

AUSGABE 3/2009

S. 89 - 125

4. Jahrgang

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

- Concerning the hypertrophy of law  
A plea for the harmonization between theory and practice**  
Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Augsburg 89

##### *Aus Wissenschaft und Praxis – Strafrecht*

- Aus Wissenschaft und Praxis: Der Fall „Althaus“ –  
Juristische Nachlese**  
Von Christian Pilnacek, Wien 97

- Aus Wissenschaft und Praxis:  
Das Verfahren in der Causa Althaus – zwischen  
Merkwürdigkeit und Zulässigkeit**  
Von Prof. Dr. Alois Birklbauer, Linz 101

- Aus Wissenschaft und Praxis:  
Bemerkungen zum Blitzverfahren gegen Dieter Althaus**  
Von Prof. Dr. Klaus Schwaighofer, Innsbruck 106

##### *Ausländisches Strafrecht*

- Der Grundsatz der Waffengleichheit und seine Bedeutung  
für das Ermittlungsverfahren in Polen – Staatsanwaltschaft  
und kontradiktorisches Verfahren**  
Von Oberstaatsanwalt Zdzisław Brodzisz, Wrocław, Polen 109

##### *Strafrecht*

- Ein unaufgeklärtes Staatsverbrechen: Das Attentat auf  
den Generalbundesanwalt Siegfried Buback am 7.4.1977  
Zugleich Rezension von Michael Buback, Der zweite Tod  
meines Vaters**  
Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen 120

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

- David Garland, Kultur der Kontrolle. Verbrechens-  
bekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart,  
2008**  
(Prof. Dr. Michael Pawlik, Regensburg) 124

#### Herausgeber

Prof. Dr. Roland  
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.  
Bernd  
Schünemann

#### Schrittleitung

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

# Concerning the hypertrophy of law\*

## A plea for the harmonization between theory and practice

Von Prof. Dr. **Thomas Rotsch**, Augsburg

### I. Introduction

For quite a while now lamenting about the relationship between criminal law science and practice has been very fashionable. Already in 1840, *von Savigny*<sup>1</sup> complained about the root evil of the condition of law being the growing separation between theory and practice.<sup>2</sup> Further recently this situation has been complained about wordily. At least three famous inaugural lectures have dealt with this problem: In 1957, *Thomas Würtenberger*<sup>3</sup> critically eyed the spiritual situation of German legal science.<sup>4</sup> *Lutz Meyer-Großner*<sup>5</sup> found in 2000 theory to be without practice and practice without theory.<sup>6</sup> And just one year later *Volker Erb* declared that legal science, high court jurisprudence and lower court practice are in an unsolvable state of tension.<sup>7</sup> Other corresponding articles were written by *Fritz Loos*<sup>8</sup>; *Hans Joachim Hirsch*<sup>9</sup>; *Björn Burkhardt*<sup>10</sup> und *Rainer Zaczyk*<sup>11</sup>. Just last year, in a paper titled “Gestörte Wechselbezüge“<sup>12</sup>, *Henning Radtke* dealt with this phenomenon.<sup>13</sup> However, *Wolfgang Naucke* had already verbalized in his presentation at the conference of criminal law scholars 1972 in Kiel that the separation of legal science and practice had been decided around 1859 and since then, has only been subtly reshaped.<sup>14</sup>

---

\* A shortened and annotated version of the inaugural lecture given in German at the University of Augsburg on October 26, 2007 (see *Rotsch*, ZIS 2008, 1). I am grateful to *Ines Litzberger* for the translation.

<sup>1</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, p. XXV.

<sup>2</sup> “Das Hauptübel unsres Rechtszustandes liegt in einer stets wachsenden Scheidung zwischen Theorie und Praxis“.

<sup>3</sup> *Würtenberger*, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2nd edition, 1959.

<sup>4</sup> “Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“.

<sup>5</sup> *Meyer-Großner*, ZRP 2000, 345.

<sup>6</sup> “Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie“.

<sup>7</sup> *Erb*, ZStW 113 (2001), 1; “Strafrechtswissenschaft, höchst-richterliche Rechtsprechung und tatrichterliche Praxis des Strafrechts“ sind in ein “unauflösbares Spannungsverhältnis“ gesetzt.

<sup>8</sup> *Loos*, in: Immenga (Ed.), Rechtswissenschaft und Recht-entwicklung, 1980, pp. 261 et seqq.

<sup>9</sup> *Hirsch*, in: Jescheck/Vogler (Ed.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, pp. 19 et seqq.

<sup>10</sup> *Burkhardt*, in: Eser/Hassemer/Burkhardt, Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, pp. 111 et seqq.

<sup>11</sup> *Zaczyk*, in: Widmaier/Lesch/Müssig/Wallau (Ed.), Festschrift für Hans Dahs, 2005, pp. 33 et seqq.

<sup>12</sup> Defective mutual references.

<sup>13</sup> *Radtke*, ZStW 119 (2007), 69.

<sup>14</sup> *Naucke*, ZStW 85 (1973), 399 (424): “Die Trennung von Wissenschaft und Praxis ist entschieden um 1850 und wird danach nur noch subtil ausgeformt“.

Certainly this separation is not a phenomenon limited to our subject. We are all familiar with the expression: This may be right theoretically but does not work in practice.<sup>15</sup> *Kant* famously used this phrase in his 1793 paper by which he defended his moral philosophy.<sup>16</sup> Does this mean that any attempt to close the rift between legal science and practice is doomed to fail? I do not think so. Thus, after a short evaluation of the current situation (II.), I will focus my presentation on looking for reasons to the contemplated lack of communication between legal science and practice (see III.). After reading the title, it might already be clear that I find those reasons to be the pathological overgrowth of German criminal law dogmatics. Hence the third paragraph shall firstly present to you some concise examples of hypertrophic law and criminal law dogmatics (see 1.). The very reasons causing this hypertrophy, however, are not being named yet. We will deal with these later on (see 2.). Ultimately in the fourth paragraph, I will describe possible ways of harmonization followed by a short summary of my results (see V.).

### II. Survey: A deep rift, defective interdependence, or a fertile exchange between legal science and practice?

*Hirsch* mentions in his contribution to the liber amicorum for *Tröndle* that there are only a few states where the professional contact between legal science and the judiciary is as close as in Germany.<sup>17</sup> *Schünemann* as well points out that German courts face a weight of control<sup>18</sup> through legal science that is not known in e.g. England or France.<sup>19</sup> And *Radtke* finally denies the question concerning the defective mutual references<sup>20</sup> he posed in the heading of his already mentioned article: the overall impression being positive, harmony supposedly exceeds and covers the inevitable disturbances.<sup>21</sup>

Certainly, one cannot deny that the German Federal Court of Justice (hereafter: BGH) amongst others is debating over scientific legal views. And indeed, in other countries, courts relating to scientific opinions are highly unusual.<sup>22</sup> However, for German criminal law there is no doubt that the judiciary is actually debating with the legal sciences. Against this background, one can find a worrisome corrosion of the relationship between legal science and practice which reminds me of

---

<sup>15</sup> “Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis.“

<sup>16</sup> See *Zaczyk* (Fn. 11), p. 33.

<sup>17</sup> *Hirsch* (Fn. 9), p. 19.

<sup>18</sup> “Kontrolldruck“.

<sup>19</sup> *Schünemann*, in: in idem/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Ed.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, p. 5.

<sup>20</sup> See Fn. 12.

<sup>21</sup> *Radtke*, ZStW 119 (2007), 90.

<sup>22</sup> Also the ECtHR abstains from references, see ECtHR NJW 2006, 3117; ECtHR NJW 2004, 2209.

the metaphor with the boiled frog<sup>23</sup>: If one puts a frog into a pot with hot water, he will immediately jump out. However, if he is put into cold water and the water's temperature is gradually raised, the frog will cook to death without struggling. This phenomenon seems to fit the current situation in criminal legal science: We have noticed for decades the water getting warmer, but yet we sit still!

In his differentiating and critical article concerning the successful and inconclusive criminal law dogmatics<sup>24</sup>, *Burkhardt* accurately identifies the problems between science and practice and comes to a depressing conclusion: Due to the short listing of reasons for this unpleasant situation of criminal legal dogmatics, the promise of an improvement is fading.<sup>25</sup>

### III. Law and time – Looking for reasons causing the lack of communication between legal science and practice

The existing reservations between theory and practice have many reasons that cannot be dealt with at this time.<sup>26</sup> However, I want to point out two major aspects that seem to be responsible for this precarious relationship. These aspects deal with the hypertrophy of law (see 1.) and the spirit of the ages (see 2.).

#### 1. On the hypertrophy of law

The term hypertrophy is used in medical science and describes the increase of an inner organ caused by an augmentation of cells.<sup>27</sup> Compensatory hypertrophy means the pathological adaption to an abnormal strain.<sup>28</sup> These two expressions seem to accurately describe the current condition of criminal law dogmatics:<sup>29</sup> No other criminal law system contains such a complex and complicated interdependence between theories, codes, and decisions. And in no other legal system are legal scientists meticulously trying to further refine a practically totally irrelevant theory. However, it is obvious that this specification<sup>30</sup> of dogmatics, excessively exercised, does not reach a practice where needs are at com-

pletely different ends. This phenomenon has another more urgent and relevant aspect: In an Europeanized and global world, where the need for international criminal law dogmatics is already present and might soon be joined by the search for an all-European criminal law concept, such a hypertrophic system is out of place.<sup>31</sup> And none of us wants *Burkhardt's* nightmare to come true; that in a couple of years we will realize that German criminal law dogmatists were too eager at work to procure the survival of German criminal law dogmatics.<sup>32</sup>

Do not get me wrong: I do not want to advocate simplified dogmatics. But I do want to combine this presentation with the appeal to leave overly complicated criminal law dogmatics behind and return to a criminal liability system that is – not simplified but – adequately simple and sufficiently clear, as well as open to compromise. In addition, it should enable a true discussion about the contents of theory and practice. The famous saying by *Albert Einstein* that everything should be made as simple as possible but not simpler<sup>33</sup> can be reversed into: Every scientific theory should be as complicated as necessary but not more complicated.<sup>34</sup>

Yet the current condition is a completely different one, as will be shown by the following examples (see a). The examples are followed by a comparative look beyond criminal law (see b) before we deal with the second group of reasons (see 2.), which I deem responsible for the lack of communication between theory and practice.

#### a) The hypertrophy of criminal law

In criminal law, the century-old<sup>35</sup> shortcoming of communication between theory and practice continues to grow.<sup>36</sup> Whilst criminal law science mainly occupies itself with all too subtle theories, theoretical and philosophical legal arguments and tries to Europeanize and internationalize its findings, the practitioner is struggling not to drown in the flood of files on his desk, and is trying to keep his department from completely going under. It is obvious that he does not have the time or the resources to put scientific findings into a fair decision, an extensive indictment, or a compelling brief. Additionally, the need for such a scientific way of working is often not even necessary.

In this journal,<sup>37</sup> I have already described the development as a diffusion of criminal law dogmatics and used economic terms in my attempt to analyze it. In my opinion, de-

<sup>23</sup> A reference to the “boiling frog principle“ can also be found in *Burkhardt* (Fn. 10), p. 137 in Fn. 90.

<sup>24</sup> “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik“.

<sup>25</sup> *Burkhardt* (Fn. 10), p. 156: “Die knappe Auflistung von Gründen für den unerfreulichen Zustand der Strafrechtsdogmatik lässt die Hoffnung auf Besserung eher schwinden.“

<sup>26</sup> Compare particularly *Burkhardt* (Fn. 10), *passim*.

<sup>27</sup> *Pschyrembel Klinisches Wörterbuch*, 259th edition 2002, keyword Hypertrophie, pp. 753 et seq.

<sup>28</sup> *Pschyrembel Klinisches Wörterbuch* (Fn. 27), keyword Kompensation, p. 885; likewise Aktivitätshypertrophie, p. 35.

<sup>29</sup> Considering that the inflation of criminal law is also causing dogmatical excrescences outside the original system, one can also talk of compensatory hyperplasia, compare *Rotsch*, *ZIS* 2007, 260 (263). See also *Pschyrembel Klinisches Wörterbuch* (Fn. 27), keyword Hyperplasie p. 749.

<sup>30</sup> “Vergenauerung“, *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8th edition 2006, p. 80, with further reference to *Busch*, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, 1949.

<sup>31</sup> Compare at length *Rotsch*, in: *Hattenhauer/Hoyer/Meyer-Pritzl/Schubert* (Ed.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, 2008, pp. 711 et seqq.

<sup>32</sup> *Burkhardt* (Fn. 10), p. 157.

<sup>33</sup> “Jede Theorie sollte so einfach wie möglich sein, aber nicht einfacher.“

<sup>34</sup> “Jede wissenschaftliche Theorie darf so kompliziert wie nötig sein, aber nicht komplizierter!“

<sup>35</sup> Compare Fn. 1.

<sup>36</sup> In addition to the essays mentioned in Fn. 2–15 see also *Vogel*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Fn. 19), p. 105.

<sup>37</sup> *Rotsch*, *ZIS* 2007, 260.

scribing the tendencies of diffusion as differentiation, diversification and division has several advantages: First, the economic finding as to the risks accompanying these tendencies might be applicable to the fields we are interested in.<sup>38</sup> And second, all this classification might be the foundation of a way to diminish the rift between legal science and practice. I do not want to linger on that, but continue by giving some up-to-date examples of hypertrophic criminal law dogmatics:

aa) A prominent example of the tendency towards a hypertrophic diffusion of dogmatics can be found in the argument about the indirect perpetration of a crime by means of “Organisationsherrschaft”<sup>39</sup>. This example shows that the BGH too does know how to contribute to the diffusion of criminal law dogmatics. *Claus Roxin* originally (1967) wanted to punish what is called a “Schreibtischtäter”<sup>40</sup> in German as severe as the actual perpetrator, and created the plausible legal concept of “Organisationsherrschaft”; a principal of a crime who controls accomplices belonging to an organizational entity in such a way that the desired aim is reached with certainty. Three decades (!) later, the BGH<sup>41</sup> allegedly<sup>42</sup> adopted this principle to be able to convict the members of the former German Democratic Republic’s Nationaler Verteidigungsrat as principals (not only instigators) of the manslaughters committed by shootings at the inner German border. By now, however, through an unusually candid statement by *Armin Nack*,<sup>43</sup> then judge of the deciding 5<sup>th</sup> Senat and now presiding judge of the BGH’s 1<sup>st</sup> Senat, it is clear that the BGH extensively quoted *Roxin*, but had a different – more pragmatic – construction in mind:

The director of a corporation should be punishable as principal of a crime, and to construct such principality where the actual actor himself is also fully responsible (originally the shooters at the Berlin Wall, now the workers and employees) – the doctrine of the so-called “Täter hinter dem Täter”<sup>44</sup> seemed to fit at least principally. Admittedly the judiciary has gone a long way from *Roxin*’s idea, and in the meantime used so many different parameters for explanations, that by now it can pragmatically punish the “Hintermann”<sup>45</sup> as principal of the crime in all cases where he is considered to be the true perpetrator of the crime. After objections in the literature, *Roxin* has modified his original theory in a way which leaves very little of his initial approach. From a practical point of view, the continuing scientific argument – to which I admittedly also contribute – is even more obscure, as the criminal code provides for identical punishment for principal and instigator, see the German Criminal Code (hereafter: StGB)!

That is the hypertrophy of criminal law.

<sup>38</sup> *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (263).

<sup>39</sup> “Organisationsherrschaft” means the indirect perpetration of an offense by virtue of an organizational machinery of power; in detail *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (264).

<sup>40</sup> The mastermind.

<sup>41</sup> BGHSt 40, 218.

<sup>42</sup> However, see recently *Rotsch*, ZIS 2007, 260 (262).

<sup>43</sup> *Nack*, GA 2006, 342.

<sup>44</sup> Perpetrator behind the perpetrator.

<sup>45</sup> Wirepuller.

bb) In one of its most discussed decisions, the case concerning soccer referee Robert Hoyzer, the BGH’s 5<sup>th</sup> Senat came up with a new category of detriment, the “Quotenschaden”<sup>46</sup>. This not being the place to discuss the gratuitousness of such a construction, I will focus on what is interesting; namely the potential of this decision to further the diffusion of criminal law: Up until this decision, the BGH and the leading scientific opinion would find a completed crime of fraud only under two circumstances. The crime of fraud requires a certain result. This is obviously achieved when the victim actually experiences a detrimental effect to its assets, hence does not acquire a corresponding equivalent for a certain performance. In this case, the result crime also constitutes a crime of infringement, as with the accomplishment of the crime, the legally protected interest – the victim’s assets – is infringed. However, it is generally agreed upon that the second constellation also does constitute a completed crime of fraud: If the obligations to which the parties of a contract – e.g. a sales contract – have committed themselves are not yet met,<sup>47</sup> the victim’s assets, however, are already so highly endangered that they can be considered lost,<sup>48</sup> the existence of a so-called “Gefährdungsschaden”<sup>49</sup> is commonly recognized. Further, dogmatically required is a certain specification of the endangerment<sup>50</sup> which causes the crime to remain a result crime, but also leads to it becoming a concrete endangerment offense<sup>51</sup>. This shift of criminal liability is commonly accepted by the leading scientific opinion.

The situation being as complex as it is – every candidate for the bar exam can tell you a thing or two about it – the BGH’s new decision, and the acceptance of the “Quotenschaden”<sup>52</sup> by supposedly establishing a third category of detriment, has finally created a diffusion of criminal law dogmatics caused by unnecessary diversification. By still assuming an “Eingehungsbetrug”<sup>53</sup>, despite the newly created “Quotenschaden”,<sup>54</sup> the relation between Eingehungs- and Erfüllungsbetrug<sup>55</sup> is reversed: Whilst the “Eingehungsbetrug”<sup>56</sup> only had to be referred to when the exchange of promises actually did not take place, contrary to the BGH’s belief<sup>57</sup> the “Quotenschaden” can no longer be constructed as

<sup>46</sup> Detriment caused by a shift of odds.

<sup>47</sup> It actually suffices that at least one promise has not been fulfilled yet; to the point *Krack*, ZIS 2007, 103 (109 f.).

<sup>48</sup> Recently on this note, BGH NJW 2007, 782 (786), with references to BGHSt 34, 394; BGH NSStZ 2004, 264; BGHSt 21, 112.

<sup>49</sup> Detriment caused by endangerment. The term “schadensgleiche Vermögensgefährdung” is inaccurate, compare *Rotsch*, ZStW 117 (2005), 577 (584 f.).

<sup>50</sup> “Konkretheit der Gefährdung”.

<sup>51</sup> “Konkretes Gefährdungsdelikt”.

<sup>52</sup> Detriment caused by a shift of odds.

<sup>53</sup> Fraud committed while forming a contract.

<sup>54</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 782 (785).

<sup>55</sup> Fraud committed while forming a contract and fraud committed while executing the contract.

<sup>56</sup> Fraud committed while forming the contract.

<sup>57</sup> BGH NJW 2007, 782 (786).

a transitional stage to the “Erfüllungsschaden.”<sup>58</sup> If the “Quotenschaden” is actually caused by a shift of odds – so the BGH says<sup>59</sup> – the odds have either already shifted at the moment the contract is formed or they do not shift at all. If one presumes such a shift, however, paying out the winnings does not constitute another step in perpetrating the crime.<sup>60</sup> Yet, if the detriment caused at the moment the contract is formed and the detriment at the moment the contract is executed are corresponding, the “Erfüllungsschaden”<sup>61</sup> has lost its function. The crime of fraud has become a concrete endangerment offense.<sup>62</sup>

That is the hypertrophy of criminal law.

cc) In the “Kanter”<sup>63</sup> case, decided shortly before “Hoyzer”,<sup>64</sup> the BGH manages a seemingly obvious escape from accepting the defendant’s criminal liability by a noteworthy modification of the mental elements of the crime.

The objection raised by former Minister of the Interior Kanther that he did not mean to harm the party, but to the contrary wanted to protect it, was countered dogmatically by the BGH by requiring a mens rea directed at a financial detriment, even though the actus reus only requires an endangerment of assets. By the 2<sup>nd</sup> Senat not being willing to have a mere intent of endangerment suffice, it undertook the welcome attempt to narrow the crime of “Untreue”<sup>65</sup>. However, this only seems possible by creating an incongruity between actus reus and mens rea which is recognized by the judges, but declared irrelevant.<sup>66</sup> Irrespective of this approach being dogmatically persuasive or not<sup>67</sup>, it is proof of the diffusion of intent and “Untreue” dogmatics.

That is the hypertrophy of criminal law.

dd) According to § 2 StPO interconnected criminal cases can be joined for economic reasons.<sup>68</sup> The necessary connection required by § 2 StPO is defined in § 3 StPO. According to § 3 StPO a so-called “sachlicher Zusammenhang”<sup>69</sup> is given when several persons are charged with being principals

and accomplices of a crime. So far the generally accepted opinion<sup>70</sup> has been that the term *principal* is understood in a material<sup>71</sup> way, whilst the term *accomplice* is understood in a different, procedural way.<sup>72</sup> Again we do not want to consider the question,<sup>73</sup> but merely accept another tendency for diffusion.

That is the hypertrophy of criminal law.

ee) We hammer into our first year students the fact that there can only be withdrawal from an attempted crime, and consider the suggestion of withdrawal from a completed crime in an exam a grave mistake. However, I have to teach my bar exam candidates that the modern legislatures tendency to create new norms, especially relating to white collar crime, has led to a situation in which we truly have a withdrawal from a completed (!) negligence (!) crime. (Just have a look at § 330b [1] in conjunction with § 330a [5] StGB).

That is the hypertrophy of criminal law.

ff) One development seems especially fatal. As a matter of fact, one can no longer talk about criminal law being a consistent and homogenous field of law. Long ago a division into different categories took place, each of them characterized by a certain dialectic. Especially the distinction between citizen criminal law<sup>74</sup> and enemy criminal law<sup>75</sup>, sensationally introduced into the discussion by *Jakobs*, might be the most prominent example at the moment.<sup>76</sup> More antagonisms can be easily named. During the last couple of years we have been talking about a “modern” criminal law, which clearly appears very different from what we so far have not titled out-of-fashion, but traditional criminal law (probably meaning liberal and in accordance with the rule of law<sup>77</sup>). Preventive criminal law (in contrast to repressive criminal law) can be considered a particular development of modern criminal law: Whoever shares the here noted impression of a deepening rift between theory and science will emphasize the discrepancy between theoretical and applied criminal law. We are talking about core criminal law and accessory criminal

<sup>58</sup> Detriment caused by executing the contract.

<sup>59</sup> BGH NJW 2007, 782 (785).

<sup>60</sup> On this note however, BGH NJW 2007, 782 (786), which at the same time nondistinctively talks about the “Quotenschaden” posing “einen erheblichen Teil des beabsichtigten endgültigen Schadens bei dem Wettanbieter.” (the detriment caused by a shift of odds is a significant part of the intended final detriment suffered by the bookmaker).

<sup>61</sup> Detriment caused by executing the contract.

<sup>62</sup> “Konkretes Gefährdungsdelikt”.

<sup>63</sup> BGH wistra 2007, 136.

<sup>64</sup> The so-called “Hoyzer”-case was decided December 15, 2006 (5 StR 181/06), the surprisingly little regarded “Kanter”-decision was decided November 18, 2006 (2 StR 499/05; however, compare now *Ransiek*, NJW 2007, 1727).

<sup>65</sup> Fraudulent breach of trust.

<sup>66</sup> BGH wistra 2007, 136 (142).

<sup>67</sup> See now BGH, NSStZ 2009, 95; *Brining/Wimmer*, ZJS 2009, 94; *Schlösser*, HRRS 2009, 19.

<sup>68</sup> Compare *Rotsch*, in: *Krekeler/Löffelmann* (Ed.), *Anwaltkommentar zur StPO*, 2007, § 2 Rn. 1 ff.

<sup>69</sup> Factual connection.

<sup>70</sup> Now differently *Rotsch/Sahan*, ZIS 2007, 142.

<sup>71</sup> “Materiell-rechtlich”.

<sup>72</sup> *Wendisch*, in: *Rieß* (Ed.), *Löwe/Rosenberg*, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 25th edition 1999, § 3 Rn. 6; *Pfeiffer*, in: *idem* (Ed.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, 5th edition 2003, § 3 Rn. 3; *Lemke*, in: *idem et al.* (Ed.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 3rd edition 2001, § 3 Rn. 4.

<sup>73</sup> See in detail *Rotsch/Sahan*, ZIS 2007, 142.

<sup>74</sup> “Bürgerstrafrecht”.

<sup>75</sup> “Feindstrafrecht”.

<sup>76</sup> Compare already *Rotsch*, ZIS 2007, 265 with further references in Fn. 53.

<sup>77</sup> This enables an inference to the importance of the term “modern”. The development has its origin in the change of climate in criminal-policy – although this is not scientifically verbalized much in Germany; one exception being *Sack*, in: *Obergfell-Fuchs/Brandenstein* (Ed.), *Nationale und internationale Entwicklungen in der Kriminologie: Festschrift für Helmut Kury zum 65. Geburtstag*, 2006, p. 35.

law, and even the dichotomy between upper class and lower class criminal law is not unknown. For the future, the most radical pair of terms seems to me that of national and international (including European) criminal law.

Is it not obvious that such a diffuse criminal law, which is not accessible to a consistent conception, becomes frayed out, unclear, and – especially for the practice – intangible?

That is the hypertrophy of criminal law.

*b) The hypertrophy of law*

These phenomena are not limited to the field of criminal law. Let us take a brief excursion into constitutional law.

*Bernhard Schlink* titled his essay published by the *Juristenzeitung* in February 2007: “A farewell to dogmatics. Constitutional jurisprudence and constitutional legal science in a flux.”<sup>78</sup> Therein, *Schlink* accounts for the Bundesverfassungsgericht abandoning the binding precedent of its own decisions. It seems as if there is also an increasing diffusion in constitutional law, leading to a rise in self-corrections, namely the changing of older constitutional decisions by the Bundesverfassungsgericht itself. Shortly after the Bundesverfassungsgericht had first noticed how similar members of parliament and civil servants really are (BVerfGE 40, 293 [311]), it suddenly recognized existing differences by having a closer look at it (BVerfGE 76, 256 [341 ff.]). After having been repeatedly criticized for not tax exempting the minimum living wage for families (BVerfGE 43, 108 [121 ff.]), the Bundesverfassungsgericht got tired of the criticism and changed its mind (BVerfGE 82, 60 [85 f.]). After the Bundesverfassungsgericht’s insistence on the penal protection of the unborn child had lost its societal and political value (BVerfGE 39, 1 [45 ff.]), the Bundesverfassungsgericht too doesn’t want to insist any longer (BVerfGE 88, 203 [264]). After frowning upon the protection of fun and entertainment events by the basic right of freedom of assembly caused by its wide definition of “assembly” (BVerfGE 69, 315 [343]), the Bundesverfassungsgericht changed to a new, narrow definition of assembly (BVerfGE 104, 92 [104]). And concerning the constitutional assessment of funding political parties (BVerfGE 8, 51 [63]; 20, 56 [97]; 73, 40 [84 ff.]; 85, 264 [285 ff.]), it is as fluctuating and at loss in its decisions as are the possible solutions manifold.<sup>79</sup> These self-

<sup>78</sup> “Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel“, *Schlink*, *JZ* 2007, 157.

<sup>79</sup> *Schlink*, *JZ* 2007, 157 (159): “Nachdem dem BVerfG zunächst aufgefallen ist, wie ähnlich Abgeordnete Beamten geworden sind (BVerfGE 40, 293, 311 ff.) fallen ihm bei genauem Hinsehen gleichwohl bestehende Unterschiede auf (BVerfGE 76, 256, 341 ff.); nachdem das BVerfG vielfach gescholten worden ist, weil es das Familienexistenzminimum nicht von der Steuer befreit hat (BVerfGE 43, 108, 121 ff.), ist es die Schelte leid und besinnt sich eines anderen (BVerfGE 82, 60, 85 f.); nachdem das bundesverfassungsrechtliche Insistieren auf strafrechtlichem Schutz des ungeborenen Lebens (BVerfGE 39, 1, 45 ff.) seine gesellschaftliche und politische Evidenz verloren hat, will auch das

corrections lead to a decreasing importance of stare decisis; not only is the Bundesverfassungsgericht no longer bound by its own holdings, but the judiciary in general also refuses more and more often to follow the highest judges decisions.<sup>80</sup>

Accompanied by this “de-dogmatisation” is the derationalization of judicial decision making. It causes the overspecialization of a few and the powerlessness of many. Coming under the disguise of scientific dogmatics, it is nevertheless resulting in a hypertrophy of constitutional law dogmatics.

That is the hypertrophy of law.

I will leave it at this short trip into unknown territory. Any of the present practitioners and legal scientists may ask themselves whether similar tendencies can be observed in their own field of work. Just by looking at it cursorily, a similar development seems to be taking place in fields such as intellectual property law, tax law, and private international law.

Before finally looking for possible solutions, the question as to what caused the current condition of our legal system has to be asked:

*2. Of the spirit of ages*

We no longer have to argue about the lack of “Einheit”<sup>81</sup> between theory and practice, as it cannot be construed and also is not desirable<sup>82</sup> – contrary to what e.g. *Binding*<sup>83</sup> and with him the 19<sup>th</sup> century believed. Too different are the working tasks and conditions.<sup>84</sup> The judiciary being part of the societal machinery of power has to ensure a fair decision in an individual case. It is thereby particularly concerned with legal certainty. The judiciary does not look for problems, it is presented with them. It cannot deny the application of law. It is forced to make a decision and has only limited time to do so.<sup>85</sup> The legal science, however, is free. It chooses its object of examination, it pesters it for originality, and it pesters it as long and as hard as it wants. It aims at perfecting the legal

BVerfG nicht mehr insistieren (BVerfGE 88, 203, 264); nachdem es nicht gerne gesehen hat, dass unter seinem weiten Versammlungsbegriff (BVerfGE 69, 315, 343) auch Spaß-, Unterhaltungs- und Aktionsveranstaltungen vom Grundrecht der Versammlungsfreiheit geschützt sind, wechselt es zu einem neuen, engen Versammlungsbegriff (BVerfGE 104, 92, 104), und bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Parteienfinanzierung ist es so ratlos und schwankend (BVerfGE 8, 51, 63; 20, 56, 97; 73, 40, 84 ff.; 85, 264, 285 ff.) wie die möglichen Lösungen des Problems vielfältig sind“.

<sup>80</sup> *Schlink*, *JZ* 2007, 157 (158).

<sup>81</sup> Unity.

<sup>82</sup> On this note *Erb*, *ZStW* 113 (2001), 18.

<sup>83</sup> *Binding*, *ZStW* 1 (1881), 4 (29).

<sup>84</sup> *Burkhardt* (Fn. 10), p. 116 with further references in Fn. 19-21.

<sup>85</sup> The much-criticized pressure of time under which decisions have to be made however, has another function, namely serving the defendant’s interests; compare for instance *Radtke*, *ZStW* 119 (2007), 83.

system.<sup>86</sup> And it is another story that in doing so it also serves career and manipulation interests.<sup>87</sup> Science knows everything. But not more.<sup>88</sup>

*a) The spirit of the practice*

Shortage of time and resources is heavily lamented by practitioners and does not need to be repeated here. Let me just take one single example out of the criminal law jurisprudence that has been heavily and controversially discussed, also in the non-legal public. It is the so-called “Mannesmann-Verfahren”. As is generally known, the Landgericht Düsseldorf settled the case with a plea bargain in accordance with § 153c (2) in conjunction with § 153c (1) StPO.<sup>89</sup> For the most famous of the defendants – the Deutsche Bank’s CEO Dr. Ackermann – the settlement included the condition of paying €3.2 Million – at an annual income of €15-20 Million (Dr. Ackermann was unable to name the exact figure).

This is not the place to argue about the general necessity and legitimacy of plea bargains in criminal trials. However, this case clearly shows what the strained relationship between hypertrophic criminal legal science and – if you want to call it that – atrophic criminal legal practice leads to: Looking at it from a criminal law dogmatist point of view this case poses complicated problems concerning the “Untreuetatbestand”<sup>90</sup> in addition to complex questions concerning error of law and participation in a crime.<sup>91</sup> In its appellate decision, the Bundesgerichtshof<sup>92</sup> very clearly commented on those questions and pointed the Landgericht unambiguously to its opinion of the law – guilty of fraudulent breach of trust. The Landgericht did not dispute this. But it considered the public interest in criminal prosecution served by imposing the fine. And it even claimed that the appellate decision clarified important questions of law exceeding those posed in the actual trial! Therefore, the Landgericht – as well as the BGH – assumes a punishable conduct, however, at the same time assumes such a low level of guilt to not oppose a settlement provided for by § 153a (1) StPO. Understandably this notion might not convince everybody, especially considering the immense public interest as well as the caused detriment of €57 Million. However, by conciliatory declaring that the plea bargain does not diminish the importance of the BGH’s appeals decision, the Landgericht did not quite address the devastating impression its decision has caused not only in the general public<sup>93</sup> but also in criminal legal science. In their

ZIS 2007 essay, *Frank Saliger and Stefan Sinner*<sup>94</sup> have accurately found a dichotomy of abstract law<sup>95</sup> and concrete will<sup>96</sup>: The interest in clarifying fundamental abstract questions of law is declared done; the concrete will of the participants to settle the case is considered paramount. Such a termination of the binding precedent of a high court decision is not unknown: We have seen it before while dealing with the jurisprudence of the Bundesverfassungsgericht. It is obvious that the legal science worries about this culture of decision making. Analyzed from a practical and pragmatist point of view the settlement can be considered justifiable. From a dogmatic point of view the plea bargain is a catastrophe.

*b) The spirit of science*

Yet such developments are not caused solely by practitioners. If criminal legal science is less and less able to transport its results intelligibly and utilizably into practice, it has missed its first and foremost goal, and remains unworldly and unrealistic<sup>97</sup> and cannot be a theory of the law<sup>98</sup>.<sup>99</sup> Through this, legal science also contributes to the current situation of our criminal legal system.<sup>100</sup>

The reasons for this phenomenon differ widely but they are all related to the current condition of the humanities; the method necessary to achieve a scholarly career nowadays, an immense flood of publications caused by young scholars faced with the pressure to publish more and more original works and with an ever-growing knowledge that is – not only for students – less and less controllable. *Burkhardt* accurately phrased that attached to the problems the new generation of dogmatists find, come the proposed solutions of the old generation.<sup>101</sup>

The result is a high degree of uncertainty in legal science. Uncertainty of law is not only the result of contradicting jurisprudence, but it is also caused by a multitude of finely trimmed, profoundly controversial theories that can only be distinguished in detail by experts. Everybody is claiming an interest in scientific findings, the result however is a loss in certainty making it impossible to form a definite opinion. To hold it with *Arzt*: the diversity becomes the primary detriment.<sup>102</sup> Understandably, the BGH seems more or less unimpressed with the scientific discussion and finds its own law.

Making the efforts even more questionable is the proven fact that a scientific theory is not accepted by the jurispru-

<sup>86</sup> *Röhricht*, ZGR 1999, 445 (463).

<sup>87</sup> *Mertens*, ZGR 1998, 386.

<sup>88</sup> *Paul Montel*.

<sup>89</sup> Compare press release Nr. 09/2006; Nr. 01/2007; [www.lg-duesseldorf.nrw.de](http://www.lg-duesseldorf.nrw.de).

<sup>90</sup> § 266 StGB, fraudulent breach of trust.

<sup>91</sup> Compare recently *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 (477).

<sup>92</sup> BGH NJW 2006, 522; *Hohn*, wistra 2006, 161; *Ransiek*, NJW 2006, 814; *Rönnau*, NStZ 2006, 218; *Schünemann*, NStZ 2006, 196.

<sup>93</sup> Compare references concerning press coverage *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 in Fn. 1.

<sup>94</sup> *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476 (479, 481).

<sup>95</sup> “abstraktem Recht”.

<sup>96</sup> “konkretem Willen”.

<sup>97</sup> “welt- und lebensfremd”.

<sup>98</sup> “kann keine Theorie des Rechts sein”.

<sup>99</sup> *Zaczyk* (Fn. 11), p. 41

<sup>100</sup> Sure enough the BGH with its appeal decision of the Mannesmann case made a clear statement about the application of the law; *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 481.

<sup>101</sup> *Burkhardt* (Fn. 10), p. 148: “Zu den Problemen, die die neue Dogmatikergeneration vorfindet, gehören die Lösungsvorschläge der alten”.

<sup>102</sup> *Arzt*, in: Dornseifer et al. (Ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 839 (pp. 867 et seq., 873).

dence because it is dogmatically persuasive, but only because it fits current criminal-policy needs. Just remember what has been said about *Roxin's* legal doctrine and its reception by the BGH.

In the aforementioned “modern” criminal law, the scientific discussion is marked by another phenomenon. Being more and more focused on coming to terms with the future than reacting to the past<sup>103</sup> – degenerating criminal law to an instrument made for risk control and risk management – we are faced with the difficulty of finding solutions to more and more complex problems in an even shorter time. This causes direct repercussions for the scientific quality, as science no longer has enough time to insure itself.

This development has another alarming yet opposite consequence: Evidently, scientific publishing companies seem to believe that (criminal) legal science only can be conveyed in a simplified form. While even masterly written textbooks, such as *Roxin's* “Allgemeiner Teil des StGB“, are more popular abroad than in Germany, short “Kurzanleitungen zum Prädikatsexamen“<sup>104</sup> find a ready market. To blame the publishing companies would be absurd; they are oriented at profit maximization, and thus the sales numbers are what considered when developing the catalogue.

#### c) *The spirit of time*

We are all a reflection of the spirit of our time.<sup>105</sup> This conclusion is trivial but true. The idea – by a lot of people still attributed to *Johann Gottfried Herder* – to detect the characteristics of an era by using time overlapping instruments and measurement criteria, is originally from the 1760 book by *Christian Adolph Klotz*.<sup>106</sup> The German term “Zeitgeist“, a word originally translated from Latin, has found its way into the global language, as it is also used in English. This “Geist der Zeiten“<sup>107</sup> is seducing: anonymous, imageless<sup>108</sup>, and nebulous; the term offers us a justification for being so susceptible to accepting the circumstances of our time. The “spirit of ages” is used to banish the ghost of helplessness. Nevertheless, it sometimes offers us an illuminating glance into the intellectual and cultural climate of an era.

An example: For years now, even in the so-called reputable media, one can observe the comeback of superficiality. Now even the honorable FAZ has broken its own dogma and presents a colored picture on its front page.

In a meaningful attempt of justification, the editorial board, belied by the daily reality, claimed it to be of a pictorial uniqueness. Whatever one’s opinion about that may be: the new layout means that a third of the original text on the front page has disappeared. The modern reader, euphemisti-

cally called the “speedy” reader, is degraded to an incapacitated reader. In a digitalized world with no distances, not only the circulation of news but also their presentation and reception has been thinned out and accelerated in a way that transforms those who once were bond-slaves into time-slaves.<sup>109</sup> For some people the alleged blessing of modern email-communication is becoming a curse, and more than a few want the slowness of former times back.

The university, however, has always been a place for countering the tendency to relinquish thinking<sup>110</sup> by enhancing the delight in reflection. And this leads me to my attempt to speak of a possible way to harmonize theory and practice.

#### IV. A plea for the harmonization between theory and practice

How does this fit together? The depiction of the hypertrophy of law, the demand to return to a simpler<sup>111</sup> legal system, and at the same time the appeal for a deeper thoughtfulness?

To undertake the attempt of freeing the law from its hypertrophic burden should not be misunderstood as a call for the belittlement of problems.<sup>112</sup> On the contrary, especially universities can and should be the places for a profound and scientific problem solving. The art of lecturing is not to trivialize complex issues of law, but to reduce them to their supporting basic structure and convey them without inappropriate trivializations. Therefore, we should not loose track of the practical benefits of the education. It is in our hands to transform our young students into reflecting and critical jurists, who do not become one of *Montesquieu's* “Subsumptions-automaten“<sup>113</sup> but develop an appreciation of the legal system as well as the necessary soft skills. This will take time and requires a method of teaching law that is different from those of the commercial “Repetitor“<sup>114</sup>. We should, on one hand, not underestimate today’s law students; however, we should on the other hand not let them drown in a flood of irrelevant insider-knowledge. It is our responsibility to ensure that good candidates for the bar become, in every sense of the word, good practitioners.

I believe that especially the University of Augsburg has set the course well for the education of future generations of jurists. The student body is involved in the appointment of new professors, e.g. by taking part in evaluations. In Augsburg an “Examinatorium ohne Rep“<sup>115</sup> has been created, which constitutes a first-class alternative to a commercial tutor and serves as role-model for other Bavarian universities. Talking about the University’s equipment is unnecessary,

<sup>103</sup> *Hassemer*, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, pp. 9 et seqq.

<sup>104</sup> Graduation with honors in a nutshell.

<sup>105</sup> *Hiery*, Zur Einleitung: Der Historiker und der Zeitgeist, available at

[www.uni-bayreuth.de/departments/neueste/ZeitgeistEinleitung.htm](http://www.uni-bayreuth.de/departments/neueste/ZeitgeistEinleitung.htm).

<sup>106</sup> *Hiery* (Fn. 105).

<sup>107</sup> “Spirit of the age“; compare *Goethe*, Faust, Erster Teil, Nacht.

<sup>108</sup> *Konersmann*, in: *unizeit* v. 8.1.2005, p. 2.

<sup>109</sup> *Hiery* (Fn. 105).

<sup>110</sup> *Zaczyk* (Fn. 11), p. 41: “Verzicht auf das Denken“.

<sup>111</sup> “vereinfachten“.

<sup>112</sup> See *Erb*, ZStW 113 (2001), 18, who regards a self-diminution of legal science to be impossible.

<sup>113</sup> A term describing the mindless subsumption of the elements of a crime.

<sup>114</sup> Tutor.

<sup>115</sup> Bar exam preparation classes offered by the university itself, not by a commercial tutor.

even if students that are not familiar with other universities may not yet appreciate it.

Let us be more confident about our students: With interesting lectures one can overcome the prejudice that on Mondays students are not yet and on Fridays they no longer can be found in school. A prejudice also said about professors. Quite a few students are thankful for recommendations aside the usual literature and the popularity of slim books is often simply a result of the student not being told about more sophisticated literature, and in the bulk of offers only takes the cheapest book. And not every student with a philosophical mind has to be advised to finish law school as quickly as possible in eight short and exemplary semesters.

Since this inaugural lecture should also serve as means to show my own current and future field of work, please allow me to suggest some moderate solutions for the described deficiency in criminal law, which to a great deal have been already put underway with the valuable help of many of my colleagues.

In 2006 we founded the online publication ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.<sup>116</sup> Its aim is – contrary to the “zeitgeist” – to be a stage for scientifically deepened thoughts. Its advantage to the classical print media is an unlimited offer of space. In addition, there is no month-long waiting period for publications, which is unattractive for both reader and author.

Following the good reception by both legal science and practice, we have accomplished the creation of an International Advisory Board, presided over by renowned international criminal law scholar *Kai Ambos* who is responsible for the procurement and evaluation of foreign articles. By now it has more than 25 members; all of them respected professors from all over the world.

The success of this journal has encouraged us to launch another free publication aimed at legal education. Having started February 1st, 2008, we are now publishing this new journal called ZJS (Zeitschrift für das Juristische Studium)<sup>117</sup> online in a two-month cycle covering all fields of law relevant to the bar exam.

By organizing the first “Karlsruher Strafrechtsdialog” last year, *Matthias Jahn* and *Armin Nack* contributed valuably to a harmonization between criminal legal science and the judges of the BGH. At this conference, the idea to implement this harmonization into practice ripened. Hence, we, some younger colleagues, *Armin Nack*, and six criminal judges of the BGH have founded the workgroup “Wissenschaft und Praxis” (WuP). This is the legal science’s attempt to participate in the finding of law with the highest criminal court, *before* the actual decision is made. Therefore, on the ZIS homepage one can find descriptions of legal problems concerning upcoming BGH cases; every scholar thus has the possibility to comment on relevant practical problems from a scientific point of view.<sup>118</sup>

And of course it is our responsibility to get more practical expertise to the university. Augsburg has recruited several foreign legal scholars for presentations – on the initiative of *Henning Rosenau Prof. Taguchi* from Tokyo, who spoke about the subject of matter in Japanese criminal law<sup>119</sup> on November 5, 2007;<sup>120</sup> *Claus Roxin* has already given a speech about criminal procedure; *Kristian Kühl* has agreed to talk about material criminal law, and in the summer semester there will be a lecture with me and *Armin Nack*, in which we will try to clarify the doctrine of indirect principality by “Organisationsherrschaft” from a theoretical and practical point of view.<sup>121</sup>

## V. Result

Criminal law is not the only field of law characterized by a growing diffusion of dogmatics which leads to a hypertrophy of law. This hypertrophy dissolves the concepts of systematization in Germany legal science; last but not least it is also a considerable reason for the increasing estrangement between science and practice. Whoever wants to decrease this estrangement has to accomplish two things: He has to ensure that during legal education science is conveyed to the students with respect of its practical necessity, and he has to use and expand the possibility inherent in his position to intensify the contacts with practitioners.

---

<sup>116</sup> It is published monthly and is available at <http://www.zis-online.com>.

<sup>117</sup> Available at <http://www.zjs-online.com>.

<sup>118</sup> The first article by *Gössel* can be found in ZIS 2007, 557.

---

<sup>119</sup> “Prozessgegenstand im japanischen Strafprozessrecht“.

<sup>120</sup> *Taguchi*, Der Prozessgegenstand im japanischen Strafprozessrecht, ZIS 2008, 70.

<sup>121</sup> In the meantime (on Oktober 27, 2008), the lecture has been held, appreciated by a high number of students.

# Aus Wissenschaft und Praxis: Der Fall „Althaus“ – Juristische Nachlese

Von Christian Pilnacek, Wien\*

## I. Vorbemerkung

Selten noch dürfte ein Urteil eines österreichischen Bezirksgerichts eine derart breite und grenzüberschreitende mediale Resonanz erhalten haben, wie jenes, das am 3.3.2009 durch das Bezirksgericht Irdning (Steiermark/Gerichtsbezirk Leoben) im Verfahren gegen den thüringischen Ministerpräsidenten Dieter Althaus ergangen ist.<sup>1</sup>

Mit diesem Urteil wurde der deutsche Politiker wegen des Vergehens der fahrlässigen Tötung nach § 80 öStGB<sup>2</sup> zu einer Geldstrafe in der Höhe von 180 Tagesätzen, insgesamt 33.000,- € und zur Zahlung eines Teilschmerzensgeldes in der Höhe von 5.000,- € verurteilt. Außergewöhnlich war dies deshalb, weil die Anklage (der schriftliche Strafantrag) erst am Vortag eingebracht und der Umstand der Durchführung der Hauptverhandlung knapp drei Stunden vor dem Verhandlungsbeginn am nächsten Tag öffentlich bekannt gegeben worden war.

Die schnelle Abwicklung des Verfahrens wurde teils verwundert, teils empört kommentiert, Strafverteidiger, Richter, Professoren und Politiker sahen sich zu Stellungnahmen veranlasst, die eine gewisse Häme über das Prozessgeschehen im Nachbarland nicht vermissen lassen.<sup>3</sup> Während der Sprecher der Vereinigung der österreichischen StrafverteidigerInnen betont, dass das Schnellverfahren in der Alpenrepublik keineswegs eine übliche Vorgangsweise sei,<sup>4</sup> entgegnet der

Präsident der Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richtern, dass unter gleichartigen Voraussetzungen auch jedem anderen Angeklagten ein solcher rascher Prozesstermin ermöglicht worden wäre, weil die österreichische Justiz nach Maßgabe der personellen Kapazitäten generell bemüht ist, die Verfahren möglichst rasch und effizient durchzuführen.<sup>5</sup>

Wenn selbst unter Strafrechtsprofessoren geteilte Meinungen über die gewählte Vorgangsweise vorherrschen,<sup>6</sup> so scheint der Versuch einer objektiven Darstellung der Voraussetzungen und Möglichkeiten eines „Schnellverfahrens“ nach österreichischem Strafverfahrensrecht trotz aller medialen und politischen Aufgeregtheit notwendig. Es geht also nicht darum, das Urteil zu kritisieren oder zu verteidigen, was dem *Autor* der Zeilen auch gar nicht zusteht. Hinzuweisen ist auch, dass in diesem Beitrag auch nicht die Ansicht des Bundesministeriums für Justiz, sondern ausschließlich die persönliche Meinung des *Verf.* wiedergegeben wird.

## II. Zum Verfahren vor den Bezirksgerichten

### 1. Allgemeines und Zuständigkeit

In Österreich wird die Strafgerichtsbarkeit in erster Instanz von den Landesgerichten und Bezirksgerichten ausgeübt. Während auf Ebene der Landesgerichte Schöffen- oder Geschworenengerichte bzw. ein Einzelrichter urteilen, entscheiden die Bezirksgerichte stets durch einen Einzelrichter. Dem

---

\* Christian Pilnacek ist Leiter der für das Strafprozessrecht zuständigen Abteilung im österreichischen Bundesministerium für Justiz.

<sup>1</sup> Siehe etwa nur für den Printbereich die Auflistung der deutschen Pressestimmen auf [apa.nachrichten.at](http://apa.nachrichten.at) vom 4.3.2009.

<sup>2</sup> Der Tatbestand der fahrlässigen Tötung nach österreichischem StGB lautet wie folgt: „Fahrlässige Tötung § 80: Wer fahrlässig den Tod eines anderen herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.“

<sup>3</sup> Laut Bericht in der Süddeutschen Zeitung vom 4.3.2009 erklärte etwa der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Jürgen Gehb, in der in Halle erscheinenden Mitteldeutschen Zeitung: „Das geht sicherlich ins Guinness-Buch der Rekorde ein. So lange dauern bei uns in Deutschland die Zustellungsfristen. Das wundert mich ein bisschen. Aber nun ist es vorbei. Das ist doch gut.“

<sup>4</sup> Siehe die *Soyer* zugeschriebenen Zitate in den Berichten der Süddeutschen Zeitung vom 4.3.2009 „Dieter Althaus ist vorbestraft“ und „Vorbestraft oder nicht?“, wonach der Wiener Rechtsanwalt und Grazer Professor von einer „in Österreich keineswegs üblichen Vorgangsweise“ spricht. Es sei eine Verfahrensbestimmung angewendet worden, die für ganz andere Fälle geschaffen worden sei und in Österreich „praktisch totes Recht“ sei. Das Vorgehen sei zwar nicht rechtswidrig, sei „aber dem Ansehen der Justiz in Österreich eher abträglich“. Gerechtigkeit habe sichtbar zu sein und man dürfe nicht den Eindruck gewinnen, es werde blitzschnell in geheimen Kammern verhandelt. Es sei vormittags ein Verhandlungstermin für nachmittags anberaumt worden, wäh-

---

rend üblicherweise Wochen dazwischen lägen. In dieser Zeit könnten sich die Beteiligten und die Öffentlichkeit auf das Verfahren einstellen. Gerade auch Personen des öffentlichen Lebens sollten sich ihrer Verantwortung stellen, meinte *Soyer*.

<sup>5</sup> So der Präsident der Vereinigung, Zinkl, in einer Aussendung am 4.3.2009; vgl. auch den darauf Bezug nehmenden Bericht in der „Presse“ vom selben Tag.

<sup>6</sup> So ortet *Schwaighofer*, Vorstand am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Innsbruck, eine gewisse „Sonderbehandlung“ für einen Prominenten, für welche das Recht „ein klein wenig zurechtgebogen“ wurde, während das Schnellverfahren für *Fuchs*, Vorstand am Institut für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Wien, demgegenüber „voll und ganz in Ordnung“ und „keine schlechte Lösung“ war (siehe den Bericht in „diePresse.com“ vom 4.3.2009). Noch schärfer *Birklbauer*, Institut für Strafrecht und Kriminologie der Universität Linz, der laut einem Bericht des „standard.at“ vom 4.3.2009 das Verfahren mangels Vorliegens der Voraussetzungen der Bestimmung des § 451 Abs. 3 öStPO als rechtlich absolut bedenklich bezeichnet. Er geht sogar noch einen Schritt weiter: „Das riecht gewaltig nach Justizabsprache“. *Birklbauer*: „Es ist interessant, dass die Strafe zwar tendenziell eher hoch ausgefallen ist, aber genau einen Tagsatz unter jener Grenze, ab der ein Eintrag im Strafregister notwendig wird. Man hat den Eindruck, dass da gemauschelt worden ist – Althaus akzeptiert eine hohe Strafe und bekommt dafür ein kurzes Verfahren.“

Bezirksgericht obliegt (§ 30 Abs. 1 öStPO), abgesehen von im Einzelnen aufgezählten Ausnahmen, „das Hauptverfahren wegen Straftaten, die nur mit einer Geldstrafe oder mit einer Geldstrafe und einer ein Jahr nicht übersteigenden Freiheitsstrafe oder nur mit einer solchen Freiheitsstrafe bedroht sind“. Ein Ermittlungsverfahren findet auf Ebene der Bezirksgerichte nicht statt, die Staatsanwaltschaft am Sitz des jeweiligen Landesgerichts führt auch das Ermittlungsverfahren wegen Straftaten, für die im Hauptverfahren das Bezirksgericht zuständig wäre.

Das Hauptverfahren beginnt mit dem Einbringen der Anklage beim zuständigen Gericht durch die Staatsanwaltschaft; dies erfolgt beim Bezirksgericht mit Strafantrag zu erfolgen, der keine Begründung zu erhalten braucht (§§ 210 Abs. 1 und 2, 451 öStPO).

Nach der Systematik der österreichischen Strafprozessordnung werden die Hauptverhandlung vor dem Landesgericht als Schöffengericht und die Rechtsmittel gegen dessen Urteile als „Musterverfahren“ eingehend geregelt (§§ 220 bis 296a öStPO), während für die übrigen Verfahrensarten bloß die jeweiligen Besonderheiten bzw. Abweichungen angeordnet werden. So gelten auch für das Hauptverfahren vor dem Bezirksgericht grundsätzlich die Bestimmungen für das Verfahren vor dem Landesgericht als Schöffengericht (§ 447 öStPO). Das Verfahren vor dem Bezirksgericht (§§ 447 bis 480 öStPO) zeichnet sich vor allem durch geringere Förmlichkeiten gegenüber dem „Musterverfahren“ aus, wodurch vor allem die zügige und effiziente Bewältigung von „Massendelikten“ im unteren Kriminalitätsbereich erleichtert werden soll.

## 2. Unmittelbare Verhandlung und Urteil

Im Zentrum der Überlegungen im Anlassfall steht die Bestimmung des § 451 Abs. 3 öStPO. Nach ihrem Wortlaut kann der Richter mit Zustimmung des Beschuldigten sogleich die Verhandlung vornehmen und das Urteil fällen, wenn der Beschuldigte dem Richter zugleich (also mit Einbringen des Strafantrags) vorgeführt wird und auch die Tat gesteht, oder wenn der Ankläger und der Beschuldigte zugleich vor dem Richter erscheinen, und in beiden Fällen alle Beweismittel für die Anklage und die Verteidigung zur Hand sind. Typische Anwendungsfälle sind der kurzfristig angehaltene, auf der Durchreise befindliche Beschuldigte oder rasch zu klärende Auseinandersetzungen zwischen Privaten ohne Notwendigkeit eines weiteren Beweisverfahrens.<sup>7</sup> Das Gesetz spricht in diesem Fall bewusst nicht von einer Anberaumung einer Hauptverhandlung und verzichtet auf die Förmlichkeit einer schriftlichen Ladung, um rasch und unmittelbar den gebotenen Rechtszustand herzustellen. In beiden Fällen geht das Gesetz ersichtlich davon aus, dass der Beschuldigte persönlich vor dem Gericht auftritt.

<sup>7</sup> Siehe auch *Seiler*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2008, Rn. 967, wonach diese Bestimmung vor allem bei Verkehrsunfällen ausländischer Kraftfahrer in Österreich praktische Bedeutung erlangt hat.

## Exkurs: Der Machthaber

Im bezirksgerichtlichen Verfahren kann sich der Angeklagte durch einen Machthaber vertreten lassen und auf diese Weise sein persönliches Erscheinen vermeiden (§ 455 Abs. 2 öStPO). Als Machthaber bevollmächtigt werden kann seit Inkraft-Treten der Strafprozessreform nur mehr ein Verteidiger, das heißt eine zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft oder sonst gesetzlich zur Vertretung im Strafverfahren berechtigte Person (siehe § 48 Abs. 1 Nr. 4 öStPO). Lässt sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung durch einen Machthaber vertreten, so kommt diesem die Stellung des Angeklagten zu (§ 455 Abs. 3 öStPO<sup>8</sup>), er vertritt ihn daher tatsächlich und rechtlich als Person (auch in seiner Aussage<sup>9</sup>). Im Unterschied dazu sieht § 57 Abs. 2 öStPO für den Verteidiger vor, dass dieser die Verfahrensrechte ausübt, die dem Beschuldigten zustehen. Die Bedeutung dieser erst seit 1.1.2008 geltenden Bestimmung liegt darin, dass im Fall der Vertretung durch einen Machthaber kein Fall eines Abwesenheitsverfahrens vorliegt, weshalb auch eine Berufung auf ältere Judikatur versagt.<sup>10</sup> Gemäß § 427 Abs. 1 öStPO ist zwar die gehörige Vorladung des Beschuldigten unabdingbare Voraussetzung für die Durchführung der Hauptverhandlung in seiner Abwesenheit. Soweit jedoch der Machthaber gemäß § 455 Abs. 3 öStPO die Rolle des Angeklagten übernimmt, schadet es auch mit Blick auf die Zulässigkeit des Verzichts auf Ladung und Vorbereitungsfrist gemäß § 451 Abs. 3 öStPO<sup>11</sup> nicht, wenn der Machthaber diesen Verzicht erklärt, tut er dies doch als „Angeklagter“.<sup>12</sup>

Hält das Gericht die persönliche Aussage des Angeklagten für erforderlich, so kann es den Angeklagten ungeachtet seiner Vertretung durch einen Machthaber zum persönlichen Erscheinen auffordern (§ 455 Abs. 2 S. 2 öStPO).

## 3. Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht

Für die Vorbereitung der Hauptverhandlung gilt grundsätzlich, dass Angeklagter, Verteidiger und die übrigen Beteilig-

<sup>8</sup> Diese Bestimmung wurde erst mit dem Strafprozessreformbegleitgesetz I (BGBl. I Nr. 93/2007) in die öStPO eingeführt; die ältere Rechtsprechung zur Qualifikation des Verfahrens als Abwesenheitsverfahren, wenn anstelle des Beschuldigten ein Machthaber auftritt, ist daher insoweit überholt.

<sup>9</sup> Siehe *Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung, Kurzkomentar, 10. Aufl. 2008, § 455 Rn. 4.

<sup>10</sup> Vgl. SSSt 19/157, 22/45 und 42/44; OGH 13 Os 134/96.

<sup>11</sup> *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 571.

<sup>12</sup> Demgegenüber hat die ältere Judikatur im Fall der Vertretung durch einen Machthaber auf die Voraussetzungen für die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens abgestellt. Ohne Nachweis der persönlichen Vorladung des Beschuldigten zur Hauptverhandlung (siehe nun §§ 83 Abs. 4 sowie 221 öStPO) durfte demnach auch bei Einschreiten eines Verteidigers oder Machthabers die Hauptverhandlung gegen den ausgebliebenen Beschuldigten nicht vorgenommen werden; auch eine diesbezügliche mündliche Mitteilung an einen Machthaber wurde als nicht ausreichend angesehen; vgl. 13 Os 134/96; 11 Os 81/98 (vgl. RIS-RS [Rechtssatznummer] 0105879).

ten (auch die Opfer) schriftlich zu laden sind; dabei ist die Ladung des Angeklagten so einzurichten, dass ihm ab ihrer Zustellung eine Vorbereitungsfrist von drei Tagen bleibt. Die Ladung an den Angeklagten ist ihm persönlich zu eigenen Händen zuzustellen (§ 83 Abs. 4 öStPO); dem Verteidiger kann auch durch Telefax oder im Wege des elektronischen Rechtsverkehrs zugestellt werden (§ 83 Abs. 2 öStPO). Freilich sieht die Bestimmung des § 455 Abs. 1 öStPO auch vor, dass auf die Vorbereitungsfrist verzichtet werden kann. Selbst wenn man einen damit verbundenen Verzicht auf die persönliche Zustellung als nicht zulässig ansieht, so werden Zustellmängel nach der Bestimmung des § 7 des Zustellgesetzes in dem Zeitpunkt geheilt, in dem das Dokument dem Empfänger tatsächlich zugekommen ist. Eine Zustellung der Ladung per Telefax, die laut § 83 Abs. 2 öStPO einer Zustellung mit Zustellnachweis gleichzuhalten ist, gilt daher in dem Zeitpunkt als gültig bewirkt, in dem die Ladung dem Angeklagten tatsächlich zugegangen ist.

Verzichtet also der Angeklagte auf die ihm zustehende Vorbereitungsfrist durch einen Machthaber (dem als Verteidiger gültig im Wege des § 83 Abs. 2 öStPO zugestellt werden kann), ist es – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – durchaus zulässig, die Hauptverhandlung an dem der Einbringung des Strafantrags folgenden Tag durchzuführen. Wie bereits erwähnt, kann sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung auch durch einen Machthaber vertreten lassen (§ 455 Abs. 2 öStPO), der den Angeklagten vertritt und alle seine Rechte in der Verhandlung ausüben kann (darunter auch den Verzicht auf Rechtsmittel<sup>13</sup>). In Fällen, in denen durch die Aussage des Angeklagten kein Beitrag für die Wahrheitsfindung zu erwarten ist, scheint eine solche Vorgangsweise auch keinen Verstoß gegen die Pflicht zur objektiven Wahrheitsermittlung zu begründen.<sup>14</sup> Sicher ist die Aussage und die Verantwortung des Angeklagten eine wesentliche Erkenntnisquelle. Allerdings regelt § 455 Abs. 2 öStPO gerade einen Sonderfall und erlaubt auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen für ein Abwesenheitsverfahren<sup>15</sup> die Durchführung der Hauptverhandlung, wenn sich der Angeklagte durch einen Machthaber vertreten lässt. Auch in diesem Fall auf eine persönliche Vernehmung des Angeklagten bestehen zu wollen, hieße den Anwendungsbereich dieser Bestimmung auf jenen des Abwesenheitsverfahrens reduzieren zu wollen, was jedoch Sinn und Zweck der Möglichkeiten des vereinfachten Verfahrens vor dem Bezirksgericht zuwider läuft.

<sup>13</sup> Allgemein ist ein Verzicht auf Rechtsmittel gegen das Urteil, den der Beschuldigte nicht im Beisein seines Verteidigers abgibt, ohne Wirkung (§ 57 Abs. 2 öStPO); der Machthaber muss jedoch die Befähigung zum Einschreiten als Verteidiger haben.

<sup>14</sup> A.A. Birkbauer, „Angemessene Strafe, inakzeptables Verfahren“, Der Standard, 5.3.2009.

<sup>15</sup> Gemäß § 427 Abs. 1 öStPO darf bei sonstiger Nichtigkeit nur dann in Abwesenheit eines Beschuldigten, dem bloß ein Vergehen zur Last liegt, verhandelt werden, wenn er zum Tatvorwurf bereits förmlich vernommen und ihm die Ladung zur Hauptverhandlung persönlich gehörig zugestellt wurde.

Bleibt der Vorwurf der mangelnden Transparenz bzw. des faktischen Ausschlusses der Öffentlichkeit.<sup>16</sup> Nun sollte man nur Abläufe kritisieren, die sich als Umgehung von zwingendem Recht darstellen. Hier wird jedoch gerade dem Angeklagten ermöglicht, sich nicht persönlich, unmittelbar und vor den Augen der Öffentlichkeit dem Makel des strafrechtlichen Vorwurfs zu stellen. Es wäre nicht im Sinne dieser Bestimmungen, die vom Verzicht auf die Vorbereitungsfrist bis hin zur persönlichen Vertretung durch einen Machthaber reichen, einem Angeklagten diese Rechte alleine wegen des medialen Interesses nicht zu gewähren. Schließlich muss stets das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt werden, dies auch unter dem Blickwinkel des Prinzips der Öffentlichkeit, dessen Verletzung nur dann mit Nichtigkeit bedroht wäre, wenn sie auf einer Anordnung des Gerichts beruht.<sup>17</sup> In einer Situation, in der es auf Grund einer über die Medien verbreiteten Durchführung der Hauptverhandlung faktisch möglich war, an ihr auch tatsächlich teilzunehmen, scheint mir Öffentlichkeit und Transparenz in höherem Maß gewahrt zu sein, als es nach der objektiven Rechtslage geboten gewesen wäre (und trotz Ladung in den weit überwiegenden Fällen der vor dem Bezirksgericht abzuführenden Straftaten auch der Fall ist). Die mediale Prangerwirkung, die Möglichkeit der Beeinflussung der Rechtsprechung durch eine breite und möglicherweise einseitige Berichterstattung zählt nicht zu den Gründen, die das Öffentlichkeitsprinzip rechtfertigen. Der Kontrollaspekt wäre wohl nur dann verletzt, wenn die Tatsache der Verfahrensführung, der Inhalt des Schuldvorwurfs und der Ausspruch des Gerichts geheim blieben und nicht zur Diskussion gestellt werden könnten.

Letztlich ist eine rasche Entscheidung auch durchaus im Interesse des Opfers der Straftat,<sup>18</sup> wird doch die Durchsetzung dessen zivilrechtlicher Ersatzansprüche nach Vorliegen eines strafrechtlichen Schuldspruchs erleichtert. Auch dem Opfer ist wenig dadurch gedient, dass mediale Berichterstattungsinteressen seinen Befriedigungsansprüchen vorgehen.

Wäre das Ergebnis eines Verfahrens tatsächlich angemessener oder „gerechter“, wenn es nur deshalb verzögert wird, um medialer Berichterstattung und Auseinandersetzung genügend Raum zu geben? Das will ich nicht glauben, denn dann wäre die innere Begründung des Prinzips der Öffentlichkeit in das Gegenteil verkehrt.

#### 4. Strafzumessung und Folgen der Verurteilung

§ 37 öStGB sieht – im Sinne des Vorranges der Geld- vor der Freiheitsstrafe – vor, dass statt einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als sechs Monaten auf eine Geldstrafe von nicht mehr als 360 Tagessätzen zu erkennen ist, wenn für eine Tat keine strengere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren angedroht ist und keine spezial- oder generalpräventive Bedenken bestehen.

<sup>16</sup> Siehe Birkbauer (Fn. 14).

<sup>17</sup> OGH 15 Os 100/92.

<sup>18</sup> Opfer sind gemäß § 65 Nr. 1 lit. b öStPO auch der Ehegatte, der Lebensgefährte, die Verwandten in gerader Linie, der Bruder oder die Schwester einer Person, deren Tod durch eine Straftat herbeigeführt worden sein könnte.

Nach österreichischem Strafregister- und Tilgungsrecht ist jede Verurteilung in das Strafregister aufzunehmen, wo sie für Zwecke der Strafverfolgung bis zu ihrer Tilgung zur Verfügung stehen. Im Fall eines neuerlichen Strafverfahrens innerhalb der Tilgungsfrist<sup>19</sup> kann daher das Gericht die Vorverurteilung im Rahmen der Strafzumessung entsprechend würdigen. Allerdings ist die Tatsache der Verurteilung in den Fällen, in denen keine strengere Strafe als eine höchstens dreimonatige Freiheitsstrafe verhängt worden ist, weder in einer Strafregisterauskunft (an öffentliche Behörden) noch in einer Strafregisterbescheinigung (die auf Antrag jeder Person auszustellen ist) aufzunehmen. Der Verurteilte ist auch nicht verpflichtet, diese Verurteilung außerhalb der in dieser Bestimmung genannten Verfahren anzugeben (siehe § 6 des Tilgungsgesetzes). Dieses Institut der beschränkten Auskunft lässt sich wiederum mit dem Gedanken rechtfertigen, die Wirkungen des strafrechtlichen Makels verhältnismäßig zu begrenzen und einer öffentlichen Kenntnisnahme im Interesse der Resozialisierung so weit als möglich zu entziehen. Intensive mediale Berichterstattung läuft naturgemäß diesem Zweck entgegen.

### III. Schlussfolgerung

Die österreichische Strafprozessordnung ermöglicht in der untersten Stufe der Strafgerichtsbarkeit ein Verfahren in sachgerechter Auslegung der Bestimmungen der §§ 451 Abs. 3 und 455 Abs. 2 StPO, das eine rasche Reaktion und Verfahrensbeendigung für Angeklagte ermöglicht, die Verantwortung für ihre Tat zu übernehmen bereit sind. In einer Zeit, in der vereinfachte Verfahren und Verständigungen auch im Fall schwerwiegender Straftaten zur Entlastung einer überforderten Strafgerichtsbarkeit gefordert werden, sollte ein Verfahren, das im Ergebnis keinen der Beteiligten über-vorteilte, nicht zum Anlass grundsätzlicher Justizkritik genommen werden. Eine Justiz, die sich ausschließlich nach den Bedürfnissen der Medien und ihrer Konsumenten orientiert, können wir uns alle nicht wünschen, es sei denn, dass wir mehr Interesse an CourtTV, als an Gerechtigkeit für die Verfahrensbeteiligten, nämlich für Angeklagte und Opfer haben.

---

<sup>19</sup> Die Tilgungsfrist beginnt mit dem Tag der vollständigen Bezahlung der Geldstrafe und beträgt im Fall einer Verurteilung zu einer höchstens einjährigen Freiheitsstrafe oder nur zu einer Geldstrafe fünf Jahre (§§ 2 Abs. 1 und 3 Abs. 1 Nr. 2 Tilgungsgesetz).

# Aus Wissenschaft und Praxis: Das Verfahren in der Causa Althaus – zwischen Merkwürdigkeit und Zulässigkeit

Von Prof. Dr. Alois Birklbauer, Linz

## I. Einleitung

Das Vorgehen der österreichischen Justiz in der Causa Althaus war unmittelbar nach dem Blitzverfahren Gegenstand von Debatten. Während von den einen die positivrechtlichen Bestimmungen, die ein solches Vorgehen an sich zulassen, in den Vordergrund gestellt wurden, haben andere vor allem mit materiellen Prozessargumenten versucht, den durch die Eile hervorgerufenen Anschein, es sei gleichsam im Hinterzimmer ein besonders schonendes *Procedere* für eine in der Öffentlichkeit stehende Person vereinbart worden, zu hinterfragen. Der folgende Beitrag versucht, die Diskussion nochmals zusammenzufassen. Dabei soll zunächst die Zulässigkeit von Eilverfahren (II.) und Abwesenheitsverfahren (III.) unter positivrechtlichen Gesichtspunkten dargestellt werden. Daran anschließend soll der Anschein, dass es dabei zu einer Absprache kam, für die in der österreichischen Rechtsordnung kein Raum vorhanden ist, unter die Lupe genommen werden (IV.). Schließlich soll noch die eingeschränkte Transparenz in einem Verfahren, das im Brennpunkt des öffentlichen Interesses stand, thematisiert werden (V.). Ein Fazit steht am Ende dieses Beitrags (VI.).

## II. Die Zulässigkeit von Eilverfahren

### 1. § 451 Abs. 3 öStPO

Dass es in der Causa Althaus zulässig war, so rasch nach Erhebung der Anklage die Hauptverhandlung durchzuführen, hat die Justiz gegenüber den Medien mit § 451 Abs. 3 öStPO<sup>1</sup> begründet. Nach dieser Bestimmung ist bei Straftaten, die in die sachliche Zuständigkeit des Bezirksgerichts fallen, ein sofortiges Verfahren ohne vorherige Ladung zulässig, wenn entweder der Beschuldigte die Tat gesteht (1. Fall) oder er zugleich mit dem Ankläger vor dem Richter erscheint und der Richter alle Beweismittel für die Anklage und die Verteidigung zur Hand hat (2. Fall). Beide Möglichkeiten setzen jedoch die Anwesenheit des Beschuldigten voraus. Der klare Wortlaut erlaubt hier keinen Interpretationsspielraum. Für ein Eilverfahren unter Berufung auf diese Norm war folglich in der Causa Althaus kein Raum.

Im Übrigen ist bei dieser Bestimmung zu bedenken, dass sie aus einer Zeit herrührt, in der das Bezirksgericht eine umfassende Ermittlungsbefugnis im Vorverfahren hatte, sobald der Bezirksanwalt einen allgemeinen, schriftlichen oder mündlichen Antrag auf gesetzliche Bestrafung gestellt hatte (§ 451 Abs. 1 öStPO i.d.F. von BGBl. 526/1993<sup>2</sup>). Der

<sup>1</sup> Der Text der österreichischen Vorschriften findet sich unter <http://www.ris.bka.gv.at/Bundesrecht/>.

<sup>2</sup> Mit BGBl. 526/1993 wurde die Bestimmung so geändert, dass ab dieser Zeit der Antrag des Anklägers auf Bestrafung des Beschuldigten schriftlich zu erheben war und die im § 207 Abs. 2 Ziff. 1 bis 4 öStPO a.F. angeführten Angaben (Name, Tat usw.) zu enthalten hatte, wodurch eine gewisse Vorermittlung des Anklägers erforderlich war. Auf Grund der

Sachverhalt brauchte also noch nicht besonders intensiv ausermittelt zu sein. In der seit 1.1.2008 geltenden novellierten StPO ist diese Ermittlungskompetenz des Bezirksgerichts im Vorverfahren jedoch generell entfallen. Insofern ist die Eilkompetenz gegenüber der ursprünglichen Fassung dieser Bestimmung dadurch faktisch wesentlich eingeschränkt worden, dass nunmehr bereits eine Anklage in Form des Strafantrags vorliegen muss. Folglich hat der Sachverhalt soweit ausermittelt zu sein, dass von einer Verurteilungswahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann (vgl. § 210 Abs. 1 öStPO). Der einmal angedachte Anwendungsbereich dieser Bestimmung, eine unter prozessökonomischen Gesichtspunkten effiziente Norm für rasche Verfahren gegen durchreisende Personen zu haben<sup>3</sup>, ist damit faktisch obsolet geworden, sofern nicht gleichsam für die Möglichkeit solcher Eilverfahren systematisch durch die Einrichtung von Schnellgerichten vorgesorgt wird, wie es z.B. im Rahmen der Fußballeuropameisterschaft EURO 08 überlegt wurde.<sup>4</sup>

### 2. § 455 Abs. 1 i.V.m. § 221 öStPO

Eilverfahren können weiter aus § 455 Abs. 1 i.V.m. § 221 öStPO abgeleitet werden. Danach ist die Hauptverhandlung so anzusetzen, dass die Verfahrensbeteiligten und die Opfer sowie deren Vertreter zu laden sind, wobei die Opfer auf ihr Recht, während der Hauptverhandlung anwesend zu sein, schon vorher verzichten können. Der Tag der Hauptverhandlung ist dabei so zu wählen, dass dem Angeklagten und seinem Verteidiger bei sonstiger Nichtigkeit des Verfahrens eine Vorbereitungsfrist von wenigstens drei Tagen bleibt. Da auf dieses Fristerfordernis jedoch verzichtet werden kann, ist es zulässig, umgehend nach der Zustellung der Ladung, auf die nicht verzichtet werden kann, die Hauptverhandlung durchzuführen. Da die Zustellung der Ladung auch durch unmittelbare Übergabe erfolgen kann (vgl. § 82 Abs. 3 öStPO), ist die Durchführung der Hauptverhandlung wenige Stunden nach Bekanntgabe des Termins an die Verfahrensbeteiligten zulässig.

Diese dreitägige Vorbereitungsfrist gilt im Übrigen auch für Zeugen. Allerdings ist für diese das Fristerfordernis als Soll-Vorschrift ausgestaltet (§ 455 Abs. 1 i.V.m. § 221

---

weiterhin geltenden Ermittlungsbefugnis des Gerichts vor Beginn der Hauptverhandlung waren aber an die Ausermittlung des Sachverhalts geringere Anforderungen zu stellen als bei einer Anklage im Verfahren vor dem Landesgericht.

<sup>3</sup> Die Bestimmung stand bis 31.12.1992 in Verbindung mit dem bis dahin geltenden § 453 öStPO a.F., der den Sicherheitsorganen die vorläufige Festnahme ermöglichte, um sie dem Gericht zur unverzüglichen Durchführung der Hauptverhandlung vorzuführen, wenn zu befürchten war, dass die Fortsetzung der Reise das Verfahren vereiteln werde; s. dazu *Bertel*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 1990, Rn. 365, 371 und 618.

<sup>4</sup> Siehe etwa <http://oe1.orf.at/inforadio/56366.html?filter=0>.

Abs. 2 S. 3 öStPO), weshalb das Fehlen einer Verzichtsergänzung auf dieses Fristerfordernis in § 455 Abs. 1 öStPO für diese Personen einem Eilverfahren nicht unbedingt entgegensteht, weil sich die Nichteinhaltung dieser Vorschrift nicht unmittelbar auf das Verfahrensergebnis auswirkt. Zusammengefasst lässt sich somit festhalten, dass im Hinblick auf § 455 Abs. 1 i.V.m. § 221 öStPO das Eilverfahren in der Causa Althaus formal zulässig war.

### III. Die Zulässigkeit von Abwesenheitsverfahren

#### 1. Die allgemeine Vorschrift

Von der Frage der Zulässigkeit des Eilverfahrens ist jene nach der Zulässigkeit des Abwesenheitsverfahrens zu trennen. Die Durchführung der Hauptverhandlung in Abwesenheit setzt voraus (vgl. § 427 Abs. 1 öStPO), dass die begangene strafbare Handlung nicht mit einer höheren als dreijährigen Freiheitsstrafe bedroht ist (es muss sich um ein Vergehen nach § 17 öStGB handeln), die Ladung zur Hauptverhandlung persönlich zugestellt wurde und der Angeklagte zum Anklagevorwurf nach §§ 164 f. öStPO vernommen worden ist. Diese Bestimmung modifiziert somit den allgemeinen Grundsatz des § 6 Abs. 1 öStPO, wonach der Beschuldigte die Pflicht hat, während der Hauptverhandlung anwesend zu sein. Die verpflichtende Vernehmung vor der Hauptverhandlung soll einerseits die Möglichkeit der Einräumung rechtlichen Gehörs absichern, andererseits auch dem Grundsatz der amtswegigen Wahrheitsermittlung (vgl. §§ 2 und 3 öStPO) dienen, denn durch die verpflichtende Vernehmung hat für die Strafverfolgungsbehörden zumindest irgendwann im Verfahren die Möglichkeit bestanden, den Anklagevorwurf durch die Befragung des Beschuldigten entsprechend hinterfragen zu können.<sup>5</sup> Diese Voraussetzungen gelten gleichermaßen für das bezirksgerichtliche wie für das landesgerichtliche Abwesenheitsverfahren.<sup>6</sup> Ihre fehlende Einhaltung steht unter Nichtigkeitssanktion (siehe für das bezirksgerichtliche Verfahren § 484 Abs. 1 Ziff. 3 öStPO).

Inwieweit es in der Causa Althaus eine Vernehmung des Beschuldigten gegeben hat, ist ohne genaue Aktenkenntnis nicht zu beurteilen. Medienberichten zu Folge hat es eine „schriftliche Einvernahme“ gegeben.<sup>7</sup> Dazu ist zum einen festzuhalten, dass nach § 164 Abs. 3 öStPO dem Beschuldigten im Rahmen seiner Vernehmung die Gelegenheit einzuräumen ist, sich in einer zusammenhängenden Darstellung zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern. Zu schwierigen

Fragen, die besondere Sachkunde voraussetzen oder eine Beurteilung durch einen Sachverständigen erfordern, ist ihm zu gestatten, sich binnen angemessener Frist ergänzend schriftlich zu äußern. Die schriftliche Äußerung ist also nicht als Ersatz für die Beschuldigtenvernehmung vorgesehen, sondern nur als Ergänzung zulässig. Wenn es keinen Versuch gegeben hat, den Beschuldigten mündlich zu vernehmen, wäre das Abwesenheitsverfahren nach einer ausschließlich schriftlichen Befragung im Hinblick auf § 427 öStPO als unzulässig anzusehen.

#### 2. Die besondere Vorschrift des Machthabers im bezirksgerichtlichen Verfahren

Dies ist für das bezirksgerichtliche Abwesenheitsverfahren jedoch zu relativieren. Dort gibt es nämlich die Möglichkeit, in Abwesenheit des Beschuldigten zu verhandeln und ein Urteil zu fällen, wenn der Angeklagte entsprechend § 455 Abs. 2 öStPO durch einen Verteidiger als so genannten Machthaber vertreten ist, dem nach Abs. 3 *leg cit* in der Hauptverhandlung die Stellung des Angeklagten zukommt. Es handelt sich also um eine Stellvertretung und insofern um eine Sondernorm zur allgemeinen Regelung des Abwesenheitsverfahrens. Der Machthaber kann die an sich erforderliche Voraussetzung der vorher erfolgten Beschuldigtenvernehmung ersetzen.

Dem Gericht steht es jedoch auch in diesem Fall zu, den Angeklagten unter Androhung der vorgesehenen Zwangsfolgen zum persönlichen Erscheinen aufzufordern (§ 455 Abs. 2 letzter Satz öStPO). Durch diese Zwangsfolgen ist klargestellt, dass der Beschuldigte durch seine Abwesenheit zwar auf sein Grundrecht des rechtlichen Gehörs verzichten und sich dahingehend vertreten lassen kann, das Strafverfahren aber dem Grundsatz der materiellen Wahrheit folgt und dieser Grundsatz nicht in der Dispositionsbefugnis des Beschuldigten steht. Wenn der Machthaber nicht hinreichend zur Erforschung der materiellen Wahrheit beitragen kann und noch Fragen offen sind, die durch eine Vernehmung des Beschuldigten geklärt werden können, darf es bei fehlender ausreichender Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren trotz der Vertretungsmöglichkeit kein Abwesenheitsverfahren geben.

Freilich ist in der Causa Althaus zu überlegen, ob eine Aussage des Beschuldigten auf Grund der beim Unfall erlittenen Eigenverletzung und der damit allenfalls einhergehenden Erinnerungslücken überhaupt zur Klärung der materiellen Wahrheit hätte beitragen können. Insofern könnte bereits alles geklärt gewesen sein, sodass das Abwesenheitsverfahren unter Beiziehung des Machthabers zulässig war. Doch gerade der angeschlagene Gesundheitszustand des Angeklagten macht die Durchführung eines Machthaberverfahrens im Hinblick auf die möglicherweise fehlende Prozess- und/oder Verhandlungsfähigkeit fragwürdig. Die Prozessfähigkeit als Fähigkeit, durch eigene Willenserklärungen auf das Strafverfahren einzuwirken (prozessuale Handlungsfähigkeit<sup>8</sup>), ist

<sup>5</sup> Diese Anwesenheitspflicht für die Hauptverhandlung ist unter dem Titel „rechtliches Gehör“ geregelt. Sie war in der RV zur neuen StPO (Nr. 25 BlgNR XXII. GP) noch nicht vorgesehen, sondern wurde erst nach den Beratungen im Justizausschuss eingefügt. Dadurch soll nach den Materialien klargestellt werden, dass den Beschuldigten eine „gewisse Prozesseinlassungspflicht“ trifft, die mit den herkömmlichen Zwangsmitteln (Vorführung und Festnahme) sanktioniert werden kann (JAB Nr. 406 BlgNR XXII. GP 7).

<sup>6</sup> Siehe dazu die Materialien EBRV-Strafprozessreformbegeleitgesetz I, Nr. 231 BlgNR XXIII. GP 23.

<sup>7</sup> Siehe etwa <http://www.orf.at/090302-35680/>.

<sup>8</sup> Siehe dazu etwa *Schwaighofer*, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 38. Lfg., 2005, § 275 Rn. 9.

eine Prozess- bzw. Sachentscheidungsvoraussetzung. Ihr Fehlen kann zwar in engen Grenzen durch einen Vertreter ersetzt werden, wobei unter diesem Gesichtspunkt auch die Vertretung durch einen Machthaber durchaus als zulässiger Ersatz angesehen werden kann. Eine solche Vertretung liegt aber in der ausschließlichen Disposition des Beschuldigten. Wenn er keinen Machthaber bestellt, kann keine Sachentscheidung gefällt werden und das Verfahren steht so lange, bis die Prozessfähigkeit vorliegt. Dass auf Grund allgemeiner Prozessprinzipien (z.B. Art 6 EMRK<sup>9</sup>) der Beschuldigte nicht dazu gezwungen werden darf, durch eine Machthaberbestellung eine Sachentscheidung zu ermöglichen, ist evident. Und selbst wenn er einen Machthaber bestellt, ist damit noch nicht automatisch eine Sachentscheidung zulässig. Da der Machthaber ein Vertreter ist, sind für dessen rechtswirksame Bestellung die allgemeinen Grundsätze maßgeblich. Beim Vertretenen muss folglich ein gewisses Maß an Geschäftsfähigkeit vorliegen, an der es bei einem bedenklichen Gesundheitszustand mitunter fehlen kann. Wenn sich aus dem Akt Anhaltspunkte dahingehend ergeben, muss das Gericht auf Grund des Amtsermittlungsgrundsatzes (vgl. § 3 öStPO) Überprüfungen in diese Richtung vornehmen und darf kein Machthaberverfahren durchführen, solange die rechtswirksame Vertretung des Beschuldigten nicht zweifelsfrei vorliegt. Inwieweit im hier diskutierten Fall beim Beschuldigten eine hinreichende Handlungsfähigkeit zur Machthaberbestellung vorhanden war, kann aus der Distanz nicht beurteilt werden. Es ist nur zu hoffen, dass sich das Gericht mit dieser Frage hinreichend auseinandergesetzt hat und zweifelsfrei vom Vorliegen einer rechtmäßigen Machthaberbestellung ausgegangen ist. Ansonsten hätte es mit der Durchführung der Hauptverhandlung solange zuwarten müssen, bis eine rechtswirksame Machthaberbestellung vorliegt.

#### IV. Die Zulässigkeit von Prozessabsprachen in Österreich

Aufgrund des Ergebnisses im Verfahren gegen Herrn Althaus wurde hinter vorgehaltener Hand vermutet, dass es hier eine Prozessabsprache gab. Dass nicht offen darüber spekuliert wird, hängt zum Teil damit zusammen, dass verfahrensbeendende Prozessabsprachen nach geltender österreichischer Rechtslage von Vertretern der Rechtsprechung pauschal als unzulässig betrachtet werden.<sup>10</sup> Der OGH hat sich in einer neueren Entscheidung, in der der Angeklagte in seiner Nichtigkeitbeschwerde eine Absprache zwischen Richter und Verteidiger dahingehend erwähnte, dass eine bestimmte Stra-

fe für den Fall eines Geständnisses in Aussicht gestellt wurde, zu einer „grundsätzlichen Bemerkung“ veranlasst gesehen. Demnach ist eine derartige Absprache „wegen des eklatanten Widerspruchs zu den tragenden Grundprinzipien des österreichischen Strafverfahrensrechts, namentlich jenem der – ein Kontrahieren des Gerichts mit (mutmaßlichen) Rechtsbrechern ausschließenden – Erforschung der materiellen Wahrheit, prinzipiell abzulehnen“, wobei dies durch die Betonung „disziplinärer (§ 57 öRDG<sup>11</sup>) und strafrechtlicher Verantwortlichkeit (§ 302 öStGB)“ der Beteiligten für den Fall einer solchen Absprache noch unterstrichen wird.<sup>12</sup> Dennoch berichten Praktiker immer wieder davon, dass verfahrensbeendende Prozessabsprachen stattfinden würden.<sup>13</sup> In der wissenschaftlichen Literatur wird zum Teil die Zulässigkeit von Prozessabsprachen gefordert, selbstverständlich unter der Prämisse, dass keiner der professionellen Verfahrensbeteiligten den Angeklagten durch Druckausübung, insbesondere durch Androhung einer strengeren Strafe, zu einer Absprache drängen dürfe.<sup>14</sup>

Nun ist bei dieser Rechtslage leicht nachvollziehbar, dass keiner der Verfahrensbeteiligten in der Causa Althaus eine Verfahrensabsprache zugeben und niemand den Beteiligten eine solche offen unterstellen will. Ein Eilverfahren wie im vorliegenden Fall braucht aber eine bestimmte Kommunikation, um überhaupt durchgeführt werden zu können, zumal es kein formelles Antragsrecht auf Durchführung eines solchen Verfahrens gibt, sondern – wie bereits ausgeführt – ein Verzicht des Angeklagten auf die Vorbereitungszeit erforderlich ist (vgl. § 455 Abs. 1 öStPO). Weiters wird sich der Beschuldigte bzw. sein Machthaber nur dann auf ein solches Verfahren einlassen, wenn er sich ziemlich sicher ist, dass der Ankläger keine Vernehmung von Zeugen beantragt, sondern mit einer Verlesung der Protokolle aus dem Ermittlungsverfahren einverstanden ist (§ 447 i.V.m. § 252 Abs. 1 Ziff. 4 öStPO), weil ansonsten das Verfahren erst recht vertagt werden und sich in die Länge ziehen würde. Und im Zusammenhang mit diesen Möglichkeiten ist auch die dargestellte ablehnende Position der Judikatur zu Prozessabsprachen insofern zu

<sup>11</sup> Richter- und Staatsanwaltschaftsdienstrechtsgesetz, BGBl. 305/1961.

<sup>12</sup> OGH 11 Os 77/04 = EvBl. 2005/64 = JBl. 2005, 127 (RIS-Justiz RS0119311).

<sup>13</sup> Siehe etwa *Soyer*, Der Vergleich im gerichtlichen (Finanz-) Strafverfahren aus der Sicht des Verteidigers, in: *Leitner* (Hrsg.), *Finanzstrafrecht 1996-2002*, 2006, S. 764 und 783. Auch seitens der Justiz wird eingeräumt, dass Prozessabsprachen „bedauerlicher Weise in der Praxis immer wieder gesetzwidrig vorkommen“ (*Danek*, in: *Fuchs/Ratz* [Fn. 8], 26. Lfg., 2004, Vor §§ 228-279 Rn. 17; s. auch *ders.*, in: *Fuchs/Ratz* [Fn. 8], 13. Lfg., 2002, § 220 Rn. 7).

<sup>14</sup> Siehe etwa *Moos*, Absprachen im Strafprozess, RZ 2004, 56 f; *Bertel*, in: *Soyer* (Hrsg.), *Strafverteidigung – Realität und Vision. 1. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Wien, 21./22. März 2003*, S. 9 (14); *Medigovic*, in: *Soyer* (Hrsg.), *Strafverteidigung – Realität und Vision. 3. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Graz, 11./12. März 2005*, S. 126 (139 ff.).

<sup>9</sup> Die zentrale Bedeutung der EMRK für das österreichische Strafverfahren ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, dass sie in Österreich in formellem Verfassungsrang steht und somit wesentlicher Teil eines nicht in abgeschlossener Form vorhandenen Grundrechtskatalogs ist.

<sup>10</sup> *Markel*, in: *Fuchs/Ratz* (Fn. 8), 8. Lfg., 2002, § 1 Rn. 6; *Ratz*, Welche Veränderungen des Rechtsmittelverfahrens gegen Urteile erfordert das Strafprozessreformgesetz?, in: *Festschrift für Roland Miklau*, 2006, S. 416 ff; *Danek*, in: *Fuchs/Ratz* (Fn. 8), 13. Lfg., 2002, Vor § 220 Rn. 9 und § 220 Rn. 7; *ders.*, in: *Fuchs/Ratz* (Fn. 8), 26. Lfg., 2004, Vor §§ 228-279 Rn. 17 und § 232 Rn. 6.

relativieren, als sie durchaus prozessleitende Absprachen, die der Verfahrensgestaltung dienen und nicht als Ziel die Einigung über den Schuldspruch bzw. die zu erwartenden Sanktionen haben, als nicht von vornherein unzulässig ansieht. So lange diese Absprachen primär dem Grundsatz der Prozessökonomie folgen und die anderen Verfahrensgrundsätze, vorwiegend das Prinzip der materiellen Wahrheit und das Legalitätsprinzip, nicht untergraben, werden sie mit Recht für unbedenklich gehalten.<sup>15</sup>

Für die Zulässigkeit einer Prozessabsprache in der Causa Althaus wäre somit unabdingbare Voraussetzung, dass das Zugeständnis für das Eilverfahren auf der einen Seite nicht mit der Forderung nach Akzeptanz einer unangemessenen hohen Strafe verbunden war. Einen solchen Zusammenhang kann freilich ein externer Beobachter nicht behaupten, wenn die am Verfahren Beteiligten dies in Abrede stellen oder sich gar nicht dazu äußern. Es fällt allerdings schon auf, dass die konkret verhängte Geldstrafe im Ausmaß von 180 Tagessätzen, die einer Freiheitsstrafe von drei Monaten entspricht (vgl. § 19 Abs. 3 öStGB), relativ hoch ausgefallen ist. Sie beträgt exakt ein Viertel der maximal zulässigen Freiheitsstrafe von einem Jahr (vgl. § 80 öStGB), was angesichts der jedenfalls vorliegenden besonderen Milderungsgründe (vgl. § 34 öStGB) bisheriger ordentlicher Lebenswandel (Ziff. 2), Bemühen um Schadensgutmachung (Ziff. 15), reumütiges Geständnis (Ziff. 17) sowie beträchtliche eigene Körperverletzung (Ziff. 19) überrascht, zumal der in Rede stehende Fahrlässigkeitsvorwurf auch nicht als überdurchschnittlich schwer anzusehen ist. Dieser Eindruck wird noch dadurch verschärft, dass die Nachsicht des Vollzugs der ganzen oder eines Teils der Geldstrafe (§§ 43, 43a Abs. 1 öStGB), deren Zulässigkeit sich wie bei der Freiheitsstrafe ausschließlich an spezial- oder generalpräventiven Überlegungen zu orientieren hat, ohne nähere Begründung verweigert wurde. Dies hat möglicherweise seinen Grund darin, dass dadurch einem deutschen Politiker die mit einer solchen bedingten Vollzugsnachsicht zwingend anzuordnende Bewährungszeit von mindestens einem und höchstens drei Jahren (vgl. § 43 Abs. 1 öStGB) erspart werden sollte. Die Strafe ist aber nicht unangemessen hoch ausgefallen. Dies zeigt sich etwa darin, dass es sich zwar um eine „Vorstrafe“ handelt, diese jedoch in einer Strafregisterauskunft (Führungszeugnis) nicht aufscheint, sondern nur für die Strafverfolgungsbehörden einsehbar ist (vgl. § 6 öTilG).<sup>16</sup> Betrachtet man diese relativ strenge Sanktion, ist jedenfalls der Eindruck nicht von der Hand zu weisen, dass der unmittelbar nach dem Urteil seitens des Machthabers erklärte Rechtsmittelverzicht trotz der relativ hohen Strafe Teil eines abgesprochenen Ganzen war, was nach der zitierten Judikatur des OGH unzulässig wäre.

<sup>15</sup> Z.B. *Tipold*, Absprachen im Strafprozess, in: *Archivum Iuridicum Cracoviense*, Vol XXXI-XXXII (1998-1999), 1999, 169 (187); *Soyer*, in: *Leitner* (Fn. 13), S. 768 und 770; *Ratz*, in: *Leitner* (Fn. 8), S. 798 ff.; *Moos*, RZ 2004, 57; *Markel*, in: *Fuchs/Ratz* (Fn. 8), 8. Lfg., 2002, § 1 Rn. 6.

<sup>16</sup> Der Inhalt dieser Regelung entspricht der für Deutschland geltenden Rechtslage; siehe dazu insbesondere die §§ 32, 54, 56 BZRG.

## V. Der Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit zur Kontrolle der Justiz

Zuletzt möchte ich noch auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (vgl. Art. 90 Abs. 1 B-VG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 12 Abs. 1 öStPO) eingehen, der im vorliegenden Verfahren gegen Herrn Althaus durch das Eilverfahren faktisch eingeschränkt wurde. Hinter dem Grundsatz der Volksöffentlichkeit der Hauptverhandlung steht die Idee, dass das Volk eine Kontrolle über das Handeln der Justiz ausüben können soll.<sup>17</sup> Zum Schutz des Angeklagten und allfälliger Opfer oder Zeugen besteht in engen Grenzen die Möglichkeit, die Volksöffentlichkeit von der Verhandlung auszuschließen. Die Verkündung des Urteils hat aber in jedem Fall öffentlich zu erfolgen (§ 447 i.V.m. § 229 öStPO; s. dazu auch Art. 6 Abs. 1 EMRK). Dieser Ausschluss der Volksöffentlichkeit bedarf nicht unbedingt eines Antrags eines Verfahrensbeteiligten, sondern kann auch von Amts wegen erfolgen. Erfolgt der Ausschluss unberechtigt, ist das Verfahren mit Nichtigkeit behaftet (§ 447 i.V.m. § 228; § 468 Abs. 1 Ziff. 3 öStPO).

Im vorliegenden Fall lag keiner der in § 229 öStPO genannten Gründe für einen Ausschluss der Öffentlichkeit vor. Weder war die öffentliche Ordnung gefährdet noch ging es um den Schutz der Identität von Zeugen. Insofern wäre es höchstens zulässig gewesen, die Öffentlichkeit vor der Erörterung des persönlichen Lebensbereichs des Angeklagten oder des Opfers auszuschließen (vgl. § 229 Abs. 1 Ziff. 2 öStPO), nicht jedoch von der gesamten Hauptverhandlung. Ein diesbezüglicher Ausschluss wäre ein wesentlicher Verfahrensfehler gewesen, der bei entsprechender Rüge zur Aufhebung des Urteils geführt hätte. Die Problematik wurde dadurch umgangen, dass es formal betrachtet im Verfahren gegen Herrn Althaus auch keinen Ausschluss der Öffentlichkeit gab. Die Volksöffentlichkeit war nur faktisch dadurch wesentlich eingeschränkt, dass die Hauptverhandlung so kurzfristig angesetzt wurde, sodass es vielen Interessierten nicht möglich war, als Zuhörer anwesend zu sein. Angesichts des großen öffentlichen Interesses an diesem Fall wäre bei materieller Betrachtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes die gegenteilige Vorgehensweise angebracht gewesen: ein absolut faires Verfahren vor den Augen der Öffentlichkeit, in dem der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs des Angeklagten bzw. des Opfers und seiner Angehöriger dadurch gewährleistet wird, dass es allenfalls punktuell zu einem Ausschluss der Öffentlichkeit kommt. Die Justiz hatte es nicht Not, durch die kurzfristige Anberaumung der Hauptverhandlung dem Verfahren einen großen Teil seiner Transparenz zu nehmen. Dem Verfahren haftet somit der Geruch an, dass vieles im Hinterzimmer des Gerichts vereinbart wurde und die Justiz offenbar etwas verbergen wollte.

Dass die größtmögliche Transparenz in einem Verfahren wie dem gegen Herrn Althaus angebracht war, folgt schließlich auch aus der begangenen strafbaren Handlung (fahrlässige Tötung nach § 80 öStGB). Um der Volksöffentlichkeit grundsätzlich die Möglichkeit zu geben, in einer Hauptver-

<sup>17</sup> Siehe dazu etwa die Materialien zu § 12 öStPO, EBRV Nr. 25 BlgNR XXII. GP 35 f.

handlung wegen einer Tat, die zum Tod eines Menschen geführt hat, anwesend zu sein, wurden strafbare Handlungen mit Todesfolge generell von der Möglichkeit diversioneller Verfahrenserledigung<sup>18</sup> ausgeschlossen (vgl. § 198 Abs. 2 Ziff. 3 öStPO). Der Platz deren Aufarbeitung ist die öffentliche Hauptverhandlung. „Geheimverfahren“ untergraben diese Wertung des Gesetzgebers und verletzen daher das Prinzip der Sichtbarkeit der Justiz. Sie sind eines demokratischen Rechtsstaates unwürdig, weil dadurch auch das Prinzip der Gleichheit verletzt wird.

### VI. Fazit

Zusammenfassend lässt sich zum Eilverfahren in der Strafsache gegen Herrn Althaus festhalten, dass das Eilverfahren zwar an sich zulässig war, die Vertretung durch einen Machthaber angesichts des Umstands, dass die materielle Wahrheit möglicherweise noch nicht hinreichend ausermittelt war und es an der Prozessfähigkeit des Angeklagten offenbar fehlte, aber Bedenken hervorruft. Insgesamt besteht weiter der Eindruck, dass hinter dem gewählten Vorgehen eine Prozessabsprache stand, deren Zulässigkeit die österreichische Rechtsprechung ansonsten stets in Frage stellt. Schließlich ist der gewählte Weg, durch das Eilverfahren einen großen Teil der interessierten Öffentlichkeit faktisch von der Hauptverhandlung auszuschließen, unter rechtsstaatlichen und demokratiepolitischen Gesichtspunkten bedenklich.

Zum Schluss soll nicht verschwiegen werden, dass sich die angeführten Bedenken auf die zurzeit geltende StPO stützen. Es gibt durchaus nachvollziehbare Gründe, die das konkret durchgeführte Verfahren und das gefundene Ergebnis als vernünftig erscheinen lassen. Dass Verfahren rasch beendet werden sollen, ist Teil des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Dass dazu auch verfahrensgestaltende Absprachen beitragen können, ist vernünftig. Insofern sollte die höchstrichterliche Judikatur sich nicht derart rigoros gegen Absprachen stellen, sondern an einem konstruktiven Diskussionsprozess mitwirken. Auch über erleichterte Ausschlussmöglichkeiten der Öffentlichkeit in bezirksgerichtlichen Verfahren zum besseren Schutz der Persönlichkeitsrechte von Angeklagten und Opfern sollte nachgedacht werden. Nichtsdestotrotz handelt es sich hier um Zukunftsmusik, die mit der geltenden öStPO noch schwer vereinbar ist. Und wenn eine solche Sonderbehandlung nicht alle Menschen bekommen, die in vergleichbaren Fällen vor Gericht stehen, entsteht der Eindruck, dass es sich bestimmte prominente Personen „irgendwie richten können“. Dass sich daran berechtigte Kritik entzündet, liegt auf der Hand. Insofern verwundert es, dass sich die österreichische Justiz auf das beschriebene Vorgehen im Verfahren gegen Herrn Althaus eingelassen hatte, weil nun dem Verfahren der Geruch der unsachlichen Privilegierung anhaftet. Aufgrund des in vielen Punkten gefundenen vernünftigen Ergebnisses sollte die Causa Althaus jedoch Anstoß für Re-

formüberlegungen sein, wie z.B. der Einführung eines formellen Antragsrechts auf Durchführung von Eilverfahren oder vielleicht auch einer Erweiterung des Ausschlusses der Öffentlichkeit unter dem Gesichtspunkt des verstärkten Persönlichkeitsschutzes von Angeklagten und/oder Opfern. Diese Verfahrenserleichterungen sollen allen Menschen zukommen, die in die Mühlen der Justiz geraten, und nicht nur bestimmten Personen, die durch einen guten Anwalt vertreten sind, und es sich dadurch irgendwie richten können.

---

<sup>18</sup> Das mit „Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)“ bezeichnete Vorgehen (vgl. §§ 198 ff. öStPO) meint eine Verfahrenseinstellung nach Erfüllung sanktionersetzender Begleitmaßnahmen und entspricht in etwa den in § 153d dStPO vorgesehenen Möglichkeiten.

# Aus Wissenschaft und Praxis: Bemerkungen zum Blitzverfahren gegen Dieter Althaus

Von Prof. Dr. Klaus Schwaighofer, Innsbruck

## I. Einleitung

Am Dienstag, den 3.3.2009 wurde der Ministerpräsident Thüringens Dieter Althaus wegen seines tödlichen Schiunfalls in der Steiermark vom Bezirksgericht Irnding in einem Blitzverfahren wegen fahrlässiger Tötung (§ 80 öStGB) zu einer unbedingten Geldstrafe von 33.300,- € (180 Tagessätze à 185 €) sowie zur Zahlung eines Teilschmerzensgeldes von 5.000,- € an den Ehegatten des Unfallopfers verurteilt. Das Besondere daran: Nur einen Tag nach Erhebung der Anklage am Montag, den 2.3.2009, wurde bereits (auf Antrag des Verteidigers) die Hauptverhandlung durchgeführt und – nach einer 32-minütigen Hauptverhandlung – das Urteil gefällt.

Die Geschwindigkeit dieses Prozesses ist bemerkenswert und hat aus diesem Grund auch zu einigen Irritationen und kritischen Stellungnahmen in der Fachwelt geführt. Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob dieses Eilverfahren mit den Bestimmungen der österreichischen StPO vereinbar war; anschließend wird noch kurz auf die Sanktionierung und die damit verbundene Eintragung in das Strafregister eingegangen.

## II. Zur Vereinbarkeit des Schnellverfahrens mit der öStPO

§ 451 Abs. 3 öStPO kennt ein Schnellverfahren: Diese Spezialbestimmung (nur) für das bezirksgerichtliche Verfahren ermöglicht die sofortige Durchführung einer Hauptverhandlung, wenn dem Richter der Beschuldigte vorgeführt wird und er die ihm zur Last gelegte Tat gesteht oder wenn Ankläger und Beschuldigter zugleich vor dem Richter erscheinen, alle Beweismittel für die Anklage und Verteidigung zur Hand sind und die Zustimmung des Beschuldigten zur sofortigen Durchführung der Verhandlung und Urteilsfällung vorliegt.

Das Gesetz denkt hier an Fälle, wo der Sachverhalt völlig klar ist, insbesondere ein ausländischer Beschuldigter und vielleicht auch noch im Ausland wohnhafte Zeugen im Begriff sind, wieder zurück in ihre (fernere) Heimat zu reisen und die Durchführung der Hauptverhandlung hier in Österreich für alle Beteiligten sehr aufwändig (weite Anreise bzw. langwierige Rechtshilfeersuchen), vielleicht überhaupt zum Scheitern verurteilt wäre. Dann erhebt die Staatsanwaltschaft (die im österreichischen bezirksgerichtlichen Verfahren durch sog. „Bezirksanwälte“ vertreten wird) sehr rasch nach der Tatbegehung die Anklage, um eine rasche Durchführung der Hauptverhandlung zu ermöglichen. In der Regel ist dieses Schnellverfahren freilich deshalb nicht möglich, weil der Sachverhalt noch nicht ausreichend geklärt ist und nicht alle Beweismittel verfügbar sind. So schreibt beispielsweise der frühere Innsbrucker Oberstaatsanwalt Rainer im österreichischen Großkommentar zur StPO<sup>1</sup> von diesen „wohl seltenen Fällen“. Im vorliegenden Fall war eine rasche Anklageerhebung nicht möglich, weil der genaue Unfallhergang erst

durch Zeugen und ein Sachverständigengutachten ermittelt werden musste.

Außerdem verlangt § 451 Abs. 3 öStPO aus nahe liegenden Gründen die Anwesenheit des Beschuldigten; Herr Althaus war aber (da noch in Rehabilitation) abwesend. Wenn der Angeklagte ohnehin nicht an der Hauptverhandlung teilnehmen kann oder will, gibt es aus prozessualer Sicht keinen vernünftigen Grund zu besonderer Eile. Eben deshalb sprach der Wiener Rechtsanwalt und Grazer Professor *Soyer* auch in seiner ersten Stellungnahme zutreffend von einer „in Österreich keineswegs üblichen Vorgangsweise“ und meinte, es sei eine Verfahrensbestimmung angewendet worden, die für ganz andere Fälle geschaffen wurde.<sup>2</sup>

Demnach konnte das Blitzverfahren in Abwesenheit des Angeklagten jedenfalls nicht allein auf § 451 Abs. 3 öStPO gestützt werden. Nun kennt die öStPO aber noch weitere Bestimmungen, die ausnahmsweise eine Verhandlung ohne Teilnahme des Angeklagten ermöglichen: § 455 öStPO, eine weitere Spezialbestimmung für das Verfahren vor den Bezirksgerichten, lässt es zu, dass ein Verteidiger als Machthaber an Stelle des Angeklagten auftritt und diesen sozusagen ersetzt. Der Machthaber vertritt den Angeklagten sogar in seiner Aussage, allerdings kann das Gericht auf der persönlichen Anwesenheit des Angeklagten bestehen, wenn dies für eine befriedigende Aufklärung des Sachverhalts notwendig ist.

Nach herrschender Auffassung setzt eine Verhandlung mit einem Machthaber an Stelle des Angeklagten allerdings wie jede andere Verhandlung dessen persönliche Ladung voraus.<sup>3</sup> Das ergibt sich auch aus § 455 Abs. 1 öStPO, auf den sich § 455 Abs. 2 öStPO bezieht und der von der Ladung des Angeklagten und der gebotenen Vorbereitungsfrist für die Hauptverhandlung spricht. Lediglich bei einem Schnellverfahren nach § 451 Abs. 3 öStPO kann der anwesende Angeklagte auf die persönliche Ladung zu eigenen Händen verzichten. Der Machthaber vertritt den Angeklagten aber nur in der Hauptverhandlung (§ 455 Abs. 3 öStPO) und kann deshalb nicht vorab für ihn auf dessen Ladung verzichten.

Herr Althaus wurde zweifellos nicht förmlich dem Gesetz entsprechend geladen; das war schon technisch gar nicht möglich, da zwischen Anberaumung und Durchführung der Hauptverhandlung ja nur etwa drei Stunden lagen. Er hatte

<sup>2</sup> Siehe etwa FAZ, 5.3.2009, S. 4.

<sup>3</sup> § 83 Abs. 4 öStPO; *Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung, Kurzkommentar, 10. Aufl. 2008, § 83 Rn. 6; siehe weiter *Rainer* (Fn. 1), § 455 Rn. 3: Die Kommentierung bezieht sich zwar noch auf die alte Rechtslage vor dem 1.1.2008, aber die Neufassung hat in dieser Hinsicht keine Änderung gebracht, sodass die Aussagen weiter Gültigkeit haben. Die einzige inhaltliche Neuerung in § 455 öStPO besteht darin, dass nur mehr Verteidiger als Machthaber auftreten können, während nach alter Rechtslage auch andere Personen bevollmächtigt werden konnten.

<sup>1</sup> *Rainer*, in: Fuchs/Ratz (Hrsg.), StPO, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung, 12. Lfg., 2002, § 451 Rn. 17.

zwar mit Sicherheit über seinen Verteidiger Kenntnis von der sofort anberaumten Hauptverhandlung und war damit einverstanden, dass die Verhandlung ohne förmliche persönliche Ladung und ohne ihn nur in Gegenwart seines Verteidigers als Machthaber stattfindet; aber ein Ladungsverzicht wird nach einhelliger Auffassung in Lehre und Rechtsprechung nur bei Vertagungen einer bereits begonnenen Hauptverhandlung für zulässig erachtet, nicht hingegen für die erste Verhandlung.<sup>4</sup> Insofern war die Vorgangsweise des Gerichts nicht gesetzeskonform.

Ein weiterer diskussionswürdiger Punkt ist der Umstand, dass das Schnellverfahren in Abwesenheit von Herrn Althaus durchgeführt wurde, ohne dass dieser im Ermittlungsverfahren bisher förmlich vernommen wurde, weil er dazu offenbar gesundheitlich bisher nicht in der Lage war. Eine zentrale Voraussetzung für die Durchführung eines Abwesenheitsverfahrens (§ 427 Abs. 1 öStPO) ist neben der persönlichen Zustellung der Ladung und der geringeren Schwere der Tat,<sup>5</sup> dass der Angeklagte gemäß §§ 164 oder 165 öStPO zum Anklagevorwurf vernommen wurde. Zu Beginn einer solchen Vernehmung wird der Beschuldigte über die ihm angelastete Tat informiert und u.a. auf sein Recht zur Verweigerung der Aussage hingewiesen. Hier stellt sich nun die Frage, ob diese Voraussetzung eines Abwesenheitsverfahrens auch auf den Sonderfall des § 455 Abs. 2 öStPO anzuwenden ist, wenn der Angeklagte durch einen Machthaber vertreten wird. Es gibt Stimmen, die die Vernehmung des Angeklagten auch in diesem Fall für die Ermittlung der Wahrheit für unumgänglich halten.<sup>6</sup>

Andererseits legte Herr Althaus über seinen Verteidiger eine schriftliche Stellungnahme vor, wonach er sich an den Unfall selbst nicht mehr erinnern könne, aber grundsätzlich die Verantwortung für den tödlichen Unfall übernehme, sodass das rechtliche Gehör auf diese Weise gewährt wurde; und über seine Rechte als Beschuldigter (nicht aussagen zu müssen) wusste Herr Althaus gewiss auch Bescheid. Eine förmliche Vernehmung hätte kaum mehr oder etwas anderes erbracht, weshalb die persönliche Anwesenheit des Angeklagten vom Gericht auch nicht für nötig erachtet wurde. Mit Rücksicht auf die Tatsache, dass § 455 Abs. 2 öStPO die förmliche Vernehmung nicht ausdrücklich verlangt und Herr Althaus auf sein Recht auf persönliche Anhörung (zumindest konkludent) verzichtet hat, kann insofern meines Erachtens keine Gesetzeswidrigkeit erblickt werden. Ergänzend ist freilich darauf hinzuweisen, dass sich die prozessuale Situation beim Ausbleiben des Angeklagten auch sonst oft so darstellt, dass mit höchster Wahrscheinlichkeit von einer förmlichen

Vernehmung für die Ermittlung der Wahrheit nichts oder nicht mehr zu erwarten wäre, und dennoch lässt das Gesetz ein Abwesenheitsverfahren nach § 427 öStPO nicht zu.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Vorgangsweise des Gerichts, die beiden Sonderbestimmungen der §§ 451 Abs. 3 und 455 Abs. 2 öStPO zu kombinieren und ohne persönliche Ladung und Vernehmung des Angeklagten in einem Eilverfahren über die Anklage zu entscheiden, rechtlich zumindest bedenklich war, auch wenn die Interessen des Angeklagten (und auch des Opfers) dadurch nicht beeinträchtigt wurden.

Ungewöhnlich war die Vorgangsweise aber auf jeden Fall. Das Schnellverfahren war wohl doch ein Entgegenkommen für den prominenten Angeklagten, der großes Interesse daran hatte, dass die Sache im Hinblick auf bevorstehende politische Entscheidungen möglichst bald erledigt ist.

Dass der Antrag der Verteidigung, die Hauptverhandlung sofort durchzuführen, auch bei der österreichischen Justiz auf offene Ohren gestoßen ist, ist verständlich, weil man sich dadurch einen großen Medienrummel erspart hat, der unangenehm und zeitraubend ist.

### III. Zum Strafausmaß

Das Urteil ist im Ergebnis tendenziell eher streng ausgefallen. Das Gesetz sieht für fahrlässige Tötung nach § 80 öStGB als Strafraum Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr vor. Statt auf eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als sechs Monaten hat das Gericht eine Geldstrafe von höchstens 360 Tagessätzen zu verhängen, sofern das spezial- und generalpräventiv vertretbar ist (§ 37 öStGB).

In Anbetracht der Unbescholtenheit von Herrn Althaus war die Verhängung einer Geldstrafe geradezu selbstverständlich. Die Zahl der Tagessätze ist mit 180 (genau in der Mitte des Strafraums für die zu verhängende Geldstrafe) zwar noch angemessen, aber eher hoch. Auch wenn man ein nicht eben geringfügiges schifahrerisches Fehlverhalten annimmt, so ist doch die eigene schwere Verletzung von Herrn Althaus als gewichtiger Milderungsgrund in Rechnung zu stellen.

Dass die Geldstrafe zur Gänze unbedingt verhängt wurde, liegt zwar statistisch auf ganz Österreich bezogen im Rahmen des Üblichen,<sup>7</sup> aus der Sicht eines in Westösterreich beheimateten Strafrechtlers ist aber auch darin eine besondere Strenge zu sehen.<sup>8</sup> Nach § 43 öStGB hat das Gericht eine

<sup>4</sup> *Danek*, in: Fuchs/Ratz (Fn. 1), § 221 Rn. 14; *Jerabek*, in: Fuchs/Ratz (Fn. 1), § 427 Rn. 9; *Rainer* (Fn. 1), § 454 Rn. 6; § 459 Rn. 4; SSt 4/108; SSt 48/74; SSt 58/3; OGH 14 Os 152/02; JSt 2003/13 (jeweils zur Rechtslage vor 1.1.2008, aber mit aktueller Gültigkeit).

<sup>5</sup> Es darf sich nur um ein Vergehen handeln, d.h. entweder um eine Fahrlässigkeitstat oder um eine Vorsatztat, die mit nicht mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist (§ 17 öStGB).

<sup>6</sup> *Birklbauer*, Der Standard, 5.3.2009, S. 31.

<sup>7</sup> Von den 193 nicht vorbestraften Personen, die in Österreich im Jahr 2007 nach § 80 öStGB verurteilt wurden, erhielten 8 % eine bedingte Geldstrafe, 11 % eine teilbedingte Geldstrafe, 56 % eine rein unbedingte Geldstrafe, 2 % die Kombination aus bedingter Freiheitsstrafe und unbedingter Geldstrafe (§ 43a Abs. 2 öStGB) und 22 % eine bedingte Freiheitsstrafe; Gerichtliche Kriminalstatistik 2007, S. 120 f.

<sup>8</sup> Es gibt in Österreich ein sanktionsrechtliches Ost-West-Gefälle: Tendenziell sind die Gerichte in den OLG-Sprengeln Wien und Graz strenger als die Gerichte in den OLG-Sprengeln Linz und Innsbruck. Besonders deutlich wird dieses Gefälle bei der Anwendung der bedingten Nachsicht bei Geldstrafen (s. etwa *Burgstaller/Császár*, ÖJZ 1985, 1, 43;

Geldstrafe zur Gänze bedingt nachzusehen,<sup>9</sup> sofern es nicht der (teilweisen) Vollstreckung bedarf, um den Verurteilten oder andere vor der Begehung strafbarer Handlungen abzuhalten.<sup>10</sup> Sind diese Voraussetzungen nicht für die gesamte Geldstrafe gegeben, ist wenigstens ein Teil der Geldstrafe nach § 43a Abs. 1 öStGB bedingt nachzusehen. In Westösterreich hätte ein Angeklagter in einem gleichartigen Fall mit hoher Wahrscheinlichkeit eine niedrigere Geldstrafe (ca. 120 Tagessätze) erhalten, und sie wäre überdies vermutlich zur Gänze oder zumindest teilweise bedingt nachgesehen worden.

#### IV. Ist Herr Althaus durch diese Verurteilung vorbestraft?

Widersprüchliche Meldungen gab es in den Medien zur Frage, ob Herr Althaus im Falle der Rechtskraft des Urteils als vorbestraft gilt oder nicht.

Die Antwort darauf lautet aus österreichischer wie aus deutscher Sicht eindeutig: Ja. Jede rechtskräftige Verurteilung durch ein österreichisches Gericht ist in das österreichische Strafregister aufzunehmen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 öStRegG). Gem. § 54 BundeszentralregisterG werden in das deutsche Bundeszentralregister auch ausländische rechtskräftige strafrechtliche Verurteilungen eingetragen, wenn der Verurteilte deutscher Staatsbürger oder in Deutschland wohnhaft ist und die Tat auch in Deutschland strafbar ist.<sup>11</sup> Geringfügige Verurteilungen zu einer Geldstrafe von nicht mehr als 90 Tagessätzen bzw. Freiheitsstrafe oder Strafarrest von nicht mehr als drei Monaten werden gem. § 32 Abs. 2 Nr. 5 BundeszentralregisterG nicht in das Führungszeugnis aufgenommen, an der Tatsache einer Vorstrafe ändert das aber nichts.

Diese Regelung entspricht weitgehend der österreichischen Rechtslage: Bei einer Geldstrafe von nicht mehr als 180 Tagessätzen oder einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als drei Monaten tritt in Österreich sofort mit Rechtskraft des Urteils die sogenannte „Beschränkung der Auskunft“ gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 des österreichischen Tilgungsgesetzes ein.<sup>12</sup> Das bedeutet, dass eine derartige Verurteilung in der „Strafregisterbescheinigung“ (§ 10 öStRegG) nicht aufscheint.<sup>13</sup> Den Strafverfolgungsbehörden wird hingegen volle Auskunft erteilt.

Fraglich könnte hier allenfalls sein, ob die in Österreich verhängte Geldstrafe von 180 Tagessätzen bzw. 90 Tage Ersatzfreiheitsstrafe unter § 32 Abs. 2 Nr. 5 Bundeszentralre-

gisterG fällt, da nach dieser Bestimmung die Geldstrafe ja 90 Tagessätze nicht übersteigen darf. Da in Österreich – anders als in Deutschland – der Umrechnungsschlüssel zwischen Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe zwei zu eins beträgt und die Ersatzfreiheitsstrafe dadurch 90 Tage nicht überschreitet,<sup>14</sup> dürfte Herrn Althaus die Begünstigung des § 32 Abs. 2 Nr. 5 BundeszentralregisterG wohl zugute kommen. Die Diskussion ist freilich eher müßig, weil ganz Deutschland von seiner Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung weiß.

---

*Hanak/Pilgram*, Der andere Sicherheitsbericht, Kriminalsoziologische Bibliografie, 1991, S. 101 ff.; *Hirtenlehner/Birklbauer*, JRP 2006, 287).

<sup>9</sup> Entspricht der deutschen Strafaussetzung zur Bewährung.

<sup>10</sup> Die Rechtsprechung legt bei der Gewährung der bedingten Nachsicht von Geldstrafen einen wesentlich strengeren Maßstab an als bei Freiheitsstrafen, weil die Abschreckungswirkung deutlich geringer sei; s. etwa *Jerabek*, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 44. Lfg, 2008, § 43 Rn. 25.

<sup>11</sup> Entsprechendes gilt umgekehrt nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 öStRegG.

<sup>12</sup> *Kert*, in: Fuchs/Ratz (Fn. 1), Tilgungsgesetz 1972, § 6 Rn. 22.

<sup>13</sup> *Kert* (Fn. 12), Strafregistergesetz 1968, § 10 Rn. 8.

---

<sup>14</sup> Zwei Tagessätze Geldstrafe entsprechen in Österreich einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe (§ 19 Abs. 3 öStGB).

# Der Grundsatz der Waffengleichheit und seine Bedeutung für das Ermittlungsverfahren in Polen – Staatsanwaltschaft und kontradiktorisches Vorverfahren

Von Oberstaatsanwalt **Zdzisław Brodzisz**, Wrocław, Polen\*

## I. Einführung

Die Notwendigkeit einer grundlegenden Umgestaltung des Strafprozessrechts, insbesondere der Vorschriften für das Ermittlungsverfahren, war in Polen schon in den frühen 90er Jahren unumstritten. Es ging sowohl um die verstärkte Kontrolle des Gerichts über diesen Verfahrensabschnitt als auch um eine Verstärkung der Rechte des Beschuldigten und des Verletzten.<sup>1</sup>

Als vor zehn Jahren die neue polnische Strafprozessordnung in Kraft trat, galt sie als modernes, europäische Standards berücksichtigendes Gesetzeswerk, das gleichzeitig der staatsanwaltschaftlichen Praxis wirksame Instrumente zur Verfolgung der Kriminalität in die Hand gab. Diese Erwartungen gingen, soweit es die Effektivität des neuen Rechts betrifft, allerdings nicht in vollem Umfang in Erfüllung.<sup>2</sup> Deshalb folgten zahlreiche Änderungen der Strafprozessordnung. Bei der Grobnovellierung von 2003 wurde ein Drittel aller Vorschriften den neuen Erkenntnissen angepasst.<sup>3</sup> Die Novelle legte ihren Schwerpunkt auf das Ermittlungsverfahren mit dem Ziel seiner Vereinfachung und Beschleunigung.<sup>4</sup>

Der immer wieder festgestellte Änderungsbedarf ist jedoch nicht in erster Linie auf von den *Verf.* der Vorschriften begangene Fehler zurückzuführen. Vor allem haben wir bisher in Polen nicht eindeutig die Frage beantwortet, welches Modell des Ermittlungsverfahrens wir anstreben sollen. Die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren als *dominus litoris* wird zwar nicht grundsätzlich in Frage gestellt, aber der Umfang der staatsanwaltschaftlichen Befugnisse wird heftig diskutiert. Die Tendenz deutet auf eine wachsende Rolle des Gerichts als Kontrollorgan.<sup>5</sup>

Von besonderer Bedeutung und sehr umstritten ist die Frage nach der Reichweite des Grundsatzes der Waffengleichheit im Ermittlungsverfahren. Den Zweck dieses Verfahrensabschnitts sieht das Gesetz in der Aufklärung, ob und wenn ja von wem und unter welchen Umständen eine Straftat begangen wurde, sowie gegebenenfalls in der Sicherung und Aufzeichnung der erforderlichen Beweise für das Gericht (Art. 297 § 1 polnische Strafprozessordnung). Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen schon in diesem, von der Staatsanwaltschaft dominierten Verfahrens-

stadium Waffengleichheit herrschen muss, obwohl es vorerst nur darum geht, ihre Entschließung darüber vorzubereiten, ob sie die öffentliche Klage erhebt oder nicht. Schließlich wird erst mit der Anklageerhebung das Stadium der kontradiktorischen Hauptverhandlung ermöglicht.<sup>6</sup>

Die Reformtätigkeiten des polnischen Gesetzgebers werden zurzeit von zusätzlichen Faktoren beeinflusst, nämlich durch die Rechtsakte der Europäischen Union (EU) sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und zunehmend auch des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).<sup>7</sup>

Die Richtung des Handelns der EU wird durch den 1999 in Tampere während des Gipfels des Europäischen Rates vereinbarten Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsentscheidungen in Strafsachen bestimmt.<sup>8</sup> Dieses Prinzip wurde zum „Eckstein“ der europäischen Zusammenarbeit in Strafsachen. Ergänzt wird es durch fortschreitende Angleichung der Rechtsregelungen im Bereich des formellen und materiellen Rechts sowie durch Verstärkung der Mechanismen europäischer Zusammenarbeit in Strafsachen.<sup>9</sup>

Mit Rücksicht auf die Rechte der Beteiligten des Strafverfahrens kommt den Aktivitäten der EU besondere Bedeutung zu, die auf Festlegung von gemeinsamen und hohen Prozessstandards im Sinne von Mindeststandards für die Mitgliedstaaten abzielen.

Von den bereits geltenden Rechtsakten der EU ist vor allem der Rahmenbeschluss betreffend die Stellung des Opfers im Strafverfahren zu erwähnen.<sup>10</sup> Derzeit wird an dem Entwurf des Rahmenbeschlusses des Rates betreffend prozessualer Rechte des Beschuldigten/Angeklagten im Strafverfahren gearbeitet.<sup>11</sup> In der Begründung der Kommission für den Beschlussentwurf wird betont, dass der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung der Gerichtsentscheidungen nur im Geiste des Vertrauens erfolgreich funktionieren könne, wenn nicht nur die Organe der Justiz, sondern alle am Strafverfahren Beteiligten die Gerichtsentscheidungen anderer Mitgliedstaaten

\* Oberstaatsanwalt an der Appellationsstaatsanwaltschaft Wrocław, Polen. *Anm. der Schriftleitung*: Die polnische Appellationsstaatsanwaltschaft entspricht einer deutschen Generalstaatsanwaltschaft.

<sup>1</sup> E. Weigend, in: Eser u.a. (Hrsg.), Strafprozessrechtsreform in Polen. Der Entwurf einer neuen Strafprozessordnung, Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1991, S. 34.

<sup>2</sup> Waltoś, PiP (Staat und Recht) 2003, 1.

<sup>3</sup> Dz.U./Gesetzblatt 2003, Nr. 17, Pos. 155.

<sup>4</sup> Waltoś, PiP (Staat und Recht) 2003, 1 (9 ff).

<sup>5</sup> Grajewski, in: Ministerium der Justiz (Hrsg.), Neue Strafkodifikation; Kurze Kommentare, 1998, S. 9 ff.

<sup>6</sup> Bienkowska, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 1998, Nr. 3, 8.

<sup>7</sup> Dies bezieht sich insbesondere auf Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf Grund Art. 54 des Durchführungsübereinkommens zum Übereinkommen von Schengen im Geltungsbereich des ne bis in idem Grundsatzes. Vgl. auch Paeffgen, ZStW 118 (2006), 356.

<sup>8</sup> Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, § 12 Rn. 48.

<sup>9</sup> Górski, Sakowicz, Bariery Prawne integracji europejskiej w sprawach karnych (Rechtsbarrieren europäischer Integration in Strafsachen), Centrum Europejskie Natolin Warszawa 2005, <http://www.wsisw.anatolin.edu.pl>.

<sup>10</sup> Rahmenbeschluss des Rates vom 15.3.2001 über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (2001/220/JI).

<sup>11</sup> Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der EU KOM(2004) 328 endgültig 2004/0113 (CNS).

als mit nationalen Entscheidungen gleichwertige wahrnehmen und die Kompetenz dieser Organe sowie die Wahrung des Rechts auf einen fairen Prozess in den anderen Mitgliedstaaten nicht in Frage stellen. Eine bedeutende Rolle fällt dabei der außerordentlich umfangreichen Rechtsprechung des EGMR zu.<sup>12</sup> Die von der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) garantierten Beschuldigtenrechte im Strafverfahren sorgen auf diese Weise für einen gemeinsamen europäischen Grundrechtstandard.

Dass die EU-Mitgliedstaaten auch Unterzeichnerstaaten der EMRK sind, gilt aber nicht immer als hinreichender Grund zu solchem gegenseitigen Vertrauen. Dafür spricht auch die zunehmende Zahl der beim EGMR eingehenden Beschwerden sowie dessen Rechtsprechung, die deutlich macht, dass die Konventionsvorschriften nicht immer eingehalten werden. Daher erscheint es notwendig, die Prozessgarantien für die Verfahrensbeteiligten in den nationalen Rechtsordnungen im europäischen Rahmen so weit wie möglich einander anzugleichen.<sup>13</sup>

## II. Die Bedeutung der EMRK für den heutigen polnischen Strafprozess

Im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte und der Prozessgarantien der Verfahrensbeteiligten kann die Strafgesetzgebung eines Staates in Europa heute vor allem an der Rechtsprechung des EGMR gemessen werden. Daher soll auf die Stellung der Menschenrechtskonvention unter anderen Rechtsquellen in Polen sowie auf die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR kurz eingegangen werden.

Die EMRK wurde 1993 von Polen ratifiziert. Seit dem 1.5.1993 besteht die Möglichkeit, Klage beim EGMR einzureichen.<sup>14</sup> Seitdem ist die Konvention ein Bestandteil der nationalen Rechtsordnung. Gemäß Art. 91 Abs. 2 der polnischen Verfassung genießt sie als internationaler Vertrag Vorrang vor dem nationalen Gesetz, sofern dieses Gesetz mit dem Vertrag nicht in Einklang zu bringen ist. Somit stellt die Konvention einen Rechtsakt dar, der seinerseits eher einer Verfassung als einem typischen internationalen Vertrag ähnelt.<sup>15</sup>

Nach Einschätzung des polnischen Richters des EGMR, *Leszek Garlicki*, ergibt sich der verfassungsähnliche Charakter der Konvention einerseits aus ihrem Inhalt, der sich auf die Bestimmung individueller Rechte und Freiheiten konzentriert, und andererseits aus den darin ebenfalls vorgesehenen Mechanismen zu ihrer Durchsetzung. Deren Ergebnis schlägt sich in der umfangreichen Straßburger Rechtsprechung nie-

der, welche die Konvention fortlaufend verbindlich interpretiert und auslegt.<sup>16</sup>

Die Verbindlichkeit der Entscheidungen des EGMR beschränkt sich nicht auf die entschiedene Sache, sondern erstreckt sich auf die Begründung des Urteils.<sup>17</sup>

Der EGMR vertritt dazu den Standpunkt, dass die Mitgliedstaaten nicht nur an den Inhalt der Konvention als internationaler Vertrag, sondern auch an die dazu ergangene Rechtsprechung gebunden sind.<sup>18</sup> Diese Auffassung wird in der Stellungnahme des Europäischen Parlaments über prozessuale Rechte im Strafverfahren geteilt.<sup>19</sup>

In Polen genießen die Entscheidungen des EGMR unbestritten Geltung. Sie üben auf die Rechtsprechung der Gerichte aller Instanzen bedeutenden Einfluss aus. Dies gilt insbesondere für die Urteile, in denen er zum Prinzip der Waffengleichheit Stellung nimmt.

Gleichwohl ist die Auswirkung dieses Grundsatzes auf den polnischen Strafprozess nicht eindeutig klar. In Polen (wie auch in Deutschland) findet man immerhin Lehrbücher renommierter Autoren zum Strafprozess, in denen der Begriff „Waffengleichheit“ überhaupt nicht auftaucht. Selbst in der Strafprozessordnung oder in anderen Strafgesetzen erscheint er nicht. In Frage gestellt wird die Beachtung des Prinzips der Waffengleichheit vor allem für das Vorverfahren.<sup>20</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach den Regeln des Inquisitionsprozesses führe, was ein kontradiktorisches Verfahren ausschließe, dessen Grundvoraussetzung die Gleichstellung der Parteien sei. Von einer solchen Gleichstellung könne aber keine Rede sein, wenn eine Partei – die Staatsanwaltschaft – Zwangsmaßnahmen gegen die andere Partei – den Beschuldigten – anordnen dürfe.<sup>21</sup>

Der Strafprozess in Polen entspricht der typischen Form des kontinentalen europäischen Rechts. Er ist kein Parteiprozess im angelsächsischen Sinn. Weder die Staatsanwaltschaft noch der Beschuldigte können über den Prozessgegenstand verfügen. Außerdem ist die Staatsanwaltschaft zur Objektivität verpflichtet. Sie hat auch die den Beschuldigten begünstigenden Umstände zu berücksichtigen. Völlig bedeutungslos bleibt in diesem Zusammenhang, dass der polnische Gesetzgeber – anders als es in der deutschen Strafprozessordnung der Fall ist – die Staatsanwaltschaft, den Beschuldigten und den Verletzten als Parteien des Gerichtsverfahrens bezeichnet. Im Vorverfahren sind der Verletzte sowie der Beschul-

<sup>16</sup> *Garlicki* (Fn. 15).

<sup>17</sup> *Waltoś*, *Proces Karny, Zarys Systemu* (Strafprozess, Grundriss des Systems), 4. Aufl. 1998, S. 572 ff.

<sup>18</sup> *Garlicki* (Fn. 15).

<sup>19</sup> Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der EU, COM/2004/0328-C6-0071/2004/-2004.0113/CNS/.

<sup>20</sup> *Murzynowski*, *Prok. i Pr.* (Staatsanwaltschaft und Recht) 1999, Nr. 5, 8.

<sup>21</sup> *Kmieciak*, in: *Kmieciak/Skrętowicz* (Hrsg.), *Proces Karny, część ogólna* (Strafprozess, Allgemeiner Teil), 3. Aufl. 2002, S. 88.

<sup>12</sup> *Ambos*, *ZStW* 115 (2003), 584; zur aktuellen Rspr. auch *ders.*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2008, § 10 Rn. 14 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *E. Weigend*, *PiP* (Staat und Recht) 2005, 20.

<sup>14</sup> *Dz.U./Gesetzblatt/* 1993, Nr.61, Pos. 286.

<sup>15</sup> *Garlicki*, in: *Stiftung Europäisches Recht* (Hrsg.), *Europäisches Recht in der Praxis*, Dezember 2005. In einigen Staaten wie Österreich, der Schweiz und Griechenland gilt die EMRK mit Verfassungsrang; vgl. hierzu *Hecker* (Fn.8), S. 91.

digte Partei, die Staatsanwaltschaft jedoch ist ein Prozesorgan, dem die Rechte der Partei zustehen, falls in diesem Verfahrensabschnitt Prozesshandlungen von dem Gericht durchgeführt werden (Art. 299 polnische StPO).

So wird auch vor dem Hintergrund der genannten skeptischen Stimmen weit überwiegend die Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit im polnischen Strafverfahren anerkannt. „Waffengleichheit“ sei vor allem als Prinzip der Gleichstellung der Parteien verstanden.<sup>22</sup> Es gehe um die Gleichheit der Ansprüche bei der Durchsetzung der jeweiligen Interessen und nicht um die Gleichheit der tatsächlichen Bedingungen in einer bestimmten Prozesssituation, also um eine rechtliche und keine wirkliche Gleichstellung.<sup>23</sup> Betont wird aber, dass auch im europäisch-kontinentalen Strafprozess kein fiktiver, sondern ein wirklicher, auf Interessengegensätzlichkeit beruhender Konflikt vorliege, in dem die verwickelten Parteien unmittelbar an dem Entscheidungsinhalt interessiert seien und es ihnen zustehen müsse, gegen den Gegner vorzugehen, so dass die Entscheidung möglichst günstig für sie ausfalle.<sup>24</sup>

Der Grundsatz der Waffengleichheit wird unter dem Einfluss der EMRK und vor allem der Rechtsprechung des EGMR als Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren (fair trial) verstanden.

Zum Grundsatz des fairen Verfahrens gehören darüber hinaus:

- die Wahrung des Rechts auf Verteidigung,
- die Fürsorgepflicht der Prozessorgane den Verfahrensbeteiligten, auch dem Beschuldigten gegenüber,
- die Entscheidung der Fälle in angemessener Frist.<sup>25</sup>

Der EGMR leitet das Prinzip der Waffengleichheit, das nicht ausdrücklich kodifiziert ist, aus Art. 6 EMRK her. Er nimmt an, dass die Vorschrift aus zwei Teilen besteht: Abs. 1 enthält den Grundsatz des fairen Verfahrens, Abs. 2 und 3 garantieren gewisse strafprozessuale Mindeststandards. Das Verhältnis zwischen den verschiedenen Teilen der Vorschrift beschrieb er schon in den 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts im Fall „Nielsen“: Art. 6 Abs.2 und 3 EMRK enthielten zwar bestimmte Rechte des Beschuldigten, die wesentliche Elemente des Allgemeinbegriffs „Fairness des Verfahrens“ darstellten. Jedoch sei selbst bei Wahrung aller in Art. 6 Abs. 2 und 3 EMRK gewährten Rechte die Fairness des Verfahrens noch nicht hinreichend gesichert. Dafür bedürfe es eines Zusammenspiels mit dem auslegungsbedürftigen allgemeinen Grundsatz in Art. 6 Abs. 1 EMRK. Diese Auffassung über das Verhältnis der in Art. 6 EMRK festgeschriebenen Pro-

zessgarantien bestätigte der EGMR in seiner späteren Rechtsprechung.<sup>26</sup>

Aufgrund einer Entscheidung des EGMR kann in Polen die Wiederaufnahme des Verfahrens in der diese Entscheidung betreffenden oder auch in einer anderen Sache erfolgen, jedoch ausschließlich zugunsten des Angeklagten (Art. 540 § 3 polnische StPO). Der EGMR kann aber auch selbst bestimmte Handlungen, darunter die Wiederaufnahme des Verfahrens, anordnen.<sup>27</sup>

Von besonderer praktischer Bedeutung sind die Auswirkungen einer Verletzung der Konvention im Bereich der im Verfahren gewonnenen Beweismittel. Die Rechtsprechung des EGMR ist insoweit kasuistisch. Sie berücksichtigt alle Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer Gesamtwürdigung. Eine Verletzung des Art. 6 EMRK durch eine Verurteilung sieht der EGMR, sofern die Entscheidung ausschließlich oder zu einem entscheidenden Teil auf einer konventionswidrig gewonnenen Zeugenaussage beruht und nicht auf weitere – rechtmäßig gewonnene – Beweismittel gestützt werden kann.<sup>28</sup>

Wesentlich radikaler ist in diesem Bereich der Standpunkt des Europäischen Parlaments, wie er in der legislativen Entscheidung vom 12.4.2005 dargelegt wird. Danach soll im Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren die Nichtigkeit aller Prozesshandlungen sowie der daraus folgenden prozessualen Maßnahmen in jeder Lage des Strafverfahrens vorgesehen werden, wenn die Prozesshandlungen unter Verletzung des Verteidigungsrechts des Beschuldigten durchgeführt worden sind.<sup>29</sup>

### III. Die Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit im Vorverfahren

#### 1. Die Verankerung des Grundsatzes der Waffengleichheit in der EMRK

Wie bereits erwähnt, gehört die Frage nach der Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit bereits im Vorverfahren zu den besonders kontroversen Themen. Die bejahenden Stimmen begleitet stets der Vorbehalt, dass sich Waffengleichheit nur auf die sogenannten Gerichtshandlungen im Vorverfahren beziehen könne, an denen die Staatsanwaltschaft nicht als verfahrensleitendes Staatsorgan, sondern als Verfahrensbeteiligte mit vollen Parteirechten beteiligt sei.

Zur Diskussion über die Rolle und Bedeutung der Problematik im polnischen Strafprozess hat die bereits früher zitierte Monographie von *Wąsek-Wiaderek* wesentlich beigetragen.<sup>30</sup> Die Autorin erfasst die Frage zutreffend, indem sie feststellt, wenn „der Herr“ des Vorverfahrens laut polnischen strafprozessualen Vorschriften der Staatsanwalt bleibe, so

<sup>22</sup> *Tylman*, in: Grzegorzcyk/Tylman (Hrsg.), *Polskie Postępowanie Karne* (Polnisches Strafverfahren), 2. Aufl. 1999, S. 110 ff.; *Wiliński*, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym* (Das Recht auf Verteidigung im polnischen Strafprozess), 2006, S. 230-233.

<sup>23</sup> *Tylman* (Fn. 22), S. 110.

<sup>24</sup> *Marszał*, *Proces Karny* (Strafprozess), 5. Aufl. 1998, S. 69.

<sup>25</sup> *Marszał* (Fn. 24), S.76; vgl. auch *Murzynowski*, *Prok. i Pr.* (Staatsanwaltschaft und Recht) 2001, Nr. 1, 7.

<sup>26</sup> *Wąsek-Wiaderek*, *Zasada równości stron w polskim procesie karnym w perspektywie prawnoporównawczej* (Prinzip der Gleichstellung der Parteien im polnischen Strafprozess aus rechtsvergleichender Sicht), 2003, S. 154 ff.

<sup>27</sup> *Garlicki* (Fn.15).

<sup>28</sup> *Ambos*, *ZStW* 115 (2003), 584 (611 ff.).

<sup>29</sup> Siehe Fn. 19, Abänderung 17 – Artikel 2, Absatz 2b neu.

<sup>30</sup> *Wąsek-Wiaderek* (Fn. 26).

könne die Gleichstellung der Parteien in diesem Stadium des Verfahrens für ihn nicht gelten. Betrachte man den Grundsatz jedoch als ein Optimierungsgebot, so lasse sich auch die gegensätzliche Meinung vertreten, wonach das Prinzip der Gleichstellung der Parteien auch in diesem Verfahrensabschnitt gelte, wenn auch in beschränktem Umfang. Der Waffengleichheitsgrundsatz sei danach auch im Vorverfahren anwendbar, obwohl der Gesetzgeber einen eher engen Raum für ein kontradiktorisches Verfahren gelassen habe.<sup>31</sup>

Bemerkenswert ist, dass der Ausgangspunkt für diese Erwägungen eigentlich nicht in der Auslegung der Vorschriften der EMRK liegt. Die *Autorin* behauptet nämlich, dass sich Waffengleichheit gemäß Art. 6 EMRK nur auf das Hauptverfahren beziehe, in dem über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Angeklagten entschieden werde. Erst später habe die Rechtsprechung das Gebot aufgestellt, die Waffengleichheit auch im Rahmen inzidenter Verfahren zu gewährleisten, in denen die in Art. 5 Abs. 4 EMRK vorgeschriebene Kontrolle der Freiheitsentziehung in Form von Festnahme oder Verhaftung vorgenommen werde.<sup>32</sup>

Einen wesentlich weitergehenden Standpunkt vertritt aus deutscher Sicht *Kai Ambos*.<sup>33</sup> Der *Autor* beruft sich auf Art. 6 EMRK und führt zutreffend aus, dass der in Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK enthaltene Begriff „die Anklage“ in der Rechtsprechung des EGMR weit, somit auch im Sinne jeder formalen oder sogar materiellen Beschuldigung ausgelegt werde und die in Art. 6 Abs. 3 EMRK bestimmten Prozessgarantien durch den EGMR auch auf das Vorverfahren bezogen würden.<sup>34</sup>

## 2. Das Vorverfahren als zentrales Stadium des Strafverfahrens

Die Frage, ob und wie weit der Grundsatz der Waffengleichheit im Vorverfahren gilt, kann nicht beantwortet werden, ohne die Praxis der Rechtspflegeorgane bei der Gestaltung des Strafverfahrens und bei der Entscheidung über den Verfahrensabschluss zu berücksichtigen.

Seit Anfang 2004 dominiert in der Praxis der polnischen Staatsanwaltschaften die konsensuale Form des Vorverfahrens, wie sie in dem ein Jahr früher novellierten Art. 335 der polnischen StPO vorgesehen ist.<sup>35</sup> Es handelt sich um eine Form der Urteilsabsprache, die als eine freiwillige Unterwerfung des Angeklagten unter die Strafe bezeichnet wird. In der Praxis legt die Staatsanwaltschaft dem Gericht eine Anklageschrift mit einem Antrag auf eine bestimmte Strafe vor, der zuvor mit dem Beschuldigten vereinbart worden ist. Das Gericht trifft sein Urteil in einer Sitzung, der das im Laufe des vorbereiteten Verfahrens ermittelte Material zugrunde liegt. Eine Haupt-

verhandlung wird nicht durchgeführt. Das Gericht ist jedoch an den Antrag nicht gebunden und kann nach Durchführung einer Hauptverhandlung urteilen. Dies kommt jedoch eher selten vor, da die Staatsanwaltschaft den Antrag nach Hinweisen des Gerichts ändern kann.<sup>36</sup> Diese Regelung trägt zu einer wesentlichen Beschleunigung des Strafprozesses bei. Der Angeklagte selbst kann seine Zustimmung zur Antragstellung zurücknehmen und auch Berufung gegen das Urteil einlegen, was zur Aburteilung in der Hauptverhandlung führt und den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK Rechnung trägt.<sup>37</sup>

Berücksichtigt man auch die Fälle, in denen das Gericht das Verfahren durch Strafbefehl oder durch bedingte Einstellung abgeschlossen hat, ist anzunehmen, dass in der Praxis der Gerichte in Polen die Urteile in der Regel ohne Hauptverhandlung ergehen. Kommt es doch zu einer Hauptverhandlung, wenden die Gerichte in der Regel das Institut der freiwilligen Unterwerfung unter Strafe im Sinne von Art. 387 der polnischen StPO an. Diese Möglichkeit – auch als abgekürzte Hauptverhandlung bezeichnet – beruht darauf, dass der Angeklagte, dem ein Vergehen zur Last gelegt wird, bis zum Abschluss seiner ersten Vernehmung in der Hauptverhandlung einen Antrag auf Erlass eines auf eine bestimmte Strafe oder Strafmaßnahme lautenden Urteils ohne Durchführung der Beweisaufnahme stellen kann. Das Gericht kann dem Antrag nur dann stattgeben, wenn an den Umständen der Tatbegehung keine Zweifel bestehen, wenn die Ziele des Verfahrens auch ohne die Durchführung der gesamten Verhandlung erreicht werden und weder der Staatsanwalt noch der Verletzte dieser Form des Verfahrensabschlusses widersprechen.<sup>38</sup> Das Gericht kann sich vorbehalten, dem Antrag des Angeklagten nur dann stattzugeben, wenn dieser seinen Antrag nach den Hinweisen des Gerichts abändert. Das Urteil kann aufgrund allgemein geltender Regeln angefochten werden.<sup>39</sup> Diese Verfahrensweise erinnert an die Praxis der deutschen Gerichte, „Absprachen“ über den Urteilsinhalt mit dem Angeklagten und der Staatsanwaltschaft zu treffen. Im Gegensatz zur polnischen Regelung (Art. 387 § 3 polnische StPO) kann jedoch ein deutscher Richter keine konkrete Strafe in Aussicht stellen, sondern nur die Strafobergrenze bestimmen.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Vgl. hierzu *Stefański*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 2003, Nr. 6, 19.

<sup>37</sup> Im Zuständigkeitsbereich der Appellationsstaatsanwaltschaft Wrocław (Breslau), der zwei Woiwodschaften (Niederschlesien und Oppeln) umfasst, wurden im Jahre 2007 solche Anträge von den Staatsanwälten in 22.142 Fällen – bei 40.815 mit Anklageerhebung abgeschlossenen Strafsachen – gestellt, was 54,2% ergibt. In Polen gibt es zurzeit elf Appellationsstaatsanwaltschaften. In Deutschland entsprechen ihnen die Generalstaatsanwaltschaften.

<sup>38</sup> *Steinborn* (Fn.35), S. 172 ff.; kritisch *Kardas*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 2004, Nr. 1, 61 (62); *Świda, Jasiński, Kuźma*, in: Sobolewski, Artymiak (Hrsg.), Grundsatz der materiellen Wahrheit, 2006, S. 19 ff.

<sup>39</sup> *Paluszkiewicz, Stachowiak*, in: Sobolewski, Artymiak (Fn.38), S.106-108.

<sup>40</sup> *Meyer-Göbner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 51. Aufl. 2008, Einl. Rn.119 e.

<sup>31</sup> *Wąsek-Wiaderek* (Fn. 26), S. 204; ähnlich *Nowak*, PiP (Staat und Recht) 1999, Heft 12, 47.

<sup>32</sup> *Wąsek-Wiaderek* (Fn.26), S. 153.

<sup>33</sup> *Ambos* (Fn. 12).

<sup>34</sup> *Ambos*, ZStW 115 (2003), 584 (595 ff.). Eine solche Stellungnahme vertritt der EGMR auch in der Sache *Migoń* gegen Polen, Urt. v. 25.6.2002 r. Nr. J 24244/94.

<sup>35</sup> *Steinborn*, Porozumienia w polskim procesie karnym (Absprachen im polnischen Strafprozess), 2005, S. 80 ff.

Mit Rücksicht auf die dargestellte Praxis dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass das Vorverfahren in der überwiegenden Zahl der mit Anklageerhebung abgeschlossenen Strafsachen zu einem zentralen Stadium des Strafverfahrens geworden ist. Die Versuche, für diese Phase des Verfahrens die Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit zu bestreiten, laufen letzten Endes darauf hinaus, sie für die überwiegende Mehrheit der Strafverfahren überhaupt zu verneinen.<sup>41</sup>

An dieser Stelle sei ein Blick auf die amerikanische Rechtspraxis erlaubt. In den Vereinigten Staaten wird nur in 55 von 100 statistisch erfassten Fällen der Schwerekriminalität, die der Staatsanwaltschaft von der Polizei übergeben werden, eine formale Anklage erhoben. In 52 der angeklagten Fällen kommt es zu einer Verständigung zwischen der Verteidigung und der Anklagebehörde hinsichtlich des Schuldgeständnisses des Angeklagten gegen Zugeständnisse der Staatsanwaltschaft. Lediglich in drei Fällen findet eine Gerichtsverhandlung statt, in der die Schuld des Angeklagten kontradiktorisch geprüft wird (zwei Angeklagte davon werden verurteilt und einer freigesprochen). Das System wird zwar kritisiert und man beanstandet den zu großen Ermessensspielraum der Staatsanwaltschaft, gleichzeitig wird jedoch darauf hingewiesen, dass eine Eliminierung der „Absprachen“ das System verstopfen und die Rechtspflege infolge steigender Kosten lahm legen würde. Nach verschiedenen Berechnungen wird in den Vereinigten Staaten in ca. 85-95% aller Strafsachen „gehandelt“.<sup>42</sup>

Nicht nur in der amerikanischen Rechtspraxis – wo ein Strafverfahren ein Prozess der Parteien ist und das Stadium des vorbereitenden Verfahrens nicht vorkommt – sondern auch in vielen Ländern, in denen ein Strafprozessrecht nach kontinental-europäischem Muster vorherrscht, gewinnen konsensuale Methoden im Strafprozess immer mehr an Bedeutung. Dabei steht eine Beschränkung der zeitaufwendigen und langwierigen gerichtlichen Hauptverhandlung im Vordergrund.<sup>43</sup>

Auch in Deutschland wird darauf hingewiesen, dass es in nur wenigen anklagefähigen Sachen zur Hauptverhandlung komme, weil in allen übrigen Fällen die Einstellung des Verfahrens aus Gründen der Opportunität erfolge oder Verfahren mit einem Strafbefehl abgeschlossen würden.<sup>44</sup> Manche Au-

toren sprechen sogar von der faktischen Abschaffung der Hauptverhandlung.<sup>45</sup>

Somit betrifft die Frage nach der Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit im Vorverfahren eher das Bedürfnis nach seiner optimalen Eingliederung in dieses Verfahrensstadium. Dabei dürfen die Ziele des Strafverfahrens, die Verschiedenartigkeit seiner Gegenstände und die daraus resultierenden notwendigen Modifikationen nicht aus dem Auge verloren werden.

*Heike Jung* hat zu Recht festgestellt: „Wir reden von dem Strafprozess. In Wirklichkeit gibt es längst viele Typen des Strafprozesses mit ihren zum Teil unterschiedlichen Abläufen und Gesetzmäßigkeiten. Das Verfahren wegen Falschparkens, der landläufige Diebstahlsfall, die Wirtschaftsstrafsache, das Verfahren wegen des Vorwurfs einer Sexualstraftat oder eines Tötungsdelikts haben in ihrem Erscheinungsbild nur wenig gemein. Dennoch bindet Art.6 EMRK sie zu einem Vorgang zusammen, der auf einer criminal charge beruht.“<sup>46</sup>

Im zeitgenössischen Strafprozess steht den Strafverfolgungsbehörden ein ganzes Instrumentarium von Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung, das je nach Fall und Verfahrenslage zielgerichtet in Anspruch genommen werden kann. Jede Strafsache ist anders gestaltet und bedarf unterschiedlicher Lösungen, die auf ihre Eigenart abgestimmt sein müssen. Der verfahrensleitende Staatsanwalt muss somit bemüht sein, die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsinstrumente der konkreten Prozesssituation mit Sachkenntnis anzupassen.

In manchen Fällen wird der Grundsatz der Waffengleichheit nur im beschränkten Ausmaß Anwendung finden. Es ist aber durchaus denkbar, dass er beispielsweise bei konsensualen Formen im Ermittlungsverfahren eine dominante Rolle spielen könnte.

### 3. Waffengleichheit zwischen dem Verletzten und dem Beschuldigten ?

Die polnische StPO gibt sowohl dem Beschuldigten als auch dem Verletzten die Rechtsstellung einer Partei des Vorverfahrens. Daher stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Waffengleichheit (d.h. die Gleichstellung der Parteien) auf diese Prozessbeteiligten im Verhältnis zueinander Anwendung finden kann und soll. Eine Analyse der geltenden Rechtsvorschriften, darunter der EMRK sowie der Rechtsprechung des EGMR, spricht ausdrücklich dagegen, dass diese beiden Beteiligten als in diesem Stadium des Verfahrens gleichgestellte Prozessparteien betrachtet werden können. Die derzeitige Rechtsstellung des Verletzten im polnischen Strafprozess ist in dem Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs vom 12.5.2003 dargelegt.<sup>47</sup>

Die Klägerin war durch eine Straftat verletzt worden. Die Staatsanwaltschaft hatte das Ermittlungsverfahren eingestellt.

wobei es in 431.444 Fällen zur Anklageerhebung gekommen ist. Vgl. auch *Waltoś*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 1997, Nr. 12., 14.

<sup>45</sup> *Schünemann*, ZStW 119 (2007), 950.

<sup>46</sup> *Jung* (Fn.44), S. 11.

<sup>47</sup> OTK (Rechtsprechung des Verfassungsgerichts) SK 38/02-A 2003/5/38.

Das Amtsgericht hatte die Entscheidung der Staatsanwaltschaft bestätigt. Das übergeordnete Bezirksgericht hatte die Entscheidung über eine dagegen gerichtete Beschwerde der Klägerin ohne Begründung abgelehnt. Die Klägerin hatte daraufhin den Verfassungsgerichtshof angerufen und die Auffassung vertreten, das Bezirksgericht habe das Recht auf Aburteilung ihrer Sache in einem Gerichtszug mit zwei Instanzen sowie das Recht auf Aburteilung ihrer Sache ohne unbegründete Verzögerung durch das zuständige, unparteiische und unabhängige Gericht verletzt und dadurch gegen Art. 45 und 176 der polnischen Verfassung verstoßen.

Der Verfassungsgerichtshof hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass das Strafverfahren gegen den Täter nicht „die Sache der Klägerin“ in dem Sinne sei, dass gerade in diesem Verfahren über die Rechte der Klägerin definitiv beschlossen werde. Das Ziel des Strafverfahrens berühre die verfassungsmäßigen Rechte und Freiheiten der Klägerin nicht unmittelbar. Bei weiter Auslegung des Art. 45 der polnischen Verfassung lasse sich zwar annehmen, dass grundsätzlich die Gewährleistung des Rechtswegs auch den durch ein Verbrechen Verletzten umfasse. Jedoch gestalte sich seine Situation anderes als die des Beschuldigten, wenn er im Rahmen eines Strafverfahrens seine Rechte wahrnehme. Daher könne nicht angenommen werden, dass der im Strafverfahren realisierte Standard für den Täter und für den durch seine Tat Verletzten identisch sei. Das Verfassungsgericht hat weiter festgestellt, dass diese Frage vom EGMR mit entsprechendem Ergebnis auf der Grundlage der EMRK entschieden worden sei.<sup>48</sup>

Soviel zur heutigen Rechtslage. Allerdings ist in der Rechtspolitik seit Jahren die Tendenz eines deutlichen Ausbaus der Stellung des Verletzten im Strafverfahren zu bemerken. Insbesondere sei auf die zunehmende Bedeutung der Mediation hingewiesen, verstanden als Ausgleich der Schuld des Täters gegenüber dem Opfer des Verbrechens, die schon im Vorverfahren praktiziert werden kann,<sup>49</sup> oder auch auf die Reform der Sanktionen, die auf Schadenswiedergutmachung sowie Genugtuung für das zugefügte Unrecht abzielt, was bisher Domäne des Zivilrechts und Zivilprozesses gewesen ist. Sollte diese Entwicklung fortgeführt werden, so ist in absehbarer Zukunft zu erwarten, dass sich die Rechtsstellung des Verletzten im Strafprozess auch qualitativ ändern wird.

*Claus Roxin*, Befürworter der Etablierung einer „dritten Spur“ im bisher zweispurigen System von Strafen und Maßregeln, nämlich einer stärkeren Berücksichtigung der Wiedergutmachung des Schadens des Opfers, hat neulich festgestellt: „Die klare begriffliche Unterscheidung von Straf- und Zivilrecht gilt als eine der großen juristischen Errungenschaften des 19. Jahrhunderts. Wir müssen heute erkennen, dass

diese stricte Trennung ein Irrweg war und dass eine Wiederannäherung von Straf- und Zivilrecht nötig sein wird.“<sup>50</sup>

Daher werden wohl letzten Endes diejenigen Autoren Recht behalten, die bereits heute die Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit im Vorverfahren auch im Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und dem Verletzten annehmen.<sup>51</sup>

#### 4. Der Status des Beschuldigten

Verfahrensrechtliche Garantien stehen einer Person, die verdächtig ist, eine Straftat begangen zu haben, ab dem Zeitpunkt zu, an dem sie auch rechtlich zum Beschuldigten wird. Im polnischen Strafverfahren erlangt der Beschuldigte diesen Status – anders als nach der deutschen Strafprozessordnung – infolge einer formalisierten Entscheidung des Prozessorgans, also wenn ein Beschluss über die Eröffnung des Tatvorwurfs ergangen ist oder wenn gegen ihn ohne einen solchen Beschluss ein Tatvorwurf zu Beginn einer Vernehmung als Beschuldigter erhoben wird. Bis zu diesem Zeitpunkt gilt er nur als verdächtige Person, welcher die dem Beschuldigten als Verfahrenspartei gewährten Rechte nicht zustehen. Insbesondere kann er keine Unterstützung durch einen Verteidiger verlangen und auch keine Einsicht in die Verfahrensakten nehmen. Es steht ihm lediglich das sehr beschränkte Recht zu, ungünstige Entscheidungen anzufechten. Im Verfahren tritt er, wenn überhaupt, in der Regel als Zeuge auf.

Trotz der offensichtlichen Gefahr des Missbrauchs dieser Rechtslage im polnischen Strafverfahren durch Prozessorgane, die eine Entscheidung über den Status einer verdächtigen Person als beschuldigter Person bewusst verzögern und ihr so die vorgesehenen Beschuldigtenrechte vorenthalten könnten, sieht die herrschende Meinung in dem derzeitigen Rechtszustand keine Verletzung des Art.6 EMRK. Sie beruft sich dabei auf die Entscheidung des EGMR in dem Fall *Remmers und Hammer gegen das Königreich der Niederlande* vom 18.5.1997, in der festgestellt wird, dass die Einleitung einer gerichtlichen Vorermittlung, verbunden mit der Überwachung von Telefongesprächen der verdächtigen Person, keine „Anklage“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK darstelle. Im Übrigen sei der Begriff „Anklage“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK, mit dem die Konvention rechtsstaatliche Garantien verbinde, als offizielle Benachrichtigung durch das zuständige Organ über den Vorwurf der Begehung einer Straftat zu verstehen.<sup>52</sup>

Mit Rücksicht auf die mit dem Beschuldigtenstatus verbundenen Rechte sowie die Bedeutung einer verzögerten Unterrichtung des Beschuldigten über seinen Status für seine Verteidigung trifft die herrschende Meinung allerdings auf erheblichen Widerspruch. So hat das polnische Oberste Gericht darauf erkannt, dass die schlichte Vornahme von auf Strafverfolgung einer bestimmten Person gerichteten Hand-

<sup>48</sup> Das Verfassungsgericht hat sich auf folgende Entscheidungen des Gerichtshofs für Menschenrechte berufen; *Wallen v. Sweden*, 16.5.1985, Klage Nr.10877/94; *Solla v. Spanien* 10.1.1994, Klage Nr.19402/92.

<sup>49</sup> Vgl. *Rautenberg*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 1998, Nr. 2, 70; *Daszkiewicz*, in: Ministerium der Justiz (Hrsg.), Neue Strafkodifikation, Strafprozessordnung, Kurze Kommentare, 1998, S. 70 ff.

<sup>50</sup> Interview mit *Claus Roxin*, *Forum Historiae Iuris*, veröffentlicht am 15.5.2006, [www.forhistiur.de/zitat/0605duve-roxin.htm](http://www.forhistiur.de/zitat/0605duve-roxin.htm).

<sup>51</sup> *Wąsek-Wiaderek* (Fn. 26), S. 209 ff.

<sup>52</sup> *Gostyński/Zabłocki*, *Kodeks Postępowania Karnego Komentarz* (Strafprozessordnung, Kommentar), 2. Aufl. 2003, Bd. 1, S. 514.

lungen durch das Prozessorgan der Einleitung des Verfahrens in personam gleich zu stellen sei.<sup>53</sup> So beachtlich diese Entscheidung auch ist, darf man doch nicht verkennen, dass eine solche, auch im deutschen Strafverfahren verankerte Lösung, die Rechte verdächtiger Personen im Fall einer verzögerten Unterrichtung über ihren wirklichen Verfahrensstatus auch nicht vollständig sichert.<sup>54</sup>

Der Streit um den Zeitpunkt, ab dem verdächtigen Personen die ihnen durch die EMRK gewährleisteten Rechte eines Beschuldigten zustehen, ist durch den Vorschlag der Europäischen Kommission für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren wieder aktuell geworden. In Art. 1 des Vorschlags ist vorgesehen, die Verfahrensrechte der verdächtigen Person von dem Zeitpunkt ihrer Unterrichtung durch die zuständigen Behörden des Mitgliedstaates, dass sie einer Straftat verdächtig ist, bis zum Erlass des abschließenden Urteils zu gewährleisten sind.<sup>55</sup> In dem Änderungsantrag des Europäischen Parlaments hat sich dagegen die Option durchgesetzt, die Vornahme von Handlungen der Strafverfolgung gegen die verdächtige Person als Anfangszeitpunkt zu bestimmen.<sup>56</sup>

Unabhängig davon, welcher Lösung man den Vorzug gibt, wird der Beschuldigte seine ihm garantierten Rechte in der Praxis erst wahrnehmen können, nachdem er durch das Prozessorgan, in der Regel wohl durch die Polizei, über den gegen ihn bestehenden Tatverdacht unterrichtet worden ist. Darum sollte die Mitteilung jedenfalls grundsätzlich dann erfolgen, wenn bestimmte Beweismittel es rechtfertigen, gegen eine bestimmte Person und nicht nur gegen Unbekannt zu ermitteln.<sup>57</sup> In der Praxis ist etwa an Situationen zu denken, in denen die Polizei gelegentlich Verdächtige „informativ befragt“, anstatt sie als Beschuldigte zu vernehmen und sie über die ihnen zustehenden Rechte zu belehren, oder in denen sie Zeugen vernimmt, obwohl die auf diese Weise gewonnenen „Beweismittel“ gegen die vernommenen Personen verwertet werden sollen.<sup>58</sup> Ein Verwertungsverbot für die auf diese Art und Weise erlangten Beweise reicht zur Durchsetzung der Rechte des Beschuldigten oft nicht aus. Tatsächlich

ist eine verzögerte Zubilligung des Beschuldigtenstatus und die damit verbundene Entziehung von Verfahrensrechten im weiteren Verfahren oft nicht wieder gut zu machen.

## 5. Waffengleichheit zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten

Die praktische Anwendung des Grundsatzes der Waffengleichheit zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten aufgrund der geltenden Rechtsvorschriften soll näher untersucht werden. Die Befugnisse des Beschuldigten nach der polnischen Strafprozessordnung entsprechen den in der EMRK verankerten Prozessgarantien und weichen von den im Entwurf der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Standards – die im Vergleich zur Rechtsprechung EGMR zugunsten des Beschuldigten noch ausgebaut werden sollen – nicht wesentlich ab.<sup>59</sup>

Besonders wichtig für die Verteidigung des Beschuldigten ist es, dass er sich die notwendigen Kenntnisse über den Stand des Verfahrens verschaffen kann. Insoweit weichen die Vorschriften der geltenden polnischen StPO von den Standards im Vorschlag der Kommission nicht ab. Dem Beschuldigten steht im Vorverfahren nämlich zu,

- davon Kenntnis zu nehmen, was ihm zur Last gelegt wird,
- sich auf Antrag mit der Begründung dieser Vorwürfe vertraut zu machen,
- vor der ersten Vernehmung über die ihm zustehenden Rechte belehrt zu werden (Diese Belehrung ist schriftlich abzufassen und dem Beschuldigten auszuhändigen; den Erhalt der Belehrung bestätigt er mit seiner Unterschrift.),
- sich mit den Akten vertraut zu machen, Aktenabschriften und Kopien anzufertigen sowie – nach Bewilligung durch die das Vorverfahren leitende Behörde – beglaubigte Aktenabschriften zu erhalten,
- den Beschluss über die Bestellung des Sachverständigen zu erhalten und von dessen schriftlichem Gutachten Kenntnis zu nehmen,
- von dem gesamten Verfahrensmaterial – im Rahmen einer abschließenden Einsichtsnahme in die Akten des Verfahrens – in einem Termin Kenntnis zu nehmen, der von dem das Verfahren leitenden Behörde vor dem Verfahrensabschluss bestimmt wird.

Vor Beginn der ersten Vernehmung des Beschuldigten ist er über sein Recht zu belehren, Angaben zu machen, aber auch Angaben oder die Auskunft auf einzelne Fragen zu verweigern, Anträge auf Vornahme von Untersuchungs- oder Ermittlungshandlungen zu stellen, die Hilfe eines Verteidigers

<sup>53</sup> Urt. des Obersten Gerichts v. 17.6.1994 r. AZ: WZ 122/94, OSN KiW (Rechtsprechung des Obersten Gerichts) 1994 Heft 9, Pos. 64; vgl. auch *Wiliński* (Fn. 22), S. 560.

<sup>54</sup> *Ambos*, ZStW 115 (2003), 584 (598); *Roxin*, JR 2008, 16.

<sup>55</sup> Art.1 des Vorschlags für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der EU KOM(2004) 328 endgültig 2004/0113 (CNS).

<sup>56</sup> Dieser Änderungsantrag wurde durch die Kommission angenommen. In polnischer Sprachfassung des Änderungsantrags wurde fehlerhaft niedergeschrieben „seit dem Zeitpunkt der Festnahme“.

<sup>57</sup> Vgl. *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, S. 132 ff.; *Ambos*, ZStW 115 (2003), 584 (598); *Roxin* (Fn. 54), 16. Siehe auch Art. 313 der polnischen StPO.

<sup>58</sup> Vgl. *Kwiatkowski*, *Zakazy dowodowe w procesie karnym* (Beweisverbote im Strafprozess), 2005, S. 310 ff.; *Kmieciak*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 2000, Nr. 7-8, 20, 21; *Skorupka*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 2004, Nr. 11, 25-27.

<sup>59</sup> Unterschiede betreffen insbesondere den in der polnischen StPO enger gezogenen Bereich von Fällen obligatorischer Verteidigung, den geringeren Umfang der zu übersetzenden Prozessdokumentation sowie die in der polnischen StPO fehlende Pflicht zur Aufzeichnung des Verfahrensablaufs in den durch den Entwurf bestimmten Fällen (Art. 3, 7, 9 des Entwurfs). Sollten die genannten Vorschläge angenommen werden, wäre die Novellierung der polnischen Strafprozessordnung im angeführten Bereich erforderlich.

in Anspruch zu nehmen und abschließend die Akten des Verfahrens einzusehen. Die Belehrung muss auch Angaben über die Pflichten des Beschuldigten sowie die Konsequenzen bei ihrer Verletzung enthalten. Unabhängig davon und soweit erforderlich, hat das Organ, welches das Verfahren leitet, die Prozessbeteiligten, darunter den Beschuldigten, über ihre Rechte und Pflichten auch dann zu belehren, wenn das Gesetz keine ausdrückliche Pflicht zur Belehrung vorsieht. Unterbleibt eine solche Belehrung oder ist sie falsch erteilt worden, so darf das keine nachteiligen Prozessfolgen für den Prozessbeteiligten oder einen anderen Betroffenen haben (Art. 16 polnische StPO).

Das Recht des Beschuldigten und seines Verteidigers auf Akteneinsicht im Laufe des Vorverfahrens erlangt in der Praxis erst zum Zeitpunkt der Unterrichtung über den Termin der abschließenden Einsichtnahme, somit unmittelbar vor dem Verfahrensabschluss, seine volle Bedeutung. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Akteneinsicht an die Bewilligung des verfahrensleitenden Organs gebunden. Die Entscheidung behält sich in der Regel die Staatsanwaltschaft vor. Einer gerichtlichen Kontrolle unterliegt sie nicht, jedoch steht dem Betroffenen die Beschwerde zum unmittelbar vorgesetzten Staatsanwalt zu.<sup>60</sup>

Nicht abgelehnt werden darf

- die unentgeltliche Herausgabe einer beglaubigten Abschrift jeder Entscheidung an den Beschuldigten,
- die Zustimmung zur Anfertigung von Abschriften der Protokolle über Handlungen, bei denen der Beschuldigte zugegen war oder das Recht hatte, zugegen zu sein, sowie von Abschriften der in seinem Beisein angefertigten Dokumente,
- die Einsicht des Beschuldigten in schriftliche Gutachten von Sachverständigen.

Die dargestellte Rechtslage entspricht unzweifelhaft nicht dem Grundsatz der Waffengleichheit. Sie ist jedoch dem Erfordernis geschuldet, die Ziele dieses Verfahrensabschnitts mit wirksamen Mitteln vollständig erreichen zu können. Dazu dienen auch gewisse Beschränkungen des Verteidigungsrechts des Beschuldigten. Zwar darf sich ein inhaftierter Beschuldigter mit seinem Verteidiger direkt verständigen oder ihn schriftlich konsultieren, jedoch kann der Staatsanwalt innerhalb von 14 Tagen nach Anordnung der Untersuchungshaft die Kontrolle des Schriftverkehrs einführen oder auch anordnen, dass direkte Kontakte des Beschuldigten mit dem Verteidiger im Beisein des Staatsanwalts oder einer von ihm bestimmten Person stattfinden. Dies verstößt nicht gegen den Standard der EMRK, denn selbst in der Rechtsprechung des EGMR kommt deutlich zum Ausdruck, dass Art. 6 Abs. 3b EMRK dem Beschuldigten nicht das Recht auf jederzeitige Kontaktaufnahme mit dem Verteidiger und nicht das Recht auf Austausch von vertraulichen Informationen ohne jegliche Beschränkung garantiert.<sup>61</sup> Nach Ablauf des genannten Zeit-

raums hat der Verteidiger weiterhin die vorherige Zustimmung des Staatsanwalts zur Kontaktaufnahme mit dem in der Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten einzuholen, obwohl der Staatsanwalt die Zustimmung nicht verweigern kann.<sup>62</sup> Man sollte in Erwägung ziehen, ob nach Ablauf der oben angegebenen Frist nicht auf das Erfordernis weiterer Bewilligungen von Verteidigerbesuchen durch den Staatsanwalt verzichtet werden sollte, wofür nicht nur der Inhalt des Art. 73 § 1 polnische StPO, sondern auch Zweckmäßigkeitsgründe sprechen.

Wie bereits erwähnt, kommt im Vorverfahren eine vollständige Anwendung des Grundsatzes der Waffengleichheit nur dort in Betracht, wo das Gericht selbst Prozesshandlungen vornimmt. Damit wird nämlich anstelle der Staatsanwaltschaft das Gericht zu dem das Verfahren leitenden Prozessorgan und die Staatsanwaltschaft beteiligt sich am Verfahren als Partei.

Der Zuständigkeitsbereich des Gerichts im polnischen Vorverfahren wird systematisch erweitert und ist heute schon sehr umfangreich. Das Gericht entscheidet über:

- die Anordnung und Fortdauer der Untersuchungshaft,
- die Anordnung der psychiatrischen Untersuchung und Beobachtung des Beschuldigten in einer geschlossenen Anstalt sowie über die Fortdauer dieser Maßnahme,
- die Anordnung der Ordnungshaft,
- die Anordnung der Überwachung und Aufzeichnung von Telefongesprächen,
- den Verfall der Sicherheit und die Einziehung des Geldbetrags,
- die Erteilung und den Widerruf des sicheren Geleits,
- die Zulässigkeit der Vernehmung sowie die Entbindung von der Schweigepflicht bei Personen, die zur Wahrung eines Geheimnisses verpflichtet sind wie z.B. Journalisten, Rechtsanwälte, Notare und Ärzte,
- die Vernehmung von Zeugen, sofern Gefahr besteht, dass sie in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden können, sowie unter gewissen Umständen über die Vernehmung von jugendlichen Zeugen,
- die Verfahrenseinstellung wegen Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten, wenn die Notwendigkeit besteht, Maßregeln der Sicherung anzuordnen,
- die bedingte Verfahrenseinstellung,
- die Zulassung des Kronzeugenbeweises,
- die Beschwerde gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren, gegen die Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft sowie gegen die Ablehnung der Einleitung eines Verfahrens.<sup>63</sup>

Bei diesen Gerichtshandlungen haben die als Partei auftretende Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte gleichermaßen das Recht auf Teilnahme an den Sitzungen des Gerichts,

---

sowie in der Sache Köcher und Möller v. Schweiz vom 9.7.1981, Klage Nr. 8463/78 DR 26/24.

<sup>62</sup> *Gostyński/Zabłocki* (Fn. 52), S. 523; vgl. auch *Czekaj*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 1998, Nr. 1, 43 (44).

<sup>63</sup> Novellierung der StPO, in Kraft getreten am 1.7.2007; Dz.U. (Gesetzblatt) Nr. 64, Pos. 432.

---

<sup>60</sup> Vgl. *Kruszyński*, in: Skrętowicz (Hrsg.), Neue Strafkodifikation Strafprozessordnung. Grundfragen, 1997, S. 124, 125.

<sup>61</sup> *Gostyński/Zabłocki* (Fn. 52), S. 522. Zur Begründung dieser These beruft man sich auf Entscheidungen in der Sache *Bonzi v. Schweiz* vom 12.7.1978, Klage Nr. 7854/77 DR 12/185

auf die Anfechtung von Gerichtsentscheidungen und auf die Stellung von Anträgen.

Gerade die Entwicklung des Rechts auf Teilnahme des Beschuldigten oder seines Verteidigers an Gerichtssitzungen stellt ein gutes Beispiel für die Auswirkung der Rechtsprechung des EGMR auf die Entwicklung der polnischen Strafprozessordnung in den letzten Jahren dar. Art. 96 polnische StPO bestimmte bis zum Zeitpunkt der Grobnovellierung von 2003, dass sich an Gerichtssitzungen lediglich die Staatsanwaltschaft und nicht der Beschuldigte oder andere Parteien beteiligen durften, es sei denn, eine besondere Vorschrift hätte ihnen die Teilnahme erlaubt.<sup>64</sup> Dadurch wurde die Waffengleichheit verletzt. Heute sind die prozessualen Rechte der Staatsanwaltschaft mit denen der anderen Parteien gleichgestellt. Alle Parteien können an Gerichtssitzungen teilnehmen, sofern das Gesetz das vorsieht, müssen es aber nicht, es sei denn, ihre Anwesenheit ist obligatorisch. Sie können, wenn sie erscheinen, auch an anderen Sitzungen teilnehmen, obwohl sie von dem Termin nicht unterrichtet worden sind. Davon ausgenommen sind nur im Gesetz ausdrücklich bestimmte Fälle einer gerichtlichen Sitzung ohne Beteiligung der Parteien, was dann alle Parteien in gleicher Weise betrifft und so den Grundsatz der Gleichstellung im negativen Sinne bestätigt.

Selbstverständlich kann der Grundsatz der Waffengleichheit im Vorverfahren, soweit es die erwähnten gerichtlichen Handlungen betrifft, nur in solchen Fällen berührt sein, in denen die Parteien gegensätzliche rechtliche Interessen haben und die Verweigerung rechtlicher Möglichkeiten für den Beschuldigten, auf die Gerichtsentscheidung in gleicher Weise wie die Staatsanwaltschaft Einfluss zu nehmen, seine berechtigten Verteidigungsinteressen verletzen würde. Die Aufhebung sicheren Geleits durch das Gericht wird nicht dazu gehören. Auch Gerichtsentscheidungen, die auf Erlangung bestimmter Beweismittel hinzielen, könnten bei Anwendung des Grundsatzes der Gleichstellung der Parteien den Sinn der Beweiserhebung in Frage stellen.<sup>65</sup> Ebenso dürften Gerichtsentscheidungen im Bereich der Gewinnung von Beweisen mit operativen Maßnahmen nach dem Polizeigesetz<sup>66</sup> und Maßnahmen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach der Strafprozessordnung zu bewerten sein.

Den zweifellos größten Einfluss auf die polnische gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Praxis übt in den letzten Jahren die Rechtsprechung des EGMR zu Fragen der Freiheitsentziehung aus. Sie stellt gelegentlich das Habeas-Corpus-Verfahren hinsichtlich der Einhaltung der Konventionsstandards in Frage. Die Urteile des EGMR gegen Polen betreffen immer wieder Entscheidungen im Bereich der Untersuchungshaft, insbesondere Beschlüsse über ihre Anordnung und Fortdauer sowie Anträge des Beschuldigten auf ihre Aufhebung oder Änderung.

---

<sup>64</sup> Gesetz vom 10.1.2003, in Kraft getreten am 1.7.2003. Dz.U. (Gesetzblatt) Nr. 17, Pos. 55/.

<sup>65</sup> *Wąsek-Wiaderek* (Fn. 26), S. 234.

<sup>66</sup> Polizeigesetz vom 6.4.1990, Dz.U. (Gesetzblatt 02.7.58) regelt u.a. verdeckte Ermittlung und kontrollierte Lieferung.

In Bezug auf die Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit im Verfahren der Untersuchungshaft legt der EGMR seinen Entscheidungen vor allem Art. 5 Abs. 4 EMRK zugrunde, der besagt: „Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist“.

Die grammatikalische Auslegung dieser Vorschrift weist auf das Recht des Beschuldigten hin, sich gegen die Haftanordnung an das Gericht wenden zu können. Indessen wird die Haft in Polen doch gerade durch das Gericht angeordnet. Dies nimmt der Gerichtshof in dem Fall *Wedler v. Polen* zum Anlass für die Klarstellung, dass Art. 5 Abs. 4 EMRK kein Rechtsmittel gegen Haftbefehle oder Haftverlängerungsbeschlüsse garantiere, die von einem Gericht erlassen worden seien, da die Anordnung eines Gerichts ausreichend sei, vorausgesetzt, dass das Verfahren einen justizförmigen Charakter habe und dem Einzelnen entsprechende Garantien sichere. Sehe jedoch das nationale Recht ein Rechtsmittel vor, so habe das Rechtsmittelgericht die Anforderungen des Art. 5 Abs. 4 EMRK ebenso zu erfüllen.<sup>67</sup> In der Sache *Migoń v. Polen* bestätigt der Gerichtshof seine Rechtsprechung, indem er beanstandet, dass das damals geltende Recht weder dem Beschuldigten noch seinem Verteidiger das Recht zur Teilnahme an Gerichtssitzungen im Rahmen des durch eine Beschwerde veranlassten Verfahrens noch an einem weiteren, die Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft überprüfenden Verfahren zubillige. Das den Beschluss über die Anordnung der Untersuchungshaft überprüfende Gericht habe die Garantien eines justizförmigen Verfahrens zu sichern. Das Verfahren solle daher kontradiktorisch ausgestaltet sein und die Waffengleichheit zwischen den Parteien, nämlich der Staatsanwaltschaft und dem inhaftierten Beschuldigten, sichern.<sup>68</sup> Bei dieser Gelegenheit greift der EGMR auch das Recht des Beschuldigten auf, von den gegen ihn vorliegenden Beweismitteln Kenntnis und zu ihnen Stellung zu nehmen. Der inhaftierten Person sei Akteneinsicht in solchem Umfang zu gewähren, dass es für sie möglich sei, die dem Untersuchungshaftbefehl zugrunde liegenden Beweise wirksam zu entkräften.<sup>69</sup> Die Vorschriften der EMRK verlangten aber nicht, dass ein die Untersuchungshaft begründender Antrag der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten oder seinem Verteidiger zu-gänglich gemacht werden müsse.

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt der EGMR im späteren Fall *Shikov v. Bulgarien*, wobei er den Grundsatz der Waffengleichheit verletzt sieht, wenn dem Verteidiger die Einsicht in bei den Akten befindliche Unterlagen verweigert werde, die zur wirksamen Verteidigung gegen die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung erforderlich sei.

Dabei versteht der EGMR unter „Rechtmäßigkeit“ nicht nur die Konformität mit den im nationalen Recht verankerten prozessualen Anforderungen, sondern auch die Begründetheit des Verdachts, der dem Untersuchungshaftbefehl zugrunde

---

<sup>67</sup> Urt. v 27.5.2003, Nr. J 44115/98.

<sup>68</sup> Urt. v. 25.6.2002, Nr. J 24244/94.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu *Hecker* (Fn. 8), S. 103.

liegt. Allerdings könne das Erfordernis einer wirksamen Verfahrensführung die Geheimhaltung von Teilen des Verfahrensmaterials begründen, um den Machenschaften des Beschuldigten vorzubeugen sowie den Gang der Ermittlungen zu sichern.<sup>70</sup> Einen ähnlichen Standpunkt hatte der Gerichtshof bereits in vielen früheren Entscheidungen vertreten. Ungeachtet dessen konnte sich der polnische Gesetzgeber bisher nicht entschließen, die Vorschriften über die Einsicht des Beschuldigten und der Verteidigung in die Ermittlungsakten im Zusammenhang mit dem Habeas-Corpus-Verfahren anzupassen.<sup>71</sup> Somit gilt weiter die allgemeine Regel, dass die Entscheidung über die Akteneinsicht von dem das Verfahren leitenden Organ zu treffen ist. Vorschläge für gesetzliche Änderungen sehen vor, eine ablehnende Entscheidung der Staatsanwaltschaft – ähnlich wie in Deutschland im Jahre 2000 beschlossen – einer gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen sowie – ebenfalls nach deutschem Muster – der Anordnung der Untersuchungshaft nur solche Beweise und Unterlagen zugrunde zu legen, die der Verteidigung oder dem Beschuldigten von der Staatsanwaltschaft zugänglich gemacht worden sind.<sup>72</sup> Indessen ist der letztgenannte Vorschlag schwer zu akzeptieren. In der Tat wird nämlich durch eine solche Lösung die bisherige mangelhafte Praxis, die auf sehr sparsamer oder flüchtiger Begründung staatsanwaltlicher Anträge auf Anordnung oder Verlängerung der Untersuchungshaft und auch der Gerichtsentscheidungen in diesem Bereich beruht, nicht geändert, sondern sanktioniert. Es kann nicht hingenommen werden, dass das Gericht bei der Entscheidung über die Untersuchungshaft nicht von Amts wegen alle in der Sache vorliegenden Beweise berücksichtigen darf, nur weil einige in dem Antrag der Staatsanwaltschaft nicht aufgeführt sind. Der Vorschlag ändert weder die Situation des zur wirksamen Rechtsmittel einlegung berechtigten Beschuldigten noch die der Staatsanwaltschaft, die – wie der EGMR feststellt – Teile des Verfahrensmaterials in diesem Verfahrensabschnitt noch geheim halten darf.

Nach der Lösung des Problems ist eher in einer Analyse der Entscheidungen des EGMR zu suchen, die Beschwerden gegen eine zu lange Untersuchungshaft betreffen. Der EGMR betont nämlich, dass das Fortbestehen des dringenden Tatverdachts gegen den inhaftierten Beschuldigten zwar eine Voraussetzung *sine qua non* für die weitere Haftdauer darstelle, nach Ablauf einer gewissen Frist jedoch nicht mehr ohne Weiteres hinreiche. In solchen Fällen habe das Gericht zusätzlich zu ermitteln, ob andere die Freiheitsentziehung rechtfertigende Gründe vorlägen und ob das Verfahren mit Rücksicht auf „den Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens“

(Art. 5 Abs. 3 EMRK) mit besonderer Sorgfalt betrieben worden sei.<sup>73</sup>

Unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit im Vorverfahren ist schließlich auf die Möglichkeit hinzuweisen, dass Staatsanwaltschaft, Beschuldiger oder Verletzter einen Antrag auf gerichtliche Vernehmung eines Zeugen stellen, sofern die Gefahr besteht, dass er in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann. An dieser Vernehmung können der Beschuldigte sowie sein Verteidiger teilnehmen. Von dieser Möglichkeit wird jedoch in der Praxis nicht zu oft Gebrauch gemacht, was auf die engen Voraussetzungen ihrer Anwendung zurückzuführen sein dürfte sowie darauf, dass das Gericht dem Antrag nicht stattgibt oder dass ein inhaftierter Beschuldiger zu der Vernehmung nicht zugelassen werden kann. Anders ist dagegen die gerichtliche Vernehmung des durch ein Verbrechen gegen die sexuelle Selbstbestimmung geschädigten Opfers geregelt, das zum Zeitpunkt der Tatbegehung das 15. Lebensjahr nicht beendet hat. An dessen Vernehmung nimmt der Beschuldigte nicht teil, jedoch hat seine Verteidigung das Recht auf Teilnahme.

#### IV. Schlussbemerkungen

Seitdem die EU die mit der Zusammenarbeit in Strafsachen verbundenen Belange in den Bereich ihrer Interessen – im Rahmen der „Dritten Säule“ des Vertrags von Maastricht – einbezogen hatte, gewannen die Annäherungsprozesse der Strafgesetzgebung der EU-Mitgliedstaaten an Geschwindigkeit. Diese Prozesse werden durch die umfangreiche Rechtsprechung des EGMR infolge zunehmend eingehender Klagen begleitet. Dieser durch zum Teil durch Rechtsakte der EU umgesetzte Rechtsprechungsbesitzstand beeinflusst mit verstärkter Kraft die Strafgesetzgebung der Mitgliedstaaten. Es scheint, dass sich die neuen Tendenzen im Rahmen des Strafverfahrens insbesondere auf das Ermittlungsverfahren beziehen werden.

Dieser Verfahrensabschnitt wird schon heutzutage oft als Kern des Strafverfahrens wahrgenommen, da er die Hauptverhandlung in weitem Umfang entbehrlich macht. In der Regel erfolgt die Aburteilung von Straftaten aus dem Bereich der Mittel- und Bagatellkriminalität in einer Gerichtssitzung ohne vollständige Hauptverhandlung.

Versuche, die Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit im Ermittlungsverfahren grundsätzlich zu bestreiten, laufen auf seine generelle Verneinung in der überwiegenden Mehrheit der Strafverfahren hinaus. Die Frage nach der Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit ist somit eher auf die Frage nach seiner optimalen Eingliederung in das Ermittlungsverfahren zurückzuführen.

Den einzigen Bereich des Ermittlungsverfahrens, in dem bisher die vollständige Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit unbestritten ist, stellen die durch das Gericht vorgenommenen Handlungen dar. In der Zukunft ist aber auch insoweit eine Neuorientierung mit dem Ziel nicht auszuschließen, dem Beschuldigten einen umfassenden Anspruch

<sup>70</sup> Urt. v. 9.1.2003, Nr. J 3822/97.

<sup>71</sup> *Skorupka*, Prok. i Pr. (Staatsanwaltschaft und Recht) 2007, Nr. 5, 71.

<sup>72</sup> *Wąsek-Wiaderek* (Fn. 26), S. 260 ff. Man beruft sich auf das Urt. des BVerfG v. 11.7.1994 – 2 BvR 777/94 = NStZ 1994, 551.

<sup>73</sup> Urt. in der Sache *Howiecki v. Polska* v. 4.10.2001, Nr. J 27504/95, Urt. in der Sache *Jasiński v. Polska* vom 21.1.2003, Nr. J 30865/96.

auf ein kontradiktorisches Vorverfahren zu gewähren. Schon heute ist es aber möglich, besonders bei konsensuellen Formen von Ermittlungen, den Grundsatz der Waffengleichheit, der bislang vor allem der Hauptverhandlung vorbehalten war, auch im Ermittlungsverfahren in dem gebotenen Umfang zu berücksichtigen.

# Ein unaufgeklärtes Staatsverbrechen: Das Attentat auf den Generalbundesanwalt Siegfried Buback am 7.4.1977

Zugleich Rezension von Michael Buback, *Der zweite Tod meines Vaters\**

Von RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, Göttingen

## I. Vorbemerkung

Der Göttinger Chemieprofessor *Michael Buback* hat etwa ein Jahr lang Ermittlungen angestellt, um die genauen Umstände des tödlichen Attentats auf seinen Vater, den Generalbundesanwalt Siegfried Buback, und seine zwei Begleiter am 7.4.1977 in Karlsruhe aufzuklären. In dem nun vorliegenden Buch stellt er die Ergebnisse seiner Ermittlungen mit wissenschaftlicher Akribie dar und präsentiert dabei zugleich ein „politisches Sittenbild“<sup>1</sup> der deutschen Strafjustiz. *Buback* ist kein Verschwörungstheoretiker, sondern ein gründlich arbeitender Naturwissenschaftler. Er ist – mit der tatkräftigen Hilfe seiner Frau – allen möglichen Hinweisen nachgegangen, sprach mit Zeugen, studierte Ermittlungsgutachten und stieß auf zahllose Ungereimtheiten und Widersprüche. *Buback* spekuliert nicht, sondern weist präzise nach, etwa bei seiner Analyse einer Spurenakte (S. 178 ff.<sup>2</sup>) und der relevanten Haarspuren (S. 294 ff., die er, S. 306, erstmals strukturiert darstellt) oder des zum Tatmotorrad (einer Suzuki) gehörenden Schraubendrehers (S. 314 ff.). *Bubacks* Buch ist ein erschütternder Tatsachenbericht über Versäumnisse bei den Ermittlungen in einem der wichtigsten politischen Verbrechen der jungen Bundesrepublik.

## II. OLG Stuttgart: Folkerts, Klar, Sonnenberg und Mohnhaupt als Mittäter

Das ist die offizielle Version: Bereits am 8.4.1977, also einen Tag nach dem Attentat, wurden die RAF-Terroristen Christian Klar, Günter Sonnenberg und Knut Folkerts der Öffentlichkeit als Mittäter präsentiert, wobei Folkerts zwei Jahre später als Todesschütze angeklagt wurde. Aus den beiden – erst Mitte August 2007 (!) von der Bundesanwaltschaft freigegebenen<sup>3</sup> – Urteilen des OLG Stuttgart v. 31.7.1980 (gegen Folkerts, AZ 2-1 StE 5/79) und 2.4.1985 (gegen Klar und Mohnhaupt, AZ 5-1 StE 1/83) gehen denn auch als unmittelbare Tatbeteiligte Folkerts, Klar und Sonnenberg hervor, Brigitte Mohnhaupt wurde wegen ihres „wesentlichen Anteil[s]“ bei der Vorbereitung verurteilt.<sup>4</sup> Es wurden jedoch weder die einzelnen Tatbeiträge genau bestimmt noch der auf dem Soziussitz des Motorrads sitzende Mordschütze eindeutig identifiziert; insbesondere ist der *Senat* in seinem Urteil vom 31.7.1980 auch nicht der Bundesanwaltschaft gefolgt, was die Rolle von Folkerts als auf dem Soziussitz des Motor-

rad sitzenden Todesschützen angeht.<sup>5</sup> Die offensichtlichen Aufklärungsmängel wurden schon damals lakonisch unter Verweis auf die wechselseitige Zurechnung im Rahmen der Mittäterschaft für irrelevant erklärt: „Ob Klar zu dem Erschießungskommando auf dem Motorrad gehört oder ob er im Alfa Romeo absprachegemäß wartete, um den anderen hierdurch Rückhalt zu geben und ihnen die unbehelligte Fortsetzung der Flucht zu ermöglichen, ist in Ansehung der Mittäterschaft ohne Belang.“<sup>6</sup>

Allerdings hat das OLG Stuttgart die Anwendung von § 25 Abs. 2 StGB nicht näher begründet, sondern nur in knappstem Urteilsstil im Rahmen der rechtlichen Würdigung (sic!) festgestellt: „[...] haben sich beide Angeklagten [Klar und Mohnhaupt] dreier *gemeinschaftlich* [...] begangener Verbrechen des Mordes [...] schuldig gemacht“.<sup>7</sup> So einfach hätte es sich der *Senat* aber nicht machen dürfen, denn die Angeklagte Mohnhaupt beteiligte sich nach den Feststellungen gar nicht an der Tatausführung, sondern war nur im Vorbereitungsstadium tätig. Es hätte also dargelegt werden müssen, ob und inwieweit ihre mangelnde Ausführungs- bzw. Entscheidungsherrschaft durch einen besonders gewichtigen Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium (Gestaltungsherrschaft) kompensiert worden ist.<sup>8</sup>

## III. Unklarheiten: Becker, Folkerts und Wisniewski

Bis heute ungeklärt ist die Rolle von Verena Becker. Sie wurde am 3.5.1977, zusammen mit Günter Sonnenberg, im Rahmen einer Polizeikontrolle in Singen festgenommen. Bei der Verhaftung, bei der es zu einem Schusswechsel mit der Polizei kam, wurden die Tatwaffe des Buback-Attentats und der schon erwähnte, zum Tatmotorrad der Marke Suzuki gehörende Schraubendreher sichergestellt.<sup>9</sup> Gegen Becker wurde sodann am 10.5.1977 ein Ermittlungsverfahren u.a. wg. des Buback-Attentats eingeleitet. Im Schriftsatz des Ermittlungsrichters am BGH ist insoweit zu lesen: „Bei der Festnahme der Beschuldigten Verena Becker wurde die Tatwaffe sowie ein Werkzeug sichergestellt, das zu dem Tatfahrzeug Suzuki gehört. Neben der Mitgliedschaft in der Bande, die den Mord am 7.4.1977 in Karlsruhe ausgeführt hat und ihrem Auftreten

\* Droemer Verlag, München 2008, 362 S., €19,95. Erheblich erweiterte Fassung einer in NJW 2009, 745 erschienen Kurzrezension.

<sup>1</sup> Moser, DLF, 24.11.2008.

<sup>2</sup> Alle Seitenangaben ohne Bezug beziehen sich auf das rezensierte Buch.

<sup>3</sup> Die Bundespressekonferenz hatte damals mit Klage gedroht, vgl. etwa: <http://www.sueddeutsche.de/politik/545/415313/text> v. 15.8.2007; vgl. auch *Buback*, S. 236.

<sup>4</sup> Urt. v. 31.7.1980, S. 5 ff.; Urt. v. 2.4.1985, S. 46 ff.

<sup>5</sup> Urt. v. 31.7.1980, S. 5 ff.

<sup>6</sup> Urt. v. 2.4.1985, S. 217.

<sup>7</sup> Urt. v. 2.4.1985, S. 353 (*Hervorhebung des Verf.*).

<sup>8</sup> Vgl. BGH StV 1988, 205; BGH NStZ 1995, 331; BGH NJW 1985, 1035; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 292 ff.; *ders.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1. Aufl. 2003, § 25 Rn. 198 ff.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 21/47 ff.; *Cramer/Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 25 Rn. 66 ff.; *Joicks*, in: *ders./Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 2003, Bd. 1, § 25 Rn. 169 ff.

<sup>9</sup> Vgl. insoweit auch OLG Stuttgart, Urt. v. 2.4.1985, S. 210 f.

mit dem der Tat verdächtigen Günter Sonnenberg zeigen die Funde [...], daß die Beschuldigte Verena Becker *in die Ausführung des Attentats als Mittäterin einbezogen* war.“<sup>10</sup>

Becker wurde u.a. wegen versuchten Mordes an den Singener Polizeibeamten vom OLG Stuttgart am 28.12.1977<sup>11</sup> zu zweimal *lebenslänglich* verurteilt. Das Ermittlungsverfahren gegen sie in Sachen Buback wurde am 31.3.1980 mangels Tatverdachts eingestellt (S. 290, 325 f.). Schon am 30.11.1989, also nicht einmal *12 Jahre* nach dem Urteil des OLG Stuttgart, wurde Becker durch Bundespräsidenten von Weizsäcker begnadigt (S. 325), wobei sie im Übrigen von einer im Jahre 1974 gegen sie verhängten sechsjährigen Jugendstrafe auch nur etwas über zwei Jahre (in U-Haft) verbüßt hatte, weil sie im Zusammenhang mit der Lorenz-Entführung am 2.3.1975 freigesetzt worden war.<sup>12</sup> Wie dem auch sei, die Begnadigung erging aufgrund der positiven Stellungnahme des Buback-Nachfolgers Kurt Rebmann, der sich insoweit auch mit Verfassungsschutz und BND beraten hatte (S. 328 f.). Die Beteiligung des Verfassungsschutzes an dieser Entscheidung lässt eine Zusammenarbeit Beckers mit diesem vermuten: Es ist heute bekannt, dass Becker spätestens Anfang der 1980er Jahre zur Informantin des Verfassungsschutzes wurde, bestritten wird lediglich, dass sie schon früher mit dem Verfassungsschutz zusammenarbeitete.<sup>13</sup> Becker soll mit dem Verfassungsschutz während ihrer Haft in der JVA Köln-Ossendorf Verbindung aufgenommen haben und (spätestens) im Frühjahr 1982 zwei Wochen lang zu „Gesprächen“ aus der

<sup>10</sup> 1 BJs 26/77/II BGs 465/77, S. 2 f. (*Hervorhebung des Verf.*).

<sup>11</sup> AZ 5 – 1StE 1/77.

<sup>12</sup> Am 12.12.1974 verurteilte das Schwurgericht Berlin Becker wegen versuchter gemeinschaftlicher Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion, tateinheitlich zusammentreffend mit fahrlässiger Tötung, sowie wegen gemeinschaftlicher räuberischer Erpressung zu einer Jugendstrafe von sechs Jahren (AZ [500] 2 PKs 1/74 [41/74]), wobei die erlittene U-Haft (vom 21.7.1972 bis 25.4.1974 und vom 15.5.1974 bis 2.3.1975) auf die erkannte Strafe angerechnet worden war. Die Verurteilung wegen der Sprengstoffexplosion erfolgte wegen ihrer Beteiligung an einem Bombenanschlag der „Bewegung 2. Juni“ auf den „Britisch Berlin Yacht Club“ in Berlin-Gatow am 2.2.1972. In Verbindung mit der Lorenz-Entführung verfügte der Senator für Justiz Korber am 2.3.1975 ihre Freilassung ohne Aufhebung des Haftbefehls unter Berufung auf § 34 StGB (vgl. Urt. v. 28.12.1977, o. Fn. 11, S. 8 ff.; vgl. auch Welt-Online, 5.5.2007

[www.welt.de/politik/article853112/Welche\\_Rolle\\_spielte\\_Verena\\_Becker.html](http://www.welt.de/politik/article853112/Welche_Rolle_spielte_Verena_Becker.html)).

<sup>13</sup> Der stellvertretende Generalbundesanwalt Griesbaum erklärte auf der Jahrespressekonferenz der Bundesanwaltschaft, dass inzwischen das Bundesamt für Verfassungsschutz offiziell erklärt habe, dass es bis 1981 keine Zusammenarbeit mit Becker gab. Der Verzicht auf eine Anklage wegen des Buback-Attentats könne also keine Gegenleistung für Spitzeldienste gewesen sein (*Rath*, taz, 13.12.2008; Spiegel-Online, 12.12.2008). *Buback* geht hingegen davon aus, dass versucht wurde, Becker schon vor dem Attentat anzuwerben (S. 321).

JVA herausgeholt worden sein. Während dieser Gespräche soll sie auch den Ablauf des Buback-Attentats geschildert haben.<sup>14</sup> Danach habe Sonnenberg das Tatmotorrad gefahren, Wisniewski vom Rücksitz aus geschossen und Klar im Fluchtauto auf die Täter gewartet. Der ehemalige RAF-Terrorist Peter-Jürgen Boock bestätigte die Darstellung Beckers im Wesentlichen, er sei aber über die Tatbeteiligung Klars nicht informiert gewesen.<sup>15</sup>

Nach dieser Version war statt Folkerts also Wisniewski am Attentat beteiligt. Dies deckt sich mit weiteren Informationen zu Folkerts. Nach Presseberichten hatte das Bundeskriminalamt (BKA) schon seit 1990 ernst zu nehmende Hinweise darauf, dass Folkerts sich am Tag überhaupt nicht in Deutschland aufgehalten hatte.<sup>16</sup> Folkerts selbst bestätigte in einem Spiegel-Interview<sup>17</sup> die Aussage der 1980 in der DDR untergetauchten und später enttarnten ehemaligen RAF-Angehörigen Silke Maier-Witt, die dem BKA schon vor mehr als 17 Jahren gesagt habe, dass er (Folkerts) zur Tatzeit in Amsterdam gewesen sei. Seine Verurteilung wegen des Buback-Attentats bezeichnete Folkerts als juristische Farce mit dem politischen Ziel, für das Verbrechen Täter zu finden. Er räumte ein, von den Planungen für die Tat gewusst und sie damals – anders als heute – auch richtig gefunden zu haben. Er sei an einer Wiederaufnahme seines Verfahrens nicht interessiert, da die diversen Fehlurteile zeigten, dass die Justiz zur Aufklärung der Geschichte der „Rote Armee Fraktion“ nichts beitragen könne.<sup>18</sup> Der Stuttgarter Generalstaatsanwalt Klaus Pflieger, damals bei der Bundesanwaltschaft in Terroristenverfahren tätig, bestätigte in einem Interview<sup>19</sup> die Aussage von Maier-Witt, sieht darin aber keinen Widerspruch zur Verurteilung Folkerts als Mittäter:

„Das ehemalige RAF-Mitglied Silke Maier-Witt hat 1990 dem Bundeskriminalamt erzählt, Knut Folkerts sei am Tag des Buback-Attentates gar nicht in Deutschland, sondern in Holland gewesen. Kannten Sie diese Aussage?“

Ja, ich habe dies damals entweder selbst in einer Vernehmung gehört oder davon gelesen. Diese Aussage hat unsere Position in Sachen Folkerts aber nicht beeinträchtigt und stand auch in keinem Widerspruch zu dem gegen ihn ergangenen Urteil. [sic!]

*Aber er ist wegen Beteiligung an dem Buback-Attentat verurteilt worden, obwohl er vielleicht gar nicht am Tatort war.*

<sup>14</sup> Vgl. *Vornbäumen*, Tagesspiegel, 27.4.2007.

<sup>15</sup> Spiegel-Online, 21.4.2007. Boocks Glaubwürdigkeit ist allerdings zweifelhaft. Der ehemals an der Bundesanwaltschaft tätige heutige Generalstaatsanwalt Klaus Pflieger sagt über ihn: Boock „hat immer wieder Bruchstücke von Wahrheit geliefert und ich habe schon früh gemerkt: Sobald er sich selbst und seine Gesinnungsfreunde belastet, kann man ihm einigermassen glauben.“ (Stern-Interview, 29.4.2007).

<sup>16</sup> Stern-Online, 21.4.2007, <http://www.stern.de/panorama/:RAF-Mord-Wisniewski-Buback/587531.html>.

<sup>17</sup> Spiegel-Online, 4.5.2007.

<sup>18</sup> Faz.net, 12.5.2007; zeit-online, 21.4.2007.

<sup>19</sup> Stern, 29.4.2007.

Ich habe in Erinnerung, dass Knut Folkerts – wie Sonnenberg und Klar – im Vorfeld des Attentates so viele Spuren hinterlassen hat, dass wir ihm dadurch eine Beteiligung an der Planung und Vorbereitung des Attentats nachweisen konnten. Diese Beweise für eine arbeitsteilige Vorgehensweise der Attentäter haben die Verurteilung wegen Mittäterschaft gestützt.“

Zu Verena Becker gibt es eine Verfassungsschutzakte. Sie wurde jedoch im Januar 2008 von Bundesinnenminister Schäuble mit einem Sperrvermerk versehen, obwohl er vorher *Michael Buback* bei seinen Ermittlungen noch schriftlich Unterstützung angeboten hatte (S. 225). Die Bundesanwaltschaft hat inzwischen in die Verfassungsschutzunterlagen Einsicht genommen und konnte sich, so der stellvertretende Generalbundesanwalt Rainer Griesbaum, davon „überzeugen, dass die Unterlagen keine zusätzlichen Erkenntnisse enthalten“<sup>20</sup>. Aber warum werden diese Unterlagen dann unter Verschluss gehalten?

#### IV. *Buback* und die Bundesanwaltschaft

Das Buch beschreibt auch die Geschichte einer enttäuschten Beziehung, nämlich der des *Autors* zur Bundesanwaltschaft, der Behörde seines ermordeten Vaters. *Nils Minkmar* hat das in der FAZ treffend so beschrieben: „Vom überzeugten Anhänger der Arbeit der Bundesanwaltschaft, die sein Vater geleitet hatte, entwickelt sich der Autor nach und nach und äußerst widerstrebend zum Skeptiker des Justizapparats.“<sup>21</sup>

Und im Deutschlandfunk war zur generellen Marginalisierung *Bubacks* Folgendes zu hören: „Die Generalbundesanwältin schneidet ihn; die Bundesjustizministerin beantwortet Briefe nicht; ein Verfassungsschutzpräsident, der den Saal verlässt, als *Buback* redet – ein politisches Sittenbild, das das Buch ganz nebenbei auch entwirft.“<sup>22</sup>

Der Tiefpunkt im Verhältnis zur Bundesanwaltschaft ist wohl mit der Veröffentlichung des Buchs erreicht. Da gibt ein Wort das andere. *Buback* sagt im Buch über seine Gespräche mit Bundesanwalt Hemberger, dieser vermittele ihm den Eindruck, als wollte er „eine Front halten“, die nur wegen „der Macht der Behörde, nicht wegen der Kraft der Argumente“ zu halten war (S. 349). Griesbaum weist auf der Jahrespressekonferenz der Behörde im Dezember 2008 *Bubacks* Feststellungen (freilich ohne diesen explizit zu nennen!) als „Unterstellungen“, über die man „entsetzt, entrüstet, empört“ sei, zurück. Die Behauptung, es seien damals Beweise manipuliert worden, „treffe einen Staatsanwalt ins Mark“, dafür hätten sich keinerlei Anhaltspunkte ergeben.

Aber es gab und gibt auch Drohungen und Einschüchterungsversuche gegen *Buback*. Und unnötige Polemik. Vor allem die Versuche, nicht nur seitens der Bundesanwaltschaft, *Bubacks* Ermittlungen abzuwerten, weil er ein juristischer Laie sei, sind neben der Sache. Denn es geht bei der Tätigkeit *Bubacks* nicht um korrekte *juristische* Subsumtion sondern

um *tatsächliche* Aufklärung. Dazu bedarf es keiner formaljuristischen Ausbildung, vielmehr handelt es sich dabei um kriminalistische Sisyphos-Arbeit, für die naturwissenschaftliche Kenntnisse und eine experimentelle Herangehensweise durchaus von Vorteil sein können. Im Übrigen hat *Buback* auch positive Signale von Fachleuten erhalten. Horst Herold, zehn Jahre BKA-Chef, bescheinigte ihm, er sei „auf der richtigen Spur“ (S. 278 ff.) und der ehemalige Generalbundesanwalt Kay Nehm sagt: „Vieles von dem, was *Buback* sagt, hat Hand und Fuß.“ (S. 257).

*Buback* berichtet auch von seinem Kontakt mit ehemaligen Bundesanwälten. Während sich Joachim Lampe bei ihm auf sein Ersuchen hin gemeldet und zu ausführlichen Gesprächen mit ihm getroffen hat (S. 334), haben sich die ehemaligen Bundesanwälte Müllenbach und Zeis nur knapp schriftlich geäußert. Besonders überraschend ist die Reaktion Zeis, der einen fast dreiseitigen Brief *Bubacks* lapidar in einem – von der Generalbundesanwaltschaft übermittelten (!) – Dreizeiler dahingehend beantwortete, dass er als Privatperson (die nach wie vor die Postdienste der Bundesanwaltschaft zu nutzen scheint!) zu ihm bei seiner amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Angelegenheiten keine Auskunft geben könne (S. 335 f.). Im August 2007 hat derselbe Zeis aber *Buback* aufgrund eines Spiegel-Interviews vom 23.7.2007 hart und unsachlich in einem Leserbrief v. 6.8.2007 (dort S. 10) wegen seiner „abenteuerlichen Beanstandungen“ angegangen (S. 229 f.). Dieser (öffentliche) Leserbrief war erheblich länger als die (private) Antwort an *Buback* und Zeis hielt es nun nicht einmal für notwendig, sich für seine persönlichen, ehrverletzenden Angriffe gegen *Buback* (auf die dieser in seinem Schreiben ebenfalls Bezug genommen hatte) – als Privatperson – zu äußern. Ein versöhnliches Wort von Zeis, insoweit ist *Buback* vollkommen Recht zu geben, hätte ihn wenig gekostet und wäre doch eine normale Sache der Höflichkeit und des Respekts gegenüber einem Opferangehörigen gewesen, dessen Vater Zeis nach eigenen Angaben so sehr geschätzt hatte.

#### V. Klärungsbedarf

*Michael Buback* sieht Klärungsbedarf. Wer sein Buch unvoreingenommen liest, kommt zu dem gleichen Schluss.<sup>23</sup> Es ist verständlich, das es *Buback* „inzwischen leid ist, immer wieder etwas zu belegen und zu beweisen, was mir längst klar ist“ (S. 351). Das von *Buback* beanspruchte „Recht auf Klärung“ (S. 264) und Wahrheit (S. 333) kann sich auf einen Grundsatz berufen, der – jedenfalls normativ – zu den ehernsten des deutschen Strafverfahrens gehört (§ 244 Abs. 2 StPO).<sup>24</sup> Wer diesen Grundsatz ernst nimmt, der kann nicht,

<sup>20</sup> Jahrespressekonferenz Bundesanwaltschaft (s. *Rath*, taz, 13.12.2008).

<sup>21</sup> FAZ, 8.12.2008, S.37.

<sup>22</sup> *Moser*, DLF, 24.11.2008.

<sup>23</sup> Vgl. auch *Husemann*, SZ, 29.11.2008 („Doch nach Ende der Lektüre der 365 Seiten muss wohl auch der größte Skeptiker feststellen, dass da noch einiges aufzuarbeiten ist“) sowie *Minkmar*, FAZ, 8.12.2008, S. 37 („glasklare, durch solide Quellen gestützte Beschreibung eines bis heute andauernden Staatskandals“).

<sup>24</sup> Selbst der Gesetzentwurf der Bundesregierung „zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ (Stand 9.1.2009) beansprucht diese so zu regeln, „dass sie mit den tradierten

wie schon das OLG Stuttgart<sup>25</sup> und später auch die Bundesanwaltschaft,<sup>26</sup> juristische Zurechnungskonstruktionen wie die Mittäterschaft als Ersatz für tatsächliche Aufklärung ins Feld führen.

Die vermehrten Ermittlungsaktivitäten der Bundesanwaltschaft seit April 2007, begleitet von entsprechenden Forderungen führender Politiker,<sup>27</sup> geben *Buback* – man möchte fast sagen: endlich – Recht. Im April 2008 ist sogar erneut ein Ermittlungsverfahren gegen Becker eingeleitet worden (S. 339), nachdem schon ein Jahr zuvor erstmals ein Ermittlungsverfahren gegen Wisniewski wegen des Karlsruher Attentats eingeleitet worden war. Es ist eben, wie auch Generalbundesanwältin Harms auf der Bundespressekonferenz ihrer Behörde am 11.12.2008 einräumte, „viele [...] weiterhin im Dunkeln“, weshalb es nicht ausgeschlossen ist, dass „Tatbeteiligte bisher rechtlich unbehelligt geblieben sind“.

Für *Buback* stammen die zwei Personen, die vom Motorrad aus den dreifachen Mord begingen, „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ aus der Dreiergruppe Sonnenberg, Becker und Wisniewski (S. 352), wobei die Mehrzahl der Beobachtungen zur Tat sowie zu den Beweismitteln und Spuren dafür spricht, dass Sonnenberg das Motorrad lenkte und Becker auf dem Soziussitz saß. *Buback* rechnet die Tat damit keinem der dafür rechtskräftig Verurteilten zu, sondern Personen, die deshalb nicht einmal angeklagt worden sind. Becker sei „bereits unmittelbar nach dem Attentat gedeckt“ worden (S. 348), es gebe somit „einen Schutz für RAF-Täter“ (S. 354). Natürlich sind dies keine gerichtsverwertbaren Schlussfolgerungen, sie sind aber – angesichts der von *Buback* präsentierten Beweis- und Indizienlage – nicht so abwegig, dass man ihnen nicht weiter nachgehen sollte. Ihre restlose Aufklärung setzt gründliche Ermittlungen und ein gerichtliches Verfahren voraus. Insoweit erscheint es auch unverständlich, dass die Bundesanwaltschaft bis heute nicht einmal bezüglich Becker „einen genügenden Anlass“ (§ 170 Abs. 1 StPO) zur Erhebung einer Anklage angenommen hat.

---

Grundsätzen des deutschen Strafverfahrens übereinstimmt“ (S. 1). Zu diesen Grundsätzen gehört auch die „Ermittlung der Wahrheit durch das Gericht“ (ebd.) bzw. „die Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen“ (S. 9). Dass damit die Quadratur des Kreises versucht wird, kann hier dahinstehen. Die Bedeutung des Grundsatzes materieller Wahrheit hat in diesem Zusammenhang auch der BGH betont (BGHSt 43, 195 [204] sowie BGHSt [Großer Strafsenat] 50, 40 [65]).

<sup>25</sup> Vgl. schon oben Fn. 6.

<sup>26</sup> Auf der Jahrespressekonferenz äußerte Generalbundesanwältin Harms Verständnis für die Suche nach „historischer Wahrheit“, aus rechtlicher Sicht sei dies aber „von geringerer Bedeutung“, da Klar, Folkerts und Mohnhaupt wegen gemeinschaftlicher Tatbegehung zu Recht verurteilt worden seien (Spiegel-Online vom 12.12.2008).

<sup>27</sup> Politiker von CDU, FDP und Grünen fordern neue Ermittlungen, Focus-Online vom 21.4.2007,

[http://www.focus.de/politik/deutschland/buback-attentat\\_aid\\_54200.html](http://www.focus.de/politik/deutschland/buback-attentat_aid_54200.html).

## B u c h r e z e n s i o n

**David Garland**, Kultur der Kontrolle. Verbrechensbekämpfung und soziale Ordnung in der Gegenwart, Campus Verlag, Frankfurt/Main 2008, 394 S., br., €34,90

„Dieses Buch handelt von der Kultur der Verbrechenskontrolle und der Strafjustiz in Großbritannien und in den USA. Oder genauer gesagt: Es handelt von den dramatischen Veränderungen, die unsere gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität in den letzten dreißig Jahren erfahren hat, sowie von den sozialen, kulturellen und politischen Faktoren, die dafür verantwortlich sind.“ Mit diesen Sätzen leitet der bekannte New Yorker Soziologe und Kriminologe *David Garland* sein Buch über die „Kultur der Kontrolle“ ein (S. 29). Die Phänomene, die *Garland* im Blick hat, sind allgemein bekannt: Von der zero tolerance-Politik über die Wiedereinführung der Prangerstrafen (shame sanctions) bis hin zu den berühmt-berüchtigten three strikes-Gesetzen weist das Kriminalrechtssystem der Vereinigten Staaten eine Reihe von Zügen auf, die es außerordentlich ungeraten erscheinen lassen, mit ihm in Konflikt zu geraten; zudem gehört die dortige Gefangenenerate zu den höchsten der Welt.

Dieser Befund passt so nahtlos in das Amerikabild eines seiner moralischen Überlegenheit gewissen Mitteleuropäers, dass dieser gar nicht auf den Gedanken kommen mag, sich darüber zu verwundern. Dabei besteht durchaus Anlass zum Erstaunen. Immerhin haben die USA bis zum Beginn der 1970er Jahre eine außerordentlich progressive Kriminalpolitik betrieben. Das ihr zugrunde liegende, von *Garland* als penal welfarism bezeichnete Modell der Strafrechtspflege ging zum einen ganz selbstverständlich davon aus, dass Kriminalität im Wesentlichen ein Armutproblem sei und dass deshalb „sozial-reformerisches Wirken im Zusammenspiel mit dem Wohlstand letztlich die Verbrechenshäufigkeit verringern werde“; zum anderen lebte es von der Überzeugung, „dass der Staat für die Betreuung der Täter ebenso zuständig sei wie für deren Bestrafung und Kontrolle“ (S. 99). Damit verkörperte der penal welfarism geradezu den Inbegriff dessen, was Soziologen und Politologen seit dem späten 19. Jahrhundert unter „Modernität“ verstehen. In *Garlands* Worten war es namentlich „ihre fraglose Verpflichtung auf Sozialtechnologien, ihr Vertrauen auf die Fähigkeiten des Staates und die Möglichkeiten der Wissenschaft sowie ihr unerschütterlicher Glaube, dass sich soziale Bedingungen und individuelle Täter durch das Eingreifen staatlicher Behörden bessern lassen“, die diese Strategie des Umgangs mit Kriminalität als modern auswies (S. 101). Nicht weniger aufschlussreich als die Prämissen einer Auffassung sind freilich ihre blinden Flecken. Die Kehrseite der Konzentration des penal welfarism auf den Täter und seine Resozialisierungsbedürfnisse bildete „das relative Fehlen jedes substantiellen Interesses an kriminellen Ereignissen, an kriminogenen Situationen, am Opferverhalten oder an den sozialen und wirtschaftlichen Routinen, die Gelegenheiten für Kriminalität schaffen“ (S. 107).

Einem in die heutige politische Kultur hinein sozialisierten Leser werden vermutlich die Voraussetzungen des penal welfarism unrealistisch und seine Wahrnehmungsdefizite

unverständlich vorkommen. Dem sich darin äuernden Wandel des Rezeptionshintergrundes gilt *Garlands* besonderes Interesse. Die zentrale These seines Buches lautet, dass den seit den 1970er Jahren eingetretenen Veränderungen in der Struktur der Strafjustiz Veränderungen auf der Ebene der Kultur zugrunde lägen, „die diese Struktur mit Leben füllt, ihren Einsatz regelt und ihren Sinn bestimmt“ (S. 313). Strategien zur Verbrechenskontrolle würden nämlich, wie *Garland* mit einer im postmodernen juste milieu wohl unverzichtbaren, für die Prägnanz und Verständlichkeit seiner Darstellung aber glücklicherweise weitgehend folgenlosen Reverenz an Foucault (S. 42) ausführt, „nicht deshalb übernommen, weil man weiß, dass sie Probleme lösen. Sie finden vielmehr Anwendung und sind erfolgreich, weil sie Probleme und die zugehörigen Lösungen auf eine Weise präsentieren, die der dominanten Kultur und der ihr zugrunde liegenden Machtstruktur entspricht“ (S. 79). Dementsprechend seien die Strukturen und Ideologien der wohlfahrtsstaatlichen Verbrechenskontrolle nicht wegen der an ihnen geübten wissenschaftlichen Kritik zusammengebrochen, sondern weil sie ihre Grundlage in unterstützenden Lebensweisen und übereinstimmenden Grundüberzeugungen verloren hätten (S. 149).

Wie kam es dazu? In den 1950er und 1960er Jahren, einer Zeit des Wirtschaftswachstums, der Vollbeschäftigung, der Ausweitung des sozialen Sicherungsnetzes und niedriger Kriminalitätsraten, konnten diejenigen, die eine Politik des wohlfahrtsstaatlichen Strafens entwickelten, „auf ein hohes Maß an öffentlicher Apathie und Unwissenheit vertrauen“. Für die mit ihrem sozialen Aufstieg beschäftigte Mittelschicht war Kriminalität kein dringliches Thema, und Geld zur Finanzierung der mannigfachen Resozialisierungsprogramme war genügend vorhanden. Ironischerweise führten aber ausgerechnet die wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen, die der Wohlfahrtsstaat mit sich brachte – in der soziologischen Literatur, der sich *Garland* anschließt, pflegt man vom Übergang zur Spätmoderne zu sprechen – dazu, die Effektivität und Legitimität der wohlfahrtsstaatlichen Kriminalpolitik zu unterlaufen (S. 180). In die beiden Jahrzehnte nach 1960 fiel ein rasanter und nachhaltiger Anstieg der Kriminalitätsraten, und zwar nicht nur in den USA und Großbritannien, sondern in allen westlichen Industriestaaten (S. 176). Dass diese Entwicklung zu einem erheblichen Teil auf die veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse zurückging, ist unübersehbar und wird von *Garland* nachdrücklich hervorgehoben. „Der Einfluss der Spätmoderne auf die Kriminalitätsraten ist vieldimensional; dazu gehören mehr Gelegenheiten für Verbrechen, verringerte situative Kontrollen, eine Zunahme der gefährdeten Bevölkerung und eine geringere Wirksamkeit von Sozial- und Selbstkontrolle infolge der veränderten sozialen Ökologie und sich wandelnder kultureller Normen“ (S. 177).

Der Aufstieg der Kriminalität von einem Randphänomen zu einem Alltagsrisiko machte es unmöglich, Kriminalpolitik wie bisher im chambre séparée zu betreiben. Hinzu kam der Aufstieg jener ideologischen Formation, die man als Neoliberalismus zu bezeichnen pflegt: Im Zuge der rhetorischen Umwertung des Einzelnen zum Manager seiner selbst, der für sein Verhalten und seinen Lebenserfolg oder -misserfolg selbst verantwortlich sei, gerieten soziale Erklärungen des Krimina-

litätsproblems zusehends in Misskredit (S. 195). Die Delinquenten gelten seither entweder als „rationale Akteure [...], die auf Fehlanreize reagieren und für ihre kriminellen Taten voll verantwortlich sind“ (S. 63), oder aber als disziplínlose, moralisch verkommene Individuen, „fremde Andere“ (S. 250), deren Angriffe es abzuwehren gilt (S. 195). Die neuen Strategien der Kriminalitätsbekämpfung setzen *Garland* zufolge dementsprechend zum einen auf eine Modifizierung der Anreizstrukturen durch „Präventionspartnerschaften“ und zum anderen auf „punitiv Segregation“: „Ersteres bezieht sich auf das Bemühen, die Verantwortung für die Verbrechenskontrolle zu teilen und eine Präventionsinfrastruktur über den Staat hinaus aufzubauen, Letzteres auf die Tendenz, auf Maßnahmen zu setzen (vor allem auf verwahrende Inhaftierung), die explizit bestrafen und ausschließen sollen“ (S. 260).

Allerdings hieße es das Präventions- und Kontrollparadigma der heutigen Kriminalpolitik – keineswegs nur in den USA und in Großbritannien, sondern auch hierzulande – zu unterschätzen, würde man in ihm vorrangig eine Verkörperung der Nachtseite der neoliberalen Ideologie sehen. Es wurzelt tiefer, nämlich im normativen Selbstverständnis des modernen Staates, der seit *Hobbes* seinen Gehorsamsanspruch auf die von ihm erbrachte Leistung der Schutzgewährung stützt und sich deshalb durch eine ubiquitär gewordene Kriminalität im Kern seiner Identität herausgefordert sehen muss. „Der spätmoderne Staat hat sich Kontrollfunktionen und Verantwortlichkeiten angemäßt, die einst den Institutionen der Zivilgesellschaft vorbehalten gewesen waren, und sieht sich deshalb jetzt mit der eigenen Unfähigkeit konfrontiert, das erwartete Maß an Kontrolle über Kriminalität und kriminelles Verhalten tatsächlich auszuüben“ (S. 207). Da es einen „Weg zurück in eine Welt, in der alle Menschen durch gemeinschaftliche Kontrollen sozialer Zugehörigkeit, regelmäßige Arbeit und enge Familienbande wieder stärker eingebunden sind“, nicht gibt (S. 346), ist Erfolg versprechend nur eine Doppelstrategie, die zwar einerseits – wie *Garland* (S. 362) zu Recht unterstreicht – die Begrenztheit der Fähigkeit des Staates, für die Sicherheit seiner Bürger zu sorgen, offen einräumt, die aber andererseits nicht davor zurückschreckt, von den Mitteln der Prävention um so nachdrücklicher Gebrauch zu machen, je deutlicher die anomischen Züge heutiger Gesellschaften hervortreten.

Beides hat unschöne Konsequenzen, denn getroffen werden jeweils die ohnehin schon schlecht gestellten Bevölkerungsteile: Ihnen ist es nicht möglich, die Sicherheitserwartungen, die der Staat unbefriedigt lässt, durch die Einschaltung privater Unternehmer zu befriedigen, und sie sind umgekehrt die primären Adressaten staatlicher Disziplinierungsmaßnahmen. Der Präokkupation der gegenwärtigen politischen Philosophie mit Gleichheitsfragen zum Trotz schwingt das Pendel unerbittlich zur weltgeschichtlichen Normallage zurück: Reale Freiheit wird zum Privileg der Wohlhabenden, die übrigen Bürger werden, so gut es geht, ruhig gehalten. *Garland* bietet eine faszinierende Schilderung des Prozesses, der zu dieser vorerst letzten Volte in der Dialektik der Aufklärung geführt hat. Ein explizites Bekenntnis zu der Einsicht, dass es sich dabei weniger um das Produkt ideologischer Mo-

den als vielmehr um einen Teil des Preises handelt, den die westlichen Gesellschaften dafür zahlen müssen, dass sie nicht nur finanziell, sondern auch ideell über ihre Verhältnisse gelebt haben, wird man bei *Garland* zwar vergeblich suchen. Diese Schlussfolgerung kann ein nicht durch die Sprachregelungen amerikanischer Ostküstenintellektueller gebundener Leser von *Garlands* Buch allerdings unschwer selber ziehen.

*Prof. Dr. Michael Pawlik, Regensburg*