

Mit Beilage: Anwalt. Das Magazin. Ausgabe 12/2001

## Inhalt

Aufsätze		<i>Karsten Schmidt</i> , Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH	3577
		<i>Ch. Armbrüster</i> , Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland	3581
		<i>Cl. Müller-Eising</i> , Paradigmenwechsel im deutschen Disziplinarrecht	3587
Bericht		<i>St. Vogt</i> , Die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den Jahren 1999 bis 2001	3592
Kommentar		<i>M. Streck</i> , Über die Entwertung der anwaltlichen Vertraulichkeit durch die Anwälte selbst	3605
Zur Rechtsprechung		<i>S. Gleß</i> , Zur „Beweiswürdigungs-Lösung“ des BGH	3606
Kurze Beiträge		<i>C. Rinio</i> , Schutz vor Kampfhunden mit Mitteln des Strafrechts?	3607
Buchbesprechungen		Baumbach/Hueck: GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ( <i>W. Goette</i> ) – Determann: Kommunikationsfreiheit im Internet ( <i>Ch. Degenhart</i> ) – Stern: Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren ( <i>G. Strate</i> ) – Semler/Volhard: Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung ( <i>J. Wagner</i> ) – Waltermann: Sozialrecht ( <i>O. E. Krasney</i> ) – Hüsmert: Carl Schmitt Jugendbriefe ( <i>A. Reinthal</i> )	3609
Rechtsprechung			
BVerfG	1. 8.01 – 1 BvR 1906/97	Verurteilung wegen Beleidigung auf Grund Presseveröffentlichung	3613
BVerfG	19. 7.01 – 2 BvR 1175/01	Nichtbearbeitung eines Antrags wegen Beleidigung	3615
BGH	31. 7.01 – XI ZR 217/01	Keine Rechtskraftwirkung bei unzulässiger Aufrechnung	3616
BGH	26. 4.01 – IX ZR 317/98	Urkundenvorlage bei Bürgschaft auf erstes Anfordern	3616
BGH	5. 9.01 – XII ZR 108/00	Abänderung von Prozessvergleichen wegen Rechtsprechungsänderung	3618
BGH	17. 9.01 – II ZR 178/99	Eingriffe des Alleingeschafters in abhängige GmbH – Bremer Vulkan	3622
BGH	13. 9.01 – V ZB 15/01	Zwangshypothek für Wohnungseigentumsverwalter	3627
BGH	13. 9.01 – VII ZR 467/00	Austausch des Gewährleistungseinbehalts mit Bürgschaft	3629
BGH	15. 5.01 – XI ZR 243/00	Prozesskostensicherheit im Revisionsverfahren	3630
BGH	26. 7.01 – X ARZ 69/01	Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts – Verweisungsbeschluss	3631
BGH	26. 7.01 – X ARZ 132/01	Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts im Pkh-Verfahren	3633
BGH	18. 9.01 – VI ZB 26/01	Vertrauen auf Fristverlängerung (Ls.)	3633
BGH	18. 9.01 – XI ZR 337/00	Umfang der Kontrollaufgaben der Depotbank	3633
BayObLG	23. 8.01 – 2 Z BR 96/01	Beschränkung der Lautstärke des Musizierens durch Hausordnung	3635
LG Wiesbaden	16. 5.01 – 5 S 72/00	Fristwährendes Telefax	3636
LG Dresden	28. 11.00 – 12 O 3217/00	Besorgung von Rechtsangelegenheiten unter Wohnblockbewohnern (Ls.)	3637

Rückzug – reduziert auf Verschwiegenheitssphären, die tatsächlich bedenklich sind, so lässt es sich letztlich nicht halten.

Das gesetzlich geschützte Mandantenvertrauen ist eine kardinale Qualitätsauszeichnung unseres Berufs. Wir sollten damit werben, dass wir nichts über unseren Mandanten sagen, nicht einmal den Namen. Selbst wenn der Mandant zustimmt, sollte uns die anwaltliche Verschwiegenheit es wert sein zu schweigen. Mit dem Schweigen sollten wir werben, nicht mit der Frage, wer beim größten IPO des Jahres 2000 beraten hat.

## Zur Rechtsprechung

Wiss. Referentin Dr. Sabine Gleiß, Freiburg/Br.

### Zur „Beweiswürdigungs-Lösung“ des BGH\*

#### I. Einleitung

Die Unterscheidung zwischen Beweiserhebung und Beweisverwertung einerseits und Beweiswürdigung andererseits ist eine Grundfeste, auf der die deutsche Dogmatik zum Beweisrecht ruht. Gegenstand der Beweiswürdigung kann ein Beweismittel nur und erst dann sein, wenn zuvor die Frage der Verwertbarkeit positiv beantwortet ist. In seiner neueren Rechtsprechung stellt der BGH diese Prämisse zunehmend in Frage.

#### II. Fragerecht an Belastungszeugen

In BGHSt 46, 93 = NJW 2000, 3505 = NStZ 2001, 212, war ein unverteidigter Beschuldigter von einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung der Geschädigten nach § 168 c III StPO ausgeschlossen worden. Die Geschädigte belastete den Beschuldigten. In der Hauptverhandlung machte sie aber von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Da sie nunmehr nicht mehr vernommen wurde, konnte der Angeklagte nicht von seinem Fragerecht Gebrauch machen. Das Ergebnis der Vernehmung wurde über die Anhörung des Ermittlungsrichters in die Verhandlung eingeführt. Der zwischenzeitlich von dem Angeklagten bestellte Verteidiger legte Revision wegen Verstoßes gegen Art. 6 III lit. d EMRK i. V. mit § 141 III StPO ein.

Das Gericht stellte nach eingehender Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR fest, dass „nach konventionskonformer Auslegung des deutschen Strafprozessrechts“ ein Verteidiger für den Beschuldigten vor der ermittelungsrichterlichen Vernehmung einer wichtigen Belastungszeugin hätte bestellt werden müssen, damit dieser vom Termin hätte benachrichtigt werden können, um dort die Rechte des Angeklagten wahrzunehmen.

Für diese Feststellung gebührt dem Senat Anerkennung<sup>1</sup>, denn allzulang hat die deutsche Rechtsprechung aus der Bindung an die Europäische Menschenrechtskonvention nur halbherzige Konsequenzen gezogen<sup>2</sup>. Trotz seiner Feststellung sieht das Gericht das Vernehmungsergebnis aber nicht als unverwertbar, sondern lediglich als im Beweiswert gemindert an. Diese „Beweiswürdigungs-Lösung“ halten die Richter für sachgerecht, solange besonders strenge Beweis- und Begründungsanforderungen beachtet würden<sup>3</sup>.

#### III. Beteiligungsrecht an Vernehmungen im Ermittlungsverfahren

Das Urteil führt die Auseinandersetzung darüber fort, welche Bedeutung der Verletzung von Beteiligungsrechten des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers<sup>4</sup> an einer vorgezogenen richterlichen Vernehmung zukommt, wenn eine Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nicht durchgeführt werden kann, die Erkenntnisse aber gleichwohl verwertet werden sollen.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hierzu ist widersprüchlich: Die Anhörung des Ermittlungsrichters, der eine solche Zeugenvernehmung durchgeführt hat, gilt zwar grundsätzlich als zulässig. Wurde aber bei der vorgezogenen Vernehmung die Benachrichtigungspflicht aus § 168 c V StPO verletzt, dann darf der Vernehmungsrichter nicht angehört werden<sup>5</sup>. Ein Protokoll

über eine ermittelungsrichterliche Vernehmung, bei der Verfahrensvorschriften verletzt wurden, darf nicht als richterliche Vernehmungsniederschrift nach § 251 I StPO, wohl aber als anderes Protokoll i. S. des § 251 II StPO verlesen werden, und zwar selbst dann, wenn eine Verlesung nach § 251 I StPO wegen der Verletzung von Benachrichtigungspflichten ausscheidet<sup>6</sup>.

Dass diese Rechtsprechung nicht konsistent ist – ein Verwertungsverbot, das der Vernehmung der Verhörsperson entgegensteht, muss auch die der Verfahrensvereinfachung dienende Verwertung des Surrogats dieser Vernehmung verbieten –, wurde bereits an anderer Stelle moniert<sup>7</sup>. Insofern schien der BGH mit der vorliegenden Entscheidung auf dem besten Wege, diese Rechtsprechung durch eine einheitliche Verwertungsanforderung zu korrigieren, nach der eine Zeugenaussage grundsätzlich nur dann in das Verfahren einfließen kann, wenn der Angeklagte bzw. seine Verteidigung die Möglichkeit hatte, den Belastungszeugen selbst zu befragen.

#### IV. Die „Beweiswürdigungs-Lösung“

Jedoch hat der BGH hier nur den ersten Schritt getan und – trotz seiner eindeutigen Ausführungen zu der Bedeutung der Beteiligung des Angeklagten bzw. seiner Verteidigung im Licht der durch die Europäische Menschenrechtskonvention garantierten Rechte – nicht die Konsequenz eines Verwertungsverbots gezogen. Vielmehr sollen die Erkenntnisse aus der ermittelungsrichterlichen Vernehmung verwertet werden dürfen, wenn das Beweismittel auf der Grundlage einer „Beweiswürdigungs-Lösung“ im Beweiswert herabgestuft wird<sup>8</sup>.

Ein solcher Ansatz ist bereits aus der BGH-Rechtsprechung bekannt:

1. *Ausgleich für die Verletzung von Beteiligungsrechten.* Es ist eben höchstrichterliche – in Zusammenhang mit der Verwertung von Erkenntnissen aus dem Einsatz von V-Leuten entwickelte – Rechtsprechung, dass das mit Formfehlern behaftete richterliche Vernehmungsprotokoll unter den Voraussetzungen des § 251 II StPO als anderes Vernehmungsprotokoll verlesen werden darf, solange es im Beweiswert herabgestuft wird<sup>9</sup>. Die Herabstufung bedeutet im Wesentlichen – in Anknüpfung an die Rechtsprechung zur Verwertung von so genannten anonymen Zeugenaussagen –, dass es der Unterstützung durch andere Erkenntnisse bedarf, wenn eine Feststellung darauf gestützt werden soll<sup>10</sup>. Als Referenz für das neue Urteil dient dann auch die Judikatur zu der Frage der Verwertbarkeit von „anonymen Aussagen“, also

\* Besprechung von BGH, Urt. v. 25. 7. 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93 = NJW 2000, 3505 = NStZ 2001, 212, m. Anm. Kunert = JZ 2001, 359 m. Anm. Fezer. – Die Autorin ist Wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg/Br.

1) Kunert, NStZ 2001, 217; Schlothauer, StV 2001, 127.

2) Vgl. dazu: BGH, StV 2000, 363 m. Anm. Roxin; Kühne, StV 2001, 73 (77); Renzikowski, JZ 1999, 605.

3) Die Anforderungen werden jedoch nicht näher konkretisiert. Zu dieser Problematik: Fezer, JZ 1985, 496 (497).

4) Eingehend zur Bedeutung der Verteidigerbestellung in vorliegender Fallkonstellation: Fezer, JZ 2001, 363.

5) BGHSt 26, 332 = NJW 1976, 1546; BGHSt 31, 140 (144) = NJW 1983, 1006; BGHSt 42, 391 (392) = NJW 1997, 1790 = NStZ 1997, 351; vgl. auch Wache, in: KK-StPO, 4. Aufl. (1999), § 168 c Rdnr. 22 m. w. Nachw.; Grünwald, BeweisR der StPO, 1993, S. 152; Krause, StV 1984, 169 (173).

6) BGH, NStZ 1998, 312 (obiter dictum) m. zust. Anm. Wönne; vgl. auch BayObLGSt, JR 1977, 475 m. abl. Anm. Peters; a. A.: Krause, StV 1984, 169 (173); Temming, StV 1983, 51 (52).

7) Fezer, JZ 1985, 496 (497); Hoffmann, Der unerreichbare Zeuge im Strafverfahren, 1991, S. 188 ff.; Renzikowski, JZ 1999, 605 (608 f.); Wönne, NStZ 1998, 313 (314).

8) Vgl. auch Schlothauer, StV 2001, 127 (131), sowie Renzikowski, JZ 1999, 605 (609).

9) BGH, StV 2000, 593; NStZ 1998, 312 m. Anm. Wönne; BGHSt 34, 231 (234) = NJW 1987, 1652. Ob eine solche Abstufung im Beweiswert in der Praxis gelingen kann, wird allerdings zu Recht bezweifelt, Eisenberg, BeweisR, 3. Aufl. (1999), Rdnr. 109. Gegen eine Verwertung: Peters, JR 1977, 476; Fezer, StV 1987, 234 (235).

10) BGHSt 33, 83 (88 f.) = NJW 1985, 984 = NStZ 1985, 278 = JZ 1985, 494 m. abl. Anm. Fezer; BGH, NJW 1996, 547 (550). Illustrativ zur „wechselseitigen Bestärkung“ zweier unsicherer Erkenntnisquellen: BGH, StV 2000, 649, dazu: Wattenberg, StV 2000, 688.

von Aussagen durch V-Leute, die von der Polizei für den Prozess nicht freigegeben wurden<sup>11</sup>. Im Anschluss an den Beschluss des Großen Senats<sup>12</sup> haben sich hierzu zwei gegensätzliche Ansichten entwickelt: Einerseits der in der Literatur vertretene Standpunkt, dass Vernehmungen oder schriftliche Äußerungen von „anonymen Zeugen“ überhaupt nicht in das Verfahren eingeführt werden dürfen<sup>13</sup>, und andererseits die höchstrichterliche Rechtsprechung, nach der die Verwertung solcher Aussagen zulässig ist<sup>14</sup>.

2. *Ausgleich für die Anwendung von fremdem Verfahrensrecht.* Eine Herabstufung im Beweiswert vertreten Rechtsprechung und auch Vertreter der Literatur ferner bereits seit Jahrzehnten in Zusammenhang mit der Verwertung von Beweismitteln, die im Wege der Rechtshilfe aus dem Ausland erlangt wurden, und deren Erhebung – wegen der Geltung des fremden Verfahrensrechts – nicht den für das erkennende Gericht gültigen Verfahrensregelungen entsprechen: Wegen der Anerkennung des Prinzips „locus regit actum“ könne sich die Verletzung von Verfahrensvorschriften des um Rechtshilfe ersuchenden, entscheidenden Gerichts grundsätzlich nicht auf die Zulässigkeit der Verwertung des im Wege der Rechtshilfe erlangten Beweises auswirken<sup>15</sup>. Nicht ausräumbare „wesentliche“ Unterschiede in der Beweiserhebung zwischen der am Erhebungsort und am Entscheidungsort geltenden Verfahrensordnung müssten im Rahmen der Beweiswürdigung ausgeglichen werden<sup>16</sup>. Diese Notlösung wird damit gerechtfertigt, dass fremde Organe nicht zur Einhaltung der eigenen Rechtsordnung gezwungen werden könnten<sup>17</sup>. Diese Erklärung sieht sich – mit fortschreitendem Ausbau zwischenstaatlicher Kooperationen bei der Strafverfolgung – zu Recht grundsätzlicher Kritik ausgesetzt<sup>18</sup>.

3. *Die „Beweiswürdigungs-Lösung“ als generelle Lösung.* Neu im Urteil des 1. Strafsenats ist aber die Bezeichnung der „Herabstufung eines Beweismittels“ als „Beweiswürdigungs-Lösung“ und die unausgesprochene Annahme, dass dieser Weg nicht nur eine Notlösung für ungewöhnliche Interessenkonflikte – wie etwa in Zusammenhang mit der Verwertung von Beweisen aus dem Ausland –, sondern eine generelle Lösung für den Umgang mit rechtswidrig erhobenen Beweisen sein könnte.

Der 1. Strafsenat rechtfertigt seine Lösung einmal damit, dass sein Ergebnis nach einer – der Rechtsprechung des EGMR nachempfundenen – „Gesamt Betrachtung des Verfahrens“ auch den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention gerecht würde. Zum anderen weist er darauf hin, dass der BGH in seiner neueren Rechtsprechung bei pflichtwidrig versagten Beteiligungsrechten ohnehin mehr auf die Beeinträchtigung des Beweiswerts abstelle und eine Lösung auf der Ebene der Beweiswürdigung bevorzuge. Zu dieser Argumentation des BGH ist folgendes zu sagen:

a) *„Gesamt Betrachtung des Verfahrens“.* Nach der Gesamtbetrachtung des EGMR wird ein Verstoß gegen ein in Art. 6 III EMRK verbürgtes Einzelrecht nur dann als Vertragsverletzung anerkannt, wenn dadurch das Verfahren im Einzelfall insgesamt als unfair betrachtet werden muss<sup>19</sup>. Diese Rechtsprechung beruht auf der Prämisse des EGMR, dass die Einzelrechte des Art. 6 III EMRK nur unselbstständige Ausprägungen des „fair trial“-Grundsatzes seien, und dementsprechend ein Einzelverstoß wieder im Gesamtverfahren kompensiert werden könne. Hintergrund dieser Interpretation ist das Bemühen des übergeordneten europäischen Gerichts, den Unterschieden der nationalen Verfahrensordnungen gerecht zu werden, die jeweils im Einzelfall wieder ganz spezifische Kompensationsmöglichkeiten für Verfahrensverstöße bereithalten können, welche bei isolierter Betrachtung als Konventionsverletzung angesehen werden müssten<sup>20</sup>. (Nur) Mit Hilfe dieser Konstruktion konnte der EGMR aus den in der Europäischen Menschenrechtskonvention verbürgten Rechten und Garantien abstrakte Regeln ableiten, an denen er die nationalen Verfahrensregeln – im Wege der Gesamtbetrachtung – überprüft.

Bei allem Verständnis für eine solche, auf spezifische europäische Anforderungen ausgerichtete Lösung, ist diese Rechtsprechung des EGMR gleichwohl auch heftiger Kritik ausgesetzt, denn sie hat zur Folge, dass zu Art. 6 III EMRK viele Einzelfallentscheidungen ergangen sind, aus denen relevante Beeinträchtigungen von Verfahrensrechten des Beschuldigten oft nur schwer vorhersehbar abgeleitet werden können<sup>21</sup>.

Wenn sich nach Ansicht des BGH nun gerade die „Beweiswürdigungs-Lösung“ hervorragend für eine nationale Gesamtbetrachtung eigne, so kann das im Klartext nur heißen, dass

künftig eine reine „Abwägungslehre“ gelten soll. Mit welchen Gefahren ein solcher Weg behaftet ist, verdeutlicht die BGH-Rechtsprechung selbst<sup>22</sup>.

b) *Differenzierung zwischen Beweisverwertung und -würdigung.* Was das Verhältnis von Beweisverwertung und Beweiswürdigung betrifft, so gilt es sich in Erinnerung zu rufen, dass die Unterscheidung zwischen der gebundenen Beweiserhebung und -verwertung einerseits und der freien Beweiswürdigung andererseits gewährleisten soll, dass auf der ersten Ebene auf Grund formalisierter Regeln solche Erkenntnisse ausgeschlossen werden, die aus übergeordneten Gesichtspunkten nicht in die Entscheidungsfindung einfließen sollen, weil eben auf der zweiten Ebene – infolge des Fehlens strenger Regeln – nicht ausgeschlossen werden kann, dass sie doch (maßgeblich) in der Urteilsfindung durchschlagen<sup>23</sup>. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Ebenen ist auch gemeint, wenn man von der „Justizförmigkeit der Beweiserhebung“ spricht<sup>24</sup>. Diese Differenzierung missachtet der BGH, wenn er zwar noch auf beide Ebenen Bezug nimmt, aber die Verwertbarkeit trotz der festgestellten Pflichtverletzung ohne weitere Begründung feststellt mit dem bloßen Verweis auf die Einschränkung des Beweiswerts<sup>25</sup>.

## V. Fazit

Eine „Beweiswürdigungs-Lösung“ kann keine generelle Antwort auf die Frage sein, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein rechtswidrig erlangtes Beweismittel verwertet werden darf. Denn eine solche Lösung öffnet der Beliebigkeit im Beweisrecht Tür und Tor.

11) Vgl. ausf.: BVerfGE 57, 250 (292 f.) = NJW 1981, 1718 = NStZ 1981, 357. Kritisch: Joachim, StV 1992, 245; Taschke, StV 1985, 269; vgl. auch Walther, StV 1992, 561.

12) BGHSt 32, 115 = NJW 1984, 247 = NStZ 1984, 36.

13) Grünwald, StV 1984, 56 (58); Lüderssen, in: Festschr. f. Klug, 1983, S. 525 ff.; Tiedemann/Sieber, NJW 1984, 753 (761 f.).

14) BGHSt 33, 83 = NJW 1985, 984 = NStZ 1985, 278; Herdegen, NStZ 1984, 200 (201 ff.).

15) St. Rspr. BGHSt 2, 300; (304); BGH, GA 1964, 176; GA 1976, 218 (219); NStZ 1985, 376.

16) BGHSt 2, 300 (304) = LM § 231 StPO Nr. 1 L; OLG Hamm, DAR 1959, 192; Kohlhaas, NJW 1954, 535.

17) Vgl. Nachw. in Fußn. 14 und 15.

18) Vgl. dazu: Gleß, in: Festschrift f. Grünwald, 1999, S. 197 ff.; Nelles, ZStW 109 (1997), 727 (738); Perron, ZStW 112 (2000), 202 (208); Vogel, ZStW 110 (1998), 974 (977); Walther, StV 1992, 561 (562 f.).

19) EGMR, StV 1991, 193 Nr. 25; EuGRZ 1992, 474, Nr. 26. Kritisch: Kühnel/Nash, JZ 2000, 996 (997).

20) Vgl. auch Kühne, StV 2001, 73 (77).

21) Kinzig, StV 1999, 288 (289 f.); Weigend, StV 2000, 385.

22) Vgl. dazu beispielsweise: BGH, StV 1996, 583, und BGH, StV 2000, 649.

23) Dazu im Einzelnen: Arzt, in: Festschrift f. Peters, 1974, S. 231.

24) Vgl.: Peters, JR 1977, 476; Schlothauer, StV 2001, 127 (131); Schroth, JuS 1998, 969; Wattenberg, StV 2000, 688 (693).

25) Vgl. auch Fezer, JZ 2001, 364.

## Kurze Beiträge

Staatsanwalt Carsten Rinio, Hamburg

### Schutz vor Kampfhunden mit Mitteln des Strafrechts?\*

#### I. Einleitung

Nachdem am 26. 6. 2000 in Hamburg ein sechsjähriger Schüler durch zwei so genannte „Kampfhunde“ getötet worden war,

\* Der Autor ist Dezernent in einer Abteilung für Strafsachen gegen Jugendliche und Heranwachsende und Jugendschutzsachen in der StA Hamburg. – Vgl. zu den rechtlichen Regelungen zum Schutz vor gefährlichen Hunden auch Gängel/Gansel, NVwZ 2001, 1208, sowie die in NVwZ 2001, Heft 11 abgedruckten Entscheidungen.