins ferne Ausland hinein reichen, erforderte dies den Einsatz erheblicher Ressourcen bei der zuständigen Bundesanwaltschaft (§ 142a GVG).⁵³ Doch gewährt das Gesetz in sehr großzügiger Weise eine Fortdauer der Untersuchungshaft selbst über sechs Monate hinaus, „wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen“ (§ 121 Abs. 1 StPO). Diese Tatbestandsvoraussetzungen werden in Fällen

⁴⁶ BVerfGE 19, 342 (350); dazu *Boujong*, in: Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 5. Aufl. 2003, § 112 Rn. 40.

⁴⁷ Zu diesen sogenannten „apokryphen Haftgründen“ siehe etwa *MünchKollf/Gatzweiler*, *Das Recht der Untersuchungshaft*, 2. Aufl. 2002, Rn. 3 ff.; vgl. auch *Schlothauer/Weider*, *Untersuchungshaft*, 3. Aufl. 2001, Rn. 633 ff.

⁴⁸ *Meyer-Göfner* (Fn. 45), § 112 Rn. 5; *Boujong* (Fn. 46), § 112 Rn. 6.

⁴⁹ *Meyer-Göfner* (Fn. 45), § 112 Rn. 7; *Boujong* (Fn. 46), § 112 Rn. 7.

⁵⁰ *Meyer-Göfner* (Fn. 45), § 112 Rn. 7; *Boujong* (Fn. 46), § 112 Rn. 8.

⁵¹ *MünchKollf/Gatzweiler* (Fn. 47), Rn. 156. Immerhin ist der Beschuldigte nach der Festnahme richterlich vorzuführen und durch den Richter anzuhören, § 115 StPO.

⁵² Ein Weg zur „notwendigen Verteidigung“ bei Untersuchungshaft ergibt sich allenfalls über § 140 Abs. 2 S. 1 StPO in Verbindung mit Art. 5 Abs. 4 EMRK. Nach der Rechtsprechung des EuGHMR handelt es sich bereits im Haftprüfungsverfahren um ein kontradiktorisches Verfahren, für dessen Vorbereitung dem Beschuldigten ein Akteneinsichtsrecht zusteht; EuGHMR, *Sánchez-Reisse v. Schweiz*, Urt. v. 21.10.1986, EuGRZ 1988, 523; *Lamy v. Belgien*, Urt. v. 30.3.1989, StV 1993, 283; *Lietzow v. Deutschland*, Urt. v. 13.2.2001, NJW 2002, 2013; *Schöps v. Deutschland*, Urt. v. 13.2.2001, NJW 2002, 2015; *Garcia Alva v. Deutschland*, Urt. v. 13.2.2001, NJW 2002, 2018; dazu *Gollwitzer*, in: Rieß (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25. Aufl. 2001, Art. 5 MRK Rn. 124, 124a. Effektive Akteneinsicht erfordert aber die Einschaltung eines Verteidigers.

⁵³ Bei der Bundesanwaltschaft befassen sich in der Abteilung für Straftaten gegen die Innere Sicherheit 41 Staatsanwälte mit Terrorismusbekämpfung (Telefonauskunft der Pressestelle v. 20.8.2007).

von Terrorismusverdacht mit Auslandsbezug häufig erfüllt sein.⁵⁴ Dieses schneidige Instrumentarium der Untersuchungshaft, das recht großzügige Bedingungen der Zulässigkeit und Fortdauer von Inhaftierung aufstellt, könnte künftig durch den Gesetzgeber noch erheblich ausgedehnt werden. So sind auf der Grundlage von § 112 Abs. 3 StPO gegenwärtig nur die Gründung und die Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zur Begehung von Straftaten sowie die Anstiftung oder Verabredung dazu erfasst⁵⁵. Nicht erfasst sind Vereinigungen, deren Tätigkeiten auf die bloße Androhung von Straftaten gerichtet sind, sowie Aktivitäten, die im Vorfeld von Gründung und Mitgliedschaft liegen, beispielsweise diverse Formen von Unterstützung und Werbung (vgl. § 112 Abs. 3 StPO; § 129a Abs. 3 und 5 StGB).

2. Polizei- und Ausländerrecht

Das *Polizeirecht* der Länder stellt zwar seit langem die Möglichkeit, bei bestimmten drohenden Gefahren, etwa bei Verdacht einer *unmittelbar bevorstehenden* Straftat Präventivgewahrsam anzuordnen, zur Verfügung.⁵⁶ Doch ist dieses allgemein-polizeiliche Instrumentarium, wie sich etwa an den Beispielen der Polizeigesetze von Hessen⁵⁷, Nordrhein-Westfalen⁵⁸, Saarland⁵⁹ und Bayern⁶⁰ zeigt, (aus Sicht der Exekutive) relativ begrenzt. Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 2 HSOG und § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG-NRW (ähnliche Normen finden sich im Saarländischen PolG und im PAG Bayern) kann eine Person in Gewahrsam genommen werden, „wenn das uner-

läßlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat [...] von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit zu verhindern.“ Allerdings: Selbst wenn man einmal unterstellt, dass Polizei und Gerichte im Ernstfall das Merkmal des „unmittelbaren Bevorstehens“ weit auslegen (und die Gerichte der Polizei eine Einschätzungsprärogative zugestehen) würden, so wäre für eine Kampagne präventiver Inhaftierungen von Terrorismusverdächtigen – aus der Perspektive der Sicherheitsbehörden gesehen – hinderlich, dass die Betroffenen auf dieser Rechtsgrundlage (per richterlicher Entscheidung) nur für relativ kurze Zeiträume, ohne flexible Verlängerungsmöglichkeiten, inhaftiert werden könnten (Hessen: höchstens sechs Tage, § 35 Abs. 1 Nr. 4 HSOG, Saarland: acht Tage, § 16 Abs. 1 Nr. 3 SPoLG, Bayern: zwei Wochen, Art. 20 Nr. 3 PAG). Immerhin aber ist eine Ingewahrsamnahme auf dieser Grundlage unabhängig von der Staatsbürgerschaft möglich, sie kann also auch Deutsche und Bürger der Europäischen Union treffen. In etlichen Ländern, beispielsweise in Nordrhein-Westfalen, sind die Optionen der Polizei indessen enger. So ist gemäß §§ 36, 38 Abs. 1 Nr. 3 PolG-NRW eine (richterlich angeordnete) *Fortdauer* der Freiheitsentziehung nur auf der Grundlage eines *anderen* Gesetzes möglich; polizeirechtlicher Gewahrsam hat also bloß die Funktion einer *vorläufigen* Freiheitsentziehung. Für eine Fortdauer kommen – neben §§ 112 ff. StPO – die Ausländergesetze in Betracht, allerdings nur, soweit es sich nicht um Unionsbürger handelt⁶¹:

Gemäß § 58a Abs. 1 des seit dem 1. Januar 2005 geltenden Aufenthaltsgesetzes⁶² kann die oberste Landesbehörde „gegen einen Ausländer aufgrund einer auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr ohne vorhergehende Ausweisung eine Abschiebungsanordnung erlassen.“ Diese Abschiebungsanordnung ist – durch die Bundespolizei – sofort vollziehbar; einer Abschiebungsandrohung bedarf es nicht. Gemäß Abs. 2 kann das Bundesministerium des Innern „die Übernahme der Zuständigkeit erklären, wenn ein besonderes Interesse des Bundes besteht.“ Liegt eine solche sofortige Abschiebungsanordnung vor, so kann der Betroffene gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 1a AufenthaltsgG aufgrund richterlicher Anordnung in Abschiebungshaft („Sicherungshaft“) genommen werden, sofern die Anordnung „nicht unmittelbar vollzogen werden kann“. Die Abschiebungsanordnung nach § 58a eröffnet die Option, eine Sicherungshaft von bis zu sechs Monaten anzuordnen (auf die eine eventuelle Vorbereitungshaft anzurechnen ist, § 62 Abs. 3). Die Haftdauer kann in Fällen, „in denen der Ausländer seine Abschiebung verhindert“, sogar um bis

⁵⁴ Im Fall Motassadeq kam es nach dreijährigem Verfahren in Hamburg schließlich zu einer Verurteilung zu sieben Jahren Freiheitsstrafe wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, vgl. FAZ v. 20.8.2005. Ein weiteres Beispiel bietet der Fall Mzoudi, dessen Freispruch am 9.6.2005 vom Bundesgerichtshof bestätigt wurde, vgl. FAZ v. 10.6.2005. Mzoudi saß 435 Tage in Untersuchungshaft; eine Entschädigung hat er aufgrund einer EG-Verordnung zur Terrorismusbekämpfung aus dem Jahre 2002 nicht erhalten.

⁵⁵ Zur Anwendbarkeit von § 30 *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 129a Rn. 2; BayObLG JR 1999, 82 m. Anm. *Radtke*; *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl. 2007, § 129a Rn. 24; *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, §§ 129a, 129b Rn. 7; diff. *Bubnoff*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1995, § 129a Rn. 38.

⁵⁶ Kritisch zu dieser „Vorbeugehaft“ z.B. *Wächtler*, StV 1989, 410; *B. Hirsch*, ZRP 1989, 81. Vgl. auch *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 516 (519).

⁵⁷ Hessisches Gesetz über die Sicherheit und Ordnung (HSOG) v. 26. Juni 1990, GVBl. I, S. 197, i.d.F.v. 14.1.2005, GVBl. I., S. 14.

⁵⁸ V. 25. Juli 2003, GV NRW 2003, S. 441.

⁵⁹ Saarländisches Polizeigesetz (SPoLG) v. 8. Nov. 1989 i.d.F. d. Bekanntmachung v. 16. März 2001 (Amtsbl. S. 1074), zuletzt geändert d. Gesetz v. 5. Mai 2004 (Amtsbl. S. 1326).

⁶⁰ Polizeiaufgabengesetz (PAG) v. 14. Sept. 1990, GVBl. 1990, S. 397.

⁶¹ Für sie gilt das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU – FreizügG/EU), verkündet als Artikel 2 des Zuwanderungsgesetzes vom 30.7.2004, BGBl. 2004 I, S. 1950.

⁶² AufenthaltsgG, verkündet als Art. I des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz v. 30.7.2004, BGBl. 2004 I, S. 1950).

zu zwölf Monate verlängert werden. Auch wenn das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebietet, dass stets die Zweckhaftigkeit der Sicherungshaft gewährleistet sein muss und ihre Aufrechterhaltung daher stets einer tragfähigen Begründung bedarf, so eröffnet das Gesetz hier doch einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum für die Exekutive.

Die verfahrensrechtlichen Vorkehrungen, die das einfache Recht zum Schutz des Betroffenen bereit hält, sind sowohl im Falle der polizeirechtlichen Präventivhaft wie auch bei Abschiebungshaft nach dem Aufenthaltsgesetz ausgesprochen gering. Für diese Freiheitsentziehungen gelten die Regelungen im Freiheitsentziehungsgesetz von 1956.⁶³ Gemäß § 3 FrhEntzG entscheidet ein Amtsgericht auf Antrag der zuständigen Verwaltungsbehörde und für das Verfahren gelten die Grundsätze der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ungeachtet des hohen Rangs des Freiheitsgrundrechts aus Art. 2 Abs. 2 GG, Art. 5 Abs. 1 EMRK findet sich in Verfahren nach dem Freiheitsentziehungsgesetz kein Prinzip der notwendigen Bestellung eines Rechtsbeistands. § 13 FGG gibt lapidar vor, dass die Beteiligten „mit Beiständen erscheinen können“; für frühzeitige, professionelle Verteidigung zu sorgen wird vom Gesetzgeber also zur Privatsache erklärt. Gemäß § 5 Abs. 1 FrhEntzG ist das Amtsgericht vor seiner Entscheidung im Übrigen lediglich verpflichtet, „die Person, der die Freiheit entzogen werden soll, mündlich zu hören“. Bei Verheirateten ist auch der Ehegatte zu hören, und Gleiches gilt für den Lebenspartner (§ 5 Abs. 3 FrhEntzG). Es ist weder vorgesehen, dass der eines strafbaren Vorhabens Verdächtige über die ihm zur Last gelegte (geplante) Tat näher zu informieren ist, noch dass er über Rechte – etwa das Recht, zu schweigen, das Recht, einen Rechtsbeistand zu konsultieren, oder das Recht, zu seiner Entlastung Beweiserhebungen zu beantragen – zu belehren ist (vgl. § 136 Abs. 1 StPO). Die Macht des Gerichts wirkt angesichts all dessen geradezu überwältigend. Es kann die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung und damit den sofortigen (Weiter-) Vollzug der Freiheitsentziehung anordnen (§ 8 FrhEntzG). Eine gesetzliche Verpflichtung, während des Vollzuges von polizeilicher Präventivhaft (oder ausländerrechtlicher Abschiebehaft) den Verdacht einer *Straftat* in einem Ermittlungsverfahren prüfen zu lassen mit der Konsequenz, dass bei bestehendem Anfangsverdacht eines Terrorismusdelikts eine Überleitung des Verfahrens auf die Generalbundesanwaltschaft mit anschließender Entscheidung des Ermittlungsrichters beim Bundesgerichtshof auf der Grundlage der §§ 112 ff., 169 Abs. 1 S. 2 StPO erforderlich wäre, ist nicht vorgesehen. Und als wäre dies alles nicht schon haarsträubend genug: Für den Betroffenen besteht keine Chance, die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung auf kurzem Wege durch ein hochrangiges Gericht überprüfen zu lassen: Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts ist das

⁶³ Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen v. 29. Juni 1956, BGBl. I 1956, S. 599, i.d.F. v. 27.4.2001, BGBl. I, S. 751. Hierauf wird verwiesen in § 106 Abs. 2 S. 1 AufenthaltsgG, sowie in den Polizeigesetzen: § 33 Abs. 2 HSOG (Hessen), § 36 Abs. 2 S. 2 PolG NRW, § 14 Abs. 2 S. 2 SpolG (Saarland), Art. 18 Abs. 3 S. 3 PAG (Bayern).

Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gegeben (§ 7 Abs. 1 FrhEntzG), für die das Landgericht zuständig ist (§ 19 Abs. 2 FGG i.V.m. § 3 S. 2 FrhEntzG), und über die gegen dessen Entscheidung mögliche weitere sofortige Beschwerde befindet das Oberlandesgericht (§ 28 Abs. 1 FGG i.V.m. § 3 S. 2 FrhEntzG). Ein im wahrsten Sinne des Wortes beschwerlicher Rechtsweg, dessen Ausschöpfung in der Regel mehrere Wochen dauert.⁶⁴ Umso mehr hängt der Rechtsschutz des Einzelnen von der Ernsthaftigkeit und Unabhängigkeit der Amtsrichter ab, die qua Richtervorbehalt über die Anordnung der Freiheitsentziehung zu entscheiden haben.

IV. Die vorhandenen Präventivhaft-Möglichkeiten im Lichte von Art. 5 EMRK

Als legitime Zwecksetzung einer (präventiven) Freiheitsentziehung kommt nach Art. 5 Abs. 1 c) EMRK nur in Betracht, dass „begründeter Anlaß zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, [die Person] an der Begehung einer Straftat [...] zu hindern“ (when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence, Art. 5 Abs. 1 c). Allerdings gibt es – wie beispielsweise die Rechtslage in Deutschland zeigt – unterschiedliche Formen oder Konzeptionen der Präventivhaft; und in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 c) existieren erhebliche Zweifel, ob *sämtliche* Formen von Präventivhaft zulässig sind.⁶⁵ So hat sich der EuGHMR in mehreren Entscheidungen auf den Standpunkt gestellt, dass Art. 5 Abs. 1 c) einzig und allein eine Freiheitsentziehung *im Kontext der Strafverfolgung* erlaube („a person may be detained within the meaning of Article 5 § 1 (c) only in the context of criminal proceedings, for the purpose of bringing him before the competent legal authority on suspicion of his having committed an offence“).⁶⁶ Möglicherweise ist Art. 5 Abs. 1 c) daher dahingehend auszulegen, dass er nur den Haftgrund der Wiederholungsgefahr bei Verdacht einer bereits begangenen Straftat abdeckt.⁶⁷ Es ist daher hierzulande umstritten, ob die polizeiliche Präventivhaft der Länder in der Konzeption des kurzfristigen „Unterbindungsgewahrsams“ als mit Art. 5 Abs. 1 c) EMRK vereinbar anzusehen ist.⁶⁸

⁶⁴ Nach Auskunft des OLG Köln ist in der Regel von einer Verfahrensdauer von vier bis sechs Wochen auszugehen.

⁶⁵ Ausführlich Macken, Int. J. of Human Rights 2006, 195.

⁶⁶ EuGHMR, Jecius v. Lithuania, Urt. v. 31.7.2000, Appl. No. 34578/97, Ziff. 50, bezugnehmend auf Ciulla v. Italy, Urt. v. 22.2.1989, Appl. No 11152/84 und Lawless v. Ireland, Urt. v. 1.7.1961, Appl. No 332/57, Ziff. 14, veröff. in *Golsong/Petzold/Furrer* (Hrsg.), Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Band 1 (1970), S. 22 ff.

⁶⁷ So Renzikowski, in: Karl (Hrsg.), Internationaler Kommentar zur Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 7. Lieferung, Stand: Juni 2004, Art. 5 Rn. 180 m.w.N.; ausführlicher zum Problem auch Gollwitzer (Fn. 52), Art 5 MRK Rn. 70.

⁶⁸ Ablehnend Renzikowski (Fn. 67), Art. 5 Rn. 180 m.w.N.; die gegenteilige Auffassung beruft sich auf Guzzardi v. Italy, Urt. v. 6.11.1980, Appl. No. 7367/76, Ziff. 102; dazu Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70 f.; vgl. auch BayVerfGH

Sehr beschränkt ist im Übrigen die Verfolgbarkeit präventiver Zwecke mit Hilfe der Sicherungshaft auf Grundlage von § 58a AufenthaltsgG. Art. 5 Abs. 1 f EMRK erlaubt eine rechtmäßige „Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise oder bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist“. Gegen dieses Freiheitsgrundrecht könnte eine Maßnahme nach § 58a AufenthaltsgG verstoßen, wenn bei Anordnung der Sicherungshaft ein gleichzeitiges Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren nicht oder nicht nachhaltig betrieben würde.⁶⁹ Probleme hinsichtlich der Zulässigkeit von Abschiebungshaft entstehen im Übrigen dann, wenn rechtliche Ausweisungshindernisse bestehen.⁷⁰ Ist die Ausweisung oder Auslieferung offensichtlich unzulässig, verletzt die Inhaftierung Art. 5 Abs. 1 f) EMRK.⁷¹ Wenn sich während des Verfahrens herausstellt, dass die Ausweisung rechtlich unzulässig oder tatsächlich unmöglich ist, muss die betreffende Person freigelassen werden.⁷²

Sollten – ungeachtet der Grundsatzfrage, ob Präventivhaft überhaupt konventionsrechtlich zulässig ist – die polizeirechtlichen Möglichkeiten, Präventivhaft anzuordnen, künftig auch zur Bekämpfung von Terrorismusgefahren eingesetzt werden, so wären jedenfalls bestimmte Kautelen zu beachten. Die Verhinderung einer *konkreten* Straftat durch den Betroffenen muss für *notwendig* erachtet werden („reasonably considered necessary“).⁷³ Der Haftgrund der Präventivhaft wird eng ausgelegt.⁷⁴ So wäre beispielsweise bereits fraglich, ob es genüge, in einem Präventivhaft-Gesetz die Gefahr der „Begehung eines terroristischen Anschlags“ als maßgebliche Voraussetzung einer Freiheitsentziehung zu formulieren; denn ein so benannter Straftatbestand findet sich im Strafgesetzbuch nicht.⁷⁵ Doch selbst wenn diese Bezeichnung den Anforderungen, die der EuGHMR an den Begriff der in Art.

5 Abs. 1 c) genannten „offence“ aufstellt, noch genügen würde⁷⁶, so müssten die besonderen Anforderungen an den Verdachtsgrad und den Verdachtsgegenstand beachtet werden.

Nach Art. 5 Abs. 1 c) EMRK genügt nicht irgendein Verdacht; nur ein *vernünftiger* Verdacht (reasonable suspicion) kann die Anforderungen erfüllen.⁷⁷ Es wäre ein Fehlschluss, aus dem Wortlaut der Norm zu schließen, dass der Maßstab der „Vernünftigkeit“ (des Verdachts, der Annahme der Gefahr) nur für die Freiheitsentziehung zu Zwecken der Untersuchungshaft maßgeblich sei, nicht aber für Zwecke der Präventivhaft. Zwar scheint die deutsche Übersetzung der EMRK eine Unterscheidung naheulegen, weil für die erste Alternative der Begriff des „hinreichenden Verdachts“, für die zweite jedoch der Begriff des „begründeten Anlasses zu der Annahme“ verwendet wird.⁷⁸ Doch lässt sich ein sachlicher Unterschied in Wirklichkeit weder grammatikalisch noch teleologisch begründen. In beiden Alternativen muss – wie der englische Wortlaut zeigt – die Annahme einer bereits begangenen oder konkret bevorstehenden Straftat „vernünftig“ (reasonable) sein, wenn der Normzweck gewährleistet werden soll, Personen vor missbräuchlicher und willkürlicher Freiheitsentziehung zu schützen. Demnach müssen für die Annahme, dass eine Person die „konkrete und spezifische“ Straftat begehen könnte, Tatsachen oder Informationen vorliegen, die „einen objektiven Beobachter überzeugen“.⁷⁹ Allerdings zeichnet sich in der EuGHMR-Rechtsprechung ab, dass in Fällen der Terrorismusbekämpfung die Anforderungen an die Art und Weise des Nachweises und der Belegbarkeit des „vernünftigen Verdachts“ nicht sehr hoch angesetzt werden.⁸⁰

Im Übrigen müsste auch die Dauer der Freiheitsentziehung eng begrenzt sein. Denn die Frage, für welche Dauer präventive Freiheitsentziehung im Einklang mit Grundrech-

NVwZ 1991, 664; SächsVerfGH EuGRZ 1996, 437 (439); OVG Bremen NVwZ 2001, 221.

⁶⁹ Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 86; EuGHMR, Chahal v. U.K., Urt. v. 15.11.1996, Ziff. 112 ff.; ÖJZ 1997, 632; zum Gesetzesentwurf von Bündnis90/Die Grünen mit dem Ziel, § 58a zu streichen, siehe BT-Drs. 16/3198 v. 27.10.2006.

⁷⁰ Vgl. Tomuschat, DÖV 2006, 357 (362).

⁷¹ Renzikowski (Fn. 67), Art. 5 Rn. 212.

⁷² Renzikowski (Fn. 67), Art. 5 Rn. 211. Nach dem Aufenthaltsgesetz ist Sicherungshaft im Übrigen unzulässig, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Ausländer innerhalb der nächsten drei Monate abgeschoben werden kann, § 62 Abs. 2 S. 4 AufenthG; dazu Wenger, in: Storr u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Zuwanderungsgesetz, Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz/EU, 2005, § 58a Rn. 6.

⁷³ Ebenso Friedersen/Petersen, NordÖR 2005, 516 (517 f.).

⁷⁴ Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70.

⁷⁵ Nach Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70, 64 ist der Begriff der „strafbaren Handlung“ allerdings autonom ausulegen und „losgelöst von den Kategorien des jeweiligen nationalen Rechts im weiten Sinne zu verstehen.“ Erfasst sind danach „alle im nationalen Recht mit Strafe bedrohten Handlungen.“

⁷⁶ Dazu EuGHMR, Brogan v. U.K., Urt. v. 29.11.1988, A Nr. 145-B, Rn. 51 (zur Verwendung des Begriffs „acts of terrorism“); siehe auch Ireland v. U.K., Urt. v. 18.1.1978, A Nr. 25, Rn. 196; dazu Harris/O’Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 1995, S. 116. Nach Macken, Int. J. of Human Rights 2006, 195, soll sich aus der Entscheidung Brogan ergeben, dass auch die Anforderungen an die Spezifizierung der bevorstehenden Tat abzusenken seien; die Begründung, es seien unspezifische „terroristische Taten“ zu erwarten, solle genügen. Jedoch betraf die Entscheidung in Brogan den Fall der Freiheitsentziehung auf Verdacht einer bereits begangenen Straftat; es erscheint daher fragwürdig, ob die Aussagen – wie Macken behauptet – auf Art. 5 Abs. 1 c), 2. Alt. übertragen werden können.

⁷⁷ Demko, HRRS 2004, 96; Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 1; Renzikowski (Fn. 67), Art. 5 Rn. 1.

⁷⁸ Offizielle Übersetzung nach BGBl. 2002 II, S. 1054.

⁷⁹ Ausführlich Demko, HRRS 2004, 96 m.w.N. Nach Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70 müssen konkrete Tatsachen den Verdacht plausibel begründen, dass der Betroffene diese Straftat alsbald begehen will; vgl. auch Friedersen/Petersen, NordÖR 2005, 516 (517).

⁸⁰ Ausführlich Demko, HRRS 2004, 96 (100 ff.).

ten angeordnet werden darf, kann nur unter Rückbeziehung auf den Zweck beantwortet werden. Ist dieser aber eng beschränkt auf Notwendigkeiten unmittelbarer Verbrechensprävention, so kann Freiheitsentziehung zu Präventionszwecken auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 1 c) EMRK stets nur kurzfristig zulässig sein.⁸¹

V. Eine neue Kategorie der Präventivhaft für „Gefährder“?

Die Möglichkeiten, Präventivhaft anzuordnen, sind in Deutschland also bereits beträchtlich, ohne dass dies durchweg als konventionsrechtlich abgesichert gelten kann. Wie eingangs erwähnt wird erwogen, das Konzept künftig noch zu erweitern unter Anknüpfung an den im Jahre 2004 auf politischer Ebene geschaffenen Begriff des „Gefährders“. Darunter wird eine Person verstanden, „bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des § 100a der Strafprozessordnung (StPO), begehen wird.“⁸² Das gibt Anlass, einige Grundsatzfragen zu beleuchten, die hinsichtlich der Anordnung von Präventivhaft im Hinblick auf Art. 104 GG Beachtung erfordern. Des weiteren ist natürlich zu fragen, ob ein solches Konzept mit Art. 5 Abs. 1 c) EMRK vereinbar wäre. Ob der Bund für ein Präventivhaft-Gesetz überhaupt zuständig wäre, kann indessen hier nicht vertieft werden.⁸³

1. Konsequenzen aus Art. 104 Abs. 1, 2 GG: Anforderungen an das freiheitsentziehende Gesetz

Polizeiliche Freiheitsentziehungsbefugnisse sind stets besonders suspekt. Das Misstrauen hat eine Geschichte: Obwohl Art. 114 der Weimarer Reichsverfassung von 1919 die persönliche Freiheit als „unverletzlich“ garantierte⁸⁴, waren

Einschränkungen bereits während der Weimarer Republik mehrfach durch Notverordnungen, mit denen das Grundrecht suspendiert wurde, ermöglicht worden. Unmittelbar nach der Machtergreifung Hitlers (Ende Januar 1933), wurde das Freiheitsgrundrecht sogar „bis auf weiteres“ ganz außer Kraft gesetzt (insbesondere durch die sogenannte Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933). Die massenhafte Anwendung der sogenannten „Schutzhaft“ – die für das NS-Regime in der Folgezeit zum schlagkräftigsten Instrument des Zentralstaats für die Terrorisierung der Bevölkerung wurde – gegen politische Gegner, Juden, „Fremdvölkische“ und sonstige missliebige Personen konnte ohne gerichtliche Mitwirkung geschehen; und derartige Maßnahmen der Geheimen Staatspolizei (Gestapo) wurden zunächst von der Rechtsprechung, dann durch Gesetze jeglicher – auch nachträglicher – gerichtlicher Kontrolle entzogen.⁸⁵ Bereits Ende Juli 1933 befanden sich in ganz Deutschland knapp 27.000 Menschen in „Schutzhaft“, die in Konzentrationslagern vollzogen wurde.⁸⁶ Vor diesem Hintergrund wurden in Art. 104 GG „Rechtsgarantien bei Freiheitsentziehung“ aufgenommen, die unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Betroffenen, also als Menschenrecht, gelten.⁸⁷

Art. 104 Abs. 1 GG schreibt fest, dass die Freiheit der Person „nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden“ kann (Abs. 1 S. 1). Es bedarf also zunächst eines Parlamentsgesetzes. Der Zusatz in Art. 104 Abs. 1 GG, dass die Freiheitsentziehung „nur unter Beachtung der [im Gesetz] vorgeschriebenen Formen“ geschehen darf (ähnlich die Formulierung in Art. 5 Abs. 1 EMRK: „nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise“) legt allerdings nahe, dass der Verfassungsgesetzgeber bei derartigen Eingriffen eine besondere *Förmlichkeit des Verfahrens* voraussetzt, und dass diese in *demselben* Gesetz, das die Freiheitsentziehung zulässt („darin“), geregelt sein muss.⁸⁸ Dass es sich bei diesen *speziell* zu regelnden Förmlichkeiten um mehr handeln muss als um den Richtervorbehalt, also das Gebot, dass über Zuläs-

⁸¹ Wie hier *Gollwitzer* (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70a.

⁸² Die Definition ist von der AG Kripo (Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamts) geschaffen worden. Antwort des Staatssekretärs Dr. *Hanning* v. 21.11.2006 auf eine Anfrage des Abgeordneten *Wolfgang Neskovic* (Die Linke), BT-Drs. 16/3570, S. 6, Fragen 9 und 10.

⁸³ Allgemeine Gefahrenabwehr ist Sache der Länder, Art. 70 GG. Eine Zuständigkeit des Bundes könnte sich wohl allenfalls aus Art. 73 Nr. 1 GG („Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung“) ergeben, sofern man den Begriff der „Verteidigung“ in einem neuen Licht interpretierte. Ähnliches gilt mit Blick auf den Begriff der „internationalen Verbrechensbekämpfung“ in Art. 73 Nr. 10 GG.

⁸⁴ Art. 114 WRV sah vor: (1) Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig. (2) Personen, denen die Freiheit entzogen wird, sind spätestens am darauffolgenden Tage in Kenntnis zu setzen, von welcher Behörde und aus welchen Gründen die Entziehung der Freiheit angeordnet worden ist; unverzüglich soll ihnen Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen ihre Freiheitsentziehung vorzubringen.

⁸⁵ Dazu *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2005, Art. 104 Rn. 5 m.w.N.

⁸⁶ *Drobisch/Wieland*, System der NS-Konzentrationslager 1933-1939, 1993, S. 134. Die Zahl der Schutzhäftlinge war im Frühjahr 1933 sogar noch höher (ca. 40.000). Mit der Etablierung der nationalsozialistischen Herrschaft ging die Zahl der Häftlinge aber bis zum Jahreswechsel 1934/35 auf etwa 3.000 zurück, bevor sie ab 1935/1936 mit der Entstehung des eigentlichen KZ-Systems wieder anstieg. Neben Entlassungen könnte der Rückgang allerdings auch damit zu begründen sein, dass Schutzhäftlinge in „normale“ Gefängnisse verlegt wurden. Zu alledem auch *Orth*, Das System der nationalsozialistischen Konzentrationslager, 1999, S. 23 ff.

⁸⁷ *Kunig*, in: ders./von Münch (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2003, Art. 104 Rn. 5.

⁸⁸ *Gusy* (Fn. 85), Art. 104 Rn. 28, hebt zwar die Pflicht des Gesetzgebers hervor, Verfahrensnormen zu erlassen, doch bleibt der Aspekt, dass dies eine *spezielle* Regelung sein muss, unberücksichtigt.

sigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung „nur der Richter zu entscheiden“ hat, ergibt sich aus einer Zusammenschau mit Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG: Die Erwähnung der „vorgeschriebenen Formen“ in Abs. 1 S. 1 wäre unnötig, wenn diese sich auf den Richtervorbehalt beschränkten. Gewiss sieht das Grundgesetz selbst hier keine besonderen „Formen“ vor; aber es verdeutlicht doch eine normative Erwartung, dass solche (in dem freiheitseinschränkenden Gesetz selbst) existieren. Bei den „Förmlichkeiten des Verfahrens“ geht es um Elementares: Um Detailregelungen, durch welche die Ansprüche auf rechtliches Gehör, auf anwaltlichen Beistand und auf ein faires Verfahren in die Praxis umgesetzt werden. Interpretiert man Art. 104 Abs. 1 GG in diesem Sinne, so ist eine Konstruktion unzulässig, durch welche ein förmliches Gesetz zwar die Freiheitsentziehung der Person autorisiert, die Regelung des *Verfahrens* der Freiheitsentziehung jedoch ausspart und dies einem anderen, „allgemeinen“ Gesetzesakt überlässt oder auf ein solches Gesetz verweist. Folgt man dieser Argumentation, so ist die bisher geübte Praxis des Gesetzgebers, die „Formen“ – also das Verfahren der Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung – durch Verweis auf das Freiheitsentziehungsgesetz von 1956 zu regeln, zumindest verfassungsrechtlich bedenklich. Wenn der Verfassungsgeber in Art. 104 Abs. 2 S. 4 GG vorgesehen hat, dass „das Nähere gesetzlich zu regeln“ ist, so meint er – wie sich aus der Zusammenschau mit Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ergibt – damit jenes förmliche Gesetz, welches die *materiellen Grundvoraussetzungen* der Freiheitsentziehung normiert. Der Gesetzgeber eines „Gefährder“-Gesetzes müsste dies beachten.

2. Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 1 c) EMRK (Zweckbindung; Verdachtsgrad und Verdachtsgegenstand)?

Ein solches Gesetz müsste nach deutschem Verfassungsrecht den Erfordernissen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen. Diesbezüglich gelten erhöhte Anforderungen; insbesondere darf die Freiheit der Person als besonders hohes Rechtsgut nur aus „besonders gewichtigen Gründen“ eingeschränkt werden.⁸⁹ Doch ist dieses Raster noch relativ grob; der Zweck der Verhinderung bevorstehender, verheerender Terroranschläge dürfte, da es um den Schutz der Allgemeinheit vor schweren Straftaten geht, die Hürde des „besonders gewichtigen Grundes“ für die Anordnung von Präventivhaft leicht nehmen.⁹⁰

Zentral ist daher die Frage, ob Art. 5 Abs. 1 EMRK enge Voraussetzungen aufstellt. Ließe die Konvention – von den oben unter IV. erörterten Formen abgesehen – ein Konzept der Präventivhaft zu, das an den Begriff des „Gefährders“ anknüpfte? Hielte man auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des EuGHMR eine polizeiliche Präventiv-

haft überhaupt für zulässig⁹¹, so gälte es freilich eine entscheidende Engführung zu beachten: Die Haft müsste durch den Zweck der Verhinderung einer *bevorstehenden konkreten* Straftat legitimiert sein.⁹² Art. 5 Abs. 1 c) 2. Alt. gibt den Mitgliedstaaten nur eine Maßnahme für den Zweck an die Hand, die Begehung einer „konkreten und spezifischen“ Straftat zu verhindern.⁹³ Ausdrücklich distanziert hat sich der Gerichtshof nämlich von einer Politik der im *Vorfeld* eines konkreten Tatbegehungsverdachts ansetzenden „generalpräventiven“ Inhaftierung; für sie ist typisch, dass sie sich gegen den Einzelnen oder gegen eine bestimmte Kategorie von Personen – wie z.B. Mafia-Mitglieder oder IRA-Angehörige – richtet, weil diese (aufgrund von Zugehörigkeitsmerkmalen) als Gefahr gesehen werden wegen der Annahme einer fortdauernden *Neigung*, Straftaten begehen zu wollen.⁹⁴ Dass der Betroffene eine *danger to society* ist, genügt also nicht.⁹⁵ In diese Kategorie eines unzulässigen⁹⁶ generalpräventiven Konzepts dürfte nun allerdings ein Präventivhaft-Gesetz fallen, das an den eingangs vorgestellten Begriff des „Gefährders“ anknüpft. Denn der Begriff setzt gerade nicht voraus, dass die betreffende Person der Bereitschaft zu einer *konkreten* Tatbegehung verdächtigt wird. Dies führt dann allerdings zu dem Befund, dass ein „Gefährder“-Gesetz, das die Anordnung von Präventivhaft im Vorfeld eines konkreten Tatbegehungsverdachts legitimierte, mit Art. 5 EMRK nicht vereinbar wäre.⁹⁷

⁹¹ Dazu oben IV.

⁹² EuGHMR, *Guzzardi v. Italy*, Urt. v. 6.11.1980, A Nr. 39, EuGRZ 1983, 633 (640); *Gollwitzer* (Fn. 52), Art. 5 MRK Rn. 70; *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 516 (517 f.); *Anders Macken*, Int. J. of Human Rights 2006, 195 (200 ff.).

⁹³ EuGHMR, *Guzzardi v. Italy*, Urt. v. 6.11.1980, Rn. 102 (“it is not adapted to a policy of general prevention directed against an individual or a category of individuals who, like *mafiosi*, present a danger on account of their continuing propensity to crime; it does no more than afford the Contracting States a means of preventing a concrete and specific offence”); *Ciulla v. Italy*, Urt. v. 22.2.1989, A Nr. 148, Rn. 40; dazu *Trechsel*, in: MacDonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), *The European System for the Protection of Human Rights*, 1993, S. 304.

⁹⁴ EuGHMR, *Guzzardi v. Italy*, Urt. v. 6.11.1980, Rn. 102; bestätigt in *Ciulla v. Italy*, Urt. v. 22.2.1989, Appl. No 11152/84, Ziff. 40. Vgl. auch *Lawless v. Ireland*, Urt. v. 1.7.1961, Appl. No 332/57, Ziff. 14, veröff. in *Golsong/Petzold/Furrer* (Fn. 66), S. 22 ff.; zum *Lawless*-Verfahren ausführlich *Maguire*, J. of the Oxford University History Society 2, 2004. Gegen die Zulässigkeit einer „generalpräventiven“ Haftkonzeption auch *Meyer-Ladewig*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Handkommentar, 2003, Art. 5 Rn. 16; *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 516 (518). Anders, auf fragwürdiger Argumentationsgrundlage, *Macken*, Int. J. of Human Rights 2006, 195.

⁹⁵ EuGHMR, *Ciulla v. Italy*, Urt. v. 22.2.1989.

⁹⁶ So auch *Renzikowski* (Fn. 67), Art. 5 Rn. 179.

⁹⁷ Ähnlich wohl *Friedersen/Petersen*, NordÖR 2005, 516 (518).

⁸⁹ BVerfGE 22, 180 (219); 70, 297 (307); 90, 145 (172); *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 2 Rn. 243.

⁹⁰ Zu den „gewichtigen Gründen“ gehören nach BVerfGE 22, 180 (219); 70, 297 (307), „in erster Linie die des materiellen Strafrechts und Strafverfahrens“, hierbei gehe es um den „Schutz der Allgemeinheit“.

3. Möglichkeit einer Derogation von Art. 5 Abs. 1 c) nach Art. 15 EMRK

Sollte es gleichwohl verabschiedet werden, bedürfte es einer Derogation von Art. 5 Abs. 1 c) auf der Grundlage von Art. 15 EMRK. Die Derogation ist an enge Voraussetzungen geknüpft: Das Leben der Nation müsste „durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht“ sein. Von der Konvention abweichende Maßnahmen sind allerdings auch dann nur zulässig, „soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien stehen“.⁹⁸ Diese Voraussetzungen sind eng auszulegen. Gemäß Art. 15 Abs. 3 EMRK ist der Generalsekretär des Europarats schnellstmöglich zu unterrichten (Notifikation).⁹⁹ Eine Kontrolle durch den EuGHMR findet statt.¹⁰⁰ Die Frage, welche Anforderungen im Einzelnen gegeben sein müssen, damit die Existenz einer Gefahr terroristischer Anschläge für ausreichend erachtet wird, um eine Derogation zu begründen, erforderte eine genauere Analyse der EuGHMR-Rechtsprechung wie auch der Entscheidung des britischen House of Lords (2004)¹⁰¹, die über den hier gesteckten Rahmen hinausgeht. Dabei geht es auch um die Frage, wieviel Beurteilungsspielraum den Mitgliedstaaten hinsichtlich des Vorliegens einer Notstandssituation konventionsrechtlich zugebilligt wird.¹⁰²

4. Verbleibende Anforderungen aus Art. 5 Abs. 3 EMRK (Recht auf gerichtliches Untersuchungsverfahren oder Entlassung)

Abgesehen davon, dass es eine Derogation von den Grundrechtsbestimmungen der Verfassung auch im Notstandsfall nicht gibt¹⁰³ und daher stets die Voraussetzungen von Art. 104 GG – insbesondere die Anforderungen an das Verfahren – beachtet werden müssten¹⁰⁴, stellte sich bei Erlass eines „Gefährder“-Gesetzes die Frage, ob auch eine Derogation

von Art. 5 Abs. 3 EMRK in Betracht käme. Dass auch hierfür eine „unbedingte Erforderlichkeit“ i.S.v. Art. 15 EMRK begründet werden könnte, erscheint besonders fraglich, doch bedürfte dies jedenfalls einer gesonderten Untermauerung; ein Automatismus dergestalt, dass bei Derogation von Art. 5 Abs. 1 c) (betreffend die Eingriffsvoraussetzungen) automatisch auch Abs. 3 (betreffend das Verfahren bei Freiheitsentziehung) erfasst wird, existiert jedenfalls nicht.

Nach Art. 5 Abs. 3 S. 1 muss „jede Person, die nach Abs. 1 Buchstabe c) von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist“, „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.“ Dieser Befund ergibt sich aus dem Zusammenspiel von Art. 5 Abs. 3 mit Abs. 1 c) EMRK, die nach der Rechtsprechung des EuGHMR als Einheit gelesen werden müssen. Jeder Inhaftierte muss danach – erstens – einen Anspruch auf richterliche Vorführung nach Festnahme für den Fall der Aufrechterhaltung der Haft haben; und – zweitens – genießt er (von der auf die Vorführung ergehenden Entscheidung unabhängig) einen Anspruch auf ein „Urteil“.¹⁰⁵ Aus diesem Normtext von Art. 5 Abs. 3 EMRK entstehen freilich noch ungelöste Fragen hinsichtlich der genauen Bedeutung für die Variante der Präventivhaft. Dies deshalb, weil der Begriff des „Urteils“ nicht auf die 2. Alternative von Art. 5 Abs. 1 c) – die Präventivhaft – zu passen scheint. Ein „Urteil“ setzt nach rechtsstaatlichen Maßstäben eine eingehendere gerichtliche Untersuchung mit kontradiktorischer Beweiserhebung voraus; die englische Fassung spricht insofern, korrekter als die deutsche Übersetzung, von „trial“ („shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial“)¹⁰⁶. Gewiss, dieser Normtext ist primär auf das Strafverfahren bezogen. Dass er für das Verfahren einer Präventivhaft modifiziert werden müsste, hat man möglicherweise übersehen. Indessen macht es durchaus Sinn, dieses Erfordernis auch auf Fälle der Präventivhaft zu erstrecken.¹⁰⁷ So wie das Zusammenspiel mit Art. 5 Abs. 1 c) gestaltet ist, sprechen nicht nur der Normtext und die Systematik, sondern auch die Zwecksetzung eines möglichst engmaschigen gerichtlichen Freiheitsschutzes dafür, neben dem Anspruch auf richterliche Vorführung¹⁰⁸ auch den „trial“-Anspruch auf Fälle der Präventivhaft anzuwenden. Dies kann in dem Sinne geschehen, dass ein Gerichtsverfahren geschaf-

⁹⁸ Übersetzung i.d. Fassung der Bek. v. 17.5.2002, BGBl. II, S. 1054.

⁹⁹ Näher Gollwitzer (Fn. 52), Art. 15 MRK Rn. 5.

¹⁰⁰ Meyer-Ladewig (Fn. 94), Art. 15 Rn. 3.

¹⁰¹ A (FC) and others (FC) v. Secretary of State for the Home Department, 2004, UKHL 56.

¹⁰² Zum Beurteilungsspielraum der Staaten Meyer-Ladewig (Fn. 94), Art. 15 Rn. 5; für eine Doktrin des „moderaten Beurteilungsspielraums“ („moderate margin doctrine“) Macken, Terrorism as a state of emergency in international law (Konferenz-Papier, Anzsil 2005 Conference, Canberra/Aus., abrufbar unter <http://law.anu.edu.au/cipl/Conferences&SawerLecture/05%20ANZSIL%20Papers/Macken.pdf>).

¹⁰³ Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 7. Aufl. 2004, Art. 115a Rn. 1; vgl. auch Pieroth, in: ders./Jarass (a.a.O.), Art. 79 Rn. 10; Windthorst, in: Sachs (Fn. 89), Art. 91 Rn. 2; vgl. auch Robbers, in: Jarass/Pieroth (a.a.O.), vor Art. 115a Rn. 8.

¹⁰⁴ Degenhart, in: Sachs (Fn. 89), Art. 104 Rn. 14 f.; Jarass (Fn. 103), Art. 104 Rn. 5; Versteyel, in: von Münch/Kunig (Fn. 87), Art. 115c Rn. 7.

¹⁰⁵ Grundlegend Lawless v. Ireland, Urt. v. 1.7.1961, A Nr. 3, Rn. 14 („paragraph 1c of Art. 5 can be construed only if read in conjunction with para. 3 of the same article, with which it forms a whole“; „[o]nce a person is arrested or detained he shall be brought before a judge and shall be entitled to trial within a reasonable time“; Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁰⁶ Hervorhebung hinzugefügt. Dazu auch Friedersen/Petersen, NordÖR 2005, 516 (518).

¹⁰⁷ Ablehnend wohl Macken, Int. J. of Human Rights 2006, 195 (213 f.).

¹⁰⁸ Gollwitzer (Fn. 52), Art. 5 Rn. 70a.

fen werden müsste, in welchem in einer kontradiktorischen Hauptverhandlung unter Wahrung voller Verteidigungsrechte das Bestehen einer vom Betroffenen ausgehenden Verbrechensgefahr umfassend geklärt wird.

VI. Fazit

Eine generalpräventiv konzipierte Präventivhaft, die sich gegen sogenannte „Gefährder“ richtete, wäre mit der Europäischen Menschenrechtskonvention nicht vereinbar. Ihre Einführung setzte eine Außerkraftsetzung von Art. 5 Abs. 1 c) EMRK voraus. Eine solche Derogation wäre nur unter den engen Voraussetzungen eines Krieges oder öffentlichen Notstands möglich (Art. 15 EMRK). Selbst für diesen Fall ergibt sich sowohl aus Art. 104 GG wie auch aus Art. 5 Abs. 3 EMRK, dass der von Präventivhaft Betroffene einen Anspruch hat, unverzüglich einem Richter vorgeführt zu werden. Darüber hinaus kann aus Art. 5 Abs. 3 EMRK geschlossen werden, dass (für den Fall einer Derogation von Art. 5 Abs. 1c) bei Fortdauer der Inhaftierung eine gerichtliche Untersuchung eröffnet werden müsste, die zum Gegenstand hat, die gegen den Betroffenen vorliegenden Verdachtsgründe unter Wahrung seiner Verteidigungsrechte eingehender zu untersuchen.

Abstraktes Recht und konkreter Wille

Anmerkungen zur Einstellung des „Mannesmann“-Verfahrens nach § 153a StPO

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Hamburg, und Regierungsdirektor Dr. Stefan Sinner, Berlin*

I. Einleitung

Zu besprechen ist eine Entscheidung der 10. Großen Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts Düsseldorf, die sich in keiner amtlichen Entscheidungssammlung findet, aber dennoch Strafprozessrechtsgeschichte schreiben wird. Die Einstellung von Deutschlands bislang spektakulärstem Wirtschaftsstrafprozess, dem sogenannten „Mannesmann“-Verfahren, stellt einen weiteren Schritt auf dem Weg zur Auflösung des reformierten deutschen Strafprozesses dar. Das Landgericht hat im Anschluss an die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs weder dessen materiell-rechtliche Vorgaben noch verfahrensrechtliche Prinzipien auf den konkret zu entscheidenden Fall angewendet, sondern das Verfahren nach einer Übereinkunft der Beteiligten für diesen Einzelfall beendet. Bezeichnend ist, dass diese Art der Verfahrenserledigung in erster Linie in der rechtspolitisch aufmerksamen Tagespresse¹, aber kaum in der strafrechtlichen Fachliteratur² kontrovers kommentiert wird.

* Der Autor *Saliger* ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Bucerius Law School in Hamburg. Der Autor *Sinner* ist Referent in der Verwaltung des Deutschen Bundestages in Berlin.

¹ Ablehnend bzw. (eher) kritisch u.a. *Dunsch*, Ohne Urteil, FAZ vom 25. November 2006; *Prantl*, Gerechtigkeit – über den Daumen gepeilt, SZ vom 29. November 2006; *ders.*, Maß und Anmaßung, SZ vom 2. Dezember 2006; *Freund*, Einiges schief gelaufen, Hessisch-Niedersächsische Allgemeine vom 29. November 2006; *Wolff*, Die Kleinen hängt man, FR vom 29. November 2006; *Frenkel*, Eiertanz in Saal 111, DIE ZEIT Nr. 49 vom 30. November 2006; *Müller*, In einer langen Reihe von Absprachen, FAZ vom 4. Dezember 2006. (Eher) Zustimmungsdagegen *Zawadzky*, Kommentar: Moderner Ablasthandel im Mannesmann-Verfahren, Deutsche Welle vom 29. November 2006; *Joecks*, Die Grenzen der Rechtsprechung, Handelsblatt vom 30. November 2006; *Steltzner*, Lehren aus dem Mannesmann-Prozess, FAZ vom 30. November 2006; *Kuhr*, Ein Handel für den Rechtsfrieden, SZ vom 30. November 2006; vgl. auch die Stellungnahme *Lüderssens*, Paradoxes Recht, FR vom 5. Dezember 2006. Zu weiteren, sehr zahlreichen kontroversen Kommentaren von Juristen und Politikern vgl. etwa Financial Times Deutschland vom 28. November 2006 (*Naucke*, *Hardtung*, *Thielmann*, *Rotter*, *Kempf*, *Lichtenberg*), Die Welt vom 29. November 2006 (*Scholz*, *Maget*, *Ramsauer*, *Pau*, *Künast*, *Berninger*), Handelsblatt vom 30. November 2006 (*Rönnau*, v. *Beck*, *Neskovic*, *Otto*, *Johnigk*, *Arenhövel*, *Peltzer*).

² *Götz*, NJW 2007, 419, macht knappe strafprozessuale und ausführlichere aktienrechtliche Anmerkungen zu diesem Verfahren. *Leipold*, NJW-Spezial 2007, 39, nimmt das „Mannesmann“-Verfahren zum Anlass, die Voraussetzungen des § 153a StPO zu vergegenwärtigen und die Vorschrift positiv einzuschätzen. *Jahn*, BB Nr. 1 2007, Die erste Seite, gibt eine knappe, affirmative Einschätzung der Einstellung

II. Die Verfahrensgeschichte

Der Verfahrensablauf soll kurz in Erinnerung gerufen werden:

1. Anklage

Die Staatsanwaltschaft hatte den Angeklagten Dr. Ackermann, Prof. Dr. Dr. Funk, Ladberg und Zwickel mit der Anklage vorgeworfen, als Mitglieder des Aufsichtsratsausschusses für Vorstandsangelegenheiten (Präsidium) der früheren Mannesmann AG im engen zeitlichen Zusammenhang mit deren Übernahme durch das britische Telekommunikationsunternehmen Vodafone Airtouch plc durch Zuerkennung freiwilliger Sonderzahlungen und Abgeltung von Pensionsansprüchen in Höhe von insgesamt 57 Millionen € Untreue zum Nachteil der Mannesmann AG begangen zu haben.³ Die Angeklagten Dr. Droste – damals Leiter der für die Betreuung der aktiven Vorstandsmitglieder zuständigen Abteilung – und Dr. Esser – seinerzeit Vorstandsvorsitzender der Mannesmann AG – sollen mehrere der Taten durch die Vorbereitung von Beschlüssen und deren Umsetzung unterstützt haben. Den an den Entscheidungen beteiligten Präsidiumsmitgliedern soll bewusst gewesen sein, dass die Sonderzahlungen, die als Anerkennungsprämien für die in der Vergangenheit erbrachte besondere Leistung gezahlt wurden, tatsächlich bezweckten, die freundliche Übernahme durch Vodafone zu fördern und die Empfänger unrechtmäßig zu bereichern.

2. Urteil des Landgerichts

Das Landgericht hat alle Angeklagten in seinem Urteil vom 22. Juli 2004 freigesprochen.⁴ Die Pflichtverletzung der Angeklagten Dr. Ackermann, Prof. Dr. Dr. Funk, Ladberg und Zwickel sei nicht gravierend gewesen,⁵ was zugleich eine Haupttat für eine Beihilfehandlung der Angeklagten Dr. Droste und Dr. Esser ausschließe,⁶ den Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel hielt das Landgericht zudem einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zugute.⁷

des „Mannesmann“-Prozesses; vgl. auch *ders.*, ZRP 2007, 130. Siehe zum Ganzen auch das Streitgespräch zwischen *Lichtenberg* und *Rönnau* im Bucerius Law Journal 1/2007, 38 ff. (41 ff.).

³ Wiedergegeben ist der in der Revisionsentscheidung – also der letzten rechtlichen Auseinandersetzung mit dem zu entscheidenden Fall – dargestellte Sachverhalt (s. NJW 2006, 522).

⁴ NJW 2004, 3275 mit Anm. u.a. von *Tiedemann*, ZIP 2004, 2056; *Jakobs*, NStZ 2005, 276; vgl. auch *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113.

⁵ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 (3280 ff.).

⁶ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 (3285 f.).

⁷ LG Düsseldorf NJW 2004, 3275 (3285).

3. Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hat das freisprechende Urteil – unter Einstellung des Verfahrens in einem Fall der Urteilsgründe wegen nicht zugelassener Anklage (§ 260 Abs. 3 StPO) – am 21. Dezember 2005 nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts zurückverwiesen. Die umfangreiche Entscheidung beschäftigt sich ausführlich mit Pflichtverletzungen bei der Gewährung von Abfindungen und Pensionszahlungen,⁸ dem Grad, den eine solche Pflichtverletzung erreichen muss, um für den Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) relevant zu sein,⁹ Irrtumsfragen (§§ 16, 17 StGB)¹⁰ sowie mit der Figur der straflosen Hilfeleistung durch berufstypische neutrale Handlungen¹¹. Nach den rechtlichen Ausführungen gibt der *Senat* umfassende Hinweise für die neue Hauptverhandlung.¹² Bei alledem lässt es der Bundesgerichtshof nicht an bemerkenswert klaren Worten fehlen: Kompensationslose Anerkennungsprämien seien treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens, die bereits dem Grunde nach unzulässig seien;¹³ die Sonderzahlungen seien für die Mannesmann AG ohne jeden Nutzen gewesen;¹⁴ es bleibe „unklar“, welche tatsächlichen Umstände den vom Landgericht angenommenen Irrtum der Präsidiumsmitglieder über die Erlaubtheit ihres Handelns hervorgerufen haben sollen;¹⁵ zur Vermeidung eines eventuellen Irrtums hätten die Angeklagten Dr. Ackermann und Zwickel nicht einmal eines Rechtsrates bedurft, denn die Frage, ob eine ausschließlich durch den Wunsch des Begünstigten motivierte, dem Unternehmen keinen Vorteil bringende Prämienengewährung rechtlich zulässig sei, wäre „mit Sicherheit“ verneint worden;¹⁶ es sei schließlich „schlechterdings nicht vorstellbar“, dass sich der Gewerkschaftsführer Zwickel für berechtigt gehalten haben könnte, in Millionenhöhe willkürlich über das auch ihm anvertraute Gesellschaftsvermögen verfügen zu dürfen.¹⁷

4. Einstellungsentscheidung des Landgerichts

Eine andere Wirtschaftsstrafkammer des erneut zur Verhandlung und Entscheidung berufenen Landgerichts Düsseldorf, die 10. Große Wirtschaftsstrafkammer, hat das Verfahren auf Grundlage des § 153a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 StPO – mit Be-

schluss vom 29. November 2006 vorläufig¹⁸, nach Erfüllung der Voraussetzung des Abs. 1 S. 2 Nr. 2 mit Beschluss vom 5. Februar 2007 endgültig¹⁹ – eingestellt. Die Kammer hat die Einstellung mit der Auflage verbunden, dass der Angeklagte Dr. Ackermann 3.200.000 €, der Angeklagte Dr. Droste 30.000 €, der Angeklagte Dr. Esser 1.500.000 €, der Angeklagte Prof. Dr. Dr. Funk 1.000.000 €, der Angeklagte Ladberg 12.500 € und der Angeklagte Zwickel 60.000 € zahlen, und zwar zu 60 % an die Staatskasse und im Übrigen an gemeinnützige Einrichtungen.²⁰

Das Landgericht hat die Voraussetzungen des § 153a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 StPO als erfüllt angesehen und ausgeführt.²¹ Die Zustimmungen der Angeklagten, der Staatsanwaltschaft und des Gerichts lägen vor; in Rede stünden nur Vergehen (§§ 266, 12 StGB).

Die auferlegten Zahlungen seien geeignet, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. Die angeklagten Taten sollen bereits vor längerer Zeit, nämlich im Jahre 2000 begangen worden sein. Die Angeklagten seien durch das öffentliche Interesse an dem Strafverfahren überdurchschnittlich belastet. Über das konkrete Strafverfahren hinaus bedeutsame Rechtsfragen seien durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21. Dezember 2005 geklärt, wobei die Verfahrenseinstellung die Bedeutung dieses Urteils nicht schmälere. Die bis zur vorläufigen Einstellung durchgeführte Beweisaufnahme, die das Bemühen der Kammer um Wahrheitsermittlung bestätige, habe ergeben, dass zu Beginn des Jahres 2000 zahlreiche verfahrensrelevante Rechtsfragen ungeklärt gewesen seien.

Auch die Schwere der möglichen Schuld der Angeklagten stehe der Einstellung nach § 153a Abs. 2 StPO nicht entgegen. Die Klärung der auch nach der richtungweisenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs in tatsächlicher und rechtlicher Sicht offenen Fragen sei innerhalb eines überschaubaren Zeitraums nicht möglich. Es sei zu berücksichtigen, dass das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung wie auch die Schuld der Angeklagten mit zunehmender Verfahrensdauer immer geringer würden. Die Kammer habe der Klärung der offen gebliebenen Fragen nicht ausweichen wollen. Indes hätten die Anträge der Angeklagten und der Staatsanwaltschaft auf Einstellung des Verfahrens deutlich gemacht, dass sie auf eine endgültige Klärung der Schuldfrage verzichteten. Auch wenn die Kammer an dieses Einverständnis nicht gebunden sei, gehe sie davon aus, dass es sich bei den offen gebliebenen Fragen nur noch um solche handle, die über den

⁸ BGH NJW 2006, 522 mit Anm. u.a. von *Hohn*, wistra 2006, 161; *Ransiek*, NJW 2006, 814; *Rönnau*, NStZ 2006, 218; *Schünemann*, NStZ 2006, 196.

⁹ BGH NJW 2006, 522 (526).

¹⁰ BGH NJW 2006, 522 (527, 529).

¹¹ BGH NJW 2006, 522 (528).

¹² BGH NJW 2006, 522 (530 f.).

¹³ BGH NJW 2006, 522 (524).

¹⁴ BGH NJW 2006, 522 (525, 528).

¹⁵ BGH NJW 2006, 522 (527).

¹⁶ BGH NJW 2006, 522 (529).

¹⁷ BGH NJW 2006, 522 (529).

¹⁸ Pressemitteilung Nr. 09/2006, aufzurufen unter www.lg-duesseldorf.nrw.de.

¹⁹ Pressemitteilung Nr. 01/2007 (Fn. 18).

²⁰ Die Höhe der Auflagen hat zu massenhaften Anfragen gemeinnütziger Einrichtungen geführt, vgl. FAZ vom 5. Dezember 2006; die schließlich gefundene Aufteilung findet sich in der Pressemitteilung Nr. 01/2007 des LG Düsseldorf (Fn. 19).

²¹ Pressemitteilung Nr. 09/2006 (Fn. 18). Soweit ersichtlich, ist der Wortlaut dieser Begründung nicht in einer juristischen Fachzeitschrift veröffentlicht.

vorliegenden Fall hinaus nicht von grundlegender Bedeutung seien.

Die Höhe der den Angeklagten auferlegten Zahlungen berücksichtige ihre unterschiedlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse, die Zahl und Schwere der ihnen vorgeworfenen Taten sowie die ihnen jeweils zur Last gelegte Beteiligungsform. Die Höhe der dem Angeklagten Dr. Ackermann auferlegten Zahlung möge angesichts seines Einkommens als gering erscheinen; indes läge auch die maximale Höhe einer Geldstrafe nach geltendem Recht bei 3.600.000 €.

Die Kammer übersehe nicht die Kritik, die an § 153a Abs. 2 StPO geübt werde. Sie teile indes nicht die Einschätzung, die Angeklagten würden sich freikaufen. 2003 seien 126.174 Verfahren nach § 153a StPO gegen Auflagen eingestellt worden. In den meisten dieser Fälle hätten die Angeklagten nicht über besonders hohe Einkünfte oder Vermögen verfügt. § 153a StPO sei demnach keine Regelung, die reiche Beschuldigte einseitig begünstige. Mit Blick auf das Gleichheitsgebot aus Art. 3 Abs. 1 GG dürften begüterte Angeklagte aber auch nicht aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift herausgenommen werden.

III. Kritische Würdigung

Die Verfahrensweise des Landgerichts Düsseldorf ist nicht neu. Immer wieder werden auch spektakuläre Strafverfahren nicht bis zu einer klaren und überprüfbaren Entscheidung zwischen Freispruch oder Verurteilung geführt, sondern durch eine vertragsähnliche Übereinkunft der Beteiligten ohne abschließende Entscheidung über die Schuldfrage irreversibel (vgl. § 153a Abs. 1 S. 5, Abs. 2 S. 4, § 172 Abs. 2 S. 3 StPO) beendet.²² Als bislang spektakulärsten Fall der Anwendung des § 153a (Abs. 1) StPO im Zusammenhang mit einem Untreue-Tatvorwurf ist an die Einstellung des Verfahrens gegen den ehemaligen Bundeskanzler Dr. Helmut Kohl durch das Landgericht Bonn im Zusammenhang mit der Entgegennahme anonymer Parteispenden für die CDU zu erinnern.²³ Das „Mannesmann“-Verfahren weist mit der Beendigung des Kohl-Verfahrens einerseits signifikante Übereinstimmungen auf. Andererseits zeichnet sich der Einstellungsbeschluss der Düsseldorfer Wirtschaftsstrafkammer gemäß § 153a Abs. 2 StPO durch Besonderheiten aus, welche die Überschreitungen der Opportunitätsgrenzen im Fall Kohl noch überbieten.

1. Rechtfertigung der gewählten Verfahrensform

Zunächst fällt auf, dass beide Einstellungsentscheidungen überhaupt mit einer über formularmäßige Ausführungen hinausgehenden – im Fall Kohl sogar recht umfangreichen – Begründung versehen worden sind. Das ist bereits deshalb bemerkenswert, weil die Strafprozessordnung eine solche Begründung bei den Entscheidungen nach § 153a StPO nicht vorschreibt. Entsprechend wird eine Begründungspflicht auch teilweise ganz verneint²⁴ bzw. nur bei Versagung der gerichtlichen Zustimmung bejaht²⁵. Richtigerweise sind Begründungspflichten für alle Entscheidungen von Staatsanwaltschaft und Gericht bei § 153a StPO de lege lata zu befürworten.²⁶ Das ergibt sich aus der auch entkriminalisierenden Funktion des § 153a StPO²⁷, die verlangt, dass die Bedingungen der Entkriminalisierung für die Allgemeinheit und das Opfer transparent werden. Diese Transparenz qua Begründung ermöglicht nicht nur eine Kritik der Einstellungsentscheidungen seitens der Strafrechtswissenschaft und damit eine Vereinheitlichung der Entscheidungspraxis. Die Transparenz dient zugleich dem Genugtuungsinteresse des Opfers.

Trotz der Gemeinsamkeit einer Entscheidungsbegründung ist die Intensität der Rechtfertigung der gewählten Verfahrensform im Fall „Mannesmann“ und im Fall Kohl allerdings signifikant unterschiedlich. Denn während sich im Fall Kohl diese Rechtfertigung in einer – wenn auch sehr ausführlichen – Subsumtion der Voraussetzungen des § 153a Abs. 1 StPO erschöpft, nimmt das Landgericht Düsseldorf über die Subsumtion der Voraussetzungen des § 153a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 StPO hinaus (Vergehensqualität der vorgeworfenen Taten, Vorliegen der Zustimmungserklärungen von Angeklagten und Staatsanwaltschaft, Beseitigung des öffentlichen Interesses durch die auferlegten Zahlungen, kein Entgegenstehen der Schwere der [mutmaßlichen] Schuld) – gleichsam in einem *obiter dictum* – auf den für § 153a StPO neuralgischen Gleichheitsgrundsatz Bezug: Da § 153a StPO, wie die Praxis zeige, reiche Beschuldigte nicht begünstige, dürften aufgrund des Gleichheitsgebots gemäß Art. 3 Abs. 1 GG begüterte Beschuldigte auch nicht aus seinem Anwendungsbereich herausgenommen werden. Diese Begründung ist in mehrerer Hinsicht entlarvend.

Schon die zusätzliche rechtfertigende Bezugnahme auf einen Grundsatz, der keine Tatbestandsvoraussetzung der Einstellungs Vorschrift bezeichnet, zeigt das Unbehagen des

²² Zum Vertragsgedanken eingehend Sinner, Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht, 1999.

²³ NSTZ 2001, 426; hierzu Saliger, GA 2005, 155; ders., Parteiengesetz und Strafrecht, 2005, S. 698 ff.; Schoreit, in: Pfeiffer (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einföhrungsgesetz, 5. Aufl. 2003, § 153a StPO, Rn. 5; auch in diesem Fall fand die Besprechung der Entscheidung im Übrigen hauptsächlich in der Tagespresse statt.

²⁴ Weßlau, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 27. Lieferung, Stand: August 2002, § 153a Rn. 31.

²⁵ Hamm, NJW 2001, 1695; Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, Kommentar, 50. Aufl. 2007, § 153a Rn. 9.

²⁶ Vgl. W. Hassemer, in: Ostendorf (Hrsg.), Strafverfolgung und Strafverzicht, Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, 1992, S. 540; Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 323; Saliger, GA 2005, 176. Zum Öffentlichkeitsgrundsatz im Zusammenhang mit der Entscheidung gem. § 153a StPO s. Kargl/Sinner, Jura 1998, 231 (234 ff.).

²⁷ Dazu näher Saliger, GA 2005, 158 (171).

Gerichts mit der gewählten Verfahrensform, erweist sich doch die Wahl des Urteilsverfahrens als solches nie als begründungsbedürftig. Hier dürfte neben den Einkommensverhältnissen der Beschuldigten und den „Sanktionshöhen“ vor allem die Tatsache, dass ausgerechnet ein in der Öffentlichkeit intensiv und in einem größeren Zusammenhang betrachtetes Verfahren aus Opportunitätserwägungen eingestellt wird, die Verteidigungsrede des Gerichts in eigener Sache motiviert haben.²⁸

Bemerkenswert ist zudem die Funktionsverschiebung, die der Gleichheitsgrundsatz bei § 153a StPO in der Begründung des Landgerichts Düsseldorf erfährt. Bei Einführung der Vorschrift durch das EGStGB 1974 waren die Gleichheit der Strafrechtsanwendung und die Gefahr einer Kommerzialisierung der Strafrechtspflege, die begüterte Beschuldigte begünstigt, zentrale Probleme und Kritikpunkte des § 153a StPO. Nunmehr – vor allem nach dem Verzicht auf die „geringe Schuld“ in § 153a StPO und seine Ausdehnung auf die mittlere Kriminalität durch das Rechtspflegeentlastungsgesetz 1993²⁹ – wird der Gleichheitsgrundsatz offensiv zur Rechtfertigung der Anwendung des § 153a StPO auch auf „Reiche“ eingesetzt. Aus einem Legitimationsproblem soll wohl ein Legitimationsgrundsatz werden.

Aber so einfach lässt sich das Gleichheits- und Legitimationsproblem bei § 153a StPO nicht zum Verschwinden bringen. Mögen auch affirmative Stimmen das vom Landgericht Düsseldorf angebotene Argument zur Häufigkeit der Einstellung nach § 153a StPO aufgreifen, um die verbreitete Empörung in der Bevölkerung über die Einstellung der causa „Mannesmann“ zu tadeln.³⁰ Das Gleichheits- und Legitimationsproblem kehrt zurück, wenn man die Höhe der durchschnittlichen Geldstrafe mit der Höhe der Zahlungsauflagen im Fall „Mannesmann“ (und anderer Einstellungen von Strafverfahren gegen begüterte Beschuldigte nach § 153a StPO) vergleicht. Danach blieben im Jahre 2002 73,8% der Geldstrafen bei einer Tagessatzhöhe von unter 25 €. ³¹ Von den Geldstrafen allein wegen Untreue lagen im gleichen Jahr 69 % unterhalb dieser Tagessatzhöhe.³² Die Zahlungsauf-

gen bei § 153a StPO, die die Unschuldsvermutung unangestastet lassen³³, übersteigen im Fall „Mannesmann“ diese Beträge – selbst wenn man sie mit der maximalen Tagessatzzahl für Einzelstrafen von 360 (§ 40 Abs. 1 S. 2 StGB) multipliziert – um ein Vielhundertfaches. Angesichts dieser enormen Asymmetrien kann von einem Verschwinden des Gleichheits- und Legitimationsproblems bei § 153a StPO nicht die Rede sein.

2. Beseitigung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung?

Eine weitere Parallele zwischen den Fällen Kohl und „Mannesmann“ besteht in den Zweifeln an der Beseitigung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung. Das Landgericht Düsseldorf sieht durch die Zahlungsaufgabe das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch verschiedene Umstände des Strafverfahrens beseitigt. Die zwischen den mutmaßlichen Taten und der Einstellung liegende Zeitspanne von über sechs Jahren ist dabei in der Tat ein Faktor, der das öffentliche Strafverfolgungsinteresse minimieren kann. Hingegen dürfte die von der Strafkammer ins Feld geführte Belastung der Angeklagten durch das Strafverfahren nur im Rahmen der Prüfung von Bedeutung sein, ob die Schwere der Schuld der Einstellung des Verfahrens entgegensteht. Fast kurios muten aber die Erwägungen an, mit denen das Gericht das öffentliche Interesse in einem Maße verkleinert, dass die Einstellung des Verfahrens nach Erfüllung der Zahlungsaufgabe möglich wird:

Entscheidend sei, so das Landgericht, dass bedeutsame Rechtsfragen durch das Urteil des Bundesgerichtshofs beantwortet seien. Bei den im Verfahren noch zu klärenden Fragen – die nicht mitgeteilt werden! – handle es sich nicht um solche, die über den konkreten Fall hinaus von Bedeutung seien. Außerdem hätten die Angeklagten und die Staatsanwaltschaft durch ihre jeweiligen Anträge deutlich gemacht, dass sie auf eine endgültige Klärung der Schuld oder Unschuld verzichten. Bei dieser Begründung wird deutlich, dass das Landgericht für seine Entscheidung einen anderen Maßstab anlegt, als ihn § 153a StPO enthält. Nach dem Gesetz geht es um das *Interesse an der Strafverfolgung* im Sinne einer strikten Durchführung des von §§ 153 ff. StPO durchbrochenen Legalitätsprinzips.³⁴ Dem stellt das Landgericht zum einen ein Interesse am abstrakten Recht gegenüber, das durch das Urteil des Bundesgerichtshofs befriedigt sei. Zum anderen definiert es das im Legalitätsprinzip aufgehobene Interesse der Allgemeinheit an der Strafverfolgung in das Partikularinteresse von Staatsanwaltschaft und Gericht um, das Verfahren durch konkrete Willensübereinstimmung zu beenden. Das nach dieser Operation als gering erscheinende Interesse kann nach Auffassung der Kammer durch die Zahlungsaufgabe beseitigt werden. Gesetzlich wird das gefundene Ergebnis durch die Unanfechtbarkeit des Einstellungsbeschlusses (§ 153a Abs. 2 S. 4 StPO) gegen rechtliche Einwände abgesichert.

²⁸ *Jahn*, ZRP 2007, 130, spricht treffend davon, dass die Hauptverhandlung den Eindruck eines Mummenschanzes erweckte. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch der Hinweis des Vorsitzenden Richters in der Presseerklärung Nr. 09/2006 (Fn. 18), wonach die Kammer von den am Schluss der Sitzung vom 24. November 2006 gestellten Einstellungsanträgen nicht überrascht worden sei und alle Kammermitglieder an der Entscheidung mit gleichem Stimmrecht wie der Vorsitzende beteiligt gewesen seien. Zum prekären Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Gericht bei Anwendung des § 153a Abs. 2 StPO s. *Meyer-Goßner*, NStZ 2007, 425 (425 f.).

²⁹ Zum Ganzen stellvertretend *Saliger*, GA 2005, 158.

³⁰ So etwa *Jahn*, BB Nr. 1 2007, Die erste Seite; vgl. auch *Zawadsky*, Kommentar: Moderner Ablasshandel im Mannesmann-Verfahren, Deutsche Welle vom 29. November 2006.

³¹ *Eisenberg*, Kriminologie, 6. Auflage 2005, § 33 Rn. 10.

³² Vgl. *Eisenberg* (Fn. 31), § 33 Rn. 12.

³³ BVerfG MDR 1991, 892; *Meyer-Goßner* (Fn. 25), § 153a Rn. 2.

³⁴ So auch *Götz*, NJW 2007, 419 (420).

Hier wie im Verfahren gegen Dr. Kohl lässt sich aber mit Blick auf die Prominenz der Beschuldigten, die Brisanz der Tatvorwürfe und die Größe des Medieninteresses im In- und Ausland fragen, ob die Allgemeinheit Verständnis dafür aufbringen muss, dass anstelle einer definitiven strafjuristischen Klärung (Verurteilung oder Freispruch) nach Zahlung eines Geldbetrages die Fortführung eines Prozesses vermieden wird, den sie mit großem – eben öffentlichem – Interesse über lange Zeit begleitet hat.³⁵

3. Verdeckte Strafzumessung und Fiskalisierung des Strafverfahrens

Im Unterschied zum Fall Kohl spielt bei der causa „Mannesmann“ wegen der im Raum stehenden Schadenshöhen und der Einkommensverhältnisse der Angeklagten die Begründung der Höhe der verhängten Zahlungsaufgabe eine besondere Rolle.

Bei der Auflage im Sinne des § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO handelt es sich nicht um eine Strafe.³⁶ Dennoch stellt der Einstellungsbeschluss in den Erwägungen zur Höhe der den Angeklagten auferlegten Zahlungen Strafzumessungserwägungen an, die nur durch geschickte Wortwahl eine Orientierung am Schuldprinzip und damit einen Verstoß der Entscheidung gegen die Unschuldsvermutung vermeiden. Dies gilt für die Erwähnung der unterschiedlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse, die Unterschiede in Zahl und Schwere der den Angeklagten vorgeworfenen Taten, die unterschiedlichen Beteiligungsformen und vor allem für die Höhe des durch die jeweils zugeflossenen Beträge angerichteten Schadens. Insbesondere die Erwägungen im Zusammenhang mit der dem Angeklagten Dr. Ackermann auferlegten Zahlung können ihre Nähe zu einer Strafzumessungsentscheidung kaum verbergen, wenn ausdrücklich mit der Höhe der maximal gegen den Angeklagten zu verhängenden Geldstrafe argumentiert wird. Der zutreffenden Feststellung, §§ 40 Abs. 2 S. 2, 54 Abs. 2 StGB seien für die Bemessung der Auflage zwar nicht verbindlich, wird der nicht näher belegte Hinweis angefügt, die mittelbare Bedeutung der Vorschriften folge daraus, dass die Geldauflage in einem angemessenen Verhältnis zu der bei einer Verurteilung zu erwartenden Geldstrafe zu stehen habe.

Diese verdeckte Strafzumessung offenbart im Fall „Mannesmann“ mit aller Deutlichkeit die vor allem bei Einstellungsentscheidungen gegen begüterte Beschuldigte zunehmend in den Vordergrund tretende Funktion des § 153a StPO als Instrument der Fiskalisierung des Strafverfahrens.³⁷ Dar-

aus wird kein Hehl mehr gemacht. So verteidigt der Gerichtssprecher Thole die Einstellungsentscheidung u.a. damit, dass „auch die Staatskasse von der Einstellung profitiert – ihr fließen 60 Prozent der Geldzahlungen zu, also rund 3,5 Mio. Euro.“³⁸ Auch in der Strafrechtswissenschaft wird das Vorgehen des Landgerichts Düsseldorf teilweise mit der Begründung gebilligt, dass „Geld für die Staatskasse hereingeholt [...] und Ressourcen geschont“ wurden.³⁹ Erscheinungsformen, Entwicklungslinien und normative Probleme dieser Fiskalisierung als Abart der Ökonomisierung und Privatisierung des Strafverfahrens sind noch nicht abschließend geklärt. Ob ihr bei § 153a StPO die Orientierung an der Geldstrafe auf Dauer eine effektive Grenze setzt, ist nicht ausgemacht. Soweit der Vorsitzende Richter in der Entscheidungsbegründung offen beklagt, dass die Zahlungsaufgabe insbesondere für Dr. Ackermann im Hinblick auf dessen außerordentlich guten Einkommensverhältnisse als gering erscheinen möge (nur das 2-fache eines Monatsgehalts)⁴⁰, werden bereits Loslösungstendenzen erkennbar. Auf jeden Fall dürfte die Sicherstellung der Geldschöpfung durch § 153a StPO für staatliche und gemeinnützige Zwecke auch eine Erklärung geben für die Wahl und den Austausch von Verfahrensbeteiligten bei Staatsanwaltschaft und Verteidigung vor Prozessbeginn.

4. Entwertung der Revision

Die größte Aufmerksamkeit – und hierin liegt zugleich der größte Unterschied zum Fall Kohl – verdient die Entscheidung des Landgerichts Düsseldorf sicherlich deshalb, weil sie die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs ins Leere laufen lässt. Nach § 153a Abs. 2 S. 1 StPO kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können, vorläufig einstellen und zugleich dem Angeschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen. Eine Verfahrenseinstellung nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht ist also grundsätzlich möglich. Es fehlt auch nicht an Entscheidungen von Revisionsgerichten, die dem Tatgericht eine Sachbehandlung nach § 153a Abs. 2 StPO nahelegen.⁴¹ Das kann etwa der Fall sein, wenn der nach der Revision verbleibende Schuldumfang gering wäre, so dass dem Revisionsgericht die ihm – anders als bei § 153 Abs. 2 StPO⁴² – verwehr-

„Geldsprudel-Paragraph“. Zur Fiskalisierung als allgemeinem Entwicklungstrend des modernen Strafverfahrens *Strate*, StV 2006, 368.

³⁸ Zitiert nach Handelsblatt vom 30. November 2006.

³⁹ *Joecks*, Die Grenzen der Rechtsprechung, Handelsblatt vom 30. November 2006.

⁴⁰ Pressemitteilung Nr. 09/2006 (Fn. 18).

⁴¹ Vgl. etwa BGH NJW 2000, 2364 (2366).

⁴² Hier kann „das Gericht“, also auch das Revisionsgericht, „in jeder Lage des Verfahrens“ das Verfahren unter den Voraussetzungen des § 153 Abs. 1 StPO mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten einstellen; zur Anwendung dieser Vorschrift in der Revisionsinstanz vgl. *Naucke*, in: Ostendorf (Fn. 26), S. 459 ff.

³⁵ *Götz*, NJW 2007, 419 (420 ff.); *Freund*, Einiges schief gelaufen, Hessisch-Niedersächsische Allgemeine vom 29. November 2006; *Frenkel*, Eiertanz in Saal 111, DIE ZEIT Nr. 49 vom 30. November 2006. Zum Verfahren gegen Dr. Kohl s. *Schoreit* (Fn. 23), § 153a Rn. 5; *Saliger*, GA 2005, 175.

³⁶ *Beulke*, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Aufl. 2001, § 153a Rn. 8 ff.

³⁷ *Prantl*, Gerechtigkeit – über den Daumen gepeilt, SZ vom 29. November 2006, spricht treffend von § 153a StPO als

te⁴³ Anwendung dieser Opportunitätsvorschrift als mögliche und sinnvolle Alternative zur vollständigen Durchführung einer Hauptverhandlung erscheint.

Hier liegt der Fall indes anders. Das wohlbegründete, dem zur neuen Entscheidung berufenen Instanzgericht gleichsam eine materiellrechtliche Anleitung an die Hand gebende Urteil des 3. Strafsenats⁴⁴ tritt als bloß abstraktes Recht hinter den konkreten Willen der Verfahrensbeteiligten zurück. Das Landgericht bezieht die Ausdifferenzierung des Untreuetatbestands für die Fallgruppe der kompensationslosen Gewährung von Abfindungen und Pensionszahlungen nicht auf den nach diesem Maßstab neu zu beurteilenden Sachverhalt, sondern gibt sich mit der lakonischen Feststellung zufrieden, relevante Rechtsfragen seien durch das Urteil des Bundesgerichtshofs geklärt. Auch die von ihm gegebenen Hinweise zur neuen Hauptverhandlung verhalten ungehört. Wie angesichts dieser verweigerten Rechtsanwendung zugleich die Bedeutung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs „in keiner Weise“ in Frage gestellt werden soll, bleibt das Geheimnis des Landgerichts. Der Aufsichtsrat der Deutschen Bank AG jedenfalls hat sich durch die Einstellung des „Mannesmann“-Verfahrens in seiner Sicht bestätigt gesehen, dass Dr. Ackermann bei der Wahrnehmung seines Mannesmann-Aufsichtsratsmandats „jederzeit korrekt und sachgemäß“ gehandelt habe.⁴⁵

Eine Entscheidung gemäß § 153a Abs. 2 StPO nach Aufhebung des ersten tatrichterlichen Urteils durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung kann den Zweck des Revisionsverfahrens konterkarieren, wenn maßgebliche Rechtsausführungen des Revisionsgerichts nicht in eine Rechtsanwendung münden. Die Aufgabe der Revision, die Wahrheitsermittlung und eine gerechte Entscheidung sicherzustellen,⁴⁶ kann das Revisionsgericht – sollte das Düsseldorfer Beispiel Schule machen – nur noch abstrakt, nicht aber im Wissen um die Wirksamkeit für den zu entscheidenden Einzelfall erfüllen. Die weiteren Zwecke des Revisionsverfahrens – Sicherung der Rechtseinheit und Rechtsfortbildung⁴⁷ – bleiben zwar erhalten, verflüchtigen sich jedoch ebenfalls, wenn die Einzelfallanwendung der gefundenen Grundsätze aufgrund der Willensübereinstimmung der Verfahrensbeteiligten unterbleibt.

Diese Entwertung der Revision zum bloß abstrakten Recht durch § 153a StPO lässt sich nicht mit dem Hinweis auf die Auffassung jener eskamotieren, für die im künftigen Strafrecht ohnehin nicht die Verurteilung zu einer bestimmten Strafe, sondern der Schuldspruch entscheidend sein soll.⁴⁸

Denn vor Abschluss der Beweisaufnahme – und damit auch bei § 153a StPO – verbietet sich gerade jede Vermutung über die Schuldfrage.⁴⁹

Aus verfahrens- und sachlichrechtlicher Sicht ist festzustellen, dass die Anwendung des § 153a StPO das Ergebnis des Revisionsverfahrens entgegen der Beteuerung des Landgerichts in Frage gestellt hat, weil die dort entwickelten Maßstäbe nicht in einer Sachentscheidung zur Anwendung gelangt sind. Wenn das Landgericht zur Begründung seiner Verfahrensentscheidung anführt, die Bandbreite der Auffassungen ernst zu nehmender Juristen zur Zulässigkeit der Handlungsweise der Angeklagten sei immer noch groß, nimmt es eine Unsicherheit für sich in Anspruch, die es unter Beachtung der Revisionsentscheidung – mit welchem Ergebnis auch immer – durch eine Entscheidung in der Sache hätte beseitigen können und müssen.⁵⁰ Die gewählte Verfahrenform bleibt nicht ohne Rückwirkung auf das materielle Recht. Das Bemühen des Bundesgerichtshofs um eine weitere Konkretisierung des Art. 103 Abs. 2 GG gerade noch genügenden Untreuetatbestands⁵¹ wird mit dem Mittel des Prozessrechts abgebrochen. Die Anwendung des § 153a StPO nach einem Revisionsverfahren löst damit nicht bloß die Prinzipien des Verfahrensrechts auf,⁵² sondern entwertet auch die in der Strafprozessordnung angelegte Funktionsteilung zwischen Revisions- und Tatgericht⁵³.

Insoweit erfährt die in § 153a StPO angelegte Tendenz, mit Blick auf gegenläufige Partikularwillen der Verfahrensbeteiligten das materielle Recht zum bloß abstrakten Recht denaturieren zu lassen, in der causa „Mannesmann“ gegenüber dem Fall Kohl sogar eine weitere Verschärfung. Im Fall Kohl blieb das materielle Strafrecht abstrakt, weil das Landgericht Bonn unzulässigerweise meinte, die (vermeintliche) Unklarheit der Rechtslage – auch bedingt durch das Fehlen einer höchstrichterlichen Entscheidung – als Einstellungsgrund bei § 153a StPO in Ansatz bringen zu dürfen.⁵⁴ Im Fall „Mannesmann“ hingegen ist das materielle Strafrecht abstrakt geblieben, weil das Landgericht Düsseldorf trotz eines

⁴⁹ Das konzediert *Lüderssen*, Paradoxes Recht, FR vom 5. Dezember 2006.

⁵⁰ Irritierend ist es deshalb, wenn Anklagevertreter nach der Revisionsentscheidung mit den Worten zitiert werden, es sei doch „theoretisch denkbar“, dass die Prämien eben nicht zum Schaden des Unternehmens bezahlt wurden, also keine reinen Geschenke waren, sondern „möglicherweise eine Anreizwirkung“ entfaltet hätten; zit. bei *Frenkel*, Eiertanz in Saal 111, DIE ZEIT Nr. 49 vom 30. November 2006.

⁵¹ Vgl. *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 54. Aufl. 2007, § 266 Rn. 5; *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), 1983, S. 177 ff., etwa hält den Treubruchtatbestand für mit Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar.

⁵² Bereits 1972 stimmte *Baumann*, ZRP 1972, 273, angesichts der Ausweitung der Opportunitätsvorschriften in §§ 153 ff. StPO einen „Grabgesang für das Legalitätsprinzip“ an.

⁵³ *Hanack*, in: Rieß (Fn. 36), Vorbem. zu §§ 333 ff. Rn. 2.

⁵⁴ Vgl. LG Bonn NJW 2001, 1737. Dagegen *Beulke/Fahl*, NSTZ 2001, 428; *Meyer-Goßner* (Fn. 25), § 153a Rn. 2; *Salinger*, GA 2005, 172 m.w.N.

⁴³ *Schoreit* (Fn. 23), § 153a Rn. 49; *Beulke* (Fn. 36), § 153a Rn. 22.

⁴⁴ BGH NJW 2006, 522.

⁴⁵ FAZ.NET vom 29. November 2006.

⁴⁶ Vgl. *Kuckein*, in: Pfeiffer (Fn. 23), Vorbem. zu §§ 333 ff. Rn. 4 f. m.w.N.

⁴⁷ Vgl. *Kuckein* (Fn. 46), Vorbem. zu §§ 333 ff. Rn. 2 f. m.w.N.

⁴⁸ Vgl. *Lüderssen*, Paradoxes Recht, FR vom 5. Dezember 2006.

klärenden höchstrichterlichen Urteils dieses Urteil schlicht nicht angewendet hat. Diese „Totengräberfunktion“ des § 153a StPO für das materielle Strafrecht sollte man im Auge behalten, wenn zur Zeit die Frage einer gesetzlichen Regelung der verfahrensbeendenden Absprache intensiv diskutiert wird.⁵⁵

5. Rechtspolitischer Handlungsbedarf?

Die causa „Mannesmann“ hat zumindest in der Tagespresse die Frage nach rechtspolitischen Korrekturen in Bezug auf § 153a StPO aufgeworfen. Teilweise wird vorgeschlagen, die Höhe des maximalen Tagessatzes von derzeit 5.000 € (§ 40 Abs. 2 S. 3 StGB) anzuheben, um die Beschränkung der Zahlungsaufgabe auf 3,6 Mio. € bei einer maximalen Tagessatzzahl von 720 (§ 54 Abs. 2 S. 2 StGB für die Gesamtstrafe) zu beseitigen.⁵⁶ Für diesen immanenten, die Möglichkeiten flexibler Rechtsanwendung durch § 153a StPO noch einmal steigernden Ansatz⁵⁷ spricht, dass er der erwähnten bzw. nicht auszuschließenden Loslösungstendenz des § 153a StPO von der Orientierung an der Geldstrafe entgegenwirken könnte. Will man freilich dem Grundübel bei § 153a StPO Herr werden und zumindest in bestimmten „schweren“ Fällen der „mittleren“ Kriminalität der Gefahr begegnen, dass das materielle Strafrecht zum bloß abstrakten Recht hinabsinkt, so verspricht nur ein systemtranszendenter Ansatz im materiellen Strafrecht Abhilfe. Denkbar ist hier etwa eine Heraufstufung besonders schwerer Fälle von Betrug und Untreue, z.B. mit einem Schaden von über 1 Mio. €, von einem Regelbeispiel (§ 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB; § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StGB) zu einer Verbrechenqualifikation. Der Weg über § 153a StPO wäre dann in diesen Fällen nicht mehr eröffnet.

IV. Zusammenfassung

Auch nach Analyse der causa „Mannesmann“ jenseits der Aufgeregtheit unmittelbar nach Verfahrensbeendigung bleibt festzuhalten, dass sich dieser Fall nur auf den ersten Blick in eine Reihe von Anwendungsfällen des § 153a StPO einfügt, in denen rechtlich komplexe oder politisch bedeutsame Verfahren mit prominenten Angeklagten vor einem Schuldspruch beendet wurden. Auffällig ist bereits, dass die Gerichte ein solches Vorgehen für rechtfertigungsbedürftig halten und ihre Motive überobligationsmäßig in zum Teil ausführlichen Begründungen der Einstellungsbeschlüsse darlegen. Im Fall „Mannesmann“ kommt der (seltene) Bezug auf den neuralgi-

schen Gleichheitsgrundsatz hinzu, der die Alltäglichkeit von Sanktionshöhen suggerieren soll, die auch bei § 153a StPO Rekordniveau erreicht haben dürften. Beides kann als Hinweis darauf gewertet werden, dass selbst die vertragsähnliche Vorschrift des § 153a StPO für die „Erledigung“ solcher Verfahren nicht recht passt, weil die Grenzen der Opportunität überschritten sind. Die Nähe des Einstellungsbeschlusses zu einem Urteil ergibt sich aus den verdeckten Strafzumessungserwägungen, die die Höhe der auch fiskalisch motivierten Auflagen vor einer Allgemeinheit rechtfertigen sollen, deren Interesse an der Strafverfolgung als durch die Zahlung beseitigt angesehen wird. Die an einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem Recht nicht bzw. nur mäßig interessierte Verfahrensform wirkt auf das materielle Strafrecht zurück, wenn schwierige Rechtsfragen nicht abschließend geklärt werden oder in der Revision erarbeitete Grundsätze nach Rückverweisung der Sache an das Tatgericht keine Anwendung auf den konkreten Fall finden. Der Hinweis, dass Strafe nur nach prozessförmig festgestellter Schuld verhängt werden darf, und das Insistieren darauf, dass ein Strafverfahren das abstrakte materielle Strafrecht im Einzelfall zu verwirklichen hat, wenden sich aber nicht allein gegen Einstellungsbeschlüsse à la „Mannesmann“. Sie monieren grundsätzlich die paradoxalen Verschleifungen zwischen Legalität und Opportunität, mit denen das deutsche Strafprozessrecht vermeintlich seit Jahrzehnten hervorragend lebt. Es erscheint nicht unzeitgemäß, über Korrekturen nachzudenken.

⁵⁵ Siehe zuletzt nur die kritischen Stellungnahmen von *Fischer*, *NStZ* 2007, 433 und *Meyer-Göfner*, *Recht gestalten – dem Recht dienen*, Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, 2007, S. 105 ff., jeweils m.w.N.

⁵⁶ *Otto*, *Handelsblatt* vom 30. November 2006.

⁵⁷ Einen wohl rein immanenten Ansatz bezeichnet auch die Anregung der Fraktion DIE LINKE, insbesondere zu überlegen, „wie solche Entscheidungen (u.a. nach § 153a StPO, die *Verf.*) einer rechtlichen Überprüfung unterzogen werden können“ (zitiert nach *Hamburger Abendblatt* vom 29. November 2006).

R e z e n s i o n e n

Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, C.H. Beck Verlag München, 3. neu bearbeitete Auflage 2007, 1811 S., € 140.-

In diesem Jahr ist das von *Heinz-Bernd Wabnitz* und *Thomas Janovsky* herausgegebene Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts in dritter Auflage erschienen. Das Werk stellt das gesamte Spektrum der Wirtschaftskriminalität einschließlich wirtschaftskrimineller Organisations- und Operationsformen in praxisnaher Weise dar, die auch wissenschaftliche Ansprüche erfüllt. Nach seinem erstmaligen Erscheinen im Jahre 2000 konnte sich das Handbuch als Standardwerk für materiell- und verfahrensrechtliche Fragen des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts etablieren. Der Erfolg dieses Handbuches gründet sich nicht zuletzt darauf, dass es Wissenschaftlichkeit und Praxisbezug in vorbildlicher Weise verbindet. In ihm vereint sich der geballte Sachverstand praxisnah forschender Hochschullehrer (*Gerhard Dannecker* und *Britta Bannenberg*) und wirtschafts- bzw. steuer(straf-)rechtlich versierter Praktiker mit langjähriger Berufserfahrung.

Die 29 Kapitel des Handbuches sind so konzipiert, dass jedes Spezialgebiet umfassend und abschließend dargestellt wird. Das ist gerade für diejenigen Leser von Vorteil, die sich schnell in ein bestimmtes Themengebiet einarbeiten müssen. Jedem Kapitel sind eine Literaturliste und eine eigene Inhaltsübersicht vorangestellt. Inhaltlich lässt sich das Werk in vier große Abschnitte unterteilen.

Im ersten Abschnitt (1. bis 3. Kapitel) liefert *Gerhard Dannecker* (Univ.-Prof., Heidelberg) eine ebenso prägnante wie fundierte Einführung in das deutsche und europäische Wirtschaftsstrafrecht, deren Lektüre jedem Benutzer des Handbuchs als „Einstieg in die Materie“ dringend anempfohlen sei. Hier wird der Leser über Grundsatzfragen, historische Entwicklung, kriminologische Aspekte, Strafverfolgungsprobleme, Erledigungsstrukturen, europarechtliche Einflüsse und vieles mehr zuverlässig informiert. Zugleich bietet das 2. Kapitel eine hervorragende Einführung in das Europäische Strafrecht, das inzwischen einen festen Platz als eigenständiger Forschungsgegenstand innerhalb der Strafrechtswissenschaft gefunden hat (vgl. hierzu die Lehrbücher von *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., 2007; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005). Der erste Abschnitt wird abgerundet durch das von *Manfred Möhrenschrager* (Ministerialrat a. D.) bearbeitete 3. Kapitel über die Erfassung von grenzüberschreitenden und im Ausland begangenen Wirtschaftsstraftaten (Internationales Wirtschaftsstrafrecht). Das 3. Kapitel schließt eine Lücke im Schrifttum, da die strafrechtlichen Standardkommentare schon aus Raumgründen nicht so detailliert auf dieses Spezialthema eingehen können.

Im zweiten Abschnitt (4. bis 17. Kapitel) werden die zentralen Bereiche des Wirtschaftsstrafrechts in allen seinen Facetten behandelt. Zunächst wird der Leser von *Rolf Raum* (RiBGH) mit den allgemeinen Grundsätzen des Wirtschafts-

strafrechts, insbesondere mit der strafrechtlichen Haftung beim Handeln für Unternehmen, vertraut gemacht (4. Kapitel). Sehr anschaulich wird die rechtsdogmatisch hoch komplizierte Materie der strafrechtlichen Haftung von Unternehmensorganen aufbereitet.

Es folgt eine praxisnahe Darstellung von *Stephan Reich* (OStA) über strafrechtliche Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Geldwäsche und organisierter Wirtschaftskriminalität (5. Kapitel). Sie ergänzt die klassischen Strafrechtskommentare, weil das Schwergewicht der Ausführungen nicht auf rechtsdogmatische Probleme, sondern auf die Beschreibung der typischen Erscheinungsformen von Geldwäsche und organisierter Wirtschaftskriminalität gelegt wird.

Breiten Raum nimmt – im Hinblick auf die hohe Praxisrelevanz zu Recht – das Thema Insolvenz ein, das von *Siegfried Beck* (Fachanwalt für Insolvenz- und Steuerrecht) im 6. Kapitel zunächst materiellrechtlich und sodann von *Helmut Köhler* (RiLG) im 7. Kapitel strafrechtlich umfassend behandelt wird. Da die Zentralbegriffe des Insolvenzstrafrechts dem materiellen Insolvenzrecht entstammen, sollte der Einstieg in das Insolvenzstrafrecht unbedingt über die vorherige Lektüre des 6. Kapitels erfolgen. Das 7. Kapitel geht im Übrigen weit über das klassische Insolvenzstrafrecht hinaus, da z. B. auch bestimmte Erscheinungsformen des Betruges oder der Untreue beleuchtet werden.

Im 8. Kapitel widmet sich *Thomas Knierim* (Rechtsanwalt) ausführlich den Straftaten im Bankbereich. Lobenswert ist, dass die bankspezifischen Strafnormen nicht isoliert vorgestellt werden. Vielmehr werden sie in eine detaillierte Darstellung banken- und zivilrechtlicher Aspekte sowie rechtstatsächlicher Zusammenhänge (z. B. Arbeitsabläufe bei Banken im Zusammenhang mit einer Kreditvergabe u. a.) eingebettet, wodurch das Verständnis der strafrechtlichen Probleme in hohem Maße gefördert wird.

Mit der zunehmend praktische Bedeutung erlangenden Kriminalität im Wertpapierhandel befasst sich *Klaus-Dieter Benner* (Ministerialrat) im 9. Kapitel. Überzeugend wird herausgearbeitet, dass das Kapitalmarktstrafrecht maßgeblich durch die Richtliniengesetzgebung der EG geprägt ist und somit ein zentrales Referenzgebiet des Europäischen Strafrechts darstellt. Der Leser wird ausführlich und sachkundig über die Strukturen des Wertpapiermarktes, Insiderstraftaten sowie Straftaten nach dem Kredit- und Börsengesetz informiert.

Es versteht sich von selbst, dass in einem Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts das dauerhaft aktuelle und brisante Thema Korruption nicht fehlen darf. Die Konferenz der Innenminister und -senatoren warnte im Jahre 1996 eindringlich: „Korruption hat sich zu einer ernsthaften Bedrohung der moralischen Grundlagen unserer Gesellschaft entwickelt“. Auch auf europäischer und internationaler Ebene spielt die Korruptionsbekämpfung eine zentrale Rolle. Das Korruptionsphänomen wird im 10. Kapitel von der neu in das Autorenteam aufgenommenen Kriminologin *Britta Bannenberg* (Univ.-Prof., Bielefeld) beleuchtet, die schon seit Jahren intensiv zu diesem Thema forschet. Besonders interessant sind ihre empirisch gestützten Ausführungen zu den Korruptions-

strukturen in Deutschland sowie die Vorschläge zur Intensivierung der Strafverfolgung gegen Korruption.

Zur Wirtschaftskriminalität gehören seit jeher auch Straftaten im Gesundheitswesen, die von *Thomas Janovsky* (LOStA) im 11. Kapitel eingehend dargestellt werden. Hier wird dem Leser anschaulich vor Augen geführt, wie sich etwa die Typologie des Abrechnungsbetruges konkret darstellt. Auch wird auf Besonderheiten im Ermittlungsverfahren eingegangen.

Mit den komplexen Erscheinungsformen der Computerkriminalität („Cybercrime“) und ihrer strafrechtlichen Einordnung befasst sich *Wolfgang Bär* (RiOLG) im 12. Kapitel. Zur Computerkriminalität gehören alle Kriminalitätsphänomene, die unmittelbar oder mittelbar im Zusammenhang mit der elektronischen Datenverarbeitung stehen und unter Einbeziehung einer EDV-Anlage als Tatmittel und/oder Tatobjekt begangen werden. Hierzu zählen namentlich Computerspionage, Computersabotage, Computermanipulation, unberechtigte Nutzung von Computern, Programmen und Datenübertragungseinrichtungen sowie unbefugte Verwertung von Programmen. *Bär* gelingt es ausgezeichnet, die über das gesamte StGB sowie das Nebenstrafrecht verstreuten Straftatbestände anhand typischer Fallgruppen übersichtlich und verständlich zu präsentieren.

Dem strafrechtlichen Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen widmet sich *Manfred Möhrenschrager* (Ministerialrat a.D.) im 13. Kapitel, wobei neben §§ 17, 18 UWG auch weniger bekannte („versteckte“) gesellschafts-, wirtschafts- und arbeitsrechtsrechtliche Straftatbestände beleuchtet werden.

In dem von *Peter Solf* (Rechtsanwalt) bearbeiteten 14. Kapitel über strafbare Werbung rückt die Werbung als Instrument der Wirtschaftskriminalität in den Mittelpunkt der Betrachtung. Zentrale Strafbestimmung des deutschen Wettbewerbsstrafrechts ist der in § 16 Abs. 1 UWG normierte Straftatbestand der irreführenden Werbung, der seit dem 8. Juli 2004 an die Stelle des früheren § 4 UWG getreten ist. Die Abhandlung macht den Leser mit den typischen Erscheinungsformen irreführender Werbung vertraut, z. B. im Zusammenhang mit Haustürgeschäften, Kaffeefahrten, Räumungsverkäufen und vieles andere mehr.

Ein beachtlicher Teil der Wirtschaftskriminalität entfällt auf die Produkt- und Markenpiraterie, die im 15. Kapitel von *Doris Möller* (Rechtsanwältin) behandelt wird. Ihre Darstellung informiert über empirische Erkenntnisse ebenso wie über materielle und prozessuale Fragen einschließlich privatrechtlicher und präventiver Aspekte.

Zu den aus wissenschaftlicher Sicht beeindruckendsten Abhandlungen des Handbuches gehört die lückenlose Darstellung des in hohem Maße praxisrelevanten deutschen und europäischen Kartellstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts von *Gerhard Dannecker* im 16. Kapitel. Sowohl das GWB als auch das europäische Wettbewerbsrecht dienen dem Schutz der Märkte vor freiheitsbedrohender Ausübung und Entstehung von Marktmacht. Die der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen dienenden Bestimmungen des Straf- und Bußgeldrechts werden im 16. Kapitel so strukturiert und

inhaltlich aufbereitet, dass der Leser rasch die gewünschten Informationen auffindet. Den Schwerpunkt der Darstellung bilden die strafbaren Submissionsabsprachen, die Regelungen des nationalen Kartellrechts (GWB) sowie das europäische Kartellordnungswidrigkeitenverfahren. Umfangreiche Hinweise auf einschlägige Rechtsprechung und Literatur ermöglichen dem Leser, zentrale Einzelpunkte noch weiter zu vertiefen.

Der zweite Abschnitt wird abgerundet und vervollständigt durch das von *Max Boxleitner* (StA) bearbeitete 17. Kapitel über Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung, durch das eine Lücke im strafrechtlichen Schrifttum geschlossen wird. Hier werden insbesondere die durch das am 23.7.2004 in Kraft getretene SchwarzArbG geschaffenen Straf- und Bußgeldtabestände, aber auch des einschlägigen Kern- und sonstigen Nebenstrafrechts lückenlos und praxisnah erläutert. Besonderes Lob verdient diese Darstellung, weil sie die modi operandi sehr plastisch und differenziert herausarbeitet.

In dem dritten Abschnitt des Handbuches (18. bis 21. Kapitel) wird auf die sowohl für Unternehmen als auch für die in der Praxis tätigen Berater besonders relevante Materie der Steuern und Zölle eingegangen. *Wolfgang Kummer* (LRegDir) legt im 18. Kapitel zunächst die zentralen Bestimmungen des materiellen Steuerstrafrechts sowie des Strafverfahrens dar. Großen praktischen Nutzen versprechen auch seine Ausführungen über die Zusammenarbeit zwischen den Finanzämtern und den Staatsanwaltschaften sowie über den Schutz und die Durchbrechung des Steuergeheimnisses. Mit der steuer(straf)rechtlichen Beurteilung grenzüberschreitender Sachverhalte befasst sich sodann *Christian Rödl* (Rechtsanwalt und Steuerberater) im 19. Kapitel über Internationales Steuerrecht und Steuerhinterziehung. Auch mit diesem Beitrag wird eine Lücke im strafrechtlichen Schrifttum ausgefüllt, da das Zusammenspiel von Internationalem Steuerrecht und Strafrecht in der rechtswissenschaftlichen Literatur bisher kaum Beachtung fand.

Im 20. Kapitel liefert *Marion Harder* (RegDir) einen umfassenden und detaillierten Beitrag über Aufgaben, Organisation und Ermittlungskompetenzen der Zollbehörden, wobei die Ermittlungen von Steuerstrafsachen, Zuwiderhandlungen gegen europäische Marktordnungsregelungen, Bannbruch, Organisierter Kriminalität und Verstößen gegen das Grundstoffüberwachungsgesetz im Vordergrund stehen. Das 20. Kapitel vermittelt die erforderlichen Kenntnisse über die Überwachungsinstrumentarien und -möglichkeiten der Zollverwaltung und deren Nutzung für eine erfolgreiche Kriminalitätsbekämpfung. Dies ist schon deshalb verdienstvoll, weil der grenzüberschreitende Warenverkehr zunehmend ein Betätigungsfeld der organisierten Wirtschaftskriminalität ist. Ein Schwerpunkt der Tätigkeit des Zollfahndungsdienstes sind Ermittlungen wegen des Verdachts von Zuwiderhandlungen gegen die Außenwirtschaftsbestimmungen, namentlich des AWG, KWKG und CWÜ. Dieser Spezialmaterie wird von *Harder* im 21. Kapitel eingehend beleuchtet.

Abschließend gibt das Handbuch in seinem vierten Abschnitt (22. bis 29. Kapitel) wertvolle ergänzende Hinweise zur Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen von *Herbert*

Veh (PräsAG; 22. Kapitel), zu ausgewählten Besonderheiten des Ermittlungsverfahrens von *Franz Gürtler* (RiOLG; 23. Kapitel) bzw. des Strafverfahrens von *Georg Gieg* (RiOLG; 24. Kapitel), zur EDV-Beweissicherung von *Wolfgang Bär* (RiOLG; 25. Kapitel), zu Finanzermittlungen, Vermögenssicherung und Rückgewinnungshilfe von *Johann Podolsky* (KrimDir; 26. Kapitel), zur Verteidigung in Wirtschaftsstrafsachen von *Alfred Dierlamm* (Fachanwalt für Strafrecht; 27. Kapitel), zur Rechtsstellung des Geschädigten von *Susanne Wagner* (Fachwältin für Strafrecht; 28. Kapitel) und schließlich zur Zusammenarbeit der Ermittlungsbehörden mit anderen Institutionen bei der Aufklärung von Wirtschaftsstraftaten von *Ernst Tshanett* (PräsLG; 29. Kapitel).

Auch die dritte Auflage des „Wabnitz/Janovsky“ sollte als unverzichtbares Handwerkszeug griffbereit in den Regalen aller mit Wirtschafts- und Steuerstrafrecht befassten Praktiker stehen. Aber auch für Dozenten, die einschlägige Vorlesungen zu halten haben sowie Studierende mit wirtschaftsstrafrechtlicher Ausrichtung ist das Werk von großem Nutzen. Verlag, Herausgeber und Autoren haben ein beeindruckendes juristisches Gesamtkunstwerk geschaffen, wofür ihnen Dank und Anerkennung gebührt.

Prof. Dr. Bernd Hecker, Universität Gießen

Klaus-Peter Ohlemann, Historische Entwicklung der Gefangenenmitverantwortung in den deutschen Gefängnissen. Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main u.a. 2007, XI, 177 S., € 39.-

Nach § 160 des Bundes-Strafvollzugsgesetzes soll den Strafgefangenen „ermöglicht werden, an der Verantwortung der Angelegenheiten von gemeinsamem Interesse teilzunehmen, die sich ihrer Eigenart und der Aufgabe der Anstalt nach für ihre Mitwirkung eignen“. Diese Vorschrift verpflichtet zwar die Anstaltsleitungen, Möglichkeiten für eine kollektive Mitverantwortung auf der Seite der Inhaftierten zu schaffen. Gewährt wird jedoch damit kein originäres Mitbestimmungsrecht – mit der Pflicht zur Ermöglichung von Partizipation korrespondiert kein Anspruch auf Mitverantwortung im eigentlichen Sinne.¹ Dennoch kommt einer Insassenbeteiligung Bedeutung im vollzuglichen Behandlungsprozess zu, denn diese dient der Erlangung sozialer Kompetenz durch Einüben von sozialverantwortlichen Verhaltensweisen auf der kollektiven Ebene. Sie ist zudem geeignet, subkulturellen Erscheinungsformen entgegenzuwirken. Die Ausgestaltung der auf § 160 StVollzG basierenden Gefangenenmitverantwortung war seit Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes bereits Gegenstand einzelner Untersuchungen.² Konstatiert wurde eine Divergenz von gesetzlicher Vorgabe und deren Realisierung in der Vollzugswirklichkeit, ein Problem, das bis heute fort-

besteht.³ So gibt es nicht wenige Justizvollzugsanstalten, in denen keine Gefangenenpartizipation existiert.

Die Mainzer Dissertation von *Ohlemann* untersucht die historische Entwicklung der Gefangenenbeteiligung in Deutschland nach der Aufklärungszeit bis hin zum Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes im Jahre 1977. Nach einer Einführung in den Untersuchungsgegenstand (S. 1-6) stellt *Verf.* Verantwortungsübertragungen im Rahmen erster Reformversuche bis 1871 dar (S. 7-34). Diese Phase war geprägt von unterschiedlichen Auffassungen über die Ausgestaltung von Strafhafte bis hin zu einem Wettkampf der Systeme von Einzelhaft bzw. Gemeinschaftshaft. So wie sich in den deutschen Partikularstaaten ein Nebeneinander divergierender Vollzugssysteme und Formen der Inhaftierung feststellen lässt, gab es auch keine einheitliche Entwicklung der Verantwortungsübertragung und Vertrauenseinräumung in den Vollzugseinrichtungen. Erste Ansätze finden sich in der Heranziehung von Saal- und Flurältesten für Ordnungsaufgaben im Rahmen der damaligen militärähnlichen Alltagsgestaltung. Dies gilt weiter für die Kaiserzeit (S. 35-41), in der *Verf.* keinen wesentlichen Beitrag zur Entwicklung einer Mitverantwortung in den deutschen Gefängnissen feststellen kann.

Entscheidende Fortschritte für die faktische Einräumung der Gefangenenmitverantwortung erfolgten erst in der Zeit der Weimarer Republik (S. 42-95). Ursprünge liegen insoweit vor allem im englischen und irischen Progressivvollzug. Innerhalb des dort geschaffenen Stufensystems konnte bei Gefangenen in höheren Stufen mittels Vertrauenseinräumung, durch Ermöglichung partieller Mitwirkung an der Vollzugsgestaltung auf ein rückfallfreies Leben nach der Entlassung hingearbeitet werden. Der übernommene Gedanke des Stufenstrafvollzugs traf in Deutschland vor allem auf Angehörige der Jugendbewegung, die sich als Fürsorger oder Lehrer junger Menschen in den Jugendstrafanstalten annahmen. In einzelnen Einrichtungen führten sie Wahlen zu Vorständen und Jugendräten ein und motivierten damit die Betroffenen zur Mitwirkung. Diese Teilnahme fand überwiegend jedoch nur auf der höchsten Stufe statt, wobei die Selbst- bzw. Mitverantwortung als eine Art letzter Test angesehen wurde, dem sich der Inhaftierte vor seiner Entlassung in die Freiheit unterwerfen sollte. Einzelne Länder erließen Verordnungen, in denen die Teilnahme der Gefangenen auf der dritten Stufe auch im Erwachsenenvollzug als ein letzter Teil für die Befähigung zur Wiedereingliederung in die Gesellschaft geregelt wurde. Ebenso wie im Jugendstrafvollzug blieb jedoch in den Erwachsenenstrafanstalten die Partizipation nur auf einen engen Rahmen begrenzt. Während der Zeit des Nationalsozialismus (S. 96-109) erhielten dann aber nicht nur die vollzuglichen Reformbestrebungen insgesamt, sondern auch die Bemühungen um die Schaffung von Mitwirkungsrechten für Inhaftierte – vor allem im Erwachsenenvollzug – einen nachhaltigen Rückschlag. Dies entsprach der damaligen vollzuglichen Zielverlagerung (weg von Resozialisierung und Erziehung hin zu Vergeltung und Abschreckung) gleichermaßen wie der allgemeinen Abkehr von De-

¹ *Laubenthal*, Strafvollzug, 4. Aufl. 2007, S. 147 f.

² Siehe z.B. *Esser*, Die Gefangenenmitverantwortung nach § 160 StVollzG, 1992; *Nix*, Die Vereinigungsfreiheit im Strafvollzug, 1990.

³ Vgl. *Laubenthal* (Fn. 1), S. 149 f.

mokratie und Mitwirkung durch Wahlen zugunsten der Einführung des Führerprinzips.

Nach Ende des Zweiten Weltkrieges knüpfte man in der Bundesrepublik Deutschland (S. 132-168) zunächst an die Mitwirkungsmodelle und an die positiven Erfahrungen während der Weimarer Zeit an. Es kommt allerdings zu einer Lockerung der Anbindung an das klassische Stufenmodell. So ist in einigen Bereichen (insbesondere Freizeit, Sport) die Gefangenenmitverantwortung vorgelagert und findet nicht mehr erst in der letzten Phase vor der Entlassung statt. Zu dem Gedanken der Mitverantwortung als eines der Mittel zur Resozialisierung tritt der Aspekt der Bedeutung von Partizipation für eine sinnvolle Anstaltsverwaltung ebenso wie die Erkenntnis, dass Inhaftierte ein Recht haben sollten, eigene Bedürfnisse in die Gestaltung des Vollzugsalltags einzubringen.

Verf. geht in einem eigenen Kapitel (S. 110-131) auf die Gefangenenmitwirkung im Strafvollzug der ehemaligen DDR ein. Er zeigt die gesetzlichen und ideologischen Grundlagen des Strafvollzugsystems auf und schildert die Vollzugsrealität in den dortigen Haftanstalten, wo das Kollektiv im Vordergrund stand. Gemäß dem ideologisch orientierten, disziplinierenden Erziehungskonzept des DDR-Strafvollzugs erfolgte die Erziehung im Kollektiv; der Grad der Mitbestimmung steigerte sich je nach dem Grad der Entwicklung im Kollektiv. Allerdings bezog sich die Mitbestimmung nur auf die Tätigkeit in der Produktion, nicht auf den Freizeitbereich. Hinzu kam, dass Rückfalltäter, politische Gefangene und andere „Feinde“ der sozialistischen Gesellschaft von jeglichen Beteiligungsrechten ausgeschlossen blieben.

Verf. hat eine strafvollzugshistorische Arbeit vorgelegt, in der er partiell – über sein Thema hinausgehend – vollzugstheoretische und -praktische Entwicklungen darstellt, was die Ausführungen speziell zur Gefangenenmitwirkung verständlicher und nachvollziehbarer macht. Seine Schrift beendet er mit einem Schlussresümee (S. 165-168). Dem schließt sich das Schriftenverzeichnis an.

Nach der Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für den Bereich des Strafvollzugs auf die Bundesländer finden aktuelle Diskussionen über die jeweilige Ausgestaltung landesgesetzlicher Regelungen statt. *Verf.* hat in seiner Schrift aufgezeigt, dass die Partizipation der Betroffenen in den Anstalten im Verlauf der historischen Entwicklung letztlich immer wieder eine Ausweitung erfuhr. Neue Strafvollzugsgesetze sollten – gerade auch im Hinblick auf das resozialisierende Element der Gefangenenbeteiligung – insoweit keine Rückschritte mit sich bringen.

Prof. Dr. Klaus Laubenthal, Würzburg

Wilfried Holz, Justizgewähranspruch des Verbrechenopfers, Schriften zum Öffentlichen Recht Bd. 1057. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, 258 S., € 72.-

Die Arbeit, die 2006 an der Universität Freiburg i. Br. als Dissertation angenommen wurde, widmet sich der Frage, ob sich aus der Verfassung und dem einfachen Recht ein Anspruch auf Justizgewähr des Verbrechenopfers herleiten

lässt. Es handelt sich um eine interdisziplinäre Untersuchung, die insbesondere verfassungsrechtliche und strafrechtliche Fragestellungen behandelt.

Obwohl das Strafrecht der Sache nach ein spezielles Feld des Öffentlichen Rechts darstellt, das in einem besonderen Spannungsverhältnis zu den grundrechtlichen Gewährleistungen der Verfassung steht, wird doch die Rechtsdogmatik des Strafrechts in der Regel nicht aus klassisch öffentlich-rechtlicher Perspektive betrachtet. In Forschung und Lehre bildet das Strafrecht eine eigene Säule neben dem, nicht im Öffentlichen Recht. Diese historisch zu erklärende Aufspaltung sucht die vorliegende Arbeit zu überwinden. Bereits einleitend attestiert *Holz* dem Strafrecht einerseits und dem Verfassungsrecht andererseits eine „nicht hinreichende gegenseitige Wahrnehmung“ (S. 21); die Arbeit wolle einen Beitrag leisten, so heißt es selbstbewusst, „beide Rechtsgebiete aneinander anzuschließen“ (S. 22).

Der Ausrichtung der Arbeit entsprechend wurde sie neben dem Erstgutachter und Doktorvater des *Autors*, dem Öffentlich-Rechtler *Vofßkuhle*, auch von dem Strafrechtler *Frisch* begutachtet. Doch der interdisziplinäre Anspruch der Arbeit bleibt nicht bei der Betrachtung des Verfassungsrechts einerseits und des Straf- und Strafprozessrechts andererseits stehen. *Holz* beweist auch fundierte Kenntnisse im Bereich der Rechtstheorie und Rechtssoziologie. Er unternimmt darüber hinaus Abstecher in die Rechtsphilosophie und die Kriminologie. Dabei bleibt die Arbeit durchgängig auf einem hohen sprachlichen Niveau und weiß auch argumentativ zu überzeugen, wiewohl man nicht jeden vom *Verfasser* gegangenen Schritt auch im Ergebnis mitgehen muss. Viele Wendepunkte gilt es auf dem vom *Autor* eingeschlagenen Weg mit zu vollziehen und so wird man wohl in vielen Detailfragen trotz der klugen und kenntnisreichen Überlegungen des *Autors* anderer Auffassung sein können.

Ergebnis der Arbeit ist, dass die geltende Rechtsordnung dem Opfer einer Straftat einen Justizgewähranspruch vermittelt, der durch Art. 19 Abs. 4 GG auch verfassungsrechtlich verankert ist. Gemeint ist ein Anspruch auf gerichtliche Überprüfung für den Fall des strafrechtlichen Nichteinschreitens des Staates gegen einen Tatverdächtigen (S. 28). Den dem Opfer an die Hand gegebenen Rechtsweg sieht der *Verfasser* im Klageerzwingungsverfahren gem. § 172 StPO und den Vorschriften über die Nebenklage, insbesondere der Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers gem. § 400 Abs. 2 S. 1 StPO und § 401 StPO, gewährleistet. Diese einfachgesetzliche Regelung entspreche den verfassungsrechtlichen Erfordernissen.

Der Weg zu diesem Ergebnis führt über verschiedene Abstraktionsebenen von einer „Rechtstheoretischen Grundlegung“ (S. 30 ff.) der Funktionen der Strafrechtsnormen über die verfassungsrechtliche Herleitung des Justizgewähranspruchs und dessen Verankerung gerade in Art. 19 Abs. 4 GG (S. 52 ff.) zur Frage, ob sich individualrechtsgutschützende Strafrechtsnormen als subjektive öffentliche Rechte des Verletzten interpretieren lassen (S. 122 ff.). Abschließend werden in einem – nach meiner Einschätzung im Vergleich zur weitgehend hohen Qualität der restlichen Darstellungen etwas oberflächlichen – kurzen vierten Kapitel die restlichen

Bedingungen (also mit Ausnahme des Bestehens eines subjektiven öffentlichen Rechts) des Justizgewähranspruches beleuchtet (S. 204 ff.).

In der rechtstheoretischen Grundlegung erläutert *Holz* die Funktion von Strafrechtsnormen, wobei er überzeugend zwischen der Verhaltens- und der Sanktionsnorm differenziert und auf der Sanktionsnormenebene weiter das im Schuldanspruch verkörperte sozialetische Unwerturteil als Primärsanktion und die Strafe als Sekundärsanktion unterscheidet. Bei der Funktionsbestimmung der Sanktionsnorm unterscheidet der *Verfasser* zudem deren Funktionen vor der Verletzung der Norm und nach deren Verletzung sowie deren Funktionen für virtuelle Verletzer auf der einen und virtuelle Verletzte auf der anderen Seite. *Holz* bezieht dabei den Begriff *virtuell* auf den Zustand vor einer aktuellen Normverletzung, so dass grundsätzlich Jede/r ein virtuelles Opfer und ein virtueller Täter ist; demgegenüber nennt er *potentielle* Opfer bzw. Täter diejenigen, bei denen bereits ein Anfangsverdacht einer konkreten Opfer- bzw. Täterwerdung besteht (S. 26).

Interessant und für den weiteren Verlauf der Arbeit von besonderer Bedeutung ist hier vor allem die Betrachtung der Funktion der Normen für die virtuellen *Verletzten*. Insofern nimmt *Holz* ausdrücklich Anleihen bei *Luhmann*, indem er die Funktion von Strafrechtsnormen in der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen bzw. des Vertrauens in die soziale Wirksamkeit der Verhaltensnorm erblickt (S. 40 ff.).

Im anschließenden Kapitel widmet sich *Holz* der Herleitung eines Justizgewähranspruches des Verbrechensopfers aus der Verfassung. Er beginnt mit den grundrechtlichen Schutzpflichten, die nach der Auffassung des *Verfassers* eine Pflicht zur Sicherheitsgewähr beinhalten (S. 61 ff.). Einen wesentlichen, gut begründeten Schritt auf seinem Weg zur Herleitung des Anspruchs auf Justizgewähr geht *Holz* dann, indem er auch die subjektive Komponente der Sicherheit, das Sicherheitsgefühl, als von der grundrechtlichen Schutzgewährpflicht umfasst ansieht (S. 64 ff.). Eine weitere Station des *Autors* ist das subjektive Recht des virtuellen Verletzten auf Strafnormerlass, sofern das grundrechtlich erforderliche Schutzniveau einfachgesetzlich nicht umgesetzt wird (S. 80 ff., S. 92 ff.). Jedoch – so schließlich das Fazit des *Verfassers* im zweiten Kapitel – folge aus dem Recht auf Sicherheitsgewähr nicht auch ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Strafjustizgewähr des potentiellen Opfers (S. 97 ff.). Es bleibe dem weiten gesetzgeberischen Ermessen der Legislative überlassen, in welcher Weise – durch Strafrecht oder auf anderem Wege – sie die objektive und subjektive Sicherheit der Bürger gewährleiste (S. 108 f.). Einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Strafverfolgung eines anderen gebe es nicht. Sehr wohl könne aber das einfache Recht einen solchen Anspruch zur Verfügung stellen, welcher dann wiederum über Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlichen Schutz genieße (S. 109 ff.). *Holz* sieht den Justizgewähranspruch dabei möglicherweise in den jeweiligen individualrechtsschützenden Strafrechtsnormen selbst verankert (S. 119 f.).

Im dritten Kapitel widmet sich *Holz* dann der einfachrechtlichen Analyse dieser Strafnormen im System des Straf- und Strafprozessrechts. Dabei widmet er sich zunächst der

Frage, ob es ein berechtigtes Interesse des Verletzten an der Verfolgung der Straftat gebe (S. 122 ff.), um sodann die individualrechtsgutschützenden Strafrechtsnormen mit den Methoden juristischer Auslegung danach zu analysieren, ob diese dem Verletzten ein subjektives öffentliches Recht auf Strafverfolgung vermitteln (S. 136 ff.). Dies bejaht *Holz* im Ergebnis, basierend auf den Ergebnissen der systematischen und teleologischen Auslegung.

Das berechtigte Interesse des Verletzten an der Strafverfolgung erblickt *Holz* in Folgendem: Die Straftat führe für das Opfer zu einer erneuten Belastung mit dem Problem doppelter Kontingenz (Was wird mein Mitmensch machen, wenn ich dieses oder jenes mache und welche Auswirkungen hat dies wiederum auf mich?) und damit zu einer Erschütterung der Verhaltenserwartungen. Dieser subjektiven Sicherheitseinbuße könne durch Strafe entgegengewirkt werden. Die Bestrafung führe für das Opfer zu einer symbolischen Wiederherstellung der Normgeltung und damit auch der Erwartungsstabilität. Entscheidende Bedeutung komme dabei allein dem Schuldanspruch im Sinne eines sozialetischen Unwerturteils zu (S. 129 ff.), wobei *Holz* auch dem ritualisierten Ablauf des Strafprozesses besondere Bedeutung zumisst. Ein rechtlich geschütztes Interesse des Verletzten an einer bestimmten, insbesondere ggf. strengen, Strafe existiere hingegen nicht.

Holz sieht dieses sog. Genugtuungsinteresse des Verletzten durch die Strafrechtsnormen im Sinne eines subjektiven öffentlichen Rechts als geschützt an. Argumente dafür liefert ihm zunächst die systematische Auslegung (S. 137 ff.). So sieht er das Genugtuungsinteresse des Verletzten in den strafprozessualen Regelungen des Klageerzwingungsverfahrens und der Nebenklage anerkannt, daneben aber auch im generellen Zweck des Strafverfahrens, den er mit der h.M. in der Sicherung und Wiederherstellung des Rechtsfriedens erblickt. Daneben sieht er auch im Strafantragerfordernis, verbunden mit dem Privatklageverfahren, und dem Täter-Opfer-Ausgleich eine grundsätzliche Anerkennung des Genugtuungsinteresses.

Umfassend widmet sich *Holz* sodann der teleologischen Auslegung der individualrechtsgutschützenden Strafrechtsnormen (S. 157 ff.), wobei er den Schwerpunkt auf die Auslegung der Sanktionsnorm legt und dabei wiederum primär den Zeitpunkt, zu dem das sozialetische Unwerturteil ausgesprochen wird, nämlich nach Verletzung der Norm, in den Blick nimmt. *Holz* analysiert hier „unter Entwurf zweier neuer Strafzwecktheorien“ (S. 169) die Strafzwecke. Individualrechtsgutschützende Strafnormen haben dabei nach seiner Auffassung auch eine opferorientierte Strafzweckrichtung, die er als General- bzw. Spezialrestitution bezeichnet; dabei kann er sich durchaus auch auf historische Vorbilder berufen (S. 176 f.), so dass sein Ansatz nicht absolut neu ist. Insbesondere zieht *Holz* als historische Wurzel der Restitutionstheorie eine Schrift von *Welcker* aus dem Jahr 1813¹ und den dort eingeführten Begriff des *intellektuellen Verbrechenschadens* heran und verweist auch darauf, dass von einer Restitutionstheorie bereits 1932 in einer Veröffentli-

¹ Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe.

chung die Rede war². Die opferschützende Zweckrichtung leitet er unter Diskussion verschiedener anderer Straftheorien, insbesondere des positiv-generalpräventiven Entwurfs von *Jakobs* und der neueren absoluten Theorie *Frischs*, aus der Funktion der Sanktionsnorm, der Stabilisierung des Vertrauens in die soziale Wirksamkeit der Verhaltensnorm, her. Die opferorientierte Zweckrichtung tritt neben die herkömmlichen Strafzwecke, da der *Verfasser* der Vereinigungstheorie folgt (S. 200 f.).

Der Gedankengang der Arbeit ist in sich weitestgehend konsequent und überzeugend. Gleichwohl mag der Leser an der einen oder anderen Stelle zögern, die kühne Gedankenführung des *Verfassers* mitzugehen. Mir ist denn auch nicht ganz klar, ob *Holz* die weit reichenden Implikationen seines in dieser Konsequenz neuen Ansatzes vollständig bewusst sind. Dennoch vollzieht der *Verfasser* letztlich nur das auf dogmatischer Ebene nach, was auch auf tatsächlicher Ebene schon längst zu verzeichnen ist: Die immer stärkere Ausrichtung des Strafrechts (auch) am Opfer.

Die Sprache des *Autors* ist auf hoher Abstraktionsebene angesiedelt. Dies muss man nicht generell kritisieren, wenn es auch den Zugang zur Arbeit erschwert. Doch manchmal überspannt der *Verfasser* den Bogen ein wenig und verirrt sich in sprachlich unglückliche, geschraubt wirkende Formulierungen. Auch mag man anmerken, dass die Differenzierung *virtueller* und *potentieller* Opfer bzw. Täter auf sprachlicher Ebene angreifbar ist, bezeichnen doch beide Begriffe im Grunde eine (nur) denkbare Möglichkeit und sind insofern sprachlich weitgehend bedeutungsgleiche Gegensatzbegriffe zum *realen* Opfer bzw. Täter. Denjenigen, demgegenüber bereits ein Anfangsverdacht des (realen) Opfer- oder Täters besteht, als bloß *potentiell* zu etikettieren ist daher m.E. nicht überzeugend.

Inhaltlich gibt es wenig zu beanstanden. Der dogmatische Entwurf des *Verfassers* lässt es insbesondere zu, die objektive und eben auch subjektive Sicherheit des Bürgers anders als durch das Strafrecht zu schützen (S. 108 f.). Insofern bestreitet *Holz* auch, dass seine dogmatische Sichtweise zu einer Ausweitung des Strafrechts führen müsse (S. 180 ff.); dennoch ist er natürlich kein genereller Gegner des sog. „*symbolischen Strafrechts*“ (S. 187 ff.), funktioniert doch Strafrecht aus seiner Sicht ganz wesentlich als Symbol.

Auf ein paar kleine Fehler und Unzulänglichkeiten sei hingewiesen. So ist es m.E. nicht richtig, eine strikte personelle Trennung zwischen virtuellen Tätern und virtuellen Opfern zu behaupten. Jemand, der in Bezug auf bestimmte Straftaten zu den virtuellen Opfern zählt, mag bei anderen Delikten oder gar denselben gleichzeitig zu den virtuellen Tätern zählen. Dies wird bei *Holz* nicht immer deutlich; stellenweise klingt die Auffassung an, potentielle (= Zustand nach der Normverletzung, aber vor deren rechtskräftiger Sanktionierung) und virtuelle Opfer sowie potentielle und virtuelle Täter seien klar voneinander abgegrenzte Gruppen (so z.B. S. 170, S. 200; zutreffend hingegen noch S. 26).

Aus kriminologischer Sicht wird das eine oder andere nur angerissen oder mit kurzen Behauptungen erledigt, das auch einer längeren Analyse würdig gewesen wäre. So wäre es empirisch durchaus interessant, ob ein „Normwirksamkeitsschaden“, wie *Holz* ihn postuliert, nicht doch auch empirisch operationalisierbar und damit messbar wäre. *Holz* lehnt dies (S. 182) ohne Begründung ab. Eine weitere Behauptung folgt auf S. 186 f.: Dort stellt *Holz* zu recht die Frage, wie die Stabilisierung von Verhaltenserwartungen bzw. von Vertrauen in die soziale Wirksamkeit von Verhaltensnormen, die Funktion jeglicher Verhaltens- bzw. Sanktionsnorm sei, gerade *strafrechtliche* Maßnahmen rechtfertigen könne. Er beantwortet dies mit der angeblichen besonderen Eignung des Strafrechts, Vertrauen in die soziale Wirksamkeit einer Verhaltensnorm zu stabilisieren. Das aber ist natürlich eine nicht belegte, vielleicht gar nicht belegbare Hypothese.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht hingegen erscheint mir die verkürzte Argumentation in dem etwas schwachen, sehr kurzen Kapitel 4 (S. 204-218) problematisch. Der *Verfasser* sieht hier in der doch eher rudimentären Ausgestaltung des Rechtsschutzes des Opfers *de lege lata* in § 172 StPO und §§ 395 ff. StPO kein verfassungsrechtliches Problem in Bezug auf den Justizgewähranspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG. Dabei versäumt er es leider, die absurd hohen Hürden, die die Rechtsprechung³ aufgrund von § 172 Abs. 3 S. 1 StPO in Bezug auf einen erfolgreichen Klageerzwingungsantrag stellt, zu thematisieren. Noch weit mehr als z.B. bei der Verfahrensrüge in der Revision könnte man hier von einem „Rechtsverweigerungsrecht“ sprechen. Ob auch vor diesem Hintergrund die Klagerzwingung *de lege lata*, ein subjektives Recht des Verletzten auf Strafverfolgung unterstellt, den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG genügen würde, erscheint mir sehr fraglich.

Etwas schnell und ohne nähere Abwägung des einbezogenen bzw. ausgegrenzten Deliktsbereichs lässt *Holz* auch den fragmentarischen Charakter der Nebenklage, also ihre Geltung nur bei *bestimmten* individualrechtsgutschützenden Delikten, sowie den Ausschluss gem. § 80 Abs. 3 JGG, den *Holz* dem Gesetzesstand zur Drucklegung entsprechend noch als Totalausschluss bespricht, im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG bestehen. M.E. ist dies aber vor dem Hintergrund von *Holz'* Auffassung höchst problematisch. Insbesondere kann man sich hier in Bezug auf die Grenzen des Anwendungsbereichs der §§ 395 ff. StPO nicht mit dem Hinweis auf ein weites Gestaltungsermessen des Gesetzgebers begnügen.

Diese kleineren Mängel können jedoch das sehr positive Gesamtbild nicht trüben. Insgesamt handelt es sich um eine Arbeit, die durch klare Gedankenführung und originelle, intelligente Argumentation besticht. Der interdisziplinäre Ansatz, die ganzheitliche Betrachtung des Themenfeldes ist ein weiterer Grund, interessierten Lesern dieses Buch zu empfehlen.

Wiss. Mitarbeiter Dr. Stefan Harrendorf, Universität Göttingen

² V. Gemmingen, ZStW 52 (1932), 153 (163 ff.).

³ Bestätigt vom BVerfG, z.B. NJW 1979, 364.