

als »hochgradige Gefahr« interpretierbar ist und die Erheblichkeit der Gefahr i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG für die dort genannten Rechtsgüter vertretbar nur dann angenommen werden kann, wenn die Rechtsgüter durch schwerste Gewalt- oder Sexualdelikte bedroht sind.

#### D. Fazit

Unter welchen – sehr engen – Voraussetzungen bei Sicherungsverwahrten, deren Taten vor dem Inkrafttreten der §§ 67d Abs. 3, 66 Abs. 2 StGB (in der bis 31.12.2010 geltenden Fassung) begangen wurden (Altfälle), die Maßregel der Sicherungsverwahrung weiter zulässig ist, hat das *BVerfG* im Urteil v. 04.05.2011 abschließend entschieden. Hintergrund der aufgestellten hohen Hürden für die Fortdauer der Sicherungsverwahrung ist ihr Charakter als Sonderopfer, das nur unter engsten Voraussetzungen und streng am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierter normativer und vor allem praktischer Umsetzung der Maßregel verfassungsrechtlich tragbar ist. Bei den Altfällen kommt ein nahezu absoluter Vertrauensschutz hinzu, der wie die Wertungen der EMRK das Gewicht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu Gunsten der Betroffenen noch verstärkt.

Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen einer für die Gefahr ursächlichen psychischen Störung gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2e EMRK. Im ThUG wird eine Unterbringung ansatzweise geregelt, die in ihrer normativen Ausgestaltung dem genügen dürfte, was für künftige Sicherungsverwahrung zu fordern ist. Die materiellen Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG entsprechen überwiegend dem, was vom *BVerfG* für Sicherungsverwahrung bei Altfällen gefordert wird; allerdings bleibt der von § 1 Abs. 1 Nr. 1 ThUG geforderte Grad der Gefahr und deren Intensität hinter den Anforderungen des *BVerfG* zurück. Dies hat bei am Wortlaut des § 1 ThUG orientierter Auslegung zur Folge, dass gegen hochgefährliche und mindergefährliche Sicherungsverwahrte (Altfälle) die gleichen Rechtsfolgen anzuordnen sind. Ein solches Ergebnis wird durch die zivilrechtsorientierte Verfahrensgestaltung des ThUG nicht gerechtfertigt.

Im Ergebnis besteht damit keine Möglichkeit der Anordnung der Unterbringung nach § 1 ThUG, wenn es an der hochgradigen Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualdelikte fehlt. Nach der Entscheidung des *BVerfG* v. 04.05.2011 ist ein eigenständiger Anwendungsbereich für das ThUG nicht mehr gegeben.

## Die »Angriffsrichtung« des Widerspruchs

Rechtsanwalt Dr. Wolfram Bauer, Köln

Es ist seit langem ständige Rechtsprechung, dass der Revisionsführer »die sog. *Angriffsrichtung* seiner Rüge eindeutig bestimmen (muss), wenn nach den vorgetragenen Tatsachen mehr als ein Verfahrensmangel in Betracht kommt«<sup>1</sup>. Diese zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzung hat der *BGH* inzwischen auch für seine Widerspruchslösung<sup>2</sup> »entdeckt«<sup>3</sup>.

#### A. Anwendungsfälle

Es ist sicherlich kein Zufall, dass diese »Entdeckung« anlässlich eines Falles erfolgte, in dem die gebotene Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK) unterblieben war.<sup>4</sup> Bei diesem – nicht als besonders schwerwiegend eingestuften – Versehen bestand offensichtlich ein besonderes »Bedürfnis«, eine begründete Verfahrensrüge für unzulässig zu erklären.<sup>5</sup> Es ist sicher auch kein Zufall, dass der – vorerst letzte – Anwendungsfall der Rechtsprechung über die »Angriffsrichtung« des Widerspruchs eine »Gewaltanwendung in ausländischer Haft« betrifft, in dem die Anhörung eines Beschuldigten durch einen deutschen Konsularbeamten wegen Verstoßes gegen den »Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)« *unverwertbar* gewesen wäre, *wenn* der Verteidiger einen Widerspruch mit der Begründung erhoben hätte, dass »der Konsularbeamte auch in den Fällen fürsorglicher Kontaktaufnahme« einen Beschuldigten »darüber unterrichten muss, dass der Inhalt des nun folgenden Gesprächs regelmäßig innerhalb der Behörde und gegebenenfalls auch bei den Strafverfolgungsbehörden des Heimatlandes bekannt wird.«<sup>6</sup> Bei der Lektüre des Beschlusses des 3. Strafsenats v. 14.09.2010 spürt man geradezu die »Erleichterung« des *Senats* darüber, dass der Verteidiger *diesen* Widerspruch *nicht* erhoben hat, während der tatsächlich erhobene – auf § 136a

StPO gestützte – Widerspruch nach Auffassung des *Senats* nicht durchgriff.<sup>7</sup>

Hier zeigt sich, wie überaus »praktisch« es ist, dass der *BGH* diese – schon bei der Verfahrensrüge problematische – Zulässigkeitsvoraussetzung nunmehr auch für seine Widerspruchsrechtsprechung »entdeckt« hat, obwohl bereits die Widerspruchslösung selbst erheblicher – und wie ich meine durchgreifender – Kritik im Schrifttum ausgesetzt ist.<sup>8</sup> Dies bedarf in dem vorliegenden Beitrag, der sich allein mit der *zusätzlichen* Zulassungsvoraussetzung der Mitteilung der »Angriffsrichtung« auseinandersetzt, allerdings keiner näheren Darlegung. Selbst wenn man die Widerspruchslösung grundsätzlich akzeptiert, gibt es für diese zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzung nämlich *überhaupt keinen* durchgreifenden Grund oder auch nur gesetzlichen Anknüpfungspunkt.<sup>9</sup> Insbesondere überzeugt in diesem Zusammenhang *nicht* der Hinweis auf die »Dispositionsbefugnis, ein Prozessgeschehen nur unter einem bestimmten Gesichtspunkt zu rügen, einen nach seiner (des Beschwerdeführers) Ansicht zusätzlich begangenen Verfahrensverstoß aber hinzunehmen.«<sup>10</sup> Dieser Hinweis erweist sich nämlich bei näherer

1 Vgl. *Cirener* NSTZ-RR 2011, 134.

2 Vgl. *Meyer-Gößner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 136 Rn. 25 und – eingehend – *Jahn* StraFo 2011, 117 (122-125).

3 Vgl. BGHSt 52, 38 (42 Tz. 16) = StV 2008, 8.

4 Vgl. BGHSt 52, 38 (40 f. Tz. 12-14) = StV 2008, 8.

5 Vgl. hierzu die bemerkenswerte Formulierung des Bundesanwaltes *Heldenberg*, zitiert nach *Widmaier* StraFo 2006, 437 (438): »Je begründeter eine Verfahrensrüge ist, umso unzulässiger sollte sie sein.«

6 Vgl. BGH StV 2011, 334 (335 f. Tz. 14).

7 Vgl. BGH StV 2011, 334 (336 Tz. 9 ff., 15 ff.).

8 Vgl. hierzu *Jahn* StraFo 2011, 117 (125).

9 Vgl. *Jahn* JuS 2008, 82 (83) u. – eingehend – StraFo 2011, 117 (122 ff.).

10 Vgl. *Cirener* NSTZ-RR 2011, 134 (135) unter Hinweis auf BGH NSTZ-RR 2003, 268 und Besch. v. 09.04.2008 – 3 StR 28/08; § 352 Abs. 1 StPO.

Betrachtung als Scheinargument. Jedenfalls ist mir in meiner 42-jährigen Verteidigerpraxis noch kein Beschwerdeführer begegnet, der den Wunsch, im Rahmen der Revision eine möglichst weitgehende Aufhebung des Urteils zu erreichen, mit der Weisung oder auch nur Anregung verknüpft hätte, die begehrte Aufhebung nur aufgrund des Verfahrensfehlers *a*, keinesfalls jedoch aufgrund des Verfahrensfehlers *b* zu erreichen bzw. der Verwertung einer bestimmten Vernehmung nur wegen Verstoßes gegen § *a*, keinesfalls aber wegen Verstoßes gegen § *b* zu widersprechen.

### B. Strafprozessuale Dispositionsmaxime?

Wie müsste auch ein Beschwerdeführer beschaffen sein, der z.B. den exklusiven Wunsch äußert, die beantragte Aufhebung des angefochtenen Urteils *nur* auf einen Verstoß gegen § 244 Abs. 6 StPO, keinesfalls aber auf den ebenfalls vorliegenden Verstoß gegen § 244 Abs. 3 StPO zu stützen? Einen solchen Beschwerdeführer könnte man sich wohl nur als Revisionsrichter, Bundesanwalt oder rechtskundigen Querulanten vorstellen. Auch dem Angeklagten des Beschlusses v. 14.09.2010 (einem in Pakistan geborenen und 1992 in Deutschland eingebürgerten Mitglied der terroristischen Vereinigung *Al Qaida*<sup>11</sup>) sollte nicht unterstellt werden, dass er die Unverwertbarkeit seines Gespräches mit dem Leiter der Rechts- und Konsularabteilung der deutschen Botschaft in Islamabad<sup>12</sup> unbedingt *nur* in Hinblick auf den gerügten Verstoß gegen § 136a StPO<sup>13</sup> erreichen, den von dem 3. Strafsenat – aber leider nicht von seinem Verteidiger – bemerkten Verstoß gegen den »Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)«<sup>14</sup> aber »hinnehmen« wollte, wie *Cirener*<sup>15</sup> euphemistisch formuliert; vielmehr hätte er selbstverständlich auch *diesen* Verfahrensverstoß (selbst oder durch seinen Verteidiger) gerügt, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass das Vorgehen des Leiters der Rechts- und Konsularabteilung der deutschen Botschaft in Islamabad trotz des »in entspannter Atmosphäre in deutscher Sprache und teilweise unter vier Augen« geführten Gespräches<sup>16</sup> als Verstoß gegen den »Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)« gewertet werden konnte.<sup>17</sup>

Hier zeigt sich die ganze – man muss es leider so deutlich sagen – »Verlogenheit« der Rechtsprechung zu dem angeblichen Erfordernis der Angabe der »Angriffsrichtung des Widerspruchs«, da sie einen Verzicht unterstellt (oder besser gesagt: fingiert), wo in Wirklichkeit nur Rechtsunkenntnis vorliegt. Oder gibt es irgendeinen vernünftigen Grund, dem Verteidiger zu unterstellen, er hätte das Vorgehen des Leiters der Rechts- und Konsularabteilung der deutschen Botschaft in Islamabad nicht (auch) unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK gerügt, wenn er daran gedacht hätte. In diesem Fall hätte er sich sicherlich nicht mit der – mangels Vorliegens einer Vernehmung erkennbar problematischen – Rüge gem. § 136a StPO begnügt,<sup>18</sup> die – wie die Staatsanwaltschaft erkannt hat – ohnehin *allenfalls analog* anwendbar war.<sup>19</sup> Ein Revisionsgericht, das seine Aufgabe ernst nimmt, hätte sich in einem derartigen Fall sicherlich nicht auf die fehlende »Fernwirkung der vom Angekl. erlittenen Misshandlungen«<sup>20</sup> zurückgezogen, sondern das in tatsächlicher Hinsicht offensichtlich ausreichende Vorbringen in der Revisionsbegründung<sup>21</sup> *auch* unter dem sich *aufdrängenden* Gesichtspunkt des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK gewürdigt, da ja »eine weitere Begründung der Revisionsan-

träge als die in § 344 Abs. 2 vorgeschriebene (...) nicht erforderlich und, wenn sie unrichtig ist, unschädlich« ist (§ 352 Abs. 2 StPO).

Im Übrigen verdient der ausgefallene Wunsch eines Revisionsführers, eine Urteilsaufhebung nur aufgrund eines *bestimmten* Verfahrensfehlers bzw. die Unverwertbarkeit eines Beweisergebnisses nur im Hinblick auf einen *bestimmten* Verfahrensfehler bei der Beweiserhebung zu erreichen, »keinen Rechtsschutz«, wie im Zivilprozess von der herrschenden Meinung *und Rechtsprechung* anerkannt wird.<sup>22</sup> »Denn das Institut der Leistungsklage soll dem Kläger lediglich zu einem Titel verhelfen, der die behauptete Rechtsfolge realisiert, falls sie eingetreten ist. Dementsprechend fehlt dem Kläger, der dieselbe Entscheidung mit einer anderen Begründung erstrebt, die Beschwerde«<sup>23</sup>. Dies gilt selbstverständlich auch für die Verfahrensrüge des Strafprozesses, bei der – worauf bereits *Beling*<sup>24</sup> hingewiesen hat – durch § 344 Abs. 2 S. 2 StPO »ein Stück ›Verhandlungs- und ›Dispositionsmaxime« in das Rechtsmittel der Revision« eingeführt worden ist.<sup>25</sup> Gerade bei der strafprozessualen Verfahrensrüge ist daher nicht einzusehen, warum es die Rechtsprechung der Laune des Beschwerdeführers überlassen soll, die von ihm begehrte (und aus dem Revisionsantrag ersichtliche) Rechtsfolge nur aus einer bestimmten »Angriffsrichtung« herzuleiten, wenn die vorgetragenen Tatsachen (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) mehrere (verschiedene) Gründe für die begehrte Rechtsfolge liefern.

### C. Die »Angriffsrichtung« des Widerspruchs

Dies gilt *erst recht* für das *zusätzliche* Erfordernis der Kennzeichnung der »Angriffsrichtung« des (rechtzeitig erhobenen) Widerspruchs. Letztlich trägt dieses zusätzliche – gesetzesfremde – Erfordernis für die strafprozessuale Verfahrensrüge nämlich nur dazu bei, den ohnehin schier unbezogenen Ermessensspielraum, den sich die Revisionsgerichte durch ihre exzessive Rechtsprechung zu § 344 Abs. 2 S. 2 StPO geschaffen haben,<sup>26</sup> noch weiter zu vergrößern. Mit einer sachgemäßen *Gesetzesauslegung* hat dies nichts mehr zu tun; vielmehr handelt es sich – wie ich bereits an anderer Stelle dargelegt habe<sup>27</sup> – um einen (unreflektierten) Rückgriff auf den übersteigerten Formalismus des römischen Formularprozesses, der bereits 342 n. Chr. wegen »Silbenstecherei« abgeschafft wurde.<sup>28</sup> Im Hinblick hierauf verwun-

11 Vgl. BGH StV 2011, 334 (334 Tz. 4).

12 Vgl. BGH StV 2011, 334 (334 Tz. 5).

13 Vgl. BGH StV 2011, 334 (336 Tz. 15 f.).

14 Vgl. BGH StV 2011, 334 (336 Tz. 14).

15 Vgl. NSiZ-RR 2011, 134 (135).

16 Vgl. BGH StV 2011, 334 (334 Tz. 5).

17 Vgl. BGH StV 2011, 334 (335 f. Tz. 14).

18 Vgl. BGH StV 2011, 334 (336).

19 Vgl. BGH StV 2011, 334 (336 Tz. 17).

20 Vgl. BGH StV 2011, 334 (335 Tz. 13).

21 Das im Hinblick auf die sicherlich erhobene Sachrüge durch die Urteilsfeststellungen ergänzt werden konnte: vgl. *Meyer-Gofner* (Fn. 2), § 344 Rn. 21.

22 Vgl. *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 28. Aufl. 2010, Einl. Rn. 84 m.w.N.

23 Vgl. *Zöller/Vollkommer* (Fn. 22), Einl. Rn. 84 unter Hinweis auf BGHZ 82, 253 = NJW 1982, 579 und BGHReport 2003, 1235.

24 Vgl. JW 1924, 909.

25 Vgl. *Herdegen*, Schriftenreihe der AG Strafrecht im DAV Bd. 7, 1990, S. 7, 10; vgl. hierzu auch *Bauer* StV 1999, 622 f.

26 Vgl. *Bauer* StV 2010, 120 f.

27 Vgl. im Einzelnen *Bauer* StV 1999, 623 ff.

28 Vgl. *Bauer* StV 1999, 623 (624) unter Hinweis auf *Kaser/Hackl*, Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1997, S. 171 und *Kaser*, Das römische Privatrecht, 2. Abschn., 2. Aufl. 1975, S. 65, jew. unter Hinw. auf C 2, 57, 1.

dert es nicht, dass die in der Rechtsprechung genannten Gründe für die angeblich erforderliche Kennzeichnung der »Angriffsrichtung des Widerspruchs« rein praktischer Natur sind und sich in keiner Weise aus dem Gesetz herleiten lassen. So fragt sich der Leser der Tz. 17 des Beschlusses v. 11.09.2007<sup>29</sup> vergeblich, *warum* »das Tatgericht keine Veranlassung haben (wird), möglichen anderen Verfahrensfehlern im einzelnen nachzugehen«. Immerhin gilt im Strafverfahren der Untersuchungsgrundsatz, wenn dieser auch – wie oben dargestellt – im Bereich der strafprozessualen Verfahrensrüge praktisch aufgegeben worden ist.<sup>30</sup>

Dass es »dem verfassungsrechtlichen Gebot der straffen Durchführung der Hauptverhandlung zuwiderlaufen« würde, wenn das Gericht »allemal stets von Amts wegen nachgehen« müsste,<sup>31</sup> kann nicht ernsthaft als dogmatische Begründung für eine partielle Ersetzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Verhandlungsmaxime herangezogen werden. Allenfalls folgt hieraus, dass bei der gebotenen *umfassenden* Überprüfung des Widerspruchs *von Amts wegen* – wie stets – nicht rein theoretische (Fehler-)Möglichkeiten geprüft und erörtert werden müssen. Mit der o.g. »Begründung« des 1. Strafsenats ließe sich der größte Teil der verfahrensrechtlichen Garantien der Strafprozessordnung außer Kraft setzen, da sie häufig den unvermeidbaren Nachteil haben, dass sie »der straffen Durchführung der Hauptverhandlung« entgegenstehen.<sup>32</sup> Was steht z.B. der »straffen Durchführung der Hauptverhandlung« mehr im Wege als das gesetzliche Beweisantragsrecht? Mit der »Begründung« in Tz. 17 des Beschlusses v. 11.09.2007 könnte daher auch das Beweisantragsrecht und natürlich auch das Recht auf Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (das ein erhebliches Verzögerungspotential in sich birgt) kurzerhand außer Kraft gesetzt werden. Selbst die gerichtliche Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) kann zu einer erheblichen Verfahrensverzögerung führen, wenn man mit der Forderung Ernst macht, »dass das Gericht alle Beweismittel erschöpfen (muss), wenn auch nur die *entfernte* Möglichkeit einer Änderung der bisher begründeten Vorstellung von dem zu beurteilenden Sachverhalt« besteht.<sup>33</sup> Trotzdem ist noch niemand auf den – überaus »prakti-

schen« – Gedanken verfallen, von der gebotenen Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen könne abgesehen werden, weil dies »dem verfassungsrechtlichen Gebot der straffen Durchführung der Hauptverhandlung zuwiderlaufen« würde.

#### D. Fazit

Da sich wirkliche »Gründe« für das Erfordernis der Mitteilung der »Angriffsrichtung« des Widerspruchs (und der Verfahrensrüge) offensichtlich nicht finden lassen, wäre es höchste Zeit, diese gesetzesfremden Erfordernisse aufzugeben und die offensichtlich als zu weitgehend eingestuften Verfahrensgarantien (z.B. Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK) an Hand *sachgemäßer* Kriterien zu begrenzen.<sup>34</sup> Dies wäre die Aufgabe der Revisionsgerichte, denen ja bekanntlich neben der »Wahrung der Gerechtigkeit im Einzelfall« die »Sicherung der Rechtseinheit« und die »Fortbildung des Rechts« aufgegeben ist.<sup>35</sup> Hierzu gehört auch, dass durch eine *sachgemäße* Reduzierung der Anforderungen an § 344 Abs. 2 S. 2 StPO wenigstens ein *Rest* von Rechtssicherheit und eine wenigstens lockere Bindung des Revisionsrichters an das Gesetz sichergestellt wird.<sup>36</sup> Die Schaffung geradezu beliebiger (gesetzesfremder) Zulassungsvoraussetzungen für die Verfahrensrüge und sogar den in der Hauptverhandlung zu erhebenden Widerspruch trägt hierzu jedenfalls nichts bei.

29 Vgl. BGHSt 52, 38 (42 f.) = StV 2008, 8.

30 Vgl. hierzu nochmals *Beling* JW 1924, 909, der diesen Umstand allerdings noch recht zurückhaltend formuliert.

31 Vgl. BGHSt 52, 38 (43 Rn. 17) = StV 2008, 8.

32 Vgl. hierzu ähnlich *Jahn* JuS 2008, 84.

33 Vgl. *Meyer-Gofner* (Fn. 2), § 244 Rn. 12.

34 Diese Aufgabe ist allerdings gerade bei Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK aufgrund der insoweit zu beachtenden verfassungsrechtlichen bzw. völkerrechtlichen Vorgaben (vgl. hierzu BVerfG StV 2011, 329 und *Gless/Peters* StV 2011, 369) nicht gerade leichter geworden. Trotzdem bleibt es ein Irrweg, wenn sich die Revisionsgerichte insoweit durch beliebige (gesetzesfremde) formelle Zusatzfordernisse geradezu unbegrenzte Entscheidungsspielräume schaffen (vgl. hierzu oben Fn. 26 u. – speziell zu Art. 36 Abs. 1 lit. b S. 3 WÜK: *Gless/Peters* StV 2011, 369 [373] und *Paulus/Müller* StV 2009, 495 [498 f., 502]).

35 Vgl. KK-StPO/*Kuckein*, 6. Aufl. 2008, Vorb. § 333 Rn. 2-4.

36 Vgl. *Bauer* StV 2010, 120 (121).

## Rezension

### Strafprozessordnung

**Wolter Jürgen (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, 4. Aufl., Bd. II (§§ 94-136a StPO), Köln [Carl-Heymanns Verlag] 2010, 1424 S., 198,00 €**

I. Im Oktober 2009 erschien die 64. und zugleich letzte Ergänzungslieferung des bis dahin als Loseblatt-Ausgabe geführten Systematischen Kommentars zur StPO und den strafrechtsbezogenen Teilen des GVG und der EMRK. Die dadurch abgeschlossene 3. Auflage des 1986 von *H. J. Ru-*

*dolphi, Wolfgang Frisch, Klaus Rogall, Ellen Schlüchter* und *Jürgen Wolter* begründeten Werkes hatte sich im Laufe der Zeit zu einem Großkommentar von mehr als 8000 Seiten entwickelt, der sich in seiner bisherigen Loseblatt-Form nur noch schwierig handhaben ließ. Aus diesem Grunde erfolgt mit der 4. Auflage eine Umgestaltung zu einer Buchausgabe, die nach Ankündigung des Verlages zehn Bände umfassen und bis Mitte 2012 komplett erscheinen soll. Die neue äußere Gestaltung, auch das sei erwähnt, ist gelungen: Das Druckbild hat sich im Vergleich zu den früheren Auflagen angenehm vergrößert, die Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur stehen nicht mehr in Klammerzusätzen im