Bericht der Expertenkommission

zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Anlagenband I - Gutachten

Impressum

Redaktion
Bundesministerium der Justiz und
für Verbraucherschutz (BMJV)

Bildnachweis
Titelbild (shutterstock)

Herausgeber
Bundesministerium der Justiz und
für Verbraucherschutz
Referat R B 2
Mohrenstraße 37
10117 Berlin
www.bmjv.bund.de

Stand
Oktober 2015

Bericht der Expertenkommission

zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Anlagenband I - Gutachten

Berlin, Oktober 2015

Inhaltsverzeichnis

A . Ermittlungsverfahren

Bundesministerium des Innern
Erweiterung des Katalogs des § 100a Absatz 2 StPO.....2

Prof. Dr. Robert Esser
Partizipatorisches Ermittlungsverfahren 6

Prof. Dr. Robert Esser
Einheitliche Sanktionen bei der Verkürzung von Beschuldigtenrechten.....35

Prof. Dr. Robert Esser
Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von V– Personen.....45

Dr. Axel Isak
Partizipatorisches Ermittlungsverfahren 67

Dr. Axel Isak
Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden – Ausweitung der Privatklage 88

Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
Partizipatorisches Ermittlungsverfahren 97

Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
Videodokumentation von Vernehmungen in Ermittlungsverfahren..... 107

Dr. Matthias Krauß
Quellen – Telekommunikationsüberwachung..... 117

Dr. Matthias Krauß
Online – Durchsuchung *136*

Prof. Dr. Cornelius Nestler
Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren *156*

Prof. Dr. Heribert Ostendorf
Gesetzliche Regelung des Beschuldigtenstatus *169*

Prof. Dr. Henning Radtke
Erwägungen zur Gestaltung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren *173*

Johannes Walter Schmengler
„Wächterfunktion" – Leitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft;
Erscheinenspflicht von Zeugen bei der Polizei; Richtervorbehalte;
Neuordnung des Regelungsgefüges – Abschnitt: Polizeiliche Maßnahmen *184*

Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor
Stellungnahme zu dem Diskussionspapier von Herrn
OStA Johannes Walter Schmengler *214*

Prof. Dr. Sabine Swoboda
(Video-) Dokumentation von Vernehmungen im Vorverfahren *217*

Ulf Thiele
Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Antrag des Beschuldigten
auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers – Korrektur des § 141 Absatz 4 StPO *259*

Ulf Thiele
Dokumentation des Ermittlungsverfahrens im Hinblick auf eine effektive
und praxistaugliche Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens
und des jugendgerichtlichen Verfahrens *261*

Marc Wenske
In wessen Zuständigkeit sollte die Entscheidung über einen – de lege ferenda möglicherweise zu begründenden – Antrag des Beschuldigten auf Bestellung eines notwendigen Verteidigers fallen? *284*

B . Zwischenverfahren

Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor
Vorschlag eines nichtöffentlichen Erörterungstermins vor der Hauptverhandlung bei umfangreichen Strafsachen am LG (Erweiterung des § 212 StPO) *292*

Prof. Dr. Reinhold Schlothauer
Anfechtbarkeit des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens *295*

Marc Wenske
Filterfunktion des Zwischenverfahrens *302*

C. Besondere Verfahrensarten

Dr. Jochen Müller
Modifikation des Strafbefehlsverfahrens – Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens *347*

Prof. Dr. Henning Radtke
Vorschlag zur Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens *358*

Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor
Stellungnahme zu dem Gutachten von Herrn Dr. Jochen Müller und Herrn Prof. Dr. Henning Radtke *382*

D . Hauptverhandlung

Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer
Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme - Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer *389*

Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor
Stellungnahme zu den Vorschlägen des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme über die Ersetzung einer Vernehmung *426*

Stefan Caspari
Reformvorschläge für die Anbringung und Entscheidung von Befangenheitsgesuchen *434*

Stefan Caspari
Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren – Ausweitung der §§ 254, 255a StPO *441*

Stefan Caspari
Einschränkung des Zustimmungserfordernisses des Angeklagten bei Erhebung einer Nachtragsanklage *470*

Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor / Prof. Dr. Reinhold Schlothauer
Vorschlag zur Begrenzung der Revisionsmöglichkeiten bei erweiterten Aufzeichnungen von Hauptverhandlungen *476*

Prof. Dr. Matthias Jahn
Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme *479*

Prof. Dr. Matthias Jahn / Prof. Dr. Reinhold Schlothauer
Zustimmung statt Widerspruch bei Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren *505*

Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
Beweisantragsrecht/Präklusion *512*

Prof. Dr. Stefan König
Transparenz der Hauptverhandlung – Anmerkung „aus Praktikersicht“ *515*

Dr. Matthias Krauß
Die Videodokumentation der Hauptverhandlung *547*

Dr. Matthias Krauß
Beweisantragsrecht/Präklusion *578*

Dr. Matthias Krauß
Bündelung der Nebenklagevertretung *584*

Dr. Jochen Müller
Ausweitung der Besetzungsreduktion
(Unterbringungsverfahren, Wirtschaftsstrafkammern) *586*

Prof. Dr. Thomas Rönnau
Transparenz der Hauptverhandlung (Offenlegung der vorläufigen Beweiswürdigung
des Gerichts / kommunikative Verhandlungsführung) *593*

Ulf Thiele
Keine Ausweitung der Besetzungsreduktion, sondern vermehrte Dreierbesetzungen *622*

E. Rechtsmittel und Wiederaufnahme

Prof. Dr. Rainer Hamm
Zum Reformbedarf des Rechtsmittels der Revision in Strafsachen *628*

Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
Einstellung nach § 153a StPO im Revisionsverfahren *659*

Prof. Dr. Stefan König
Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens *660*

Dr. Norbert Mutzbauer
Änderungen im Revisionsrecht *669*

Prof. Dr. Henning Radtke
Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens *699*

Stefanie von Strünk
Ausweitung der Annahmeberufung/Ausschluss der Sprungrevision *704*

Stefanie von Strünk
Wahlrechtsmittel *707*

F. Vollstreckungsverfahren

Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
Zuständigkeitskonzentration bei der großen Strafvollstreckungskammer *711*

G. Jugendgerichtliches Verfahren

Prof. Dr. Theresia Höynck
Stellungnahme zur Frage der Konsequenzen der bisherigen Debatten für das jugendgerichtliche Verfahren *716*

A.

Ermittlungsverfahren

Bundesministerium
des Innern

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

hier: Erweiterung des Katalogs des § 100a Abs. 2 StPO

I. Empfehlung

Das Bundesministerium des Innern schlägt vor, den Katalog der in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftaten neu auszurichten und darin sämtliche Verbrechen sowie bestimmte weitere schwere Vergehen aufzunehmen. Als Vergehen sind zum einen Delikte zu erfassen, denen eine nach außen hin konspirative bzw. gemeinschaftliche Verhaltensweise immanent ist. Zum anderen sind solche Vergehen aufzunehmen, bei denen aufgrund des benutzten Tatmittels Internet oder des Tatobjekts Computernetzwerk eine Flüchtigkeit von Beweisen bzw. Beweisspuren in Form von Daten zu erwarten ist.

II. Begründung

In der derzeitigen Fassung enthält der Katalog der in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftaten grundlegende Wertungswidersprüche sowohl bei den dort genannten Verbrechen als auch bei den Vergehen (1).

Zudem bildet der Katalog des § 100a Abs. 2 StPO in seiner derzeitigen Fassung schwere Ausprägungen von Cyberkriminalität und terrorismusbezogenen Vorbereitungshandlungen nicht ausreichend ab (2).

(1) Beispiel Verbrechenstatbestände:

- Der Katalog des § 100a Abs. 2 StPO enthält unter anderem die Verbrechensstraftatbestände des Raubes und der Brandstiftung. Hierbei wird - im Gegensatz zu anderen aufgeführten Verbrechenstatbeständen - nicht darauf abgestellt, ob es sich um einen Einzeltäter oder eine gemeinschaftliche Begehungsweise handelt. Gleichwohl handelt es sich um schwere Strafta-

ten (Verbrechen), deren Aufnahme in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO das BVerfG ohne weitere Auseinandersetzung akzeptiert hat.

- Es zeigen sich jedoch deutliche Wertungswidersprüche gegenüber Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung: Die gemeinschaftliche Vergewaltigung (Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren) ist im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten, nicht jedoch die Vergewaltigung durch einen Einzeltäter, bei der ein Messer oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet wurde (Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren). Letzteres Delikt wird jedoch vom Gesetzgeber ausweislich des Strafrahmens als schwerwiegender eingestuft.
- Hinzu tritt folgende Erwägung: § 100a StPO ist nicht nur ein Ermittlungsinstrument, sondern auch ein Fahndungsinstrument. In der Strafverfolgungspraxis existiert ein dringender Bedarf für eine Ausweitung des Straftatenkataloges in Fällen schwerer Sexualdelikte, gerade wenn TKÜ zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten oder eines Verurteilten eingesetzt wird. Insbesondere zur Ermittlung des Aufenthaltsortes ist ein Rückgriff auf die Verkehrsdatenerhebung gem. § 100g StPO nicht immer ausreichend. Im Rahmen von § 100g StPO können nur im Inland anfallende Verkehrsdaten erhoben werden. Wenn sich der Beschuldigte jedoch im Ausland aufhält, ist nur eine Auswertung von Gesprächsinhalten nach § 100a StPO erfolgversprechend.

Die aufgezeigten Wertungswidersprüche können durch Einzelanpassungen nicht abschließend beseitigt werden. Deshalb sollte der Katalog des § 100a Abs. 2 StPO neu ausgerichtet und sämtliche Verbrechen aufgenommen werden. Verbrechen sind durch eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr gekennzeichnet. Hier empfiehlt sich eine Orientierung an § 261 StGB; der dortige Straftatkatalog enthält alle Verbrechen. Dies hätte darüber hinaus zur Folge, dass nicht jede Schaffung eines neuen Verbrechenstatbestandes Folgeänderungen im Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO auslöst.

Eine entsprechende Erweiterung des Kataloges des § 100a Abs. 2 StPO wäre auch verfassungsrechtlich zulässig. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung 2 BvR 236/08 vom 20. Oktober 2011 grundlegende Kriterien für den Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgestellt. Der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis setzt zunächst die Qualifizierung der Straftat als „schwer“ voraus, welche im Strafrahmen einen objektivierten Ausdruck findet. Bedeutung haben darüber hinaus ebenso das geschützte Rechtsgut und dessen Bedeutung für die Rechtsgemeinschaft. Delikte mit einer Mindesthöchststrafe von fünf Jahren weisen nach Auffassung des BVerfG jedenfalls eine hinreichende Schwere auf, um den Eingriff in Art. 10 GG zu rechtfertigen (Rn. 204).

Diese Anforderungen werden von jedem Verbrechenstatbestand erfüllt. Überdies stellt jedes Verbrechen – ausgehend von der erheblichen Mindeststrafandrohung von einem Jahr – den Rechtsfrieden in erheblicher Weise in Frage. Dies gilt erst recht für Verbrechen, deren Mindeststrafandrohung deut-

lich darüber hinausgeht, so etwa die oben beispielhaft genannte Vergewaltigung durch einen Einzeltäter unter Verwendung eines Messers (Mindestfreiheitsstrafe fünf Jahre, aber nicht im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten).

(2) Beispiel Vergehenstatbestände:

Soweit die aktuell in § 100a Abs. 2 StPO aufgeführten Straftaten die Mindeshöchststrafe von fünf Jahren nicht erreichen, hat das BVerfG darüber hinaus festgehalten, dass die Einstufung als „schwer" mit Blick auf die jeweils geschützten Rechtsgüter vertretbar erscheine. Nach diesen Kriterien ist die eng umgrenzte Aufnahme bestimmter weiterer Vergehenstatbestände in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO verfassungsrechtlich zulässig. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen ist sie aus rechtspolitischer und rechtspraktischer Sicht geboten.

Die im Katalog derzeit genannten Vergehenstatbestände sind in der Vielzahl darauf angelegt, dass ihnen gemeinschaftliche Begehungsweise zugrunde liegt. Nicht enthalten ist jedoch der Tatbestand der gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Ziff. 4 StGB). Angesichts des vom Gesetzgeber für diese Strafnorm gewählten Strafrahmens (Höchststrafe zehn Jahre) erscheint die Nichtaufnahme dieses Deliktes in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO inkonsequent.

Durch Einfügung solcher Vergehenstatbestände, die üblicherweise von einer gemeinsamen bzw. konspirativen Begehungsweise geprägt sind, würde ebenfalls den Anforderungen der Rechtsprechung des BVerfG genüge getan werden. Sie sind als „schwer" zu qualifizieren, weil sie eine Mindesthöchststrafe von deutlich mehr als fünf Jahren aufweisen und überdies den Rechtsfrieden in erheblicher Weise in Frage stellen. So beträgt im genannten Beispielsfall die Höchststrafe zehn Jahre. Darüber hinaus ist das geschützte Rechtsgut (körperliche Unversehrtheit) für die Rechtsgemeinschaft von erheblicher Bedeutung. Die gemeinschaftliche Begehungsweise stellt darüber hinaus den Rechtsfrieden in einer Weise in Frage, die eine Aufnahme des Delikts in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO und den Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG rechtfertigt. In Fällen gemeinschaftlicher und konspirativer Begehungsweise durch die Täter ist die TKÜ überdies in der Regel das einzig erfolgversprechende Ermittlungsinstrument.

Daneben besteht gerade aufgrund der Flüchtigkeit von Telekommunikationsdaten ein Bedürfnis zur Aufnahme folgender Delikte:

- *Ausspähen von Daten bei der Rekrutierung von Computersystemen mittels Schadsoftware zu Bot-Netzen (§§ 202a, b, c StGB), sowie die Durchführung von DDoS-Angriffen zum Nachteil von Firmen, kritischen Infrastrukturen oder Bundeseinrichtungen (§§ 303a, b StGB).* Auch Straftaten aus dem

Bereich der Cyberkriminalität können hinreichend schwer wiegen, um eine Aufnahme in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO zu rechtfertigen. Obwohl der Gesetzgeber aktuell lediglich einen moderaten Strafrahmen gesetzt hat (z.B. Höchststrafe drei Jahre bei § 202, 202a StGB), sind die angegriffenen Rechtsgüter und die Bedeutung für die Rechtsgemeinschaft erheblich. Cyberkriminalität weist hohe Wachstumsraten auf und stellt mit zunehmender Intensität den Rechtsfrieden infrage. Ohne die Möglichkeit zum Einsatz des Ermittlungsinstruments TKÜ kann der Staat bei Cyberstraftaten seiner Schutzpflicht gegenüber dem Bürger nicht in vollem Umfang nachkommen. Für die genannten Vergehen ist TKÜ oft das einzig erfolgversprechende Ermittlungsinstrument. Nur so können Telekommunikationsinhalte ausgeleitet und beweissicher der Strafverfolgung zugeführt werden. Daher ist es dringend erforderlich, das Ermittlungsinstrument TKÜ auch für solche weiteren Straftaten verfügbar zu machen, die vor allem mittels Telekommunikation begangen werden, ein hohes Gefahren- und Schadenspotenzials aufweisen und soweit sie im Einzelfall schwer wiegen.

- *Straftatbestand des § 89b StGB (Aufnahme von Beziehungen zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat).* Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass Personen, die sich in der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat gemäß § 89a StGB unterweisen lassen wollen (z.B. in einem terroristischen Ausbildungslager), Kontakte zu terroristischen Vereinigungen suchen (vgl. BT-Drs. 16/12428, S. 12, 16, 17). Im Rahmen einer Expertenbefragung (Staatsanwaltschaft und Polizei) konnte festgestellt werden, dass solche Kontaktaufnahmen überwiegend mittels Benutzung moderner Kommunikationsmittel erfolgen. Durch das Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz – GVVG-ÄndG) vom 12. Juni 2015 wurde mit der Aufnahme des § 89b StGB in den Katalog des § 3 des Artikel 10-Gesetzes (nachrichtendienstliche Telekommunikationsüberwachung) bereits der Tatsache Rechnung getragen, dass die Aufnahme von Beziehungen gemäß § 89b StGB insbesondere im Wege der Telekommunikation erfolgt (BT-Drs. 18/4087, S. 12). Hier ist der Gleichklang auch in § 100a Abs. 2 StPO insbesondere im Hinblick auf die Bedrohung der Allgemeinheit erforderlich.

Stand: 21. August 2015

Prof. Dr. Robert Esser
Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht

Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP)

UNIVERSITÄT PASSAU
Juristische Fakultät

BMJV-Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Gutachten / Thesenpapier
Partizipatorisches Ermittlungsverfahren

(29./30. September 2014)

I. Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten (§ 163a StPO)

1. Ausgangslage

Der ***Beschuldigte*** kann sich ***in jeder Lage des Verfahrens*** des ***Beistandes*** eines Verteidigers bedienen (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO). Das Verfahren beginnt mit der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens, d.h. wenn eine zuständige staatliche Stelle tätig wird, um den Verdacht einer strafbaren Handlung zu klären und sie gegebenenfalls zu verfolgen.[1]

Spätestens ab dem Ansetzen zur ersten Ermittlungsmaßnahme tritt der Betroffene in den Beschuldigtenstatus ein.[2] Ab diesem Moment gilt das Recht auf Rechtsbeistand zu *jedem* Zeitpunkt des Verfahrens bis zu seiner endgültigen Beendigung.[3] Dazu zählt auch die (erste) polizeiliche Vernehmung.

Die StPO sieht bei der ***richterlichen*** **und** ***staatsanwaltschaftlichen*** **Vernehmung des Beschuldigten** (§ 168c Abs. 1; § 163a Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 168c Abs. 1 StPO) – über die allgemeine Regelung des § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO hinausgehend – explizit ein **Anwesenheitsrecht des Verteidigers** „bei der Vernehmung" vor („die Anwesenheit gestattet"). Der von § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO gewährleistete allgemeine „Beistand eines Verteidigers" wird damit in einem für die Effektivität der Verteidigung zentralen Punkt konkretisiert.

---

1 *Meyer-Goßner*/Schmitt, 57. Aufl. 2014, Einl Rn. 60; HK-StPO/*Zöller*, 5. Aufl. 2012, § 160 Rn. 6; LR/*Lüderssen*/*Jahn*, Band 4, 26. Aufl. 2007, § 137 Rn. 15.

2 HK-StPO/*Gercke* (Fn. 1), § 157 Rn. 1; BeckOK-StPO/*Patzak*, § 163a, Stand: 24.3.2014, Rn. 5; LR/*Esser*, Band 11, EMRK, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 584.

3 HK-StPO/*Julius* (Fn. 1), § 137 Rn. 2; BeckOK-StPO/*Wessing*, § 137, Stand: 24.3.2014, Rn. 2.

Für die ***polizeiliche*** **Vernehmung** im Allgemeinen und die ***erste*** **polizeiliche Vernehmung im Besonderen fehlt eine diesbezügliche gesetzliche Regelung**. Ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers in dieser frühen und für den Beschuldigten sensiblen Phase des gesamten Strafverfahrens wird derzeit nur mittelbar über das allgemeine Recht des *Beschuldigten* auf den Beistand eines Verteidigers (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK[4]) bzw. über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleitet.

2. Menschenrechtlicher Kontext: Art. 6 Abs. 3 *lit*. b/c EMRK (Zugang zum Verteidiger)

Aus menschenrechtlicher Sicht ist unter Beachtung der Vorgaben der EMRK eine klarstellende gesetzliche Regelung zum Recht auf Anwesenheit des Verteidigers „bei der polizeilichen Vernehmung" in der StPO anzudenken.

Art. 6 Abs. 3 *lit*. c EMRK garantiert das Recht jeder *„angeklagten Person"* [= Beschuldigter], *„sich selbst zu verteidigen*, *sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder*, *falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen*, *unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten*, *wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist*".

Der EGMR interpretiert die strafrechtliche *„Anklage"* i.S.d. Art. 6 EMRK weit[5] (vergleichbar etwa dem deutschen Begriff des „Beschuldigten") und hat den Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 3 *lit*. c EMRK im Laufe der Jahre auf ein allgemeines **Institut der „effektiven Verteidigung"** erweitert:

> *„It is of crucial importance for the fairness of the criminal justice system that the accused be adequately defended*, *both at first instance and on appeal*."[6]

Die Vorschrift des Art. 6 Abs. 3 *lit*. c EMRK flankiert insoweit die Grundaussage des § 137 Abs. 1 StPO.[7] Auch wenn der Konventionstext selbst einzelne Aspekte dieser Garantie nicht näher konkretisiert, besteht am Recht, sich zu jeder Zeit des Verfahrens, auch und gerade schon zu dessen Beginn, des Beistands eines Verteidigers zu bedienen, kein Zweifel.

Ansätze dahingehend, **dass der EGMR das Recht auf Zugang zum Verteidiger nur dann als effektiv und gewahrt ansieht, wenn bei jeder, auch schon der (ersten) polizeilichen, Vernehmung ein Verteidiger anwesend sein darf**, finden sich etwa in den Urteilen Pishchalnikov / Russland, Urt. v. 24.9.2009, Nr. 7025/04 (§ 79), Panovits / Zypern, Urt. v. 11.12.2008, Nr. 4268/04 (§ 66) und Brusco / Frankreich, Urt. v. 14.10.2010, Nr. 1466/07 (§ 45);[8] siehe außerdem nachstehende, besonders deutliche Positionierung im Urteil Nechto / Russland, Urt. v. 24.1.2012, Nr. 24893/05 (§ 103):

---

4 Siehe etwa: EGMR (Große Kammer), Salduz/Türkei, Urt. v. 27.11.2008, Nr. 36391/02, NJW 2009, 3707.

5 Ständige Rechtsprechung, siehe etwa EGMR, Brusco/Frankreich, Urt. v. 14.10.2010, Nr. 1466/07, § 47; Mikolajová/Slowakei, Urt. v. 18.1.2011, § 40; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 4; BeckOK-StPO/*Valerius*, EMRK, Art. 6, Stand: 24.3.2014, Rn. 4.

6 EGMR, Siyrak/Russland, Urt. v. 19.12.2013, Nr. 38094/05, § 26.

7 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 137 Rn. 3.

8 Zusammenfassend: LR/*Esser* (Fn. 2), Art. 6 Rn. 605 ff.

> *„Article 6 § 1 of the Convention requires that*, *as a rule*, ***access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police***, *unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right […]. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer*, *such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 […]. The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during a police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.“*

Ist dem Verteidiger die Anwesenheit und damit auch die Mitwirkung bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten verwehrt, ist das Recht auf Verteidigung aus Sicht der EMRK nicht effektiv.[9] Darüber hinaus dürfte eine subtile Unterscheidung zwischen polizeilicher und staatsanwaltlicher Vernehmung, die Auswirkungen auf die Beschuldigtenrechte haben sollte, vom EGMR wohl – zu Recht – als willkürlich eingestuft werden. Der Gerichtshof hat mehrfach betont, dass Ermittlungsmaßnahmen gerade im frühen Stadium des Verfahrens für dessen weiteren Gang von entscheidender Bedeutung sind.[10]

3. Reformbedarf: Argumente für eine Änderung/Ergänzung des § 163a StPO

Die Bedeutung der *ersten* (meist polizeilichen) Vernehmung des Beschuldigten ist für den weiteren Verlauf des Ermittlungsverfahrens tendenziell hoch einzuschätzen.[11] Mängel im Ermittlungsverfahren, gerade während der polizeilichen Vernehmung, können aufgrund restriktiver Beweisverwertungsregeln im deutschen Strafverfahrensrecht (keine Fernwirkung) in der späteren Hauptverhandlung nur noch eingeschränkt kompensiert werden.[12]

Selbst im Falle eines späteren Beweisverwertungsverbotes lassen sich rechtswidrig gewonnene Erkenntnisse nicht einfach aus den Köpfen der Beteiligten löschen. **Nur der rechtlich beratene und durch physische Anwesenheit eines Rechtsbeistandes gestärkte und als unschuldig geltende (Art. 6 Abs. 2 EMRK) Beschuldigte ist daher ausreichend vor unzulässigen Pressionen der Strafverfolgungsbehörden geschützt**.[13]

Dass § 168c Abs. 1 für die **richterliche Vernehmung** und § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO über den Verweis auf § 168c Abs. 1 StPO für die ***staatsanwaltschaftliche* Vernehmung des Beschuldigten** ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers zusätzlich zur Regelung des § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO vorsehen, für die polizeiliche Vernehmung aber auf eine solche Regelung verzichten, ist von der Gesetzestechnik her betrachtet **widersprüchlich** und gibt zu Spekulatio-

---

[9] *Esser*/*Gaede*/*Tsambikakis*, NStZ 2011, 140, 145; siehe auch: LR/*Esser* (Fn. 2), Art. 6 Rn. 607; SK-StPO/*Paeffgen*, 4. Aufl., Band X, EMRK, Art. 6 Rn. 138 b.

[10] Exemplarisch etwa EGMR, Vanfuli / Russland, Urt. v. 3.11.2011, Nr. 24885/05, § 95: „The Court further emphasises the importance of the investigation stage for the preparation of the criminal proceedings, as the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial […]. At the same time, an accused often finds himself in a particularly vulnerable position at that stage of the proceedings, the effect of which is amplified by the fact that legislation on criminal procedure tends to become increasingly complex, notably with respect to the rules governing the gathering and use of evidence. In most cases, this particular vulnerability can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer whose task is, among other things, to help to ensure respect for the right of an accused not to incriminate himself.“

[11] *Schlegel*/*Wohlers*, StV 2012, 307; LR/*Erb*, Band 5, 26. Aufl. 2007, § 163a Rn. 27 f.

[12] KK-StPO/*Ott*, 7. Aufl. 2013, § 261 Rn. 34.

[13] *Schlegel*/*Wohlers*, StV 2012, 307 m.w.N.

nen Anlass, dass ein solches Anwesenheitsrecht des Verteidigers „bei der polizeilichen Vernehmung“ gar nicht oder nur eingeschränkt gewährleistet ist. Dies bestätigt sich immer wieder bei Vorträgen und Diskussionen mit ausländischen Wissenschaftlern und Praktikern, wenn es um den Normtext und den Schutzgehalt des § 163a StPO geht.

Unterbleibt vor der *polizeilichen* Vernehmung die Belehrung des Beschuldigten gemäß **§ 136 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO**, greift nach derzeitiger Rechtslage nur ein nachträgliches Verwertungsverbot hinsichtlich der getätigten Aussage [unter Beachtung der Widerspruchslösung], sofern der Beschuldigte sein Recht nicht ohnehin kannte (BGHSt 47, 172, 173).[14]

Eine derart kompensatorische Lösung *im Urteil* stellt den Zugang des Beschuldigten zu einem Verteidiger „bei einer polizeilichen Vernehmung“ im Ermittlungsverfahren nicht effektiv sicher (Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 *lit*. c EMRK), so dass diesbezüglich eine über § 137 Abs. 1 StPO hinausgehende, dessen Schutzgehalt klarstellende **ausdrückliche gesetzliche Regelung** in § 163a StPO aufgenommen werden sollte.[15]

Klar in diese Richtung deuten auch der Normtext und der Regelungsgehalt des **Art. 3 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 *lit*. a und *lit*. b der EU-Richtlinie 2013/48/EU v. 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren pp.**[16]:

> ***Artikel 3 Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand im Strafverfahren***
> *(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtigen und beschuldigten Personen das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand* ***so rechtzeitig und in einer solchen Art und Weise zukommt, dass die betroffenen Personen ihre Verteidigungsrechte praktisch und wirksam wahrnehmen können****.*
> *(2) [1]Verdächtige oder beschuldigte Personen können unverzüglich Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten. [2]In jedem Fall können Verdächtige oder beschuldigte Personen ab dem zuerst eintretenden der folgenden Zeitpunkte Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten:*
> *a) vor ihrer Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden;*
> *b) ab der Durchführung von Ermittlungs- oder anderen Beweiserhebungshandlungen durch Ermittlungs- oder andere zuständige Behörden gemäß Absatz 3 Buchstabe c;*
> *c) unverzüglich nach dem Entzug der Freiheit;*
> *d) wenn der Verdächtige oder die beschuldigte Person vor ein in Strafsachen zuständiges Gericht geladen wurde, rechtzeitig bevor der Verdächtige oder die beschuldigte Person vor diesem Gericht erscheint.*
> *(3) Das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand umfasst Folgendes:*
>
> ***a) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtige oder beschuldigte Personen das Recht haben, mit dem Rechtsbeistand, der sie vertritt, unter vier Augen zusammenzutreffen und mit ihm zu kommunizieren, auch vor der Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden.***
>
> ***b) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Verdächtige oder beschuldigte Personen ein Recht darauf haben, dass ihr Rechtsbeistand bei der Befragung zugegen ist und wirksam daran teilnimmt. Diese Teilnahme erfolgt gemäß den Verfahren des nationalen***

[14] Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 163a Rn. 26a; § 136 Rn. 21.
[15] BeckOK-StPO/*Valerius*, EMRK, Art. 6 Rn. 42.
[16] ABl. EU Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 1.

***Rechts**, **sofern diese Verfahren die wirksame Ausübung und den Wesensgehalt des betreffenden Rechts nicht beeinträchtigen**. **Nimmt ein Rechtsbeistand während der Befragung teil**, **wird die Tatsache**, **dass diese Teilnahme stattgefunden hat unter Verwendung des Verfahrens für Aufzeichnungen nach dem Recht des betreffenden Mitgliedstaats schriftlich festgehalten**.*[17]

4. Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens (2004)

Bereits der Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag, der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen und des Bundesministeriums der Justiz vom Februar 2004 (StV 2004, 228 ff.) plädierte für eine Reform des § 163a StPO:

„§ 163a

(1) Der Beschuldigte ist spätestens vor dem Abschluss der Ermittlungen zu vernehmen, es sei denn, dass das Verfahren zur Einstellung führt. In einfachen Sachen genügt es, dass ihm Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich zu äußern. Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten gelten die §§ 136 und 136a für die Staatsanwaltschaft und Beamten des Polizeidienstes entsprechend, bei letzteren mit der Maßgabe, dass auf die in Betracht kommenden Strafvorschriften nicht hingewiesen zu werden braucht.

(2) Beantragt der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Aufnahme von Beweisen, so sind sie zu erheben, wenn sie von Bedeutung sind.

(3) Der Beschuldigte ist verpflichtet, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen. Die §§ 133 bis 135 gelten entsprechend. Über die Rechtmäßigkeit der Vorführung entscheidet auf Antrag des Beschuldigten das Gericht; § 161a Abs. 4 Satz 2 bis 4 ist anzuwenden.

(4) Dem Verteidiger ist an der Vernehmung des Beschuldigten Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben. Der Staatsanwaltschaft ist an der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben.

(5) Vernehmungen des Beschuldigten sollen in geeigneten Fällen auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. Ist beabsichtigt, eine Bild- oder Tonaufzeichnung durchzuführen, ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen.

5. Änderungsvorschlag

§ 163a [Vernehmung des Beschuldigten]

(1) [1]Der Beschuldigte ist zum frühest möglichen Zeitpunkt zu vernehmen, spätestens jedoch vor dem Abschluß der Ermittlungen, es sei denn, daß das Verfahren zur Einstellung führt. [2]§ 58a Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 und 3 sowie § 58b gelten entsprechend. [3]In einfachen Sachen genügt es, daß ihm Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich zu äußern.

(2) Beantragt der Beschuldigte zu seiner Entlastung die Aufnahme von Beweisen, so sind sie zu erheben, wenn sie von Bedeutung sind.

(3) [1]Der Beschuldigte ist verpflichtet, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen. [2a]Die §§ 133 bis 136a gelten entsprechend. [2b]Der Beschuldigte hat das Recht vor und während der Vernehmung einen Verteidiger hinzuzuziehen (§ 137 Abs. 1 Satz 1). [2c]Bei der Vernehmung des Beschuldigten ist dem Verteidiger die Anwesenheit [und Mitwirkung] gestattet. [2c] § 168c Abs. 5 StPO gilt entsprechend. [3]Über die Rechtmäßigkeit der Vorführung entscheidet auf Antrag des

[17] Siehe außerdem ErwG Nr. 25 der RiL 2013/48/EU.

Beschuldigten das nach § 162 zuständige Gericht. [4]Die §§ 297 bis 300, 302, 306 bis 309, 311aund 473a gelten entsprechend. [5]Die Entscheidung des Gerichts ist unanfechtbar.

(4) [1]Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird. [2a]Der Beschuldigte hat das Recht vor und während der Vernehmung einen Verteidiger hinzuzuziehen (§ 137 Abs. 1 Satz 1). [2b]Bei der Vernehmung des Beschuldigten ist dem Verteidiger die Anwesenheit [und Mitwirkung] gestattet. [3]Im übrigen sind bei der Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes § 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2, 3, § 136a anzuwenden.

(5) § 187 Absatz 1 bis 3 und § 189 Absatz 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes gelten entsprechend.

II. Zeitliche Ausweitung notwendiger Verteidigung bei schweren Tatvorwürfen im Ermittlungsverfahren / Zwingende Anwesenheit eines Verteidigers bei der (ersten) polizeilichen Vernehmung („Verteidiger der ersten Stunde“)

1. Ausgangslage

§ 140 Abs. 1 StPO normiert die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers u.a. für den Fall, dass

(Nr. 1) die **Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht** stattfindet;

(Nr. 2) dem Beschuldigten **ein Verbrechen zur Last gelegt** wird;

(Nr. 4) gegen einen Beschuldigten **Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Absatz 6 vollstreckt wird**.

[Die Nr. 3 (drohendes Berufsverbot), Nr. 5 (Aufenthalt in einer Anstalt für mindestens drei Monate), Nr. 6 (Infragekommen einer Unterbringung nach § 81), Nr. 7 (Durchführung eines Sicherungsverfahrens), Nr. 8 (Verteidiger von der Mitwirkung in dem Verfahren ausgeschlossen) und Nr. 9 (Beiordnung eines Rechtsanwaltes für den Verletzten) bleiben an dieser Stelle außer Betracht.]

In anderen Fällen bestellt der Vorsitzende auf Antrag oder von Amts wegen einen Verteidiger, **wenn wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage die Mitwirkung eines Verteidigers geboten erscheint oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann** (§ 140 Abs. 2 Satz 1 StPO). In verfassungskonformer Auslegung ist Absatz 2 darüber hinaus immer dann anzuwenden, wenn der Rechtsanspruch des Angeklagten auf ein **faires Verfahren** ohne Unterstützung eines Verteidigers verletzt würde.[18]

Wird die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1, Abs. 2 StPO notwendig, so umfasst sie – zeitlich gesehen – prinzipiell das gesamte Verfahren.[19] **Gleichwohl ist die Regelung des § 140 StPO nur auf das Hauptverfahren ausgerichtet.** Das macht nicht zuletzt die Regelung des § 141 Abs. 3 StPO deutlich.

---

[18] Vgl. LG Heilbronn, StV 1984, 506; Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 140 Rn. 32; vgl auch LR/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 1), § 140 Rn. 17 ff.

[19] BeckOK-StPO/*Wessing*, § 140, Stand: 24.3.2014, Rn. 1; KK-StPO/*Laufhütte* (Fn. 12), § 140 Rn. 4.

Für das **Ermittlungsverfahren** [und das Zwischenverfahren] normiert § 141 StPO in **zeitlicher Hinsicht** ein Regelungsmodell, das sich in der Praxis als erhebliche Beschränkung einer (aus Gründen ihrer Effektivität) notwendigen Verteidigung in dieser sensiblen Phase des Strafverfahrens erweist:

> *§ 141*
>
> *(1) In den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 5 bis 9 und Abs. 2 wird dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger bestellt,* ***sobald er gemäß § 201 zur Erklärung über die Anklageschrift aufgefordert worden ist****.*
>
> *(2) Ergibt sich erst später, daß ein Verteidiger notwendig ist, so wird er sofort bestellt.*
>
> *(3) [1]Der Verteidiger kann* ***auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden****. […] [3]Nach dem Abschluß der Ermittlungen (§ 169a) ist er auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu bestellen.* *[4]Im Fall des* ***§ 140 Abs. 1 Nr. 4*** [Vollstreckung von U-Haft pp.] *wird der Verteidiger unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung bestellt.*
>
> *(4) […]*

Das Regelungsmodell des § 141 StPO sieht damit zeitlich eine **notwendige [= zwingend zu gewährleistende] Verteidigung** erst **nach Anklageerhebung** und der Aufforderung zur Erklärung nach § 201 StPO (Absatz 1) vor („Angeschuldigten")[20]. Dies erklärt, warum es für das **Vorverfahren** der Regelung des § 141 Abs. 3 StPO bedarf.

Für das **Ermittlungsverfahren** normiert – abgesehen von dem späten Zeitpunkt des Abschlusses der Ermittlungen [auf Antrag der StA, Abs. 3 Satz 3] lediglich der durch das **UntersuchungshaftrechtsänderungsG** v. 29.7.2009, BGBl Abs. 1 2274) neugefasste **§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO** einen Fall notwendiger Verteidigung (auch ohne Antrag der StA), wenn [= sobald] gegen den Beschuldigten *Untersuchungshaft* (§§ 112, 112a StPO) oder eine *einstweilige Unterbringung* (§§ 126a, 275a Abs. 6 StPO) vollstreckt wird. Mit Hilfe der umfassenden Regelung des Untersuchungshaftrechts sollten die Rechte des Beschuldigten gestärkt und die Rechtsschutzmöglichkeiten bei drohender oder bestehender Inhaftierung gestärkt werden.[21] Im ursprünglichen RegE für das Gesetz (BT-Drs. 16/11644) war diese Neuregelung noch nicht enthalten. Sie wurde erst später in die Beschlussfassung des Rechtsausschusses aufgenommen. Letztlich hatte sich dort die Einsicht durchgesetzt, **dass aufgrund des mit der Inhaftierung und Freiheitsentziehung verbundenen erheblichen Eingriffs in die Grundrechte des Betroffenen eine (Pflicht-)Verteidigerbestellung schon ab Beginn der Vollstreckung der freiheitsentziehenden Maßnahme** geboten ist (BT-Drs. 16/13097, S. 18).[22]

Die Beiordnung nach Nr. 4 kommt allerdings erst und nur solange in Betracht, wie der Beschuldigte sich tatsächlich im **Vollzug einer der genannten freiheitsentziehenden Maßnahmen** befindet.[23] Entscheidender Beiordnungszeitpunkt ist dem Wortlaut des § 140 Abs. 1 Nr. 4 und § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO zufolge erst der Vollstreckungsbeginn. Es kommt folglich

---

[20] Vgl. LR/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 1), § 141 Rn. 19.

[21] Vgl. LR/*Lüderssen*/*Jahn*, Band 12, Nachtr., 26. Aufl. 2014, § 140 Rn. 1.

[22] Nach der bis zum 13.12.2009 gültigen früheren Rechtslage war dem inhaftierten Beschuldigten erst nach Vollzug von drei Monaten Untersuchungshaft ein Pflichtverteidiger beizuordnen, vgl. LR/*Lüderssen*/*Jahn*, Nachtr. (Fn. 21), § 140 Rn. 2.

[23] HK-StPO/*Julius* (Fn. 1), § 140 Rn. 8.

auf die Anordnung der Vollstreckung der Untersuchungshaft durch den Richter an.[24] Dann ist der Verteidiger unverzüglich zu bestellen (§ 141 Abs. 3 Satz 4 StPO). Die Beiordnung erfolgt allerdings nicht, wenn der Haftbefehl zugleich mit der Verkündung außer Vollzug gesetzt wird (BT-Drs. 16/13097, S. 19).[25] Das **bloße Bestehen eines Haft- oder Unterbringungsbefehls**, der nicht vollstreckt wird, soll ebenfalls nicht ausreichen.[26]

Sachlich/zeitlich nicht erfasst vom zwingenden Fall der notwendigen Teilnahme nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO ist der Zeitraum von der [freiheitsentziehenden!] **vorläufigen Festnahme bzw. Verhaftung bis zur Vorführung des Beschuldigten vor den Ermittlungsrichter** – und damit auch nicht die für den Beschuldigten und das spätere Verfahren bedeutsame **erste** (in der Regel) ***polizeiliche*** **Vernehmung des Beschuldigten** [die nicht zwingend mit einer vorläufigen Festnahme einhergehen muss].[27] Die Vorschrift findet keine Anwendung bei der Vollstreckung von Hauptverhandlungshaft nach §§ 127b Abs. 2, 230 Abs. 2, 329 Abs. 4 StPO und von Sicherungshaft nach § 453c Abs. 1 StPO. Ebenso sind die Straf-, Auslieferungshaft oder Abschiebehaft nicht erfasst.[28]

Eine Verteidigung als solche soll zwar nach der Regelung des § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO auch dann notwendig sein, wenn dem Beschuldigten ein **Verbrechen** (§ 12 Abs. 1 StGB) **zur Last gelegt wird**.[29] Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn wegen eines Verbrechens Anklage (§ 200 StPO) erhoben wird oder der Eröffnungsbeschluss eine Tat als Verbrechen einstuft.[30] Ein „Zur-Last-Legen" soll aber auch schon dann anzunehmen sein, wenn wegen eines Verbrechens ermittelt wird.[31] Laut OLG Bremen (StV 1984, 13) soll sogar die „nicht nur entfernte Möglichkeit", dass die dem Gericht unterbreitete Tat im Lauf des Verfahrens als Verbrechen beurteilt wird, ausreichen.

Diese weite Interpretation des § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO kann allerdings nur im Rahmen des § 141 Abs. 3 StPO zum Tragen kommen, wonach „d*er Verteidiger […]* ***auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden [kann]"*** *(Satz 1) und* ***„die Staatsanwaltschaft [dies] beantragt […]***, ***wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird"*** *(Satz 2)*.

2. Menschenrechtlicher Kontext: Recht auf Zugang zum Verteidiger (Art. 6 Abs. 3 *lit*. c EMRK)

In der Rechtsprechung des EGMR finden sich deutliche Hinweise darauf, dass dem Betroffenen schon zu Beginn des Verfahrens, bei freiheitsentziehenden Maßnahmen, jedenfalls aber vor/bei (polizeilichen) Vernehmungen, ein Verteidiger zur Verfügung stehen *muss*.[32]

---

[24] Vgl. LR/*Lüderssen*/*Jahn*, Nachtr. (Fn. 21), § 140 Rn. 16.
[25] Vgl. LR/*Lüderssen*/*Jahn*, Nachtr. (Fn. 21), § 140 Rn. 10.
[26] HK-StPO/*Julius* (Fn. 1), § 140 Rn. 8 aE.
[27] Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 141 Rn. 3a.
[28] Vgl. LR/*Lüderssen*/*Jahn*, Nacht. (Fn. 21), § 140 Rn. 8.
[29] Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 140 Rn. 12.
[30] HK-StPO/*Julius* (Fn. 1), § 140 Rn. 6; Anwk-StPO/*Krekeler*/*Werner*, 2. Aufl. 1999, § 140 Rn. 5; SK-StPO/*Wohlers*, Band 3, 4. Aufl. 2011, § 140 Rn. 7.
[31] SK-StPO/*Wohlers* (Fn. 30), § 140 Rn. 7; LR/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 1), § 140 Rn. 23 ff.
[32] Vgl. hierzu: LR/*Esser* (Fn. 2), Art. 6 Rn. 657.

Im Fall *Pishchalnikov*[33] beanstandete der EGMR, dass dem festgenommenen Beschuldigten, der einen Verteidigerbeistand gewünscht hatte, kein solcher gestellt wurde, nachdem der von ihm gewünschte Anwalt nicht verfügbar war.[34]

Am klarsten sind hier die **Umkehrschlüsse aus Judikaten, in denen eine Verletzung von Art. 6 EMRK gerade verneint wurde**. So wurde das Verfahren in diesen Fällen nur deshalb noch nicht für „unfair", d.h. als „noch fair" befunden, da die Verurteilung sich nicht auf eine Vernehmung stützte, in der der Beschuldigte keinen effektiven Zugang zu einem Verteidiger gehabt hatte („Beruhen").[35]

Doch selbst in solchen Konstellationen kann eine Verletzung von Art. 6 EMRK vorliegen, was von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt.[36]

Art. 6 EMRK ist hingegen nicht verletzt, wenn der Beschuldigte die Tat in der Vernehmung ohne Verteidiger bestreitet und auch hinterher, bei weiteren Vernehmungen mit Verteidigerbeistand, bei seiner Version bleibt[37] oder wenn er ohne Verteidigerbeistand die Tat bestreitet und später, in Gegenwart des Verteidigers, ein Geständnis ablegt[38].

Aus diesen Beispielen wird deutlich, dass es für die Strafverfolgungsbehörden nicht wirklich von (prozessualem) Vorteil ist, wenn sie den Beschuldigten „ungestört", d.h. ohne Verteidigerbeistand vernehmen können: Belastet jener sich selbst, sind die Angaben später ggf. nicht verwertbar (sogar bei Nichtverwerten kann das Verfahren nach den Maßstäben der EMRK noch unfair sein); belastet der Beschuldigte sich nicht selbst, so sind auch keine Erkenntnisse vorhanden, die gegen ihn verwendet werden könnten. Die Frage nach einem – teilweise oder vollständigen – Verbot der Verwertung der Aussagen stellt sich dann nicht.

Einen Verstoß gegen die Beschuldigtenrechte und die Verfahrensfairness verneint der EGMR, wenn der Beschuldigte auf sein Recht auf einen Verteidiger **wirksam verzichtet** hat. An diese Verzichtserklärung stellt der Gerichtshof allerdings **strenge Anforderungen**; sie muss eindeutig sein.[39]

Zwar kann die Verzichtserklärung auch **mittels schlüssigen Verhaltens** erfolgen,[40] dennoch stellt der wirksame Verzicht in der Rechtsprechung des EGMR eher die Ausnahme dar. Insbesondere verlangt der Gerichtshof, dass der Beschuldigte die Konsequenzen des Verzichts

---

33 EGMR, Pishchalnikov / Russland, Urt. v. 24.9.2009, Nr. 7025/04, insbes. § 74.

34 „(…) in the event that Mr L. was unavailable, the investigating authorities should have offered the applicant the possibility to retain another counsel or appointed a lawyer from the local Bar Association"; vgl. auch: LR/*Esser* (Fn. 2), Art. 6 Rn. 731.

35 EGMR, Minculescu / Rumänien, Entsch. v. 13.11.2012, Nr. 7993/05, § 84.

36 EGMR, Todorov / Ukraine, Urt. v. 12.1.2012, Nr. 16717/05, §§ 78 f.; das Urteil beruhte nicht auf den selbstbelastenden Angaben, die der Beschuldigte ohne Verteidigerbeistand gemacht hatte, sondern auf diversen anderen Beweisen; Verletzung von Art. 6 EMRK, da nicht auszuschließen war, dass die unverwertbaren ersten Aussagen des Beschuldigten das Verfahren in eine bestimmte Richtung gedrängt hatten).

37 EGMR, Trymbach / Ukraine, Urt. v. 12.1.2012, Nr. 44385/02, § 64.

38 EGMR, Stanca / Rumänien, Urt. v. 24.7.2014, Nr. 34116/04, § 62.

39 Ständige Rechtsprechung, jüngst etwa EGMR, Omelchenko / Ukraine, Urt. v. 17.7.2014, Nr. 34592/06, §§ 46, 48.

40 EGMR, Pishchalnikov / Russland, Urt. v. 24.9.2009, Nr. 7025/04, § 77; Pavlenko / Russland, Urt. v. 1.4.2010, Nr. 42371/02, § 102.

erkennen kann.[41] Ein wirksamer Verzicht lag vor im Fall *Aksin u.a.*[42]: Der Beschuldigte verweigerte die Annahme anwaltlicher Hilfe und wollte sich selbst verteidigen.

Für die Konzeption einer notwendigen Verteidigung nach deutschem Modell ist die Frage eines Verzichts auf Seiten des Beschuldigten prinzipiell unerheblich; sie wirkt sich allenfalls auf der Ebene der Beweisverwertbarkeit aus.

3. Überlegungen im Kontext der EU-Richtlinie 2013/48/EU v. 22.10.2013

Bereits im Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf einen Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme (KOM [2011] 326 vom 08.06.2011) und auch in der später erlassenen Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2013[43] ist der allgemeine Grundsatz niedergelegt, **wonach alle Verdächtigten und Beschuldigten in Strafverfahren das Recht auf „Zugang zu einem Rechtsbeistand" so rechtzeitig und in einer solchen Art und Weise „zukommen" muss, dass sie ihre Verteidigungsrechte praktisch und wirksam wahrnehmen können (Art. 3 Abs. 1 RiL).** Der *Zugang* zu einem Rechtsbeistand ist je nach Umständen des Falles so früh wie möglich („unverzüglich") zu gewährleisten (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 RiL). Die Formulierung „können unverzüglich Zugang erhalten" macht allerdings deutlich, dass es **lediglich um das Zugangsrecht** (iSv § 137 Abs. 1 StPO) und nicht um die Frage der Sicherstellung eines „notwendigen" Zugangs (iSv § 140 iVm § 141 StPO) geht.

Gleichwohl ist es bemerkenswert, dass die RiL als Zeitpunkte, zu denen ein solcher „Zugang" gewährleistet sein muss, die *„Befragung durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden"* (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 *lit*. a RiL) und *„unverzüglich nach dem Entzug der Freiheit"* (*lit*. c) nennt; von letzterer Konstellation wäre auch die vorläufige Festnahme und nicht erst die Vollstreckung von Untersuchungshaft erfasst.

Im Spannungsfeld zwischen den Ermittlungsbehörden und der Verteidigung stehen häufig Fragen der Beweisgewinnung. Das auf Tatsachenfeststellung und Beweissicherung ausgerichtete Ermittlungsverfahren findet derzeit weitgehend unter Ausschluss bzw. ohne Hinzuziehung der Verteidigung statt. Zur Begründung wird zumeist angeführt, dass nur die anfängliche Geheimhaltung der Ermittlungen und die – durch Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten beeinträchtigte – Freiheit der Ermittlungsbehörden diesen den Vorsprung gegenüber der Verteidigung verschafften, dessen es im Interesse einer effektiven Verbrechensaufklärung bedürfe.[44]

Zentrale Verteidigungsstandards sind in der endgültig erlassenen RL 2013/48 in den ausführlichen **Art. 3** aufgenommen worden (s.o.). Diese Entwicklung zeigt jedenfalls, dass man sich auch auf Unionsebene der Bedeutung des Beistandes des Verteidigers während ermittlungsentscheidender Maßnahmen bewusst(er) geworden ist – auch wenn Fragen der notwendigen

---

41 EGMR, Pavlenko / Russland, Urt. v. 1.4.2010, Nr. 42371/02, § 102; Talat Tunç / Türkei, Urt. v. 27.3.2007, Nr. 32432/96 § 59.
42 EGMR, Aksin u.a. / Türkei, Urt. v. 1.10.2013, Nr. 4447/05, §§ 48 ff.
43 ABl. EU Nr. L 294 v. 6.11.2013, S. 1.
44 So bereits *Ernesti*, JR 1982, 221, 222; vgl. auch *Dahs*, NJW 1985, 1114.

Verteidigung getarnt als „Prozesskostenhilfe“ (Art. 11 RiL) – ausdrücklich nicht zum Programm der Richtlinie gehören.

4. Reformbedarf: Erweiterung notwendiger Verteidigung im Ermittlungsverfahren auf die (erste) polizeiliche Vernehmung

Gesetzlich geregelt ist bislang – abgesehen von der Konstellation des § 140 Abs. 1 Nr. 4 (U-Haft pp.) – lediglich pauschal, dass **im Vorverfahren** ein Verteidiger bestellt werden „kann“ (Art. 141 Abs. 3 Satz 1 StPO).[45] Dies wird weder der überragenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für den Ausgang des Strafverfahrens insgesamt noch rechtsstaatlichen Grundsätzen gerecht.

Verfehlt erscheint es jedenfalls, die Bestellung eines Verteidigers davon abhängig zu machen, ob ein solcher im *späteren* Gerichtsverfahren notwendig sein wird. Es ist vielmehr zu fordern, dass ein Verteidiger zu bestellen ist, wenn seine Mitwirkung *ad hoc* im Ermittlungsverfahren notwendig ist. Gerade am Beginn des Strafverfahrens ist ein Beschuldigter oftmals überfordert, seine eigenen Rechte richtig einzuschätzen und etwa die Erhebung entlastender Beweise anzuregen oder zu beantragen.

Speziell für die erste (meist) polizeiliche Vernehmung besteht derzeit selbst bei Verbrechen keine Absicherung des Instituts einer notwendigen Verteidigung. Dies führt in der Praxis dazu, dass zahlreiche Beschuldigte nach der vorläufigen Festnahme bis zu ihrer Vorführung vor den Ermittlungsrichter keine Unterstützung durch einen Verteidiger erfahren – andererseits aber in dieser Phase (etwa bei Kapitalstraftaten) **in Vernehmungstechniken geschulten und technisch gut ausgestatteten Ermittlerteams der Polizei gegenüber sitzen**.

Auf der menschenrechtlich sicheren Seite steht das Strafprozessrecht, wenn es der überragenden Bedeutung des Rechts auf Verteidigung dadurch Rechnung trägt, dass bei **strafrechtlich schweren Vorwürfen** (vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2) und bei nicht in Freiheit befindlichen Beschuldigten (dazu zählt auch die vorläufige Festnahme) auch schon vor der Vollstreckung von Untersuchungshaft (vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO) unverzüglich (insbesondere diese zeitliche Komponente ist im Gesetz strenger zu formulieren) ein Verteidigerbeistand *zu gewährleisten* ist, durch die Bestellung eines Verteidigers (wenn der Beschuldigte keinen Verteidiger wählt).[46]

Jedenfalls für die **erste polizeiliche Vernehmung** sollte ein Fall der notwendigen Verteidigung im Ermittlungsverfahren im Gesetz explizit normiert werden – **ggf. mit einer Beschränkung auf schwere Tatvorwürfe („Verbrechen“ oder Deliktskatalog)**.

---

[45] Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 141 Rn. 5; HK-StPO/*Julius* (Fn. 1), § 141 Rn. 10.
[46] Vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 141 Rn. 1, 1a.

5. Vorschlag für eine Änderung der § 140 Abs. 1 Nr. 4; § 141 StPO

§ 140 [Notwendige Verteidigung]

(1) Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig, wenn

1.die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht oder dem Landgericht stattfindet;

2.dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird;

3.das Verfahren zu einem Berufsverbot führen kann;

4.gegen einen Beschuldigten die vorläufige Festnahme oder Verhaftung erfolgt oder über die Verhängung von Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einer einstweiligen Unterbringung nach § 126a oder § 275a Absatz 6 entschieden werden soll […]

§ 141

1) In den Fällen des § 140 wird dem Beschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, rechtzeitig vor der ersten Vernehmung im Ermittlungsverfahren ein Verteidiger bestellt.

(2) Ergibt sich erst später, daß ein Verteidiger notwendig ist, so wird er sofort bestellt.

(3) 1Der Verteidiger kann auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden. 2Die Staatsanwaltschaft beantragt dies, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird. 3Nach dem Abschluß der Ermittlungen (§ 169a) ist er auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu bestellen. 4Im Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 4 wird der Verteidiger unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung bestellt.

(4) Über die Bestellung entscheidet das gemäß § 162 Absatz 1 [dieser müsste ebenfalls überarbeitet werden] *zuständige Gericht; im Fall des § 140 Absatz 1 Nummer 4 entscheidet das nach § 126 oder § 275a Absatz 6 zuständige Gericht.*

III. Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines (notwendigen) Verteidigers im Ermittlungsverfahren (§ 141 Abs. 3 StPO)

1. Ausgangslage

Gemäß § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO ist für die gerichtliche Beiordnung eines Verteidigers für den Beschuldigten **im Vorverfahren** (abgesehen vom Fall der Vollstreckung von Untersuchungshaft) **zwingend ein Antrag der Staatsanwaltschaft erforderlich**. Dieser hat (nur dann) zu erfolgen, wenn nach *ihrer* Auffassung in dem *gerichtlichen* Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig sein wird.[47]

Es besteht daher im Vorverfahren formal weder ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten auf die Bestellung eines Verteidigers[48] noch eine Möglichkeit für den/einen Ermittlungsrichter, dem Beschuldigten ohne einen Antrag der Staatsanwaltschaft einen Verteidiger zu bestellen.

Die in § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO getroffene Regelung **(Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft)** ist rechtsstaatlich bedenklich, weil sich dort (1) die Beurteilung der Erforderlichkeit

---

47 HK-StPO/*Julius* (Fn. 1), § 141 Rn. 9; LR/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 1), § 141 Rn. 24a.
48 Vgl. LR/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 1), § 141 Rn. 24.

einer Verteidigerunterstützung (Prognose) auf das gerichtliche, dem Ermittlungsverfahren zeitlich weit nachgelagerte, Verfahren bezieht, (2) das Antragsmonopol der zwar objektiv (§ 160 Abs. 2 StPO), aber mit Verfolgungs*tendenz*[49] agierenden Staatsanwaltschaft obliegt und (3) kein Rechtsschutz (§§ 23 ff. GVG oder § 98 Abs. 2 StPO analog) gegen die Ablehnung der „Beanspruchung" eines Verteidigers durch den Beschuldigten (§ 136 Abs. 1 Satz 3 StPO) besteht.[50]

2. Menschenrechtlicher Kontext: Zugang zum Verteidiger, Art. 6 Abs. 3 *lit*. c EMRK

Um das Recht auf Zugang zu einem (Pflicht-)Verteidiger gemäß Art. 6 Abs. 3 *lit*. c, Abs. 1 EMRK „praktisch und effektiv" zu gewährleisten, sollte dem Beschuldigten prozessual ein **eigenes Antragsrecht**[51] eingeräumt werden und die Überprüfung einer ablehnenden Entscheidung durch ein Gericht gesetzlich garantiert werden (eingehend hierzu: *Esser*, in: FS für Kühne, 2013, S. 539 ff.). Dies verdeutlicht ein Fall, mit dem das LG Limburg in jüngerer Zeit befasst war (Verfügung v. 27.11.2012 – Az. 5 AR 33/12, NStZ-RR 2013, 87):

> Die StA führte gegen den B ein Ermittlungsverfahren wegen Verbreitung, Erwerbes und Besitzes kinderpornografischer Schriften (§ 184b StGB). Das Ermittlungsverfahren wurde eingeleitet auf Grund der Erkenntnisse einer Durchsuchung der Wohnung des B, die während laufender Hauptverhandlung angeordnet wurde.
> Das Verfahren vor der *Kammer* mit gleichgelagertem Tatvorwurf führte wegen Schuldunfähigkeit zum Freispruch; eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus lehnte die *Kammer* mangels Verhältnismäßigkeit der Maßregel ab (*LG Limburg*, Urt. v. 6.8.2012 – 4 Js 6194/11 – juris).
> Die StA legte Revision ein und verfolgte ihren Antrag auf Unterbringung des B in einem psychiatrischen Krankenhaus weiter. In jenem Verfahren war RA *R* als Verteidigerin von Amts wegen beigeordnet.
> Im vorliegenden Ermittlungsverfahren meldete sich RA *R* als Wahlverteidigerin, verbunden mit dem Antrag auf Beiordnung als Pflichtverteidigerin.
> Die Dezernentin der StA erklärte mit Verfügung vom 13.8.2012, es werde kein Antrag auf Beiordnung gestellt. Es sei angesichts der Revision im genannten Verfahren offen, inwieweit die Vorwürfe weiter verfolgt würden. Der Ausgang des Revisionsverfahrens solle abgewartet werden.
> Die Verteidigerin trat dem mit neuer Begründung entgegen und beantragte beim Kammervorsitzenden ihre Beiordnung.

Das LG Limburg erkannte die Problematik des § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO und bestellte von sich aus unter **konventions-/menschenrechtskonformer Auslegung der Norm** und unter ausdrücklichem Hinweis auf die Garantie eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) einen Verteidiger.[52]

Allerdings macht auch die Verfügung des LG Limburg die prozessualen Schwachstellen der derzeitigen Fassung der Norm deutlich, wenn es meint, dass im Regelfall die Gerichte an die Entscheidung der Staatsanwaltschaft gebunden seien, die Bestellung eines Verteidigers nicht

---

[49] § 160 Abs. 1 StPO: „zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist"; Nr. 1 RiStBV: *„Im Rahmen der Gesetze verfolgt er Straftaten"*.

[50] Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 141 Rn. 5.

[51] Vgl. auch Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 141 Rn. 5.

[52] Siehe hierzu auch: BGHSt 46, 93 (Pflicht zur Bestellung eines Verteidigers zur Wahrung von Art. 6 Abs. 3 *lit*. d EMRK).

zu beantragen. Zutreffend sieht das LG Limburg aber, dass das Gericht für die Garantie der Verfahrensfairness zuständig ist und daher ausnahmsweise auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft einen Verteidiger bestellen kann, ja muss.

3. Reformbedarf

Verfehlt ist die Konzeption, dass gerade die Staatsanwaltschaft dafür sorgen soll (und nach der Gesetzesfassung ein diesbezügliches Monopol hat), dem Gegner zur Waffengleichheit zu verhelfen. Hat der Beschuldigte die Bestellung eines Verteidigers „beantragt" (rechtlich richtig: „angeregt", da der Beschuldigte kein *Antrags*recht besitzt), so verfügt er über keine Rechtsmittel[53], wenn die Staatsanwaltschaft seinem Anliegen nicht entspricht – was einen **Verstoß gegen Art. 13 EMRK**[54] begründet (Recht auf wirksame Beschwerde).

Bemerkt sei noch, dass die Formulierung in § 136 Abs. 1 S. 3 StPO *(„daß er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen und unter den Voraussetzungen des § 140 Absatz 1 und 2 die Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Absatz 1 und 3* ***beanspruchen*** *kann")* irreführend ist. Bei der momentanen Rechtslage hat der Beschuldigte allenfalls einen „Anspruch" auf eine rechtlich einwandfreie, ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen „Antrag" (also seine Anregung), ihm einen Verteidiger zu bestellen.[55]

4. Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens (2004)

> ***§ 141 Abs**. **3** wird wie folgt gefasst:*
>
> *(3) Die Staatsanwaltschaft beantragt bereits während des Vorverfahrens die Bestellung des Verteidigers, wenn abzusehen ist, dass seine Mitwirkung nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird. Das Antragsrecht steht auch dem Beschuldigten und seinem gesetzlichen Vertreter zu. Das Gericht bestellt einen Verteidiger auf Antrag der Staatsanwaltschaft. Bis zur Erhebung der öffentlichen Klage kann die Staatsanwaltschaft einen vom Beschuldigten bezeichneten Verteidiger mit dessen Einverständnis bestellen.*

5. Änderungsvorschlag

> ***§ 136 StPO – [Erste Vernehmung]***
>
> *(1) [1]Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. [2]Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. [3]Er ist ferner darüber zu belehren, daß er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen und unter den Voraussetzungen des § 140 Absatz 1 und 2 die*

---

[53] Kritsch: AnwK-StPO/*Krekeler*/*Werner* (Fn. 30), § 141 Rn. 4 (mit der Forderung nach einem Antragsrechts des Beschuldigten).

[54] *„Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben."* – Nicht sachdienlich ist dabei die bloße Möglichkeit formloser Rechtsbehelfe (Aufsichtsbeschwerde bei der nächsthöheren Behörde; Dienstaufsichtsbeschwerde gegen den bearbeitenden Staatsanwalt).

[55] Vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 141 Rn. 5.

Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Absatz 1 und 3 beantragen kann. [4]In geeigneten Fällen soll der Beschuldigte auch darauf, dass er sich schriftlich äußern kann, sowie auf die Möglichkeit eines Täter-Opfer-Ausgleichs hingewiesen werden.

§ 141 StPO – [.....]

(1) [s.o.]

(2) Die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte können die Bestellung eines Verteidigers nach Absatz 1 beantragen. 3Nach dem Abschluß der Ermittlungen (§ 169a) ist er auf Antrag der Staatsanwaltschaft zu bestellen.

(3) Über die Bestellung entscheidet das gemäß § 162 Absatz 1 [dieser müsste ebenfalls überarbeitet werden] *zuständige Gericht; im Fall des § 140 Absatz 1 Nummer 4 entscheidet das nach § 126 oder § 275a Absatz 6 zuständige Gericht.*

IV. Schutz der Verteidigung im Rahmen sog. Anbahnungsgespräche

1. Ausgangslage

§ 148 StPO

(1) Dem Beschuldigten ist, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet. […]

Höchstrichterlich erklärte Zielsetzung der Regelung des § 148 Abs. 1 StPO ist die Gewährleistung einer „völlig freie[n] Verteidigung“ (BGHSt 27, 260, 262 = NJW 1977, 2172). Gemeint ist damit eine Verteidigung frei von jedweder Behinderung oder Erschwerung[56], wobei der Verteidiger geschuldet der ihm immanenten Integrität von Beschränkungen befreit ist.[57] Ein wichtiges Element dieses Rechts ist die Gewährleistung eines unüberwachten Schriftverkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem (sog. Verteidigerpost).[58] Ebenfalls umfasst ist der (fern-)mündliche Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, wobei bei inhaftierten Beschuldigten keine Beschränkung hinsichtlich Anzahl und Dauer der Verteidigerbesuche erfolgt.

Die Vorschrift **setzt allerdings in ihrer derzeitigen Fassung ein bestehendes Verteidigungsverhältnis voraus** („mit dem Verteidiger“).[59] Auch die zentrale Vorschrift über die Gewährleistung eines Verteidigerbeistandes im gesamten Strafverfahren (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO) spricht davon, dass der Beschuldigte sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes *eines Verteidigers* bedienen kann (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO).

Ob Anbahnungsgespräche, d.h. die Kontaktaufnahme im Vorfeld der Mandatierung (Wahlverteidiger) oder Bestellung (Pflichtverteidiger), überhaupt vom Schutzgehalt des § 148 StPO erfasst sind, war demzufolge bislang strittig. Während der wohl überwiegenden Ansicht nach

---

[56] LR-StPO/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 1), § 148 Rn. 2 ff.
[57] KK-StPO/*Laufhütte* (Fn. 12); § 148 Rn. 4.
[58] Vgl. *Pfeiffer*, StPO, 5. Aufl. 2012, § 148 Rn. 2.
[59] LR-StPO/*Lüdersssen*/*Jahn* (Fn. 1), § 148 Rn. 7.

der Schutzbereich des § 148 Abs. 1 StPO grundsätzlich erst nach Erteilung und Annahme des Mandats bzw. durch Bestellung eröffnet sein soll und nicht schon im Zeitpunkt der Anbahnung,[60] interpretiert eine andere Ansicht die Vorschrift weit und fasst auch ein sog. Anbahnungsverhältnis darunter.[61]

Ziel der hier vorgeschlagenen Reform des § 148 Abs. 1 StPO ist eine Einbeziehung der im Vorfeld der Mandatierung bzw. Bestellung stattfindenden Anbahnungsgespräche. Ergänzend zu einer sich jüngst in der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, NJW 2014, 1314, dazu sogleich) andeutenden Einbeziehung der Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 Abs. 1 StPO sollte der Gesetzgeber im Wege einer klarstellenden Regelung in der StPO sich zugunsten des ungestörten Verkehrs zwischen Beschuldigtem und Rechtsbeistand für einen Schutz der Kommunikation in der frühen ersten Phase der *„Verteidigung“* entscheiden.

2. Reformbedarf

Dass das Anbahnungsverhältnis bereits von den Schutzrechten (insbesondere Abhörfreiheit, Beschlagnahmefreiheit) erfasst ist, wurde erst kürzlich von der Rechtsprechung bestätigt.[62]

In dem konkreten Fall hatte der BGH eine Verpflichtung zur Löschung von im Rahmen einer TKÜ aufgezeichneter Gespräche selbst dann bejaht, wenn zum Zeitpunkt der Aufzeichnung (noch) kein Verteidigungsverhältnis zustande gekommen sei. Dies müsse auch für den Fall gelten, dass ein Verteidigungsverhältnis später nicht zustande kommt. Unabhängig vom Bestehen eines Verteidigungsverhältnisses bringe der Beschuldigte auch im Rahmen von Anbahnungsgesprächen jedem (potenziellen) Verteidiger das gerade auch von § 53 StPO geschützte berufsspezifische Vertrauen entgegen. Dies müsse auch unabhängig davon gelten, von welcher Seite (Verteidiger oder Beschuldigter) das Anbahnungsgespräch initiiert werde, solange die Äußerungen jeweils in direktem Bezug auf die anwaltliche Funktion stünden.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Akteneinsichtsrechts des Verteidigers nach § 147 Abs. 1 StPO, welcher einen mit § 148 StPO vergleichbaren Wortlaut aufweist („Der Verteidiger ist befugt“), das Anbahnungsverhältnis nach überwiegender Ansicht aufgrund des weit auszulegenden Verteidigerbegriffs umfasst sein soll.[63] Auch anhand der uneinheitlichen Interpretation dieser beiden Vorschriften zum Akteneinsichts- bzw. Kontaktrecht wird deutlich, dass eine gesetzgeberische Klarstellung unter Einbeziehung des Anbahnungsverhältnisses in das privilegierte Kontaktrecht nach § 148 StPO geboten erscheint. Dem uneingeschränkten Verkehr (auch des noch nicht mandatierten bzw. bestellten) Rechtsanwalts mit dem Beschuldigten muss ein mindestens gleichrangiger Schutz zuteil werden.

---

60 KK-StPO/*Laufhütte* (Fn. 12), § 148 Rn. 5; *Pfeiffer* (Fn. 58), § 148 Rn. 1.

61 *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2013, Rn. 153; *König*, StV 2011, 704, 706. Zum Meinungsstand auch: BeckOK-StPO/*Wessing*), § 148, Stand: 24.3.2014, Rn. 1. Zur Ermöglichung eines sog. Erstanbahnungsgesprächs in der Verteidigung Inhaftierter: *Schmitz*, NJW 2009, 40, 41; LR/*Lüderssen*/*Jahn* (Fn. 1), § 148 Rn. 7.

62 BGH, NJW 2014, 1314 m. Anm. *Roggan* = NStZ-RR 2014, 149 = StV 2014, 388.

63 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 147 Rn. 9; *Michalke*, NJW 2013, 2334; *Burhoff*, HRRS 2003, 182, 183.

Eine Klarstellung im Gesetz scheint auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Fehlentscheidungen wünschenswert, wie der Beschluss des OLG München v. 30.04.2012 – 4 Ws 74/12[64] zeigt.

Dort hatte die JVA die an einen Gefangenen gerichtete Post eines Rechtsanwalts, der im Rahmen eines Anbahnungsverhältnisses auf die Anfrage des Gefangenen hin diesem eine erste Einschätzung der Erfolgsaussichten nebst der weiteren Modalitäten zur Mandatsübernahme übersandt hatte, unter Hinweis auf den fehlenden Nachweis der Verteidigereigenschaft des Rechtsanwalts an diesen zurückgeschickt. Das OLG München stellte die Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens der JVA fest und betonte in diesem Zusammenhang, dass das BayStVollzG zutreffend zwischen dem Begriff des *Rechtsanwalts* und dem des *Verteidigers* differenziere; an der Privilegierung in Form der Nichtüberwachung nach Art. 32 Abs. 1 Satz 1 BayStVollzG nehme nur der Schriftverkehr mit dem bestellten Verteidiger teil, gerade aber nicht derjenige im Rahmen eines Anbahnungsverhältnisses. Aus Gründen der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt, und um das andernfalls bestehende Missbrauchspotential zu beseitigen, habe der (bayerische) Gesetzgeber bewusst eine Beschränkung auf Verteidigerpost vorgenommen. Sofern aufgrund drohenden Fristablaufs eine sofortige Kontaktaufnahme geboten sei, gewähre Art. 29 Satz 1 BayStVollzG Rechtsanwälten allgemein (d.h. nicht nur dem bestellten Verteidiger) die Möglichkeit, den Gefangenen zu besuchen. Alternativ sei auch die Übersendung des an den Gefangenen gerichteten Briefes an die JVA mit der Bitte um Aushändigung an den Gefangenen nach Unterzeichnung einer beigefügten Vollmacht möglich gewesen.

In der Literatur wird angesichts der bestehenden Unsicherheit hinsichtlich der Gewährung (unüberwachter) Kommunikation mit dem Beschuldigten während des Anbahnungsverhältnisses dazu geraten, das Anbahnungsverhältnis bereits möglichst frühzeitig in ein Mandatsverhältnis umzuwandeln und dieses der JVA gegenüber entsprechend nachzuweisen (NJW-Spezial 2012, 409). Dies illustriert, dass die **gegenwärtige Rechtsunsicherheit** sowohl Beschuldigte als auch Rechtsanwälte möglicherweise übereilt (siehe auch **§ 142 Abs. 1 StPO**) in die Aufnahme eines rechtsgeschäftlichen Mandatsverhältnisses drängt, nur um eine effektive Korrespondenz sicherzustellen. Wenn das OLG München, wie oben dargestellt, Rechtsanwälte auf die Möglichkeit der Übersendung eines Briefes an die JVA mit der Bitte um Aushändigung nach (!) Unterzeichnung der beigefügten Strafprozessvollmacht verweist, so legt es Beschuldigten nahe, den Rechtsanwalt ohne vorherige Prüfungsmöglichkeit der im Schreiben enthaltenen Korrespondenz zu mandatieren – ob eine solche Praxis der Gewährleistung einer effektiven Verteidigung zuträglich ist, darf bezweifelt werden. Durch die Einbeziehung des bloßen Anbahnungsverhältnisses in den Schutzbereich des § 148 StPO wären übereilte Mandatierungen bzw. Verteidigerbestellungen entbehrlich und insbesondere die Position des Beschuldigten bei der freien Wahl eines geeigneten Rechtsbeistandes würde gestärkt.

Auch würde durch eine Aufnahme von Anbahnungsverhältnissen in den Schutzgehalt des § 148 StPO **einer Versuchung für Landesgerichte, das Verteidigerprivileg nach den Landesstrafvollzugsgesetzen eng auszulegen, vorgebeugt**. Relevant wird dies bei Fällen, in denen (vergleichbar der oben dargestellten und der Entscheidung des OLG München, s.o., zugrundeliegenden bayerischen Gesetzesregelung) das Landesrecht terminologisch zwischen *Rechtsanwälten* einerseits und *Verteidigern* andererseits unterscheidet. Diese Terminologie bietet den Gerichten argumentative Möglichkeiten zur engen Auslegung des Verteidigerbegriffs unter Ausklammerung des Anbahnungsverhältnisses. Durch eine auch das vorgeschal-

[64] OLG München, NStZ-RR 2012, 294 = StRR 2012, 348 = FS 2012, 364 (m. abl. Anm. NJW-Spezial 2012, 409.

tete Anbahnungsverhältnis in den Schutzbereich einbeziehende Regelung in der StPO würde bereits kollisionsrechtlich (*lex superior*-Grundsatz) künftig einer am Landesrecht orientierten engen Auslegung des Verteidigerbegriffs vorgebeugt.

Der Einbeziehung bereits des Anbahnungsverhältnisses in den Schutzbereich des § 148 StPO steht auch nicht der Gesichtspunkt einer etwaigen **Missbrauchsgefahr** entgegen. Die Privilegierung des § 148 StPO umfasst nur solche Kommunikation zwischen Beschuldigtem und einem als Verteidiger in Betracht kommenden Rechtsanwalt, welche im Zusammenhang mit der Verteidigung steht. Die Übermittlung anderer Korrespondenz (etwa im Rahmen zivilrechtlicher Mandate) als Verteidigerpost stellt für den Rechtsanwalt eine **berufsrechtliche Verfehlung** dar und kann zudem als **Ordnungswidrigkeit** nach § 115 Abs. 1 Nr. 1 OWiG geahndet werden. Die Vereinbarkeit letzterer Vorschrift mit verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art. 12 Abs. 1 GG) im Hinblick auf die Tätigkeit von Rechtsanwälten wurde auch durch das BVerfG (NJW 2010, 1740) bestätigt. Darüber hinaus sollte dem Rechtsanwalt als unabhängigem Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) ein besonderes Vertrauen entgegengebracht werden, welches unabhängig von seiner Bestellung bzw. Mandatierung im konkreten Strafverfahren die privilegierte Kommunikation mit Beschuldigten rechtfertigt.

Einem **bei schriftlicher oder telefonischer Kontaktaufnahme drohendem Missbrauch durch einen Dritten** (der sich wahrheitswidrig als „potentieller Verteidiger“ ausgibt) ließe sich einerseits durch technische Vorkehrungen (Passwörter etc.) entgegenwirken, die sicherstellen, dass die Kommunikation von einer bestimmten Person geführt wird, andererseits (bei schriftlicher Korrespondenz) durch dieselben Schutzmechanismen, die derzeit sicherstellen, dass ein Schreiben von einem mandatierten Anwalt stammt.

Auch der **EGMR** dürfte die Gespräche zwischen einem Tatverdächtigen und einem zur Strafverteidigung Berechtigten bereits vor Beginn des eigentlichen Mandatsverhältnisses als geschützt ansehen (ausdrücklich entschieden ist diese Konstellation bislang allerdings noch nicht). Für die Vertrauchlichkeit der Kommunikation Beschuldigter mit ihrem Rechtsbeistand (**alsbald**, **ohne Zuhörer**[65], **ohne Überwachung, Kontrolle, Aufzeichnung** sowie prinzipiell **ohne zeitliche Begrenzung**)[66] einschlägig ist neben **Art. 6 EMRK** auch **Art. 8 EMRK**. Dies mag wunderlich erscheinen, da es sich beim Kontext „Zugang zum Verteidiger“ im Kern um Verteidigungsrechte (welche grundsätzlich dem Schutz von Art. 6 EMRK unterliegen) handelt.

Im Hinblick auf die strengere Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK (im Unterschied zur Gesamtfairness bei Art. 6 EMRK) erklärt sich jedoch, weshalb eine Verortung bei Art. 8 EMRK mit **höheren Rechtfertigungshürden** einhergeht und somit für Beschuldigten wie Rechtsbeistand einen weiterreichenden menschenrechtlichen Schutz der Kommunikation verbürgt.[67] Der Gerichtshof hat in diesem Zusammenhang wiederholt festgestellt, dass

---

[65] EGMR, Rybacki / Polen, 13.01.2009, 52479/99, § 56 („The right of the defendant to communicate with his advocate out of hearing of a third person is part of the basic requirements of a fair trial in a democratic society and follows from Article 6 § 3 (c). (…) However, if a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its effectiveness whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective.”).

[66] EGMR, Oferta Plus S.R.L. / Moldawien, 19.12.2006, 14385/04, § 145 = NJW 2007, 3409 (zu Art. 34 EMRK).

[67] LR/*Esser* (Fn. 2), 26. Aufl. 2012, Art. 8 EMRK, Rn. 163.

der Schriftverkehr zwischen Anwalt und Inhaftiertem nur dann überwacht werden darf, wenn der begründete Verdacht auf Missbrauch dieser Überwachungsprivilegierung besteht, wodurch die Sicherheit der Anstalt oder anderer Personen gefährdet wird.[68] Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass der Gerichtshof den Begriff *„lawyer"* (und nicht etwa *„defence counsel"* o.ä.) wählt, sodass terminologisch einiges dafür spricht, neben bereits bestellten Strafverteidigern auch sonstige Rechtsanwälte, etwa im Rahmen eines Anbahnungsverhältnisses, mit in die Privilegierung des Art. 8 EMRK einzubeziehen. Jedenfalls bei einem in *anderer* Sache bereits bestehenden Mandatsverhältnis hält der Gerichtshof in diesem Zusammenhang fest, dass der Briefverkehr zwischen Inhaftiertem und Rechtsanwalt („lawyer") sowohl in laufenden als auch in bevorstehenden Verfahren an der Privilegierung des Art. 8 EMRK teilnimmt.[69]

Normtext und Regelungsgehalt des **Art. 4 iVm Art. 3 Abs. 1, Abs. 2 der EU-Richtlinie 2013/48/EU v. 22.10.2013** lassen sich ebenfalls dahingehend interpretieren, dass zur [„praktischen und wirksamen" (!), Art. 3 Abs. 1 RiL] „Wahrnehmung des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand auch schon Anbahnungsgespräche gehören sollten:

> ***Art. 4 Vertraulichkeit***
>
> *[1]Die Mitgliedstaaten beachten die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen Verdächtigen oder beschuldigten Personen und ihrem Rechtsbeistand* ***bei der Wahrnehmung des im Rahmen dieser Richtlinie vorgesehenen Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand****. [2]Eine solche Kommunikation umfasst auch Treffen, Schriftverkehr, Telefongespräche und sonstige nach nationalem Recht zulässige Kommunikationsformen.*

Erwägungsgrund Nr. 23 der RiL spricht zwar vom „*Rechtsbeistand, der sie vertritt"* (was ein Mandatsverhältnis voraussetzt), hebt aber die Schutzbedürftigkeit *vorbereitender* Kommunikation immerhin hervor:

> *(23) Verdächtige oder beschuldigte Personen sollten das Recht haben,* ***mit dem Rechtsbeistand****,* ***der sie vertritt****, zu kommunizieren. Diese Kommunikation kann in jedem Verfahrensstadium erfolgen,* ***auch bevor das Recht****,* ***mit diesem Rechtsbeistand zusammenzutreffen****,* ***ausgeübt wird****.*

Pro „Schutz des Anbahnungsverhältnisses" lässt sich schließlich Erwägungsgrund Nr. 25 anführen:

> *(28) Wenn Verdächtigen oder beschuldigten Personen die Freiheit entzogen wird, sollten die Mitgliedstaaten* ***die notwendigen Vorkehrungen treffen****,* ***um sicherzustellen****,* ***dass die Betroffenen in der Lage sind****,* ***ihr Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand wirksam auszuüben****, wozu auch gehört, die* ***Unterstützung durch einen Rechtsbeistand zu ermöglichen****, wenn sie keinen Rechtsbeistand haben, es sei denn, sie haben auf dieses Recht verzichtet. Zu diesen Vorkehrungen könnte es unter anderem gehören, dass die zuständigen Behörden für die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand anhand einer Liste der zur Verfügung stehenden Rechtsbeistände sorgen, unter*

---

[68] EGMR, Campbell / UK, Urt. v. 25.3.1992, Nr. 13590/88, Rn. 48 („contemplated proceedings" in einem bereits in anderer Sache bestehenden Anwaltsverhältnis).

[69] EGMR, Petrov / Bulgarien, Urt. v. 22.5.2008, Nr. 15197/02, Rn. 43 (obiter dictum): *„Correspondence with lawyers,* ***whether it concerns contemplated or pending proceedings*** *or is of a general nature, is in principle privileged under Article 8 of the Convention and its routine scrutiny is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client."* (in Anlehnung an Campbell).

denen der Verdächtige oder die beschuldigte Person wählen könnte. Derartige Vorkehrungen könnten gegebenenfalls die Vorkehrungen für die Prozesskostenhilfe umfassen.

Im Lichte der allgemeinen menschenrechtlichen und europarechtlichen Rahmenbedingungen durch Art. 6 Abs. 3 EMRK („Recht auf effektive Verteidigung“) und die Richtlinie 2013/48/EU ist im Ergebnis die **Aufnahme sog. Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 StPO zu befürworten**.

3. Änderungsvorschlag

§ 148 StPO

(1) Dem Beschuldigten ist, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet. […]

(2) Eine schriftliche oder mündliche Korrespondenz zwischen einem Beschuldigten und einer als Verteidiger in Betracht kommenden Person (§ 138 Abs. 1 StPO), die der Aufnahme eines Verteidigungsverhältnisses dient, darf nicht überwacht werden.

(3) [Ausnahmen]

V. Mitwirkungsrechte des Beschuldigten bzw. des Verteidigers bei der Auswahl eines Sachverständigen (§ 73 StPO)

1. Ausgangslage

§ 73 StPO

(1) Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch den Richter. […]

§ 161a StPO

(1) Zeugen und Sachverständige sind verpflichtet, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen und zur Sache auszusagen oder ihr Gutachten zu erstatten. Soweit nichts anderes bestimmt ist, gelten die Vorschriften des sechsten und siebenten Abschnitts des ersten Buches über Zeugen und Sachverständige entsprechend. […]

Nr. 70 RiStBV
Auswahl des Sachverständigen und Belehrung

(1) Während des Ermittlungsverfahrens gibt der Staatsanwalt dem Verteidiger Gelegenheit, vor Auswahl eines Sachverständigen Stellung zu nehmen, es sei denn, dass der Gegenstand der Untersuchung ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt (z.B. Blutalkoholgutachten) ist oder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks (vgl. § 147 Abs. 2 StPO) oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen ist.

(2) Ist dem Staatsanwalt kein geeigneter Sachverständiger bekannt, so ersucht er die Berufsorganisation oder die Behörde um Vorschläge, in deren Geschäftsbereich die zu begutachtende Frage fällt.

(3) Es empfiehlt sich, für die wichtigsten Gebiete Verzeichnisse bewährter Sachverständiger zu führen, damit das Verfahren nicht durch die Auswahl von Sachverständigen verzögert wird.

§ 73 Abs. 1 StPO gilt in erster Linie für das Hauptverfahren. Im Ermittlungsverfahren wird die Auswahl des Sachverständigen regelmäßig durch die Staatsanwaltschaft getroffen (§ 161a Abs. 1 StPO). Nach Nr. 70 Abs. 1 RiStBV „*gibt der Staatsanwalt dem Verteidiger Gelegenheit, vor Auswahl eines Sachverständigen Stellung zu nehmen"* – ein weiteres Argument für die Annahme eines frühzeitigen Zeitpunkts im Verfahren für die „Notwendigkeit" einer Verteidigung (s.o.).

Im Hauptverfahren erfolgt die Auswahl des (in der Hauptverhandlung auftretenden) Sachverständigen *de lege lata* dagegen alleinverantwortlich durch das Gericht (§ 73 Abs. 1 StPO). „Auswahlgespräche" mit den Verfahrensbeteiligten sind in der Praxis durchaus üblich, gesetzlich aber nicht vorgeschrieben.[70]

Ist ein Sachverständiger im *Ermittlungsverfahren* bereits durch die Staatsanwaltschaft – regelmäßig ohne richterliche Beteiligung, die das Gesetz auch nicht vorschreibt – tätig geworden, so wird vom erkennenden Gericht in den allermeisten Fällen auch dieser Sachverständige für das Hauptverfahren bestellt.

Ein Auswahl*recht* des Beschuldigten bzw. des Verteidigers hinsichtlich eines bestimmten Sachverständigen wird abgelehnt (weitgehend unstreitig), nach überwiegender Ansicht auch ein Recht des Beschuldigten auf Mitsprache/-entscheidung bei der Sachverständigenauswahl durch das Gericht.

Die Motive zur RStPO fußen dabei auf der Erwägung, dass der Sachverständige „Gehilfe des Richters" sei, demzufolge werde er vom Richter ausgewählt, der auch die erforderliche Anzahl bestimme.[71] Dementsprechend hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass die Auswahl des Sachverständigen als späteres Beweismittel stets eine persönliche Entscheidung des Richters sei, die diesem als dem in der Sache entscheidungsbefugten Organ fehlende Sachkunde vermitteln soll.

2. Reformbedarf

Inwieweit Sachkunde fehlt und was ihm insoweit vermittelt werden muss, kann letztlich nur derjenige beurteilen, der diese Sachkunde benötigt. Damit die Entscheidung über die Auswahl des Sachverständigen nur dem Richter als dem Sachkunde Suchenden zuzusprechen, wäre allerdings vorschnell, denn auch das „Fehlen von Sachkunde" kann im Verfahren ein Umstand sein, den es mit Hilfe eines Sachverständigen dem Gericht zu vermitteln gilt.

Bereits in der Justizkommission des Reichstages wurde ausgiebig über die Frage gestritten, ob dem Beschuldigten das **Recht gegeben werden sollte, auch schon im Vorverfahren** [auf seine Kosten] **Sachverständige laden zu lassen**. Alle insoweit gestellten Anträge wur-

---

[70] Vertiefend: *Beckert*, Sachverständigengutachten im Strafverfahren zur Glaubwürdigkeit und zur Schuldfähigkeit im Falle der Untersuchungsverweigerung des zu Begutachtenden, Diss. Passau (2014), S. 20 ff.

[71] *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben v. 1.2.1877, 2. Aufl., 1885, S. 121.

den – wenn auch mit knapper Mehrheit – abgelehnt, da der Beschuldigte die Vernehmung von Sachverständigen seines Vertrauens in der Hauptverhandlung beantragen könne.[72]

Ob aber die Richtigkeit der derzeitigen Fassung des § 73 StPO damit begründet werden kann, dass die Rechte des Beschuldigten bzw. des Angeklagten durch sein Recht auf unmittelbare Beweispräsentation *in der Hauptverhandlung* gem. § 244 Abs. 4 bzw. § 245 Abs. 2 StPO zureichend gewahrt sind, erscheint mehr als fraglich, da die wesentlichen Weichen für den Gang des Verfahrens bekanntlich im Ermittlungsverfahren gestellt werden.

Zwar gibt während des Ermittlungsverfahrens der Staatsanwalt, soweit Gegenstand der Untersuchung nicht ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt (z.B. BAK-Gutachten) oder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks (§ 147 Abs. 2 StPO) oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen ist, dem **Verteidiger Gelegenheit, vor Auswahl eines Sachverständigen Stellung zu nehmen**, **RiStBV Nr. 70 Abs. 1**.[73] Allerdings ist die Gewährung einer in den RiStBV vorgesehenen Möglichkeit der Stellungnahme nicht gleichzusetzen mit einem in der StPO verbrieften Recht, eigenverantwortlich an der Auswahl eines Sachverständigen mitzuwirken.

Dierlamm hält die Regelung nach Nr. 70 Abs. 1 RiStBV daher für unzureichend und die **vorherige Anhörung** nach **Art. 103 Abs. 1 GG** für zwingend erforderlich; er fordert im Falle einer unterbliebenen vorherigen Anhörung ein Beweisverwertungsverbot.[74] *Schmitt* hält dies allerdings für zu weitgehend.[75]

Vielfach wird davon ausgegangen, dass die Belange des Beschuldigten durch das **Ablehnungsrecht des § 74 StPO**, sowie durch sein **Beweisantragsrecht** hinreichend gewahrt sind (s.o.),[76] wobei es zu diesem Punkt auch kritische Stimmen gibt.[77]

Zu beachten ist, dass **das Beweisantragsrecht (§ 244 Abs. 4 StPO) mit einem etwaigen Auswahlrecht nach § 73 StPO nicht deckungsgleich ist**, denn mit der Stellung des Beweisantrages wird zunächst fehlende Sachkunde des Gerichts behauptet, zu der das Gericht primär Stellung nehmen muss.

Des Weiteren kann mit einem Beweisantrag auch nicht die Anhörung eines ganz bestimmten Sachverständigen erzwungen werden, da bei gleichwertiger Expertise der Sachverständige vom Gericht austauschbar ist, insofern **verbleibt es im Ermessen des Gerichts**, welchen Sachverständigen es hören will. Der Beschuldigte bzw. der spätere Angeklagte und sein Verteidiger wären folglich nach wie vor an die Auswahl eines Sachverständigen durch das Gericht gebunden.

---

72 *Hahn* (Fn. 71), S. 617.
73 Graf/*Monka*, StPO, 2. Aufl. 2012, § 73 Rn. 1; Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 73 Rn. 1; BGH, StV 1986, 465.
74 *Dierlamm*, Das rechtliche Gehör vor der Auswahl eines Sachverständigen im Ermittlungsverfahren, FS E. Müller, 2008, S. 117.
75 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 73 Rn. 1.
76 HK-StPO/*Brauer* (Fn. 1), § 73 Rn. 17; Graf/*Monka* (Fn. 73), § 73 Rn. 6; Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 73 Rn. 18; SK-StPO/*Rogall*, 4. Aufl., § 73 Rn. 62; OLG Hamm, MDR 1994, 83.
77 Vgl. *Wagner*, StV 2000, 544.

Zu beachten ist zwar die Regelung des **§ 220 Abs. 1 StPO** (im Abschnitt „Vorbereitung der Hauptverhandlung“), **wonach der Angeklagte bzw. sein Verteidiger die Möglichkeit hat, unmittelbar selbst Zeugen und Sachverständige zu laden**, deren Ladung der Vorsitzende des erkennenden Gerichts abgelehnt hat. Infolgedessen bestimmen sie zunächst auch die Person der Sachverständigen und ihre Anzahl selbst und nicht, wie im Fall des § 73 StPO das Gericht.[78]

Demzufolge muss das Gericht bei einer solchen unmittelbaren Ladung durch den Angeklagten bzw. seinen Verteidiger, jeden anwesenden Sachverständigen hören (unter der Voraussetzung, dass kein Ablehnungsgrund gem. § 245 Abs. 2 StPO vorliegt), ohne dass ihm das Auswahlrecht des § 73 StPO zusteht.[79] **§ 220 Abs. 1 StPO geht zwar insoweit der allgemeinen Regel des § 73 StPO vor**.[80] Das Ermittlungsverfahren mit ersten Beweisergebnissen ist zu dem Zeitpunkt, über den § 220 Abs. 1 StPO eine Aussage trifft, aber bereits abgeschlossen. In der Praxis lehnen es zudem viele Sachverständige ab, auf Initiative des Angeklagten tätig zu werden.[81] Schließlich verpflichtet die Regelung des § 220 Abs. 2 StPO den Angeklagten zur Vorlage der Auslagen der von ihm geladenen Beweispersonen, die er nur unter den Voraussetzungen der §§ 465, 220 Abs. 3 StPO zurück erhält.[82]

3. Änderungsvorschlag

Bereits der **Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens** der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag, der Fraktion Bündnis 90/ Die Grünen und des Bundesministeriums der Justiz vom **Februar 2004** (StV 2004, 228 ff.) plädierte für eine Reform des § 73 StPO.

Dem § 73 StPO sollte folgender Absatz hinzugefügt werden:

> *„(3) Vor der Auswahl eines Sachverständigen ist dem Verteidiger Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dies gilt nicht, wenn das Gutachten Feststellungen im Wege eines weitgehend standardisierten Verfahrens zum Gegenstand haben soll oder wenn eine Gefährdung des Untersuchungszwecks oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen wäre.“*

Der Vorschlag zur Änderung des § 73 StPO durch Anfügung eines neuen Absatzes enthält – in Anlehnung an Nr. 70 Abs. 1 RiStBV – eine beschränkte Pflicht zur Konsultation des Verteidigers vor der Bestellung eines Sachverständigen (StV 2004, 228, 231) – bindend für Staatsanwaltschaft und Gericht. Da § 73 StPO unmittelbar nur für die richterliche Bestellung eines Sachverständigen gilt, **wäre die Vorschrift bei der Hinzuziehung eines Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren (§ 161a Abs. 1, S. 2 StPO) entsprechend anzuwenden.**

---

78 SK-StPO/*Rogall* (Fn. 76), § 73 Rn. 16.

79 SK-StPO/*Frister*, Band IV, 4. Aufl. 2011, § 245 Rn. 64; *Meyer-Goßner*/Schmitt (Fn. 1), § 245 Rn. 22; *Schulz*, StV 1983, 342.

80 *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben v. 01.02.1877, 2.Aufl. 1885, S. 615; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 245 Rn. 22; *Schulz*, StV 1983, 342; RGSt 54, 258; BGH, NStZ 1994, 400.

81 Hierzu: *Wasserburg*, GA 1996, 450.

82 SK-StPO/*Frister* (Fn. 79), 245 Rn. 64.

Die Organisation der Strafverteidigervereinigungen hatte seinerzeit für ein entsprechendes Vorschlagsrecht des Verteidigers analog § 142 Abs. 1 Satz 2 StPO plädiert, jedenfalls aber eine Regelung angemahnt, wonach **die Entscheidung über die Bestellung und Auswahl eines Sachverständigen auch schon im Ermittlungsverfahren ausschließlich dem Richter und nicht wie bislang der Staatsanwaltschaft obliege**.[83] Im Falle des fehlenden Einvernehmens zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft müsse jedenfalls die Möglichkeit einer rechtzeitigen gerichtlichen Überprüfung bestehen.

In einem frühen Stadium des Verfahrens dürfte allerdings eine richterliche Beteiligung in der hier aufgeworfenen Fragestellung kaum hilfreich sein, da ein Ermittlungsrichter mit dem konkreten Verfahren inhaltlich selten so vertraut ist, dass er sowohl die Erforderlichkeit einer Sachverständigenbestellung als solche als auch die Auswahl eines bestimmten Sachverständigen überblickt.

Die Organisation der Strafverteidigervereinigungen forderte daher zu Recht, dass diese Regelung beweisantragsrechtlich durch eine **Ausnahme/Erweiterung von § 244 Abs. 4 StPO** abgesichert werden müsse. Die Regelung, Anträge auf **Anhörung eines weiteren Sachverständigen („second opinion“)** unter erleichterten Voraussetzungen ablehnen zu können, sollte dann nicht anzuwenden sein, wenn der Tatrichter einen ohne Beteiligung der Verteidigung beauftragten Sachverständigen gehört habe.

VI. Anwesenheits-/Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen

1. Ausgangslage

Kommt es zu einer Befragung des Mandanten durch einen Sachverständigen, insbesondere im Rahmen eines psychowissenschaftlichen Explorationsgesprächs, besteht nach geltender Gesetzeslage für den Verteidiger kein Recht auf Anwesenheit.

Auch die Rechtsprechung geht davon aus, dass dem **Verteidiger kein Anwesenheitsrecht bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen** zusteht.[84]

Die einschlägigen Judikate des BGH gehen nicht auf verfassungs- und menschenrechtliche Fragestellungen ein; vielmehr wird nur behauptet: *„Das Recht des Beschuldigten*, *sich in jeder Lage des Verfahrens anwaltlicher Hilfe zu bedienen*, *führt […] nicht zu einem Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration.“* Die Begründung dafür lautet lapidar: *„Die Strafprozessordnung sieht ein solches Anwesenheitsrecht nicht vor*.“ (Zitate aus BGH, NStZ 2003, 101). Anschließend wird, ebenfalls ohne sachliche Begründung, ausgeführt, dass die Exploration trotz „vernehmungsähnliche[r] Elemente“ der Vernehmung nicht gleichzusetzen und die Anwesenheit des Verteidigers nicht erforderlich sei. Die Frage, ob sich ein Anwesenheitsrecht aus dem Grundgesetz oder aus der EMRK ergeben könnte, wird vom BGH damit nicht aufge-

---

[83] Http://www.strafverteidigervereinigungen.de/Material/Themen/StPO/Stellungnahme_Eckpunkte_Reform%20des%20Strafverfahrens.html.

[84] BGH, NStZ 2008, 229; NStZ 2003, 101 = StV 2003, 537 m. Anm. *Barton*; siehe auch: *Pfeiffer* (Fn. 58), § 80 Rn. 2; BeckOK-StPO/*Monka*, § 78 Rn. 5.

worfen. In BGH, NStZ 2008, 229 wird gänzlich ohne Begründung nur auf die vorgenannte Entscheidung Bezug genommen.

2. Reformbedarf

Die derzeitige Rechtslage ist in Hinblick auf den nicht selten „vernehmungsähnlichen" Charakter einer solchen Untersuchung bedenklich.[85] Oftmals kommt Explorationen/psychiatrischen Untersuchungen entscheidender Charakter zu (weit über die Bedeutung der meisten Vernehmungen hinaus). Mangels eigener (profunder) Sachkunde legen Richter ihrer Entscheidung nahezu immer ein eingeholtes psychiatrisches Gutachten zugrunde, um über die Schuldfähigkeit und ggf. über die Verhängung und Weiterführung von Maßregeln zu entscheiden (vgl. §§ 80a, 246a, 463 StPO, §§ 9, 12 ThUG).[86]

Die Anwesenheit eines Verteidigers bei der Exploration könnte **sicherstellen, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit gewahrt bleibt**; so wird etwa die **Gefahr verringert, dass dem Betroffenen Suggestivfragen gestellt werden**, denen die zu diesem Zeitpunkt nicht bewiesene Täterschaft oder (angeblich weiterhin bestehende) Gefährlichkeit zugrunde liegt. *Neuhaus* führt außerdem die Vorschrift des § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO an, wonach der Beistand eines Verteidigers *„in jeder Lage des Verfahrens"* gewährleistet sein müsse.[87]

Damit sich, insbesondere im Streitfall, das Gericht eine eigene Meinung bilden kann, scheint es außerdem angezeigt, die **Exploration** (audiovisuell) **aufzuzeichnen**.[88] Dies wird zugleich die – nicht völlig auszuschließende – Gefahr verringern, ja weitgehend ausschließen, dass der Verteidiger in unsachgemäßer Weise interveniert.

Hat der Betroffene nicht das Recht auf Verteidigerbeistand während der Exploration, ist die Verfahrensfairness (Art. 6 EMRK) und damit das Rechtsstaatsprinzip in Frage gestellt. Soweit ersichtlich, hat der **EGMR** allerdings bislang noch nicht entschieden, ob das Gebot der Verfahrensfairness und konkret das Recht auf effektive Verteidigung (Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 *lit*. c EMRK) ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration erfordern.

Hinweise könnte das Urteil ***Bernard*** [89] enthalten.

> Der Bf. war nach psychiatrischen Untersuchungen strafrechtlich verurteilt worden. Vor dem EGMR beschwerte er sich über die Missachtung der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), weil die Gutachter bei der Untersuchung von seiner Täterschaft ausgegangen seien und diese in den Berichten festgehalten hätten. Der EGMR äußerte sich nur zu dieser Frage und nicht etwa dazu, wie die Gutachten zustande gekommen waren. Er verneinte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 EMRK, weil die Sachverständigen in ihren Berichten stets betont hätten, dass der Angeklagte die vorgeworfenen Taten bestritt, und weil die vom Angeklagten benannten Entlastungszeugen allesamt gehört worden seien. Insbesondere führte der EGMR aber aus und würdigte positiv, dass der Angeklagte die Möglichkeit erhalten habe, die vorgelegten psychiatrischen Gutachten in Zweifel zu ziehen (§ 38: „the applicant had the opportunity to challenge the expert reports and ask for them to be declared null

---

85 Vgl. hierzu die Rechtslage in der Schweiz: *Saner*, ZStrR 2014, 121 ff.
86 *Meyer-Goßner*/Schmitt (Fn. 1), § 246a Rn. 1; HK-StPO/*Pollähne* (Fn. 1), § 463 Rn. 12.
87 HK-GS/*Neuhaus*, 2. Aufl. 2013, § 80 StPO, Rn. 4; kritisch auch: *Beckert* (Fn. 70), 225 (für den Fall der ansonsten drohenden Untersuchungsverweigerung).
88 Vgl. hierzu: *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. 2013 Rn. 1798 (Tonband).

and void“). Da der Angeklagte dies nicht gemacht hatte (und auch nicht vor dem EGMR vorgetragen hatte, derartige Anträge seien ohne jegliche Erfolgsaussicht gewesen, etwa weil er seine Darstellung des Ablaufs der Untersuchung mangels Anwesenheit seines Verteidigers und/oder mangels Aufzeichnung nicht beweisen könne), nahm der EGMR folgerichtig nicht dazu Stellung, wie effektiv diese Möglichkeit bzw. dieses Recht sein muss und welche Folgerungen für das Verfahren zu ziehen sind, wenn die Feststellungen der Gutachten nicht effektiv bestritten werden können.

VII. Anwesenheits-/Mitwirkungsrechte des Verteidigers bei der Vernehmung von Zeugen/Mitbeschuldigten [und Sachverständigen]

1. Richterliche Vernehmung

a) Ausgangslage

§ 168c StPO

*(2) Bei der **richterlichen** Vernehmung eines **Zeugen oder Sachverständigen** ist der Staatsanwaltschaft, **dem Beschuldigten und dem Verteidiger** die Anwesenheit gestattet.*

*(3) Der Richter kann einen **Beschuldigten** von der Anwesenheit bei der Verhandlung **ausschließen**, wenn dessen Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährden würde. Dies gilt namentlich dann, wenn zu befürchten ist, daß ein Zeuge in Gegenwart des Beschuldigten nicht die Wahrheit sagen werde.*

*(4) Hat ein nicht in Freiheit befindlicher **Beschuldigter** einen Verteidiger, so steht ihm ein Anspruch auf Anwesenheit nur bei solchen Terminen zu, **die an der Gerichtsstelle des Ortes abgehalten werden**, **wo er in Haft ist**.*

*(5) **Von den Terminen** sind die zur Anwesenheit Berechtigten **vorher zu benachrichtigen**. Die **Benachrichtigung unterbleibt**, wenn sie den Untersuchungserfolg gefährden würde. Auf die Verlegung eines Termins wegen Verhinderung haben die zur Anwesenheit Berechtigten keinen Anspruch.*

§ 168e StPO

Besteht die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen, wenn er in Gegenwart der Anwesenheitsberechtigten vernommen wird, und kann sie nicht in anderer Weise abgewendet werden, so soll der Richter die Vernehmung von den Anwesenheitsberechtigten getrennt durchführen. Die Vernehmung wird diesen zeitgleich in Bild und Ton übertragen. Die Mitwirkungsbefugnisse der Anwesenheitsberechtigten bleiben im übrigen unberührt. Die §§ 58a und 241a finden entsprechende Anwendung. Die Entscheidung nach Satz 1 ist unanfechtbar.

b) AE-Ermittlungsverfahren (2001)

§ 168f StPO: Anwesenheit des Beschuldigten und des Verteidigers bei nichtrichterlicher Vernehmung [s.u.]

---

[89] EGMR, Bernard / Frankreich, Urt. v. 23.4.1998, Nr. 22885/93.

c) Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens (2004)

§ 144

*Dem **Verteidiger** ist an Vernehmungen von **Zeugen**, die **auf seiner Benennung beruhen**, Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben, es sei denn, dass hierdurch eine dringende, auch durch eine in § 168e genannte Maßnahme nicht abwendbare Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen zu besorgen ist.*

§ 168c

(1) Der Staatsanwaltschaft ist an der richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben.

*(2) Dem **Verteidiger** ist an der **richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten**, **Zeugen oder Sachverständigen** Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben, sofern hierdurch eine Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht zu besorgen ist.*

*(3) Dem **Beschuldigten** ist an der **richterlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten**, **Zeugen oder Sachverständigen** Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben, sofern hierdurch eine Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht zu besorgen ist. Eine Gefährdung ist namentlich dann zu besorgen, wenn zu befürchten ist, dass ein Mitbeschuldigter oder Zeuge in Gegenwart des Beschuldigten nicht die Wahrheit sagen werde.*

(4) Hat ein nicht in Freiheit befindlicher Beschuldigter einen Verteidiger, so steht ihm ein Anspruch auf Mitwirkung nur bei solchen Terminen zu, die an der Gerichtsstelle des Ortes abgehalten werden, wo er in Haft ist.

d) AE-Beweisaufnahme (2012)

[keine Regelung]

2. Nicht-richterliche Vernehmung (Staatsanwaltschaft und Polizei)

a) Ausgangslage

Die StPO sieht (derzeit) kein Teilnahmerecht des Beschuldigten bzw. des Verteidigers bei nichtrichterlichen Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen vor.[90] Überlegungen, die Anwesenheit und Mitwirkung des Beschuldigten bzw. Verteidigers an staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Vernehmungen in das Strafverfahrensrecht zu implementieren, sind gesetzlich nicht ausgeschlossen – **setzen aber ein grundsätzliches Bekenntnis zu einem partizipatorischen Ermittlungsverfahren voraus (vgl. die Punkte I. bis VI., über die vorrangig zu befinden wäre).**

[90] Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 168c Rn. 2; HK-StPO/*Zöller* (Fn. 1), § 168c Rn. 4.

b) AE-Ermittlungsverfahren (2001)

§ 168f: Anwesenheit des Beschuldigten und des Verteidigers bei nichtrichterlicher Vernehmung

(1) Bei der nichtrichterlichen Vernehmung des Beschuldigten ist dem ***Verteidiger*** *stets die Anwesenheit gestattet.*

(2) Bei der nichtrichterlichen Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen ist dem ***Beschuldigten und dem Verteidiger*** *die Anwesenheit gestattet.*

(3) [1]Die vernehmende Person kann einen Beschuldigten von der Anwesenheit bei der Vernehmung ausschließen, soweit bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, dass dadurch der Zweck künftiger Ermittlungsmaßnahmen gefährdet würde. [2]Die gilt namentlich dann, wenn zu befürchten ist, dass ein Zeuge in Gegenwart des Beschuldigten nicht die Wahrheit sagen werde. [3]Der Beschuldigte kann auch dann ausgeschlossen werden, wenn die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen besteht, wenn er in Gegenwart des Beschuldigten vernommen wird, oder wenn es sich bei dem Zeugen um eine Person unter sechzehn Jahren handelt, die durch die Straftat verletzt worden ist. [4]Unter den Voraussetzungen des Satzes 1 kann auch der Verteidiger ausgeschlossen werden.

(4) Einem nicht in Freiheit befindlichen Beschuldigten steht ein Anspruch auf Anwesenheit nur bei solchen Terminen zu, die an der Gerichtsstelle des Ortes abgehalten werden, wo er in Haft ist.

(5) [1]Von den Terminen sind die zur Anwesenheit Berechtigten vorher zu benachrichtigen, wenn dies ohne Gefährdung des Zwecks der Ermittlungen möglich ist. [2] Auf die Verlegung eines Termins wegen Verhinderung haben die zur Anwesenheit Berechtigten keinen Anspruch.

c) Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens (2004)

§ 161a wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 wird folgender Absatz eingefügt:

(2) Dem Verteidiger ist an Vernehmungen von Mitbeschuldigten, Zeugen und Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben, sofern hierdurch eine Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht zu besorgen ist. § 168e gilt entsprechend.

b) Die bisherigen Absätze 2, 3 und 4 werden die neuen Absätze 3, 4 und 5.

d) AE-Beweisaufnahme (2012)

§ 163a: Vernehmung des Beschuldigten

(1) Satz 2 wird gestrichen.

(1a) In geeigneten Fällen soll dem Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren Gelegenheit gegeben werden, ***Zeugen und Mitbeschuldigte zu befragen****. Dem Beschuldigten ist eine solche Gelegenheit zu gewähren, sofern zu erwarten ist, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung für eine Befragung nicht zur Verfügung stehen wird. Für die Befragung ist dem Beschuldigten ein Verteidiger zu bestellen, soweit die Verteidigung nach § 140 notwendig ist; dasselbe gilt, wenn der Beschuldigte von der Vernehmung des Zeugen oder Mitbeschuldigten nach § 168c Abs. 3 oder aus einem anderen Grund ausgeschlossen ist.*

(2) unverändert.

(3) Satz 2 erhält folgende Fassung:

[2] Die §§ 133 bis 135, 136 Abs. 1 bis 4, 136a und 168c Abs. 1 und 5 gelten entsprechend.

(4) Satz 2 erhält folgende Fassung:

[2] Im Übrigen sind bei der Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes § 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2 bis 4 und § 136a anzuwenden.

(5) Ist bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend oder wird diese auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet, so gilt § 136 Abs. 5 entsprechend.

Prof. Dr. Robert Esser
Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht

Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP)

UNIVERSITÄT PASSAU
Juristische Fakultät

BMJV-Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

„Einheitliche Sanktionen bei der Verkürzung von Beschuldigtenrechten“

11./12. Mai 2015

A. Problemstellung

Auf die Verkürzung von Beschuldigtenrechten reagiert die Strafjustiz derzeit in sehr unterschiedlicher Art und Weise. Dies verdeutlichen drei ausgewählte Problemfelder.

Eine unangemessene Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 EMRK) wird seit dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 17.1.2008 im Wege der sog. **Vollstreckungslösung** kompensiert (dazu unter I.).

Auf Einschränkungen des Rechts des Beschuldigten auf Konfrontation eines Belastungszeugen (Art. 6 Abs. 3 *lit.* d EMRK) reagieren die Strafgerichte mit der sog. **Beweiswürdigungslösung** (dazu unter II.).

Eine Tatprovokation wird von den Gerichten seit jeher mit einem Strafabschlag (**Strafzumessung**; Reduzierung der Strafe) zu kompensieren versucht; ein aktueller Beschluss des BVerfG legt hier allerdings die Basis für die Annahme eines Beweisverwertungsverbots in künftig zu entscheidenden Fallkonstellationen (dazu unter III.).

Auffallend ist, dass die Kompensation der drei genannten Verfahrensfehler auf drei sehr unterschiedlichen Ebenen erfolgt: der sanktionsrechtlichen (Strafzumessung / Strafabschlag), der prozessualen (Beweiswürdigung) und schließlich sogar – außerhalb des Erkenntnisverfahrens – erst auf der Vollstreckungsebene (wenngleich im letzten Fall die Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ auch durch das Tatgericht erfolgt).

Den drei beschriebenen Reaktionsmechanismen kommt durchaus „Modell-Charakter“ zu, d.h. sie werden auch in anderem Zusammenhang als Kompensationsmöglichkeit für Verfahrensverstöße in Betracht gezogen.

In der Kommission sollte diskutiert werden,

(1) **ob die Thematik überhaupt** unter dem Gesichtspunkt einer praxistauglicheren und effektiveren Gestaltung des Strafverfahrens **behandelt werden soll**,

(2) ob eine **Zusammenführung** der bisher sehr unterschiedlichen Kompensationsmodelle zu einer einheitlichen Reaktionsform rechtlich geboten (EGMR) oder jedenfalls sinnvoll erscheint,

(3) ob eine **gesetzliche Verankerung** eines/aller Kompensationsmodells(e) angestrebt werden soll; dies gilt insbesondere für das Verbot der Tatprovokation (etwa im Rahmen eines Vorschlags für ein Gesetz zur Regelung des Einsatzes von V-Personen).

B. Einzelbetrachtung

I. Unangemessene Verfahrensdauer (Vollstreckungslösung)

BGH, Beschl. v. 17.1.2008 – GSSt 1/07 = BGHSt 52, 124

[18] Zwar führt das bisher in der Rechtsprechung praktizierte Modell, dem Angeklagten als Ausgleich für einen rechtsstaatswidrigen Verstoß gegen das Gebot zügiger Verfahrenserledigung einen bezifferten Abschlag auf die an sich verwirkte Strafe zu gewähren, im Regelfall zu einer Kompensation dieses Verstoßes, die nicht nur mit den Vorgaben des Grundgesetzes und der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (MRK), sondern auch mit dem nationalen deutschen Straf- und Strafprozessrecht in Einklang steht. **Jedoch stößt dieses Modell in besonders gelagerten Fällen an gesetzliche Grenzen.** Hierdurch wird jedoch die Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3 GG) berührt, die durch das StGB vorgegebene Grenzen der Strafenfindung zu achten haben.

[19] Eine solche [bessere Lösung] liegt mit der Vollstreckungslösung indes vor. Der Große Senat hält daher einen Wechsel zu diesem Modell für geboten. Dies gilt auch deshalb, **weil diese Form der Entschädigung gemäß den Vorgaben der MRK, wie sie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) präzisiert worden sind, im Gegensatz zur bisherigen Verfahrensweise in allen Fällen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung eine Kompensation ermöglicht.**

[21] Unabhängig hiervon hat die Vollstreckungslösung gegenüber dem Strafabschlagsmodell weitere Vorzüge, die für die Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen einen Systemwechsel angezeigt erscheinen lassen. **Durch die Trennung von Strafzumessung und Entschädigung belässt sie der unrechts- und schuldangemessenen Strafe die**

ihr in strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Folgebestimmungen beigelegte Funktion. Darüber hinaus vereinfacht sie die Rechtsfolgenbestimmung.

[31] Solange es an einer gesetzlichen Regelung fehle, seien die verfassungsrechtlich gebotenen Konsequenzen zunächst in Anwendung des Straf- und Strafverfahrensrechts zu ziehen. Komme eine angemessene Reaktion auf solche Verfahrensverzögerungen mit vorhandenen prozessualen Mitteln (§§ 153, 153a, 154, 154a StPO) nicht in Frage, **so sei eine sachgerechte, angemessene Berücksichtigung im Rechtsfolgenausspruch, in den gesetzlich vorgesehenen Fällen möglicherweise durch Absehen von Strafe oder Verwarnung mit Strafvorbehalt, jenseits davon bei der Strafzumessung wie auch gegebenenfalls bei der Strafaussetzung zur Bewährung und bei der Frage der Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung regelmäßig verfassungsrechtlich gefordert, aber auch ausreichend (BVerfG – Vorprüfungsausschuss – NJW 1984, 967). Die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung müsse sich bei der Strafzumessung auswirken, wenn sie nicht im Extrembereich zum Vorliegen eines unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot herzuleitenden Verfahrenshindernisses führe.**

[36] In Fällen, in denen eine Kompensation nur durch eine Unterschreitung der gesetzlichen Mindeststrafen möglich wäre, gerät die bisher von der Rechtsprechung angewandte **Strafabschlagslösung jedoch an ihre Grenzen und läuft Gefahr, das Rechtsfolgensystem des StGB in Frage zu stellen.** Dieser Konflikt zwischen Straf- und Strafprozessrecht auf der einen und verfassungs- sowie konventionsrechtlichen Vorgaben auf der anderen Seite **muss in einer Weise aufgelöst werden, welche die Bindung der Gerichte an die einfachgesetzlichen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und der Strafprozessordnung so weit wie möglich respektiert**.

[37] Indem es die Kompensation für die von staatlichen Stellen verursachten Verfahrensverzögerungen in einem gesonderten Schritt nach der eigentlichen Strafzumessung vornimmt, **respektiert es im Ausgangspunkt die im Gesetz vorgegebenen Mindeststrafen, die nach der Bewertung des Gesetzgebers auch im denkbar mildesten Fall noch einen angemessenen Schuldausgleich gewährleisten.** Gleichzeitig eröffnet es die Möglichkeit, die gebotene Entschädigung des Angeklagten für das von ihm erlittene Verfahrensunrecht dennoch zu leisten. Dies gilt selbst im Falle einer lebenslangen Freiheitsstrafe.

[38] Die bisher praktizierte Strafabschlagslösung ist aber auch deshalb durch das Vollstreckungsmodell zu ersetzen, **weil dieses sich inhaltlich in vollem Umfang an den Kriterien ausrichtet, die nach der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Art. 13, 34 MRK für den Ausgleich rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen maßgeblich sind.**

Das Gewicht der Tat und das Maß der Schuld sind dabei als solche weder für die Frage relevant, ob das Verfahren rechtsstaatswidrig verzögert worden ist. Diese ist vielmehr allein an der Intensität der Beeinträchtigung des subjektiven Rechts des Betroffenen aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK auszurichten. **Durch die Kompensation wird danach eine Art Staatshaftungsanspruch erfüllt, der dem von einem überlangen Strafverfahren betroffenen Angeklagten in gleicher Weise erwachsen kann wie der Partei eines vom Gericht**

schleppend geführten Zivilprozesses oder einem Bürger, der an einem verzögerten Verwaltungsrechtsstreit beteiligt ist. Dieser Anspruch entsteht auch dann, wenn der Angeklagte freigesprochen wird. Ein unmittelbarer Bezug zu dem vom Angeklagten schuldhaft verwirklichten Unrecht oder sonstigen Strafzumessungskriterien besteht daher nicht.

[42] Die Kompensation durch Gewährung eines bezifferten Abschlags auf die an sich verwirkte Strafe knüpft somit nach den Maßstäben der MRK im Ausgangspunkt an ein eher **sachfernes Bewertungskriterium** an, mag sie auch im Großteil der Fälle dazu führen, dass der gebotene Ausgleich geschaffen wird und damit die Opferstellung des Angeklagten entfällt. Demgegenüber koppelt das Vollstreckungsmodell den Ausgleich für das erlittene Verfahrensunrecht von vornherein von Fragen des Unrechts, der Schuld und der Strafhöhe ab.

[50] **Nicht ausgeschlossen ist nach den Vorgaben des EGMR auch eine Wiedergutmachung durch Zahlung einer Geldentschädigung.** Die Rechtsordnungen anderer Vertragsstaaten der MRK enthalten hierzu ausdrückliche Regelungen.

[55] Die Kompensation ist jedoch auch nach dem Vollstreckungsmodell bereits im Erkenntnisverfahren vorzunehmen. **Sie kann nicht den Strafvollstreckungsbehörden überlassen werden; denn da die Entschädigung nicht durch schematische Anrechnung der jeweiligen Verzögerungsdauer auf die Strafe vorzunehmen, sondern aufgrund einer wertenden Betrachtung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu bemessen ist (s. unten IV. 1.), muss sie dem Tatrichter vorbehalten bleiben, dem schon die Feststellung dieser Umstände obliegt** (vgl. § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB).

II. Konfrontationsrecht (Art. 6 Abs. 3 *lit.* d EMRK): Beweiswürdigungslösung)

(1) BVerfG, Beschl. v. 5.7.2006 – 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204

Unter Berücksichtigung des – von den deutschen Gerichten bei der Auslegung des nationalen Rechts zu beachtenden (…) – Rechts auf Befragung gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchstabe d EMRK muss dem Angeklagten danach die effektive Möglichkeit verschafft werden, einen Zeugen zu befragen und seine Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit in Frage zu stellen (…).

Dabei liegt ein Konventionsverstoß aber nur vor, wenn diese Möglichkeit bei einer Betrachtung des Verfahrens in seiner Gesamtheit nicht gegeben war (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juli 2000 – 1 StR 169/00, …).

Defizite bei der Ermöglichung der Befragung können durch das erkennende Gericht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (…) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (vgl. Monika Haas/Bundesrepublik Deutschland, Entscheidung vom 17. November 2005 – 73047/01, NJW 2006, 2753, 2755) **durch eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung ausgeglichen werden**.

Verfassungsrechtlich ist diese „Beweiswürdigungslösung“ angesichts der für die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zentralen Bedeutung der Idee der Gerechtigkeit, an der sie sich orientiert und an der sich jedwede Rechtspflege messen lassen muss (…), nicht zu beanstanden (vgl. bereits BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Dezember 2000 – 2 BvR 591/00, NJW 2001, 2245, 2246; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 5. Juli 2006 - 2 BvR 1317/05, NJW 2007, 204, 205).

Eine **besonders sorgfältige Beweiswürdigung, die neben der Aussage des Ermittlungsrichters eine Vielzahl weiterer gewichtiger, nicht mit Angaben der Geschädigten in Zusammenhang stehender Beweismittel berücksichtigt,** hat das Tatgericht hier erkennbar vorgenommen.

(2) BVerfG, Beschl. v. 8.10.2009 – 2 BvR 547/08, NJW 2010, 925

Vor diesem Hintergrund und unter maßgeblicher Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 *lit.* d EMRK (…) hat der Bundesgerichtshof Leitlinien zur Handhabung des Beschuldigtenrechts auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen und zur Verwertbarkeit nicht konfrontierter Aussagen bei der Urteilsfindung entwickelt, die sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen lassen:

Der Beschuldigte hat – als eine besondere Ausformung des Grundsatzes der Verfahrensfairness – ein Recht, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen oder befragen zu lassen. Die Befragung des Zeugen hat dabei grundsätzlich, aber nicht zwingend in der Hauptverhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten zu erfolgen. Ist der Zeuge lediglich im Ermittlungsverfahren oder sonst außerhalb der Hauptverhandlung vernommen worden, muss dem Beschuldigten entweder zu dem Zeitpunkt, in dem der Zeuge seine Aussage macht, oder in einem späteren Verfahrensstadium die Gelegenheit gegeben werden, den Zeugen selbst zu befragen, unter Umständen über seinen Verteidiger befragen zu lassen (…). In bestimmten Fällen kann indes auf eine Konfrontation des Zeugen mit dem Angeklagten verzichtet werden, etwa aus Gründen des Zeugenschutzes oder wenn zu befürchten ist, dass der Zeuge in Gegenwart des Angeklagten nicht die Wahrheit sagen werde (…). **Allerdings muss die Justiz eine solche Einschränkung des Fragerechts durch andere Maßnahmen ausgleichen**. Ein solcher Ausgleich kann etwa dadurch erfolgen, dass wenigstens der Verteidiger bei der Zeugenvernehmung anwesend sein und den Zeugen befragen kann oder dass dem Angeklagten die Gelegenheit gegeben wird, schriftlich Fragen an den Zeugen zu richten (…). Auch kann eine audiovisuelle Konfrontationsvernehmung nach § 247a StPO – gegebenenfalls unter optischer und akustischer Abschirmung – geboten sein, um eine Verletzung des Fairnessgebots zu vermeiden (..).

Selbst wenn der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt die Gelegenheit zur konfrontativen Befragung des Zeugen hatte, so verstößt dies aber nicht ohne weiteres gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness. **Entscheidend ist vielmehr, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair war** (vgl. BGHSt 46, 93, 95). Bei der Prüfung, ob insgesamt ein faires Verfahren vorlag, kommt es auch

darauf an, **ob der Umstand, dass der Angeklagte keine Gelegenheit zur konfrontativen Befragung hatte, der Justiz zuzurechnen ist** (vgl. BGHSt 51, 150, 155).

Ein Ausschluss des Fragerechts führt regelmäßig nicht zu einem Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf die nicht konfrontierte Aussage. Vielmehr kann ein solches Defizit **auch noch im Rahmen der abschließenden Beweiswürdigung ausgeglichen werden** (vgl. BGHSt 46, 93, 104 f.). Für die tatrichterliche Beweiswürdigung bedeutet dies, dass der Beweiswert der Angaben eines nicht konfrontierten Zeugen **äußerst sorgfältig und zurückhaltend gewürdigt** werden müssen. Eine Verurteilung kann auf die Aussage eines nicht konfrontierten Zeugen regelmäßig nur dann gestützt werden, wenn diese **durch andere gewichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt** werden (vgl. BGHSt 46, 93, 106; 51, 150, 155 ...).

Diese Grundsätze genügen den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäben. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits mehrfach entschieden, dass auch Bekundungen, die auf in der Hauptverhandlung nicht vernommene Gewährsleute zurückgehen, bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden dürfen. Allerdings genügen solche Bekundungen hinsichtlich ihres Beweiswerts regelmäßig nicht für die richterliche Überzeugungsbildung, **wenn sie nicht durch andere, nach der Überzeugung des Strafgerichts wichtige Gesichtspunkte und Beweisanzeichen bestätigt werden**. Der Tatrichter muss sich dabei der Grenzen seiner Überzeugungsbildung stets bewusst sein, sie wahren und dies in den Urteilsgründen zum Ausdruck bringen. **Gesteigerte Sorgfalt ist insoweit geboten, wenn Gewährspersonen – wie hier – nur deshalb nicht als Zeugen gehört werden können, weil die zuständige Behörde sich weigert, ihre Identität preiszugeben oder eine Aussagegenehmigung zu erteilen.** Ein Beweisverbot, das den Willen und die Fähigkeit der Gerichte in Zweifel zöge, den genannten Grundsätzen der Beweiswürdigung den zutreffenden Stellenwert einzuräumen, ist von Verfassungs wegen hingegen regelmäßig nicht geboten (…).

(…) Demgegenüber kann der Beschwerdeführer mit Erfolg nicht einwenden, die Aussagen der beiden anonymen Zeugen hätten aus Gründen der Verfahrensfairness allenfalls zur „Abrundung“ des Beweisergebnisses, nicht aber als tragendes Element der Beweiswürdigung verwendet werden dürfen. **Es gibt keinen Verfassungsrechtssatz, der besagt, dass bei der Verwendung von Aussagen nicht konfrontativ befragter Zeugen die Beweiswürdigung des Strafrichters in jedem Fall auch dann Bestand haben muss, wenn die Aussage des nicht konfrontierten Belastungszeugen hinweg gedacht wird. Dies zu verlangen käme der Annahme eines Verwertungsverbots nahe, das von Verfassungs wegen gerade nicht geboten ist.**

III. Tatprovokation

(1) EGMR, Furcht v. Deutschland, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09

[64] In cases of police incitement in breach of Article 6 § 1 of the Convention, the Court, in its well-established case-law, reiterates that the public interest in the fight against serious crimes, such as drug trafficking, **cannot justify the use of evidence obtained as a result of police**

incitement (…). For the trial to be fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, **all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded or a procedure with similar consequences must apply** (…).

[68] In determining whether a considerable mitigation of the sentence may be considered as having afforded the applicant sufficient redress for a breach of Article 6 § 1, the Court observes the following. Under the Court's well-established case-law, Article 6 § 1 of the Convention does not permit the use of evidence obtained as a result of police incitement. For the trial to be fair within that provision, **all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded or a procedure with similar consequences must apply** (see paragraphs 47 and 64 above). In view of this case-law, it must be concluded that any measure short of excluding such evidence at trial or leading to similar consequences must also be considered as insufficient to afford adequate redress for a breach of Article 6 § 1.

[69] The Court notes that in the present case the evidence obtained by police incitement was used at the applicant's trial and his conviction was based on that material. Moreover, not least in view of the importance of that material to prove the applicant guilty, **the Court is not convinced that even a considerable mitigation of the applicant's sentence can be considered as a procedure with similar consequences as an exclusion of the impugned evidence. It follows that the applicant has not been afforded sufficient redress for the breach of Article 6 § 1.**

[70] The Court would add that, even though it appears plausible that the sentence imposed on the applicant for drug trafficking was considerably mitigated as a result of the police incitement, **the exact reduction of the sentence was not fixed in the judgment and was thus not clearly measureable.**

(2) BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14 u.a., NJW 2015, 1083

[34] In der bisherigen Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde offen gelassen, ob die Mitwirkung eines polizeilichen Lockspitzels bei der Überführung eines Straftäters überhaupt geeignet sein kann, die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gegen den Betroffenen zu hindern. **Auch der vorliegende Fall erfordert keine Entscheidung dieser Frage**. Selbst wenn man ein Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation im Grundsatz für möglich erachten wollte, könnte ein derartiges Verbot der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs **nur in extremen Ausnahmefällen aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet** werden, weil das Rechtsstaatsprinzip nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schützt (…)

[37] Die Einwirkungen der Vertrauensperson auf den Beschwerdeführer und die staatlicherseits geleistete Unterstützung während der Tatvorbereitung machen deutlich, **dass die Kontrolle der Polizei durch die Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens" versagt hat. Dies kann nicht ohne Einfluss auf das weitere Verfahren bleiben**. Angesichts des Ausmaßes des Fehlverhaltens und der damit verbundenen rechtsstaatswidrigen

Einwirkung auf den Beschwerdeführer im Ermittlungsverfahren **wäre die Annahme eines Verfahrenshindernisses nicht fernliegend gewesen**.

[38] Gleichwohl kann die Frage, **ob in Extremfällen** tatprovozierenden Verhaltens der Ermittlungsbehörden **ein Verfahrenshindernis aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden kann, auch vorliegend offen gelassen werden**. Basierend auf den Feststellungen des Tatgerichts zu den konkreten Umständen der Provokation und des Tatgeschehens selbst konnten die Fachgerichte verfassungsrechtlich vertretbar von der Annahme eines Extremfalles im genannten Sinne absehen. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn es sich bei dem unmittelbar zur Tat verleiteten Beschwerdeführer zu um einen **gänzlich Unverdächtigen** gehandelt und er lediglich als Objekt der staatlichen Ermittlungsbehörden einen vorgefertigten Tatplan ohne eigenen Antrieb ausgeführt hätte, bedarf keiner Entscheidung. **Allerdings erscheint es zweifelhaft, ob bei einer solchen Tat ein staatlicher Strafanspruch mit Blick auf die materielle Gerechtigkeit und entgegen den schützenswerten Belangen des Beschuldigten noch aufrechterhalten werden könnte**. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch nicht um eine derartige, ausschließlich staatlicherseits verursachte Tat; **die Beschwerdeführer waren nicht bloße Objekte staatlicher Strafverfolgung**. Insbesondere war der Beschwerdeführer zu weder vor Beginn des provozierenden Verhaltens der Vertrauensperson unverdächtig, noch hat sich sein Verhalten ausschließlich im Rahmen der Vorgaben der Ermittlungsbehörden bewegt.

[40] Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des *EGMR* zur Problematik der konventionswidrigen Tatprovokation (vgl. Art. 6 I 1 EMRK) ist im Ergebnis nicht von einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren auszugehen, weil der **Verstoß** gegen Art. 6 I 1 EMRK im Ermittlungsverfahren durch die Fachgerichte **ausreichend kompensiert** worden ist.

[41] […] Denn zur Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG) gehört auch die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des *Gerichtshofs* im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung (vgl. *BVerfGE* 111, 307 [323] = NJW 2004, 3407).

Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des *Gerichtshofs* als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ können deshalb gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen (vgl. *BVerfGE* 111, 307 [323 f.] = NJW 2004, 3407). Im Rahmen der konventionsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes ist zum anderen die Rechtsprechung des *EGMR* auf der Ebene des Verfassungsrechts möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale Rechtssystem einzupassen (vgl. *BVerfGE* 111, 307 [327] = NJW 2004, 3407; *BVerfGE* 128, 326 [371] = NJW 2011, 1931).

Die Möglichkeiten einer konventionsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung nicht mehr vertretbar erscheint (vgl. *BVerfGE* 111, 307 [329] = NJW 2004, 3407; *BVerfGE* 128, 326 [371] = NJW 2011, 1931; *BVerfG*, NZA 2014, 1387 Rn. 129).

[42] Die **Rechtsprechung des *EGMR*** verfolgt hinsichtlich der rechtlichen Würdigung tatprovozierenden Verhaltens von Ermittlungsbehörden verglichen mit der den angegriffenen Entscheidungen zu Grunde liegenden so genannten „Strafzumessungslösung“ des *BGH* (vgl. *BGHSt* 32, 345 = NJW 1984, 2300; *BGHSt* 45, 321 = NJW 2000, 1123; *BGHSt* 47, 44 = NJW 2001, 2981) **einen anderen dogmatischen Ansatz**, weil der *Gerichtshof* bei Annahme einer Tatprovokation **die Frage der Zulässigkeit der Verfahrensdurchführung an sich und der Beweisverwertung in den Mittelpunkt stellt** (vgl. nur *EGMR*, NStZ 1999, 47 – Teixeira de Castro/Portugal; *EGMR* [*GK*], NJW 2009, 3565 – Ramanauskas/Lithuania; *EGMR*, NJW 2012, 3502 = NStZ 2013, 175 – Prado Bugallo/Spain sowie zuletzt *EGMR*, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung] – Furcht/Germany).

Infolgedessen hat der *Gerichtshof* ausgeführt, dass das öffentliche Interesse **die Verwendung von Beweisen**, die durch polizeiliche Anstiftung gewonnen wurden, **nicht rechtfertigen könne**. Eine Anstiftung zu einer Straftat durch die Polizei und die Verwendung der so gewonnenen Beweise könnten vielmehr dazu führen, dass das Recht des betroffenen Täters auf ein faires Verfahren iSv Art. 6 EMRK verletzt sei (vgl. *EGMR*, NJW 2012, 3502 [3503] = NStZ 2013, 175 § 27 mwN – Prado Bugallo/Spain; vgl. auch zuletzt *EGMR*, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung] § 47 mwN – Furcht/Germany).

[43] Dem *Gerichtshof* ist darin beizupflichten, dass der Staat unbescholtene Bürger nicht zu Straftaten verleiten darf; die Ermittlungsbehörden sollen Straftaten verfolgen, nicht sie verursachen. **Hieraus lässt sich aber nicht schließen, das nationale Rechtssystem müsse zwingend dem dogmatischen Ansatz des *Gerichtshofs* folgen.** Solange die inhaltlichen Anforderungen, die Art. 6 I 1 EMRK an die Fairness des Strafverfahrens stellt, erfüllt sind, überlässt es der *Gerichtshof* den nationalen Gerichten zu entscheiden, wie die Anforderungen von Art. 6 I 1 EMRK in die jeweiligen nationalen Strafrechtssysteme zu integrieren sind. Der *Gerichtshof* betont dementsprechend, dass die Frage der Zulässigkeit und Würdigung einzelner Beweise vornehmlich der Regelung des nationalen Rechts vorbehalten bleibe, wohingegen seine Aufgabe darin bestehe, festzustellen, ob das Verfahren als Ganzes, einschließlich der Art und Weise der Beweisaufnahme, fair war (vgl. *EGMR*, NStZ 1999, 47 [48] § 34 – Teixeira de Castro/Portugal; *EGMR* [*GK*], NJW 2009, 3565 [3566] § 52 mwN – Ramanauskas/Lithuania sowie zuletzt *EGMR*, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung] § 46 mwN – Furcht/Germany).

Dabei habe sich der *Gerichtshof* nicht dazu zu äußern, ob einzelne Beweise rechtswidrig gesammelt wurden, sondern zu prüfen, ob eine solche „Rechtswidrigkeit“ zur Verletzung eines von der Konvention geschützten Rechts führe (vgl. *EGMR*, NJW 2009, 3565 [3566] § 52 – Ramanauskas/Lithuania).

[44] c) **Ob die so genannte „Strafzumessungslösung“ diesen Anforderungen des *EGMR* in jedem Einzelfall gerecht wird,** indem sie auf der Rechtsfolgenseite ansetzt und schematische Lösungen vermeidet, kann und muss hier nicht entschieden werden.

[45] aa) Zwar fügt sich die „Strafzumessungslösung“ in das deutsche Strafrechtssystem schlüssig ein, weil die Reichweite von Beweisverwertungsverboten im deutschen Strafverfahrensrecht grundsätzlich eng auf die jeweils unzulässige Ermittlungshandlung zu begrenzen ist.

Zudem sind unter Rechtsstaatsgesichtspunkten herzuleitende Verfahrenshindernisse allenfalls eine seltene Ausnahme; so führt selbst ein Verstoß gegen verbotene Vernehmungsmethoden nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des § 136a III 2 StPO lediglich zu einem Beweisverwertungsverbot. Diesbezüglich ist insbesondere auch zu berücksichtigen, dass im Falle eines Verfahrenshindernisses der **Opferschutz** leiden kann, wenn das Strafrecht seine Genugtuungs- und Präventionsfunktion nicht mehr erfüllt. Dritte können als Opfer der Tat in ihren Individualrechtsgütern verletzt werden. Jedoch erfolgt die Herleitung der „Strafzumessungslösung“ ungeachtet ihrer Vorteile nicht aus der Verfassung; sie ist einfachrechtlich begründet. Eine andere Reaktion auf die rechtsstaatswidrige Tatprovokation wäre von Verfassungs wegen zulässig. *[46-52]*

[53] Vor allem hierdurch unterscheidet sich das Vorgehen des *LG* in Bezug auf die Verwertung der einzelnen Beweise auch signifikant von demjenigen der Gerichte in dem vom EuGH am 23.10.2014 entschiedenen Fall (*EGMR*, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung] – Furcht/Germany). In diesem hatten die Bekundungen der verdeckten Ermittler dazu gedient, die Einlassung des Bf. in wesentlichen Teilen zu widerlegen (vgl. *EGMR*, Urt. v. 23.10.2014 – 54648/09, BeckRS 2015, 80007 [engl. Fassung] § 9 und § 14 – Furcht/Germany). Eine derartige Beweisverwertung zu Lasten der Bf. ist den Gründen des angegriffenen landgerichtlichen Urteils nicht zu entnehmen. **Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des *EGMR* werden die Strafgerichte es gleichwohl zukünftig zu erwägen haben, in vergleichbaren Fällen ausdrücklich ein Verwertungsverbot bezüglich der unmittelbar durch die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gewonnenen Beweise, also insbesondere bezüglich der unmittelbar in die rechtsstaatswidrige Tatprovokation verstrickten Tatzeugen, auszusprechen.**

Hauptverhandlungstermin: 6. Mai 2015
BGH, 2 StR 97/14
Landgericht Bonn – 21 KLs 4/12 900 Js 721/10 – Urteil vom 13. Februar 2013

Das Landgericht hat die Angeklagten B. und J. jeweils wegen Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten verurteilt und angeordnet, dass bei beiden Angeklagten vier Monate Freiheitsstrafe wegen „rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen“ als vollstreckt gelten.

Nach den Feststellungen des Landgerichts nahmen ab Anfang des Jahres 2011 die zwei verdeckten Ermittler „N.“ und „A.“ Kontakt zu dem Angeklagten B. in Bonn auf. Nachdem zunächst Gespräche über die Lieferung von Nahrungsergänzungsmittel erfolgten, gab einer der verdeckten Ermittler schließlich im April 2011 vor, dass er wegen Lieferproblemen bei Drogengeschäften in Schwierigkeiten stecke. Der Angeklagte B. setzte nach anfänglichem Zögern den Angeklagten J. hiervon in Kenntnis, der sich schließlich bereit erklärte, über einen Bekannten in den Niederlanden Kontakt zu einem dortigen Drogenlieferanten herzustellen. In der Folge trafen sich am 10. Juni und am 10. August 2011 der verdeckte Ermittler „A.“ und der Angeklagte J. mit dem gesondert Verfolgten W., der als Kurier des Lieferanten fungierte, in den Niederlanden. W. übergab „A.“ und J. bei diesen Gelegenheiten 40.000 bzw. 250.000 Ecstasy-Pillen. Unmittelbar nach der zweiten Übergabe erfolgte der polizeiliche Zugriff.

Gegen dieses Urteil wenden sich die Revisionen der Angeklagten, die u. a. geltend machen, sie seien zu den Taten rechtsstaatswidrig provoziert worden. Die Staatsanwaltschaft greift mit ihrer Revision im Wesentlichen die Wertung des Landgerichts an, bei den Angeklagten habe es sich nur um Gehilfen und nicht um Täter gehandelt.

Prof. Dr. Robert Esser

Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht

Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP)

UNIVERSITÄT PASSAU
Juristische Fakultät

BMJV-Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

„Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von V-Personen“

11./12. Mai 2015

I. Rechtliche Ausgangslage

1. Einsatz Verdeckter Ermittler, §§ 110a ff. StPO[1]

Unter Verdeckten Ermittlern werden **Beamte des Polizeidienstes verstanden, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln** (§ 110a Abs. 2 Satz 1 StPO). Zentrale Voraussetzung eines Einsatzes[2] sind zureichende tatsächliche Anhaltspunkte einer Katalogtat (Abs. 1). Da ein bestimmter Grad des Tatverdachts nicht gefordert wird, genügt das Vorliegen eines **Anfangsverdachts**. Die **Straftat** muss dabei von **erheblicher Bedeutung** sein:

> ***§ 110a StPO***
>
> *(1) Verdeckte Ermittler dürfen zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß eine* ***Straftat von erheblicher Bedeutung***[3]
> *1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,*
> *2. auf dem Gebiet des Staatsschutzes (§§ 74a, 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes)*
> *3. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder*
> *4. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert*
> *begangen worden ist.*

---

1 Umfassend dazu: Meyer-Goßner/*Schmitt*, 57. Aufl. 2014, § 110a Rn. 9 ff.

2 LR-StPO/*Hauck*, 26. Aufl. 2014, § 110a Rn. 32 ff.; SSW-StPO/*Eschelbach*, 2014, § 110a Rn. 13 ff.

3 Wann eine *„erhebliche Bedeutung“* vorliegt, lässt sich schwer bestimmen. Vgl. SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110a Rn. 14. Die Straftat muss mindestens zum Bereich der mittleren Kriminalität gehören, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen: Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 98a Rn. 5; LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110a Rn. 35.

> *Zur **Aufklärung von Verbrechen** dürfen Verdeckte Ermittler auch eingesetzt werden, soweit auf Grund bestimmter Tatsachen die **Gefahr der Wiederholung** besteht.*
>
> *Der Einsatz ist nur zulässig, soweit die Aufklärung **auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert** wäre.*
>
> *Zur **Aufklärung von Verbrechen** dürfen Verdeckte Ermittler außerdem eingesetzt werden, wenn **die besondere Bedeutung der Tat den Einsatz gebietet und andere Maßnahmen aussichtslos wären**.*

Die Befugnis eines VE zum **Betreten einer fremden Wohnung** ist in § 110c StPO speziell geregelt.

> *Verdeckte Ermittler dürfen unter Verwendung ihrer Legende eine Wohnung mit dem Einverständnis des Berechtigten betreten. Das Einverständnis darf nicht durch ein über die Nutzung der Legende hinausgehendes Vortäuschen eines Zutrittsrechts herbeigeführt werden. **Im Übrigen richten sich die Befugnisse des Verdeckten Ermittlers nach diesem Gesetz und anderen Rechtsvorschriften**.*

Im Wesentlichen ergeben sich damit die Befugnisse eines VE aus der StPO (z.B. §§ 102, 103 StPO), den Polizeigesetzen oder aus sonstigen Gesetzen (z.B. § 4 Abs. 2 BtMG). Im Rahmen dieser Befugnisse ist **§ 136a StPO** zu beachten.[4]

Für den Einsatz von VE ist **grundsätzlich die Zustimmung der StA** erforderlich (§ 110b Abs. 1 Satz 1 StPO); bei Gefahr in Verzug kann die Polizei zunächst von sich aus handeln. Eine Zustimmung der StA muss jedoch nachträglich herbeigeführt werden (Abs. 1 Satz 2).[5]

In Fällen des § 110b Abs. 2 Satz 1 StPO [Einsätze, die sich gegen einen bestimmten Beschuldigten richten (Nr. 1) oder Einsätze, bei denen der Verdeckte Ermittler eine Wohnung betritt, die nicht allgemein zugänglich ist (Nr. 2)] ist **zusätzlich zur staatsanwaltschaftlichen Zustimmung**[6] die **Zustimmung des Gerichts** erforderlich.

Für Erkenntnisse aus dem Einsatz eines VE besteht ein **Verwertungsverbot**, wenn keine vorherige oder nachträgliche erforderliche Zustimmung von StA und/oder Ermittlungsrichter eingeholt wurde.[7] Im Übrigen besteht ein Verwertungsverbot nur bei einem *ex-ante* zu betrachtenden willkürlichen oder unvertretbaren Einsatz des VE.[8]

---

4 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110c Rn. 3; LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110c Rn. 8.
5 LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110b Rn. 7; SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110b Rn. 4.
6 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110b Rn. 3; LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110b Rn. 9; SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110b Rn. 5; SK-StPO/*Wolter*, 4. Aufl. 2010, § 110b Rn. 5.
7 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110b Rn. 11; SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110b Rn. 13.
8 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110b Rn. 11.

2. Einsatz von V-Personen

V-Personen gehören keiner Strafverfolgungsbehörde an, sind aber bereit, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen.[9] Sie unterliegen einer polizeilichen Anleitung und entstammen nicht selten kriminellen Milieus.[10]

Der Einsatz von V-Personen ist im Gegensatz zu dem eines VE (§§ 110a ff. StPO) **nicht speziell gesetzlich geregelt**.[11] Der Gesetzgeber verzichtete bei der Schaffung des 2. OrgKG bewusst auf eine Regelung des Einsatzes von V-Personen, da ein solcher Einsatz den **allgemeinen Bestimmungen (§ 161 Abs. 1 i.V.m. § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO)** unterliege.[12]

> ***§ 161 StPO***
>
> *(1) Zu dem in § 160 Abs. 1 bis 3 bezeichneten Zweck ist die **Staatsanwaltschaft** befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und **Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen** oder **durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen**, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln. Die **Behörden und Beamten des Polizeidienstes** sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen, und in diesem Falle befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen.*
>
> ***§ 163 StPO***
>
> *(1) **Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes haben Straftaten zu erforschen** und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Zu diesem Zweck sind sie befugt, alle **Behörden** um Auskunft zu ersuchen, bei Gefahr im Verzug auch, die Auskunft zu verlangen, **sowie Ermittlungen jeder Art vorzunehmen**, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln.*

Ausführungen zu **Einsätzen von Lockspitzeln bzw. zum Verbot der Tatprovokation** hat der Gesetzgeber gänzlich unterlassen. Auch Erörterungen, ob der Einsatz von V-Personen einen Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen darstellt, finden sich nicht.[13]

§§ 110a ff. StPO finden auf den Einsatz von V-Personen keine (entsprechende) Anwendung.[14] Daher haben V-Personen auch nicht die in § 110c StPO vorgesehenen Eingriffsbefugnisse.[15] Dies wurde auch von der Rechtsprechung klargestellt.[16]

---

9 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110a Rn. 4a; AnwK-StPO/*Löffelmann*, 2007, § 110a Rn. 6; KK-StPO/*Senge*, 7. Aufl. 2013, Vorb. §§ 48 ff. Rn. 54; Radtke/Hohmann/*Pegel*, 2011, § 110a Rn. 22.

10 *Tyszkiewicz*, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme – Rechtliche Grenzen der Beweiserhebung und Beweisverwertung beim Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Strafverfahren, 2014, S. 26 f.

11 LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110a Rn. 11.

12 BT-Drucks. 12/989, S. 41; Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110a Rn. 4a; AnwK-StPO/*Löffelmann* (Fn. 9), § 110a Rn. 6; BGHSt 32, 345 ff.; 41, 42 ff.; 45, 321 ff.

13 So auch *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 40 f.; umfassende Analyse der §§ 161, 163 StPO als mögliche Ermächtigungsgrundlage für *tatprovozierendes* Verhalten auf den S. 80 ff.. Die Anforderungen an die Eingriffsnorm werden hier für jedes betroffene Grundrecht einzeln bestimmt.

14 AnwK-StPO/*Löffelmann* (Fn. 9), § 110a Rn. 6; SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110a Rn. 11; Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110a Rn. 4a.

15 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110a Rn. 4a; SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110a Rn. 11.

16 BGH Urt. v. 22.2.1995 – 3 StR 552/94 = NJW 1995, 2236 („Die Inanspruchnahme solcher Personen hat das OrgKG nicht geregelt. Daher verbleibt es insoweit bei der bisherigen Rechtsgrundlage. […]

Zur Aufklärung und Bekämpfung der schweren und der organisierten Kriminalität wird der Einsatz von V-Personen allgemein für notwendig gehalten.[17] Der Einsatz von V-Personen ist als zulässiges Mittel der Strafverfolgung auch in der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung[18] anerkannt.

Das **BVerfG** hat betont, dass die Strafverfolgungsorgane vor allem bei der Bekämpfung des Rauschgifthandels ohne den Einsatz von V-Personen nicht auskommen, sofern sie ihrem Auftrag zur rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten gerecht werden wollen. Der Einsatz von V-Personen (und Verdeckten Ermittlern) sei **zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität grundsätzlich zulässig** (BVerfGE 57, 250, 284).

Nach Ansicht des **BGH** sollen die aus einem Einsatz von V-Personen gewonnenen Beweise jedenfalls dann verwertbar sein, *„wenn es sich bei der den Gegenstand der Verfolgung bildenden Tat um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und wenn der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden […] erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.“*[19]

Das **OLG Zweibrücken**[20] hat verdeckte Ermittlungen nach der sog. „Cold-Case-Technik” nicht beanstandet. Danach ist die Herstellung eines Vertrauensverhältnisses zum Verdächtigten durch seine Einbeziehung in eine ihm vorgetäuschte verbrecherische Organisation, wobei er gegen Entgelt zur Begehung vermeintlicher Straftaten veranlasst wird, nicht allgemein unzulässig.

Mangels entsprechender Anwendung der §§ 110a ff. StPO auf den Einsatz von V-Personen fordert eine Ansicht in der Literatur die Schaffung einer *speziellen* gesetzlichen Grundlage auch für den Einsatz von V-Personen,[21] wie sie **zum Teil bereits im Polizeirecht besteht**:

§ 28 Abs. 2 Nr. 3 BPOlG

(1) Die Bundespolizei kann […] personenbezogene Daten mit den besonderen Mitteln nach Absatz 2 erheben über […]

(2) Besondere Mittel der Datenerhebung sind
1. die planmäßig angelegte Beobachtung einer Person, die durchgehend länger als vierundzwanzig Stunden dauern oder an mehr als zwei Tagen stattfinden soll (längerfristige Observation),
2. der Einsatz technischer Mittel in einer für den Betroffenen nicht erkennbaren Weise
a) zur Anfertigung von Bildaufnahmen oder -aufzeichnungen,
b) zum Abhören oder Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes und
3. ***der Einsatz von Personen, die nicht der Bundespolizei angehören und deren Zusammenarbeit mit der Bundespolizei Dritten nicht bekannt ist.***

(3) Der Einsatz von besonderen Mitteln nach Absatz 2 darf, außer bei Gefahr im Verzug, nur durch

---

Aus dem OrgKG selbst lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, daß der Gesetzgeber durch die nähere Ausgestaltung des Einsatzes Verdeckter Ermittler bei der Strafverfolgung die bisher ebenfalls zulässige Inanspruchnahme von Vertrauenspersonen und anonymer Informanten ausschließen wollte.“)

17 Auch bei BeckOK-StPO/*Hegmann,* Stand: 15.01.2015, § 110a Rn. 7.

18 BVerfGE 57, 250, 284; BGHSt 42, 139, 157.

19 BGHSt 42, 139, 157.

20 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 26.5.2010 – 1 Ws 241/09 = NStZ 2011, 113.

21 Vgl. hierzu Radtke/Hohmann/*Pegel* (Fn. 9), § 110a StPO Rn. 23; SK-StPO/*Wolter* (Fn. 6), § 110a Rn. 3.

den Leiter der in der Rechtsverordnung nach § 58 Abs. 1 bestimmte Bundespolizeibehörde oder seinen Vertreter angeordnet werden. Die Anordnung ist unter Angabe der maßgeblichen Gründe aktenkundig zu machen und auf höchstens einen Monat zu befristen. Die Verlängerung der Maßnahme bedarf einer neuen Anordnung. Die Entscheidung über die Verlängerung der Maßnahme darf in Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 und 2 Buchstabe b nur durch den Richter getroffen werden. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Bundespolizeibehörde nach Satz 1 ihren Sitz hat. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend.

§ 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG

(1) Das Bundeskriminalamt kann personenbezogene Daten mit den besonderen Mitteln nach Absatz 2 erheben über […].
wenn die Abwehr der Gefahr oder die Verhütung der Straftaten auf andere Weise aussichtslos ist oder wesentlich erschwert wäre. Die Maßnahme kann auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(2) Besondere Mittel der Datenerhebung sind
[…]
*4. der Einsatz von Privatpersonen, deren Zusammenarbeit mit dem Bundeskriminalamt Dritten nicht bekannt ist (**Vertrauensperson**), und*
*5. der Einsatz eines Polizeivollzugsbeamten unter einer ihm verliehenen und auf Dauer angelegten Legende (**Verdeckter Ermittler**).*

Wie bereits erwähnt, hatte schon der **Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität** aus dem Jahr 1991 den Vorschlag nicht aufgegriffen, auch über den Einsatz von V-Personen eine besondere Regelung in der StPO zu schaffen:[22]

*Der Entwurf greift den Vorschlag nicht auf, auch für die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) besondere Regelungen in der StPO zu schaffen. Diese Personen sind strafprozessual Zeugen, so daß die notwendige gesetzliche Grundlage für ihre Heranziehung im Ermittlungs- und Strafverfahren gegeben ist. Soweit sie aufgrund ihrer Wahrnehmungen gefährdet sind, kommt ihnen derselbe Zeugenschutz zu wie den Zufallszeugen. Hinsichtlich der Zusicherung der Vertraulichkeit/ Geheimhaltung enthält bereits die obengenannte bundeseinheitliche Richtlinie von 1986 Regelungen, die auf dem geltenden Recht beruhen und sich bewährt haben. **Daraus, daß sich der Entwurf lediglich zu einer Regelung des Ermittlungsorgans „Verdeckter Ermittler" entscheidet, kann und darf nicht geschlossen werden, daß die Heranziehung von Zeugen (Informanten, V-Personen) in Zukunft unzulässig sei.** Der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers ist für sich allein meist von geringerer Eingriffsintensität als die Überwachung des Fernmeldeverkehrs oder der Einsatz technischer Überwachungsgeräte. Die Eingriffstiefe **nimmt aber beträchtlich zu, wenn der Verdeckte Ermittler Wohnungen betritt**. Der Entwurf hat deswegen die den Verdeckten Ermittler betreffenden Regelungen ebenfalls in den Achten Abschnitt des Ersten Buches der Strafprozessordnung eingestellt.*

Dem **Argument, der Gesetzgeber habe durch die Ende 2008 geschaffene** – sich auf die dem BKA in § 4a Abs. 1 BKAG übertragenen Aufgaben beziehende – **Teilregelung in § 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG (s.o.) einen nicht ausdrücklich gesetzlich normierten Einsatz von**

Vertrauenspersonen im Rahmen des Strafverfahrens als nicht mehr zulässig ansehen wollen, ist der BGH (Urt. v. 11.12.2013 − 5 StR 240/13) unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 16/10121 S. 16, 25) nicht nähergetreten.

Aus der nicht vorhandenen speziellen gesetzlichen Regelung des Einsatzes von V-Personen kann zwar nicht deren generelle Unzulässigkeit gefolgert werden, es lässt sich aber daraus auch nicht der Schluss ziehen, dass der Einsatz von V-Personen ohne besondere gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zulässig ist, zumal wenn bei den Einsätzen **in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** oder **andere Grundrechte** eingegriffen wird[23] und den Staat im Falle eines Grundrechtseingriffs die Pflicht zur Schrankennormierung trifft.[24]

II. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von V-Personen

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen: „Wesentlichkeitsrechtsprechung“

Die **Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes** besagt, dass die Exekutive in bestimmten Konstellationen nur auf einer **parlamentsgesetzlichen Grundlage** handeln darf.[25]

Mit der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes wird allerdings nicht nur die Frage nach dem „Ob“ einer gesetzlichen Regelung verbunden, sondern auch das **inhaltliche “Wie“** im Sinne der **erforderlichen Regelungsdichte** des Gesetzes determiniert.[26] Nach der „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ des BVerfG müssen alle grundlegenden und wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst getroffen werden.[27]

> *„Der Grundsatz des Vorbehalts des (allgemeinen) Gesetzes wird im Grundgesetz nicht expressis verbis erwähnt. Seine Geltung ergibt sich jedoch aus Art. 20 III GG. Die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht, der Vorrang des Gesetzes also, würden ihren Sinn verlieren, wenn nicht schon die Verfassung selbst verlangen würde, daß staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen nur Rechtens ist, wenn es durch das förmliche Gesetz legitimiert wird. Welche Bereiche das im einzelnen sind, läßt sich indessen aus Art. 20 III GG nicht mehr unmittelbar erschließen. Insoweit ist vielmehr auf die jeweils betroffenen Lebensbereiche und Rechtspositionen des Bürgers und die Eigenart der Regelungsgegenstände insgesamt abzustellen. Die Grundrechte mit ihren speziellen Gesetzesvorbehalten und mit den in ihnen enthaltenen objektiven Wertentscheidungen geben dabei konkretisierende, weiterführende Anhaltspunkte. (…) Im Rahmen einer demokratisch-parlamentarischen Staatsverfassung, wie sie das Grundgesetz ist, liegt es näher anzunehmen, **daß die Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen, durch Gesetz erfolgen muß, und zwar losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal des „Eingriffs”**. Staatliches Handeln, durch das dem einzelnen*

---

[22] BT-Drucks. 12/989 v. 25.7.1991, S. 41 (rechte Spalte).
[23] Informationen werden v.a. durch das Mithören des gesprochenen Wortes und durch das Beobachten von Geschehnissen erlangt, vgl. LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110a Rn. 12; Radtke/Hohmann/*Pegel* (Fn. 9), § 110a Rn. 23.
[24] LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110a Rn. 14.
[25] Maunz/Dürig/*Herzog*, 72. EL 2014, Art. 20 GG Rn. 75.
[26] Maunz/Dürig/*Herzog* (Fn. 25), Art. 20 GG Rn. 75.
[27] Vgl. BVerfGE 84, 212, 226.

Leistungen und Chancen gewährt und angeboten werden, ist für eine Existenz in Freiheit oft nicht weniger bedeutungsvoll als das Unterbleiben eines „Eingriffs". Hier wie dort kommt dem vom Parlament beschlossenen Gesetz gegenüber dem bloßen Verwaltungshandeln die unmittelbarere demokratische Legitimation zu, und das parlamentarische Verfahren gewährleistet ein höheres Maß an Öffentlichkeit der Auseinandersetzung und Entscheidungssuche und damit auch größere Möglichkeiten eines Ausgleichs widerstreitender Interessen. All das spricht für eine Ausdehnung des allgemeinen Gesetzesvorbehalts über die überkommenen Grenzen hinaus. Auch außerhalb des Bereichs des Art. 80 GG (…) hat der Gesetzgeber ***die grundlegenden Entscheidungen selbst zu treffen und zu verantworten****."*[28]

Diese sog. Wesentlichkeitstheorie wird mit dem **Gewicht der Regelungsgegenstände** begründet. Insbesondere die **Ausgestaltung der Grundrechte** ist dabei ein bedeutendes Entscheidungskriterium, so dass entsprechende Regelungen einer gesteigerten Verantwortung des demokratisch unmittelbar legitimierten Parlaments obliegen sollen. Immer *wesentlich* sind solche Entscheidungen, die **grundrechtsrelevant** sind, die also entweder eine Verwirklichung oder eine Beschränkung von Grundrechten vorsehen.[29]

Vom Wesentlichkeitsprinzip hängt aber nicht nur die Reichweite des Gesetzesvorbehalts ab, sondern auch, wie bestimmt das förmliche Gesetz ausgestaltet sein muss. Hierzu kann grundsätzlich festgehalten werden:

„Das Bestimmtheitsgebot findet im Hinblick auf das ***Recht auf informationelle Selbstbestimmung*** *seine Grundlage in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG selbst (vgl. BVerfGE 65, 1 [46 ff., 54]). Es soll sicherstellen, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können; ferner erlauben die Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann (vgl. BVerfGE 110, 33 [52 ff.]; 113, 348 [375 ff.]).* ***Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung grundsätzlich bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden*** *(vgl. BVerfGE 100, 313 [359 f., 372]; 110, 33 [53]; 113, 348 [375]).*[30]

2. Menschenrechtliche Perspektive: Gesetzliche Grundlage für Eingriffe in das Privatleben, Art. 8 Abs. 2 EMRK

Durch verdeckte Ermittlungsmaßnahmen wird häufig in das von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Recht auf Privatleben eingegriffen, so dass zu ihrer Rechtfertigung auch nach Maßgabe des **Art. 8 Abs. 2 EMRK** eine **hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage** notwendig ist. Insgesamt ist ein Vorhersehbarkeit und Schutz gegen Missbrauch schaffendes Gesetz erforderlich, mit dem ein verhältnismäßiger Ausgleich der durch den Eingriff betroffenen gegenläufigen Positionen zu schaffen ist.[31]

---

[28] BVerfG, Beschl. v. 28.10.1975 - 2 BvR 883/73, 379/74, 497/74, 526/74 = NJW 1976, 34, 35.

[29] Vgl. BVerfGE 33, 303, 345 f.; 45, 393, 399.

[30] BVerfGE 49, 168, 181; *Tyszkiewicz* (Fn. 10) beschäftigt sich ausführlich mit der Frage, ob der Einsatz eines Lockspitzels immer mit einem Verstoß gegen die Menschenwürde einhergeht, da er in diesen Fällen stets rechtswidrig wäre und sich die Frage nach einer Ermächtigungsgrundlage nicht mehr stellen würde. In den Mittelpunkt ihrer Betrachtung stellt sie den unzulässigen Zwang, die Drohung mit unzulässigen Maßnahmen und die Täuschung (S. 41 ff.).

[31] *Gaede,* StV 2004, 47, 48.

a) Allgemeine Grundsätze zum Einsatz von V-Personen

Der EGMR hat in den Urteilen *Lüdi*[32] und *Teixeira*[33] hervorgehoben, dass verdeckte Ermittlungen, soweit sie auf einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage erfolgen, ein in Art. 8 Abs. 2 EMRK genanntes legitimes Ziel verfolgen und im Einzelfall erforderlich sind, den Anforderungen der EMRK grundsätzlich entsprechen.

Der Schutz des Art. 8 EMRK umfasst auch das Recht am gesprochenen Wort und die Befugnis, selbst zu bestimmen, wem der Inhalt einer Kommunikation zugänglich sein soll.[34]

Eine **gezielte, systematische oder heimliche Aufzeichnung vom Verhalten oder von Äußerungen des Betroffenen im Rahmen des V-Personen-Einsatzes** greift in das Privatleben des Betroffenen ein, auch dann, wenn solche Aufzeichnungen im öffentlichen Raum gemacht werden. Da solche Maßnahmen von V-Personen, insbesondere geheime Ton- oder Bildaufzeichnung spezielle, besonders intensive Eingriffe[35] in das Privatleben einer Person darstellen, bedürfen sie einer ausreichend bestimmten Rechtsgrundlage und der Rechtfertigung durch einen der Schwere des Eingriffs angemessenen Grund.

Als **Eingriff** des Staates in das von Art. 8 EMRK geschützte Privatleben ist etwa das Mithören und Mitschneiden von (Telefon-) Gesprächen auch dann anzusehen, wenn eine Privatperson tätig wird, im Einvernehmen und Mithilfe oder auf Betreiben der Polizei. Ein dem Staat zuzurechnender und damit im Ergebnis *„staatlicher"* Eingriff ist jedenfalls dann zu bejahen, **wenn der Staat wesentlich an den privaten Ermittlungshandlungen mitwirkt**.

> *„Acting as they did, **with the permission of the public prosecutor**, the police **"made a crucial contribution to the execution of the scheme"**, as well as being responsible for its inception. The public prosecutor and the police all acted in the performance of their official duties. The responsibility of the respondent State is therefore engaged."*[36]

An die Bestimmtheit der Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht und an die Vorhersehbarkeit eines möglichen Eingriffs werden auch und gerade aus menschenrechtlicher Perspek-

---

32 EGMR, Lüdi/Schweiz, 15.6.1992, Nr. 12433/86= StV 1992 499.

33 EGMR, Teixeira de Castro/Portugal, 9.6.1998, Nr. 25829/94= NStZ 1999 47 = StV 1999 127.

34 Vgl. etwa BVerfGE 34, 238, 246; 54, 148, 154; vgl. auch EGMR, M.M./Niederlande, 8.4.2003, Nr. 39339/98, StV 2004, 1.

35 Soweit der mit der Überwachung an sich vorliegende Eingriff dem Staat zuzurechnen ist, verletzt jede nicht gesetzlich legitimierte Hörfalle den Art. 8 EMRK (vgl. *Gaede*, StV 2004, 48, 49).

36 EGMR, M.M./Niederlande, 8.4.2003, Nr. 39339/98, § 39 = StV 2004, 1 („Hörfalle"); siehe auch § 38: *„It is recalled that in the case of A. v. France (judgment of 23 November 1993, Series A no. 277-B), a certain private citizen **of his own motion reported** a conspiracy to commit murder to a police superintendent. He **volunteered to call** the applicant A., a participant in the conspiracy, and **suggested the recording of the telephone conversation** in question. The police superintendent "... made a **crucial contribution to executing the scheme by making available for a short time his office, his telephone and his tape recorder.** Admittedly, he did not inform his superiors of his actions and he had not sought the prior authorisation of an investigating judge, but he was **acting in the performance of his duties** as a high-ranking police officer. It follows that the public authorities were involved to such an extent that the State's responsibility under the Convention was engaged." (loc. cit., p. 48, § 36). 39. **The same considerations apply here. […]***

tive hohe Anforderungen gestellt, so dass eine **analoge Anwendung gesetzlich geregelter strafprozessualer Eingriffsbefugnisse** regelmäßig nicht in Betracht kommt.

Auch die Herleitung einer gesetzlichen Grundlage aus **allgemeinen Gesetzen oder Rechtsgrundsätzen** wird den Anforderungen an eine *hinreichend* bestimmte Ermächtigungsgrundlage iSv Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht gerecht. Eine allgemeine gesetzliche Ermittlungsbefugnis (z.B. §§ 161, 163 StPO) der Polizei kann daher nicht Grundlage einer *heimlichen* Überwachungsmaßnahme sein, da sie **keine besonderen Vorkehrungen gerade in Bezug auf die Heimlichkeit des Eingriffs** vorsieht.

> *„While **it may be permissible to rely on the implied powers of police officers to note evidence and collect and store exhibits for steps taken in the course of an investigation**, it is trite law that **specific statutory or other express legal authority is required for more invasive measures**, whether searching private property or taking personal body samples. The Court has found that the lack of any **express basis in law** for the interception of telephone calls on public and private telephone systems and for using covert surveillance devices on private premises does not conform with the requirement of lawfulness …".*[37]

Es leuchtet ein, dass ein Gesetz nicht jede mögliche Gestaltung einer Ermittlungstätigkeit im Einzelfall regeln kann.[38] Die von Art. 8 Abs. 2 EMRK geforderte Bestimmtheit der gesetzlichen Norm hängt u.a. von dem Inhalt und Charakter der Maßnahme ab, ihrem Anwendungsbereich und der Zahl und der Rechtsstellung der Personen, an die sie gerichtet ist.

Besonders hohe Anforderungen werden an die gesetzliche Regelung von **Abhörmaßnahmen** gestellt; hier muss das Gesetz so hinreichend deutlich sein, dass der Bürger aus ihm ersehen kann, unter welchen Voraussetzungen die Behörden solche Maßnahmen (etwa der Telefonüberwachung) treffen können.[39] Das Gesetz muss regeln, gegen wen die Maßnahme gerichtet werden kann, unter welchen Voraussetzungen, zum Schutz welcher Rechtsgüter, bei welchen Straftaten, mit welchen Mitteln und nach welchem Verfahren:

> *„The Court reiterates that the phrase "in accordance with the law" implies conditions which go beyond the existence of a legal basis in domestic law and requires that the legal basis be "accessible" and "foreseeable". According to the Court's established case-law, a rule is "foreseeable" if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct (…). With regard to secret surveillance measures the Court has underlined the importance of that concept in the following terms (…):*
>
> *"The Court would reiterate its opinion that the phrase 'in accordance with the law' does not merely refer back to domestic law but also relates to the quality of the law, requiring it to be compatible with the rule of law, which is expressly mentioned in the preamble to the Convention ... The phrase thus implies – and this follows from the object and purpose of Article 8 – that there must be a **measure of legal protection in domestic law against arbitrary interferences** by public authorities with the*

[37] Vgl. etwa EGMR, P.G. u. J.H./Vereinigtes Königreich, 25.9.2001, ECHR 2001-IX, Nr. 44787/98, § 62; vgl. auch *Gaede*, StV 2004, 48, 50.
[38] *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 8 EMRK Rn. 104.
[39] *Meyer-Ladewig* (Fn. 38), Art. 8 EMRK Rn. 35.

rights safeguarded by paragraph 1 ... Especially where a power of the executive is exercised in secret, the risks of arbitrariness are evident...

... Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, ***the law must indicate the scope of any such discretion*** *conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference.*[40]

Übertragen auf den ausforschenden Einsatz einer V-Person sprechen diese Vorgaben für das Erfordernis einer spezialgesetzlichen Regelung, die auch sog. *„safeguards"* gegen Missbrauch regelt.[41]

Insgesamt sichergestellt werden muss, dass die Strafverfolgungsbehörden ihre aus der Konvention abzuleitenden Verpflichtungen durch den Einsatz privater Ermittler nicht umgehen können **(„Umgehungsverbot")**.[42]

Eine **Tatprovokation** durch eine V-Person stellt einen über den allgemeinen Einsatz hinausgehenden speziellen Anwendungsfall des Umgehungsverbotes dar und kann – neben Art. 8 EMRK – (auch) eine Verletzung von Art. 6 EMRK begründen.[43] Allein ein nach gesetzlich festgelegten rechtsstaatlichen Maßstäben durchgeführtes (passiv) „provozierendes Verhalten" ist in der Lage, einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK zu vermeiden.

Neben Art. 8 EMRK lässt sich damit auch aus Art. 6 EMRK ein grundsätzliches Erfordernis ableiten, den (noch) zulässigen Einsatz von V-Personen *gesetzlich* auszugestalten.[44]

b) EGMR (GK), Bykov/Russland, 10.3.2009, Nr. 4378/02, NJW 2010, 213

Gegen den Bf. *Bykov* war am 21.9.2000 ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Verabredung zu einem Mord eingeleitet worden. B sollte V beauftragt haben, seinen früheren Geschäftspartner S zu töten. Daraufhin inszenierte die Polizei das Auffinden von zwei Toten im Hause des S und verbreitete, einer von ihnen sei S, der andere sein Geschäftspartner I. Auf Anweisung der Polizei suchte V (V-Person) den Bf. zu Hause auf. V hatte ein verborgenes Mikrofon dabei, mit dem das

---

40 EGMR, Amann/Schweiz, 16.2.2000, Nr. 27798/95, §§ 55, 56 = ÖJZ 2001, 71; siehe hierzu auch: *Meyer-Ladewig* (Fn. 38), Art. 8 EMRK Rn. 36.

41 *Gaede,* StV 2004, 48.

42 Umfassend dazu *Gaede,* StV 2004, 48, 51 f.

43 Vgl. EGMR, Furcht/Deutschland, 23.10.2014, Nr.54648/09 = JR 2015, 81; EGMR, Teixeira de Castro/Portugal (Fn. 33). In diesem grundlegenden Urteil hat der EGMR klargestellt, dass nicht erst die Verwendung der durch die Tatherbeiführung (Provokation) erlangten Erkenntnisse, sondern bereits der Einsatz Verdeckter Ermittler etc. zur Tatprovokation *per se* dazu führen kann, dass das Recht des Betroffenen auf ein faires Verfahren, Art. 6 I 1 EMRK, des Betroffenen von Anfang an und endgültig verletzt ist. Der damalige Bf. Teixeira war von zwei verdeckt ermittelnden Beamten zum Rauschgifthandel angestiftet worden, ohne dass im Vorfeld genügend Anhaltspunkte vorhanden gewesen wären, die die Vermutung stützten, es handle sich bei dem Bf. um einen Rauschgifthändler; vgl. hierzu ausführlich *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 105 ff.

44 *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 73 f.

Gespräch an einen Polizisten außerhalb des Hauses übermittelt und aufgezeichnet wurde. Nach umfangreicher Beweisaufnahme einschließlich eines Sachverständigengutachtens über die Aufzeichnung des Gesprächs zwischen V und dem Bf. sprach ein Bezirksgericht in Moskau den Bf. der Verabredung zum Mord und zum Erwerb, Besitz und der Benutzung von Feuerwaffen schuldig und verurteilte ihn zu sechseinhalb Jahren Gefängnis. Der Bf. legte Beschwerde beim EGMR ein und rügte das geheime Abhören in seinem Haus und die Verwendung der Tonbandaufzeichnung als Beweis in dem gegen ihn geführten Strafverfahren.

Die von der Polizei initiierten Maßnahmen stellten einen Eingriff in die von **Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten** Rechte (vorliegend handelt es sich um einen Eingriff in das Recht des Bf. auf Achtung seines Privatlebens) dar. Die entscheidende Frage war, ob der Eingriff nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt, insbesondere ob er *„gesetzlich vorgesehen"* und *„in einer demokratischen Gesellschaft notwendig"* anzusehen war.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss bei einer Überwachung zu polizeilichen Ermittlungszwecken das Gesetz so ausreichend bestimmt sein, dass es den Bürgern angemessene Hinweise gibt, unter welchen Umständen und Voraussetzungen Behörden auf diesen geheimen und möglicherweise gefährlichen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz zurückgreifen können.[45]

Das Gesetz muss in jedem Fall **den Umfang eines staatlichen Stellen beim Einsatz der Maßnahme zustehenden Ermessens und die Art seiner Ausübung ausreichend deutlich bestimmen, um den Einzelnen angemessen gegen willkürliche Eingriffe zu schützen**.[46]

Im Fall *Bykov* war das rechtliche Ermessen der Behörden, welche die Überwachung durch die V-Person angeordnet hatten, nicht an Voraussetzungen gebunden. Umfang und Art der Ermessensausübung waren nicht bestimmt. Wegen des Fehlens bestimmter und genauer Regelungen war das Vorgehen nicht von angemessenen Garantien gegen Missbrauch begleitet. Daher war der Eingriff in das Recht des Bf. auf Achtung seines Privatlebens nicht „gesetzlich vorgesehen" iSv Art. 8 Abs. 2 EMRK.

Aufgeworfen ist durch den Fall *Bykov* vor allem die Frage, ob die derzeitige gesetzliche Regelung des V-Personen-Einsatzes im deutschen Recht (§§ 161, 163 StPO) den menschenrechtlichen Vorgaben der EMRK entspricht, ebenso, ob V-Personen auf der Basis der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen private Grundstücke betreten oder allgemein Eingriffe ins Privatleben vornehmen dürfen. Den Charakter einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, wie sie der EGMR für Eingriffe in ein von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschütztes Recht fordert, wird man dem § 161 StPO schlicht absprechen müssen.

§ 161 StPO ist lediglich eine Ermächtigungsgrundlage für **Ermittlungen jeder Art**, auch für mit einem Grundrechtseingriff verbundene Ermittlungshandlungen, allerdings nur für solche,

[45] Vgl. z.B. EGMR, Schenk/Schweiz, 12.7.1988, Nr. 10862/84, §§ 52 f. = NJW 1989, 654; EGMR, Malone/Vereinigtes Königreich, 2.8.1984, Nr. 8691/79.

[46] Vgl. z.B. EGMR, Malone/Vereinigtes Königreich (Fn. 45); ähnlich: EGMR, Amann/Schweiz, 16.2.2000, ECHR 2000-II, Nr. 27798/95; EGMR, Rotaru/Rumänien, 4.5.2000, ECHR 2000-V, Nr. 28341/95.

die nicht intensiv in eine grundrechtliche Position eingreifen und deshalb nicht von einer speziellen Ermächtigungsgrundlage erfasst werden.[47]

Die Überwachung von Mitteilungen zu polizeilichen Ermittlungszwecken muss das Gesetz aber so hinreichend bestimmt regeln, dass es den Bürgern angemessene Hinweise gibt, unter **welchen Umständen und Voraussetzungen** Behörden auf diesen geheimen und möglicherweise gefährlichen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Korrespondenz zurückgreifen können.

Für den Einsatz von V-Personen und einen damit einhergehenden Eingriff in Art. 8 EMRK ist § 161 StPO nicht hinreichend bestimmt genug.

III. Grundrechts- bzw. spezifische Eingriffsrelevanz des Einsatzes von V-Personen als Auslöser für eine spezielle gesetzliche Regelung

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht folgt aus dem Fehlen einer *speziellen* gesetzliche Grundlage für den Einsatz einer VP nicht die generelle Unzulässigkeit eines solchen Einsatzes an sich.[48]

Eine spezielle gesetzliche Regelung sei jedenfalls nicht erforderlich, soweit die VP **nicht in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung oder andere Grundrechte eingreife** und über den reinen Akt der Informationsbeschaffung nicht hinausgehe.[49] Einige Vertreter dieser Ansicht sehen den entscheidenden Unterschied zwischen dem Einsatz einer VP und dem einer VE in der ***Dauerhaftigkeit* der Zusammenarbeit**.[50]

Anderes müsse aber gelten, wenn die VP – nicht selten in Täuschungsabsicht[51] – in die **Privatsphäre** des Betroffenen eindringt, um ihm auf diese Weise Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung zu entlocken.[52]

Für die Frage der Grundrechtsbindung kann es in diesem Fall keinen Unterschied machen, ob die VP „angesetzt“ wird oder lediglich als „freier Mitarbeiter“ der Polizei agiert. Die Grundrechtsbindung wird allein durch die **staatliche Einbindung der Aktivitäten** der VP ausgelöst.

Einer Regelung für den Einsatz einer VP bedarf es daher schon dann, wenn die VP aus z.B. persönlichen Gründen mit der Polizei zusammenarbeitet und zusätzlich auf Veranlassung des

---

47 Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 161 Rn. 1.
48 Vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 110a Rn. 4a; Radtke/Hohmann/*Pegel* (Fn. 9), § 110a StPO Rn. 23; BT-Drucks 12/989, S. 41.
49 Vgl. SK-StPO/*Wolter* (Fn. 6), § 110a Rn. 3; SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110a Rn. 11.
50 *Roxin*, NStZ 1999, 147 ff.
51 Radtke/Hohmann/*Pegel* (Fn. 9), § 110a Rn. 23.
52 SK-StPO/*Wolter* (Fn. 6), § 110a Rn. 3.

Staates tätig wird, um Informationen zu gewinnen.[53] Andernfalls droht durch den Einsatz der VP eine **Umgehung der §§ 110a ff. StPO**.[54]

Ist also in diesem Sinne der Einsatz einer VP mit einem *Eingriff*[55] in ein Grundrecht verbunden, etwa in das **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** (Art. 2 Abs. 1 GG)[56] und – wenn Informationen durch das **Mithören des gesprochenen Wortes**[57] bzw. durch **Beobachtungen** erlangt werden – in das **Recht am eigenen Wort** oder das **Recht am eigenen Bild**[58], so ist in diesen Fällen eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich.

In diesen Fällen kann allein die Notwendigkeit des Einsatzes einer VP keine Legitimation aufgrund eines Vorrangs oder Vorbehalts des Gesetzes ersetzen.[59]

IV. Gesetzgeberischer Handlungs- und Regelungsbedarf

1. Einsatz aufgrund der gesetzlichen Generalklausel, § 161 Abs. 1 iVm § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO

Nach einer Ansicht soll die Ermittlungsgeneralklausel, § 161 Abs. 1 iVm § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO, eine **ausreichende Ermächtigungsgrundlage** für den Einsatz von V-Personen darstellen.[60]

§ 161 Abs. 1 Satz 2 StPO ist eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für *Ermittlungen jeder Art*. Zwar soll die Generalklausel auch bei einer mit einem Grundrechtseingriff verbundenen Ermittlungshandlung eingreifen, jedoch ist dies nach überwiegender Auffassung nur für **wenig intensive Eingriffe** möglich.[61]

Jedenfalls für **schwerwiegende Grundrechtseingriffe**, die mit dem Einsatz einer VP nicht selten einhergehen, bedarf es einer **speziellen Eingriffsermächtigung**.[62]

Die Ermittlungsgeneralklausel gemäß § 161 Abs. 1 i.V.m. § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO kann daher den Anforderungen, die der EGMR in seiner Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK und das BVerfG im Rahmen seiner „Wesentlichkeitsrechtsprechung“ aufgestellt hat, nicht genügen,

---

53 LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110a Rn. 13.
54 Wenn der Einsatz der V-Person zur Umgehung der §§ 110a ff. StPO erfolgt, kommt ein Verwertungsverbot in Betracht (HK-StPO/*Gercke*, 5. Aufl. 2012, § 110a Rn. 23).
55 Der Eingriffscharakter bestimmter Maßnahmen durch V-Personen ist anerkannt (SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110a Rn. 11.
56 Informationen werden v.a. durch das Mithören des gesprochenen Wortes und durch das Beobachten von Geschehnissen erlangt (vgl. LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110a Rn. 12); Radtke/Hohmann/*Pegel* (Fn. 9), § 110a StPO Rn. 23.
57 Ein Grundrechtseingriff, etwa in das Recht am eigenen Wort oder eigenen Bild, lässt sich verneinen, wenn Gespräche mitgehört werden, die der Betroffene von sich aus führt.
58 LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110a Rn. 12.
59 SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110a Rn. 11.
60 So bei SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110a Rn. 11.
61 Vgl. auch Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 161 Rn. 1.
62 Vgl. HK-StPO/*Zöller*, 5. Aufl. 2012, § 163 Rn. 1; Meyer-Goßner/*Schmitt* (Fn. 1), § 163 Rn. 1.

sodass eine eigene hinreichend konkrete gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen erforderlich ist.

Selbstredend kann auch **Gewohnheitsrecht** nicht zur Begründung einer ausreichenden Legitimation des Einsatzes von V-Personen herangezogen werden.[63]

2. Analoge Anwendung der §§ 110a ff. StPO

Das Fehlen einer spezifischen Ermächtigungsgrundlage kann auch nicht durch eine analoge Anwendung der § 110a ff. StPO ausgeglichen werden. Eine Analogie scheidet schon deshalb aus, da der Einsatz von V-Personen vom Einsatz von Verdeckten Ermittlern durchaus *spezifisch* abweicht – nicht zuletzt aufgrund der fehlenden staatlichen Einbindung der handelnden Personen.

Zudem dürfte von einer *bewussten* Regelungslücke des Gesetzgebers auszugehen sein.

3. Anlage D I zur RiStBV – Inanspruchnahme von Informanten und Einsatz von Vertrauenspersonen (V-Personen) im Rahmen der Strafverfolgung – als hinreichende Konkretisierung der Ermittlungsgeneralklausel

Die vorgenannten gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/- senatoren und der Innenminister/- senatoren der Länder geben Auskunft über die Inanspruchnahme von Informanten sowie über den Einsatz von Verdeckten Ermittlern im Rahmen der Strafverfolgung.[64] Im Gegensatz zur StPO liefern diese Richtlinien konkrete Vorgaben für den Einsatz von sog. Informationen und V-Personen:

- *Begriffsbestimmungen:*
  - ***Informant** ist eine Person, die im Einzelfall bereit ist, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit der Strafverfolgungsbehörde Informationen zu geben (2.1.)*
  - ***V-Person** ist eine Person, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit ist, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen, und deren Identität grundsätzlich geheimgehalten wird. (2.2.)*
- *Informanten dürfen nur in Anspruch genommen, V-Personen nur eingesetzt werden, wenn die Aufklärung sonst aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Werden sie in Anspruch genommen bzw. eingesetzt, so ist Ziel der weiteren Ermittlungen das Beschaffen von Beweismitteln, die den strafprozessualen Erfordernissen der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme entsprechen und einen Rückgriff auf diese Personen erübrigen (Nr. 3.2).*
- *Der Einsatz von Minderjährigen als V-Personen ist nicht zulässig (Nr. 3.4).*
- *Staatsanwaltschaft und Polizei sind an die Zusicherung der Vertraulichkeit/Geheimhaltung gebunden (Nr. 4). Die Bindung entfällt nur, wenn die V-Person von einer Weisung vorwerfbar abweicht oder sich sonst als unzulässig erweist (Nr. 4a) oder die V-Person sich bei der Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden strafbar macht (Nr. 4d).*

---

63 SSW-StPO/*Eschelbach* (Fn. 2), § 110a Rn. 11.

64 Abgedruckt bei *Meyer-Goßner*/*Schmitt* (Fn. 1), Anlage D zur RiStBV; zuletzt geändert durch ÄndRL v. 23.7.2014 (BAnz AT 18.8.2014 B1).

Die RiStBV (einschließlich der besagten Anlage) haben selbst aber **keinen *gesetzlichen* Charakter**, liefern inhaltlich aber durchaus Anhaltspunkte dafür, wie eine dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgebot entsprechende *gesetzliche* Regelung aussehen könnte.

V. Konkrete Anforderungen an die Ausgestaltung der gesetzlichen Eingriffsnorm[65]

Vor dem Hintergrund, dass es sich bei dem Einsatz von V-Personen um eine für die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität unerlässliche Ermittlungsmaßnahmen handeln soll, erscheint eine gesetzliche Regelung, die den Anforderungen des BVerfG genügt, als dringlich.

1. Voraussetzung des Einsatzes

a) Vorrang des Einsatzes staatlicher Personen

Der Heranziehung von Privatpersonen zur Strafverfolgung liegt zwar die durchaus nachvollziehbare Erwägung zugrunde, dass es einem VE deutlich schwerer fällt, sich in kriminelle Organisationen einzuschleusen. Da der Einsatz von Privatpersonen mangels geeignet erscheinender Schulungsmöglichkeiten potentiell gefährlicher ist als der Einsatz von Polizeibeamten sollte aber zunächst versucht werden, das Ermittlungsziel mit dem Einsatz von Verdeckten Ermittlern zu erreichen (**Subsidiarität**).[66]

b) Straftatenkatalog

Angesichts variabler Erscheinungsformen der OK ist (wenigstens) ein sog**. generalisierender Straftatenkatalog** (etwa nach dem Vorbild des § 110a Abs. 1 Satz 1 StPO) zu fordern, dessen Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, ob eine bestimmte Tat noch unter diese generalisierende Vorschrift zu subsumieren ist, hinzunehmen sind.[67]

Außerdem sollte der Einsatz der VP auch nur bei **Straftaten von "erheblicher Bedeutung"** möglich sein. Dadurch können die mit einem generalisierenden Katalog verbundenen Unsicherheiten abgeschwächt werden.

Eine Regelung wie § 110a Abs. 1 Satz 2 StPO („Zur Aufklärung von Verbrechen dürfen Verdeckte Ermittler auch eingesetzt werden, soweit auf Grund bestimmter Tatsachen die Gefahr der Wiederholung besteht") sollte für den Einsatz von V-Personen keine Verwendung finden, da nach dieser Vorschrift eine in irgendeiner Weise geartete Relevanz der Tat in Bezug auf die Organisierte Kriminalität gerade nicht gefordert wird.[68]

---

[65] Ausführlich hierzu *Baron*, Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes verdeckt ermittelnder Personen und Vorschlag einer umfassenden gesetzlichen Regelung, 2002.
[66] *Baron* (Fn. 65), S. 169 ff.
[67] Vgl. *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 201 ff.
[68] *Baron* (Fn. 65), S. 202.

Zur Aufklärung jeglicher Verbrechen – ohne konkreten Bezug zur Organisierten Kriminalität – dürfte der Einsatz von V-Personen zudem in der Regel unverhältnismäßig sein.[69]

c) Konkrete Einzelbefugnisse

Die den Einsatz Verdeckter Ermittler regelnden Vorschriften sehen in § 110c StPO eine Befugnis zum **Betreten fremder Wohnungen** vor. Könnten in einer Wohnung gewonnene Erkenntnisse nicht verwertet werden, hätte der Einsatz von verdeckt ermittelnden Personen nur einen sehr begrenzten Wert. Daher erscheint eine Befugnis zum Betreten fremder Wohnungen unumgänglich, wenn man Einbußen der Effektivität verdeckt ermittelnder Personen vermeiden will.

Daher müsste auch für den Einsatz von V-Personen eine entsprechende Regelung für das Betreten von fremden Wohnungen vorgesehen werden. Ob eine derartige Befugnis überhaupt verfassungsmäßig ist, steht auf einem anderen Blatt.[70]
Im Hinblick auf die Gewährleistung von Art. 19 Abs. 4 GG erscheint eine **Anordnungskompetenz des Richters** unumgänglich.

2. Anordnungskompetenz[71]

Die bereits bestehenden Regelungen für den Einsatz von VE sehen keine generellen Richtervorbehalt vor, sondern gehen grundsätzlich von einem bloßen Zustimmungserfordernis der StA aus.[72]

Einzelne **Grundrechte** stellen hinsichtlich der Anordnungskompetenz konkrete Forderungen auf (z.B. Art. 13, 104 GG). Unmittelbar aus dem durch den Einsatz von V-Personen eingeschränkten Recht auf informationelle Selbstbestimmung ergibt sich jedoch keine in irgendeiner Art gerichtete Forderung hinsichtlich der Anordnungskompetenz.

Hinsichtlich der Ausgestaltung der Zuständigkeit ergeben sich konkrete Forderungen aus der **Rechtsweggarantie** des Art. 19 Abs. 4 GG. Heimliche Ermittlungsmaßnahmen wie der Einsatz von V-Personen versprechen nur dann Erfolg, wenn der Betroffene vor Beginn und während dieser Maßnahmen nicht in Kenntnis über sie versetzt wird. Daher kann der Betroffene seine Rechte während des Eingriffs auch nicht wahrnehmen. Aus diesem Grund muss der vorläufige Rechtsschutz in diesen Fällen versagen und auch der nachträgliche Rechtsschutz kann an der Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nichts ändern. Der sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebende Rechtsschutz macht hier also eine **gesetzliche Vorverlagerung der richterlichen Prüfung** unumgänglich.

---

69 *Baron* (Fn. 65), S. 202 f.
70 Umfassend dazu: *Baron* (Fn. 65), S. 204 ff. (Seiner Ansicht nach verstößt eine Befugnis zum Betreten fremder Wohnungen durch verdeckt ermittelnde Personen gegen Art. 13 GG, sodass eine derartige Befugnis eine Verfassungsänderung erfordert).
71 Vgl. auch *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 204 ff.
72 Eine richterliche Zustimmung ist nur dann erforderlich, wenn der Einsatz gegen einen bestimmten Beschuldigten erfolgt oder der Verdeckte Ermittler fremde Wohnungen betreten soll (vgl. § 110b Abs. 2 StPO).

Dieser Forderung kann durch einen **Richtervorbehalt** im Sinne einer vorherigen richterlichen Genehmigung der heimlichen Maßnahmen nachgekommen werden. Den Einsatz von V-Personen lediglich von einer staatsanwaltschaftlichen Zustimmung abhängig zu machen, genügte daher nicht den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG an einen effektiven Rechtsschutz.[73]

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob eine **Eilkompetenz** geregelt werden muss. Der Einsatz von V-Personen bedarf aufgrund der auf längere Zeit angelegten Maßnahmen einer gewissen Vorbereitungszeit. In dieser Zeit kann auch die richterliche Entscheidung abgewartet, ohne dass die Gefahr der Verschlechterung der Beweislage entsteht. Daher erscheint die Aufnahme einer Eilkompetenz entbehrlich.[74]

Von Seiten der polizeilichen Praxis wird der Richtervorbehalt dahingehend kritisiert, dass er eine **zusätzliche Gefahr für V-Personen** bedeute, da Informationslecks im Bereich des Postlaufs der Akten in den Gerichten entstehen können. Die Bedenken der Polizei können jedoch nicht geteilt werden, da die Gefahr, dass im Bereich des Postlaufs Informationslecks auftreten, nicht wesentlich größer ist, als dass mit den Ermittlungen betraute Polizeibeamte vertrauliche Informationen über verdeckt ermittelnde Personen weitergeben.[75]

Neben der Forderung nach einer präventiven Kontrolle im Sinne eines Richtervorbehalts lässt sich der Rechtsschutzgarantie auch die Forderung nach einer **nachträglichen Benachrichtigung** des Betroffenen entnehmen. Dem Betroffenen muss ermöglicht werden, selbst gerichtlich überprüfen zu lassen, ob der Einsatz von V-Personen tatsächlich rechtmäßig ist. Dies setzt voraus, dass der Betroffene von der Maßnahme Kenntnis erhält, er von den Strafverfolgungsbehörden also von der verdeckten Maßnahme unterrichtet wird. Eine Benachrichtigung sollte nur dann unterbleiben, wenn erhebliche gegenläufige Interessen dem entgegenstehen (z.B. Gefahr für Leib und Leben der V-Person).

3. Verbot der Tatprovokation

EGMR Furcht/Deutschland, Urt. v. 23.10.2014, Nr. 54648/09 = JR 2015, 81; BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14; 2 BvR 240/14; 2 BvR 262/14 BGH, Urt. v. 11.12.2013 − 5 StR 240/13 = NStZ 2014, 277

Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des V-Personen-Einsatzes ist mit der besonderen Konstellation der Tatprovokation[76] eng verbunden[77].

---

[73] *Baron* (Fn. 65), S. 191.
[74] *Baron* (Fn. 65), S. 225.
[75] *Baron* (Fn. 65), S. 194 f.
[76] Unter Tatprovokation ist jede Form staatlich zurechenbarer Deliktsveranlassung zu verstehen. Dies bedeutet nicht, dass die Einwirkungsintensität auf die Zielperson bedeutungslos wäre. Je nach Ausmaß der Einwirkung können unterschiedliche Schutzbereiche von Grundrechten berührt sein (*Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 36).

Eine Tatprovokation hat schon aufgrund ihres Überwachungscharakters **Eingriffsqualität**. Insbesondere wird in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen, da das Recht auch vor der Gefahr schützt, dass der Einzelne durch den psychischen Druck einer unüberschaubaren und unkontrollierten Datensammlung sowie bestehender Unsicherheit bzgl. etwaiger Verwendungen in der Ausübung seiner Entscheidungs- und Handlungsfreiheit beschnitten wird.[78] Ein **Grundrechtsverzicht** kommt in den Fällen der Tatprovokation nicht in Betracht, da dem Betroffenen der Ermittlungsauftrag der V-Person unbekannt ist und ihm damit die Entscheidungsmöglichkeit über die Offenbarung personenbezogener Daten fehlt.[79]

Eine Tatprovokation ist zu verneinen, wenn die Vertrauensperson nur (passiv) die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt.[80]

Ein tatprovozierendes und damit konventionswidriges Verhalten liegt auch dann nicht vor, wenn gegen die Person, gegen die die V-Person eingesetzt wird, bereits ein Anfangsverdacht besteht.[81] Dabei kann aber der problematische Fall eintreten, dass die V-Person den Täter zu einer qualitativ schwereren Tat veranlasst.

Eine V-Person kann als tatprovozierender Lockspitzel eingestuft werden, wenn sie die Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung des Täters hervorruft, wenn also das Verhalten der V-Person über ein bloßes „Mitmachen“ hinausgeht.[82]

Eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation ist auch dann anzunehmen, wenn das tatprovozierende Lockspitzelverhalten im Verhältnis zum ursprünglich bestehenden Anfangsverdacht unvertretbar überwiegt.[83]

Eine Tatprovokation gegen einen Unverdächtigen, der nicht einmal dem Verdacht der Tatgeneigtheit ausgesetzt ist, ist stets unzulässig.[84] Dies lässt sich aus der Formulierung des EGMR entnehmen, dass eine Provokation unzulässig ist, wenn die Tat ohne die Einwirkung nicht begangen worden ist.

---

77 Zentral mit der Problematik der Tatprovokation hatte sich der EGMR erstmals im Urteil *Teixeira de Castro* (Fn. 33) zu befassen.

78 *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 60; so auch *Fischer*/*Maul*, NStZ 1992, 7.

79 *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 62.

80 BGH, Urt. v. 30.5.2001 – 1 StR 42/01 = NStZ 2001, 553.

81 EGMR, Furcht/Deutschland, 23.10.2014, Nr. 54648/09, §§ 50 ff. = JR 2015, 81; vgl. auch: BGH, Urt. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99 = NStZ 2000, 269.

82 Vgl. EGMR, Ramanauskas/Litauen, 5.2.2008, Nr. 74420/01, §§ 55 ff. **(„Police incitement occurs where the officers involved (…) exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that whould otherwise not have been committed (…)”** = NJW 2009, 3565 (im Hinblick auf Art. 6 EMRK). Obgleich der EGMR erneut die Notwendigkeit verdeckter Ermittlungen zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität bestätigte, müssten sich diese wegen der Gefahr polizeilicher Anstiftung innerhalb klarer Grenzen bewegen (EGMR, Ramanauskas/Litauen, aaO, § 51); BGHSt 45, 321, 338 als Reaktion auf das *Teixeira*-Urteil des EGMR (Fn. 33).

83 BGH, Urt. v. 11.12.2013 − 5 StR 240/13 = NStZ 2014, 277, 279.

84 EGMR, Teixeira de Castro/Portugal (Fn. 33); siehe auch EGMR, Ramanauskas/Litauen (Fn. 82), § 55 (Als Abgrenzungskriterium zog der EGMR hier die Figur des sog. *„entrapment“* = Stellen einer Falle heran).

Zudem wird eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation auch dann bejaht, wenn sie sich über einen außergewöhnlich langen Zeitraum erstreckt und währenddessen auch in vielfältiger, einen hohen Tatanreiz schaffender Weise – auch mit gewissem Druck – auf den späteren Täter eingewirkt wird.[85]

Eine rechtsstaatswidrige Beeinflussung durch eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation kann auch *mittelbar* gegenüber Personen erfolgen, die mit den verdeckt im Auftrag des Staates tätigen Personen keinen direkten Kontakt haben.[86]

Bei der Prüfung, ob eine Tatprovokation wegen eines bislang mangelnden Tatverdachts unzulässig war, kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem die Polizei an den Betroffenen erstmals herantritt.

Eine Tatprovokation ist dann dem Staat im Hinblick auf das Gebot des fairen Verfahrens zuzurechnen. Eine unzulässige Tatprovokation ist dem Staat (auch dann) zuzurechnen, wenn diese mit Wissen des Führers der V-Person erfolgte oder wenn diese sie zumindest hätte unterbinden können[87] oder wenn der Staat den Betroffenen zurechenbar beeinflusst hat, um eine Tat aufzuklären oder aburteilen zu können.
Nur wenn ein Privater auf eigene Initiative und in seinem ausschließlich privaten Umfeld zu Straftaten auffordert, ist eine staatliche Zurechnung dieser Aktivitäten abzulehnen.

Nach Ansicht des **BVerfG**[88] bleibt eine Verurteilung im Falle einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation allerdings grundsätzlich möglich (**kein Verfahrenshindernis**); die Strafgerichte müssen das Verfahren nicht einstellen, wenn eine ausreichende Kompensation im Rahmen der Strafzumessung erfolgen kann.[89]

Ein öffentliches Interesse an der Bekämpfung von Straftaten kann allerdings auch nach Ansicht des BVerfG die **Verwendung von Beweismitteln**, die aus einer staatlichen Tatprovokation stammen, regelmäßig nicht rechtfertigen:

> *„Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR werden die Strafgerichte es gleichwohl zukünftig zu erwägen haben,* ***in vergleichbaren Fällen ausdrücklich ein Verwertungsverbot bezüglich der unmittelbar durch die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gewonnenen Beweise, also insbesondere bezüglich der unmittelbar in die rechtsstaatswidrige Tatprovokation verstrickten Tatzeugen, auszusprechen****“.* [90]

---

[85] BGH, Urt. v. 11.12.2013 − 5 StR 240/13 = NStZ 2014, 277, 279.

[86] BGH, Urt. v. 11.12.2013 − 5 StR 240/13 = NStZ 2014, 277; mittelbare Einwirkungen sind dem EGMR zufolge auch Tatprovokationen (EGMR, Pyrgiotakis/Griechenland, 21.2.2008, Nr. 15100/06, §§ 21 ff.). Der EGMR begründet einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK, sofern das Einschreiten des Provokateurs als Faktor gilt, der die Straftat provoziert hat, und nichts dafür spricht, dass die Tat ohne sein Zutun begangen worden wäre.

[87] BeckOK-StPO/*Engelstätter*, RiStBV Anlage D, Rn. 21.

[88] BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14; 2 BvR 240/14; 2 BvR 262/14.

[89] Auch der BGH (Urt. v. 11.12.2013 − 5 StR 240/13 = NStZ 2014, 277) ist der Ansicht, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation nicht grundsätzlich zu einem Verfahrenshindernis führt, sondern auf der Ebene der Strafzumessung zu berücksichtigen ist.

[90] BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 (Fn. 88), Tz. 53.

Durchsetzen sollte sich daher die Erkenntnis, dass ein Strafprozess nur dann im Ganzen fair sein kann, wenn alle Beweise, die durch eine Tatprovokation gewonnen worden sind, aus dem Verfahren ausgeschlossen werden. Der EGMR betont im Urteil *Furcht* ausdrücklich, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK es gerade verbiete, Beweismittel zu verwerten, die auf einer polizeilichen Anstiftung zu Straftaten beruhen:

> *„In cases of police incitement in breach of Article 6 § 1 of the Convention, the Court, in its well-established case-law, reiterates that the public interest in the fight against serious crimes, such as drug trafficking,* ***cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement*** *(…). For the trial to be fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention,* ***all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded or a procedure with similar consequences must apply*** *(…).“*[91]

4. Eingriffsbefugnisse

a) Betreten von Wohnräumen

Des Weiteren ist das Betreten von Wohnungen durch V-Personen problematisch, da hiermit ein sensibler Grundrechtseingriff verbunden ist. Verdeckte Ermittler dürfen unter Verwendung ihrer Legende eine Wohnung nur mit dem Einverständnis des Berechtigten betreten, § 110c Satz 1 StPO. Diese Eingriffsbefugnis findet auf V-Personen gerade keine (entsprechende) Anwendung.

Unter welchen Voraussetzungen in dem Betreten einer Wohnung durch eine V-Person ein **Eingriff in Art. 13 GG** liegt, ist noch nicht abschließend geklärt. Strafrechtlich ist das Betreten selbst jedenfalls nur dann unbedenklich, wenn der Beschuldigte den Zutritt gestattet. Irrelevant ist dabei, dass die VP den Beschuldigten über ihre Eigenschaft als VP nicht aufgeklärt bzw. getäuscht hat. § 123 StGB schützt lediglich den tatsächlichen Willen des Berechtigten.[92]

b) Mithören des gesprochenen Wortes / Bildaufnahmen

Durch das Mithören des gesprochenen Wortes bzw. durch Beobachtungen kommt es zu Eingriffen in das Recht am eigenen Wort oder das Recht am eigenen Bild. Dadurch wird der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG ausgelöst.[93] Dies bedeutet wiederum, dass der Einsatz von V-Personen eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage voraussetzt. Je schwerwiegender die Auswirkungen einer Regelung sind, desto genauer müssen auch die Vorgaben des Gesetzgebers sein.

---

[91] EGMR, Furcht/Deutschland (Fn. 43), § 64.
[92] BeckOK-StGB/*Rackow*, Stand: 10.11.2014, § 123 Rn. 14.
[93] LR-StPO/*Hauck* (Fn. 2), § 110a Rn. 12.

VI. Ausformulierter Gesetzgebungsvorschlag von *Baron*[94]

§ 110f StPO Vertrauenspersonen

(1) Vertrauenspersonen sind Personen, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, bereit sind, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen.

(2) Vertrauenspersonen dürfen zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung
1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,
2. auf dem Gebiet des Staatsschutzes (§§ 74a, 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes),
3. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
4. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert
begangen worden ist.

(3)[1] Der Einsatz ist nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. [2]Subsidiär ist der Einsatz von Vertrauenspersonen insbesondere gegenüber dem Einsatz von verdeckten Ermittlern, nicht offen ermittelnden Polizeibeamten und sonstigen verdeckt ermittelnden Privatpersonen.

§ 110g StPO Zuständigkeit und Geheimhaltung der Identität

(1) Der Einsatz einer Vertrauensperson darf nur durch den Richter angeordnet werden.

(2)[1] Die Identität der Vertrauensperson kann auch nach Beendigung des Einsatzes geheimgehalten werden. [2]Der Richter, der für die Anordnung des Einsatzes zuständig ist, kann verlangen, dass die Identität ihm gegenüber offenbart wird. [3]Im übrigen ist in einem Strafverfahren die Geheimhaltung der Identität nach Maßgabe des § 96 zulässig, insbesondere dann, wenn Anlass zu der Besorgnis besteht, dass die Offenbarung Leben, Leib oder Freiheit der Vertrauensperson oder einer anderen Person oder die Möglichkeit der weiteren Verwendung der Vertrauensperson gefährden würde.

§ 110h StPO Betreten fremder Wohnungen

[1]Vertrauenspersonen dürfen unter Geheimhaltung ihrer Ermittlungstätigkeit eine Wohnung mit Einverständnis des Berechtigten betreten. [2]Das Einverständnis darf nicht durch eine über die Geheimhaltung der Ermittlungstätigkeit hinausgehende Täuschung herbeigeführt werden.

---

[94] *Baron* (Fn. 65), S. 233 ff. Weiterer Gesetzesvorschlag bei *Tyszkiewicz* (Fn. 10), S. 209 f.

§ 110i StPO Benachrichtigung der Betroffenen

(1) Personen, die von Maßnahmen der Vertrauensperson betroffen wurden, sind vom Einsatz zu unterrichten, sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks, der öffentlichen Sicherheit, von Leib und Leben einer Person oder der Möglichkeit der weiteren Verwendung der Vertrauensperson geschehen kann.

(2) [1]Entscheidungen und sonstige Unterlagen über den Einsatz einer Vertrauensperson werden bei der Staatsanwaltschaft verwahrt. [2]Zu den Akten sind sie erst zu nehmen, wenn die Voraussetzungen des Absatzes 1 erfüllt sind.

Dr Axel Isak
Leitender Oberstaatsanwalt
Staatsanwaltschaft Baden-Baden

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens

Diskussionspapier für die Sitzung der Kommission am 29./30. September 2014 in Berlin

Thema: Partizipatorisches Ermittlungsverfahren

Vorbemerkung:
Nach den Überlegungen, die bei der Auftaktsitzung der Kommission am 07. Juli 2014 zum methodischen Vorgehen angestellt wurden, soll jeder Themenkomplex nach Möglichkeit von jeweils (mindestens) einem Vertreter der Wissenschaft und einem „Praktiker“ vorbereitet werden. Mir kommt demnach für den Themenkomplex „partizipatorisches Ermittlungsverfahren“ der letztgenannte Part zu. Entsprechend wird im Folgenden die Perspektive des (Justiz)Praktikers im Mittelpunkt meiner Überlegungen stehen. Im Übrigen habe ich den Arbeitsauftrag so verstanden, dass es zunächst um die Klärung inhaltlicher Fragen und (noch) nicht um ausformulierte Regelungsvorschläge gehen soll.

Gegenstand des Diskussionspapiers:
In der im Rahmen der Auftaktsitzung erarbeiteten Stoffsammlung wird das Oberthema „partizipatorisches Ermittlungsverfahren“ durch folgende Regelungsvorschläge konkretisiert:

- Anwesenheitsrecht des Verteidigers (gemeint ist wohl insbesondere bei der Vernehmung des Beschuldigten)
- Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren
- Pflichtverteidigung ab Festnahme und bei schweren Tatvorwürfen ab erster Vernehmung

- Anbahnungsgespräche (Normierung des Rechts auf ungehinderten Verkehr mit dem Verteidiger im Sinne des § 148 Abs. 1 StPO bereits während der Mandatsanbahnung)

Über diese Punkte hinaus ist aber zu berücksichtigen, dass die Diskussion um eine stärker partizipatorische Gestaltung des Ermittlungsverfahrens schon länger andauert. Eine wesentliche „Station“ in diesem Diskussionsprozess war zweifelsohne der Diskussionsentwurf des Bundesjustizministeriums (und der damaligen Koalitionsfraktionen) aus dem Jahr 2004. Es ist daher sicher sinnvoll, zentrale Vorschläge dieses Entwurfs (soweit sie den partizipatorischen Charakter des Ermittlungsverfahrens betreffen) mit in den Bick zu nehmen. Es sind dies namentlich:

- die Gelegenheit zur Stellungnahme für den Verteidiger vor der Auswahl eines Sachverständigen (§ 73 Abs. 3 StPO-E);
- das Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers bereits im Ermittlungsverfahren (§ 141 Abs. 3 StPO-E);
- das Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung von ihm benannter Zeugen (§ 144 StPO-E);
- das Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der staatsanwaltlichen Vernehmung von Zeugen und Mitbeschuldigten (§ 161a StPO-E);
- das Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der (ersten) Beschuldigtenvernehmung (§ 163a StPO-E);
- das Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung von Mit beschuldigten (§ 168 c StPO-E).

Schließlich sollte mit Blick auf die Rückwirkungen auf eine stärker partizipatorische Gestaltung der Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren auch der Vorschlag des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme (GA 2014, 1ff.) für eine Regelung über die Einführung früherer Angaben des Angeklagten in die Hauptverhandlung (§ 254 StPO-E) im Blick behalten werden. Die insoweit vorgeschlagene Regelung lautet:

§ 254 Einführung früherer Angaben des Angeklagten

(1) Angaben, die der Angeklagte bei einer früheren Vernehmung in einem Strafverfahren gemacht hat, dürfen zum Zweck der Beweiserhebung in der Regel nur mit seiner Zustimmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Ohne Zustimmung des Angeklagten dürfen sie in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn

1. die Vernehmung durch einen Richter durchgeführt wurde;
2. bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war;
3. der Angeklagte vor der Vernehmung auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat und von der Vernehmung eine Bild-Ton-Aufzeichnung angefertigt wurde.

In den Fällen des Satzes 2 ist die Einführung nur zulässig, wenn der Angeklagte vor Beginn der Vernehmung über die Möglichkeit der späteren Verwendung in der Hauptverhandlung belehrt worden ist. Die Einführung erfolgt gemäß § 251; in dem Fall von Satz 2 Nr. 3 darf jedoch nur die Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung zum Zweck der Beweiserhebung verwendet werden.
(2) ….
(3) Hat der Angeklagte zur Sache ausgesagt, so dürfen ihm frühere Angaben auch dann vorgehalten werden, wenn sie nach Absatz 1 zum Zweck der Beweiserhebung nicht eingeführt werden dürfen. Ein solcher Vorhalt darf nicht durch die Vorführung einer Bild-Ton-Vorführung erfolgen. Anderen Personen dürfen Angaben des Angeklagten, die zum Zweck der Beweiserhebung nicht eingeführt werden dürfen, nicht vorgehalten werden.

Fasst man diese verschiedenen „Quellen“ zusammen, so ergibt sich insbesondere, dass das in der Auftaktsitzung angesprochene Anwesenheits- bzw. Mitwirkungsrecht des Verteidigers unter verschiedenen Aspekten zu diskutieren ist, nämlich in Bezug auf

- die (erste) Beschuldigtenvernehmung;
- die Vernehmung vom Verteidiger benannter Zeugen;
- die staatsanwaltliche Vernehmung von Zeugen und Mitbeschuldigten;
- die richterliche Vernehmung von Mitbeschuldigten;
- die Auswahl und Exploration durch Sachverständige.

Um eine Überfrachtung dieses Papiers (und auch der nächsten Arbeitssitzung) zu vermeiden, werden die Einzelnen Vorschläge im Folgenden primär hinsichtlich ihrer Bedeutung für und ihrer Auswirkungen auf das Ermittlungsverfahren als solches betrachtet. Die in diesem Zusammenhang diskutierten Auswirkungen auf den Transfer von Beweismitteln in die Hauptverhandlung sollen zunächst weitgehend außer Betracht bleiben.

Allgemeines zur inhaltlichen Bewertung - Praxistauglichkeit:

Bei der Bewertung der einzelnen Vorschläge (nicht nur zu diesem Themenkomplex) sollte stets im Blick behalten werden, dass wir in der Rechtspraxis ganz unterschiedliche „Typen“ von Strafverfahren haben, die ganz unterschiedliche Anforderungen an die Gestaltung nicht nur der Hauptverhandlung, sondern auch des Ermittlungsverfahrens stellen. Es ist in der Praxis ein großer Unterschied, ob ein umfangreiches Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen oder aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität oder aber ein Verfahren der Alltagskriminalität, etwa wegen Ladendiebstahls oder wegen Unfallflucht zu führen ist. Letztere bilden aber die weit überwiegende Mehrzahl derjenigen Verfahren, die Polizei und Staatsanwaltschaft zu bewältigen haben. Die Strafrechtspflege in diesem Bereich kann nur funktionieren, wenn es auch weiterhin möglich ist, diese Verfahren - selbstverständlich bei Wahrung der rechtsstaatlich gebotenen Standards - effizient und ohne übersteigerte Formalisierung zu bearbeiten. Das verbietet es aus meiner Sicht, Reformvorschläge primär oder ausschließlich aus dem Blickwinkel sehr umfangreicher bzw. komplexer Verfahren zu betrachten. Manches, was in derartigen Verfahren sinnvoll sein mag (und vielfach ja auch praktiziert wird), würde bei verbindlicher Übertragung auf alle Ermittlungsverfahren zu einer Überbürokratisierung und damit einem deutlichen Effizienzverlust führen. Vorschläge, die einen solchen Effekt mit sich bringen, sind daher aus der Sicht der staatsanwaltlichen Praxis ungeeignet (schließlich sollen ja die Gesichtspunkte der Effizienz und Praxistauglichkeit bei der Arbeit der Kommission - zumindest auch - eine zentrale Rolle spielen.).

Zu den einzelnen Vorschlägen

1. erweiterte Mitwirkungsrechte der Verteidigung

Das Mitwirkungskonzept - grundsätzliche Überlegungen:

Der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 2004 begründet die darin vorgeschlagenen deutlich erweiterten Mitwirkungsrechte der Verteidigung im Ermittlungsverfahren nicht primär mit bestehenden Defiziten bei der Ausgestaltung der Rechte des Beschuldigten bzw. Verteidigers. Zentraler Ansatz ist vielmehr die Prognose, dass derart erweiterte Mitwirkungsbefugnisse die Verteidigung ermuntern könnten, eine akti-

vere Rolle bereits im Ermittlungsverfahren einzunehmen und sich wesentlichen Verfahrensstoff nicht erst für die Hauptverhandlung aufzusparen. Damit einher geht die Erwartung, dass ein derart - durchaus aufwändiger gestaltetes - Ermittlungsverfahren zu einer Abkürzung der Hauptverhandlung, insbesondere durch einen erleichterten Transfer von Beweiserhebungen aus dem Ermittlungsverfahren sowie eine Reduzierung der Zahl der Beweisanträge führen werde.

Dieser Ansatz wurde in einer Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der Justizministerkonferenz der Länder vom November 2004 grundsätzlich abgelehnt. Der Strafrechtsausschuss hat die Auffassung geäußert, die in dem Diskussionsentwurf enthaltenen Vorschläge für eine partizipatorische Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens würden

- die Abläufe im Ermittlungsverfahren erschweren,
- das Risiko der Verfahrensverzögerung und von Beweismittelverlusten mit sich bringen,
- auf Konflikt bedachten Verteidigern neue Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen,
- zu einer Aufblähung und Lähmung des Verfahrens führen,
- einen erheblichen - auch finanziellen - Mehraufwand für Justiz und Polizei verursachen.

Der Strafrechtsausschuss teilt insbesondere nicht die dem Diskussionsentwurf zugrunde liegende Prognose einer frühzeitigen Klärung des Verfahrensstoffs im Ermittlungsverfahren und weist darauf hin, dass das Interesse der Verteidigung, eine rasche Wahrheitsfindung zum Nachteil des Mandanten zu verhindern, deren Kooperationsbereitschaft im Ermittlungsverfahren enge Grenzen setze (und unbeschadet erweiterter Mitwirkungsbefugnisse auch künftig vielfach zu der Taktik führen werde, erst einmal abzuwarten, was Polizei und Staatsanwaltschaft an „Material“ sammeln).

Betrachtet man die mutmaßlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen Erweiterungen der Mitwirkungsrechte der Verteidigung auf das Ermittlungsverfahren, so lässt sich aus meiner Sicht Folgendes sagen:

- Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die vorgeschlagenen Mitwirkungsrechte - in unterschiedlichem Umfang, insbesondere aber natürlich in der Ku-

mulierung ihrer Auswirkungen - zu einem aufwändigeren, komplizierteren und formalisierteren Ermittlungsverfahren führen würden (so sieht der Diskussionsentwurf - insoweit durchaus konsequent - in § 147 Abs. 1 StPO-E etwa auch ein Akteneinsichtsrecht des Verteidigers „insbesondere zur Vorbereitung von Vernehmungen, bei denen ihm Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben ist“, vor; ohne Akteneinsicht wäre eine Mitwirkung in der Tat auch kaum in sonnvoller Weise möglich). Mit hoher Wahrscheinlichkeit würden die Ermittlungsverfahren insgesamt länger dauern. Das gilt umso mehr als mit einer personellen Verstärkung der Staatsanwaltschaften, aber auch der Polizei in der Folge der Änderung strafprozessualer Vorschriften nicht gerechnet werden kann.

- Dass dieser Verkomplizierung des Ermittlungsverfahrens eine Verschlankung der Hauptverhandlung gegenüberstünde, ist eine optimistische Annahme, die durchaus in Zweifel gezogen werden kann. Das gilt insbesondere, solange einer partizipatorischen Gestaltung des Ermittlungsverfahrens keine grundsätzlichen Änderungen hinsichtlich des Transfers von Beweiserhebungen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung und auch für das Beweisantragsrecht korrespondieren. Dessen ungeachtet ist aber auch zu berücksichtigen, dass der überwiegende Teil der Ermittlungsverfahren durch Einstellung endet. Auch in einem erheblichen Teil dieser Verfahren müsste ein gesteigerter Aufwand betrieben werden, ohne dass dem - selbst bei insoweit optimistischer Prognose - ein Effizienzgewinn in der Hauptverhandlung gegenüberstünde.

- Einige der Vorschläge (dazu näher bei den einzelnen Punkten) würden darüber hinaus zu einer Erschwerung der Sachverhaltsaufklärung führen. Dass dem bessere Erkenntnismöglichkeiten durch eine aktivere Rolle der Verteidigung (Beweisanregungen usw.) bereits im Ermittlungsverfahren gegenüberstünden, mag in einigen Fällen zutreffen. Für den Regelfall wird davon aber nicht auszugehen sein.

- Die Vorschläge bieten Verteidigern, zu deren Strategie die Verzögerung bzw. Torpedierung des Verfahrens gehört (solche Verteidiger sind nicht repräsentativ für die Strafverteidigung insgesamt; es gibt sie aber und sie treten beson-

ders häufig in Verfahren der organisierten Kriminalität bzw. der Bandenkriminalität auf) Instrumentarien, diese Strategie bereits im Ermittlungsverfahren wirksam werden zu lassen. Das gilt insbesondere dann, wenn - so ausdrücklich der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 2004 - Terminsverlegungswünschen eines Verteidigers, der an einer Vernehmung teilnehmen will, grundsätzlich Rechnung getragen werden soll.

- Die vorgeschlagenen Mitwirkungsrechte sind als eigene Rechte der Verteidigung ausgestaltet. Sie dienen aber selbstverständlich dem Beschuldigten. Damit würde aber die - faktisch ohnehin bestehende - Ungleichbehandlung zwischen dem verteidigten und dem nicht verteidigten Beschuldigten durch weit reichende rechtliche Regelungen verstärkt. Dafür bedarf es nach meiner Auffassung einer fundierten Rechtfertigung.

Im Einzelnen:

a) Mitwirkung des Verteidigers bei der (ersten) Beschuldigtenvernehmung

Der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 2004 hatte insoweit in § 163 Abs. 4 StPO-E vorgeschlagen, dem Verteidiger Gelegenheit zur Mitwirkung an der Vernehmung des Beschuldigten zu geben (dass Gleiches auch für die Staatsanwaltschaft gelten sollte, dürfte eher kosmetische Bedeutung haben). Dieses Recht soll für alle Beschuldigtenvernehmungen unabhängig von der vernehmenden Person gelten. Zugleich sollen die bestehenden Beschränkungen, wonach bei der richterlichen oder staatsanwaltlichen Beschuldigtenvernehmung eine Terminsmitteilung an den Verteidiger bei Gefährdung des Untersuchungszwecks entfallen kann (§§ 163a Abs. 3, 168c Abs. 5 StPO) in Wegfall kommen.

Auch der oben zitierte Vorschlag des AE-Beweisaufnahme für eine Neuregelung des § 254 StPO würde im Hinblick auf das andernfalls bestehende grundsätzliche Verwertungsverbot für die Angaben des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren (bei fehlender Zustimmung des Angeklagten zu einer Verwertung in der Hauptverhandlung) einen erheblichen Druck dahin entfalten, Beschuldigtenvernehmungen im Vorfeld der Hauptverhandlung grundsätzlich unter Mitwirkung des Verteidigers durchzuführen.

Der Strafrechtsausschuss der Justizministerkonferenz hat diesen Regelungsvorschlag in seiner Stellungnahme abgelehnt. Er hat insbesondere auf den erhöhten Informations- und Koordinationsaufwand für Polizei und Staatsanwaltschaft durch die Notwendigkeit von Terminsabsprachen und regelmäßig vorab zu gewährender Akteneinsicht hingewiesen. Er hat außerdem die Erwartung geäußert, dass in verstärktem Umfang eine Teilnahme auch der Staatsanwaltschaft an polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen erforderlich würde, um die juristische Überlegenheit des Verteidigers gegenüber dem vernehmenden Polizeibeamten oder dessen Unerfahrenheit im Umgang mit Verteidigern auszugleichen.

Aus meiner Sicht sind vor allem folgende Aspekte von Bedeutung:

- Das Schweigerecht des Beschuldigten, wie auch sein Recht, in jeder Lage des Verfahrens einen Verteidiger zu befragen, ist einschließlich der entsprechenden Belehrungspflichten für alle Verfahrensstadien fest in der StPO verankert. Das ermöglicht es dem Beschuldigten, faktisch eine Teilnahme des Verteidigers an der Vernehmung zu erzwingen. Insofern liefe ein obligatorisches Mitwirkungsrecht des Verteidigers zunächst einmal in der Tat auf einen erhöhten bürokratische Aufwand - insbesondere - für die Polizei hinaus.

- Gestaltete man das Mitwirkungsrecht demnach als eigens Recht des Verteidigers (unabhängig vom Wunsch des Beschuldigten nach Teilnahme des Verteidigers) aus, dann liefe die Regelung auf einen Schutz des Beschuldigten vor sich selbst hinaus. Er würde davor geschützt, ohne vorherige Beratung und möglicherweise übereilt Angaben zur Sache zu machen oder Aussagen zu machen, die sich im Nahhinein als für ihn nachteilig erweisen könnten. Hier stellt sich letztlich die Frage einer Abwägung zwischen dem Interesse der Allgemeinheit nach möglichst vollständiger und wahrheitsgemäßer Sachverhaltsaufklärung und dem Interesse des Beschuldigten, vor eigenen übereilten Entscheidungen und Handlungen geschützt zu werden. Ich meine, dass ersterem der Vorrang gebührt.

- Im Übrigen müsste sich der Ablauf vieler Ermittlungsverfahren, gerade in Fällen kleinerer Kriminalität, durchaus grundlegend ändern. Nicht selten finden Beschuldigtenvernehmungen noch am Tat-/Unfallort oder unmittelbar nach Tatbegehung auf der Polizeidienststelle statt. Müsste tatsächlich in jedem dieser Fälle einem Verteidiger - sofern ein solcher vorhanden ist oder vom Beschuldigten benannt wird - die Gelegenheit zur Teilnahme gegeben werden, wäre eine solche Praxis kaum mehr möglich und würde zu einer erheblichen Verzögerung gerade in diesen „Alltagsverfahren“ führen.

Aus meiner Sicht verdient der Vorschlag daher keine Zustimmung.

b) Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der staatsanwaltlichen Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten

Der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 2004 sah ein Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten durch die Staatsanwaltschaft vor (§ 161a Abs. 1 Satz 2 StPO-E), sofern nicht eine Gefährdung des Untersuchungszwecks zu besorgen ist. Begründet wurde dieser Vorschlag wesentlich damit, dass es bei den staatsanwaltlichen Vernehmungen im Regelfall um Vernehmung besonders wichtiger Zeugen (bzw. Mitbeschuldigter) gehe.

Der Strafrechtsausschuss der Justizministerkonferenz hat auch diesen Vorschlag abgelehnt. Er hat insbesondere auf den Unterschied zwischen einer richterlichen und einer staatsanwaltlichen Vernehmung hingewiesen. Erstere diene primär dazu, der Gefahr des Beweismittelverlustes entgegenzuwirken, weshalb insoweit eine Mitwirkung der Verteidigung im Hinblick auf das Konfrontationsrecht des Beschuldigten geboten sei. Demgegenüber böten staatsanwaltliche Vernehmungen nicht selten Ansatzpunkte für weitere Ermittlungsmaßnahmen, die bei gleichzeitiger Kenntnis der Verteidigung nicht mehr erfolgversprechend durchgeführt werden könnten. Der Strafrechtsausschuss weist auch darauf hin, dass die Auslegung des Begriffs der Gefährdung des Untersuchungszwecks im Einzelfall mit Unsicherheiten belastet sei und in der Folge Streitigkeiten über die Verwertbarkeit einer insoweit ohne Mitwirkung des Verteidigers durchgeführten Vernehmung in der Hauptverhandlung vorprogrammiert

seien. Schließlich hat der Strafrechtsausschuss auf den hohen Koordinationsaufwand gerade in Verfahren mit mehreren Beschuldigten und folglich mehreren Verteidigern und die dadurch bedingte Gefahr von Verfahrensverzögerungen gerade auch in Haftsachen hingewiesen.

Ich meine, dass diese Erwägungen nach wie vor von großem Gewicht sind. Ergänzend möchte ich aus praktischer Erfahrung darauf hinweisen, dass der Umstand, dass ein Zeuge staatsanwaltlich vernommenen wird, über dessen Bedeutung nicht unbedingt etwas aussagt. Solange Zeugen nicht verpflichtet sind, bei der Polizei zu erscheinen und auszusagen, ist die staatsanwaltliche Vernehmung vielfach schlicht das Mittel, aussageunwillige Zeugen überhaupt zu einer Aussage zu bewegen - ob von zentraler Bedeutung oder nicht.

c) Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der richterlichen Vernehmung von Mitbeschuldigten

Der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 2004 sah ein Mitwirkungsrecht für den Verteidiger und auch für den Beschuldigten selbst bei der richterlichen Vernehmung von Mitbeschuldigten vor, ausgenommen die Fälle einer Gefährdung des Untersuchungszwecks (§ 168c Abs. 2 und 3 StPO-E).

Der Strafrechtsausschuss der Justizministerkonferenz hat auch zu diesem Vorschlag ablehnend Stellung genommen. Er hat insbesondere die Befürchtung geäußert, dass eine Anwesenheit des Beschuldigten oder eines Verteidigers die Aussagebereitschaft des Mitbeschuldigten erheblich beeinträchtigen könnte, namentlich in Fällen der organisierten Kriminalität bzw. der Bandenkriminalität. Der Strafrechtsausschuss sieht auch in der Möglichkeit des Ausschlusses bei Gefährdung des Untersuchungserfolgs kein ausreichendes Instrumentarium, um diesen Risiken entgegenzuwirken.

Ich möchte dem im Ergebnis beipflichten:

- Gerade bei Vernehmungen von - möglicherweise erstmals aussagebereiten - Mitbeschuldigten besteht häufig die - im Vorhinein aber nicht konkret absehba-

re, weil vom Inhalt der noch nicht bekannten Aussage abhängige - Möglichkeit, dass an diese Aussage weitere Ermittlungen anknüpfen, über deren Grundlage andere Beschuldigte und ihre Verteidiger nicht vorab informiert sein sollten.

- In bestimmten Deliktsgruppen namentlich der organisierten Kriminalität und der Bandenkriminalität muss generell davon ausgegangen werden, dass die Anwesenheit eines Mitbeschuldigten oder seines Verteidigers die Aussagebereitschaft des zu vernehmenden Beschuldigten beeinträchtigen bzw. diesen zu einem zurückhaltenden Aussageverhalten veranlassen wird. Ob aber auf derartige allgemeine Erfahrungen ohne konkrete Anhaltspunkte im konkreten Fall ein Ausschluss des Beschuldigten und erst recht des Verteidigers (wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks) gestützt werden könnte, erscheint fraglich. Auseinandersetzungen ex post wären jedenfalls vorprogrammiert.

- Richterliche Vernehmung ist auch die Vernehmung im Rahmen eines Haftbefehlseröffnung bzw. einer Haftprüfung. Hier steht im Vordergrund aber nicht die Gewinnung von Erkenntnissen für das Ermittlungsverfahren, sondern die Frage der (weiteren) Inhaftierung dieses konkreten Beschuldigten. Die Mitwirkung von Verteidigern von Mitbeschuldigten (oder gar von diesen selbst) mit unter Umständen sehr detaillierten und ausufernden Befragungen erscheint in dieser Situation nicht sachgerecht.

Ich kann daher auch diesen Vorschlag nicht befürworten.

d) Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung von ihm benannter Zeugen

Der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 2004 hat ein grundsätzliches Mitwirkungsrecht des Verteidigers an der Vernehmung von Zeugen vorgeschlagen, deren Vernehmung auf seiner Benennung beruht (§ 144 StPO-E). Begründet wurde der Vorschlag mit dem Ziel, die Verteidigung „aus der Reserve zu locken“, Entlastungszeugen bereits im Ermittlungsverfahren und nicht erst in der Hauptverhandlung zu benennen.

Der Strafrechtsausschuss der Justizministerkonferenz hat diesen Vorschlag abgelehnt. Er hat ausgeführt, dem Vorschlag liege die dem deutschen Strafverfahrensrecht fremde Unterscheidung in „Zeugen der Anklage“ und „Zeugen der Verteidigung“ zugrunde. Im Übrigen teilt der Strafrechtsausschuss die hinter dem Vorschlag stehende Erwartung nicht. Er ist vielmehr der Auffassung, dass ein Verteidiger unabhängig von der Möglichkeit zur Teilnahme an der Vernehmung eines Zeugen Entlastungszeugen bereits im Ermittlungsverfahren benennen werde, um seinem Mandanten weitere Ermittlungen (evtl. sogar Untersuchungshaft) und eine Hauptverhandlung zu ersparen. In schwierigen Fällen werde auch die vorgeschlagene Regelung nichts an der Strategie der Verteidigung ändern, erst einmal die Ermittlungen und deren rechtliche Bewertung durch die Staatsanwaltschaft abzuwarten. Darüber hinaus könnten auch potentiell belastende Zeugen als „Entlastungszeugen“ benannt werden, um bereits an deren erster Vernehmung teilnehmen und deren Wissen „testen“ zu können.
Besondere Probleme sieht der Strafrechtsausschuss darin, dass polizeiliche Vernehmungsbeamte aufgrund fehlender juristischer Ausbildung mit einer Vernehmungssituation unter Mitwirkung von Verteidigern überfordert sein könnten.
Im Übrigen hat der Strafrechtsausschuss auch Bedenken im Hinblick auf Belange des Opferschutzes geäußert.

Diese Erwägungen haben nach meiner Auffassung nach wie vor erhebliches Gewicht. Hervorzuheben ist insbesondere Folgendes:

- Der Vorschlag würde Verteidigern, denen es auf eine Verzögerung des Ermittlungsverfahrens ankommt, in Form der exzessiven Benennung von vermeintlichen Entlastungszeugen, verbunden mit Terminsverlegungsanträgen, ein ergiebiges Instrumentarium zur Verfügung stellen.

- Darüber hinaus sehe ich aber durchaus die Gefahr, dass die Erledigung auch von Verfahren der Alltagskriminalität durch derartige Mitwirkungsbefugnisse erheblich verzögert werden könnte.

  Ich möchte folgenden - durchaus nicht völlig realitätsfernen - Beispielsfall bilden: in einem Verfahren wegen Unfallflucht benennt ein Verteidiger die gesamte Fußballmannschaft des Beschuldigten als Zeugen da-

für, dass dieser zum Unfallzeitpunkt nicht am Unfallort gewesen sein kann, weil man zu diesem Zeitpunkt gemeinsam im Vereinslokal den Sieg vom vergangene Spieltag begossen habe. Gleichzeitig teilt der Verteidiger mit, dass er beabsichtigt, an der Vernehmung dieser Zeugen teilzunehmen.

Wahrscheinlich würde der polizeiliche Sachbearbeiter unter der geltenden Rechtslage diese Zeugen telefonisch befragen oder aber einen Besuch beim nächsten Mannschaftstraining machen und die Zeugen in rascher Folge befragen. Das wäre nun nicht mehr möglich.

Dieser Vorschlag sollte nicht weiterverfolgt werden.

e) Gelegenheit zur Stellungnahme für den Verteidiger vor der Auswahl von Sachverständigen.

Der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 2004 schlug vor, dem Verteidiger vor der Auswahl eines Sachverständigen grundsätzlich Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (§ 73 Abs. 3 StPO-E). Ausnahmen sollten bei technischen Routinegutachten (z. B. BAK-Bestimmung) gelten. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass eine entsprechende Regelung bereits in Nr. 70 RiStBV existiere, die aber in eine gesetzliche Regelung überführt werden solle, die auch die Gerichte binde. Über § 161a Abs. 1 Satz 2 StPO würde die Regelung auch für die Staatsanwaltschaften gelten.

Der Strafrechtsausschuss der Justizministerkonferenz hat sich zu dem Vorschlag uneinheitlich geäußert.

Für den Bereich des Ermittlungsverfahrens brächte der Vorschlag in der Sache im Hinblick auf die für die Staatsanwaltschaften bindende Regelung in Nr. 70 RiStBV wenig Neues. Allerdings wird diese Regelung nach meinem Eindruck in der Praxis vielfach nicht „gelebt“ (allerdings auch deshalb, weil auch viele Verteidiger an dieser Mitwirkungsmöglichkeit kein großes Interesse haben).

Für das gerichtliche Verfahren kann ich den Vorschlag nicht befürworten. Gerade in Haftsachen, in denen noch nach Anklageerhebung die Einschaltung eines (weiteren) Sachverständigen notwendig wird, könnte ein Konflikt mit dem besonderen Beschleunigungsgebot entstehen. Die Gerichte sind darauf angewiesen, in bestimmten Bereichen zu einer kontinuierlichen Zusammenarbeit mit Sachverständigen zu gelangen, die auch die schnelle Erledigung kurzfristiger Aufträge ermöglicht. Im Übrigen ist es für die Entscheidungsfindung unabdingbar, dass die Gerichte Sachverständige einschalten können, von deren Sachkunde sie überzeugt sind. Ich sehe insofern keinen großen Spielraum dafür, abweichende Vorschläge der Verteidigung zu berücksichtigen. Eine reine „Placebo-Vorschrift“ (das Gericht hört die Verteidigung an, macht dann aber doch das, was es ohnehin vorhatte) sollte aber nicht geschaffen werden.

Annex:
Soweit in den bisherigen Ausführungen einzelne Vorschläge zur Erweiterung von Mitwirkungsrechten mit Blick auf den zu erwartenden Mehraufwand gerade in Verfahren der Alltagskriminalität abgelehnt wurden, könnte man natürlich auf den Gedanken kommen, diese Regelungen auf Verfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung oder auf Verfahren, in denen ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, zu beschränken. Das erscheint jedoch nicht praktikabel, insbesondere dann nicht, wenn die Wahrung der Mitwirkungsrechte Auswirkungen auf die weitere Verwertbarkeit einer Beweiserhebung haben soll. Die Entscheidung, ob ein „Mitwirkungsfall“ vorliegt (etwa für die Teilnahme des Verteidigers an der ersten Beschuldigtenvernehmung) , müsste dann nämlich häufig die Polizei treffen, die damit überfordert wäre.

2. Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren

Der Diskussionsentwurf aus dem Jahr 2004 hatte in § 141 Abs. 3 StPO-E neben der fortbestehenden Verpflichtung der Staatsanwaltschaft, die Beiordnung eines Verteidigers bereits im Ermittlungsverfahren zu beantragen, wenn dessen Mitwirkung voraussichtlich im gerichtlichen Verfahren erforderlich sein wird, ein eigens diesbezügliches Antragsrecht des Beschuldigten und seines Verteidigers vorgesehen.

Aber auch unabhängig von diesem Regelungsvorschlag wird eine entsprechende Forderung immer wieder erhoben.

Der Strafrechtsausschuss der Justizministerkonferenz hat sich in seiner Stellungnahme aus dem Jahr 2004 zurückhaltend geäußert und auf den zusätzlichen verfahrenstechnischen Aufwand hingewiesen.

Ich möchte den Vorschlag heute - gerade auch unter Berücksichtigung staatsanwaltlicher Erfahrungen - befürworten:

- Das Recht des Beschuldigten auf eine rechtzeitige und sachkundige Verteidigung gehört zu den wichtigen Prinzipien der StPO. Es kommt auch in Art. 6 Abs. 3c) EMRK zum Ausdruck, auch wenn der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren noch kein „Angeklagter“ ist. Gleichwohl werden aber im Ermittlungsverfahren grundlegende Weichen für das gesamte Verfahren gestellt. Liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, soll diese daher grundsätzlich auch das Ermittlungsverfahren umfassen. Das hat in der bestehenden Regelung des § 141 Abs. 3 StPO seinen Niederschlag gefunden. Diese Erwägungen sprechen aber wesentlich dafür, dass der Beschuldigte auch die Möglichkeit haben sollte, eine Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren selbst zu „initiieren“, und zwar nicht nur als Anregung an die Staatsanwaltschaft, sondern als Antrag an das letztlich zur Entscheidung berufene Gericht.

- Verweigert die Staatsanwaltschaft eine Antragstellung, ist diese Entscheidung mit strafprozessualen Rechtsbehelfen derzeit nicht anfechtbar. Das wird dem hohen Rang des Rechts auf Verteidigung nur unzureichend gerecht.

- Aber auch viele Staatsanwälte empfinden den bestehenden Rechtszustand als unglücklich. Kommen sie nach gewissenhafter Prüfung zu dem Ergebnis, keinen Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung zu stellen und teilen das dem Beschuldigten oder seinem (Wahl)Verteidiger mit, setzen sie sich leicht dem Vorwurf aus, eine sachgerechte Verteidigung des Beschuldigten verhindern zu wollen. Auch aus Sicht der Staatsanwaltschaft kann eine richterliche Entscheidung insoweit durchaus als die „sauberere“ Lösung angesehen werden.

Allerdings möchte ich anregen, die Entscheidung über die Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren insgesamt dem Ermittlungsrichter zu übertragen (wie das ja für die Fälle des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO bereits jetzt der Fall ist). Abgesehen davon, dass der Ermittlungsrichter aufgrund anderer Entscheidungen mit den jeweiligen Verfahren vielfach ohnehin befasst ist, stellt die Befassung des (mutmaßlich) für das Hauptverfahren zuständigen Gerichts während des Ermittlungsverfahrens einen gewissen Fremdkörper dar. Vielfach lässt sich zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt auch noch nicht verlässlich abschätzen, bei welchem Gericht möglicherweise Anklage erhoben werden wird. Schließlich ist es für ein späteres Hauptverfahren nicht unbedingt sachdienlich, wenn sich ein Gericht bereits im Rahmen einer Entscheidung über eine Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren etwa zur Frage der Straferwartung äußern muss.
Eine Pflichtverteidigerbestellung durch die Staatsanwaltschaft, wie in dem Diskussionsentwurf von 2004 § 141 Abs. 3 Satz 4 StPO-E vorgesehen, halte ich nicht für sachgerecht.

Über sein Antragsrecht sollte der Beschuldigte im Rahmen der ersten Vernehmung belehrt werden. Insoweit wäre § 136 Abs. 1 Satz 3 StPO zu modifizieren.

3. Pflichtverteidigung ab Festnahme und bei schweren Tatvorwürfen ab erster Vernehmung

Seit dem 01.01.2010 ist aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.07.2009 gem. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO einem Beschuldigten, gegen den die Untersuchungshaft oder die einstweilige Unterbringung vollstreckt wird, ein Verteidiger zu bestellen. Dies stellt zugleich den einzigen Fall der notwendigen

Verteidigung dar, der eine Verteidigerbestellung bereits im Ermittlungsverfahren zwingend vorsieht, und zwar unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung (§ 141 Abs. 3 Satz 4 StPO). In allen anderen Fällen muss die Verteidigerbestellung grundsätzlich erst mit Zustellung der Anklageschrift erfolgen (§ 141 Abs. 1 StPO).

Die nunmehr vorliegenden Vorschläge sehen eine weitere Vorverlagerung der Verteidigerbestellung vor.

a) Pflichtverteidigerbestellung ab Festnahme
Der Vorschlag ist zunächst dahin zu konkretisieren, dass er sicherlich nicht jeden Fall einer vorläufigen Festnahme eines auf frischer Tat betroffenen Beschuldigten oder gar des Festhaltens zur Identitätsfeststellung meint. Gemeint ist ersichtlich der Fall der Festnahme bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Haft- oder Unterbringungsbefehls (§ 127 Abs. 2 StPO) bzw. Fälle, in denen seitens der Staatsanwaltschaft beabsichtigt ist, einen Haftbefehl oder Unterbringungsantrag zu stellen. Im Fall einer Ergreifung aufgrund eines bestehenden Haft- oder Unterbringungsbefehls liegt ohnehin ein Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO vor.

Es lässt sich sicher nicht bestreiten, dass in derartigen Fällen angesichts des Gewichts des Eingriffs einer Untersuchungshaft bzw. einstweiliger Unterbringung ein berechtigtes Bedürfnis des Beschuldigten auf möglichst frühe Beiordnung eines anwaltlichen Beistandes und insbesondere anwaltliche Vertretung bereits im Termin zur Eröffnung des Haftbefehls und Vernehmung vor dem Haftrichter besteht. Andererseits stößt aber eine Beiordnung eines Pflichtverteidigers und dessen Beteiligung bereits in diesem Verfahrensstadium auf erheblich praktische Schwierigkeiten:

In der Praxis stellen „neue“ Haftsachen für Polizei, Staatsanwaltschaft und Haftrichter bereits nach jetziger Rechtslage vielfach einen Wettlauf mit der Zeit dar. Die Vorführung vor den Haftrichter muss spätestens innerhalb der Frist des Art. 104 Abs. 3 Satz 1 GG, § 128 Abs. 1 StPO erfolgen. Diese Frist darf jedoch keineswegs immer ausgeschöpft werden. Es handelt sich vielmehr um eine Höchstfrist; die Vorführung hat „unverzüglich“ zu erfolgen (§ 128 Abs. 1 StPO). Innerhalb dieser Frist muss zunächst einmal die Polizei den Sachverhalt soweit aufklären und in Form einer Akte aufbereiten, dass für die Staatsanwaltschaft und anschließend auch den Richter eine sach-

gerechte Entscheidung über die Haftfrage möglich wird. Das umfasst je nach Fall Zeugenvernehmungen, Spurensicherungsmaßnahmen, Durchsuchungen usw. Die Staatsanwaltschaft muss sich ein Bild von den Voraussetzung der Untersuchungshaft bzw. der einstweiligen Unterbringung machen und - falls sie diese bejaht - den entsprechenden Antrag abfassen. Seitens des Gerichts muss die Vorführung vorbereitet, was Dolmetscherladungen und andere Maßnahmen umfassen kann.

Die generelle Einschaltung eines Verteidigers in diesen Fällen würde in diesem ohnehin sehr engen Zeitrahmen zusätzliche Verfahrensschritte erforderlich machen. Der Verteidiger müsste kontaktiert und bestellt werden. Um ihm eine sachgerechte Beratung und Vertretung seines Mandanten im Termin vor dem Haftrichter zu ermöglichen, müsste er vorab Akteneinsicht und die Möglichkeit zur Besprechung mit dem Beschuldigten erhalten.

Hinzu kommt aber vor allem Folgendes: Der Anspruch des Beschuldigten auf Gewährung rechtlichen Gehörs gebietet es, ihm bereits vor der Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Stellung eines Haft- oder Unterbringungsantrags Gelegenheit zu geben, sich - in der Regel im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung - zu dem Tatvorwurf und den Haftgründen zu äußern. In der Tat führen die Angaben des Beschuldigten in nicht wenigen Fällen dazu, dass seitens der Staatsanwaltschaft der dringende Tatverdacht oder das Vorliegen von Haftgründen verneint und die Freilassung des Beschuldigten angeordnet wird. Diese Vernehmung gehört also zur polizeilichen „Materialsammlung“ bereits im Vorfeld der staatsanwaltlichen Entscheidung. Eine Beiordnung und Beteiligung eines Verteidigers bereits in diesem Stadium würde aber in vielen Fällen zu einer ganz erheblichen Verzögerung und Erschwerung dieses von einem verfassungsrechtlich verankerten besonderen Beschleunigungsgebot geprägten Verfahrensstadiums führen.

Sofern schließlich ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren normiert werden sollte (s. o.), über das er dann auch zu belehren wäre, könnte er diesen Antrag selbstverständlich auch bereits in diesem ganz frühen Verfahrensstadium stellen. Bereits nach geltendem Recht kann er jederzeit die Beiziehung eines von ihm gewählten Verteidigers verlangen.

Eine Beiordnung von Amts wegen - etwa unter Einschaltung eines anwaltlichen Notdienstes (der insbesondere in ländlichen Bezirken nicht überall existiert) - würde mit hoher Wahrscheinlichkeit in vielen Fällen zu einer alsbaldigen „Auswechslung“ des Verteidigers führen (wie das bereits in der Folge der Gesetzesänderung von 2010 der Fall war, als viele Haftrichter zunächst die Verpflichtung zur unverzüglichen Beiordnung eines Pflichtverteidigers als eine solche zu einer sofortigen Beiordnung - ohne Einräumung einer Bedenkzeit für den Beschuldigten - verstanden hatten).

Bei dieser Sachlage halte ich die bestehende Rechtslage (Pflichtverteidigerbestellung unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung von U-Haft oder einstweiliger Unterbringung) nach wie vor für eine sachgerechte Regelung, die sowohl dem berechtigten Interesse des Beschuldigten an einer möglichst frühzeitigen Verteidigung in Haftsachen als auch dem besonderen Beschleunigungsgebot bzw. den praktischen Erfordernisse in diesem Verfahrensstadium angemessen Rechnung trägt.

b) Pflichtverteidigerbestellung ab der ersten Vernehmung bei schweren Tatvorwürfen

Unabhängig davon, welche Kriterien man zur Abgrenzung „schwerer Tatvorwürfe“ heranziehen will (Vorwurf eines Verbrechens? sonstige Taten von erheblicher Bedeutung?) vermag ich diesem Vorschlag nicht näher zu treten. Aus meiner Sicht sind insoweit diejenigen Gesichtspunkte ausschlaggebend, die bereits oben zu 1a) (Mitwirkungsrecht des Verteidigers bei der Beschuldigtenvernehmung) dargelegt wurden: Der Beschuldigte hat ein Schweigerecht. Er kann faktisch die Teilnahme eines Verteidigers an der Vernehmung erzwingen. Er soll (s. oben 2.) auch das Recht haben, selbst die Beiordnung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren zu beantragen. Wenn er all das nicht tut, mag er aussagen. Für einen weiteren „Schutz vor sich selbst“ sehe ich keinen Anlass.

4. Anbahnungsgespräche (Normierung des Rechts auf ungehinderten Verkehr mit dem Verteidiger im Sinne des § 148 Abs. 1 StPO bereits während der Mandatsanbahnung)

§ 148 Abs. 1 StPO in der bestehenden Fassung setzt für das Recht des nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten auf (unüberwachten) schriftlichen und mündlichen Verkehr mit seinem Verteidiger ein bestehendes Verteidigungsverhältnis voraus.

In seinem Beschluss vom 18.02.2014 - StB 8/13 (NJW 2014, 1314) - hat nunmehr der 3. Strafsenat des BGH entschieden, dass der Schutz des § 53 StPO auch das Anbahnungsverhältnis zwischen Anwalt und Mandant erfasse. Die in dieser Entscheidung angestellten Erwägungen könnten in der Tat dafür sprechen, auch den Schutz des § 148 Abs. 1 StPO auf dieses „Anbahnungsverhältnis“ auszudehnen, zumal durchaus nachvollziehbar ist, dass bereits im Rahmen der Gespräche über das Zustandekommen eines Mandatsverhältnisses zwischen Beschuldigtem und potentiellem Verteidiger über den Tatvorwurf gesprochen wird und hierfür der geschützte Rahmen eines nicht überwachten Besuchs erforderlich ist.

Die in der Kommentierung vom Schmitt (Meyer-Goßner/Schmitt, Rdnr. 4 zu § 148 StPO) aufgeführte Missbrauchsgefahr dürfte nicht als sehr gravierend anzusehen sein. Ihr könnte im Übrigen dadurch entgegengewirkt werden, dass das Recht auf unüberwachten Verkehr mit Rechtsanwälten nur in den Grenzen der §§ 137 Abs. 1 , 146 StPO gewährt wird, also keine unüberwachten Anbahnungsgespräche mit dem Verteidiger eines Mitbeschuldigten bzw. in Fällen gewährt werden, in denen der Beschuldigte bereits drei gewählte Verteidiger hat. Im Übrigen dürfte die „Frequenz“ von Verteidigerbesuchen auch durch die organisatorischen Gegebenheiten der Vollzugsanstalt begrenzbar sein.

Allerdings kann ein unüberwachter Verkehr in der Anbahnungsphase insoweit nur für Gespräche mit einem (potentiellen) Verteidiger, nicht hingegen für Briefverkehr, gewährt werden. Das gilt schon deshalb, weil bei ausgehenden Briefen kaum nachprüfbar ist, ob der Adressat tatsächlich Rechtsanwalt ist (andernfalls könnte der Beschuldigte an „Rechtsanwalt Fritz Müller“ schreiben; tatsächlich geht der Brief an seinen guten Kumpel Fritz Müller). Aber auch bei eingehenden, als „Verteidigerpost“ gekennzeichneten Schreiben eines noch nicht als Verteidiger des Beschuldigten registrierten Rechtsanwaltes lässt sich ohne Kenntnisnahme vom Inhalt des Schreibens nicht verlässlich überprüfen, ob das Schreiben tatsächlich von einem Rechts-

anwalt herrührt (einen entsprechenden Briefkopf kann sich am Computer jeder in wenigen Minuten erstellen) und tatsächlich die Anbahnung eines Mandatsverhältnisses betrifft.

In den dargestellten Grenzen könnte ich den Vorschlag befürworten.

Dr. Isak

Dr Axel Isak
Leitender Oberstaatsanwalt
Staatsanwaltschaft Baden-Baden

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens

Diskussionspapier für die Sitzung der Kommission am 11./12. Mai 2015 in Berlin

Thema: Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden - Ausweitung der Privatklage

I. Problemstellung

Funktion des Strafverfahrens ist primär die Durchsetzung des Strafanspruchs der Allgemeinheit. Zwar sind Schutzgegenstände der einzelnen Straftatbestände vielfach individuelle Rechtsgüter. Diese sollen jedoch durch die Strafdrohung in erster Linie präventiv geschützt werden. Hingegen ist die Durchsetzung zivilrechtlicher Rechtspositionen keine primäre Funktion des Strafverfahrens. Dieser Grundsatz erfährt zwar durch Rechtsinstitute wie das Adhäsionsverfahren oder die Rückgewinnungshilfe, auch das Privatklageverfahren, eine gewisse Durchbrechung. An der grundsätzlichen Aufgabenverteilung von Strafverfahren einerseits und Zivilprozess andererseits ändert das aber nichts.

Gleichwohl ist es keineswegs neu, dass Strafanzeigen nicht selten in der Hoffnung oder Erwartung erstattet werden, die Aussichten auf Durchsetzung wirklicher oder vermeintlicher zivilrechtlicher Ansprüche (selten auch verwaltungsrechtlicher Rechtspositionen) zu verbessern. Das ist per se nicht verwerflich. Zum Problem wird diese Vorgehensweise allerdings da, wo diese Motivation erkennbar die einzige ist, die hinter einer Anzeigeerstattung steht, ein Strafverfolgungsinteresse des Anzeigeerstatters also offensichtlich nicht besteht. In derartigen Fällen fühlen sich Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte vielfach für sachfremde Zwecke - nämlich die zivilrechtliche Rechtsverfolgung - instrumentalisiert.

Entsprechend werden ein solcher „Missbrauch“ der Strafrechtspflege und etwaige Abhilfemöglichkeiten immer wieder diskutiert.

Aus meiner Sicht lassen sich die relevanten Fälle in zwei „Grundtypen“ einteilen:

- Vielfach soll durch die Anzeigeerstattung auf einen zahlungsunfähigen oder -willigen Schuldner Druck mit dem Ziel ausgeübt werden, ihn doch noch zur Zahlung zu bewegen. Häufig geht es dabei um überschaubare Forderungen etwa von Versandhändlern, Handwerkern, Betreibern von

Fitness-Studios usw. Nicht selten werden solche Anzeigen sozusagen als letzter Versuch erstattet, wenn die Forderung bereits tituliert und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gescheitert sind. In der Vergangenheit wurde diese Konstellation unter dem Schlagwort „Inkassofunktion der Strafjustiz“ diskutiert.

- Daneben - und nach meiner Wahrnehmung mit steigender Tendenz - werden Strafanzeigen aber auch zu dem Zweck erstattet, durch Polizei und Staatsanwaltschaft im Wege der Amtsermittlung das „Material“ für eine beabsichtigte zivilrechtliche Rechtsverfolgung sammeln zu lassen. Strafprozessuale Maßnahmen (etwa Durchsuchungen) sollen Erkenntnisse zu Tage fördern, über die der Anzeigeerstatter bislang nicht verfügt bzw. für die er zumindest keine Belege hat. Teure Sachverständigengutachten sollen ohne Kostenrisiko für den Anzeigeerstatter auf Kosten der Allgemeinheit eingeholt werden.

  Derartige Anzeigen resultieren sowohl aus eher alltäglichen zivilrechtlichen Beziehungen (Autokauf, Mietverhältnis, Pachtvertrag), reichen zunehmend aber auch in den Bereich des kaufmännischen und unternehmerischen Wirtschaftslebens hinein (Beispiel: Strafanzeige gegen einen Konkurrenten wegen Schutzrechtsverletzungen). Nicht selten enthält die Strafanzeige gleich Anregungen für umfangreiche Arrestierungsmaßnahmen im Wege der Rückgewinnungshilfe.

  - *Hier ein mehr oder weniger wahllos herausgegriffenes Beispiel, das mir in meiner Behörde in diesen Tagen auf den Tisch gekommen ist:*

    Der Verpächter einer Gaststätte beschuldigt den ehemaligen Pächter, bei Vertragsende eine Vielzahl von Einrichtungsgegenständen entwendet zu haben. Bei einer Durchsuchung bei dem Beschuldigten werden einige wenige der vom Anzeigeerstatter aufgelisteten Gegenstände aufgefunden. Insoweit lässt sich aber nicht widerlegen, dass der Beschuldigte diese selbst erworben hatte. Der Großteil des angeblich entwendeten Inventars findet sich im Keller und auf dem Dachboden des Lokals. Einige weitere Gegenstände wurden vom Beschuldigten an Dritteigentümer zurückgegeben. Nach mehrmonatigen Ermittlungen wird das Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.

  - *Verbreitet ist auch die Anzeigeerstattung während eines laufenden Zivilprozesses (bevorzugt nach Unterliegen in der ersten Instanz): Es wird Anzeige gegen den Prozessgegner wegen (versuchten) Prozessbetrugs und nicht selten zusätzlich gegen einzelne Zeugen wegen des Vorwurfs der falschen uneidlichen Aussage erstattet.*

Mein Augenmerk richtet sich primär auf die zweite Fallkonstellation, die Fälle der Einschaltung der Strafjustiz als „Aufklärungsgehilfin“: Sie verursachen bei Polizei und Staatsanwaltschaft einen erheblichen Ermittlungsaufwand; auch die Verfahrenskosten sind oft beträchtlich. Vielfach enden diese Verfahren mit

einer Einstellung; die vom Anzeigeerstatter intendierte „Materialsammlung“ hat aber gleichwohl stattgefunden. Demgegenüber hat sich für die „Inkassofälle“ in der Praxis mittlerweile eine gewisse Routine herausgebildet. Es handelt sich um zumeist überschaubare Sachverhalte, die sich in gewisser Weise standardisiert abarbeiten lassen. Der „Problemdruck“ ist hier weniger intensiv.

II. Reaktionsmöglichkeiten nach geltendem Recht

Will sich die Staatsanwaltschaft bei Strafanzeigen der beschriebenen Art nicht „instrumentalisieren“ lassen, bietet das geltende Recht folgende Möglichkeiten:

- Verneinung des Anfangsverdachts

  Bisweilen lässt sich mit einer „robusten“ Interpretation der Anforderungen an den Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO helfen. Das gilt namentlich dort, wo die Anzeige aus sich heraus erkennen lässt, dass sie primär auf Vermutungen beruht. Häufig ist das aber nicht der Fall: Gerade durch Rechtsanwälte abgefasste Strafanzeigen sind in vielen Fällen durchaus „schlüssig“. Es werden eben nur die verdachtsbegründende Umstände vorgetragen und die „verdachtshindernden“ verschwiegen. Zumeist werden Zeugen zur Untermauerung des Vorbringens benannt.

- Einstellung nach §§ 153, 153a StPO

  Eine Einstellung nach § 153 oder § 153a StPO kommt in der Regel nur bei geringen Schadensbeträgen in Betracht (und setzt im Falle des § 153a StPO im Übrigen hinreichenden Tatverdacht voraus, der sich allein auf der Grundlage des Anzeigevorbringens schwerlich begründen lässt.

  Eine allzu ausufernde Anwendung der genannten Vorschriften würde im Übrigen zu Wertungswidersprüchen mit den Regelungen führen, die in einigen Bundesländern im Wege von Verwaltungsvorschriften für die Behandlung von massenhaft vorkommenden Delikten im Bereich der Eigentums- und Vermögenskriminalität getroffen wurden (z. B. in Baden-Württemberg die VwV zur strafverfahrensrechtlichen Behandlung der Kleinkriminalität - „Kleinkriminalitätserlass“ v. 04.10.2012: Einstellung nach § 153 StPO beim Ersttäter bis zu einer Schadensgrenze von max. 25,- €; Einstellung nach § 153a StPO bis 125,- €).

- Verweisung auf den Privatklageweg

  Eine Verweisung auf den Privatklageweg kommt bei der Mehrzahl der Vermögensdelikte (insbesondere §§ 242, 246, 263, 266) nicht in Betracht, da diese nicht in den Katalog des § 374 StPO fallen. Soweit im Nebenstrafrecht, insbesondere bei Schutzrechtsverletzungen, der Anwendungsbereich des Privatklageverfahrens grundsätzlich eröffnet ist, dürfte jedenfalls beim Vorwurf eines erheblichen Tatumfangs mit hohen

Schäden eine Verweisung auf den Privatklageweg im Hinblick auf § 376 StPO nicht in Betracht kommen (vgl. auch Nr. 86 RiStBV).

- vorläufige Einstellung nach § 154d StPO

  § 154d StPO in der geltenden Fassung ermöglicht eine Fristsetzung seitens der Staatsanwaltschaft zu Klageerhebung im Zivil- oder Verwaltungsprozess (und die endgültige Verfahrenseinstellung bei fruchtlosem Fristablauf) lediglich zur Klärung zivil- oder verwaltungsrechtlicher Vorfragen. Darum geht es aber zumeist nicht. Zumeist geht es zwar um zivilrechtliche „Streitgegenstände“. Vorgreiflich sind aber nicht Rechts-, sondern Tatsachenfragen.

  Die Praxis behilft sich gelegentlich mit einer entsprechenden Anwendung von § 154d StPO in Fällen tatsächlicher Vorfragen. Korrekt ist das allerdings nicht: Die Beschränkung auf Rechtsfragen in der geltenden Fassung des § 154d StPO ist nämlich keine zufällige, planwidrige, sondern eine durchaus bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. Streng genommen ist damit für eine entsprechende Anwendung kein Raum.

- schlichtes Liegenlassen

  Jedenfalls in Fällen, in denen bereits ein Zivilprozess anhängig ist, besteht schließlich grundsätzlich die Möglichkeit, das Ermittlungsverfahren schlicht nicht weiterzubetreiben und auf den rechtskräftigen Abschluss des Zivilrechtsstreits zu warten. Ein solches Vorgehen dürfte allerdings mit dem grundsätzlich für alle Ermittlungsverfahren (nicht nur für Haft- und Führerscheinsachen - dort nur besonders) geltenden Gebot einer zügigen Förderung der Ermittlungen nicht in Einklang zu bringen sein. Es erscheint kaum vertretbar, einen möglicherweise zu Unrecht Angezeigten eventuell über Jahre im Status des Beschuldigten zu belassen, um das Ergebnis eines Zivilprozesses abzuwarten. Im Übrigen scheitert ein solches Vorgehen in der Praxis schon an der Bedeutung der Dezernatsstatistik, namentlich der sogenannten überjährigen Verfahren.

III. Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda

- Erweiterung des Katalogs der Privatklagedelikte

  Eine Erweiterung des Katalogs der Privatklagedelikte um Tatbestände aus dem Bereich der Eigentums- und Vermögenskriminalität (insbesondere §§ 263, 266 StGB) stellt aus meiner Sicht keinen sachgerechten Lösungsansatz dar. Abgesehen davon, dass man durchaus darüber diskutieren kann, ob durch diese Tatbestände ausschließlich Individualrechtsgüter geschützt werden und nicht auch - jedenfalls mittelbar - die Funktionsfähigkeit des Wirtschaftslebens, dürfte jedenfalls an der Verfolgung von Taten deutlich oberhalb des Bagatellbereichs (dieser wird durch die §§ 153, 153a StPO sachgerecht „abgedeckt“) regelmäßig ein öffentliches Interesse im Sinne des § 376 StPO bestehen - sofern denn

tatsächlich eine Straftat vorliegt, was sich aber allein aufgrund der Anzeige regelmäßig noch nicht beurteilen lässt.

- Schaffung einer selbständigen Grundlage für eine Verfahrenseinstellung nach Opportunitätsgesichspunkten bei zumutbarer Befriedigungsmöglichkeit außerhalb des Strafverfahrens

  Wie lange die Problematik bereits virulent ist, wird daran deutlich, dass sich bereits im Jahr 1995 eine Arbeitsgruppe des Strafrechtsausschusses der Justizministerkonferenz mit ihr befasst hat. Diese Arbeitsgruppe hat damals folgenden Vorschlag für einen § 153g StPO neu unterbreitet:

  > „Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn es dem Verletzten zumutbar ist, Genugtuung für den erlittenen Schaden dadurch zu erlangen, dass er diesen im bürgerlichen Streitverfahren oder im Verwaltungsstreitverfahren geltend macht, es sei denn, dass die Schwere der Schuld oder das öffentliche Interesse dem entgegensteht."

  Der Vorschlag hat damals im Strafrechtsausschuss der JuMiKo keine Mehrheit gefunden.

  Im Rahmen der Beratungen zu einer sogenannten „großen Justizreform" wurde ein entsprechender Vorschlag erneut diskutiert. Er fand auf der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder im Juni 2005 erneut keine Mehrheit. Maßgebend waren wohl primär die Gesichtspunkte einer befürchteten (weiteren) Aufweichung des Legalitätsprinzips und eines „Entkriminalisierungssignals" hinsichtlich wesentlicher Teile der Vermögenskriminalität, aber auch die (notwendige) Unschärfe der für eine Einstellungsmöglichkeit relevanten Kriterien.

  Aus meiner Sicht liegt die wesentliche Schwäche des damaligen Regelungsvorschlags darin, dass es sich dabei um nicht eine lediglich vorläufige, sondern um eine endgültige Verfahrenseinstellung handelt (natürlich immer mit der theoretischen Möglichkeit der Wiederaufnahme). Das Regelungskonzept geht - insoweit ähnlich der Verweisung auf den Privatklageweg - davon aus, dass die Befriedigung im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg eine ausreichende Genugtuung für den Anzeigeerstatter darstellt und die Prüfung einer etwaigen Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen unabhängig von der Sach- und Rechtslage, die sich im Zivil- oder Verwaltungsprozess ergibt, nicht geboten ist. Das mag für Tatvorwürfe im Bagatellbereich und knapp darüber hinnehmbar sein. Sollen hingegen auch Tatvorwürfe größeren Ausmaßes erfasst werden (und das sind regelmäßig diejenigen, die bei Polizei und Staatsanwaltschaft einen besonders hohen Ermittlungsaufwand verursachen), erscheint das nicht vertretbar.

- Erweiterung von § 154d StPO

  Ich schlage daher eine Erweiterung von § 154d StPO über den bisher geregelten engen Anwendungsbereich der Entscheidung zivil- oder

verwaltungsrechtlicher Vorfragen auf grundsätzlich alle Fälle vor, in denen dem Antragsteller die Geltendmachung seiner rechtlichen Interessen im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg möglich und zumutbar ist.

§ 154d StPO hat bereits in seiner jetzigen Fassung neben der Vermeidung gegensätzlicher Entscheidungen in derselben Rechtsfrage durch die Strafjustiz einerseits und die (insoweit kompetenteren) Fachgerichte andererseits auch den Zweck, „der Verlockung entgegenzuwirken, dass durch die Erstattung möglicherweise nicht begründeter Strafanzeigen Material für Zivilprozesse und öffentlich-rechtliche Verfahren unter Einsatz der Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden und damit unter „missbräuchlicher“ Inanspruchnahme des Strafverfahrens beschafft wird“ (LR- Beulke, Rdnr. 1 zu § 154d StPO). An diese Zwecksetzung, die, wie oben beschrieben, angesichts des gegenwärtig sehr engen Anwendungsbereichs von § 154d StPO weitgehend leer läuft, könnte angeknüpft werden.

Konkret schlage ich Folgendes vor:

- Rechtstechnisch sollte an dem bestehenden mehrstufigen Konzept von § 154d StPO festgehalten werden:

  - Fristsetzung zur Austragung (= Klageerhebung) im Zivil- oder Verwaltungsprozess;

  - für den Fall der Klageerhebung: vorläufige Einstellung des Verfahrens (i. d. R. bis zum rechtskräftigen Abschluss des Zivil- oder Verwaltungsprozesses);

  - (spätestens) nach rechtskräftigem Abschluss des Zivil- oder Verwaltungsprozesses: Prüfung der Wiederaufnahme des Ermittlungsverfahrens oder der endgültigen Einstellung von Amts wegen (unter Würdigung des Ergebnisses des Zivil- bzw. Verwaltungsprozesses);

    Da Zivil- oder Verwaltungsprozesse bisweilen sehr lange dauern können, hat die Staatsanwaltschaft selbstverständlich die Verjährungsproblematik im Auge zu behalten und gegebenenfalls rechtzeitig entsprechende Maßnahmen zu treffen. Insoweit ergäbe sich aber keine gegenüber anderen Fällen der vorläufigen Einstellung (etwa bei § 154 StPO) grundlegend neue Problematik.

  - für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der nach Satz 1 gesetzten Frist: endgültige Einstellung des Ermittlungsverfahrens (wie bisher § 154d Satz 3).

  - Einer gerichtlichen Zustimmung sollte es angesichts des vorläufigen Charakters der Einstellung nicht bedürfen. Gegen die endgültige Einstellung soll - wie bisher - das Klageerzwingungsverfahren gegeben sein.

- Zusätzlich könnte ausdrücklich geregelt werden, dass eine vorläufige Einstellung des Ermittlungsverfahrens selbstverständlich auch dann möglich ist, wenn ein Zivil- oder Verwaltungsprozess bereits anhängig ist (das entspricht bereits für die jetzige Rechtslage allgemeiner Auffassung; vgl. LR-Beulke, Rdnr. 6 zu § 154d StPO).

- Materiell sollten für die Möglichkeit des Vorgehens nach § 154d StPO-neu folgende Kriterien gelten:

  - Beschränkung auf Vergehen (wie bisher)

  - Abhängigkeit der Erhebung der öffentlichen Klage von einer zivil- oder verwaltungsrechtlichen Vorfrage (bisheriger Regelungsgegenstand) oder

  - Abhängigkeit der Erhebung der öffentlichen Klage vom Bestehen oder Nichtbestehen einer zivil- oder verwaltungsrechtlicher Rechtsposition und Möglichkeit und Zumutbarkeit für den Antragsteller, diese Rechtsposition im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen.

    Der Begriff der „Rechtsposition“ (möglicherweise lässt sich noch ein besserer Begriff finden) ist dabei weiter zu verstehen als derjenige der rechtlichen Vorfrage und umfasst etwa die Eigentümerstellung, das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs, die Wirksamkeit einer Vollmacht usw. und ist insoweit nicht auf die rechtliche Beurteilung beschränkt, sondern umfasst die tatsächliche und rechtliche Beurteilung.

    Die Voraussetzung der Möglichkeit und Zumutbarkeit der Geltendmachung im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg soll insbesondere auch den Fällen einer besonderen „Beweisnot“ des Antragstellers Rechnung tragen, also denjenigen Fällen, in denen ohne Amtsermittlung (ggfs. mit strafprozessualen Zwangsmaßnahmen) eine Aufklärung des Tatvorwurfs und damit auch eine Klärung der zivilrechtlichen Rechtsposition nicht möglich ist.

  - kein entgegenstehendes öffentliches Interesse

    Diese Einschränkung soll insbesondere einer ausufernden Anwendung der Möglichkeit zur vorläufigen Einstellung entgegenwirken und dabei gewährleisten, dass Sachverhalte, die sich nach dem Anzeigevorbringen als Fälle gravierender Kriminalität darstellen, nach wie vor - unabhängig von einem Tätigwerden des Anzeigeerstatters - von Amts wegen verfolgt werden.

Ein weiteres begrenzendes Kriterium der entgegenstehenden Schwere der Schuld halte ich schon deshalb nicht für sachgerecht, weil sich darüber allein aufgrund des Anzeigevorbringens regelmäßig keine Aussage treffen lässt.

Die dargestellten Kriterien sind notwendigerweise offen und auslegungsbedürftig. Sie unterscheiden sich damit aber nicht substantiell von denjenigen Kriterien, die in bereits bestehenden Regelungen in den §§ 153 ff. StPO Verwendung finden: „öffentliches Interesse an der Strafverfolgung". „Schwere der Schuld", „geringe Folgen der Tat". Gegebenenfalls könnten in den RiStBV - ähnlich wie für die Fälle der Verweisung auf den Privatklageweg - der Versuch einer gewissen Konkretisierung unternommen werden.

- Eine Folgeänderung in § 262 StPO halte ich nicht für erforderlich. Ist das Verfahren erst einmal vor Gericht, ist die vorbereitende Aufklärungsarbeit geleistet, die Stoffsammlung - jedenfalls bis zur Anklagereife - abgeschlossen. Hier besteht kein Bedürfnis, insoweit die Initiative auf den Antragsteller zu verlagern. Insofern kann es bei der (praktisch ohnehin irrelevanten) Möglichkeit des Vorgehens nach § 262 Abs. 2 StPO verbleiben.

IV. Erweiterung des Katalogs der Privatklagedelikte

Für eine Erweiterung des Katalogs des § 374 StPO sehe ich derzeit kein dringendes Bedürfnis - mit einer, bereits seit Langem diskutierten und immer wieder geforderten Ausnahme: der Nötigung.

Beim Straftatbestand der Nötigung handelt es sich um einen solchen, der eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Erscheinungsformen umfasst. Eine ganze Reihe von ihnen erfordert fraglos eine Strafverfolgung von Amts wegen. Es gibt aber auch typische Erscheinungsformen, die geradezu für den Privatklageweg prädestiniert sind. Wichtigstes Beispiel sind die Fälle von Nachbarschafts- und sonstigen privaten Streitigkeiten, bei denen die Nötigung häufig mit anderen Privatklagedelikten wie Körperverletzung, Beleidigung, Bedrohung usw. zusammentrifft.

Beispiel: Der Beschuldigte nennt seinen Nachbarn einen Vollidioten, stößt ihn unsanft gegen die Hauswand und parkt ihm danach für zwanzig Minuten die Garage zu.

In derartigen Fällen ist derzeit eine einheitliche Verweisung auf den Privatklageweg nicht möglich. Das ist für die Praxis in hohem Maße unbefriedigend.

Eine generelle „Entkriminalisierung" oder Bagatellisierung des Nötigungstatbestandes wäre nach meiner Auffassung durch die Aufnahme in den Katalog der Privatklagedelikte nicht zu befürchten. Auch die Körperverletzung nach § 223 StGB ist ein Privatklagedelikt. Selbstverständlich findet in gravierenderen Fällen nach wie vor eine Strafverfolgung von Amts wegen statt.

V. Beschlussempfehlung

Eine Empfehlung der Kommission könnte lauten:

Die Kommission empfiehlt die Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 154d StPO auf diejenigen Fälle, in denen die Erhebung der öffentlichen Klage vom Bestehen oder Nichtbestehen (in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht) einer nach bürgerlichem Recht oder Verwaltungsrecht zu beurteilenden Rechtsposition abhängt und dem Antragsteller die Geltendmachung dieser Rechtsposition im bürgerlichen Streitverfahren oder Verwaltungsstreitverfahren möglich und zumutbar ist, es sei denn, dass das öffentliche Interesse entgegensteht.

Die Kommission empfiehlt weiter, den Katalog der privatklagefähigen Delikte in § 374 Abs. 1 StPO um den Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) zu erweitern.

Dr. Isak

Anlage 97

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Aufgabe der eingesetzten Expertenkommission ist es, Vorschläge zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens zu erarbeiten. Dies entspricht der Koalitionsvereinbarung der die Bundesregierung tragenden Parteien.

Vor diesem Hintergrund wird nach Auswertung einer Befragung der gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Praxis in Nordrhein-Westfalen zu den in der Sitzung der Expertenkommission am 29./30. September 2014 erörterten Themen „Videodokumentation von Vernehmungen in Ermittlungsverfahren" (I.) und „partizipatorisches Ermittlungsverfahren" (II.) wie folgt Stellung fachlich genommen:

I.

Zur (Video-)Dokumentation von Vernehmungen in Ermittlungsverfahren

Der Vorschlag, alle bzw. weitgehend alle Vernehmungen von Beschuldigten sowie Zeuginnen und Zeugen im Ermittlungsverfahren auf Bild-Ton-Träger aufzuzeichnen, kann nicht unterstützt werden. Er geht ersichtlich von der Annahme aus, die Verantwortlichen bei Polizeibehörden, Staatsanwaltschaften und Gerichten seien entweder nicht willens oder aber nicht imstande, Aussagen und deren Begleitumstände in ordnungsgemäßer Weise schriftlich niederzulegen. Dies wird empirisch nicht untermauert. Eine im Jahre 2010 durchgeführte Befragung der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis in Nordrhein-Westfalen zu dem seinerzeit von der Bundesrechtsanwaltskammer vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung in Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik von Februar 2010 hat demgegenüber gezeigt, dass Ablauf und Inhalt von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen in Ermittlungsverfahren

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

eher vereinzelt - insbesondere bei Konfliktverteidigungen - in Zweifel gezogen werden.

Hiernach bedarf jede Ausweitung des Einsatzes von Videotechnik im Ermittlungsverfahren einer genauen Prüfung, ob ihr ein Mehrwert gegenüber der geltenden Rechtslage zukommt. Die von uns angehörte gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Praxis hat vor allem folgende Aspekte hervorgehoben:

Audiovisuelle Vernehmungen greifen in erheblichem Maße in die Persönlichkeitsrechte der Vernommenen ein und eröffnen die Möglichkeit eines Missbrauchs der Aufzeichnungen, z. B. durch Veröffentlichung in Videoportalen im Internet oder in sozialen Netzwerken.

Audiovisuelle Vernehmungen sind zudem aussagepsychologisch nicht unproblematisch. Der Einsatz von Videotechnik kann - je nach psychischer Verfassung der zu vernehmenden Person - deren Aussagebereitschaft und Aussageverhalten negativ beeinflussen. Es steht zu befürchten, dass ein Großteil von Zeuginnen und Zeugen mit Blick auf die eingeschaltete Kamera nicht unbefangen aussagen mit der Folge, dass die Vernehmungen gestellt und gekünstelt wirken. Authentizität dürfte in der Mehrzahl der Fälle nicht zu erreichen sein. Eine unter diesen Begleitumständen zustande gekommene Aussage dürfte die Wahrheitsfindung daher eher erschweren als erleichtern.

Zu bedenken ist, dass gerade für Geschädigte jede Vernehmung über eine an ihnen begangene Straftat, insbesondere wenn es sich um ein Sexualdelikt handelt, regelmäßig erhebliche psychische Belastungen mit sich bringt. Es muss daher auch die Aufgabe der Ermittlungsbehörden sein, soweit möglich, einer seelischen Destabilisierung oder Retraumatisierung des Opfers entgegenzuwirken.

Nicht nur Opferschutz- und Frauenverbände, sondern auch die gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Praxis berichten, dass viele Opfer von Sexualdelikten allein schon vor einer Anzeigeerstattung zurückschrecken, weil sie befürchten, das Strafverfahren nicht durchzustehen. Muss das ohnehin traumatisierte Opfer überdies von vornherein befürchten, dass die Vernehmung per Video aufgezeichnet wird und Aufnahmen

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

womöglich missbräuchlich veröffentlicht werden, wird es noch zögerlicher Anzeige erstatten.

Die vorgenannten Erwägungen zeigen, dass insbesondere mit Blick auf Belange von Opfern der Einsatz von Videotechnik einer differenzierten, am Einzelfall orientierten Betrachtung bedarf. Für das Opfer ist nichts gewonnen, wenn ihm eine Aussage in der Hauptverhandlung dennoch nicht erspart bleibt.

Dem Ziel, das Verfahren effektiver und praxistauglicher zu gestalten, wird durch eine Ausweitung des Einsatzes von Videotechnik nicht gedient. Der mit ihr verbundene Aufwand führt eher zum Gegenteil. Gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die zu Vernehmenden in der Regel nicht „kameraerprobt" sind, dürften sich die Aufzeichnungen aufwändig gestalten. Das Argument einer Zeitersparnis in der nachfolgenden Hauptverhandlung verfängt schon deshalb nicht, weil etwa 80 Prozent aller Ermittlungsverfahren eingestellt werden, es also nicht zu einer Hauptverhandlung kommt. In den übrigen Fällen werden das Gericht und die Verfahrensbeteiligten auf eine persönliche Vernehmung der Zeugin oder des Zeugen häufig nicht verzichten können. Zudem ist zu bedenken, dass Vernehmungen vielfach auch außerhalb der Räumlichkeiten der Ermittlungsbehörden (z. B. am Tatort, bei Durchsuchungen, am Arbeitsplatz des Vernommenen, an Krankenbetten etc.) durchgeführt werden und werden müssen. Weder ist allen Polizeibeamtinnen und -beamten des Wach- und Wechseldienstes das ununterbrochene Mitführen eines Aufzeichnungsgeräts möglich, noch sind an jedem Ort (Hauptbahnhöfe, Intensivstationen etc.) Aufzeichnungen durchführbar.

Insgesamt erweist sich die vorgeschlagene Ausweitung des Einsatzes von Videotechnik im Ermittlungsverfahren als kontraproduktiv.

II.

Zum partizipatorischen Ermittlungsverfahren

Die hierzu vorgebrachten Vorschläge gehen fälschlich davon aus, dass die Verteidigung - wie die Justiz - stets an einer zügigen und zeitsparenden Durchführung des Ermittlungsverfahrens interessiert sei. Das

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

trifft nicht auf alle Verteidigerinnen und Verteidiger zu. Im Gegensatz zu Staatsanwaltschaft und Gericht sind Verteidigerinnen und Verteidiger zu einseitiger Interessenwahrnehmung verpflichtet.

Die in diesem Zusammenhang zur Erörterung gestellten Vorschläge dürften vor diesem Hintergrund nicht zu einer Effektivitätssteigerung, sondern vielfach zu Verfahrensverzögerungen, einer Aufblähung des Ermittlungsverfahrens und Beweismittelverlusten führen. Auf Konflikt bedachten Verteidigerinnen und Verteidigern eröffneten sie Missbrauchsmöglichkeiten.

Ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung birgt die Gefahr einer Verzögerung des Verfahrens und kann zu einer Verschlechterung der Beweislage und einer damit einhergehenden Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung führen, wenn die Vernehmung nicht zeitnah erfolgen kann. Denn bei allen Vernehmungen und Explorationen entstünden Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden ein erhöhter Organisations- und Koordinationsaufwand. Notwendige Terminabsprachen und ggf. vorab zu gewährende Akteneinsicht bedeuten stets zusätzlichen Aufwand. Die Schwierigkeiten potenzieren sich, wenn sich das Ermittlungsverfahren gegen mehrere Beschuldigte richtet. Auch dürfte in zahlreichen Fällen, in denen dies bislang nicht nötig ist, eine Teilnahme der Staatsanwaltschaften an Vernehmungen erforderlich werden.

Soweit sich aus Zeugenaussagen notwendige verdeckte Maßnahmen gegen Beschuldigte ergeben, würde die Anwesenheit der Verteidigung bei der Vernehmung zudem - insbesondere in Verfahren der Organisierten Kriminalität und in Kapitalsachen - den Untersuchungszweck gefährden.

Zudem haben Zeuginnen und Zeugen vielfach Angst vor Repressalien. Die Bereitschaft, sich als Beweisperson zur Verfügung zu stellen, wäre absehbar (noch) geringer, wenn schon im Frühstadium des Verfahrens mit einer Konfrontation mit dem Beschuldigten und dessen Verteidigung gerechnet werden müsste. Ein traumatisiertes Opfer einer Gewalttat, wie etwa einer Vergewaltigung, das schon zu der polizeilichen Vernehmungsperson nur schwer vertrauensvollen Zugang findet, hätte erheblich größere Probleme, wenn schon die erste Vernehmung in Form einer Verhandlung mit mehreren Beteiligten stattfände.

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Eine (über § 141 Absatz 3 StPO hinausgehende) Bestellung von Pflichtverteidigerinnen und Pflichtverteidigern im Ermittlungsverfahren würde den Ländern hohe Kosten auferlegen. Auch hier ist zu bedenken, dass - wie schon erwähnt - etwa 80 Prozent aller Ermittlungsverfahren eingestellt werden.

In Haftsachen wäre eine Pflicht zur Verteidigerbestellung nach der vorläufigen Festnahme zeitlich und organisatorisch bis zur Vorführung vor dem Haftrichter neben zeitgleich durchzuführenden Vernehmungen und Beweissicherungen kaum zu bewerkstelligen. Zudem drohte eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes, soweit eine unverzügliche Vorführung aufgrund von Schwierigkeiten bei der Pflichtverteidigerbestellung nicht erfolgen könnte.

Auch sind die Polizeibehörden schon aufgrund fehlender Daten zu möglichen Vorstrafen der Beschuldigten nicht immer in der Lage, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 140 StPO verlässlich zu prüfen. Vor jeder ersten Beschuldigtenvernehmung - auch in Bagatellsachen - müsste eine rechtliche Bewertung des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft erfolgen.

Auch der Vorschlag, sogenannte Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 StPO aufzunehmen, begegnet Bedenken. Insbesondere in Verfahren der Organisierten Kriminalität führte dies zu einer kaum zu kontrollierenden Missbrauchsgefahr.

Anlage 2

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Nach Beteiligung des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen wird zu dem in der Sitzung der Expertenkommission am 29./30. September 2014 erörterten Thema „Videodokumentation von Vernehmungen in Ermittlungsverfahren" unter Kostengesichtspunkten wie folgt Stellung genommen:

Eine Umsetzung der Vorschläge würde zu einer erheblichen Belastung der Länderhaushalte führen, ohne dass dem ein entscheidender Mehrwert gegenüberstünde. Die Einschätzung, dass eine Pflicht zur Aufzeichnung von Vernehmungen keine größeren Kosten verursache und Geräte angeschafft werden könnten, die „jeder Bürger für wenig Geld im Mediamarkt erwerben" und jede Vernehmungsperson bedienen könne, geht an der Realität vorbei. Neben den reinen Anschaffungskosten entsprechender Geräte wären auch Aufwendungen für Wartung und Ersatzteile, technisches Personal, Schulungen und Fortbildung vieler Bediensteten sowie neu zu errichtende geeignete Räumlichkeiten zu berücksichtigen.

Weder bei den Polizeibehörden noch bei den Staatsanwaltschaften bieten die derzeit vorhandenen Dienstzimmer ausreichend Platz für die Installation von Aufzeichnungsanlagen bei gleichzeitigem Raumbedarf für Vernehmungspersonen, zu Vernehmenden, Verteidigung, ggf. weitere Verfahrensbeteiligte sowie Dolmetscherinnen und Dolmetscher.

Insbesondere aber ist ein ebenso notwendiger wie erheblicher Personalmehraufwand zu berücksichtigen, wenn von jeder Vernehmung anschließend ein Wortprotokoll und außerdem eine Zusammenfassung des Inhalts der Vernehmung gefertigt werden müssten. Ein zusätzlicher Personalbedarf entstünde auch dadurch, dass eine gewissenhafte Bewertung des Ermittlungsergebnisses bei der Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts unter Umständen eine zeitintensive Ansicht aller Vernehmungsaufzeichnungen erfordern könnte, was gerade in Umfangsverfahren zu erheblichen Mehrbelastungen führen würde.

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Das von mir beteiligte Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen geht in einer ersten Einschätzung allein für die polizeilichen Vernehmungen in Nordrhein-Westfalen von einem einmaligen Investitionsbedarf von rund 2,4 Millionen Euro sowie von jährlichen Sach- und Personalmehrkosten von mindestens 115 Millionen Euro aus. Dies basierend auf folgenden statistischen Annahmen:

Die Polizeiliche Kriminalstatistik Nordrhein-Westfalens weist für das Jahr 2013 rund 1,5 Millionen Straftaten (ohne Verkehrsstraftaten) aus, zu denen 477.961 Tatverdächtige ermittelt wurden. Einschließlich der Verkehrsstraftaten sind es jährlich 547.341 Tatverdächtige. Legt man die - äußerst zurückhaltende - Annahme zugrunde, dass in den Verfahren durchschnittlich nur eine polizeiliche Vernehmung durchgeführt wird, sind dies 547.341 Vernehmungen im Jahr.

Die Polizei in Nordrhein-Westfalen ist in 47 Polizeibehörden mit ca. 530 Kriminalkommissariaten gegliedert. Demnach werden bei 230 Arbeitstagen im Jahr statistisch durchschnittlich mindestens vier Vernehmungen pro Arbeitstag in einem Kriminalkommissariat durchgeführt. Naturgemäß verteilen sich die Vernehmungen jedoch zeitlich inhomogen über die Wochentage, so dass für die Dienststellen an „Spitzentagen" auch erheblich höhere Tagesbedarfe einzuplanen sind.

Aus fachlichen wie organisatorischen Gründen muss eine zeitgleiche Vernehmung möglich sein. Audiovisuelle Vernehmungen sind wegen der einzusetzenden Technik nicht im Büro der Sachbearbeitung möglich. Alle Kriminalkommissariate müssten daher künftig über vier Vernehmungszimmer verfügen können, die anforderungsgerecht sein müssen, so dass grundsätzlich 2.120 Vernehmungsräume inkl. technischer Ausstattung erforderlich wären.

Aus ökonomischen Erwägungen würden die Kreispolizeibehörden einen Pool an Vernehmungsräumen schaffen, so dass bei dieser Berechnung zunächst ein Bedarf von 50 Prozent der genannten 2.120 Vernehmungsräume, also 1.060 Vernehmungsräume, zu Grunde gelegt wird.

Die 1.060 Vernehmungsräume müssten mit einer Technik ausgestattet werden, die gerichtsverwertbar audiovisuelle Vernehmungen aufzeichnet. Die Polizei in Nordrhein-Westfalen nutzt bereits Camcorder zu ei-

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

nem Stückpreis von ca. 300 EUR. Die Geräte werden überwiegend zur Beweissicherung verwendet, sind aber grundsätzlich auch für die Aufzeichnung einer Vernehmung geeignet. Die Standard PC-Ausstattung der Polizei Nordrhein-Westfalens ist aktuell für eine gerichtsverwertbare Verarbeitung der Videoaufzeichnungen nicht geeignet. Einzig Verkehrskommissariate nutzen bereits zur Bearbeitung der Ordnungswidrigkeiten durch Geschwindigkeitsübertretungen PCs, die solche Bearbeitungen ermöglichen. Die Kosten liegen bei 1.500 EUR je Arbeitsplatz.

Demnach entstünde ein Erstinvestitionsbedarf von rund 2,4 Millionen Euro. Im Einzelnen:

- Camcorder
  1.060 Standard-Camcoder für 300 Euro je Gerät = 318.000 Euro.

- Notebooks
  1.060 Notebooks mit Brenner und Videoeingang für 1.500 Euro je Stück = 1.590.000 Euro.

- Software
  Betriebssystemlizenzen sind zusätzlich mit 200 Euro je Notebook zu berücksichtigen, insgesamt 212.000 Euro.

- Datenträger
  Es muss eine gerichtsfeste Dokumentation auf DVD erfolgen. Bei 547.341 Vernehmungen und Kosten von ca. 50 Cent je DVD, sind jährlich 273.670,50 EURO für die Beschaffung der Datenträger zu veranschlagen.

Die PCs der Polizei in Nordrhein-Westfalen werden alle vier Jahre ausgetauscht. Camcorder haben eine fünfjährige Nutzungsdauer. Es entstünde bei den vorgenannten Sachmitteln daher ein jährlicher Reinvestitionsbedarf von etwa 748.600 Euro:

- 397.500 EUR für Notebooks,

- 273.670,50 EUR für Datenträger,

- 63.600 EUR für Camcorder.

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Die Kosten für den zu erwartenden Mehrbedarf an Personal fallen besonders ins Gewicht. Von den audiovisuellen Vernehmungen sollen Wortprotokolle und Inhaltsprotokolle erstellt werden. Derzeit ist weltweit keine Software verfügbar, die das gesprochene Wort automatisch gerichtsverwertbar in Schrift transkribiert. So erfolgt aus den genannten Gründen auch aktuell noch die Transkription von Telekommunikationsüberwachungen nicht automatisiert, sondern durch Polizeivollzugsbeamte.

Eine Vernehmung nimmt durchschnittlich ca. 1,5 Stunden in Anspruch. Der Aufwand der Transkription ist u. a. vom Dialekt, Akzent oder Fachjargon abhängig und erfordert den 3 bis 7-fachen Aufwand der eigentlichen Aufnahme. Die Transkription als Wortprotokoll ist eine zusätzliche Aufgabe, die nicht durch Polizeivollzugsbeamte wahrgenommen werden kann. Diese sind mit den aktuellen Aufgaben ausgelastet. Sie sind zudem mit dem Abschluss Bachelor of Arts als Schreibkräfte ungeeignet und unwirtschaftlich.

Bei 547.341 Vernehmungen sind daher auch bei durchschnittlichem Aufwand 2.565 Schreibkräfte erforderlich, um die audiovisuellen Vernehmungen zu transkribieren. Tarifbeschäftigte mit diesem Aufgabenspektrum werden üblicherweise in der Entgeltgruppe 5 eingruppiert. Für sie fallen jährlich Personalkosten in Höhe von 43.085,36 Euro an, insgesamt also 110.513.948 Euro.

Zudem muss die Vernehmung unterzeichnet werden. Die Durchsicht des Wortprotokolls einer mehrstündigen Vernehmung nimmt eine nicht unerhebliche Zeit in Anspruch und für eventuelle Rückfragen muss der Vernehmungsbeamte zur Verfügung stehen. Zusätzlich muss der Aufwand zur Ausübung der Dienst- und Fachaufsicht berücksichtigt werden. Sowohl die audiovisuelle Vernehmung als auch das transkribierte Wortprotokoll müssen zumindest anteilig durch den zuständigen Vorgesetzten kontrolliert werden. Der quantitative Auswand lässt sich dazu nicht beziffern.

Des Weiteren sind Mieten für zusätzliche Vernehmungs- und Büroräume in Ansatz zu bringen. Für 1.060 Vernehmungszimmer mit 18 qm

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

(gemäß Musterraumprogramm) zu je 8 Euro Monatsmiete ergeben sich überschlägig 1.831.680 EUR Mietkosten im Jahr.

Die Schreibkräfte benötigten zur Transkription einen Büroarbeitsplatz. Dazu sind mindestens 1.283 Büros (ausgehend von zwei Schreibkräften je Büro) in den 47 Kreispolizeibehörden erforderlich. Ausgehend vom Musterraumprogram ergäbe sich insoweit eine Jahresmiete von 2.217.024 Euro.

Es fielen ferner erhebliche Fortbildungskosten an. Das Landesamt für Aus- und Fortbildung Nordrhein-Westfalen bietet zum Thema Vernehmungen zwei jeweils dreitägige Veranstaltungen für Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter sowie eine eintägige für Leiterinnen und Leiter der Kriminalkommissariate an. Die Einführung der audiovisuellen Vernehmung würde zu einer Verlängerung dieser Fortbildungen mit dem entsprechenden Ressourcenbedarf an Räumlichkeiten, Personal und technischer Ausstattung führen. Der quantitative Aufwand lässt sich derzeit nicht beziffern. Videoaufnahmen von allen Vernehmungen hätten außerdem zur Folge, dass nahezu alle Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte diese beherrschen müssten, was zu einem weiteren Fortbildungsbedarf führen würde.

Insgesamt erweisen sich die zeit-, kosten- und personalintensiven Forderungen eines umfassenden Einsatzes von Audio- oder Videotechnik im Ermittlungsverfahren als nicht praxistauglich und unverhältnismäßig. Sie führten nicht zu der angestrebten Effektivitätssteigerung, sondern ließen eine erhebliche Belastung des Verfahrens befürchten.

Anlage 7

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Aufgabe der eingesetzten Expertenkommission ist es, Vorschläge zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens zu erarbeiten. Dies entspricht der Koalitionsvereinbarung der die Bundesregierung tragenden Parteien.

Vor diesem Hintergrund wird nach Auswertung einer Befragung der gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Praxis in Nordrhein-Westfalen zu den in der Sitzung der Expertenkommission am 29./30. September 2014 erörterten Themen „Videodokumentation von Vernehmungen in Ermittlungsverfahren" (I.) und „partizipatorisches Ermittlungsverfahren" (II.) wie folgt Stellung fachlich genommen:

I.

Zur (Video-)Dokumentation von Vernehmungen in Ermittlungsverfahren

Der Vorschlag, alle bzw. weitgehend alle Vernehmungen von Beschuldigten sowie Zeuginnen und Zeugen im Ermittlungsverfahren auf Bild-Ton-Träger aufzuzeichnen, kann nicht unterstützt werden. Er geht ersichtlich von der Annahme aus, die Verantwortlichen bei Polizeibehörden, Staatsanwaltschaften und Gerichten seien entweder nicht willens oder aber nicht imstande, Aussagen und deren Begleitumstände in ordnungsgemäßer Weise schriftlich niederzulegen. Dies wird empirisch nicht untermauert. Eine im Jahre 2010 durchgeführte Befragung der staatsanwaltschaftlichen und gerichtlichen Praxis in Nordrhein-Westfalen zu dem seinerzeit von der Bundesrechtsanwaltskammer vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung in Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik von Februar 2010 hat demgegenüber gezeigt, dass Ablauf und Inhalt von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen in Ermittlungsverfahren

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

eher vereinzelt - insbesondere bei Konfliktverteidigungen - in Zweifel gezogen werden.

Hiernach bedarf jede Ausweitung des Einsatzes von Videotechnik im Ermittlungsverfahren einer genauen Prüfung, ob ihr ein Mehrwert gegenüber der geltenden Rechtslage zukommt. Die von uns angehörte gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Praxis hat vor allem folgende Aspekte hervorgehoben:

Audiovisuelle Vernehmungen greifen in erheblichem Maße in die Persönlichkeitsrechte der Vernommenen ein und eröffnen die Möglichkeit eines Missbrauchs der Aufzeichnungen, z. B. durch Veröffentlichung in Videoportalen im Internet oder in sozialen Netzwerken.

Audiovisuelle Vernehmungen sind zudem aussagepsychologisch nicht unproblematisch. Der Einsatz von Videotechnik kann - je nach psychischer Verfassung der zu vernehmenden Person - deren Aussagebereitschaft und Aussageverhalten negativ beeinflussen. Es steht zu befürchten, dass ein Großteil von Zeuginnen und Zeugen mit Blick auf die eingeschaltete Kamera nicht unbefangen aussagen mit der Folge, dass die Vernehmungen gestellt und gekünstelt wirken. Authentizität dürfte in der Mehrzahl der Fälle nicht zu erreichen sein. Eine unter diesen Begleitumständen zustande gekommene Aussage dürfte die Wahrheitsfindung daher eher erschweren als erleichtern.

Zu bedenken ist, dass gerade für Geschädigte jede Vernehmung über eine an ihnen begangene Straftat, insbesondere wenn es sich um ein Sexualdelikt handelt, regelmäßig erhebliche psychische Belastungen mit sich bringt. Es muss daher auch die Aufgabe der Ermittlungsbehörden sein, soweit möglich, einer seelischen Destabilisierung oder Retraumatisierung des Opfers entgegenzuwirken.

Nicht nur Opferschutz- und Frauenverbände, sondern auch die gerichtliche und staatsanwaltschaftliche Praxis berichten, dass viele Opfer von Sexualdelikten allein schon vor einer Anzeigeerstattung zurückschrecken, weil sie befürchten, das Strafverfahren nicht durchzustehen. Muss das ohnehin traumatisierte Opfer überdies von vornherein befürchten, dass die Vernehmung per Video aufgezeichnet wird und Aufnahmen

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

womöglich missbräuchlich veröffentlicht werden, wird es noch zögerlicher Anzeige erstatten.

Die vorgenannten Erwägungen zeigen, dass insbesondere mit Blick auf Belange von Opfern der Einsatz von Videotechnik einer differenzierten, am Einzelfall orientierten Betrachtung bedarf. Für das Opfer ist nichts gewonnen, wenn ihm eine Aussage in der Hauptverhandlung dennoch nicht erspart bleibt.

Dem Ziel, das Verfahren effektiver und praxistauglicher zu gestalten, wird durch eine Ausweitung des Einsatzes von Videotechnik nicht gedient. Der mit ihr verbundene Aufwand führt eher zum Gegenteil. Gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die zu Vernehmenden in der Regel nicht „kameraerprobt" sind, dürften sich die Aufzeichnungen aufwändig gestalten. Das Argument einer Zeitersparnis in der nachfolgenden Hauptverhandlung verfängt schon deshalb nicht, weil etwa 80 Prozent aller Ermittlungsverfahren eingestellt werden, es also nicht zu einer Hauptverhandlung kommt. In den übrigen Fällen werden das Gericht und die Verfahrensbeteiligten auf eine persönliche Vernehmung der Zeugin oder des Zeugen häufig nicht verzichten können. Zudem ist zu bedenken, dass Vernehmungen vielfach auch außerhalb der Räumlichkeiten der Ermittlungsbehörden (z. B. am Tatort, bei Durchsuchungen, am Arbeitsplatz des Vernommenen, an Krankenbetten etc.) durchgeführt werden und werden müssen. Weder ist allen Polizeibeamtinnen und -beamten des Wach- und Wechseldienstes das ununterbrochene Mitführen eines Aufzeichnungsgeräts möglich, noch sind an jedem Ort (Hauptbahnhöfe, Intensivstationen etc.) Aufzeichnungen durchführbar.

Insgesamt erweist sich die vorgeschlagene Ausweitung des Einsatzes von Videotechnik im Ermittlungsverfahren als kontraproduktiv.

II.

Zum partizipatorischen Ermittlungsverfahren

Die hierzu vorgebrachten Vorschläge gehen fälschlich davon aus, dass die Verteidigung - wie die Justiz - stets an einer zügigen und zeitsparenden Durchführung des Ermittlungsverfahrens interessiert sei. Das

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

trifft nicht auf alle Verteidigerinnen und Verteidiger zu. Im Gegensatz zu Staatsanwaltschaft und Gericht sind Verteidigerinnen und Verteidiger zu einseitiger Interessenwahrnehmung verpflichtet.

Die in diesem Zusammenhang zur Erörterung gestellten Vorschläge dürften vor diesem Hintergrund nicht zu einer Effektivitätssteigerung, sondern vielfach zu Verfahrensverzögerungen, einer Aufblähung des Ermittlungsverfahrens und Beweismittelverlusten führen. Auf Konflikt bedachten Verteidigerinnen und Verteidigern eröffneten sie Missbrauchsmöglichkeiten.

Ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung birgt die Gefahr einer Verzögerung des Verfahrens und kann zu einer Verschlechterung der Beweislage und einer damit einhergehenden Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung führen, wenn die Vernehmung nicht zeitnah erfolgen kann. Denn bei allen Vernehmungen und Explorationen entstünden Staatsanwaltschaften und Polizeibehörden ein erhöhter Organisations- und Koordinationsaufwand. Notwendige Terminabsprachen und ggf. vorab zu gewährende Akteneinsicht bedeuten stets zusätzlichen Aufwand. Die Schwierigkeiten potenzieren sich, wenn sich das Ermittlungsverfahren gegen mehrere Beschuldigte richtet. Auch dürfte in zahlreichen Fällen, in denen dies bislang nicht nötig ist, eine Teilnahme der Staatsanwaltschaften an Vernehmungen erforderlich werden.

Soweit sich aus Zeugenaussagen notwendige verdeckte Maßnahmen gegen Beschuldigte ergeben, würde die Anwesenheit der Verteidigung bei der Vernehmung zudem - insbesondere in Verfahren der Organisierten Kriminalität und in Kapitalsachen - den Untersuchungszweck gefährden.

Zudem haben Zeuginnen und Zeugen vielfach Angst vor Repressalien. Die Bereitschaft, sich als Beweisperson zur Verfügung zu stellen, wäre absehbar (noch) geringer, wenn schon im Frühstadium des Verfahrens mit einer Konfrontation mit dem Beschuldigten und dessen Verteidigung gerechnet werden müsste. Ein traumatisiertes Opfer einer Gewalttat, wie etwa einer Vergewaltigung, das schon zu der polizeilichen Vernehmungsperson nur schwer vertrauensvollen Zugang findet, hätte erheblich größere Probleme, wenn schon die erste Vernehmung in Form einer Verhandlung mit mehreren Beteiligten stattfände.

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Eine (über § 141 Absatz 3 StPO hinausgehende) Bestellung von Pflichtverteidigerinnen und Pflichtverteidigern im Ermittlungsverfahren würde den Ländern hohe Kosten auferlegen. Auch hier ist zu bedenken, dass - wie schon erwähnt - etwa 80 Prozent aller Ermittlungsverfahren eingestellt werden.

In Haftsachen wäre eine Pflicht zur Verteidigerbestellung nach der vorläufigen Festnahme zeitlich und organisatorisch bis zur Vorführung vor dem Haftrichter neben zeitgleich durchzuführenden Vernehmungen und Beweissicherungen kaum zu bewerkstelligen. Zudem drohte eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes, soweit eine unverzügliche Vorführung aufgrund von Schwierigkeiten bei der Pflichtverteidigerbestellung nicht erfolgen könnte.

Auch sind die Polizeibehörden schon aufgrund fehlender Daten zu möglichen Vorstrafen der Beschuldigten nicht immer in der Lage, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 140 StPO verlässlich zu prüfen. Vor jeder ersten Beschuldigtenvernehmung - auch in Bagatellsachen - müsste eine rechtliche Bewertung des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft erfolgen.

Auch der Vorschlag, sogenannte Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 StPO aufzunehmen, begegnet Bedenken. Insbesondere in Verfahren der Organisierten Kriminalität führte dies zu einer kaum zu kontrollierenden Missbrauchsgefahr.

Anlage 2

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Nach Beteiligung des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen wird zu dem in der Sitzung der Expertenkommission am 29./30. September 2014 erörterten Thema „Videodokumentation von Vernehmungen in Ermittlungsverfahren" unter Kostengesichtspunkten wie folgt Stellung genommen:

Eine Umsetzung der Vorschläge würde zu einer erheblichen Belastung der Länderhaushalte führen, ohne dass dem ein entscheidender Mehrwert gegenüberstünde. Die Einschätzung, dass eine Pflicht zur Aufzeichnung von Vernehmungen keine größeren Kosten verursache und Geräte angeschafft werden könnten, die „jeder Bürger für wenig Geld im Mediamarkt erwerben" und jede Vernehmungsperson bedienen könne, geht an der Realität vorbei. Neben den reinen Anschaffungskosten entsprechender Geräte wären auch Aufwendungen für Wartung und Ersatzteile, technisches Personal, Schulungen und Fortbildung vieler Bediensteten sowie neu zu errichtende geeignete Räumlichkeiten zu berücksichtigen.

Weder bei den Polizeibehörden noch bei den Staatsanwaltschaften bieten die derzeit vorhandenen Dienstzimmer ausreichend Platz für die Installation von Aufzeichnungsanlagen bei gleichzeitigem Raumbedarf für Vernehmungspersonen, zu Vernehmenden, Verteidigung, ggf. weitere Verfahrensbeteiligte sowie Dolmetscherinnen und Dolmetscher.

Insbesondere aber ist ein ebenso notwendiger wie erheblicher Personalmehraufwand zu berücksichtigen, wenn von jeder Vernehmung anschließend ein Wortprotokoll und außerdem eine Zusammenfassung des Inhalts der Vernehmung gefertigt werden müssten. Ein zusätzlicher Personalbedarf entstünde auch dadurch, dass eine gewissenhafte Bewertung des Ermittlungsergebnisses bei der Prüfung eines hinreichenden Tatverdachts unter Umständen eine zeitintensive Ansicht aller Vernehmungsaufzeichnungen erfordern könnte, was gerade in Umfangsverfahren zu erheblichen Mehrbelastungen führen würde.

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Das von mir beteiligte Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen geht in einer ersten Einschätzung allein für die polizeilichen Vernehmungen in Nordrhein-Westfalen von einem einmaligen Investitionsbedarf von rund 2,4 Millionen Euro sowie von jährlichen Sach- und Personalmehrkosten von mindestens 115 Millionen Euro aus. Dies basierend auf folgenden statistischen Annahmen:

Die Polizeiliche Kriminalstatistik Nordrhein-Westfalens weist für das Jahr 2013 rund 1,5 Millionen Straftaten (ohne Verkehrsstraftaten) aus, zu denen 477.961 Tatverdächtige ermittelt wurden. Einschließlich der Verkehrsstraftaten sind es jährlich 547.341 Tatverdächtige. Legt man die - äußerst zurückhaltende - Annahme zugrunde, dass in den Verfahren durchschnittlich nur eine polizeiliche Vernehmung durchgeführt wird, sind dies 547.341 Vernehmungen im Jahr.

Die Polizei in Nordrhein-Westfalen ist in 47 Polizeibehörden mit ca. 530 Kriminalkommissariaten gegliedert. Demnach werden bei 230 Arbeitstagen im Jahr statistisch durchschnittlich mindestens vier Vernehmungen pro Arbeitstag in einem Kriminalkommissariat durchgeführt. Naturgemäß verteilen sich die Vernehmungen jedoch zeitlich inhomogen über die Wochentage, so dass für die Dienststellen an „Spitzentagen" auch erheblich höhere Tagesbedarfe einzuplanen sind.

Aus fachlichen wie organisatorischen Gründen muss eine zeitgleiche Vernehmung möglich sein. Audiovisuelle Vernehmungen sind wegen der einzusetzenden Technik nicht im Büro der Sachbearbeitung möglich. Alle Kriminalkommissariate müssten daher künftig über vier Vernehmungszimmer verfügen können, die anforderungsgerecht sein müssen, so dass grundsätzlich 2.120 Vernehmungsräume inkl. technischer Ausstattung erforderlich wären.

Aus ökonomischen Erwägungen würden die Kreispolizeibehörden einen Pool an Vernehmungsräumen schaffen, so dass bei dieser Berechnung zunächst ein Bedarf von 50 Prozent der genannten 2.120 Vernehmungsräume, also 1.060 Vernehmungsräume, zu Grunde gelegt wird.

Die 1.060 Vernehmungsräume müssten mit einer Technik ausgestattet werden, die gerichtsverwertbar audiovisuelle Vernehmungen aufzeichnet. Die Polizei in Nordrhein-Westfalen nutzt bereits Camcorder zu ei-

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

nem Stückpreis von ca. 300 EUR. Die Geräte werden überwiegend zur Beweissicherung verwendet, sind aber grundsätzlich auch für die Aufzeichnung einer Vernehmung geeignet. Die Standard PC-Ausstattung der Polizei Nordrhein-Westfalens ist aktuell für eine gerichtsverwertbare Verarbeitung der Videoaufzeichnungen nicht geeignet. Einzig Verkehrskommissariate nutzen bereits zur Bearbeitung der Ordnungswidrigkeiten durch Geschwindigkeitsübertretungen PCs, die solche Bearbeitungen ermöglichen. Die Kosten liegen bei 1.500 EUR je Arbeitsplatz.

Demnach entstünde ein Erstinvestitionsbedarf von rund 2,4 Millionen Euro. Im Einzelnen:

- Camcorder
  1.060 Standard-Camcoder für 300 Euro je Gerät = 318.000 Euro.

- Notebooks
  1.060 Notebooks mit Brenner und Videoeingang für 1.500 Euro je Stück = 1.590.000 Euro.

- Software
  Betriebssystemlizenzen sind zusätzlich mit 200 Euro je Notebook zu berücksichtigen, insgesamt 212.000 Euro.

- Datenträger
  Es muss eine gerichtsfeste Dokumentation auf DVD erfolgen. Bei 547.341 Vernehmungen und Kosten von ca. 50 Cent je DVD, sind jährlich 273.670,50 EURO für die Beschaffung der Datenträger zu veranschlagen.

Die PCs der Polizei in Nordrhein-Westfalen werden alle vier Jahre ausgetauscht. Camcorder haben eine fünfjährige Nutzungsdauer. Es entstünde bei den vorgenannten Sachmitteln daher ein jährlicher Reinvestitionsbedarf von etwa 748.600 Euro:

- 397.500 EUR für Notebooks,

- 273.670,50 EUR für Datenträger,

- 63.600 EUR für Camcorder.

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

Die Kosten für den zu erwartenden Mehrbedarf an Personal fallen besonders ins Gewicht. Von den audiovisuellen Vernehmungen sollen Wortprotokolle und Inhaltsprotokolle erstellt werden. Derzeit ist weltweit keine Software verfügbar, die das gesprochene Wort automatisch gerichtsverwertbar in Schrift transkribiert. So erfolgt aus den genannten Gründen auch aktuell noch die Transkription von Telekommunikationsüberwachungen nicht automatisiert, sondern durch Polizeivollzugsbeamte.

Eine Vernehmung nimmt durchschnittlich ca. 1,5 Stunden in Anspruch. Der Aufwand der Transkription ist u. a. vom Dialekt, Akzent oder Fachjargon abhängig und erfordert den 3 bis 7-fachen Aufwand der eigentlichen Aufnahme. Die Transkription als Wortprotokoll ist eine zusätzliche Aufgabe, die nicht durch Polizeivollzugsbeamte wahrgenommen werden kann. Diese sind mit den aktuellen Aufgaben ausgelastet. Sie sind zudem mit dem Abschluss Bachelor of Arts als Schreibkräfte ungeeignet und unwirtschaftlich.

Bei 547.341 Vernehmungen sind daher auch bei durchschnittlichem Aufwand 2.565 Schreibkräfte erforderlich, um die audiovisuellen Vernehmungen zu transkribieren. Tarifbeschäftigte mit diesem Aufgabenspektrum werden üblicherweise in der Entgeltgruppe 5 eingruppiert. Für sie fallen jährlich Personalkosten in Höhe von 43.085,36 Euro an, insgesamt also 110.513.948 Euro.

Zudem muss die Vernehmung unterzeichnet werden. Die Durchsicht des Wortprotokolls einer mehrstündigen Vernehmung nimmt eine nicht unerhebliche Zeit in Anspruch und für eventuelle Rückfragen muss der Vernehmungsbeamte zur Verfügung stehen. Zusätzlich muss der Aufwand zur Ausübung der Dienst- und Fachaufsicht berücksichtigt werden. Sowohl die audiovisuelle Vernehmung als auch das transkribierte Wortprotokoll müssen zumindest anteilig durch den zuständigen Vorgesetzten kontrolliert werden. Der quantitative Auswand lässt sich dazu nicht beziffern.

Des Weiteren sind Mieten für zusätzliche Vernehmungs- und Büroräume in Ansatz zu bringen. Für 1.060 Vernehmungszimmer mit 18 qm

Justizministerium
des Landes Nordrhein-Westfalen

(gemäß Musterraumprogramm) zu je 8 Euro Monatsmiete ergeben sich überschlägig 1.831.680 EUR Mietkosten im Jahr.

Die Schreibkräfte benötigten zur Transkription einen Büroarbeitsplatz. Dazu sind mindestens 1.283 Büros (ausgehend von zwei Schreibkräften je Büro) in den 47 Kreispolizeibehörden erforderlich. Ausgehend vom Musterraumprogram ergäbe sich insoweit eine Jahresmiete von 2.217.024 Euro.

Es fielen ferner erhebliche Fortbildungskosten an. Das Landesamt für Aus- und Fortbildung Nordrhein-Westfalen bietet zum Thema Vernehmungen zwei jeweils dreitägige Veranstaltungen für Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter sowie eine eintägige für Leiterinnen und Leiter der Kriminalkommissariate an. Die Einführung der audiovisuellen Vernehmung würde zu einer Verlängerung dieser Fortbildungen mit dem entsprechenden Ressourcenbedarf an Räumlichkeiten, Personal und technischer Ausstattung führen. Der quantitative Aufwand lässt sich derzeit nicht beziffern. Videoaufnahmen von allen Vernehmungen hätten außerdem zur Folge, dass nahezu alle Polizeivollzugsbeamtinnen und -beamte diese beherrschen müssten, was zu einem weiteren Fortbildungsbedarf führen würde.

Insgesamt erweisen sich die zeit-, kosten- und personalintensiven Forderungen eines umfassenden Einsatzes von Audio- oder Videotechnik im Ermittlungsverfahren als nicht praxistauglich und unverhältnismäßig. Sie führten nicht zu der angestrebten Effektivitätssteigerung, sondern ließen eine erhebliche Belastung des Verfahrens befürchten.

Dr. Matthias Krauß
Bundesanwalt b. BGH

Expertenkommission des BMJV zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Sechste Sitzung am 11./12. Mai 2015

Quellen-Telekommunikationsüberwachung

I. Verschlüsselte Internetkommunikation – ein praktisches Problem

Der rasante Fortschritt moderner Kommunikationstechnologien führt seit Beginn des 21. Jahrhunderts zu einem grundlegenden Wandel im Kommunikationsverhalten weiter Teile der Bevölkerung im Bereich der Telefonie. Hier gewinnt die neue Technik der Internettelefonie, die sogenannte Voice-over-IP-Kommunikation, z.B. das populäre Programm „Skype“, eine immer größere Bedeutung. Im Unterschied zur klassischen leitungsvermittelten Festnetztelefonie wird bei der paketvermittelten Internettelefonie die Kommunikation nicht im Rahmen einer festen Verbindung über speziell hierfür vorgesehene Leitungen geführt, sondern digitalisiert und in einzelne Datenpakte aufgeteilt über das weltweite Datennetz mittels Internetprotoll transportiert.[1] Erfolgt die VoIP-Kommunikation über den Computer mittels spezieller Software, nimmt die VoIP-Software automatisch eine Verschlüsselung der Daten während der Übermittlung im Datennetz vor.

Die Überwachung und Aufzeichnung verschlüsselter VoIP-Kommunikation auf dem Transportweg im Datennetz gem. § 100a StPO liefert den Ermittlungsbehörden nur kryptierte Daten, die praktisch nicht entschlüsselt werden können.[2] Für die Kommunikationsverschlüsselung werden nämlich zumeist automatisch generierte, temporäre Schlüssel mit großer Länge und hoher Zufälligkeit verwendet. Ein

1 Internet Protocoll, weit verbreitetes Netzwerkprotokoll zum Datenaustausch in Computernetzen und Übertragungsstandard für Daten im Internet, welches als IP-Netzwerk bezeichnet werden kann; Bratke, Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung im Strafverfahren (2013), S. 16; Liebig, Der Zugriff auf Computerinhaltsdaten im Ermittlungsverfahren (2015), S. 122 ff.; Klesczewski, ZStW 2011, 737.

2 Klesczewski, ZStW 2011, 737, 742; Popp ZD 2012, 51, 52; Albrecht/Dienst JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 20; Bär Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. (2014), 27. Kapitel E Rn. 146; Liebig, aaO, S. 126.

Ausprobieren, bis der richtige Schlüssel gefunden ist, dauert meist viele Jahre und ist deshalb kein erfolgversprechendes Mittel.[3] Findet die Kommunikation zwischen zwei internetfähigen Endgeräten statt, werden die Inhaltsdaten auf beliebigen Wegen im Internet und nicht über technische Einrichtungen des Providers, etwa von Skype, transportiert. Dem Anbieter von Internettelefonie ist es deshalb schon aus technischen Gründen nicht möglich, Inhaltsdaten zur Verfügung zu stellen.[4]

Soweit zum Teil darauf abgestellt wird, dass eine Entschlüsselung der kryptierten Gesprächsdaten über sogenannte „Backdoors“ (Hintertüren) möglich sei[5] und dies als milderes Mittel eine Quellen-TKÜ überflüssig mache, ist dies kein für die Strafverfolgungsbehörden gangbarer Weg. Unter sogenannten „Backdoors“ versteht man Sicherheitslücken, die der Software-Entwickler unter Umständen absichtlich in sein Programm eingebaut hat. Diese ermöglichen es dem IP-Telefonie-Anbieter, auf die über ihn geführten IP-Telefonate in entschlüsselter Form zuzugreifen.[6] Fraglich ist bereits, ob solche Schnittstellen tatsächlich von den Anbietern bereit gehalten werden. Die Anbieter von IP-Telefonie werben gerade damit, dass die über sie geführte Kommunikation abhörsicher sei. Skype verweist in seinem Informationsblatt „Responding to Law Enforcement Records Requests“ ausdrücklich darauf, dass es Skype auf entsprechende Anordnung hin ausschließlich möglich sei, bestimmte Bestandsdaten wie beispielsweise E-Mail-Adresse und Rufnummer des Teilnehmers bereitzustellen sowie Auskunft über Verkehrsdaten wie z.B. Zielrufnummer für jedes Gespräch unter Beteiligung öffentlicher Telefonnetze zu erteilen. Gesprächsinhalte hingegen würden mangels technischer Möglichkeit von Skype in keinem Fall zur Verfügung gestellt.[7] Ungeachtet dessen besteht auch keine rechtliche Regelung, die Softwareanbieter dazu verpflichtet, mit deutschen Ermittlungsbehörden auf dem Gebiet der Strafverfolgung zusammenzuarbeiten und in ihre verschlüsselten Kommunikationsprogramme Backdoors einzubauen, um den Strafverfolgern Zugang zu den Gesprächsinhalten zu verschaffen. Hinzukommt, dass die entsprechenden Softwareanbieter meist im Ausland ansässig sind, weshalb die Ermittlungsbehörden auf langwierige und oft ergebnislose Rechtshilfeersuchen angewiesen wären.

Damit läuft die herkömmliche Telefonüberwachung gem. §§ 100a, 100b StPO zunehmend ins Leere und wird den Strafverfolgungsbehörden ein in maßgeblichen Bereichen der mittleren und schweren Kriminalität unverzichtbares Ermittlungsinstrument aus den Händen geschlagen. Dies gilt nicht nur bei Straftaten, bei denen moderne Internetdienste zur Begehung von computerspezifischen Delikten

3 Brodowksi, JR 2011, 533; Brodowski/Freiling, Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft (2011), S. 126; Klesczewski, ZStW 2011, 737, 742; Liebig, aaO, S. 126.

4 BT-Plenarprotokoll 17/135, S. 16064; Albrecht/Dienst, JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 53; Bratke, aaO, S. 289.

5 Braun/Roggenkamp, K&R 2011, 681, 685; Stadler, MMR 2012, 18, 19; zur Möglichkeit des Zugriffs mittels einer in der Software vorgesehenen Abhörschnittstelle („Backdoor“) als milderes Mittel vgl. Albrecht, AnwZert ITR 2/2012, Anm. 3, S. 3; Liebig, aaO, S. 127; Bratke, aaO, S. 292 ff., 356.

6 Vgl. Liebig, aaO, S. 127. So soll der IP-Telefonie-Anbieter Skype mit dem amerikanischen Geheimdienst NSA zusammengearbeitet und über versteckte Backdoor-Funktionen Zugang zu den Gesprächsinhaltsdaten ermöglicht haben, M. Hauck, Süddeutsche Zeitung vom 12. Juli 2013.

7 Vgl. Bratke, aaO, S. 294 f. m.w.N.

genutzt werden, sondern auch bei Straftaten, die eine Aufklärung von Organisationsstrukturen erforderlich machen wie etwa im Bereich der organisierten Kriminalität oder des Terrorismus. Vor allem organisierte/terroristische Tätergruppen nutzen die moderne Informationstechnik mit Verschlüsselungstechnik ganz gezielt zur Anbahnung und Pflege von Kontakten sowie zur Planung und Vorbereitung, aber auch Durchführung von Straftaten.

Im Terrorismusbereich kommt neben der immer mehr zunehmenden Kommunikation über Skype außerdem Instant-Messenger-Gruppen wie etwa WhatsApp-Nutzergruppen eine maßgebliche Funktion zu. Beim Instant-Messaging sind die Computer der Teilnehmer bei aktivierter Software direkt und zeitgleich miteinander verbunden, wodurch die Textnachricht nach Betätigung des Versende-Buttons unmittelbar beim Empfänger ankommt und eine Echtzeitkommunikation ermöglicht wird. Üblicherweise werden auch diese Textnachrichten mit einem sicheren und leistungsstarken Verschlüsselungsalgorithmus verschlüsselt über das IP-Netz übertragen. Solche Kommunikationswege dienen als Radikalisierungsplattformen, virtuelle Treffpunkte der Szene und herausragende Quelle für relevante Informationen und Kommunikation für ausreisewillige Jihadisten sowie für in Jihad-Gebieten sich aufhaltende Kämpfer.

Zur Überwindung der Kommunikationsverschlüsselung ist es erforderlich, die VoIP-Kommunikation noch vor deren Verschlüsselung bzw. nach deren Entschlüsselung abzugreifen.[8] Dies gelingt durch die sogenannte Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ), bei der eine spezielle Überwachungssoftware auf dem Computer des Betroffenen verdeckt installiert wird, die abgehende und eingehende VoIP-Kommunikationsdaten noch vor deren Verschlüsselung auf dem Absendersystem oder nach deren Entschlüsselung auf dem Empfängersystem, somit an der Quelle abgreift und zur Aufzeichnung an die Ermittlungsbehörde in Echtzeit ausleitet.[9]

II. Rechtliche Zulässigkeit der Quellen-TKÜ nach bestehender Rechtslage?

Ob und inwieweit in Ermittlungsverfahren nach geltender Rechtslage eine Überwachungssoftware von den Ermittlungsbehörden heimlich auf ein informationstechnisches System eingeschleust und dadurch die Nachrichten der zu überwachenden Personen noch vor der Verschlüsselung der Daten erfasst und ausgeleitet werden dürfen, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

1. In seiner Entscheidung zur präventiven Online-Durchsuchung nach dem nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz vom 27. Februar 2008[10] hat das BVerfG auch zum Einsatz einer staatlichen Überwachungssoftware auf

8 Zur Notwendigkeit einer Quellen-TKÜ angesichts der Strukturen von organisierter Kriminalität und Terrorismus vgl. auch Albrecht, AnwZert ITR 8/2012, Anm. 3.

9 Vgl. Bratke, aaO, S. 82 ff.; Liebig, aaO, S. 129 ff.; Bär, TK-Überwachung, § 100a Rn. 31 ff.; BeckOK-StPO/Graf, § 100a Rn. 112 f.

10 BVerfGE 120, 274-350 = NJW 2008, 822 = MMR 2008, 315 m. Anm. Bär.

informationstechnische Systeme zum Zwecke des Zugriffs auf verschlüsselte Internettelekommunikation im Rahmen von Maßnahmen der Quellen-TKÜ Stellung genommen. In dieser Entscheidung hat das BVerfG bekanntlich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ abgeleitet, das eine informationelle Geheimsphäre bzgl. des von einer Person genutzten eigenen IT-Systems garantiert. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, ist nach dieser Entscheidung nur zulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut besteht. Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staats oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Beschränkt sich dagegen eine Eingriffsmaßnahme auf die Erhebung der Inhalte und Umstände der laufenden Kommunikation im Rechnernetz, ist der Eingriff – so das BVerfG - allein an Art. 10 Abs. 1 GG zu messen. Der Schutzbereich dieses Grundrechts ist dabei unabhängig davon betroffen, ob die Maßnahme technisch auf der Übertragungsstrecke oder am Endgerät der Telekommunikation ansetzt.[11]

Wird ein komplexes informationstechnisches System zum Zweck der Telekommunikationsüberwachung technisch infiltriert (Quellen-TKÜ), so ist nach Auffassung des BVerfG mit der Infiltration die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen. Die dadurch bedingte Gefährdung gehe weit über die hinaus, die mit einer bloßen Überwachung der laufenden Telekommunikation verbunden sei. Insbesondere könnten auch die auf dem Personalcomputer abgelegten Daten zur Kenntnis genommen werden, die keinen Bezug zu einer telekommunikativen Nutzung des Systems aufweisen.[12] Damit berühre die Quellen-TKÜ grundsätzlich auch den Schutzbereich des neuen IT-Grundrechts und wäre der Eingriff an der nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Integrität und Vertraulichkeit des eigengenutzten informationstechnischen Systems zu messen.

Etwas anderes gilt nach Auffassung des BVerfG aber dann, wenn sich die Quellen-TKÜ darauf beschränkt, Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz zu erheben oder darauf bezogene Daten auszuwerten und diese Beschränkung durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt ist. Dann ist allein Artikel 10 Abs. 1 GG der grundrechtliche Maßstab für die Beurteilung einer Ermächtigung zu einer Quellen-TKÜ.[13]

11 BVerfGE 120, 274, Rz. 166.

12 BVerfGE 120, 274, Rz. 170.

13 BVerfGE 120, 274 ff., Rz. 166, 172; krit. zur Konkurrenz von Computergrundrecht und Fernmeldegeheimnis Skistims/Roßnagel, ZD 2012, 3, 5; Popp, ZD 2012, 51, 53; BeckOK InfoMedienR/Gersdorf GG Art. 10 Rn. 37, wonach die Infiltration der Software auf dem Zielsystem ein von der Telefonüberwachung zu trennender, eigenständiger Grundrechtseingriff darstellt, der nicht am Maßstab des Art. 10 Abs. 1 GG, sondern am

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen wird in Teilen der Rechtsprechung und Literatur vertreten, dass die Quellen-TKÜ als Überwachung und Aufzeichnung von Telekommunikation auf der Grundlage der §§ 100a, 100b StPO rechtlich möglich sei.[14] Auch wenn die Quellen-TKÜ am Rechner des Betroffenen ansetze, sei dies auf der Grundlage der §§ 100a, b StPO zulässig, weil es im Ergebnis allein um die Aufzeichnung eines Telefongesprächs gehe und § 100b StPO als Zielobjekt auch das Endgerät nenne. Dass der Zugriff auf die Inhalte der Telekommunikation bei der Quellen-TKÜ gerade nicht über den Provider erfolge, sondern an ihm vorbei unmittelbar bei einem der Teilnehmer, sei unerheblich, weil aus der Tatsache, dass § 100b Abs. 3 StPO bestimmte TK-Dienstleister zur Mitwirkung an gerichtlich angeordneten Überwachungsmaßnahmen verpflichtet, sich nicht folgern lasse, dass TKÜ-Maßnahmen überhaupt nur dann erlaubt sein sollen, wenn der Provider eingebunden sei.[15] § 100a StPO sei hinsichtlich der technischen Umsetzung wegen der Vielgestaltigkeit möglicher Sachverhalte vom Gesetzgeber bewusst offen gestaltet worden, auch um neue Techniken und Formen der Nachrichtenübertragung, die zum Zeitpunkt des Einfügens der §§ 100a, 100b StPO in die StPO im Jahre 1968 technisch noch nicht entwickelt waren, in deren Anwendungsbereich einbeziehen zu können. Die Installation der benötigten Spionagesoftware sei als Sekundärmaßnahme nur eine notwendige Vorbereitung für die Umsetzung der späteren Überwachungsmaßnahme, sodass – vergleichbar der Installation von GPS-Empfängern an Kraftfahrzeugen beziehungsweise von Wanzen in Räumen – von einer Annexkompetenz der Strafverfolgungsbehörden zu §§ 100a, 100b StPO auszugehen sei, damit der Zweck des Eingriffs erreicht werden könne.[16] Letztlich liege auch kein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot vor, weil aufgrund der offenen Begrifflichkeiten des Überwachens und Aufzeichnens der Bürger erkennen könne, dass bei softwarebasierter Telekommunikation über informationstechnische Systeme auch entsprechende technische Überwachungsmittel, die ihrerseits an dem zu Kommunikationszwecken verwendeten System anknüpfen, zur Anwendung kommen.[17]

Maßstab des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zu messen ist.

14 Vgl. AG Bayreuth, MMR 2010, 266; LG Hamburg MMR 2011, 693; LG Landshut MMR 2011, 690 (mit zustimmender Anm. Bär, MMR 2011, 6 und abl. Anm. Brodowski, JR 2011, 533 sowie Albrecht, JurPC Web-Dok 59/2011 und Braun, jurisPR-ITR 3/2011 Anm. 3); KMR/Bär StPO § 100a Rn. 331b; Bär, MMR 2008, 315; BeckOK/Graf StPO § 100a Rn. 107c; Meyer/Goßner StPO 57. Aufl. § 100a Rn. 7a; KK/Bruns § 100a Rn. 28 (für eine Übergangsphase, wenn eine rechtliche Beschränkung auf ausschließlich für die Überwachung der Telekommunikation notwendige Eingriffe in den Zielcomputer erfolgt).

15 Bär, MMR 2011, 690, 692; krit. Popp, ZD 2012, 51, 54, weil die Maßnahme sich nicht mehr auf den TK-Vorgang selbst beziehe, sondern schon vor dem eigentlich technischen Vorgang des „Aussendens, Übermittelns und Empfangens von Signalen mittels TK-Anlagen“ (§ 3 Nr. 22 TKG) ansetze.

16 Vgl. AG Bayreuth, MMR 2010, 266; LG Hamburg MMR 2011, 693; LG Landshut MMR 2011, 690 mit zustimmender Anm. Bär, MMR 2011, 6 und abl. Anm. Brodowski JR 2011, 533; KMR/Bär StPO § 100a Rn. 331b; BeckOK/Graf StPO § 100a Rn. 107c; Meyer/Goßner StPO 57. Aufl. § 100a Rn. 7a; Bratke, aaO, S. 321 ff.

17 So Bratke, aaO, S. 338.

3. Diese Rechtsauffassung erscheint problematisch.[18]

Soweit das BVerfG die Zulässigkeit der Quellen-TKÜ allein am Maßstab des Fernmeldegeheimnisses messen will, wenn technisch sichergestellt ist, dass allein Telekommunikationsdaten erhoben werden, ist dies nur eine Aussage über den Schutzbereich von Art. 10 GG. Auch wenn der Verschlüsselungsvorgang als unmittelbare Vorstufe der Telekommunikation zuzurechnen und deshalb der Anwendungsbereich des Grundrechts aus Art. 10 Abs. 1 GG und der Eingriffsermächtigungsnorm des § 100a StPO eröffnet ist, bedeutet dies nicht automatisch, dass § 100a StPO in der derzeitigen Fassung eine ausreichend bestimmte Eingriffsregelung für eine Quellen-TKÜ darstellt.[19] Dies ist vielmehr nach den allgemeinen Grundsätzen für die Auslegung strafprozessualer Befugnisnormen zu beurteilen, wobei insbesondere zu prüfen ist, ob die mit der jeweiligen Ermittlungsmaßnahme einhergehende spezifische Vorgehensweise von der konkreten Befugnisnorm tatsächlich noch gedeckt ist.[20] Mit zunehmender Eingriffsintensität steigen die Anforderungen an Qualität und Detailliertheit der gesetzlichen Eingriffsermächtigung.

Die für die Durchführung der Quellen-TKÜ erforderliche verdeckte Installation einer Software (sogenannter Trojaner) bewirkt auf dem Endgerät des Betroffenen zwangsläufig einen Eingriff in die Integrität des Systems[21] und ist mit einer heimlichen Datenveränderung verbunden.[22] Die Installation der Spionagesoftware setzt zunächst die Erfassung des Zielsystems voraus, um die geeignete Überwachungssoftware aufspielen zu können.[23] Aufgrund der Infiltrierung bestehen grundsätzlich Gefahren für die Integrität des Zugriffsrechners. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Zugriff selbst bereits Schäden auf dem Rechner verursacht.[24] Wechselwirkungen mit dem Betriebssystem können zu Datenverlusten führen. Bereits aus diesem Grund handelt es sich bei der Quellen-TKÜ um ein neuartiges Ermittlungsinstrument, dessen Einsatz auf Grund seiner technischen Nähe zur Online-Durchsuchung und den mit einer technischen Infiltration

18 So wie hier: LG Hamburg MMR 2008, 423; SK/Wolter StPO § 100a Rn. 27 ff.; Becker/Meinicke, StV 2011, 52; Sankol, CR 2008, 15; Singelnstein, NStZ 2012, 599 m.w.N.; Böckenförde, JZ 2008, 925, 934; Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009, 1022; Vogel/Brodowski, StV 2009, 632, 634; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Eschelbach StPO § 100a Rn. 46; Klesczewski, ZStW 2011, 737, 744; Brodowski, JR 2011, 535; Stadler, MMR 2012, 18; Popp, ZD 2012, 51, 53; Albrecht/Dienst, JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 43; Albrecht, JurPC Web-Dok 59/2011, Abs. 13; Skistims/Roßnagel, ZD 2012, 3, 6; Braun, jurisPR-ITR 3/2011 Anm. 3; Kudlich, JA 2010, 310; siehe auch Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zum Einsatz der Quellen-TKÜ, BT-Drs. 17/11598, S. 5.

19 So zutreffend Klesczewski, ZStW 2011, 744; vgl. auch Buermeyer, StV 2013, 470; Vermerk des Generalbundesanwalts v. 29. Oktober 2010, StV 2013, 476.

20 Vgl. Kudlich, GA 2011, 193, 201; Bratke, aaO, S. 162.

21 Vgl. BVerfGE 120, 274, Rz. 221 ff.

22 Satzger/Schluckebier/Widmaier/Eschelbach StPO § 100a Rn. 46; Singelnstein, NStZ 2012, 593, 599; Bode, Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen (2012), S. 368.

23 Dies setze regelmäßig die Herrschaft über das informationstechnische System des Betroffenen voraus, weil sich nur so vorhandene Schutzmechanismen – etwa ein Virenscanner - umgehen lassen, vgl. Brodowski, JR 2011, 535.

24 BVerfGE 120, 274 Rz. 222.

einhergehenden potentiellen Gefahren für das betroffene System ein im Vergleich zu klassischen Telekommunikationsüberwachung tiefgreifenderer Eingriff darstellt.

Hinzu kommt, dass mit der Installation eines Trojaners auf dem Zielrechner die entscheidende Hürde genommen wird, um das System insgesamt ausspähen zu können. Dieser potentiellen Gefährdung misst das BVerfG eine eigenständige Eingriffsqualität bei, die weit über die hinausgeht, die mit einer herkömmlichen Überwachung der laufenden Kommunikation verbunden ist.[25] Aufgrund dieser Umstände handelt es sich bei der Infiltrierung des Zielsystems nicht mehr um eine typische Begleiterscheinung einer Telekommunikationsüberwachung, weshalb eine Annexkompetenz zu § 100a, § 100b StPO keine ausreichende Grundlage für den Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen darstellt.[26]

Schließlich verlangt das BVerfG klare rechtliche Vorgaben, um sicherzustellen, dass mit der Quellen-TKÜ tatsächlich nur Telekommunikationsdaten und nicht sonstige Daten, welche außerhalb laufender Telekommunikation auf dem Zielsystem vorhanden sind, erfasst werden. Solche rechtliche Vorgaben sind in § 100a, § 100b StPO nicht enthalten.[27] Entsprechende Anordnungen im ermittlungsrichterlichen Beschluss[28] sind im Lichte der Wesentlichkeitstheorie nicht ausreichend.[29]

4. Zwischenergebnis:

Aufgrund des grundrechtssensiblen Eingriffs stellen die §§ 100a, 100b StPO keine verfassungsrechtlich tragfähige, normenklare und bestimmte Eingriffsnorm für eine Quellen-TKÜ dar. Eine Überwachung kryptierter Kommunikation ist auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht möglich. Aufgrund der vermehrten Nutzung elektronischer oder digitaler Kommunikationsmittel und deren Vordringen in alle Lebensbereiche und der damit einhergehenden Verschlüsselung der Daten wird es den Strafverfolgungsbehörden zunehmend erschwert, ihre gesetzlichen Aufgaben wirksam wahrzunehmen. Es besteht deshalb gesetzgeberischer Handlungsbedarf, um auch zukünftig die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die Sicherheit der Bevölkerung vor Gefahren für Leib, Leben, Freiheit und anderen wichtigen Rechtsgütern zu gewährleisten.

Für eine gesetzliche Regelung der repressiven Quellen-TKÜ spricht auch der nach gegenwärtigem Rechtszustand unbefriedigende Ausschluss der Umwidmung von

25 BVerfGE 120, 274 Rz. 222; Skistims/Roßnagel, ZD 2012, 3, 5.

26 Brodowski, JR 2011, 537; Albrecht, AnwZert ITR 2/2012 Anm. 3; Popp, ZD 2012, 51, 54; vgl. auch Buermeyer, StV 2013, 470; Becker/Meinicke, StV 2011, 50, 51; Braun K&R 2011, 681, 683 f.; Stadler MMR 2012, 18 ff.; SK-Wolter § 100a Rn. 29; Albrecht/Dienst, JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 46 ff.; Kudlich JA 2010, 310; Vermerk des Generalbundesanwalts v. 29. Oktober 2010, StV 2013, 476.

27 Buermeyer StV 2013, 470, 472; Albrecht, JurPC Web-Dok 59/2011 Abs. 15; Tinnefeld, ZD 2012, 451, 453; Braun, jurisPR-ITR 3/2011 Anm. 3.

28 Vgl. etwa BGH-Ermittlungsrichter NStZ 2005, 278, 279.

29 Brodowski, JR 2011, 536; Popp, ZD 2012, 51, 53; a.A. Bratke, aaO, S. 347.

Daten, die aufgrund einer präventiven Quellen-TKÜ (vgl. § 20l BKAG, Art. 34a BayPAG; § 31 Abs. 3 POG Rheinland-Pfalz, § 15b HessSOG; § 34a Abs. 2 Satz 2 ThürPAG) Daten erhoben worden sind, für Zwecke des Strafverfahrens. Aufgrund des in § 161 Abs. 2 StPO normierten Grundsatzes des hypothetischen Ersatzeingriffes dürfen konkrete Erkenntnisse aus einer präventiven Quellen-TKÜ, etwa dass mehrere Personen einen terroristischen Anschlag vorbereiten, im Ermittlungs- und Strafverfahren zu Beweiszwecken nicht verwertet werden.[30]

III. Lösungsmöglichkeit de lege ferenda

Eine Neuregelung hat insbesondere den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Bestimmtheit Rechnung zu tragen.

Das Bestimmtheitsgebot verlangt die Ausgestaltung eines Eingriffstatbestandes dergestalt, dass sich der Einzelne auf mögliche belastende Verfahren einstellen kann, die Strafverfolgungsbehörden konkrete Maßstäbe für ihr Handeln erkennen können und die Gerichte eine hinreichende Rechtskontrolle durchführen können.[31]

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf. Um die widerstreitenden Interessen im Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner von der Verfassung verbürgten Rechte auszugleichen, bedarf eine gesetzliche Regelung normenklarer einschränkender Voraussetzungen. Hinsichtlich der dabei anzuwendenden Maßstäbe sind insbesondere die Grundsätze in der Entscheidung des BVerfG zur Zulässigkeit eines präventiven Zugriffs auf informationstechnische Systeme zu berücksichtigen. Zurückgegriffen werden kann außerdem auf entsprechende Regelungen zur präventiven Quellen-TKÜ[32], z.B. § 20l BKAG, über dessen verfassungsrechtliche Zulässigkeit das BVerfG voraussichtlich in diesem Jahr entscheiden wird.

Im Einzelnen sind insbesondere folgende Rechtsfragen klärungsbedürftig:

1. Die vom BVerfG für eine alleinige Grundrechtsrelevanz des Art. 10 Abs.1 GG geforderte Beschränkung des Überwachungsumfangs einer Quellen-TKÜ **ausschließlich auf Daten aus laufenden Telekommunikationsvorgängen** ist im Gesetzestext ausdrücklich zu verankern.[33] Dadurch wird klargestellt, dass der Einsatz multifunktionaler Programme ebenso wenig erlaubt ist wie etwa die

30 Vgl. Popp, ZD 2012, 51, 52; siehe auch KK-Griesbaum § 161 Rn. 35. Die Beschränkungen aus § 161 Abs. 2 StPO greifen nicht, soweit die Verwendung der Daten im Strafverfahren **nicht zu Beweiszwecken**, sondern als Ermittlungs- und Spurenansatz oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten erfolgen soll.

31 Vgl. BVerfGE 110, 33, 52 ff.

32 Vgl. hierzu Bratke, aaO, S. 132 ff.

33 Stadler, MMR 2012, 18.

Anfertigung von Screenshots vom Bildschirm des infiltrierten Rechners[34] oder die Aufzeichnung der Tastaturanschläge der Zielperson mittels eines Key-Loggers.[35]

Die Beschränkung des Zugriffs auf laufende Kommunikationsvorgänge ist anhand technischer Kriterien zu bestimmen. Dabei ist eine organisatorische Trennung zwischen Tools, die ein informationstechnisches System durchsuchen, und Tools, die auf die Ausleitung laufender Telekommunikation beschränkt sind, vorzunehmen. Die Softwarekomponenten für das Quellen-TKÜ-System sind technisch so auszulegen, dass eine Nutzung für Maßnahmen jenseits von Quellen-TKÜ (z.B. Online-Durchsuchung) nicht möglich ist.

Die im Rahmen einer Quellen-TKÜ eingesetzte Überwachungssoftware muss also gewährleisten, dass nur solche Daten ausgeleitet werden, die als laufende Kommunikation definiert worden sind. Die zu überwachende Kommunikationssoftware weist naturgemäß eine Reihe von Softwareschnittstellen auf, die ausschließlich während eines laufenden Kommunikationsvorgangs aktiv sind. Dabei kann es sich sowohl um einzelne Aktivitäten als auch um einen aktiven Verbund von Schnittstellen handeln, die einen laufenden Kommunikationsvorgang kennzeichnen. Die Festlegung dieser Kriterien, die einen laufenden Kommunikationsvorgang kennzeichnen, muss im Einzelfall abhängig von dem zu überwachenden Kommunikationsprogramm erfolgen und in der Überwachungssoftware verankert sein.[36]

Dass solche Vorkehrungen zur Überwachung nur von Daten eines laufenden Kommunikationsvorgangs getroffen werden können, wird zum Teil bestritten, weil es keine Software gebe, die ausschließlich TK-Daten erhebt.[37] Der Verfassungsgerichtshof Sachsen-Anhalt hat unlängst die Regelung des § 17c SOG LSA, die eine Befugnis zur Erhebung von Telekommunikationsinhalten und –umständen in informationstechnischen System enthielt, mit der Begründung für verfassungswidrig und nichtig erklärt, dass eine gesetzliche Regelung zur Quellen-TKÜ unzulässig sei, solange im Gesetzgebungsverfahren die zu verwendende Software als „Ausgangsversion“ noch nicht vorhanden und gegebenenfalls durch die Hinzuziehung von Sachverständigen beurteilbar sei.[38] In einer solchen Situation der Ungewissheit müsse der Gesetzgeber entweder auf eine Regelung von Eingriffsbefugnissen verzichten oder einen vom ihm ausgestalteten und

[34] Zum Verbot des Anfertigens von Screenshots, weil zum Zeitpunkt dieser Maßnahme noch kein TK-Vorgang stattfindet, vgl. LG Landshut MMR 2011, 690, 691; Albrecht, AnwZert ITR 8/2012 Anm. 3; Skistims/Roßnagel, ZD 2012, 3, 5; Albrecht/Dienst, JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 22; Tinnefeld, ZD 2012, 451, 454.

[35] Albrecht/Dienst, JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 22.

[36] Vgl. BT-Drs. 17/11598, S. 12.

[37] Skistims/Roßnagel, ZD 2012, 3; Hoffmann-Riem, JZ 2008, 1009, 1022; Buermeyer, StV 2013, 470, 472; Schneider, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vornahme von Online-Durchsuchungen (2012), S. 16; näher dazu Petri, DuD 2012, 710; vgl. auch BT-Drs. 18/2352, S. 23 f.

[38] SAnhVerfG vom 11.11.2014 – LVG 9/13.

parlamentarisch kontrollierbaren Entscheidungsprozess über die „Zulassung“ der technischen Instrumente in die gesetzliche Regelung integrieren.[39]

Die Eigenentwicklung einer Software zur Durchführung von Maßnahmen der Quellen-TKÜ erfolgt derzeit durch das Bundeskriminalamt im Kompetenzzentrum Informationstechnische Überwachung. Das Bundeskriminalamt wird dabei durch einige Bundesländer und das ZKA unterstützt. Erkenntnisse, die Zweifel an einem erfolgreichen Abschluss der Eigenentwicklung durch das Bundeskriminalamt begründen könnten, liegen mir nicht vor. Die Entwicklung einer Software, die die Überwachung nur eines laufenden Kommunikationsvorgangs gewährleistet, befindet sich derzeit in der Implementierungsphase und im Stadium der Durchführung ausführlicher Softwaretests.[40] Nach meinem Informationsstand soll die Einsatzbereitschaft im Laufe dieses Jahres gegeben sein.

2. Im Hinblick auf die Pflicht des Gesetzgebers für eine ausreichende Qualitätssicherung und Überprüfung Sorge zu tragen, ist es erforderlich, die Einhaltung der notwendigen Kriterien der zur Quellen-TKÜ genutzten Software durch eine umfassende **Protokollierung** sicherzustellen. In der durch den Bund und die Länder erarbeiteten Standardisierenden Leistungsbeschreibung ist das Verfahren für eine umfassende Protokollierung festgelegt. Durch die Dokumentation des Quellcodes, des Prozesses der Programmerzeugung aus diesem Quellcode und des Programms selbst kann im Nachhinein der Funktionsumfang der jeweils eingesetzten Überwachungssoftware abschließend nachvollzogen werden.

   Zur Nachweisbarkeit der ausschließlichen Erfassung von Daten aus laufenden Telekommunikationsvorgängen sowie zur besseren Überprüfbarkeit durch das erkennende Gericht, ob die Vorgaben hinsichtlich Art und Umfang der Überwachung eingehalten sind, sollte eine gesetzliche Regelung vorsehen, dass der Einsatz des technischen Mittels mit den entsprechenden technischen Details zu protokollieren ist (vgl. § 20l Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 20k Abs. 3 BKAG, § 15b Abs. 3 HSOG; § 31 Abs. 3 S. 2 i.Vm. § 31c POG RhPf).

   Zum Teil wird in der Literatur die Forderung erhoben, dass nur solche Überwachungssoftware zum Einsatz kommen darf, die durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik zertifiziert ist.[41] Eine solche gesetzliche Verpflichtung erscheint aber deshalb wenig praktikabel, weil es „den Staatstrojaner“ nicht gibt, sondern meist eine auf das konkrete technische Zielsystem individuell zugeschnittene Überwachungssoftware zum Einsatz kommt. Je nach Dringlichkeit der Maßnahme und konkreter technischer Ausgangssituation muss es deshalb auch möglich sein, nicht zertifizierte Software zu verwenden. Aufgrund der Standardisierenden Leistungsbeschreibung ist eine nachträgliche Kontrolle der

39 SAnhVerfG vom 11.11.2014 – LVG 9/13.

40 Vgl. auch Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 18/2352, S. 23.

41 Vgl. Brodowski/Feiling, Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft, S. 144 f., Vogel/Brodowski, StV 2009, 632, 634 f.; Skistims/Roßnagel, ZD 2012, 3, 7.

eingesetzten Überwachungssoftware ausreichend gewährleistet. Ein Mittelweg könnte darin bestehen, eine gesetzliche Regelvermutung zu normieren, dass bei Verwendung einer zertifizierten Software davon auszugehen ist, dass die gesetzlich bestimmten technischen Anforderungen an die Überwachungssoftware erfüllt sind, diese Vermutung aber widerlegt werden kann. Wird keine zertifizierte Software verwendet, ist das Einhalten der technischen Anforderungen an die Rechtmäßigkeit des Eingriffs im Einzelfall nachzuweisen.[42]

3. Um die verhältnismäßige Anwendung der Befugnisnorm zu gewährleisten und den grundrechtlich geschützten Interessen des Betroffenen Rechnung zu tragen, bedarf es ergänzender **verfahrensrechtlicher Vorgaben** über die technischen und organisatorischen Verfahrensweisen wie auch hinsichtlich der grundlegenden technischen Eigenschaften des technischen Mittels für die Durchführung der Maßnahme. Insoweit sind ähnlich wie in den §§ 6 ff. TKÜV für die nach § 3 Abs. 1 Satz 1 TKÜV zur Umsetzung von TKÜ-Maßnahmen verpflichteten Betreibern von Telekommunikationsanlagen die technischen Anforderungen an die Durchführung einer Quellen-TKÜ zu regeln. Dabei erscheinen vor allem folgende Gesichtspunkte regelungsbedürftig:

   - es ist durch entsprechende Vorkehrungen sicherzustellen, dass an dem betroffenen informationstechnischen System bei Durchführung der Maßnahme nur Veränderungen dergestalt vorgenommen werden, die für die Datenerhebung aus laufenden Telekommunikationsvorgängen unbedingt erforderlich sind.[43]

   - die Anwenderdateien des Betroffenen sind vor einer nicht unbedingt notwendigen Veränderung zu schützen,

   - die Beeinträchtigung der Systemleistung auf Grund des Einsatzes des technischen Mittels ist auf das technisch unvermeidbare Maß zu begrenzen,[44]

   - nach Beendigung der Maßnahme sind alle an dem infiltrierten System vorgenommenen Veränderungen – soweit technisch möglich – entweder automatisiert oder händisch rückgängig zu machen (Löschung der Überwachungssoftware und Rückgängigmachung der Veränderungen an den bei der Installation der Überwachungssoftware vorgefundenen Systemdateien),

   - es ist durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass die eingesetzte Überwachungssoftware nicht durch Dritte (Hacker) zweckentfremdet werden kann.[45] Dabei ist insbesondere sicherzustellen, dass die Überwachungssoftware von Unbefugten nicht derart manipuliert werden

42 Vgl. Bratke, aaO, S. 465.

43 Vgl. § 20k Abs. 2 BKAG, BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20k BKAG.

44 BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20 BKAG.

45 Vgl. § 14 Abs. 1 TKÜV, BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20k BKAG.

kann, dass die Daten an einen anderen Server als den von der Ermittlungsbehörde genutzten weitergeleitet werden. Nach dem vom BVerfG aufgestellten Maßstab[46] sind die entsprechenden Schutzmaßnahmen nach dem Stand der Technik auszuführen. Dies bedeutet, dass sich der Standard an dem Entwicklungsstand der Fachdiskussion orientiert und neue Erkenntnisse und Einsichten fortlaufend aufnimmt,[47]

- die aufgrund der Quellen-TKÜ abgefangenen Daten sind nach dem Stand der Technik gegen Veränderung, unbefugte Löschung und unbefugte Kenntnisnahme zu schützen (vgl. § 14 Abs. 2 S. 1 TKÜV).[48] Eine entsprechende Regelung trägt § 9 Satz 1 BDSG und den entsprechenden Normen in den Datenschutzgesetzen der Länder Rechnung, wonach öffentliche Stellen bei der Erhebung personenbezogener Daten die technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen haben, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften des Datenschutzgesetzes zu gewährleisten.[49]

4. Der gesetzlich geregelte **Eingriffsanlass** für eine Quellen-TKÜ muss ein hinreichendes Gewicht aufweisen. Dabei kommt es maßgeblich auf den Rang und die Art der Gefährdung der Schutzgüter an, die in der Regelung in Bezug genommen werden.[50] Hinsichtlich der Einführung einer gesetzlichen Regelung der Quellen-TKÜ werden insoweit zwei Modelle diskutiert. Vorgeschlagen wird zum einen, als Anlasstaten den Katalog der besonders schweren Straftaten aus § 100c Abs. 2 StPO (akustische Wohnraumüberwachung) zugrundezulegen.[51] Nach anderer Auffassung soll eine Ausrichtung an dem Katalog der schweren Straftat i.S.v. § 100a Abs. 2 StPO erfolgen.[52]

   Ein Bedürfnis für eine Ausrichtung einer Quellen-TKÜ-Regelung an dem Katalog der Taten gem. § 100c ff. StPO (Straftaten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität, des Terrorismus sowie anderer Formen besonders schwerer Kriminalität mit einer Höchststrafe von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe)[53] besteht nicht. Eine Maßnahme, die mit Hilfe der besonderen Ermittlungsmaßnahme der Quellen-TKÜ ausschließlich IP-Telekommunikation überwacht und aufzeichnet, weist keine mit der akustischen Wohnraumüberwachung vergleichbare Eingriffsintensität auf. Es handelt sich auch im Vergleich zur umfassenden Ausforschung des Zielsystems ohne Bezug zu laufenden

46 BVerfG NJW 2010, 833, 840 zur Bewertung der Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten.

47 BVerfG NJW 2010, 833, 840; vgl. auch Bratke, aaO, S. 464 f.

48 Vgl. BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20k Abs. 2 BKAG.

49 Vgl. Popp, ZD 2012, 51, 54.

50 Vgl. BVerfGE 115, 320, 360 f.

51 Brodowski/Freiling, aaO, S. 144 f.; vgl. auch Klesczewski ZStW 2011, 761: nur bei Bedrohung eines überragend wichtigen Rechtsguts; so wohl auch Albrecht/Dienst, JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 40.

52 Bratke, aaO, S. 434 ff.

53 Vgl. BT-Drs. 15/4533, S. 10; BVerfGE 109, 279.

Telekommunikationsvorgängen im Rahmen einer online-Durchsuchung, die am Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme zu messen ist, um einen weniger gravierenden Grundrechtseingriff. Da der Eingriff durch eine Quellen-TKÜ an Art. 10 GG und nicht Art 13 Abs. 3 GG zu messen ist, bedarf es keiner Beschränkung des Eingriffs nur bei Vorliegen besonders schwerer Straftaten i.S. von Art. 13 Abs. 3 Satz 1 GG.

Die abgesenkte Schutzbedürftigkeit bei einer Telefonüberwachung im Vergleich zur Wohnraumüberwachung ergibt sich daraus, dass der Nutzer von (Internet-) Telekommunikationsformen bewusst Kommunikationsinhalte aus seiner Sphäre in ein fremdbeherrschtes Datennetz entäußert, welches sich seinem Zugriff entzieht und von Dritten betrieben wird, während Art. 13 GG die Wohnung als Rückzugsraum vertraulicher räumlicher Lebenssphäre schützt.[54]

Im Hinblick auf denselben Grundrechtsmaßstab des Art. 10 GG und dieselben Erkenntnismöglichkeiten (Informationen aus Telekommunikationsvorgängen) ist es sachgerecht, sich an dem Katalog der schweren Straftaten des § 100a Abs. 2 StPO mit einer Höchststrafe von in der Regel mindestens fünf Jahren, auf jeden Fall über einem Jahr Freiheitsstrafe, zu orientieren. In seiner Entscheidung vom 12.10.2011 hat das BVerfG unter Zurückweisung mehrerer Verfassungsbeschwerden gegen die am 1.1.2008 in Kraft getretene Neuregelung der strafprozessualen Telekommunikationsüberwachung (BGBl. I S. 3198) festgestellt, dass die durch den Gesetzgeber vorgenommene Erweiterung des Straftatenkatalogs in § 100a Abs. 2 StPO den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wahrt, da „die gesetzgeberische Einstufung der in § 100a Abs. 2 StPO aufgenommenen Straftatbestände als „schwer“ bei einer Gesamtschau vertretbar sei.[55]

5. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründet verfassungsrechtliche Anforderungen an die **tatsächlichen Voraussetzungen** des Eingriffs. Insoweit ist – wie in § 100a Abs. 1 Nr. 1 und in § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO – zu verlangen, dass bestimmte Tatsachen vorliegen, die den Verdacht einer Täterschaft oder Teilnahme an einer bestimmten Straftat begründen.[56] Dies bedeutet, dass der Verdacht auf bestimmte Tatsachen gestützt sein muss und nicht nur eine Vermutung darstellen darf[57] und zumindest so weit konkretisiert sein muss, dass ein Beschuldigter erkennbar ist und dessen Beteiligung an einer Katalogtat wahrscheinlich ist.[58]

6. Zusätzlich zum Verdacht einer abstrakt vorliegenden schweren Straftat ist zu verlangen, dass die **Straftat auch im Einzelfall schwer** wiegt. Dadurch ist sichergestellt, dass im Rahmen der Einzelfallprüfung solche Fälle herausfallen, die

54 Bratke, aaO, S. 434 ff.

55 BVerfGE 129, 208.

56 Vgl. BVerfGE 113, 348, 385.

57 BVerfG NJW 2007, 2749, 2751.

58 BGH StV 2010, 553 f.

zwar eine Anlasstat der Erlaubnisnorm zum Gegenstand haben, aber im konkreten Einzelfall keine hinreichende Schwere aufweisen.

7. Im Hinblick auf die Schaffung eines angemessenen Ausgleichs zwischen dem Strafverfolgungsinteresse und dem Bedürfnis nach Überwachbarkeit verschlüsselt übermittelter VoIP-Kommunikation einerseits sowie dem Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses und der Schutzbedürftigkeit des Betroffenen andererseits ist durch eine **Subsidiaritätsklausel** zu gewährleisten, dass die Quellen-TKÜ nur dann zulässig ist, wenn keine erfolgversprechenden schonenderen Maßnahmen möglich sind (vgl. § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO).

8. Der **Kernbereichsschutz** ist zu gewährleisten. Insoweit erscheint eine Anknüpfung an die Regelung des § 100a Abs. 4 StPO sachgerecht. Die Verfassungskonformität des durch § 100a Abs. 4 StPO gewährleisteten Kernbereichsschutzes hat das BVerfG bestätigt.[59] Das dort normierte Beweiserhebungsverbot bereits auf Anordnungsebene (§ 100a Abs. 4 Satz 1 StPO) und Beweisverwertungsverbot für den Fall, dass dennoch kernbereichsrelevante Erkenntnisse erlangt wurden (§ 100a Abs. 4 Satz 2 StPO) gewährleisten eine effektive Durchführung einer Quellen-TKÜ unter Berücksichtigung des Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Die Ausgestaltung des Kernbereichsschutzes kann nicht davon abhängen, ob unverschlüsselte Telekommunikation unter Mitwirkung des Providers oder verschlüsselte Kommunikation durch die Strafverfolgungsbehörden selbst überwacht wird. Eine entsprechende Anwendung der Kernbereichsregelungen der §§ 100c Abs. 4 bis 7, 100d, 100e StPO mit einer zwingend erforderlichen negativen Kernbereichsprognose ist bei der Quellen-TKÜ im Hinblick auf die geringere Eingriffsqualität und die geringere Schutzbedürftigkeit des Betroffenen nicht geboten. Der besondere Schutz des Kernbereichs in § 100c StPO steht in engem Zusammenhang mit dem Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung, die wiederum in engem Bezug zum Schutz der Menschenwürde steht (Privaträume als letztes Refugium, das einen absoluten Schutz genießen soll, vgl. BVerfG NJW 2004, 999, 1002). Diese Grundsätze zur individuellen Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung sind auf den Schutz der individuellen Kommunikation durch das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG nicht unmittelbar übertragbar. Auch wenn Art. 10 GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Kommunikation gewährleistet und damit zugleich die Würde des Menschen schützt,[60] weist das Fernmeldegeheimnis keinen derart engen Bezug zur Menschenwürde auf wie das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, weil Bürger zur höchstpersönlichen Kommunikation nicht in gleicher Weise auf Telekommunikation angewiesen sind wie auf eine Wohnung.[61]

59 BVerfGE 129, 208; krit. Zabel, JR 2009, 453, 457 und Albrecht/Dienst, JurPC Web-Dok. 5/2012, Abs. 31, 11 wegen Zulassung eines aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung stammenden „Beifangs“.

60 BVerfG NJW 2005, 2603, 2612.

61 BVerfG NJW 2005, 2603, 2612; Bratke, aaO, S. 440.

Eine dem § 100c Abs. 5 Satz 1 StPO vergleichbare Regelung wäre für Praxis außerdem wenig praktikabel, weil auf eine automatisierte Aufzeichnung weitgehend verzichtet werden müsste.

Durch die Anwendbarkeit des § 100a Abs. 4 Satz 3 StPO wäre sichergestellt, dass Aufzeichnungen über Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung unverzüglich zu löschen sind. Eine Überwachungssoftware muss deshalb gewährleisten, dass die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffenden Inhalte ausgeleiteter Gespräche gezielt gelöscht werden können.[62]

9. In datenschutzrechtlicher Hinsicht wird zu prüfen sein, ob eine gesetzliche Regelung Vorkehrungen enthalten muss, dass die auf dem privaten Endgerät verdeckt erhobenen Daten nur über Server in Ländern ausgeleitet werden, die ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten und zu den **sicheren Drittstaaten** im Sinne der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG gehören.[63]

10. Die Quellen-TKÜ ist grundsätzlich unter den **Vorbehalt richterlicher Anordnung** zu stellen.[64] Wegen der Nähe zur klassischen Telekommunikationsüberwachung sollte die Regelung des § 100b Abs. 1 StPO auch für die Quellen-TKÜ gelten. Im Hinblick auf die im Vergleich zur akustischen Wohnraumüberwachung geringere Eingriffstiefe und der höheren praktischen Relevanz sollte es bei der Regelanordnungszuständigkeit des zuständigen Ermittlungsrichters (§ 162 Abs.1, § 169 StPO) verbleiben und keine Verlagerung der Anordnungszuständigkeit auf einen Kollegialspruchkörper wie die Staatsschutzkammer beim Landgericht (vgl. § 100d Abs. 1 Satz 1 StPO, § 74a Abs. 4 GVG) vorgenommen werden.

11. Das **heimliche Betreten einer Wohnung** des Betroffenen zur Infiltration des Zielrechners stellt einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG dar. Es lässt sich auf keine der in Art. 13 GG enthaltenen Schranken verfassungsrechtlich stützen, wie dies etwa für ein Betreten von Wohnräumen zum Zwecke der Realisierung von Maßnahmen der akustischen Wohnraumüberwachung nach §§ 100c ff. StPO auf Grundlage des Art. 13 Abs. 3 GG der Fall ist. Eine Befugnis zum Betreten der Wohnung ergibt sich auch nicht aus der sogenannten Annexkompetenz, weil es sich dabei nicht um eine mit der Quellen-TKÜ typischerweise verbundene und zu ihrer Durchführung erforderliche Begleitmaßnahme handelt und der Grundrechtseingriff nicht hinter dem Gewicht des

62 Vgl. hierzu auch Bericht des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit über Maßnahmen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung bei den Sicherheitsbehörden des Bundes vom 31.01.2012 (Schaar-Bericht), abrufbar über: http://www.ccc.de/system/uploads/103/original/Schaar-Bericht.pdf; Prüfbericht des Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz zur Quellen-TKÜ vom 30.7.2012, abrufbar unter: www.datenschutz-bayern.de; s.a. Tinnefeld, ZD 2012, 451, 453.

63 Zu diesem Problemkreis vgl. Popp, ZD 2012, 51, 55; Skistims/Roßnagel, ZD 2012, 3, 7; Albrecht, AnwZert ITR 8/2012 Anm. 3, S. 4.

64 Vgl. zu diesem Erfordernis hinsichtlich des heimlichen Zugriffs auf informationstechnische Systeme BVerfG NJW 2008, 822, 832.

primären Eingriffs zurückbleibt.[65] Eine entsprechende Ermächtigung im Zusammenhang mit der Quellen-TKÜ erscheint nicht erforderlich, da diese auch ohne physischen Zugriff auf den Zielrechner möglich ist.

IV. Vorschlag für eine Neuregelung

Geht man davon aus, dass es sich bei der Quellen-TKÜ um eine besondere Form der nach § 100a StPO gestatteten Telekommunikationsüberwachung handelt, deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit an Art. 10 GG zu messen ist, erscheint es sachgerecht, Zulässigkeit und Grenzen der Quellen-TKÜ durch eine Ergänzung der §§ 100a 100b StPO zu regeln. Die Schaffung einer eigenständigen Befugnisnorm im Achten Abschnitt des Ersten Buches der StPO (etwa § 100k StPO) erscheint nicht erforderlich.

[65] Soiné, NVwZ 2012, 1585, 1588; Tinnefeld, ZD 2012, 451, 454; Braun, jurisPR-ITR 3/2011 Anm. 3.

§ 100a StPO[66]
(Überwachung der Telekommunikation)

(1) Auch ohne Wissen der Betroffenen darf die Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet werden, wenn
1. bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in *Absatz 3* bezeichnete schwere Straftat begangen, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht, oder durch eine Straftat vorbereitet hat,
2. die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt und
3. die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.

(2) Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation darf auch ohne Wissen des Betroffenen in der Weise erfolgen, dass mit technischen Mitteln in von dem Betroffenen genutzte informationstechnische Systeme eingegriffen wird, wenn
1. *durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird, und*
2. *der Eingriff in das informationstechnische System notwendig ist, um die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation insbesondere auch in unverschlüsselter Form zu ermöglichen.*

(3) Schwere Straftaten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 sind …(wie bisher),

(4) Die Anordnung darf sich nur gegen den Beschuldigten oder gegen Personen richten, von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt.

(5) Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch eine Maßnahme nach *den Absätzen 1 und 2* allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme nach *den Absatz 1 und 2* erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen.

[66] Aus Bratke, aaO, Anhang 2.

§ 100b StPO
(Zuständigkeit für Anordnung der Überwachung der Telekommunikation und Umsetzung)

(1) Maßnahmen nach §100a *Abs. 1 und 2* dürfen nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden. Soweit die Anordnung der Staatsanwaltschaft nicht binnen drei Werktagen von dem Gericht bestätigt wird, tritt sie außer Kraft. Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen. Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei Monate ist zulässig, soweit die Voraussetzungen der Anordnung unter Berücksichtigung der gewonnenen Ermittlungsergebnisse fortbestehen.

(2) Die Anordnung ergeht schriftlich. In ihrer Entscheidungsformel sind anzugeben:
1. soweit möglich, der Name und die Anschrift des Betroffenen, gegen den sich die Maßnahme richtet,
2. die Rufnummer oder eine andre Kennung des zu überwachenden Anschlusses oder des Endgerätes, sofern sich nicht aus bestimmten Tatsachen ergibt, dass diese zugleich einem anderen Endgerät zugordnet ist,
3. Art, Umfang und Dauer der Maßnahme unter Benennung des Endzeitpunktes, *und*
4. *im Falle des § 100a Abs. 2 auch eine möglichst genaue Bezeichnung des informationstechnischen Systems, in das zur Datenerhebung eingegriffen werden soll.*

(3) Auf Grund der Anordnung hat jeder, der Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, dem Gericht, der Staatsanwaltschaft und ihren im Polizeidienst tätigen Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) die Maßnahmen nach § 100a *Abs. 1* zu ermöglichen und die erforderlichen Auskünfte unverzüglich zu erteilen. Ob und in welchem Umfang hierfür Vorkehrungen zu treffen sind, bestimmt sich nach dem Telekommunikationsgesetz und der Telekommunikations-Überwachungsverordnung. § 95 Abs. 2 gilt entsprechend.

(4) Bei Maßnahmen nach § 100a Abs. 2 ist technisch sicherzustellen, dass
1. *an dem informationstechnischen System nur Veränderungen vorgenommen werden, die für die Datenerhebung unerlässlich sind, und*
2. *die vorgenommenen Veränderungen bei Beendigung der Maßnahme soweit technisch möglich automatisiert rückgängig gemacht werden.*

Das eingesetzte Mittel ist nach dem Stand der Technik gegen unbefugte Nutzung zu schützen. Kopierte Daten sind nach dem Stand der Technik gegen Veränderung, unbefugte Löschung und unbefugte Kenntnisnahme zu schützen. Von dem Einhalten der technischen Anforderungen des § 100a Abs. 2 Nr. 1 sowie der Sätze 1 bis 3 ist in der Regel auszugehen, wenn ein vom Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik zertifiziertes technisches Mittel eingesetzt wird. Bei jedem Einsatz des technischen Mittels sind zu protokollieren

1. die Bezeichnung des technischen Mittels und der Zeitpunkt seines Einsatzes,
2. die Angaben zur Identifizierung des informationstechnischen Systems und die daran vorgenommenen nicht nur flüchtigen Veränderungen,
3. die Angaben, die die Feststellung der erhobenen Daten ermöglichen, und
4. die Organisationseinheit, die die Maßnahme durchführt.
Die Protokolldaten dürfen nur verwendet werden, um dem Betroffenen oder eine dazu Die Länder befugten öffentlichen Stelle die Prüfung zu ermöglichen, ob die Maßnahme nach § 100a Abs.2 rechtmäßig durchgeführt worden ist. Sie sind unverzüglich zu löschen, soweit sie für den in Satz 6 genannten Zweck nicht mehr erforderlich sind.

(5) Liegen die Voraussetzungen der Anordnungen nicht mehr vor, so sind die auf Grund der Anordnung ergriffenen Maßnahmen unverzüglich zu beenden. Nach Beendigung der Maßnahme ist das anordnende Gericht über deren Ergebnisse zu unterrichten.

(6) Die Länder und der Generalbundesanwalt berichten dem Bundesamt für Justiz kalenderjährlich jeweils bis zum 30. Juni des dem Berichtsjahr folgenden Jahres über in ihrem Zuständigkeitsbereich angeordnete Maßnahmen nach § 100a. Das Bundesamt für Justiz erstellt eine Übersicht zu den im Berichtsjahr bundesweit angeordneten Maßnahmen und veröffentlicht diese im Internet.

(7) In den Berichten nach Absatz 6 sind anzugeben:
1. die Anzahl der Verfahren, in denen Maßnahmen nach § 100a Abs. 1 *und Abs. 2* angeordnet worden sind;
2. die Anzahl der Überwachungsanordnungen nach § 100a Abs. 1 *und Abs. 2*, unterschieden nach
   a) Erst- und Verlängerungsanordnungen sowie
   b) Festnetz-, Mobilfunk- und Internetkommunikation;
3. die jeweils zugrunde liegende Anlasstat nach Maßgabe der Unterteilung in § 100a *Abs. 3.*

Dr. Matthias Krauß
Bundesanwalt b. BGH

Expertenkommission des BMJV zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Sechste Sitzung am 11./12. Mai 2015

Online-Durchsuchung

I. Problemlage

Straftäter bedienen sich zunehmend moderner Technologien, um bei ihren Vorhaben einer Entdeckung zu entgehen und damit eine wirksame Strafverfolgung zu vereiteln. Vor allem die organisierte Kriminalität und terroristische Gruppierungen nutzen die grenzenlose Erhöhung des Speichervolumens und die Schnelligkeit der Informationsverarbeitung und –verbreitung für Propagandazwecke sowie zur Vorbereitung und Durchführung ihrer Straftaten. Detaillierte Bombenbauanleitungen sind im Internet für jedermann zugänglich eingestellt. Einschlägige Foren und Tauschbörsen bieten einen Tummelplatz für Pädophile zur Vorbereitung sexuellen Missbrauchs von Kindern sowie zur Verbreitung kinderpornografischer Darstellungen.[1]

Die Ermittlungsbehörden sehen sich in zunehmendem Maße mit einer immer weiter verbreiteten Nutzung kryptografischer Verfahren, immer größerer Datenmengen und den weit verbreiteten Möglichkeiten der mobilen Nutzung des Internets konfrontiert. Die offene Beschlagnahme von Computern und Festplatten läuft gerade im Bereich hoch konspirativ arbeitender krimineller Netzwerke wegen höchst wirksamer Kryptierungsverfahren, Anonymisierung und Zugangssicherungen z.B. durch die Verschleierung von IP-Adressen oder die Verwendung von Passwörtern zunehmend ins Leere.[2] Aufgrund der Entwicklung auf dem Gebiet der Verschlüsselungstechnik ist heute nicht mehr gewährleistet, dass die Daten bei einer Beschlagnahme noch ausgewertet werden können.

[1] Gesetzantrag des Freistaats Bayern zur Änderung der Strafprozessordnung (Verdeckter Zugriff auf Informationssysteme), BR-Drs. 365/08.

[2] BR-Drs. 365/08 S. 5, s.a. BVerfGE 120, 274 Rz. 220.

Um effektive Strafverfolgung angesichts der Verlagerung herkömmlicher Kommunikationsformen hin zu elektronischem Nachrichtenverkehr und der Möglichkeit zur Verschlüsselung oder Verschleierung der Daten weiterhin gewährleisten zu können, stellt sich die Frage der Notwendigkeit, den verdeckten Einsatz von technischen Mitteln im Bereich der Strafverfolgung zuzulassen, um auf informationstechnische Systeme zugreifen und Zugangsdaten und gespeicherte Daten erheben zu können.[3] Unter die sogenannte Online-Durchsuchung fallen der einmalige Datenzugriff (durch Dateisuche und Datenspiegelung) ebenso wie die kontinuierliche Überwachung des Dateisystems (Daten-Monitoring) oder das Mitschneiden von Tastatur- oder Mauseingaben (sog. Keylogging).

Während es beim Zugriff auf Internet-Telefonie im Rahmen einer Quellen-TKÜ umstritten ist, ob diese Maßnahme auf § 100a StPO als Ermächtigungsnorm gestützt werden kann, fehlt nach ganz h.M. für eine repressive Online-Durchsuchung eine gesetzliche Ermächtigung in der StPO. Weder die Regeln über die Durchsuchung und die (Daten-)Beschlagnahme als prinzipiell offene Ermittlungshandlungen noch § 100a, § 100c StPO kommen als Ermächtigungsnormen für eine Online-Durchsuchung in Betracht.[4]

Auf Bundes- und Länderebene gab es in der Vergangenheit mehrere Bemühungen, die Maßnahme des verdeckten Eingriffs in informationstechnische Systeme (Online-Durchsuchung) zu normieren. Während der vom Freistaat Bayern am 27. Mai 2008 vorgelegte Gesetzesentwurf zur Aufnahme der Online-Durchsuchung in die StPO (§ 100k StPO) im Bundesrat gescheitert ist, wurde die präventive Online-Durchsuchung in einigen Polizeigesetzen zugelassen. So kann das Bundeskriminalamt gemäß § 20k BKAG zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus Online-Durchsuchungen durchführen;[5] weitere Befugnisse finden sich Art. 6e BayVSG, Art. 34d PAG Bayern, § 31c POG RP. Die eine Online-Durchsuchung regelnde Bestimmung des § 5 Abs. 2 Nr. 11 VSG-NRW wurde vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt.[6] Über die gegen § 20k BKAG anhängigen Verfassungsbeschwerden ist noch nicht entschieden (1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09).

Das vorliegende Gutachten beschäftigt sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen und Voraussetzungen, unter denen eine Online-Durchsuchung als ultima-ratio-Ermittlungsmaßnahme zur Anwendung kommen könnte. Als Diskussionsgrundlage ist § 100k StPO des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung

3 Vgl. BGHSt 51, 211; BVerfGE 120, 274, 277.

4 BGH NJW 2007, 930; LR/Hauck § 100c Rn. 12; BeckOK-StPO/Graf § 100a Rn. 109, Satzger/Schluckebier/Widmayer/Eschelbach StPO § 100a Rn. 47; SK-Wolter § 100a Rn. 31; Jahn/Kudlich, JR 2007, 57, 59 ff.; Stadler, MMR 2012, 18; Liebig, Der Zugriff auf Computerinhaltsdaten im Ermittlungsverfahren (2015), S. 149 ff.; a.A. noch BGH Ermittlungsrichter StV 2007, 60, 61 ff.; Hofmann, NStZ 2005, 121, 123.

5 BT-Drs. 16/10212, S. 28 ff.

6 BVerfGE 120, 274.

(Verdeckter Zugriff auf Informationssysteme) des Freistaates Bayern vom 27. Mai 2008 beigefügt.

II. Verfassungsrechtliche Anforderungen

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 27.2.2008 die Regelung des § 5 Abs. 2 Nr. 11 Satz 1 Alt. 2 VSG NRW, die eine präventive Online-Durchsuchung vorsah, wegen Verstoßes gegen das neu geschaffene Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme für verfassungswidrig erklärt und dabei die wesentlichen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Rechtfertigung eines Eingriffs in das Grundrecht aufgezeigt. Diese Maßstäbe sind auch bei der Ausgestaltung einer künftigen Befugnisnorm im repressiven Bereich zu beachten.

Das BVerfG kommt zum Ergebnis, dass sowohl bei der Durchsuchung der Speichermedien eines Computers als auch bei der Überwachung der Nutzung eines informationstechnischen Systems weder der Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses nach Art. 10 GG noch der Schutz der Wohnung durch Art. 13 GG einschlägig, sondern grundsätzlich der Schutzbereich des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme betroffen ist. Der Schutzbereich dieses neuen Grundrechts ist immer dann betroffen, wenn auf Grund einer Eingriffsermächtigung EDV-Systeme erfasst werden, die allein oder in ihrer technischen Vernetzung personenbezogene Daten des Betroffenen in einem Umfang oder in einer Vielfalt enthalten können, dass über den Zugriff auf die jeweiligen Systeme ein Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung einer Person gewonnen oder sogar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit erhalten werden können. Erfasst werden demnach vor allem Personalcomputer, unabhängig davon ob sie fest installiert sind oder mobil betrieben werden, aber auch Mobiltelefone und elektronische Terminkalender, die über einen großen Funktionsumfang verfügen.

Wegen des tiefen Grundrechtseingriffs hat das BVerfG hohe verfassungsrechtliche Anforderungen für Eingriffe in dieses neue Grundrecht aufgestellt, speziell bei der Online-Durchsuchung. Gerade das Strafverfahren steht unter dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie und der sich in den Grundrechten widerspiegelnden objektiven Wertordnung abzuleiten ist.[7] Er besagt, dass das Ob und Wie staatlicher Strafverfolgung in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere und Bedeutung der Straftat stehen muss. Die Intensität des Verdachts muss die jeweilige Maßnahme rechtfertigen, diese muss erforderlich sein und insgesamt als zumutbar erscheinen.[8] Ausgehend von diesen verfassungsrechtlichen

7 BVerfGE 19, 342, 348; 34, 266, 267.

8 BVerfGE 120, 274 Rz. 200 ff.

Vorgaben zur Rechtfertigung einer entsprechenden Befugnisnorm hat eine Diskussion über die Einführung einer Ermächtigungsgrundlage für die Online-Durchsuchung insbesondere folgende Rechtsfragen zu klären:

1. Legitimer Zweck

Die Ermächtigung zur Durchführung einer Online-Durchsuchung müsste einen verfassungsrechtlich legitimen Zweck verfolgen.[9]

Die eine Online-Durchsuchung regelnde Norm dient den Strafverfolgungsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben einer effektiven Strafverfolgung. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört auch die Notwendigkeit einer funktionsfähigen Strafrechtspflege oder einer an den Erfordernissen von rechtsstaatlichen Gewährleistungen ausgerichteten Strafrechtspflege zum Rechtsstaatsprinzip und hat damit Verfassungsrang.[10] Es handelt sich um einen Teilaspekt der verfassungsrechtlich gewährleisteten Pflicht zur Justizgewährung. Der Rechtsstaat hat seine freiheitsverbürgende Aufgabe nicht nur dadurch zu erfüllen, das er den Einzelnen vor unverhältnismäßigen oder den Kernbereich der Persönlichkeit oder der Menschenwürde verletzenden staatlichen Zugriffen schützt, sondern ihm obliegt als verfasste Friedens- und Ordnungsmacht eine durch seine Rechtsordnung zu erfüllende Schutzpflicht für das Gemeinwesen, deren wirksame Erfüllung die Voraussetzung für die Anerkennung des von ihm in Anspruch genommenen Gewaltmonopols darstellt.[11] Für den Gesetzgeber enthält es die Verpflichtung, ein Prozessrecht zu schaffen, das zur Erfüllung dieser Aufgabe tauglich ist.

Beschließt der Gesetzgeber zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter wie Leib, Leben und Freiheit sowie zum Schutz des Bestands des Staates oder der Grundlagen der menschlichen Existenz eine Maßnahme, die informationstechnische Mittel für staatliche Ermittlungen erschließt, erfüllt er vor dem Hintergrund der vermehrten Nutzung elektronischer oder digitaler Kommunikationsmittel und deren Vordringen in nahezu alle Lebensbereiche und die dadurch bewirkte Erschwernis für die Strafverfolgungsbehörden, ihre Aufgaben wirkungsvoll wahrzunehmen, einen legitimen Zweck.

2. Eignung

Der verdeckte Zugriff auf informationstechnische Systeme muss geeignet sein, diesen Zielen zu dienen.

9 Vgl. BVerfGE 109, 335 ff.; 115, 320, 345 und NJW 2007, 2464, 2468.

10 Vgl. nur BVerfGE 33, 367, 383; 80, 367, 375.

11 Vgl. LR-Kühne Einl. Abschn. H Rn. 10 ff.

Das BVerfG hat die Eignung der präventiven Online-Durchsuchung insbesondere im Hinblick auf die Selbstschutzmöglichkeiten des Betroffenen und Zweifel an der Echtheit der gewonnenen Daten hinterfragt, letztlich die Geeignetheit der Maßnahme zur Prävention im Vorfeld konkreter Gefahren aber bejaht.

Im Hinblick auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wird einer Regelung zur Online-Durchsuchung, die repressiven Zwecken dient, ihre grundsätzliche Eignung nicht abzusprechen sein.

Nach Auskunft der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage hat das Bundeskriminalamt eine eigenständige Software zur Online-Durchsuchung entwickelt, die einsatzbereit ist.[12] Dass die Maßnahme sehr (zeit-)aufwändig ist, weil vor Inbetriebnahme der Durchsuchungssoftware eine Voranalyse des Zielsystems erforderlich ist, macht die Maßnahme nicht völlig ungeeignet. Ebenso wenig führt der Umstand, dass sich Nutzer informationstechnischer Systeme gegen einen ungewollten Datenzugriff – etwa durch Verwendung von Anti-Viren-Programmen oder Firewalls – schützen können,[13] zur Ungeeignetheit der Maßnahme, weil die bloße Möglichkeit, eine staatliche Maßnahme zu vereiteln, diese nicht generell ungeeignet macht, zumal es technisch nicht ausgeschlossen erscheint, Methoden zu entwickeln, die Sicherheitsmaßnahmen des Nutzers gegen ungewollten Datenzugriff überwinden.[14] Zum Teil wird die Geeignetheit der Maßnahme im Hinblick auf den Beweiswert der erlangten Daten angezweifelt. Es wird vorgebracht, eine technische Echtheitsbestätigung der erhobenen Daten setze grundsätzlich eine exklusive Kontrolle des Zielsystems im fraglichen Zeitraum voraus; sei dies nicht gewährleistet, könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein Dritter mittels eines „Trojanischen Pferdes“ fiktive Daten auf dem System ablegt.[15] Allein die hypothetische Möglichkeit, dass ein Dritter das System manipuliert, führt aber nicht automatisch zu völligen Ungeeignet der Maßnahme. Maßgeblich ist vielmehr, ob mit der Maßnahme der Zweck üblicherweise erreicht werden kann.

3. Erforderlichkeit

Eine Regelung zur Online-Durchsuchung wäre auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Maßnahme grundsätzlich nicht zu beanstanden. Zwar wäre eine Wohnungsdurchsuchung mit anschließender Sicherstellung des Computers eine mildere Maßnahme, weil sie offen durchgeführt wird und damit weniger grundrechtsbelastend ist. Sie ist jedoch in Fällen, in denen die Strafverfolgungsbehörde im Rahmen ihrer Aufgabenstellung einen hinreichenden Grund hat, die auf den Speichermedien eines informationstechnischen Systems

12 BT-Drs. 18/2352, S. 24. Zu Zweifeln an der Eignung vgl. Gercke, CR 2007, 245, 246 ff.; Kutscha NJW 2007, 1169, 1171.

13 Vgl. Buermeyer, HRRS 2007, 156, 165; Gercke, CR 2007, 245, 249; Hornung, DuD 2007, 575, 579.

14 Herrmann, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (2010), S. 70 f.

15 Vgl. Hansen/Pfitzmann, DRiZ 2007, S. 225, 228; BVerfG 120, 274 Rz. 205.

abgelegten Dateien umfassend – unter Einschluss verschlüsselter Daten – zu sichten, über einen längeren Zeitraum Änderungen zu verfolgen oder die Nutzung des Systems umfassend zu überwachen, kein gleich geeignetes Mittel, um die Erkenntnisziele zu erreichen. So können aufgrund der Durchsuchung Verschlüsselungscodes für verschlüsselte Dateien auf der Festplatte, Passworte oder anonyme Eintragungen in einem Online-Forum regelmäßig nicht erhoben werden.

Wegen der hohen Grundrechtsbelastung kann eine Online-Durchsuchung aber nur ultima ratio sein. Dies muss in einer Eingriffsnorm entsprechend zum Ausdruck kommen (Subsidiaritätsklausel).

4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Eine Neuregelung hat insbesondere dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne Rechnung zu tragen. Dieses Gebot verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf. Die den Eingriff rechtfertigenden Gründe müssen die Bedeutung des betroffenen Grundrechts und die Intensität des Eingriffs überwiegen.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur präventiven Online-Durchsuchung die hohe Intensität des Grundrechtseingriffs ausführlich dargestellt.[16] Diese ergibt sich zunächst daraus, dass der Zugriff den Zugang zu einem Datenbestand eröffnet, der herkömmliche Informationsquellen an Umfang und Vielfältigkeit bei weitem übertreffen kann, weshalb der Zugriff mit dem naheliegenden Risiko verbunden ist, dass die erhobenen Daten in einer Gesamtschau Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Betroffenen bis hin zu einer Bildung von Verhaltens- und Kommunikationsprofilen ermöglichen. Dies gilt insbesondere, wenn eine verdeckte technische Infiltration die längerfristige Überwachung der Nutzung des Systems und die laufende Erfassung der entsprechenden Daten ermöglicht. Da der Zugriff auch lediglich im Arbeitsspeicher gehaltene flüchtige oder nur temporär auf den Speichermedien des Zielsystems abgelegte Daten für die Ermittlungsbehörde verfügbar macht, können Daten erfasst werden, die eine besondere Relevanz für die Persönlichkeit des Betroffenen aufweisen. Des weiteren wird die Intensität des Grundrechtseingriffs dadurch erhöht, dass die im Allgemeinwohl liegende Möglichkeit der Bürger beschränkt wird, an einer unbeobachteten Fernkommunikation teilzunehmen und der Eingriff eine große Streubreite aufweisen kann, als mit den Kommunikationspartnern der Zielperson notwendigerweise Dritte erfasst werden, ohne dass es darauf ankäme, ob in deren Person die Voraussetzungen für einen derartigen Zugriff vorliegen. Außerdem wird das Gewicht des Eingriffs dadurch geprägt, das infolge des Zugriffs Gefahren für die Integrität des Zugriffsrechners begründet werden, weil nicht ausgeschlossen werden kann,

[16] BVerfGE 120, 274 Rz. 211 ff.

dass der Zugriff selbst bereits Schäden auf dem Rechner verursacht. Schließlich verstärkt die Heimlichkeit der Maßnahme die Eingriffsintensität, weil der Betroffene rechtlich nicht gegen sie vorgehen kann und keine Möglichkeit hat, durch sein Verhalten auf den Gang der Ermittlungen einzuwirken.

Angesichts der Intensität des Grundrechtseingriffs wird in der Literatur zum Teil grundsätzlich angezweifelt, ob eine Online-Durchsuchung im Strafprozessrecht de lege ferenda überhaupt angezeigt ist.[17] Auch wenn das BVerfG der Gefahrenabwehr bei überragend wichtigen Rechtsgütern im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Online-Durchsuchung ein gegenüber der Strafverfolgung höheres Gewicht einzuräumen scheint,[18] ist dem Urteil nicht zu entnehmen, dass ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen im Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Staates zum Rechtsgüterschutz und dem Interesse des Einzelnen an der Wahrung seiner von der Verfassung verbürgten Rechte zwangsläufig dazu führen müsste, von einer Regelung zur Online-Durchsuchung von vornherein abzusehen. Gegenüber der Pflicht des Staates zur Leistung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege genießt das Interesse eines Beschuldigten an der Wahrung seiner verfassungsmäßig verbürgten Rechte nicht per se Vorrang,[19] zumal die Sicherheit des Staates als verfasster Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit der Bevölkerung vor Gefahren für Leib, Leben und Freiheit und andere gleich bedeutsame Rechtsgüter auch durch Strafverfolgung gewährleistet wird. Vielmehr ist der Intensität des Grundrechtseingriffs dadurch Rechnung zu tragen, dass eine solche Maßnahme nur zum Schutz ganz bestimmter herausragender Rechtsgüter und nur bei Vorliegen besonderer Verdachtslagen in Betracht kommt und der Grundrechtsschutz durch geeignete Verfahrensvorkehrungen abgesichert wird.

a) Rechtsgüter

Das BVerfG fordert als Voraussetzung für eine präventive Online-Durchsuchung eine **konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut** und nennt dazu Leib, Leben und Freiheit, aber auch wichtige Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Das Urteil enthält keine Ausführungen zu den Anforderungen bei einer repressiven Online-Durchsuchung. Die vom BVerfG genannten hohen Eingriffsschwellen im präventiven Bereich gebieten es, den Straftatenkatalog und die damit in Bezug genommenen Schutzgüter eng zu begrenzen.[20] Unzweifelhaft müssten künftige Eingriffsvoraussetzungen enger als die Katalogtaten des § 100a Abs. 2 StPO sein und dürften sich eher an den besonders schweren Straftaten i.S.d. § 100c Abs. 2 StPO zu orientieren haben.

17 Vgl. SK-Wolter § 100a Rn. 31, Hornung, DuD 2007, 580; Stadler, MMR 2012, 18, 20.

18 Vgl. BVerfGE 120, 274 Rz 205, s.a. BVerfGE 39, 1, 44.

19 Vgl. BVerfGE 51, 324, 345 ff.

20 Hermann, aaO, S. 98.

Der Straftatenkatalog des § 100c StPO, der sich auf einen Grundrechtseingriff ähnlicher Eingriffstiefe bezieht, ist wegen der verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 13 GG auf besonders schwere Straftaten beschränkt, die den mittleren Kriminalitätsbereich deutlich übersteigen. In seiner Entscheidung vom 3. März 2004 zum großen Lauschangriff hat das BVerfG gefordert, dass nur Katalogtaten in Betracht kommen, deren Tatbestand eine Höchststrafe von mehr als fünf Jahren androht.[21] Während bei bestimmten Taten die besondere Schwere durch das verletzte Rechtsgut indiziert ist (Mord, Totschlag), kann – so das BVerfG – die besondere Schwere auch durch die faktische Verzahnung mit anderen Katalogtaten oder durch das Zusammenwirken mit anderen Straftätern begründet werden.[22] Dies sei bei einem arbeitsteiligen, gegebenenfalls auch vernetzt erfolgenden Zusammenwirken mehrerer Täter im Zuge der Verwirklichung eines komplexen, mehrere Rechtsgüter verletzenden kriminellen Geschehens gegeben, wie es etwa für die organisierte Kriminalität gelte. Entsprechendes könne für die Straftaten des Friedensverrats, des Hochverrats und bestimmter Delikte der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats gelten.[23]

Angesichts der hohen Anforderungen des BVerfG an die bedrohten Schutzgüter, die eine präventive Online-Durchsuchung rechtfertigen können (Leib, Leben und Freiheit, wichtige Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt), dürfte der Katalog des § 100c Abs. 2 StPO nur als Ausgangspunkt für die schwierige Prüfung in Betracht kommen, welche der dort genannten Normen taugliche Straftaten für die Rechtfertigung einer Online-Durchsuchung sind.

Viel spricht dafür, jedenfalls folgende im Katalog des § 100c Abs. 2 StPO enthaltene Straftaten als taugliche Anlasstaten für eine Online-Durchsuchung nicht ausreichen zu lassen:

- Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Straftat nach § 89a StGB,
- Geld und Wertzeichenfälschung nach den §§ 146 und § 151 StGB,
- Bandendiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB und schwerer Bandendiebstahl nach § 244a StGB,
- gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei und gewerbsmäßige Bandenhehlerei nach den §§ 260, 260a StGB,
- besonders schwerer Fall der Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte nach § 261 StGB unter den in § 261 Abs. 4 Satz 2 genannten Voraussetzungen,

21 BVerfG NJW 2004, 999 = BVerfGE 109, 279 Rz. 248.

22 BVerfGE 109, 279 Rz. 245.

23 Zur hohen Bedeutung der Abwehr von extremistischen und terroristischen Bestrebungen vgl. BVerfGE 120, 274 Rz. 202.

- besonders schwerer Fall der Bestechlichkeit und Bestechung nach § 335 Abs. 1 StGB unter den in § 335 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 genannten Voraussetzungen,
- Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84 Abs. 3 Asylverfahrensgesetz,
- gewerbs- und bandenmäßige Verleitung zur missbräuchlichen Asylantragstellung nach § 84a Abs. 1 Asylverfahrensgesetz,
- Einschleusen von Ausländern nach § 96 Abs. 2 AufenthG

Streicht man diese Delikte, wird eine spürbare Abstufung zur akustischen Überwachung in Wohnungen ersichtlich. Im Straftatenkatalog des § 100k Abs. 2 des Bayerischen Entwurfs einer Regelung des verdeckten Zugriffs auf Informationssysteme (vgl. Anlage) sind diese Delikte nicht enthalten. Dafür ist dort § 184b Abs. 1 bis 3 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften) aufgenommen, weil es sich um typische Delikte der Internetkriminalität handelt und in der Regel ein realer sexueller Missbrauch eines Kindes zugrunde liegt.

b) Verdachtsgrad

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründet verfassungsrechtliche Anforderungen an die **tatsächlichen Voraussetzungen** des Eingriffs. Ein Eingriff darf nur erfolgen, wenn eine konkretisierte Verdachtslage vorliegt.[24] Hierfür reicht das bloße Vorliegen von Anhaltspunkten nicht aus. Es müssen vielmehr konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorhanden sein.[25] Der Verdacht muss so weit konkretisiert sein, dass ein Beschuldigter erkennbar ist und dessen Beteiligung an einer Katalogtat wahrscheinlich ist.[26] Dies ist im Gesetzestext – wie in § 100c Abs. 1 StPO - dadurch zum Ausdruck zu bringen, dass „bestimmte Tatsachen“ den Verdacht einer Katalogtat begründen müssen. Dies beschreibt eine bestimmte Qualität des Verdachts, indem konkrete Indizien des Einzelfalls auf Katalogtaten hinweisen müssen. Eine Anhebung der Verdachtsstufe auf einen „hinreichenden“ oder gar „dringenden“ Tatverdacht ist aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht geboten.[27] Zum Zeitpunkt der Vollstreckung von Untersuchungshaft liegt der Sachverhalt offen zutage. Seiner Erforschung durch eine Online-Durchsuchung bedarf es regelmäßig nicht mehr. Wäre für die Online-Durchsuchung ein dringender Tatverdacht erforderlich, entfiele die Tauglichkeit des Mittels weitgehend.

Es erscheint sinnvoll, in Angleichung an § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO den Versuch der besonders schweren Straftat ausreichen zu lassen, nicht jedoch die Vorbereitung

[24] BVerfGE 109, 279 Rz. 256 (zur Wohnraumüberwachung), BVerfGE 113, 348, 385; BVerfGE 120, 274 Rz. 232.

[25] Vgl. BVerfGE 100, 313, 395; BVerfG NJW 2007, 2749, 2751.

[26] Vgl. BGH StV 2010, 553 f.

[27] Vgl. BVerfGE 109, 279 Rn. 258.

einer Anlasstat (§ 30 StGB). Außerdem sollte die Teilnahme an der Katalogtat der Täterschaft gleichgestellt werden.

c) Besondere Schwere im Einzelfall

Zusätzlich zum Verdacht einer abstrakt vorliegenden besonders schweren Straftat ist zu verlangen, dass die **Straftat auch im Einzelfall schwer** wiegt. Dadurch ist sichergestellt, dass im Rahmen der Einzelfallprüfung solche Fälle herausfallen, die zwar eine Anlasstat der Erlaubnisnorm zum Gegenstand haben, aber im konkreten Einzelfall keine hinreichende besondere Schwere aufweisen.

d) Subsidiarität

Wegen des besonders eingriffsintensiven Charakters erfordert eine gesetzliche Regelung die Klarstellung, dass die Maßnahme nur als ultima ratio in Betracht kommt. Dabei bietet sich die Übernahme der in § 100c Abs. 1 Nr. 4 StPO enthaltenen Subsidiaritätsklausel an (die Maßnahme ist nur zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder unverhältnismäßig erschwert wäre).

e) Zielperson

In seiner Entscheidung zur präventiven Online-Durchsuchung integriert das BVerfG die Frage nach den möglichen Pflichtigen in seinen Gefahrenbegriff. Ein Merkmal der konkreten Gefahr ist danach der Bezug auf individuelle Personen als Verursacher.[28] Daraus wird abgeleitet, dass sich eine Online-Durchsuchung nur gegen einen Verhaltensstörer, nicht aber gegen Zustandsstörer oder Nichtstörer richtet kann.[29]

Für eine repressive Online-Durchsuchung stellt sich die Frage, ob neben dem Beschuldigten auch Dritte als Adressaten der Maßnahme in Betracht kommen, wenn bestimmte Tatsachen für die Annahme vorliegen, dass es sich um Kontaktpersonen des Beschuldigten handelt oder um Personen, die ihre informationstechnischen Systeme dem Beschuldigten zu Verfügung stellen. Problematisch sind weiterhin Fälle, in denen mehrere Personen ein informationstechnisches System nutzen und dort ihre persönliche Daten ablegen. Eine Zuordnung der Daten auf dem System zu einem bestimmten Nutzer wird meist erst nach Sichtung der Daten möglich sein.

Bei der Bestimmung der zulässigen Zielpersonen ist zu berücksichtigen, dass das BVerfG die besondere Eingriffstiefe von Online-Durchsuchungen gerade auch mit

28 BVerfGE 120, 274, 329.

29 Schneider, aaO, S. 44; Hermann, aaO, S. 157 f.

deren Streubreite begründet hat, was besondere materielle Voraussetzungen sowie besondere Verfahrensanforderungen erforderlich macht. Diese Streubreite erhöht sich naturgemäß, wenn sich die Maßnahme nicht unmittelbar gegen Verursacher der Bedrohungslage richtet. Gleichwohl wird man auch in den oben genannten Fällen die Maßnahme nicht von vornherein ausschließen können. Ansonsten könnten Beschuldigte einer besonders schwerwiegenden Straftat eine Online-Durchsuchung leicht umgehen, indem sie für ihre Straftatbegehung das informationstechnische System eines Bekannten oder eines Mitbenutzers verwenden. Die Zulässigkeit der Erhebung von Daten von Dritten, die möglicherweise in keinem Zusammenhang mit der Straftat stehen, wird man vielmehr von der Stärke des Verdachts, dass der Beschuldigte das informationstechnische System eines Dritten benutzt, abhängig machen müssen.

f) Kernbereichsschutz

Da der Betroffene das informationstechnische System dazu nutzen kann, Dateien höchstpersönlichen Inhalts, etwa tagebuchartige Aufzeichnungen oder private Film- oder Tondokumente zu speichern oder Inhalte übermitteln kann, die gleichfalls dem Kernbereich unterfallen können, bedarf es besonderer gesetzlicher Vorkehrungen, die den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung schützen. Das BVerfG geht in seiner Entscheidung zum präventiven Online-Durchsuchung von einem zweistufigen Schutzkonzept aus.[30]

Eine gesetzliche Regelung hat sicherzustellen, dass schon die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten unterbleibt, soweit dies informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich ist. Liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berührt, hat die Maßnahme zu unterbleiben. Etwas anderes gilt nur, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass kernbereichsbezogene Daten mit Inhalten verknüpft werden, die dem Ermittlungsziel unterfallen, um eine Überwachung zu verhindern.

§ 20k Abs. 7 Satz 1 BKAG hat den Kernbereichsschutz dahingehend geregelt, dass ein Datenerhebungsverbot besteht, wenn anzunehmen ist, dass „durch die Maßnahme allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden“. Diese Regelung wird in der Literatur kritisch gesehen, weil jedes informationstechnische System Daten enthält, die unzweifelhaft nicht dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzuordnen sind und die Maßnahme deshalb selbst dann zulässig wäre, wenn sicher zu erwarten ist, dass Kernbereichsdaten erfasst werden.[31]

Der Kernbereichsschutz auf der Anordnungsebene dürfte bei einer Online-Durchsuchung naturgemäß auf Schwierigkeiten stoßen. Eine Online-Durchsuchung

30 BVerfGE 120, 274 Rz. 262.

31 Herrmann, aaO, S. 153 f. m.w.N.

erfolgt aus technischen Gründen regelmäßig automatisiert, weshalb es schon deshalb schwierig ist, bereits bei der Erhebung Daten mit und ohne Bezug zum Kernbereich zu unterscheiden. Wie das BVerfG in der Entscheidung zur Online-Durchsuchung unter Berufung auf die von ihm angehörten Sachverständigen dargelegt hat, arbeiten technische Such- oder Ausschlussmechanismen zur Bestimmung der Kernbereichsrelevanz persönlicher Daten nicht so zuverlässig, dass mit ihrer Hilfe ein wirkungsvoller Kernbereichsschutz auf dieser Ebene erreicht werden könnte.[32] Im Gegensatz zur Wohnraumüberwachung, wo die Maßnahme von vornherein auf bestimmte Räumlichkeiten beschränkt oder von der Anwesenheit bestimmter Personen abhängig gemacht werden kann, ist eine derartige Differenzierung bei der Online-Durchsuchung wenig sinnvoll.[33] Auch eine Differenzierung nach unterschiedlichen Dateitypen[34] erscheint wenig überzeugend. Selbst wenn der Datenzugriff unmittelbar durch Personen ohne vorherige technische Aufzeichnung erfolgt, ist es oft schwierig oder gar unmöglich, die Daten schon während der Erhebung zu analysieren, insbesondere wenn es sich um fremdsprachige Textdokumente oder Gespräche handelt. Wegen dieser Schwierigkeiten ist es nach Auffassung des BVerfG verfassungsrechtlich nicht gefordert, den Zugriff auf das informationstechnische System von vornherein zu unterlassen.[35]

Der eigentliche Kernbereichsschutz dürfte deshalb in den meisten Fällen erst auf der zweiten Ebene zum Tragen kommen, weshalb dieser zweiten Stufe entscheidende Bedeutung zukommt. Es müssen deshalb Verfahrensregeln gefunden werden, die eine Minimierung der Eingriffsintensität sicherstellen. Das BVerfG nennt insoweit nur, dass Daten, deren Durchsicht ihre Kernbereichsrelevanz ergeben hat, unverzüglich zu löschen sind und eine Weitergabe oder Verwertung auszuschließen ist. Vorgaben, dass die Durchsicht des erhobenen Materials nur bestimmten Personen vorbehalten sein muss – etwa einem Richter oder einem Staatsanwalt –, enthält das Urteil nicht. Zahlreiche Stimmen in der Literatur fordern allerdings eine unabhängige Durchsicht der erhobenen Daten, weil nur so gewährleistet sei, dass die Daten trotz nachträglicher Löschung nicht für neue Ermittlungsansätze genutzt werden.[36] Konsequenterweise dürfte dann die Prüfung des erlangten Materials nur durch den Richter erfolgen, was zu einer erheblichen Belastung der Gerichte führen wird und die Praxistauglichkeit einer entsprechenden Regelung in Frage stellt.

§ 20k Abs. 4 des Bayerischen Entwurfs sieht – als vermittelnde Lösung – vor, dass bei Zweifeln, ob Daten dem Kernbereich unterfallen, diese dem für die Anordnung

32 BVerfGE 120, 274 Rz. 260.

33 A.A. Hermann, aaO, S. 84.

34 Herrmann, S. 84.

35 BVerfGE 120, 274 Rz. 261.

36 Herrmann, aaO, S. 155; Baum/Schnatz, ZRP 2008, 137, 138; Poscher JZ 2009, 269, 276;

zuständigen Richter vorzulegen sind, der über die Löschung entscheidet (vgl. auch § 100c Abs. 7 StPO).

g) Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen

Unter Berücksichtigung der besonderen Eingriffsschwere der Online-Durchsuchung und der Vergleichbarkeit mit dem großen Lauschangriff ist zu erwägen, den Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen wie in § 100c Abs. 6 StPO als lex specialis zu § 160a StPO auszugestalten und ein Überwachungsverbot für alle Berufsgeheimnisträger zu statuieren.[37]

h) Verfahrensrechtliche Vorgaben

Um die verhältnismäßige Anwendung der Befugnisnorm zu gewährleisten und den grundrechtlich geschützten Interessen des Betroffenen Rechnung zu tragen, bedarf es ergänzender verfahrensrechtlicher Vorgaben über die technischen und organisatorischen Verfahrensweisen wie auch hinsichtlich der grundlegenden technischen Eigenschaften des technischen Mittels. Um den Eingriff auf das unbedingt erforderliche Mindestmaß zu begrenzen und die Datensicherheit zu gewährleisten, erscheint die Regelung folgender technischer Schutzvorkehrungen erforderlich:

- Es ist durch entsprechende Vorkehrungen sicherzustellen, dass an dem betroffenen informationstechnischen System bei Durchführung der Maßnahme nur Veränderungen dergestalt vorgenommen werden, die für die Datenerhebung unbedingt erforderlich sind.[38]

- Die Anwenderdateien des Betroffenen sind vor einer nicht unbedingt notwendigen Veränderung zu schützen.

- Die Beeinträchtigung der Systemleistung auf Grund des Einsatzes des technischen Mittels ist auf das technisch unvermeidbare Maß zu begrenzen.[39]

- Nach Beendigung der Maßnahme sind alle an dem infiltrierten System vorgenommenen Veränderungen – soweit technisch möglich – entweder automatisiert oder händisch rückgängig zu machen (Löschung der Überwachungssoftware und Rückgängigmachung der Veränderungen an den bei der Installation der Überwachungssoftware vorgefundenen Systemdateien).[40]

37 Zur Kritik gegen die Regelung in § 100c Abs. 6 StPO vgl. LR-Hauck § 100c Rn. 136 ff. m.w.N.

38 Vgl. § 20k Abs. 2 BKAG, BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20k BKAG.

39 BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20 BKAG.

40 BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20 BKAG.

- Es ist durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherzustellen, dass die eingesetzte Überwachungssoftware nicht durch Dritte (Hacker) zweckentfremdet werden kann.[41] Dabei ist insbesondere sicherzustellen, dass die Überwachungssoftware von Unbefugten nicht derart manipuliert werden kann, dass die Daten an einen anderen Server als den von der Ermittlungsbehörde genutzten weitergeleitet werden. Nach dem vom BVerfG aufgestellten Maßstab[42] sind die entsprechenden Schutzmaßnahmen nach dem Stand der Technik auszuführen. Dies bedeutet, dass sich der Standard an dem Entwicklungsstand der Fachdiskussion orientiert und neue Erkenntnisse und Einsichten fortlaufend aufnimmt.[43]

- Die aufgrund der Online-Durchsuchung abgefangenen Daten sind nach dem Stand der Technik gegen Veränderung, unbefugte Löschung und unbefugte Kenntnisnahme zu schützen (vgl. § 14 Abs. 2 S. 1 TKÜV).[44] Eine entsprechende Regelung trägt § 9 Satz 1 BDSG und den entsprechenden Normen in den Datenschutzgesetzen der Länder Rechnung, wonach öffentliche Stellen bei der Erhebung personenbezogener Daten die technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen haben, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften des Datenschutzgesetzes zu gewährleisten.[45]

- Im Rahmen der verfahrensrechtlichen Vorgaben ist schließlich zu diskutieren, ob nur solche Überwachungssoftware zum Einsatz kommen darf, die durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik zertifiziert ist.[46]

i) Protokollierung

Zur Gewährleistung eines effektiven Grundrechtsschutzes des Betroffenen, zur Gewährleistung der Gerichtsfestigkeit der aufgefundenen Beweise und zur besseren Überprüfbarkeit durch das erkennende Gericht ist der Einsatz des technischen Mittels entsprechend zu protokollieren (vgl. § 20l Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 20k Abs. 3 BKAG, § 15b Abs. 3 HSOG; § 31 Abs. 3 S. 2 i.Vm. § 31c POG RhPf).

§ 20k Abs. 3 BKAG enthält hierzu folgende Regelung:

Bei jedem Einsatz des technischen Mittels sind zu protokollieren:
1. die Bezeichnung des technischen Mittels und der Zeitpunkt seines Einsatzes

41 Vgl. § 14 Abs. 1 TKÜV, BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20k BKAG.

42 BVerfG NJW 2010, 833, 840 zur Bewertung der Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsverkehrsdaten

43 BVerfG NJW 2010, 833, 840; vgl. auch Bratke, Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung im Strafverfahren, S. 464 f.

44 Vgl. BT-Drs. 16/10121, S. 29 zu § 20k Abs. 2 BKAG.

45 Vgl. Popp, ZD 2012, 51, 54.

46 Vgl. hierzu Brodowski/Feiling, Cyberkriminalität, Computerstrafrecht und die digitale Schattenwirtschaft S. 144 f., Vogel/Brodowski StV 2009, 632, 634 f.; Skistims/Roßnagel ZD 2012, 3, 7; Bratke, aaO, S. 465.

2. die Angaben zur Identifizierung des informationstechnischen Systems und die daran vorgenommenen nicht nur flüchtigen Veränderungen,
3. die Angaben, die die Feststellung der erhobenen Daten ermöglichen und
4. die Organisationseinheit, die die Maßnahme durchführt.
Die Protolldaten dürfen nur verwendet werden, um dem Betroffenen oder einer dazu befugten öffentlichen Stelle die Prüfung zu ermöglichen, ob die Maßnahme nach Absatz 1 rechtmäßig durchgeführt worden ist. Sie sind bis zum Ablauf des auf die Speicherung folgenden Kalenderjahres aufzubewahren und dann automatisiert zu löschen, es sei denn, dass sie für den in Satz 2 genannten Zweck noch erforderlich sind.

j) Vorbehalt richterlicher Anordnung

Die Durchführung einer Online-Durchsuchung ist unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen.[47] Eine Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug erscheint wegen des zeitlichen Vorlaufs für die technische Vorbereitung der Maßnahme entbehrlich.

k) Form und Inhalt der Anordnung

Für Form und Inhalt der Anordnung kann auf § 100b Abs. 2 StPO verwiesen werden, wonach Anordnungen schriftlich abzufassen und zu begründen sind. Die Anordnung sollte auch die Bezeichnung des informationstechnischen Systems enthalten. Für die Frage der Beendigung der Maßnahme nach Wegfall der Voraussetzungen kann der Regelungsgehalt des § 100b Abs. 4 Satz 1 StPO übernommen werden.

Zu klären ist, ob die bei der Anordnung der akustischen Wohnraumüberwachung im Hinblick auf die notwendige enge richterliche Kontrolle vorgesehene Begrenzung der Maßnahme auf einen Monat (§ 100d Abs. 1 Satz 4 StPO) auch für die Anordnung einer Online-Durchsuchung gelten soll. Dem könnte entgegenstehen, dass die Durchführung eines verdeckten Zugriffs auf informationstechnische Systeme regelmäßig langwieriger Vorbereitungen bedarf und es bei einer Anordnungshöchstdauer von nur einem Monat gegebenenfalls einer erneuten Anordnung bedarf, bevor mit der eigentlichen Maßnahme überhaupt begonnen wurde.[48]

Hinsichtlich der Durchsicht der Daten, auf die zugegriffen wurde, sollte auf § 110 StPO verwiesen werden, wonach die Durchsicht der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihren Ermittlungspersonen zusteht.

47 Vgl. zu diesem Erfordernis hinsichtlich des heimlichen Zugriffs auf informationstechnische Systeme BVerfG NJW 2008, 822, 832.

48 BR-Drs. 365/08, S. 13.

l) Benachrichtigung, Löschung personenbezogener Daten

Die Regelung des § 101 StPO zur Kennzeichnung, Löschung und Benachrichtigung sollte auch für den verdeckten Zugriff auf informationstechnische Systeme gelten.

III. Wohnungsbetretung

Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob die Regelung einer Online-Durchsuchung auch eine Ermächtigung zur Durchführung notwendiger Begleitmaßnahmen, insbesondere ein Recht zum Betreten und Durchsuchen einer Wohnung, in der sich das informationstechnische System befindet, enthalten soll.

Ein Recht zur heimlichen Wohnungsbetretung zur Infiltration des Zielrechners bedarf im Hinblick auf den Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Art. 13 GG enthält in den Absätzen 2-7 eine differenzierte Schrankensystematik, die an verschiedene Eingriffe unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen stellt. Die Schrankenregelung bedarf der Ausführung durch einfaches Gesetz.[49] Das Betreten zum Zwecke des direkten physischen Infiltrierens informationstechnischer Systeme lässt sich auf keine der in Art. 13 GG enthaltenen Schranken verfassungsrechtlich stützen.[50] Eine Befugnis zum Betreten der Wohnung dürfte sich auch nicht aus der sogenannten Annexkompetenz einer Regelung zur Online-Durchsuchung ergeben, weil es sich dabei nicht um eine mit der Online-Durchsuchung typischerweise verbundene und zu ihrer Durchführung zwingend erforderliche Begleitmaßnahme handelt und der Grundrechtseingriff nicht hinter dem Gewicht des primären Eingriffs zurückbleibt.

Die Befürworter einer Betretungsregelung argumentieren damit, dass die Hauptmaßnahme ohne die notwendigen Begleitmaßnahmen vielfach gar nicht möglich wäre.[51] Außerdem sei der physische Zugriff auf das Zielsystem unter technischen Gesichtspunkten gegenüber einem Internetzugriff überlegen, weil eine zielsichere Infiltration ermöglicht und dadurch die Beweiseignung der erlangten Daten erhöht werde. Bei einem Zugriff auf das Zielsystem über das Internet könne es wegen fehlerhafter Identifizierung des Zielsystems zu einer erheblichen Streubreite der Maßnahme kommen, die verfassungsrechtlich gerade problematisch sei.[52] Über die Zuverlässigkeit eines Zugriffs auf das Zielsystem aus der Ferne (online) über das Datennetz kann an dieser Stelle mangels ausreichenden technischen Sachverstands

49 Vgl. BVerfGE 109, 279 zu Art. 13 Abs. 3 GG und § 100c StPO als Ausführungsgesetz.

50 Vgl. Bratke, aaO, S. 255 ff.; a.A. BR-Drs. 365/08, wonach Art. 13 Abs.2 GG ein heimliches Eindringen in die Wohnung zur Durchführung von Begleitmaßnahmen zulässt.

51 BR-Dr. 365/08, S. 14.

52 Herrmann, aaO S. 151; a.A. Hartenbach, 845. Sitzung des Bundesrats am 13. Juni 2008, S. 174.

keine Aussage getroffen werden. Ungeachtet dessen erscheint auch fraglich, ob für ein Betretungsrecht eine entsprechende politische Willensbildung vorliegt.[53]

[53] Vgl. auch die Aufhebung eines solchen Betretungsrechts im Bayerischen Polizeiaufgabengesetz in Art. 34e BayPAG, LT-Drs. 16/1271, S. 1 f.

Anlage

Gesetzesantrag des Freistaates Bayern (BR-Drs. 365/08)

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung
(Verdeckter Zugriff auf Informationssysteme)

§ 100k StPO

(1) Auch ohne Wissen der Betroffenen darf mit technischen Mitteln auf informationstechnische Systeme zugegriffen werden, um Zugangsdaten und gespeicherte Daten zu erheben, wenn

1. bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in Absatz 2 bezeichnete besonders schwere Straftat begangen oder in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht hat,

2. die Tat auch im Einzelfall besonders schwer wiegt und

3. die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise – insbesondere durch eine Durchsuchung nach § 102, § 103 - unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre.

(2) Besonders schwere Straftaten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 sind:
1. aus dem Strafgesetzbuch:
   a) Straftaten des Friedensverrats, des Hochverrats und der Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats sowie des Landesverrats und der Gefährdung der äußeren Sicherheit nach den §§ 80, 81, 82, nach den §§ 94, 95 Abs. 3 und § 96 Abs. 1, jeweils auch in Verbindung mit § 97b, sowie nach den §§ 97a, 98 Abs. 1 Satz 2, § 99 Abs. 2 und den §§ 100, 100a Abs. 4,
   b) Bildung krimineller Vereinigungen nach § 129 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 Halbsatz 2 und Bildung terroristischer Vereinigungen nach § 129a Abs. 1, 2, 4, 5 Satz 1 Alternative 1, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1,
   c) Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung in den Fällen des § 176a Abs. 2 Nr. 2 oder Abs. 3, § 177 Abs. 2 Nr. 2 oder § 178 Abs. 5 Nr. 2,
   d) Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Schriften nach § 184b Abs. 1 bis 3,
   e) Mord und Totschlag nach den §§ 211, 212,
   f) Straftaten gegen die persönliche Freiheit in den Fällen der §§ 234, 234a Abs. 1, 2, §§ 239a, 239b und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung und zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft nach § 232 Abs. 3, Abs. 4 oder Abs. 5, § 233 Abs. 3, jeweils soweit es sich um Verbrechen handelt,
   g) schwerer Raub und Raub mit Todesfolge nach § 250 Abs. 1 oder Abs. 2, § 251,

h) räuberischer Erpressung nach § 255 und besonders schwerer Fall einer Erpressung nach § 253 unter den in § 253 Abs. 4 Satz 2 genannten Voraussetzungen,

2. aus dem Aufenthaltsgesetz
   Einschleusen mit Todesfolge oder gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen nach § 97,
3. aus dem Betäubungsmittelgesetz:
   a) besonders schwerer Fall einer Straftat nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 5, 6, 10, 11 oder 13, Abs. 3 unter der in § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 genannten Voraussetzung,
   b) eine Straftat nach den §§ 29a, 30 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, § 30a,
4. aus dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen:
   a) eine Straftat nach § 19 Abs. 2 oder § 20 Abs. 1, jeweils auch in Verbindung mit § 21,
   b) besonders schwerer Fall einer Straftat nach § 22a Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2
5. aus dem Völkerstrafgesetzbuch:
   a) Völkermord nach § 6,
   b) Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach § 7,
   c) Kriegsverbrechen nach den §§ 8 bis 12,
6. aus dem Waffengesetz:
   a) besonders schwerer Fall einer Straftat nach § 51 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2,
   b) besonders schwerer Fall einer Straftat nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 5

(3) Die Anordnung darf sich nur gegen den Beschuldigten oder gegen Personen richten, von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder dass der Beschuldigte ihre informationstechnischen Systeme benutzt oder benutzt hat. Die Maßnahme darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(4) Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch eine Maßnahme nach dem Absatz 1 allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden, ist die Maßnahme unzulässig. Soweit dies informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich ist, ist durch geeignete Vorkehrungen sicherzustellen, dass die Erhebung von Daten unterbleibt, die dem Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zuzurechnen sind. Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme nach Absatz 1 erlangt wurden, dürfen nicht verwertet werden. Aufzeichnungen hierüber sind unverzüglich zu löschen oder bei Zweifeln dem für die Anordnung zuständigen Gericht zur Entscheidung über ihre Löschung vorzulegen. Die Tatsache ihrer Erlangung und Löschung ist aktenkundig zu machen.

(5) Unter den Voraussetzungen des Absatz 1 dürfen technische Mittel auch eingesetzt werden, um

1. spezifische Kennungen zur Vorbereitung einer Maßnahme nach Absatz 1 sowie
2. den Standort eines informationstechnischen Systems zu ermitteln.

Personenbezogene Daten Dritter dürfen dabei nur erhoben werden, wenn dies aus technischen Gründen unvermeidbar ist. Nach Beendigung der Maßnahme sind diese unverzüglich zu lösen.

(6) Maßnahmen nach Absatz 1 und Absatz 5 dürfen nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden. § 100b Abs. 1 Sätze 4 und 5, Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 sowie § 110 Abs. 1 gelten entsprechend. Neben den Angaben gemäß § 100b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und 3 muss die Anordnung auch die Bezeichnung des informationstechnischen Systems enthalten. Maßnahmen nach Absatz 1 und Absatz 5 und insbesondere dadurch bedingte Veränderungen von Daten auf dem informationstechnischen System sind zu dokumentieren.

(7) Zur Durchführung von Maßnahmen nach Absatz 1 und Absatz 5 können Sachen verdeckt durchsucht sowie die Wohnung, in der sich das informationstechnische System befindet, ohne Einwilligung betreten und durchsucht werden. Für die Anordnung der Begleitmaßnahmen finden die für die Maßnahme nach Absatz 1 und Absatz 5 jeweils geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

UNIVERSITÄT ZU KÖLN
Institut für Strafrecht und Strafprozeßrecht
Professur für Strafrecht und Strafprozeßrecht
Prof. Dr. jur. Cornelius Nestler

50923 Köln
Albertus-Magnus-Platz
Universität
Telefon (02 21) 470-3160
Telefax (02 21) 470-2027
email: c.nestler@uni-koeln.de
21. 09. 2014

Stellungnahme zur Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren

I) Beschuldigtenvernehmung

Vorbemerkungen:

Die außerordentlich umfangreiche, gründliche und informative *Stellungnahme von Frau Swoboda*, die die Rechtslage und den Forschungsstand detailliert analysiert, macht es möglich, in meiner Stellungnahme eher thesenartig vorzugehen.

Meine Stellungnahme geht, soweit sie die **Vernehmung des Beschuldigten** behandelt, über die Frage der Dokumentation der Vernehmung hinaus und spricht auch die im Kontext der ersten Beschuldigtenvernehmungen für die Rechte des Beschuldigten wie für die Wahrheitsermittlung in einem effektiven Strafverfahren ebenfalls wichtigen Fragen der Mitwirkung eines Verteidigers an.

Anliegen einer Reform des Ermittlungsverfahrens mit Blick auf die Vernehmung des Beschuldigten muss es sein,

a) in der Praxis erkennbare Einfallstore für eine Verletzung der Rechte des Beschuldigten möglichst weitgehend zu vermeiden und

b) gleichzeitig dafür zu sorgen, dass die Einflussnahme, die auf den Beschuldigten bei seiner Aussage ausgeübt wird, erkennbar ist, und dass die Aussagen, die der Beschuldigte macht, möglichst unverfälscht Eingang in das weitere Strafverfahren finden.

c) Bei der Bearbeitung hat sich gezeigt, dass die Fragen, die eine Regelung der Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung aufwirft, untrennbar verbunden sind mit der Frage, in welcher Form die Beschuldigtenaussage in die Hauptverhandlung eingeführt werden soll. Die Stellungnahme wird diese Frage daher (schon) mitbehandeln, obwohl damit der Arbeitsauftrag der Kommission für die Sitzung am 29./30. September erweitert wird.

A) Mängel der aktuellen Rechtslage und Praxis

Die aktuelle Rechtslage und Praxis bei der Dokumentation von (insbes. der ersten) Beschuldigtenvernehmung ist unbefriedigend. In der Praxis beruht die Dokumentation des Ablaufs wie auch des Inhalts der nicht-richterlichen Beschuldigtenvernehmung regelmäßig auf dem von der Vernehmungsperson erstellten Protokoll. Diese Form der Dokumentation ist weder eine verlässliche Dokumentation des Ablaufs der Vernehmung und hierbei insbes. der Gewährleistung der aus dem nemo - tenetur - Prinzip folgenden und in § 136 StPO niedergelegten Rechte des Beschuldigten, noch wird darin die Aussage des Beschuldigten verlässlich festgehalten.

1) Begriffliche Bestimmung des Beschuldigten und Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung

a) Das für die Rechtsstellung des Beschuldigten fundamentale Recht zu Schweigen entsteht mit dem Beschuldigtenstatus. Die damit einhergehende Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden zur Beschuldigtenbelehrung gem. § 136 StPO ist bei einer (ersten) Vernehmung dann gegeben, wenn aus der Sicht des Vernehmenden ein „ernsthafter und konkreter Verdacht" der Tatbeteiligung besteht.[1] Damit zieht die Rechtsprechung einer Vernehmung, die sachwidrig (sei es absichtlich oder fahrlässig) eine Belehrung des Verdächtigen als Beschuldigter unterlässt, allenfalls eine Willkürgrenze; zudem fehlt mit dieser Begriffsbestimmung des Beschuldigten vor allem auch eine für die Vernehmungsperson klar erkennbare Anleitung, wann eine Beschuldigtenbelehrung vorzunehmen ist.

> *Ob und wie diese Rechtslage verbessert werden kann, ist Gegenstand der* ***Stellungnahme Ostendorf***

b) Die Feststellung, ob eine Beschuldigtenbelehrung rechtzeitig vorgenommen wurde, setzt immer dann, wenn sich der Beschuldigtenstatus nicht aus anderen Kriterien ergibt, (etwa: Vermerke; Maßnahmen, die sich der Art nach gegen einen Beschuldigten richten), voraus, dass an Hand des Ablaufs und vor allem des Inhalts der Vernehmung erkennbar ist, ob die Vernehmungsperson die oben unter 1) a) angesprochene „Willkürgrenze" überschritten hat. So kommt es neben der Verdachtslage auch darauf an, ob sich „aus dem Ziel, der Gestaltung und den Begleitumständen der Befragung" ein Verfolgungswille ergibt, und „wie sich das Verhalten des Beamten nach außen, auch in der Wahrnehmung des Betroffenen darstellt."[2]

Nach diesen Kriterien setzt schon die Überprüfung, ob der Vernommene rechtzeitig über seine Rechte nach § 136 StPO belehrt wurde, die genaue Dokumentation des Vernehmungsinhalts voraus.[3]

Diese Dokumentation hat möglichst die gesamte Kommunikation zwischen der Vernehmungsperson und dem Beschuldigten zu erfassen, d.h. auch die sog. Vorgespräche. Bei einer rein formell durchgeführten Vernehmung hat daher mit Beginn der Vernehmung die Dokumentation der Vernehmung einzusetzen. Wenn vor Beginn der formellen Vernehmung schon Gespräche etc. stattgefunden haben, müsste die formelle Dokumentation der Vernehmung damit einsetzen, dass zunächst Anlass, Ablauf und Inhalt dieser Vorgespräche mitgeteilt werden.

---

[1] Vgl. nur BGHSt 51, 367, 371; zusammenfassend Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 57. Aufl. 2014, § 163 a, Rn. 4a.

[2] BGHSt 51, 367, Rn 18 und 24.

[3] So hält es etwa die einschlägige Entscheidung BGHSt 51, 367 für vertretbar, dass die Strafverfolgungsbehörden zu Beginn der Vernehmung des späteren Angeklagten noch keinen konkreten und ernsthaften Verdacht bejaht hatten, kommt dann aber auf Grund der Fragen, die die Vernehmungsperson gestellt hatte, zu der Wertung, dass eine Verfolgungswille des Vernehmenden und damit eine Beschuldigtenstellung gegeben war, weil man derartige Fragen nur einem Verdächtigen, aber nicht einem Zeugen stelle; auf welcher Dokumentationsgrundlage dem BGH diese Fragen zugänglich waren, ist mir nicht bekannt.

2) Belehrung über das Konsultationsrecht und Gewährleistung des Konsultationsrechts

Die einschlägigen Entscheidungen des BGH[4] demonstrieren, dass es bei der Frage, ob die ebenfalls gem. § 136 StPO gebotene Belehrung über das Konsultationsrecht erfolgt ist und ob dessen Wahrnehmung in der konkreten Vernehmungssituation für den Beschuldigten gewährleistet war, regelmäßig um eine Reihe von tatsächlichen Abläufen und den Inhalt der Kommunikation zwischen Vernehmungsperson und Beschuldigtem geht: Wie, d.h. mit welchen Worten wurde der Beschuldigte über sein Konsultationsrecht belehrt ? Wie hat er auf die Belehrung reagiert, dabei vor allem: Hat er die Belehrung wirklich verstanden ? Wie haben die Vernehmungspersonen auf den Wunsch des Beschuldigten, sich von einem Anwalt beraten zu lassen, reagiert ? Welche Abläufe und welche Kommunikation über die Möglichkeit, einen Anwalt zu erreichen, haben dazu geführt, dass der Beschuldigte dann doch ohne die zunächst von ihm erwünschte anwaltliche Konsultation eine Aussage gemacht hat ?

Auch die Überprüfung, ob der Beschuldigte so über sein Konsultationsrecht belehrt wurde, dass er dessen Inhalt verstanden hat, und ob ihm die Wahrnehmung seines Konsultationsrechts tatsächlich gewährleistet wurde, setzt daher eine verlässliche Dokumentation der Abläufe der Vernehmung wie auch der Kommunikation zwischen der Vernehmungsperson und dem Beschuldigten voraus.

Dies gilt gerade auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des BGH, die bei einem Verstoß gegen das Konsultationsrecht des Beschuldigten die Frage, ob sich daraus ein Beweisverwertungsverbot ergibt, vom Ergebnis der Abwägung der Schwere des Verstoßes und gegenläufigen Interessen der Strafverfolgung abhängen lässt.[5] Denn damit wird die Rekonstruktion der Schwere des Verstoßes gegen das Konsultationsrechts zu einem zentralen Kriterium für die Entscheidung, ob der Verstoß zu einem Beweisverwertungsverbot führt. Diese Rekonstruktion ist aber zuverlässig nur dann möglich, wenn die Abläufe und Inhalte der Vernehmung verlässlich dokumentiert sind.

Zwischenergebnis: Schon um überprüfen zu können, ob die Rechte gewährleistet wurden, die sich für den Beschuldigten aus § 136 StPO[6] ergeben, ist eine verlässliche Dokumentation von Ablauf und Inhalten der Interaktion zwischen Vernehmungsperson und dem Beschuldigten erforderlich.

Exkurs zur Gewährleistung des Konsultationsrechts:

Die aus der Rechtsprechung des BGH bekannten[7] Entscheidungen zur Gewährleistung des Konsultationsrechts sind geprägt durch einen Prozess des Aushandelns aus ungleichen Stärkepositionen: Der Beschuldigte äußert, dass er einen Anwalt konsultieren will, bevor er aussagt. Der Vernehmungsbeamte nutzt die Zwangssituation

---

[4] Ausgangspunkt dieser Rspr. sind die gegensätzlichen Entscheidungen BGHSt 42, 15 (5. Ss) und BGHSt 42, 70 (1. Ss). Weiterhin 5 StR 588/01 - 05. 02. 2002 = BGHSt 47, 233; 1 StR 114/05 - 18. 10. 2005 = NStZ 2006, 236; 5 StR 200/05 - 11. 8. 2005 = NStZ 2006, 114; BGH NJW 2013, 2769; Überblick bei *Meyer-Goßner/Schmitt,* aa0, § 136 Rn 10a.

[5] Nachweise zur Rspr. in Fn 4.

[6] Weiterhin: Nemo-tenetur-Prinzip, Recht auf Verteidigung, § 136a StPO.

[7] Um Missverständnissen vorzubeugen: Ob die in diesen Entscheidungen geschilderten Vorgänge insbes. bei nicht-richterlichen Vernehmungen Extremfälle der Alltagspraxis polizeilicher Vernehmungen abbilden, ist irrelevant. Jedenfalls stehen sie dafür, welche Praktiken des Umgangs mit dem Konsultationsrecht auch vorkommen und welche rechtlichen wie tatsächlichen Probleme sich daraus ergeben.

(Festnahmesituation; Angst des Beschuldigten, etwas falsch zu machen, wenn er nicht aussagt; Hoffnung des Beschuldigten, seine Lage zu verbessern, wenn er aussagt) aus

und versucht den Beschuldigten dazu zu bewegen, eine Aussage auch ohne vorherige anwaltliche Beratung zu machen.

Einfacher und klarer wäre eine Regelung (wie etwa im US-Amerikanischen Recht), wonach der Beschuldigte der Sache nach folgendermaßen zu belehren ist: Sie haben das Recht, sich vor einer Vernehmung mit einem Anwalt zu beraten. Wenn Sie eine solche Beratung wünschen, haben Sie einen Anspruch darauf, dass wir den Anwalt, von dem Sie beraten werden wollen, benachrichtigen oder einen anderen Anwalt benachrichtigen. Die Vernehmung wird solange unterbrochen, bis ein Anwalt erschienen ist und Sie beraten hat.[8] Wenn Sie jetzt schon, d.h. ohne vorherige anwaltliche Beratung, eine Aussage machen wollen, haben Sie das Recht dazu, aber dann müssen sie ausdrücklich auf ihr Recht verzichten, sich vorher mit einem Anwalt zu beraten.

Eine solche Praxis kann nur in Kooperation mit den Organisationen der Anwaltschaft, wie sie nach meiner Kenntnis in Großstädten überall funktoniert,[9] funktionieren: Den Polizeidienststellen müssen Kontaktadressen vorliegen, über die ein anwaltlicher Notdienst zu erreichen ist. Die Anwaltsorganisationen müssen sicherstellen, dass der Notdienst funktioniert. Und wenn dieser Notdienst in den Nachstunden nicht gewährleistet ist, was insbes. in ländlichen Gebieten der Fall sein dürfte, dann muss jedenfalls sichergestellt sein, dass mit Beginn der normalen Arbeitszeiten am nächsten Tag ein Anwalt erreicht werden kann.

Weiterhin wird zu prüfen sein, ob die Gewährleistung des Konsultationsrechts Änderungen im Recht der notwendigen Verteidigung erfordert.[10]

3) Umfang der Belehrung gem. § 136 StPO

Aus der bislang gem. § 136 StPO vorgesehenen Belehrung ist für den Beschuldigten nicht erkennbar und in aller Regel nicht bekannt, unter welchen Voraussetzungen seine Angaben bereits bei der ersten Vernehmung in eine spätere Hauptverhandlung eingeführt werden können. § 136 StPO muss daher um folgende Vorschrift ergänzt werden:
(x) Der Beschuldigte ist bei der ersten Vernehmung auch darüber zu belehren, dass seine Äußerungen zum Zweck der Beweiserhebung in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.[11]

Das Schweigerecht des Beschuldigten gebietet die Aufklärung über die Verwertbarkeit früherer Angaben in der Hauptverhandlung. Die hier vorgeschlagene Belehrungspflicht

---

[8] Praktisch: Wir werden Sie jetzt in die Zelle bringen und dann können Sie sich morgen früh mit einem Anwalt beraten.
[9] Für eher ländliche Bezirke gibt es ebenfalls eine Vernetzung, vgl. http://www.ag-strafrecht.de/Notdienst.aspx.
[10] Eine Bestellung, wie sie § 141 Abs. 1 in den Fällen des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO vorsieht, macht wegen den daraus folgenden Schwierigkeiten, einen anderen Verteidiger zu wählen, bei einer Beratung und Mitwirkung des Verteidigers bei ersten Vernehmungen wenig Sinn. Man müsste daher eine Regelung finden, die zwar einen Fall notwendiger Verteidigung annimmt, aber auf die Rücknahme einer zu diesem Zeitpunkt getroffenen Beiordnung nicht die derzeit geltenden extrem restriktiven Grundsätzen zu § 143 StPO anwendet.
[11] Dieser Vorschlag wird übernommen vom Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme), vorgelegt von *Eser ua,* GA 2014, S. 1 ff., 31.
Die folgende verkürzt wiedergegebene Begründung des Vorschlags übernimmt die Begründung des AE-Beweisaufnahme, aaO, S. 33 f.

dient der Information des Beschuldigten und gewährleistet seine Entschließungsfreiheit vor und in der Vernehmungssituation. Nur dann, wenn der Beschuldigte sich darüber im Klaren ist, dass seine Aussage, insbes. ein Geständnis, in die Haupterhandlung einfließen kann, kann der Beschuldigte seine Verteidigungsoptionen abwägen und sich

entschließen, ob er von seiner Freiheit, sich nicht selbst belastet zu müssen, Gebrauch macht oder an der Entstehung einer Beweisgrundlage mitwirkt.[12]

Die Erweiterung der Belehrungsvorschriften des § 136 StPO um ein derartiges Belehrungsgebot ist auch dann erforderlich, wenn man an der geltenden Rechtslage festhält,[13] also keine neuen Regelungen für die Einführung der Aussage des Beschuldigten aufstellt.[14]

4) Dokumentation der Aussage des Beschuldigten: Polizeiliche oder staatsanwaltliche Protokolle, die keine Wortprotokolle sind, sind keine verlässliche Grundlage für das Verständnis des Aussageinhalts. Da eine Aussage regelmäßig das Ergebnis der Interaktion von Vernehmungsperson und Beschuldigtem ist („Aushandeln" des Tathergangs), muss die Interaktion, d.h. das Zusammenspiel von Fragen und Antworten dokumentiert sein, um das Zustandekommen der Aussage und damit den Aussageinhalt verstehen zu können. Und Aussagen, die von der Vernehmungsperson formuliert werden, dokumentieren zwar, wie die Vernehmungsperson die Aussage verstanden hat, geben aber gerade nicht den wahren Aussageinhalt wieder.[15]

Und die Aussage des Beschuldigten kann schon im Ermittlungsverfahren Grundlage für vielerlei weitere Ermittlungen sein, die an den Inhalt des Protokolls der ersten Vernehmung anknüpfen (etwa Folgevernehmungen des Beschuldigten durch Polizei, Staatsanwaltschaft und den Ermittlungsrichter, Vernehmungen von Mitbeschuldigten und Zeugen). Es besteht daher die erhebliche Gefahr, dass die Mängel des herkömmlichen Protokolls insbes. der ersten Vernehmung somit schon im Ermittlungsverfahren latent andere Beweise kontaminieren.

Es ist - soweit ich erkennen kann - ganz unbestritten, dass eine wortwörtliche Dokumentation der Vernehmung, vor allem in Form der audio-visuellen Aufzeichnung, gegenüber dem herkömmlichen Protokoll die weit bessere und damit vorzugswürdige Form der Dokumentation einer Vernehmung - hier der Beschuldigtenvernehmung - ist.

5) Einführung der Beschuldigtenaussagen in die Hauptverhandlung durch die Vernehmungsperson

Bekanntermaßen erfolgt der Transfer der nicht-richterlichen Beschuldigtenvernehmung aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung im Hinblick auf das Verbot der

---

[12] Instruktiv für die Tendenz, die vernommene Person bei ihrer Entscheidung, ob sie eine Aussage machen will oder nicht, umfassend über die mögliche Verwertbarkeit ihrer Aussage im Verfahren zu informieren, die aktuelle Entscheidung des 2. Strafsenats (2 StR 656/13 v. 4. Juni 2014) zur Belehrung eines Zeugen, der ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO hat, bei seiner richterlichen Vernehmung.

[13] Einführung der Vernehmung durch Vernehmung der Vernehmungsperson als Zeuge.

[14] Der AE-Beweisaufnahme begründet diese Erweiterung der Belehrung im Kontext seines Vorschlages zu einer Neuregelung der Dokumentation von Beschuldigtenaussagen und ihrer Einführung in die Hauptverhandlung, dazu unten unter 7) b).

[15] Die Stichworte sind: Nichterkennbarkeit suggestiver Einflüsse der Befragung, Verzerrungen des Aussageinhalt, Verlust an Details - alle diese Mängel des herkömmlichen Protokolls sind in der Lit. umfangreich dokumentiert und unbestritten, vgl. dazu nur *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 14. Aufl. 2013, Rn. 609 m. Nw.; mit umfangreichen Nachweisen und Zusammenfassung empirischer Studien und Erfahrungen schon *Stellungnahme Swoboda* vom 26. August, S. 22 ff.; neuerdings und zusammenfassend *von Schlieffen*, in: freispruch 2014, Heft 5, S. 1 f.

Verlesung des Vernehmungsprotokolls gem. § 254 StPO über den Weg der Vernehmung der Vernehmungsperson als Zeuge vom Hörensagen. Damit wird als Inhalt der Beschuldigtenaussage im Ermittlungsverfahren das Verständnis der Vernehmungsperson von der Aussage eingeführt, welches entweder durch Vorhalt des von der Vernehmungsperson selbst erstellten Inhalts der Vernehmung oder auch durch das seiner Zeugenvernehmung vorangegangene Studium des Vernehmungsprotokolls

„aufgefrischt" wird. Akzeptiert man die Ausgangsthese, dass das von der Vernehmungsperson erstellte Vernehmungsprotokoll im Hinblick darauf, was der Beschuldigte tatsächlich ausgesagt hat, hochgradig fehleranfällig ist und gleichzeitig die Entstehung der Aussage nur verzerrt wiedergibt, dann ist dem Statement von Frau *Swoboda* nichts hinzuzufügen: „In der Hauptverhandlung folgt dann die absurde Situation, dass der Vernehmende dem Gericht erklärt, was der Beschuldigte gegen dessen Beteuern, aber nach dem (institutionell legitimierten) Wissen das Protokolls tatsächlich erklärt hat."[16]

Die eklatanten Mängel dieser Praxis sind vielfach beschrieben, die Gefahren für die Wahrheitsfindung und vor allem auch die Gefahr, dass diese Praxis zu Fehlurteilen führen kann, sind offenkundig und wissenschaftlich gut erforscht. Nicht das **OB** einer Reform der Regeln, auf denen diese Praxis beruht, kann streitig sein, sondern allein das **WIE**.

6) „Praxistauglichkeit" audio-visueller Aufzeichnung

Die Herstellung einer audio-visuellen Aufzeichnung einer Vernehmung verursacht keinerlei größere Kosten oder Fähigkeiten.[17] Sie erlaubt vor allem eine detaillierte Überprüfung von Ablauf und Inhalt der Vernehmung und sie ist - unabhängig von der Ausgestaltung der Regeln zur Verwertbarkeit - allein schon durch diese Funktion gerechtfertigt. Wäre die Vernehmung aber für die am Strafverfahren Beteiligten nur in der Form der audio-visuellen Dokumentation verfügbar, stünde die Praxis vor erhebliche Problemen, denn eine Kenntnisnahme vom Vernehmungsinhalt durch Abhören einer Tonaufzeichnung ist extrem zeitaufwendig. Unter zeit-ökonomischen Kriterien ist die Videoaufzeichnung die mit Abstand unattraktivste Dokumentation der Vernehmung. In dieser Hinsicht ist ein schriftliches Protokoll weit überlegen.[18] Es sollte daher neben der Aufzeichnung der Vernehmung auf einen Datenträger weiterhin eine schriftliche Dokumentation der Vernehmung geben, die zunächst zumindest als Arbeitsgrundlage im laufenden Strafverfahren genutzt werden kann. Dieses „Protokoll" kann technisch folgendermaßen gestaltet sein:[19]

(i) Nachträgliche Verschriftung der Tonaufnahme als Wortprotokoll. Dieses Verfahren wird nach meiner Kenntnis aktuell schon von einigen Ermittlungsbehörden bei Vernehmungen zu Tötungsdelikten benutzt, erfordert aber den Aufwand von Schreibkräften, die das Wortprotokoll auf der Grundlage der Tonaufnahme erstellen.

---

[16] *Stellungnahme Swoboda*, S. 24 mit Bezug auf *Witting,* Schiller-FS 2014, S. 691, 692.

[17] Dass es nicht möglich sei, bei Polizei , Staatsanwaltschaft und Gerichten Aufnahmegeräte anzuschaffen, die jeder Bürger für wenig Geld im Mediamarkt erwerben kann, überzeugt nicht. Gleiches gilt für die Fähigkeit der Vernehmungspersonen, derartige Geräte zu bedienen.

[18] Frau *Swoboda* hat in ihrer *Stellungnahme* diese praktischen Probleme an Hand der Untersuchungen zum Umgang der Praxis mit Videoaufzeichnungen von (Zeugen-) Vernehmungen ausführlich beschrieben - z.T. werden Videoaufzeichnungen von Verfahrensbeteiligten schlicht ignoriert.

[19] Das hier angesprochene Problem wird im AE-Beweisaufnahme nicht gesondert thematisiert. Der Gesetzesentwurf der BRAK geht davon aus, dass weiterhin wie bisher ein schriftliches Vernehmungsprotokoll erstellt wird, vgl. *Nack/Park/Brammsen,* NStZ 2011, 310, 312.

(ii) Dieser Aufwand könnte zunehmend geringer werden, um so mehr es gelingt, mit Hilfe von Spracherkennungssystemen eine automatisierte Verschriftung der Tonaufnahme[20] herbeizuführen.[21]

(iii) Die Vernehmungsperson erstellt weiterhin ein Inhaltsprotokoll.[22] Bei dieser Verfahrensweise wird in der einschlägigen Literatur als einer der gewichtigen großen Nachteile der jetzigen Praxis kritisiert, dass sich die gleichzeitig mit der Abfassung des Vernehmungsprotokolls beschäftige Vernehmungsperson nicht ausschließlich auf die Vernehmung konzentrieren kann,

(iv) Die Vernehmungsperson fasst nachträglich den Inhalt der Vernehmung zusammen, ggf. mit Hinweisen auf die Fundstellen auf dem Datenträger.

B) Zur Reform

7) Bei einer Reform (vor allem) zu lösende Fragen

(1) Sollen alle Beschuldigtenvernehmungen audio-visuell aufgezeichnet werden oder soll der Zwang zur Aufzeichnung nur bei bestimmten Tatvorwürfen bestehen und soll es ein Recht des Beschuldigten auf audio-visuelle Aufzeichnung geben ?

(2) Die Frage der Dokumentation ist untrennbar verbunden mit der weiteren Frage, ob die Aussage des Beschuldigten weiterhin durch die Vernehmung der Vernehmungsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf - dann wäre die audio-visuelle Aufzeichnung nur die Grundlage für die Klärung, ob ein Verfahrensfehler vorliegt und für Vorhalte an die Vernehmungsperson als Zeugen. Oder soll die Aussage des Beschuldigten in Form der audio-visuellen Aufzeichnung in die Hauptverhandlung eingeführt werden ?

zu (1) Pflicht zur Aufzeichnung

Der Entwurf der BRAK[23] sieht eine generelle Kann-Regelung vor und macht die audio-visuelle Aufzeichnung zur Pflicht, „wenn abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein

---

[20] Erste nur oberflächliche Recherchen zeigen, dass auf diesem Gebiet nicht nur im alltäglichen Umgang mit Smart-Phones, sondern gerade auch bei der Protokollierung von Vernehmungen rasante technische Fortentwicklungen stattfinden. Diese scheinen vor allem dort stattzufinden, wo sie wie etwa in den USA von starken finanziellen Interessen getragen sind. Aktuell scheint es dafür allerdings noch keinen Markt für die deutsche Sprache zu geben.
Sowohl die Verschriftung von Fragen der Vernehmungsperson wie auch bei Vernommenen, deren Aussage durch einen Dolmetscher ins Deutsche zu übersetzen sind, erlauben schon die derzeitig auf dem Markt verfügbaren Spracherkennungssysteme hervorragende Ergebnisse, denn sie basieren auf einer Technik, die in einem wenig aufwendigen Verfahren zunächst „die Sprache“ (in unserem Fall: der Vernehmungsperson oder des Dolmetschers) „kennenlernt“ - ein Verfahren, was bei der vernommenen Person nicht im Regelfall gut umsetzbar ist.

[21] Diese sollte möglichst während der Vernehmung erfolgen. Das hat erstens den Vorteil, dass für den Vernehmenden wie für andere an der Vernehmung Beteiligten, insbes. den Verteidiger, die Fragen und Antworten der vorangegangenen Teile der Vernehmung dokumentiert sind. Zweitens ist damit während der Vernehmung eine Korrektur oder Ergänzung bei Fehlern der automatisierten Verschriftung („Übersetzungsfehler“) möglich. Drittens könnte die Richtigkeit des verschrifteten Aussageinhalts während oder im Anschluss an die Vernehmung geklärt werden - so wie heute schon beim herkömmlichen Protokoll.
Die automatisierte Verschriftung könnte aber auch die Grundlage für die nachträgliche Verschriftung der Tonaufnahme sein: Die Schreibkräfte müssten dann nicht die gesamte Tonaufnahme transkribieren, sondern nur noch Fehler oder Auslassungen der automatisierten Transkription korrigieren.

[22] So der Gesetzesentwurf der BRAK 2010.

[23] BRAK 2010; zusammenfassend *Nack/Park/Brammsen,* NStZ 2011, 310, 312

wird.“ Der Vorschlag des AE-Beweisaufnahme macht die Aufzeichnung nur zur Regel („soll“), wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird, und sieht vor, dass auf Antrag des Beschuldigten (über sein Antragsrecht ist er zu belehren) die Aussage zwingend aufzuzeichnen ist.

Der Vorschlag der BRAK ist weitergehend, denn von den Fällen der notwendigen Verteidigung erfasst der AE-Beweisaufnahme allein den Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO (Vorwurf eines Verbrechens). Zu klären wäre bei dem Vorschlag der BRAK, wer die Prognose „wenn abzusehen ist“ trifft und wie gewährleistet werden kann, dass jedenfalls in den eindeutigen Fällen des § 140 Abs. 1 grundsätzlich eine Aufzeichnung zu erfolgen hat.[24] Beim Vorschlag von Frau *Swoboda,* der sich an den Entwurf der BRAK anlehnt, wäre zu klären, warum die Pflicht zur Aufzeichnung allein auf die Fälle des § 140 Abs. 2 (Schwere der Tat oder Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage) mit dem weiteren Erfordernis, dass “eine Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist,“[25] beschränkt werden soll.

Das vom AE-Beweisaufnahme weiterhin vorgesehene Antragsrecht des Beschuldigten folgt aus dem Gesamtkonzept des AE-Beweisaufnahme, der die Gewährleistung der Autonomie des Beschuldigten bei seinen Entscheidungen in der Vernehmungssituation ins Zentrum seines Entwurfs stellt, dazu sogleich unter zu 2).

Vorschlag: Das praktische Problem, das sich bei allen Vorschlägen stellt, die eine Kann-Regelung und eine Soll-Regelung enthalten, die auf materielle Kriterien abstellt, ergibt sich daraus, dass im Einzelfall gerade bei einer Erstvernehmung nicht klar erkennbar sein muss, ob die materiellen Voraussetzungen gegeben sind oder nicht.[26] Eindeutig wäre daher eine Regelung, die immer eine Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung anordnet - was spricht dagegen ?

Zu (2) Einführung der Beschuldigtenaussage in die Hauptverhandlung

a) Der Entwurf der BRAK belässt es bei der nach § 254 StPO geltenden Rechtslage und Praxis, die allein um die Möglichkeit erweitert wird, dass die Aufzeichnung der richterlichen Vernehmung wie ein Protokoll in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann. Die nicht-richterliche Beschuldigtenaussage würde danach weiterhin über die Vernehmung der Vernehmungsperson eingeführt werden. Die Funktion der Aufzeichnung könnte nach diesem Vorschlag allein darin bestehen, dass an Hand der Aufzeichnung die Einhaltung der Verfahrensregeln gem. § 136 StPO[27] überprüft werden kann und dass der Vernehmungsperson als Zeuge Vorhalte aus der Aufzeichnung gemacht werden können.

Das ist aus mehreren Gründen unbefriedigend:

(i) Die Begründung des BRAK-Entwurfs weist zunächst zutreffend darauf hin, dass von Seiten der Richter und Staatsanwälte wie von der Polizei, die sich nicht selten

---

[24] Unbefriedigend wäre jedenfalls eine analoge Anwendung der von der Rechtsprechung zu der mit dem Vorschlag der BRAK nahezu gleichlautenden gesetzlichen Regelung des § 141 Abs. 3 für die Bestellung eines Verteidigers im Vorverfahren („wenn in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird“) aufgestellten Grundsätze, vgl. dazu nur den Überblick bei *Meyer-Goßner/Schmitt,* aa0, § 141, Rn 5.

[25] Woher weiß man das im Vorfeld einer Vernehmung ?

[26] Insbesondere bei vagen und stark prognostischen Kriterien, vgl. schon Text bei Fn 24 und Kommentar in in Fn 25.

[27] Weiterhin: § 136a StPO; Recht auf Verteidigung; weitere Regeln, die sich aus dem nemo-tenetur-Prinzip ergeben.

unberechtigten Vorwürfen in Bezug auf die Ordnungsgemäßheit der Vernehmung ausgesetzt sähe, beklagt wird, dass Verteidiger bislang in der Hauptverhandlung „Nebenkriegsschauplätze“ zum Zustandekommen und Inhalt von Vernehmungsprotokollen eröffnen, und die Gerichte damit (zu) viel Hauptverhandlungszeit mit der Einvernahme von Vernehmungsbeamten (zu diesen Fragen der Ordnungsgemäßheit der Vernehmung) zu verbringen hätten.[28] Hier würde die Aufzeichnung tatsächlich Abhilfe leisten, weil der Gang der Vernehmung durch sie rekonstruierbar wird. Dabei träte aber die absurde Situation ein, dass hinsichtlich des Inhalts der Vernehmung zwar (weiterhin) formal die Aussage der Vernehmungsperson als Zeuge als Grundlage dafür dienen würde, was der Beschuldigte ausgesagt hat, obwohl alle Verfahrensbeteiligten wegen ihrer Kenntnis von der Aufzeichnung genau(er) wissen, was der Beschuldigte tatsächlich gesagt hat, und das eigentliche Beweismittel, den Zeugen, über den Weg des Vorhalts dazu „zwingen“ können, den aufgezeichneten Inhalt der Beschuldigtenaussage (in einem aufwendigen Verfahren) im Wege des Vorhalts zu reproduzieren.[29]

(ii) Somit ist die Vernehmung der Vernehmungsperson in der Hauptverhandlung praktisch überflüssig,[30] wenn eine Aufzeichnung vorliegt, aber dennoch geboten. Damit würde auch ein zentraler Entlastungseffekt, der mit der Möglichkeit der Einführung der Aufzeichnung von der Beschuldigtenaussage erzielt werden könnte, der weitgehende Verzicht auf die Vernehmungsperson als Zeuge in der Hauptverhandlung, nicht genutzt werden.

(iii) Das ausschlaggebende Argument gegen die Beibehaltung des § 254 StPO auch dann, wenn eine Aufzeichnung der Vernehmung vorliegt, ist schlicht und einfach, dass es dann keinen vernünftigen Grund mehr dafür gibt, warum nicht anstelle der Vernehmung der Vernehmungsperson als Zeuge die Aufzeichnung der Aussage eingeführt werden sollte, wenn bei deren Zustandekommen bestimmte Voraussetzungen eingehalten wurden.[31]

b) Weithin überzeugend[32] ist das **Konzept des AE-Beweisaufnahme**, das ich hier nur kurz zusammenfasse (die einschlägigen Regelungen zu § 136 und § 254 AE-StPO und die Begründungen des Entwurfs füge ich in Kopie als Anlage bei).

Ausgangspunkt ist, dass gegenüber dem „unbefriedigenden Rechtszustand“ (§ 254 StPO, Vernehmung der Vernehmungsperson) das Ziel verfolgt wird, „das Schweigerecht des Angeklagten zu stärken, indem die Übertragbarkeit seiner Aussagen aus dem Ermittlungsverfahren stark limitiert wird. Aussagen aus solchen früheren Vernehmungen sollen nur noch dann in die Hauptverhandlung eingebracht werden dürfen, wenn eine gesteigerte Gewähr dafür besteht, dass der Angeklagte sie ohne Druck gemacht hat und das Beweismittel die Aussage korrekt und vollständig reproduziert.“[33]

Nicht mehr möglich ist damit aber allein die derzeit praktizierte Einführung der Aussage des Beschuldigten bei einer nicht-richterlichen Vernehmung durch den Vernehmungsbeamten.

---

[28] AaO, S. 63, unter bb).
[29] Diese absurde Situation stellt sich derzeit schon bei Zeugenaussagen, deren Videoaufzeichnung vorliegt, die aber nicht eingeführt werden dürfen, so dass stattdessen über die Vernehmung des Ermittlungsrichters die Zeugenaussage eingeführt wird, vgl. BGHSt 49, 72, 78 f. im Kontext von § 255 a StPO.
[30] Anders nur, wenn es um weitere Fragen geht, die nicht schon allein mit der Kenntnisnahme von der Aufzeichnung beantwortet werden können.
[31] Zu diesen Voraussetzungen sogleich unter 7) b).
[32] Zur Kritik am Vorschlag des AE-Beweisaufnahme vgl. am Ende dieses Abschnitts.
[33] AaO, S. 66

Denn auch ohne Zustimmung des Angeklagten darf die Aussage unter der Voraussetzung, dass er vor Beginn der Vernehmung über die Möglichkeit der späteren Verwendung in der Hauptverhandlung belehrt worden ist (§ 136 Abs. 5 iVm § 254 Abs. 3, S. 1 AE-StPO[34]), in folgenden Konstellationen eingeführt werden:

(i) Richterliche Vernehmung (§ 254 Abs. 1, S. 2 Nr. 1 AE-StPO)

(ii) Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung ((§ 254 Abs. 1, S. 2 Nr. 2 AE-StPO)

(iii) Nur in Form der Bild-Ton-Aufzeichnung, wenn der Angeklagte vor seiner Vernehmung auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat (§ 254 Abs. 1, S. 2 Nr. 3 AE-StPO).

Der zentrale Unterschied zum derzeitigen Rechtszustand ist somit, dass die Einführung der Aussage aus einer nicht-richterlichen Vernehmung, die ohne Mitwirkung eines Verteidigers durchgeführt wurde, nur noch in Form der Bild-Ton-Auszeichnung möglich ist.[35]

Weiterhin möglich ist aber die Einführung der Aussage aus einer nicht-richterlichen Vernehmung, die unter Anwesenheit des Verteidigers durchgeführt wurde, sowie aus einer richterlichen Vernehmung sowohl in Form der

(i) Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung

(ii) Verlesung des Protokolls

(iii) Vernehmung der Vernehmungsperson,

wobei der AE-Beweisaufnahme für diese Möglichkeiten eine Rangfolge[36] aufstellt, die aber nicht eingehalten werden muss, wenn Staatsanwalt, Angeklagter und sein Verteidiger dem zustimmen (geregelt in § 251 Abs. 1 und 2 AE-StPO).

Zu kritisieren ist allein, dass dieser Vorschlag es auch erlaubt, dass allein schon bei Anwesenheit des Verteidigers bei der Vernehmung und bei einer richterlichen Vernehmung, dann, wenn keine Aufzeichnung existiert, die Aussage über die Verlesung des Protokolls (oder sogar der Vernehmung der Vernehmungsperson) einzuführen. Vorzugswürdig ist in beiden Konstellationen, dass im Hinblick auf die genaue Dokumentation von Aussageentstehung und Aussage die Vernehmung immer aufgezeichnet wird[37] und die Form der Einführung der Aussage durch Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung Vorrang hat.[38]

c) Vollständigkeit der Dokumentation

Weiterhin sollte eine Regelung geschaffen werden, die sicherstellt, dass die Dokumentation auch den Inhalt verfahrensbezogener Gespräche erfasst, die außerhalb der aufgezeichneten Vernehmung geführt wurden.

---

[34] Dazu schon oben unter 3).

[35] Dem Angeklagten, der in der Hauptverhandlung zur Sache aussagt, dürfen aber frühere Angaben auch dann vorgehalten werden, wenn sie zum Zweck der Beweisaufnahme nicht eingeführt werden dürfen, vgl. § 254 Abs. 3 AE-StPO.

[36] Zu überlegen wäre, ob die Einführung der Transkription einer Aufzeichnung nicht unter (i) fallens sollte - die Einführung der Aufzeichnung würde dann nur noch erfolgen, wenn sie neben der Einführung der Transkription aus Aufklärungsgesichtspunkten erforderlich ist.

[37] So schon oben unter 7) am Ende von *zu 1)* - S. 8, dritter Absatz.

[38] Zu einer Modifikation der Rangfolge aus Praktikabilitätsgründen sogleich unter d).

Vorschlag BRAK-E (§ 58 a Abs. 2):
„Wer die Bild-Ton-Aufzeichnung erstellt hat, erklärt am Ende der Vernehmung, ob und mit welchem Inhalt verfahrensbezogene Gespräche mit dem Zeugen[39] wurden. Der Zeuge erhält Gelegenheit, sich hierzu zu äußern."

Vorschlag AE-Beweisaufnahme (§ 58 a Abs. 2):
„Wer die Vernehmung durchgeführt hat, erklärt am Ende der Vernehmung, dass die Aufzeichnung die Vernehmung vollständig und richtig wiedergibt. Er erklärt ferner, ob und mit welchem Inhalt außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung mit den Zeugen[40] verfahrensbezogene Gespräche über den Gegenstand der Vernehmung geführt wurden. Der Zeuge muss Gelegenheit erhalten, sich hier zu erklären.„

d) Beweisfragen

Für die Vorführung der Aufzeichnung müssen die Regeln über die Verlesung eines Protokolls (und nicht die Regeln über die Inaugenscheinnahme !) gelten.

Zu klären wäre, ob aus Praktikabilitätsgründen (Zeitersparnis), anstelle der Vorführung der Aufzeichnung die Verlesung der Verschriftung der Vernehmung erfolgen kann (Aufgabe der Rangfolge), wenn deren Übereinstimmung mit der Aufzeichnung gesichert ist. Hierfür bieten sich zwei Modelle an:

a) Zustimmung von Staatsanwaltschaft und Verteidigung

b) Erfordernis qualifizierter Einwände seitens Staatsanwaltschaft und Verteidigung gegen die Übereinstimmung von Aufzeichnung und deren Verschriftung

[39] Die Neuregelung für die Beschuldigtenvernehmung verweist auf die entsprechende Anwendung des § 58 a Abs. 2 StPO-neu.
[40] Auch der AE-Beweisnahme verweist bei der Vorschrift über die Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen auf die Regelung für die Zeugenvernehmung in seinem § 58 a StPO.

B) Zeugenvernehmung

Vorbemerkung:

Auch zur Dokumentation der Zeugenvernehmung hat Frau *Swoboda* in ihrer *Stellungnahme* das Material und die wesentlichen normativen wie empirischen Fragen schon umfassend aufbereitet.

Ich bin zu einer eigenständigen ausführlicheren Stellungnahme aber vor allem deswegen nicht in der Lage, weil die Dokumentation von Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren aus meiner Sicht sinnvoll nur in einem Kontext erörtert werden kann, der ebenfalls Fragen der Partizipation im Ermittlungsverfahren, vor allem aber das Recht der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung, die Dokumentation der Hauptverhandlung und die Auswirkungen dieser beiden Reformen auf das Revisionsverfahren zumindest mit im Blick hat.

So ist allein schon die Frage, ob und vor allem in welchen Fällen man für die Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung gem. § 58 a StPO-neu eine Kann-, Soll- oder Muss-Regelung einführt, erstens von der Frage abhängig, in welchen Fällen man auch eine Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung für möglich (oder im Fall der den Zeugenschutz sichernden Funktion der Aufzeichnung für erwünscht) hält und wie das Verhältnis von Einführung der Aussage durch Einführung der Aufzeichnung, des schriftlichen Protokolls und der Vernehmung des Vernehmungsbeamten konzipiert ist.[41] Es geht hierbei um eine Grundsatzfrage: Wie weit soll am Unmittelbarkeitsprinzip als Fundament im System der Ausbalancierung des deutschen Strafverfahrens festgehalten werden ?[42] Und es geht um eine Reihe von Konkretisierungen: Umfang einer möglichen Ersetzung von Zeugenvernehmungen durch Einführung von Zeugenaussagen aus dem Ermittlungsverfahren; Verhältnis von Einführung der Zeugenaussage durch Vernehmung der Vernehmungsperson zur Einführung der audio-visuellen Aufzeichnung; Partizipation der Verteidigung und deren Voraussetzungen (insbes. Akteneinsicht) als Voraussetzung für die Einführung der Aufzeichnung; Gewährleistung des Konfrontationsrechts (Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK). Und man wird schon bei diesen Überlegungen im Blick haben müssen, welche Form der Dokumentation der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung es in der Zukunft geben wird und wie sich diese und/oder eine Zunahme von dokumentierten Zeugenaussagen auf das Revisionsverfahren auswirken werden. Ohne eine Einpassung der Regelung der Aufzeichnung der Zeugenvernehmung in diesen Kontext gibt es keine klaren Kriterien für die Bewertung der dazu ergangenen Vorschläge im Einzelnen. [43]

---

[41] Allgemein dazu AE-Beweisaufnahme 2014, S. 13 ff. und konkret zu den Konsequenzen für § 58 a StPO-neu S. 29 f.; anders der Entwurf der BRAK 2010, der die Aufzeichnung ohne weitere wesentliche Änderungen bei den §§ 249 ff. StPO in die geltenden Vorschriften integriert, was die bekannten Widersprüche nicht auflöst - insbes. Vernehmung des Vernehmungsbeamten auch dann, wenn mit der Aufzeichnung der Zeugenaussage eine wesentlich verlässlichere Dokumentation der Aussage des Zeugen bei den Akten ist.

[42] Vgl. dazu richtig die einleitenden und methodischen Bemerkungen im AE-Beweisaufnahme 2014, S. 2, 3 ff.

[43] Alle drei Vorschläge (BRAK 2010; AE-Beweisaufnahme 2014; *Stellungnahme Swoboda*) sehen vor, dass die derzeitige Kann-Regelung des § 58a Abs. 1 S. 1 StPO beibehalten, dann aber der Anwendungsbereich erweitert wird, indem die Soll-Regelung des § 58a Abs. 1 S. 2 StPO ergänzt werden soll bei etwa
- absehbar notwendiger Verteidigung (BRAK)
- absehbar erheblicher Bedeutung der Aussage des Zeugen (BRAK)
- Sorge, dass der Zeuge im weiteren Verfahren nicht vernommen werden kann und Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist (*Swoboda* und AE-Beweisaufnahme, wobei der AE in diesem Fall eine **Pflicht zur Aufzeichnung** vorsieht).

Minimalia:

(i) Selbstverständlich gilt auch für die Dokumentation von Zeugenvernehmungen: Das herkömmliche Vernehmungsprotokoll ist eine in hohem Maße fehleranfällige Dokumentation der Vernehmung des Zeugen. Und mit einer audio-visuellen Dokumentation der Vernehmung können diese Fehler weitestgehend vermieden werden.

(ii) Daher wäre zu überlegen, ob nicht die Aufzeichnung **jeder** Zeugenvernehmung gem. § 58 a Abs.1 StPO zur Regel gemacht werden sollte.

(iii) Offensichtlich ist weiterhin, dass immer dann, wenn nach geltendem Recht Verlesungsverbote durch die Möglichkeit der Vernehmung der Vernehmungsperson „umgangen" werden, die Einführung der Aufzeichnung vorzuziehen ist.

Aber man sieht sogleich, dass spätestens an dieser Stelle zu klären ist, unter welchen Voraussetzungen eine Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung durch die Einführung der Aufzeichnung (nach den Regeln, die für die Verlesung von Protokollen gelten) ersetzt werden darf und wie generell das Rangverhältnis der Beweismittel, die für die Einführung einer Zeugenvernehmung zur Verfügung stehen, zu regeln ist.

- schweren Taten und Schwierigkeit der Sach - oder Rechtslage und Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich (*Swoboda)*
- absehbar Verwendung und Übermittlung in andere Staaten der EU (*Swoboda)*.

Gesetzliche Regelung des Beschuldigtenstatus

Prof. Dr. Heribert Ostendorf

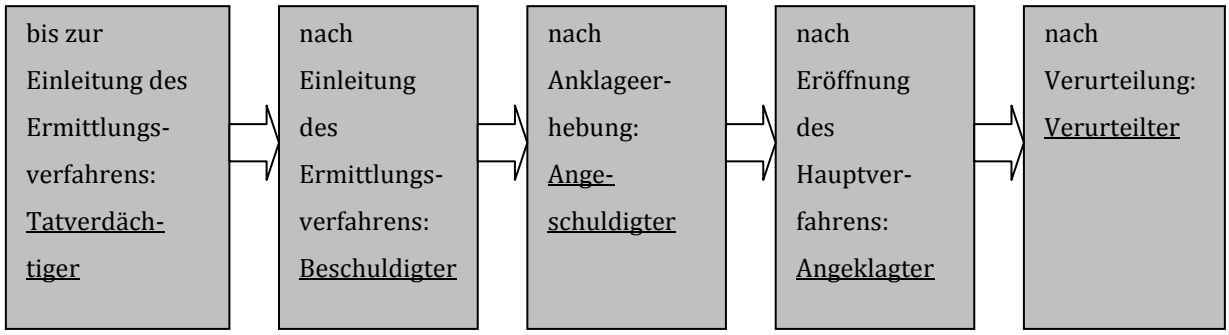
I. Problemlage

Der Beschuldigtenstatus ist in der StPO nicht geregelt. In § 157 StPO wird er vorausgesetzt:

> „**§ 157 Bezeichnung als Angeschuldigter oder Angeklagter**
>
> Im Sinne dieses Gesetzes ist
> Angeschuldigter der Beschuldigte, gegen den die öffentliche Klage erhoben ist,
> Angeklagter der Beschuldigte oder Angeschuldigte, gegen den die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen ist."

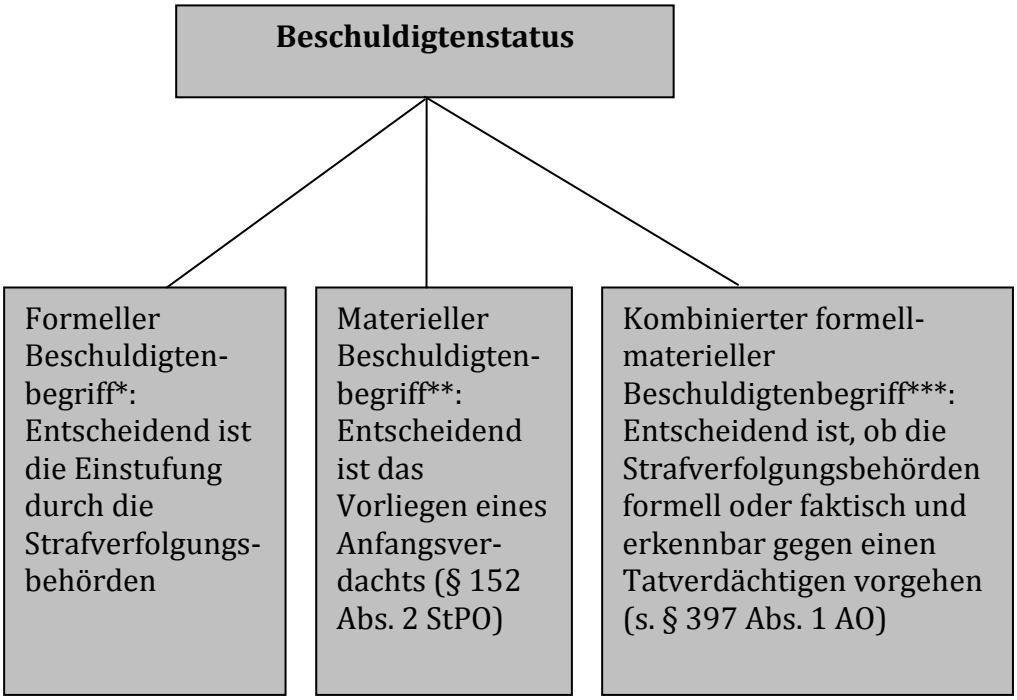
Nicht geregelt ist weiterhin, ab wann der Bürger über einen Beschuldigtenstatus informiert werden muss.

Vom Tatverdächtigen zum Verurteilten (§ 157 StPO)



(aus Ostendorf, Strafprozessrecht, 2012, Rn. 130)

Weil der Gesetzgeber bislang keine eindeutige Regelung getroffen hat, wurden von Rechtsprechung und Rechtslehre unterschiedliche Beschuldigtenbegriffe entwickelt:



* Dieser Begriff wird z.T. auch als subjektiver Beschuldigtenbegriff bezeichnet.
** Dieser Begriff wird z.T. auch als objektiver Beschuldigtenbegriff bezeichnet.
*** Bei diesem Begriff werden die Aspekte unterschiedlich gewichtet.

(aus Ostendorf, Strafprozessrecht, 2012, Rn. 130)

Hierbei ist der Status des Beschuldigten entscheidend für seine Rechtsstellung, insbesondere für die Verpflichtung zur Information und Belehrung gem. § 136 StPO. Hieran knüpft auch die Nichtverwertbarkeit von Aussagen und Informationen des befragten Bürgers an. So können Bürger zunächst als Zeugen vernommen werden, wobei sich möglicherweise während der Vernehmung ein Tatverdacht ergibt. Wenn sich diese Situation herausstellt, ist der Zeuge hierauf hinzuweisen, womit er zum Beschuldigten wird. Wird eine Person zunächst als Zeuge vernommen und dementsprechend nicht gem. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt, muss sie, wenn sie anschließend als Beschuldigte vernommen wird, **qualifiziert belehrt** werden, d.h. darauf hingewiesen werden, dass die bisherige Aussage nicht verwertet werden darf. Die Polizei kann aber von Bürgern auch

ohne förmliche Vernehmung Informationen einholen, z.B. werden die Personen befragt, die aus einem Unfallfahrzeug ausgestiegen sind, wer denn gefahren ist **(„informatorische Befragung"**). Nicht alle Fahrzeuginsassen sind von vornherein Beschuldigte. Erst wenn sich Hinweise auf den Fahrer ergeben, wird dieser Beschuldigter. Eine andere Frage ist die nach der Verwertbarkeit der Antworten. Hinzu kommt, dass die Polizei in der Masse der Ermittlungsverfahren zunächst „auf eigene Faust" gem. § 163 Abs. 1 StPO ermittelt, d.h. die Staatsanwaltschaft hat noch keine Kenntnis von den Ermittlungen. Förmlich wird aber ein Ermittlungsverfahren erst durch die Staatsanwaltschaft mit einem Aktenzeichen (Js-Verfahren) eingeleitet. Da aber die Polizei als verlängerter Arm der Staatsanwaltschaft[1] arbeitet, müssen die polizeilichen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zugerechnet werden, sodass ab förmlichen polizeilichen Aktivitäten zur Aufklärung einer Straftat gegen einen Bürger dieser zum Beschuldigten wird. Förmliche polizeiliche Aktivitäten zur Aufklärung einer Straftat setzen nicht in jedem Fall voraus, dass die Polizei den tatverdächtigen Bürger über seinen Beschuldigtenstatus informiert. Sehr häufig wissen Bürger – noch – nicht, dass gegen sie ermittelt wird und sie damit zu Beschuldigten geworden sind.

II. Lösung

Es wird die Einfügung eines Paragraphen in Anlehnung an § 397 AO vorgeschlagen. § 397 AO lautet:

> „**§ 397 Einleitung des Strafverfahrens**
>
> (1) Das Strafverfahren ist eingeleitet, sobald die Finanzbehörde, die Polizei, die Staatsanwaltschaft, eine ihrer Ermittlungspersonen oder der Strafrichter eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden wegen einer Steuerstraftat strafrechtlich vorzugehen.
>
> (2) Die Maßnahme ist unter Angabe des Zeitpunkts unverzüglich in den Akten zu vermerken.
>
> (3) Die Einleitung des Strafverfahrens ist dem Beschuldigten spätestens mitzuteilen, wenn er dazu aufgefordert wird, Tatsachen darzulegen oder

[1] BVerwGE 47, 255 (263).

Unterlagen vorzulegen, die im Zusammenhang mit der Straftat stehen, derer er verdächtig ist."

Damit wird der formell-materielle Beschuldigtenbegriff zugrunde gelegt. Entscheidend ist die Manifestation der Ermittlungen gegen einen Bürger durch die Strafverfolgungsbehörden („die erkennbar darauf abzielt"). Obwohl ein Ermittlungsverfahren einen Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO voraussetzt, wird ein Bürger auch bei fehlerhafter Annahme dieses Anfangsverdachts durch die Polizei oder Staatsanwaltschaft Beschuldigter. Dieser formell-materielle Beschuldigtenbegriff begründet zwar die Gefahr einer fehlerhaften Beschuldigtenrolle, gewährt aber gleichzeitig auch Schutzrechte. Entscheidend ist nämlich, ab wann die Strafverfolgungsbehörden den Bürger über seine Beschuldigtenrechte belehren müssen und welche Folgen eine fehlerhafte Nichtbelehrung hat.

III. Gesetzesvorschlag (zu Beginn des 10. Abschnittes des 1. Buches)

Einleitung des Strafverfahrens

(1) Das Strafverfahren ist eingeleitet, sobald die Polizei, die Staatsanwaltschaft oder der Strafrichter eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden wegen einer Straftat strafrechtlich vorzugehen.

(2) Die Maßnahme ist unter Angabe des Zeitpunktes unverzüglich in den Akten zu vermerken.

(3) Die Einleitung des Strafverfahrens ist dem Beschuldigten mitzuteilen, wenn im Rahmen seiner Befragung oder zeugenschaftlichen Vernehmung sich ein Anfangsverdacht ergibt.

(4) Die Einleitung des Strafverfahrens ist dem Beschuldigten spätestens mitzuteilen, wenn er dazu aufgefordert wird, Tatsachen darzulegen oder Unterlagen vorzulegen, die im Zusammenhang mit der Straftat stehen, derer er verdächtig ist.

RiBGH Prof. Dr. Henning Radtke

Expertenkommission des BMJV zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Dritte Sitzung am 17./18. November 2014

Erwägungen zur Gestaltung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahrens

Vor dem Hintergrund des Arbeitsauftrags der Kommission, Vorschläge zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des Strafverfahrens zu unterbreiten, ist die Anknüpfung der Stellungnahme an die Gestaltung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren rechtfertigungs- zumindest aber begründungsbedürftig. Denn selbst immerhin denkbare Vorschläge zu weitreichenden Änderungen des Rechtsschutzsystems in dieser Verfahrensphase[1] lassen nachhaltige Entlassungseffekte im Sinne einer Arbeitsentlastung der Strafjustiz nicht erwarten.

Ein Absenken des bisherigen Rechtsschutzniveaus steht bereits wegen der Eingriffsintensität von strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen in Rechte unterschiedlicher Betroffener nicht zur Disposition. Das gilt auch für den Rechtsschutz durch Überprüfung der Rechtmäßigkeit solcher Eingriffe nach deren Abschluss (siehe § 101 Abs. 7 Satz 2 – 4 StPO); es ist verfassungsrechtlich geboten, im Grundsatz Rechtsschutz auch insoweit zu gewährleisten.[2] Die Rechtsschutzmöglichkeiten im vorbereitenden Verfahren betreffende Vorschläge zur Reform des geltenden Strafverfahrensrechts können damit lediglich auf ein gegenüber dem bestehenden Zustand höheres Maß an Praxistauglichkeit entsprechender Rechtsbehelfe bzw. Rechtsmittel bei äquivalentem Schutzniveau abzielen.

---

1 Solche unterbreitet *Glaser*, Der Rechtsschutz nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO, 2008, S. 343 ff. (konkret vorgeschlagene Gesetzesfassung S. 349 – 355); gleiches gilt für einen „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung (Vereinheitlichung und Verbesserung des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen)“ vom 15. Januar 1981 aus dem BMJ. Die die eigentlichen Gesetzesvorschläge enthaltenden Partien des Referentenentwurfs sind abgedruckt bei *Glaser* aaO. S. 339- 342. Die Vorschläge des Entwurfs sind zeitgenössisch kontrovers diskutiert worden, dazu *Dellmanns* ZRP 1081, 176; *Dürr* DRiZ 1981, 387 f.; *Franzheim* DRiZ 1981, 300 f.; *Lisken* DRiZ 1981, 388.

2 Vgl. BVerfGE 96, 27, 39 ff.; BVerfGE 117, 244, 268 ff. mwN.

Reformvorschläge wären damit nur dann zu unterbreiten, wenn

1.) das geltende Recht und seine Anwendung sich als nicht, jedenfalls nicht ausreichend effektiv erweisen würden;
2.) Vorschläge zur Ausgestaltung eines zukünftigen Rechtsschutzsystems unterbreitet werden könnten, die bei Aufrechterhaltung des vorhandenen Niveaus des Rechtsschutzes ein höheres Maß an Praxistauglichkeit und Effizienz aufweisen würden.

Die nachfolgenden knappen Erwägungen über einen unter den vorgenannten Gesichtspunkten möglichen Reformbedarf stellen dabei die bislang de lege lata vorgegebene Aufgabenverteilung zwischen der Polizei in ihrer strafverfolgenden Zuständigkeit (§ 163 Abs. 1 Satz 1 StPO), der Staatsanwaltschaft als die das Ermittlungsverfahren nach Maßgabe des Amtsaufklärungsgrundsatzes (§ 160 Abs. 1 StPO) leitende Behörde[3] und Ermittlungsrichtern nicht in Frage. Überlegungen, wie sie etwa *Lilie* angestellt hat, den Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren – insbesondere den durch Richtervorbehalte bei intensiven Grundrechtseingriffen – durch eine grundlegende Neuausrichtung der Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht zu reformieren,[4] werden in meiner Stellungnahme nicht weiterverfolgt. Der Kerngedanke *Lilies*[5] zielt darauf ab, den derzeit durch den Richtervorbehalt gewährleisteten vorbeugenden Rechtsschutz (außerhalb der Untersuchungshaft) auf die Staatsanwaltschaft zu übertragen und die richterliche Tätigkeit auf eine nachträgliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Entscheidungen zu beschränken. Die Umsetzung eines solchen Gedankens, der auf die Stärkung der staatsanwaltschaftlichen Funktion bei der Sachleitung des Ermittlungsverfahrens und ihrer – jüngst vom Bundesverfassungsgericht in anderen Zusammenhang betonten[6] – Aufgabe als „Wächterin des Gesetzes gestützt wird, müsste mit weitreichenden Änderungen der tatsächlichen Abläufe der Ermittlungsverfahren einhergehen. Auf der gesetzgeberischen Ebene bedürfte es wegen der von *Lilie* angeregten Aufgabe des Richtervorbehalts einer nahezu vollständigen Überarbeitung der Regelungen über das Ermittlungsverfahren. Die Ausarbeitung entsprechender Vorschläge, die sich bei *Lilie* nicht finden, ist innerhalb des zur Verfügung stehenden Zeitrahmens für die Kommissionsarbeit nicht zu bewältigen. Angesichts der derzeitigen tatsächlichen Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei im vorbereitenden Verfahren wäre auf mittlere Frist die Praxistauglichkeit eines an dem skizzierten Kerngedanken ausgerichteten Rechtsschutzsystems im Ermittlungsverfahren ohnehin kaum zu erreichen. Ob ein dem derzeitigen Rechtszustand äquivalentes Schutzniveau bei eingriffsintensiven, im geltenden Recht mit Richtervorbehalten versehenen Ermittlungsmaßnahmen zu erreichen wäre, bedürfte näherer Untersuchung.

---

3 Siehe nur *Beulke*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2014, Einl. Rn. 175 mwN.
4 *Lilie* ZStW 111 (1999), S. 807, 813 ff.
5 aaO. S. 818 ff.
6 BVerfGE 133, 168 ff.

Die nachfolgende Stellungnahme enthält eine knappe Darstellung des derzeitigen Rechtsschutzsystems im vorbereitenden Verfahren (A.) und wendet sich anschließend der Frage nach dem Bedarf für Reformen des Rechtsschutzsystems im Ermittlungsverfahren im Hinblick auf den Arbeitsauftrag der Kommission – Effizienz und Praxistauglichkeit des Strafverfahrensrechts zu (B.).

A. Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren

I. Einleitung

Nach verbreiteter Einschätzung weist die Strafprozessordnung in ihrer geltenden Fassung kein einheitliches und in sich abgeschlossenes Systems des Rechtsschutzes zugunsten von strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen Betroffenen auf.[7] Es wird als durch zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen gekennzeichnet und dadurch kompliziert bewertet; durch diese Kompliziertheit werde der Rechtschutz der Betroffenen beeinträchtigt.[8]

Die Gründe für beide vorstehend referierten Einschätzungen liegen vor allem in der Unübersichtlichkeit der verschiedenen, den Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren betreffenden Regelungen der Strafprozessordnung. Zudem existierten lediglich vereinzelte Vorschriften über den Rechtsschutz gegen die verschiedenen, durch die Strafprozessordnung zur Verfügung gestellten Ermittlungshandlungen, so dass sich die Notwendigkeit von Analogien ergibt. Gesetzesrecht steht insoweit nach wie vor neben richterrechtlich ausgebildeten Rechtsschutzmöglichkeiten.[9] Die analoge Anwendung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO[10] stößt jedenfalls bei der in der Rechtsprechung mittlerweile akzeptierte Ausdehnung auf die Überprüfung auch der Art und Weise des Vollzug der Ermittlungsmaßnahme[11] an methodische Grenzen zulässiger Rechtfortbildung.[12]

---

7 Siehe nur *Glaser* (Fn. 1) S. 26.
8 *Löffelmann* ZIS 2009, 495.
9 *Fezer*, FS Rieß, 2002, S. 93; *Glaser* (Fn. 1) S. 27 mwN.
10 Etwa *Rieß/Thym* GA 1981, 189, 195;
11 BGHSt 45, 183 ff.
12 *Radtke* GA 1999, 436, 438.

II. Differenzierungen

Die Systematisierung des Rechtsschutzes gegen Rechtseingriffe im vorbereitenden Verfahren lässt sich nach unterschiedlichen Kriterien vornehmen.[13] Auf der Grundlage der Vorgaben des geltenden Rechts können folgende Kriterien für die Systematisierung herangezogen werden:

1. **Anordnungskompetenz**; handelt es sich um richterlich angeordnete Maßnahmen oder um solche durch nicht-richterliche Anordnungspersonen, also regelmäßig die Staatsanwaltschaft und/oder ihre polizeilichen Ermittlungspersonen (§ 152 Abs. 2 GVG);
2. **offene oder verdeckte Ermittlungsmaßnahmen** (vgl. § 98 Abs. 2 Satz einerseits und § 101 Abs. 6 und 7 StPO andererseits);[14]
3. **erledigte** oder **noch nicht erledigte** (abgeschlossene) **Maßnahme** (vgl. § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO);
4. Rechtsschutz gegen die Anordnung der Maßnahmen oder gegen die **Art und Weise deren Vollzugs** (vgl. wiederum § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO);
5. **Überprüfungskompetenz**; Übergang der Zuständigkeit für die Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Eingriffen im Ermittlungsverfahren von dem Ermittlungsrichter auf das erkennenden Gericht mit Anklageerhebung (vgl. § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO).

Die im geltenden Recht den Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen während des vorbereitenden Verfahrens[15] regelnden Vorschriften knüpfen an die vorstehend genannten Gesichtspunkte an. Vergröbernd lässt sich das Rechtsschutzsystem im vorbereitenden Verfahren wie folgt beschreiben:

1. Rechtschutz gegen (offene) durch Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungspersonen angeordnete – nicht erledigte - Maßnahmen

a) Wendet sich der von einer strafprozessualen Maßnahme Betroffene gegen eine solche, die von der Staatsanwaltschaft oder den (meist) polizeilichen Ermittlungspersonen (§ 152 Abs. 2 GVG) angeordnet worden ist, erfolgt der Rechtsschutz über

---

13 Siehe *Glaser* (Fn. 1) S. 29 ff.; *ders.* JR 2010, 423 ff.; *Löffelmann* StV 2009, 379 ff.

14 Kritisch gegenüber dieser Differenzierung *Löffelmann* JR 2010, 423, 427 ff.
Wobei der Rechtsschutz selbst auch erst nach dem Übergang in das Zwischen- oder gar in das Hauptverfahren erstrebt und gewährt werden kann, vgl. nur § 101 Abs. 7 Satz 4 sowie BGH, Beschluss vom 24. Juni 2009 – 4 StR 188/09, BGHSt 54, 30 ff.

den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO. Dieser kommt entweder direkt oder – angesichts des unmittelbar auf die Beschlagnahme begrenzten Regelungsbereichs – entsprechend zur Anwendung.[16] Gegen die auf den Antrag nach § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO ergehende Entscheidung des Ermittlungsrichters steht die Beschwerde (§ 304 StPO) als Rechtsmittel zur Verfügung. Zuständig für die Entscheidung über die Beschwerde ist während des Ermittlungsverfahren das Beschwerdegericht (§ 73 Abs. 1 GVG). Nach Eröffnung des Hauptverfahrens geht die Zuständigkeit auf das erkennende Gericht über.[17]

b) Richtet sich das Rechtsschutzbegehren nicht gegen die nichtrichterliche Anordnung der Maßnahme, sondern gegen die Art und Weise deren Durchführung, wird nach mittlerweile nahezu einhelliger Auffassung Rechtsschutz ebenfalls über die - analoge bzw. doppelt analoge[18] - Anwendung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO gewährt;[19] § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG in Verbindung mit § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG wird als Rechtsschutzmöglichkeit nicht mehr in Betracht gezogen.[20]

c) Außer § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO enthalten weitere Vorschriften der Strafprozessordnung Regelungen über die Möglichkeit, gegen nichtrichterlich angeordnete Maßnahmen im Ermittlungsverfahren auf Entscheidung des Gerichts anzutragen (etwa § 81 Abs. 4, § 111e Abs. 2 Satz 3, § 161a Abs. 3 Satz 1, § 163a Abs. 3 Satz 3 StPO). Unterschiede zu dem durch § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO eröffneten Rechtsschutz bestehen im Grundsatz nicht. Allerdings kann im Einzelfall gegen die Beschwerdeentscheidung die weitere Beschwerde nach § 310 StPO in Betracht kommen. So verhält es sich etwa bei den dinglichen Arrest (§ 111d und § 111e StPO) betreffenden Entscheidungen des Beschwerdegerichts bei Überschreiten des Beschwerdewerts (§ 310 Abs. 1 Nr. 3 StPO).[21]

2. Rechtsschutz gegen (offene) richterlich angeordnete – nicht erledigte - Maßnahmen

a) Gegen die ermittlungsrichterliche Anordnungsentscheidung der in der Überschrift genannten Maßnahmen steht dem davon Betroffenen im Grundsatz das

16 Siehe nur *Burghardt* JuS 2010, 605, 607; *Löffelmann* StV 2009, 379 f.

17 BGH, Beschluss vom 1. Februar 1980 – StB 3/80, BGHSt 29, 200 ff.; *Erb* in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 162 Rn. 52 und 52a mwN.

18 Vgl. *Radtke* JR 1999, 436, 437 f.

19 Siehe nur BGH, Beschluss vom 25. August 1999, BGHSt 45, 183 ff.

20 Zur Entwicklung näher *Glaser* (Fn. 1), S. 42 f. mwN.

21 Die personale Reichweite der weiteren Beschwerdebefugnis ist umstritten; für die vielfach behauptete unterschiedliche Beschwerdebefugnis des Inhabers des betroffenen Vermögens einerseits und der Staatsanwaltschaft andererseits (so etwa Meyer-Goßner/*Meyer-Goßner*, StPO, 57. Aufl., § 310 Rn. 9 mwN.) lassen sich keine tragfähigen Gründe finden , näher OLG Celle StV 120 – 122 mwN.

Rechtsmittel der Beschwerde (§ 304 Abs. 1 StPO) zur Verfügung. Nur in wenigen Einzelregelungen ist die Beschwerdemöglichkeit ausdrücklich ausgeschlossen (§ 81c Abs. 3 Satz 4 [Untersuchung anderer Personen als des Beschuldigten], § 100 Abs. 3 Satz 3 StPO [Postbeschlagnahme]). In den Fällen des gerichtlich angeordneten dinglichen Arrests (siehe § 111e Abs. 1 Satz 1 StPO) ist gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts die weitere Beschwerde als Rechtsmittel statthaft.[22]

b) Die Beschwerde ist in den Gesetz genannten Fällen auch gegen Beschlüsse oder Verfügungen des Oberlandesgerichts, soweit dieses als erstinstanzliches Gericht zuständig ist, sowie gegen solche des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs statthaft (§ 304 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Abs. 5 StPO).

c) Keine vollständige Einigkeit besteht über den einschlägigen Rechtsbehelf, wenn die Art und Weise des Vollzugs einer (offenen) richterlich angeordneten Maßnahme angegriffen wird. Teils wird auch insoweit die Beschwerde für einschlägig erachtet.[23] Andere wollen den Rechtschutz über eine entsprechende Anwendung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO gewähren.[24] Der Bundesgerichtshof hat die Frage für die richterlich angeordnete Maßnahme – soweit für mich ersichtlich – bislang nicht entschieden; lediglich für die Überprüfung einer richterlich angeordneten, erledigten Maßnahmen hat er im Hinblick auf die Prüfung der Art und Weise des Vollzugs die entsprechende Anwendung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO angenommen;[25] das gilt jedenfalls dann, wenn die beanstandete Art und Weise des Vollzugs nicht ausdrücklicher Bestandteil der richterlichen Anordnung gewesen ist.[26]

3. Rechtsschutz gegen (offene) durch die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen angeordnete – erledigte - Maßnahmen

a) Nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedarf es eines einfachgesetzlichen Rechtsschutzes auch gegen im Zeitpunkt der Erhebung des Rechtsbehelfs bereits erledigte Ermittlungsmaßnahmen, wenn die entsprechende Maßnahme mit einem tiefgreifenden Grundrechtseingriff verbunden ist, gegen den der Betroffene nicht so rechtzeitig Rechtsschutz erwirken konnte, dass noch vor der Erledigung der prozessualen Maßnahme eine richterliche Entscheidung

---

22 Zu den Rechtsmittelberechtigten siehe Fn. 21.

23 Etwa *Amelung* JR 2000, 479, 480; *Eisele* StV 1999, 298, 300; *Fezer* NStZ 1999, 151, 152 *Löffelmann* StV 2009, 379; siehe näher auch *Wohlers* in SK-StPO, 4. Aufl., § 160 Rn. 97.

24 Etwa *Katholnigg* NStZ 2000, 155, 156; siehe auch *Radtke* JR 1999, 436, 438.

25 BGH (Fn. 19) BGHSt 45, 183, 187; siehe dazu auch die in Fn. 23 und 24 nachgewiesenen Quellen.

26 BGH aaO.

zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit ergehen konnte.[27] Der Bundesgerichtshof hat diese verfassungsgerichtlichen Vorgaben aufgenommen und als Rechtsbehelf den Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechend herangezogen.[28] Der Rechtsschutz über § 23 Abs. 1 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG wird mittlerweile nicht mehr als einschlägig betrachtet.[29]

b) Wendet sich der Betroffene gegen die Art und Weise des Vollzugs der mittlerweile erledigten Ermittlungsmaßnahmen hält die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in entsprechenden Anwendung[30] von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO den Antrag auf gerichtliche Entscheidung für den einschlägigen Rechtsbehelf.[31] An der früheren Rechtsprechung, Rechtsschutz über § 23 Abs. 1 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG zu gewähren,[32] wird nicht mehr festgehalten.

4. Rechtsschutz gegen (offene) richterlich angeordnete – erledigte - Maßnahmen

a) Der Rechtsschutz gegen richterlich angeordnete Maßnahmen im Ermittlungsverfahren kann lediglich über die Beschwerde gemäß § 304 Abs. 1 StPO gewährt werden. Da als Zulässigkeitsvoraussetzungen ein Rechtsschutzbedürfnis dafür vorhanden sein muss, an dem es bei Erledigung der Maßnahme, deren Anordnung angefochten werden soll, fehlen kann, ist die Zulässigkeit der Beschwerde gegen erledigte strafprozessuale Maßnahmen über einen langen Zeitraum intensiv und kontrovers diskutiert worden.[33]

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat ursprünglich die – vereinfacht formuliert – auf das Fehlen des Rechtsschutzbedürfnisses gestützte Unzulässigkeit der Beschwerde nach Erledigung für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.[34] Mit dem Beschluss vom 30. April 1997[35] hat das Bundesverfassungsgericht jedoch bekanntlich seine Bewertung geändert. Ohne die Berechtigung der Verknüpfung von Rechtsschutzbedürfnis und gegenwärtiger Beschwer – etwa bei noch an-

---

27 Grundlegend BVerfGE 96, 27, 40; aus jüngerer Zeit BVerfGK 4, 287; zur Entwicklung der Rechtsprechung *Glaser* (Rn. 1) S. 43 – 48.

28 Siehe nur BGH, Beschluss vom 5. August 1998 – 5 ARs (VS) 1/97, BGHSt 44, 171; Meyer-Goßner/*Schmitt*, aaO., § 98 Rn. 23 mwN.

29 Vgl. *Glaser* (Fn. 1) S. 48.

30 An der Tragfähigkeit der Analogie in methodischer Hinsicht zweifelnd *Radtke* JR 1999, 436, 437 f.

31 BGH, Beschluss vom 7. Dezember 1998 – 5 Ars (VS) 2/98, BGHSt 44, 265, 270 ff.; zustimmend etwa *Bachmann* NJW 1999, 2414, 2415; *Eisele* StV 1999, 288 ff.

32 BGH, Beschluss vom 26. Juni 1990 – 5 Ars (VS) 8/90, BGHSt 37, 79, 82; ebenso *Rieß/Thym* GA 1981, 189, 206; ergänzend *Glaser* (Fn. 1) S. 49 f.

33 Zum Verlauf näher *Glaser* (Fn. 1), S. 32 ff.; siehe auch *Rieß/Thym* GA 1981, 189 ff.

34 BVerfGE 49, 329, 339 f.

35 BVerfGE 96, 27 ff.

dauernder strafprozessualer Maßnahme – in Frage zu stellen, stellt es seitdem darauf ab, das Rechtsschutzbedürfnis sei auch bei **tiefgreifenden Grundrechtseingriffen** gegeben, wenn

„die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozeßordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann."[36]

Den erforderlichen „tiefgreifenden Grundrechtseingriff" erachtet das Bundesverfassungsgericht regelmäßig bereits dann als vorliegend, wenn der Eingriff in das Grundrecht einer richterlichen Entscheidung vorbehalten ist.[37] Unter den vorstehend genannten Voraussetzungen steht dem von einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme Betroffenen gegen die richterliche Anordnungsentscheidung auch nach deren Erledigung grundsätzlich die Beschwerde gemäß § 304 Abs. 1 StPO als statthaftes und zulässiges Rechtsmittel zur Verfügung.

b) Hinsichtlich des Rechtsschutzes gegen die Überprüfung der Art und Weise des Vollzugs einer (offenen) erledigten, richterlich angeordneten Maßnahme wird auf die Ausführungen zu A.II.2.c) verwiesen.

5. (nachträglicher) Rechtsschutz gegen nicht offenen Ermittlungsmaßnahmen (§ 101 Abs. 7 Satz 2 bis 4 StPO)

Mit „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG" vom 21. Dezember 2007[38] hat der Gesetzgeber mit § 101 Abs. 7 Satz 2 bis 4 StPO eine an den Vorbildern der § 100d Abs. 6 StPO a.F. und § 100d Abs. 10 StPO a.F. orientierte Regelung für den Rechtsschutz gegen die in § 101 Abs. 1 StPO genannten nicht offenen Ermittlungsmaßnahmen geschaffen.[39] Rechtsmittelbefugt sind die in § 101 Abs. 4 Satz 1 StPO genannten Personen. Der über diese Vorschriften eingeräumte Rechtsschutz greift nach insoweit einhelliger Auffassung **nach Beendigung** der im Gesetz genannten verdeckten Ermittlungsmaßnahmen ein. Gegen die Entscheidung des gemäß § 101 Abs. 7 Satz 1 und 2 StPO oder – nach Erhebung der Anklage – gemäß § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO zuständigen Gerichts ist die sofortige

---

36 BVerfGE 96, 27, 40.; in der Sache ebenso etwa BVerfGE 117, 71, 122 f.; BVerfGE 117, 244, 268.

37 BVerfGE 96, 27, 40; weitere Nachw. wie Fn. 36.

38 BGBl. I S. 3198 ff.

39 Zu Anwendungsbereich und Reichweite einerseits *Glaser* JR 2010, 423 ff. und andererseits *Löffelmann* StV 2009, 379, 381 ff.; klärend BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2008 – StB 12/08 u.a., BGHSt 53, 1 ff.

Beschwerde statthaft (§ 101 Abs. 7 Satz 3 StPO). Der Antrag ist mit einer Frist von zwei Wochen, beginnend mit der Benachrichtigung,[40] fristgebunden (§ 101 Abs. 7 Satz 2 StPO).

Seit der Einführung der Vorschrift haben sich unter zumindest unter drei verschiedenen Aspekten zunächst Unsicherheiten bei der Auslegung ergeben: zu dem maßgeblichen Stadium der angefochtenen Maßnahme – „nach Beendigung“ (a); zu dem systematischen Verhältnis zu den allgemeinen Rechtsschutzvorschriften, vor allem § 98 Abs. 2 Satz 2 und § 304 Abs. 1 StPO – „auch“ (b) sowie zu der Art des Rechtsmittels, wenn über den Rechtsbehelf aus § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO nach Erhebung der Anklage das erkennende Gericht entschieden hat – „in der das Verfahren abschließenden Entscheidung“ (c).

a) Im Hinblick auf den Zeitpunkt des Einsetzens der Rechtsschutzmöglichkeit aus § 101 Abs. 7 Satz 2 wird unterschiedlich beurteilt, ob der entsprechende Antrag „auch“ bereits vor der Beendigung der verdeckten[41] Ermittlungsmaßnahme gestellt und durch das zuständige Gericht auch beschieden werden darf.[42] Sollte die Beendigung keine notwendige Voraussetzung der Statthaftigkeit des Antrags sein, kann für den Fall der Kenntnis des Betroffenen von der verdeckten Maßnahme vor Benachrichtigung darüber, Rechtsschutz nach den allgemeinen Regelungen (vorstehend 1. bis 4.) in Anspruch genommen werden. Für nicht in § 101 Abs. 4 Satz 1 StPO genannte Betroffenen gilt dies ohnehin.

b) Das systematische Verhältnis zwischen dem Rechtsbehelf gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 bis 4 StPO zu den Rechtsschutzmöglichkeiten gemäß § 98 Abs. 2 Satz 2 und § 304 Abs. 1 StPO wird – wie angesprochen- kontrovers beurteilt.[43] Hintergrund der Kontroverse ist u.a. die in § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO enthaltene zweiwöchige Frist, die bei den beiden anderen genannten Rechtsbehelfen keine Entsprechung findet. Als Alternativen werden das Verständnis des Antrags aus § 101 Abs. 7 StPO als den Nachweis eines Rechtsschutzbedürfnis entbehrlich machenden Auffangrechtserwerbs bei erledigter angefochtener Maßnahme einerseits sowie die Deutung als spezieller, die allgemeinen Vorschriften mithin verdrängender Rechtsbehelf bezüglich der von § 101 Abs. 1 StPO erfassten Maßnahmen diskutiert.[44] Der

---

40 *Glaser* JR 2010, 423, 427; Meyer-Goßner/*Schmitt* aaO. § 101 Rn. 25, wobei die Frist auch dann mit der Benachrichtigung beginnt, wenn der Betroffenen zuvor Kenntnis erlangt haben sollte.

41 Dem Betroffenen aber bekannt gewordenen Maßnahme.

42 So etwa BGH (Ermittlungsrichter) vom 5. Mai 2008 – 1 BGs 79/2008; *Wolter* in SK-StPO, aaO, § 101 Rn. 39; Meyer-Goßner/*Schmitt* aaO. § 101 Rn. 25 jeweils mwN.; aA – mit beachtlichen Gründen - vor allem *Glaser* JR 2010, 423, 425 f.; BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2008 – StB 12/08 u.a., BGHSt 53, 1, 3 Rn. 7 verhält sich nicht ausdrücklich zu der aufgeworfenen Frage („jedenfalls für beendete Maßnahmen“).

43 Vgl. die Nachw. in BGH (Fn. 39), BGHSt 51, 1, 3 Rn. 7 f.

44 Ausführlicher *Glaser* JR 2010, 423, 425 ff.

3. Strafsenat hat mit Beschluss vom 5. August 2008[45] den Rechtsbehelf gemäß § 101 Abs. 7 StPO in letztgenanntem Sinne als abschließende Sonderregelung ausgelegt und dies mit überzeugenden systematischen Erwägungen[46] begründet. Für die Rechtspraxis ist die Frage damit geklärt.[47]

c) Entsprechendes gilt auch für Frage nach dem einschlägigen Rechtsmittel gegen die Entscheidung des gemäß § 101 Abs. 7 Satz 1 und 2 oder Satz 4 zuständigen Gerichts über den Antrag nach § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO. Die Frage wird virulent, wenn – was § 101 Abs. 7 Satz 4 StPO vorsieht – nach Anklageerhebung das mit der Sache befasste (erkennende) Gericht über den Antrag in seinem Urteil als „der das Verfahren abschließenden Entscheidung“ mit entscheidet. Als Rechtsmittel kämen dann die gegen das Urteil statthaften Rechtsmittel der Berufung und Revision oder die in § 101 Abs. 7 Satz 3 StPO als Rechtsmittel ausdrücklich vorgesehene sofortige Beschwerde[48] in Betracht. Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Beschluss vom 24. Juni 2009 entschieden, dass die sofortige Beschwerde auch dann der statthafte Rechtsbehelf ist, wenn die angegriffene Entscheidung über den Antrag gemäß § 101 Abs. 7 Satz 2 StPO durch das zuständige, mit der Sache befasste Gericht in dem das Verfahren abschließenden Urteil getroffen worden ist.[49] Der Senat verweist zur Begründung u.a. auf die ansonsten für zur Einlegung der Revision nicht befugte Drittbetroffene eintretende Konsequenzen.[50] Die Zuständigkeit für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde richtet sich nach den allgemeinen gerichtsverfassungsrechtlichen Regeln.[51]

B. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

Der vorstehende, flüchtige Blick auf das Rechtsschutzsystem im Ermittlungsverfahren vermag die Ausgangsthese eines uneinheitlichen und komplizierten Regelungsgeflechts[52] allenfalls zu einem Teil zu bestätigen. Es lässt sich – ungeachtet mancher Zweifel vor allem im Hinblick auf die methodische Tragfähigkeit weitreichender Analogien bei der Anwendung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO – auf Grundstrukturen zurückführen und durch solche kennzeichnen, die eine noch hinreichend effektive Handhabung der entsprechenden Vorschriften in der Rechtspraxis ermögli-

45 BGH (Fn. 39), BGHSt 51, 1, 3, Rn. 7 f.; siehe auch BGH, Beschluss vom 29. Oktober 2009 – StB 20/09, NStZ 2010, 225 f.
46 BGH (Fn. 39), BGHSt 53, 1, 3 Rn. 7.
47 Zum Meinungsstand in der Strafverfahrenswissenschaft näher *Glaser* JR 2010, 423, 425 mit Nachw. in Fn. 31 und 32.
48 Dazu, ob auch die (einfache) Beschwerde eingreifen könnte, *Glaser* JR 2010, 423, 430.
49 BGH, Beschluss vom 24. Juni 2009 – 4 StR 188/09, BGHSt 54, 30 ff. Rn. 12 ff.
50 BGH (Fn. 49) Rn. 16 f.; anders aber vor allem *Böse*, FS Amelung, 2009, S. 565, 576.
51 Meyer-Goßner/*Schmitt* aaO. § 101 Rn. 25c aE.
52 Oben S. 3 Text vor Fn. 7 und 8.

chen. Es wäre zwar durchaus eine reizvolle Aufgabe, auf der Grundlage der S. 4 aufgelisteten Kriterien ein einfaches System des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren zu entwerfen. Ein solches System würde sich aber an den vorhandenen Parametern (verdeckt/offen; richterliche/nichtrichterliche Anordnung; erledigt/nicht erledigt) orientieren müssen. In der Sache wären Abweichungen gegenüber dem geltenden Recht nicht zu erwarten. Es ließe sich allerdings die Anzahl der einschlägigen Vorschriften reduzieren. Ein eine grundlegendere Umgestaltung rechtfertigender Zuwachs an Praxistauglichkeit und Effizienz ist dadurch aber nicht zu erwarten.

Ich empfehle der Kommission daher, eine Reform des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren nicht im Rahmen des ihr erteilten Auftrags zu verfolgen. Außerhalb dessen und eingebettet in Überlegungen zu einer möglichen Gesamtreform des Rechtsmittelsystems der StPO wäre eine solche Reform allerdings zu erwägen. Als Grundlage dafür bietet sich der Referentenentwurf aus dem Jahr 1981 an.

Johannes Walter Schmengler

Oberstaatsanwalt

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens

Diskussionspapier für die Sitzung der Kommission am 17.11.und 18.11.2014 in Berlin

Themen:

„Wächterfunktion“ (Leitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft)

Erscheinenspflicht von Zeugen bei der Polizei

Richtervorbehalte

Neuordnung des Regelungsgefüges (Abschnitt „Polizeiliche Maßnahmen“)

I.Stellung von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht:

1.

Polizei

Die Polizeibehörden sind der Exekutive zuzurechnen. Sie sind den Innenministern des Bundes und der Länder sowie den jeweiligen Fachministern unterstellt.

2.

Staatsanwaltschaft

Die Staatsanwaltschaft ist ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege (BGHSt 24, S. 170, 171).

Sie ist in ihren amtlichen Verrichtungen von den Gerichten unabhängig (§ 150 GVG). Sie ist weisungsgebunden und übt deshalb, auch soweit sie justizielle Entscheidungen als Rechtspflegeorgan trifft, keine rechtsprechende Gewalt aus (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Auflage, vor § 141 GVG Rn.5).

Die Staatsanwaltschaft gehört zwar trotz ihrer Eingliederung in die Justiz zur Exekutive (BVerfGE 103, 142<49>), ist aber eine Institution sui generis (Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O., vor § 141 GVG, Rn. 6).Die Staatsanwaltschaft ist nicht Partei im Strafprozess (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 141 GVG, Rn 8).

Im Rahmen dieser Ausführungen sollen Fragen der Unabhängigkeit und insbesondere der Abschaffung des Weisungsrechts der Staatsanwaltschaft nicht erörtert werden.

3.

Gerichte sind von der Exekutive getrennte, unabhängige nur dem Gesetz unterworfene Institutionen zur Ausübung der rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 GG, § 1 GVG). Das Grundgesetz geht davon aus, dass Richter aufgrund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer strikten Unterwerfung unter

das Gesetz (Art.97 GG) die Rechte der Betroffenen am besten und am sichersten wahren können (BVerfGE 103, 142<33>).

II.

Aufgaben von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht:

1.

Die Hauptaufgabe der Polizei besteht in der Gefahrenabwehr, also in präventiver Tätigkeit. Dies soll allerdings vorliegend vernachlässigt werden. Daneben ist die Polizei auch im Bereich der Strafverfolgung tätig. Dort werden die anfallenden Ermittlungen weitestgehend durch die Polizeibehörden der Länder, allerdings auch durch Polizeibehörden des Bundes, wie z. B. durch das Bundeskriminalamt, die Bundespolizei, die Hauptzollämter und die Zollfahndungsämter, geführt.

Gem. § 163 Abs. 1 S. 1 StPO haben die Behörden und Beamten des Polizeidienstes Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten. Dabei sind die Polizeibehörden – wie oben ausgeführt - zwar nicht in den Bereich der Justiz eingegliedert. Gem. § 161 Abs. 1 S. 2 StPO sind die Behörden und die Beamten des Polizeidienstes aber dennoch verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass bestimmte Polizeibeamte Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sind, welchen besondere Befugnisse, wie etwa die Anordnung einer Beschlagnahme gem. § 98 StPO, die Anordnung einer Durchsuchung gem. § 105 StPO, die Anordnung der Entnahme einer Blutprobe und anderer körperlicher Untersuchungen gem. § 81a StPO, die Anordnung der Untersuchung anderer Personen gem. § 81c StPO und die Durchsicht von Papieren gem. § 110 Abs. 1 StPO, zustehen.

2.

Die Staatsanwaltschaft entfaltet – mit Ausnahme der Besonderheiten im Steuerstrafverfahren - in der Regel während der Dauer des gesamten Strafverfahrens Aktivitäten. Die vorliegenden Ausführungen sollen sich indes auf deren Tätigkeit im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens beschränken.

Gemäß § 160 i.V.m. § 152 Abs.2 StPO ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Straftat bestehen. Weitere Verpflichtungen sind in § 160 StPO und § 43 JGG normiert.

Die Staatsanwaltschaft ist mithin nicht auf die einseitige Verfolgung des staatlichen Strafausspruchs festgelegt. Ihr obliegt die Führung des Ermittlungsverfahrens in eigener Verantwortung (BVerfGE 103, 142<34>) und sie ist in diesem Stadium Herrin des Verfahrens (BVerfG in NJW 1976 S. 231). Darüber hinaus ist die

Staatsanwaltschaft verantwortlich für die Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit, die Gründlichkeit und Zuverlässigkeit des Ermittlungsverfahrens und auch für die Beachtung des Beschleunigungsgrundsatzes, dem insbesondere in Haftsachen eine große Bedeutung zukommt (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 160 StPO Rn1).

Insoweit hat der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 27.05.2009 – 1 StR 99/09 - die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wie folgt konkretisiert:

„Die Staatsanwaltschaft leitet das Ermittlungsverfahren und trägt die Gesamtverantwortung für eine rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens, auch soweit es durch die Polizei geführt wird. Aufgrund dieser umfassenden Verantwortung steht der Staatsanwaltschaft gegenüber ihren Ermittlungspersonen ein uneingeschränktes Weisungsrecht in Bezug auf ihre auf die Sachverhaltserforschung gerichtete strafverfolgende Tätigkeit zu. Dabei kann sie konkrete Einzelweisungen zu Art und Durchführung einzelner Ermittlungshandlungen erteilen, oder ihre Leitungsbefugnis im Rahmen der Aufklärung von Straftaten unabhängig vom Einzelfall durch allgemeine Weisungen im Voraus in Anspruch nehmen. Bereits mit Blick auf mögliche Beweisverwertungsverbote wegen fehlender oder nicht rechtzeitiger Belehrung als Beschuldigter nach § 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 4 StPO oder mangels „qualifizierter“ Belehrung nach zunächst zu Unrecht erfolgter Vernehmung als Zeuge erfordert die der Staatsanwaltschaft zugewiesene Verantwortlichkeit, dass sie die ihr zustehenden Leitungs- und Kontrollbefugnisse auch effektiv ausübt. Dazu genügt es nicht, wenn sie lediglich Richtung und Umfang der von der Polizei vorzunehmenden Ermittlungen ganz allgemein vorgibt.“

Es ist allerdings offensichtlich, dass diese Leitungsbefugnis in der Regel nur dann effektiv ausgeübt werden kann, wenn die Polizeibehörden die Staatsanwaltschaft umgehend über die Einleitung von Ermittlungsverfahren unterrichten. Denn nur dann wird die Staatsanwaltschaft in die Lage versetzt, ihre Sachleitungsbefugnis auch tatsächlich auszuüben.

Diese Sachleitungsbefugnis wird in dem Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes zu dem Thema „Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft und Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?) Entwicklungen“ aus dem Jahr 2008 zutreffend wie folgt konkretisiert:

„ Die Staatsanwaltschaft hat dafür Sorge zu tragen, dass die Ermittlungen energisch, zielgerichtet und mit Nachdruck geführt werden, zum anderen aber auch darauf zu achten, dass der Beschuldigte als Subjekt des Strafverfahrens behandelt, seiner Unschuldsvermutung Rechnung getragen und der Freiheitsraum des betroffenen Bürgers respektiert wird. Der Beschuldigte darf in keinem Fall zum Objekt degradiert werden. Der Grundsatz des fairen Verfahrens gilt auch für das Ermittlungsverfahren. Es ist aber auch Aufgabe der Staatsanwaltschaft, darauf zu achten, dass sich die anderen mit den Ermittlungen beauftragten Behörden – namentlich Polizei, Steuerfahndung, Zollfahndung und Finanzkontrolle Schwarzarbeit – ebenfalls an diesen Grundsätzen orientieren“ (S. 80, 81 des Gutachtens).

Der Staatsanwaltschaft obliegt das Anklagemonopol. Nur sie ist i.d.R. zur Erhebung der öffentlichen Klage berufen (§ 152 Abs. 1 StPO). Eine Ausnahme besteht nur für

das Privatklageverfahren gemäß §§ 374 ff StPO sowie in Steuerstrafverfahren, in welchen die Finanzbehörden das Ermittlungsverfahren wegen Steuerstraftaten anstelle der Staatsanwaltschaft in eigener Verantwortung führen (§ 386 Abs.2 AO) und in den Fällen des § 400 AO einen Strafbefehlsantrag ohne Mitwirkung der StA stellen kann.

3.

Dieses Diskussionspapier befasst sich nur mit den richterlichen Aufgaben im Ermittlungsverfahren. Dort ist der Richter entsprechend der Trennung von Anklagebehörde und Gericht im deutschen Strafprozess unbeteiligter Dritter, der nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätig wird (BVerfGE 103, 142<34>). Dabei ist seine Tätigkeit überwiegend auf die Anordnung von strafprozessualen Zwangsmaßnahmen bzw. die Überprüfung nichtrichterlich angeordneter Zwangsmaßnahmen ausgerichtet. Diese Richtervorbehalte zielen auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahmen durch eine unabhängige und neutrale Instanz ab (BVerfGE 103, 142<33>).

III.

Aufgabenbereiche von Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht im Ermittlungsverfahren:

1.
Verhältnis Polizei – Staatsanwaltschaft:

Dieses Verhältnis ist nur in wenigen Normen geregelt.

Gemäß § 161 Abs. 1 S. 2 StPO sind die Behörden und Beamten des Polizeidienstes verpflichtet, dem Ersuchen oder dem Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen.

Gem. § 163 Abs. 2 S. 1 StPO übersenden die Behörden und Beamten des Polizeidienstes ihre Verhandlungen ohne Verzug der Staatsanwaltschaft.

Gem. § 152 Abs. 1 GVG sind die Ermittlungspersonen in dieser Eigenschaft verpflichtet, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks und der dieser vorgesetzten Behörde Folge zu leisten.

Gem. Nr. 3 Abs.1 RiStBV soll der Staatsanwalt in bedeutsamen oder in rechtlich oder tatsächlich schwierigen Fällen den Sachverhalt vom ersten Zugriff an selbst aufklären, namentlich den Tatort selbst besichtigen, die Beschuldigten und die

wichtigsten Zeugen selbst vernehmen. Bei der Entscheidung, ob er den Verletzten als Zeugen selbst vernimmt, können auch die Folgen der Tat von Bedeutung sein.

Gem. Nr. 3 Abs. 2 RiStBV hat der Staatsanwalt auch dann, wenn er den Sachverhalt nicht selbst aufklärt, sondern eine Ermittlungsperson, die Behörden und Beamten des Polizeidienstes oder andere Stellen damit beauftragt, die Ermittlungen zu leiten, mindestens ihre Richtung und ihren Umfang zu bestimmen. Er kann dabei auch konkrete Einzelweisungen zur Art und Weise der Durchführung einzelner Ermittlungshandlungen erteilen.

Diese Vorschrift wird durch Anlage A RiStBV, welche Richtlinien über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts regelt, ergänzt.

Schließlich finden sich Regelungen des Verhältnisses von Polizei und Staatsanwaltschaft auch noch in Nr. 11 RiStBV.

Nach Nr. 11 Abs. 1 S. 1 RiStBV ist den Behörden und Beamten des Polizeidienstes und den anderen Stellen, die zu den Ermittlungen herangezogen werden, möglichst genau anzugeben, welche Erhebungen sie vornehmen sollen.

In Nr. 11 Abs. 2 RiStBV ist ausgeführt, dass es sich empfiehlt, die durchzuführenden Maßnahmen und deren Reihenfolge mit den beteiligten Stellen zu besprechen, sofern zu erwarten ist, dass die Aufklärung einer Straftat schwierig sein wird oder umfangreiche Ermittlungen erforderlich werden.

Nach alledem ist mithin jedwede Ermittlungstätigkeit von Strafverfolgungsbehörden der Leitung und Verantwortung der zuständigen Staatsanwaltschaft unterstellt. Denn nur dann kann die Staatsanwaltschaft ihrer Aufgabe, „Wächter des Gesetzes zu sein“ (Meyer-Goßner/ Schmitt a.a.O., vor § 141 GVG Rn 3) hinreichend Genüge tun. Diese durch Verwaltungsvorschriften ergänzte Grundentscheidung des Gesetzgebers, die in einer Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen konkretisiert worden ist, steht indes mit der Lebenswirklichkeit nicht in Einklang. Lediglich in den Fällen, in denen seitens der Polizei frühzeitig strafprozessuale Maßnahmen angeregt werden, Vertrauenspersonen oder Verdeckte Ermittler eingesetzt werden, bei Kapitaldelikten bzw. sonstigen Straftaten, die wegen der Person oder der Stellung eines Beteiligten, wegen der Art oder des Umfangs der Beschuldigung oder aus anderen Gründen voraussichtlich ein Parlament, weite Kreise der Bevölkerung oder Medien mit überörtlicher Bedeutung beschäftigen werden, oder die sonst von besonderer Bedeutung sind, in Wirtschaftssachen, im Bereich der Betäubungsmitteldelikte, bei Straftaten, die der Organisierten Kriminalität zuzurechnen sind, und bei Straftaten, in denen die Tatverdächtigen länderübergreifend agieren und eine effektive Strafverfolgung nur durch Stellung entsprechender Rechtshilfeersuchen bzw. im Zusammenwirken mit ausländischen Strafverfolgungsbehörden erfolgen kann, ist die Staatsanwaltschaft in der Lage, ihre Sachleitungsbefugnis auch tatsächlich auszuüben.

Dies ist nach den Feststellungen in der Studie „Strukturwandel polizeilicher Verbrechensbekämpfung“ (Berlin 1997) darauf zurückzuführen, dass oftmals für die polizeiliche Arbeit Zweckmäßigkeitserwägungen im Vordergrund stehen. Kennzeichnend ist insoweit ein Sicherheitsdenken, während es der Staatsanwaltschaft ausschließlich um die Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit geht. Diese Ausrichtung der polizeilichen Sicherheitsbehörden wird

daran deutlich, dass seitens der Innenminister der Länder regelmäßig Schwerpunkte bei der Verbrechensbekämpfung festgelegt werden. Die Polizei erarbeitet diesbezüglich Sicherheitskonzepte für die Zukunft und legt ihre Ziele fest, ohne die Justizbehörden bzw. die Justizverwaltung einzubinden. Diese in Rheinland-Pfalz als sogenannte Landesziele bezeichneten Konzepte bilden sodann einen Schwerpunkt im Rahmen polizeilicher Ermittlungstätigkeit. Dies hat sodann für die Staatsanwaltschaft zur Folge, dass die polizeiliche Ermittlungstätigkeit auf gehäuft auftretende Phänomenstraftaten schwerpunktmäßig ausgerichtet wird und mithin auch die Staatsanwaltschaften in diesen Deliktsbereichen einen erhöhten Arbeitsanfall zu verzeichnen haben. Da allerdings auch im Bereich der Polizeibehörden die personellen Ressourcen nicht unbegrenzt zur Verfügung stehen, hat dies mittelbar auch Einfluss auf den Umfang und die Zeitdauer von Ermittlungen in anderen Bereichen. Es kommt hinzu, dass in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle, insbesondere bei Verkehrsstraftaten und Delikten im Bereich der kleinen bzw. mittleren Kriminalität, die Ermittlungen völlig eigenständig durch die Polizei bis zur Vorlage der Akten an die Staatsanwaltschaft geführt werden. Die Gründe hierfür dürften zunächst in den besseren personellen Ressourcen im Bereich der Polizeibehörden liegen. Es kommt hinzu, dass die Polizeibehörden aufgrund ihrer umfangreichen Datensammlungen vielfach einen Informationsvorsprung haben, der es der Staatsanwaltschaft erschwert, ihre Leitungsbefugnis auszuüben (Meyer-Goßner,/Schmitt a.a.O.,§ 161 StPO Rn. 11m.w.N.).

Aufgrund dieser in weiten Teilbereichen faktisch nicht gelebten Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft gab es in der Vergangenheit auch vielfältige Überlegungen, die Sachleitungsbefugnis in Teilbereichen abzuschaffen und im Übrigen auch zu beschränken.

So sahen Reformvorschläge u.a. die Einführung eines selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahrens mit eigener beschränkter Abschlusskompetenz der Polizei, die Ersetzung des staatsanwaltschaftlichen Weisungsrechts durch einen Rückgriff auf allgemeine Amtshilfegrundsätze, die Einführung eines von der Polizei zu verhängenden Strafgeldes für einen aus dem Bereich der Straftaten auszugliedernden unteren Bereich von Verfehlungen oder die Herauslösung der Kriminalpolizei aus den Polizeiorganisationen und der Zuständigkeit der Innenverwaltung und ihre Unterstellung unter die Staatsanwaltschaft vor (vgl. zur Darstellung S.18 ff. des Gutachtens der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes aus dem Jahr 2008).

Die oben dargestellte Entwicklung und die aufgeführten Reformüberlegungen bedürfen aber schon deshalb einer besonders kritischen Beobachtung und Würdigung, weil ansonsten die Gefahr besteht, dass die Staatsanwaltschaft ihrer gesetzlich normierten und durch das BVerfG sowie den BGH konkretisierten Sachleitungsbefugnis nicht bzw. nur noch völlig unzureichend nachkommen kann. Dies könnte sodann dazu führen, dass eine Staatsanwaltschaft in weiten Teilbereichen zu einer reinen Anklagebehörde verkümmern würde.

Es werden daher seit geraumer Zeit viele Stimmen laut, die diese Entwicklung - zu Recht - äußerst kritisch sehen und als nicht hinnehmbar bewerten.

So hat der Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht („ Müssen Rolle und Aufgaben der Staatsanwaltschaft neu definiert werden?“ StV 2000, 460) auf die Tendenz hingewiesen, dass die Staatsanwaltschaft überwiegend die Leitungsfunktion über die

polizeilichen Ermittlungen verliert, die rechtliche Kontrolle vor allem der Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren praktisch nicht mehr stattfindet und die polizeiliche Herrschaft über das Ermittlungsverfahren bis in die staatsanwaltschaftliche Abschlussentscheidung und darüber hinaus sogar in das gerichtliche Hauptverfahren hineinwirkt. Diese Entwicklung führt zu einem Verlust verantwortlicher rechtsstaatlicher Kontrolle der Maßnahmen, die die Polizei im Ermittlungsverfahren trifft. Es kommt hinzu, dass die Polizei mit dem Begriff der „vorbeugenden Verbrechensbekämpfung“ ein Feld für sich reklamiert, das wegen seiner Anknüpfung an die Verfolgung geschehener Straftaten notwendiger Bestandteil der Strafverfolgungszuständigkeit der Staatsanwaltschaft und nicht der Gefahrenabwehrzuständigkeit der Polizei ist.

In dieser Dokumentation werden daher eine Reihe von Forderungen zur Stärkung der Sachleitungsbefugnis aufgestellt. So wird u.a. propagiert, dass die Staatsanwaltschaft vollständigen, jederzeitigen und eigenständigen Zugang zu allen bisher polizeilich angelegten und verwalteten Datensammlungen erhält, die für Strafverfolgungstätigkeit Bedeutung gewinnen können. Des Weiteren müsse die Staatsanwaltschaft in den Stand gesetzt werden, den Einsatz der Kriminaltechnik verantwortlich leiten und kontrollieren zu können.

Zwar ist der Grundaussage des Arbeitskreises, der die Entwicklung der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft - zu Recht - kritisch beleuchtet, zuzustimmen. Die zuvor aufgeführten Möglichkeiten von Auswegen aus dieser Entwicklung erscheinen aber teilweise aus tatsächlichen Gründen nicht zielführend und teilweise aus Rechtsgründen nicht durchführbar.

So ist die eigenständige Zugriffsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft auf alle polizeilichen Dateien nicht geeignet, die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft zu stärken. Denn aufgrund des Umfangs dieser Dateien ist die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Sichtung auf die Mithilfe der Polizei angewiesen. Somit entfällt wiederum eine eigenständige Überprüfungsmöglichkeit.

Gegen eine derartige unbeschränkte Zugriffsmöglichkeit bestehen auch durchgreifende rechtliche Bedenken.

Denn im Falle des unbeschränkten Zugriffs auf Dateien sowie unter Berücksichtigung der Grundsätze von Aktenwahrheit, Aktenklarheit und insbesondere Aktenvollständigkeit wäre die Staatsanwaltschaft unter Berücksichtigung der Maxime der Waffengleichheit verpflichtet, die von ihr erlangten Erkenntnisse – unbeschadet des Umstandes, ob ihnen isoliert betrachtet oder aber in ihrer Gesamtschau Beweiserheblichkeit zukommt - in den Ermittlungsakten zu dokumentieren. Dadurch wäre die Einrichtung polizeilicher Dateien von vorneherein sinnlos, weil deren Inhalte spätestens nach Gewährung von Akteneinsicht einem größeren Kreis, zu dessen Kenntnisnahme sie eigentlich nicht bestimmt sind, bekannt werden. Da sodann der Kreis der Mitwisser nicht mehr beherrschbar wäre, wäre sowohl die Legitimation für die Errichtung der Datei als auch für die Speicherung personenbezogener Daten ernsthaft in Frage zu stellen Diesbezüglich wird exemplarisch nur an den Zweck und den Inhalt der Antiterrordatei erinnert.

Es kommt hinzu, dass durch diese eigenständige Einsichtnahme seitens der Staatsanwaltschaft in derartige Dateien und die dadurch eingeräumte unbeschränkte Verwendungsmöglichkeit der hierdurch erlangten

personenbezogenen Daten auch gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verstoßen wird. Es liefen insbesondere die aus Gründen des Grundrechtsschutzes gesetzlich normierten Umwidmungsvorschriften und Verwendungsregelungen in der StPO und in den Polizeigesetzen ins Leere.

Es erscheint auch nicht notwendig, dass die Staatsanwaltschaft den Einsatz der Kriminaltechnik verantwortlich leitet. Diesbezüglich ist es völlig ausreichend, dass im Rahmen von Fortbildungen entsprechende Kenntnisse erworben werden, die die Staatsanwaltschaft sodann in die Lage versetzen, derartige kriminaltechnische Gutachten unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die Einhaltung wissenschaftlicher Standards und insbesondere ihre Werthaltigkeit zu überprüfen.

Auch der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hält an der Leitungsbefugnis fest und verwirft ein eigenständiges polizeiliches Ermittlungsverfahren. Diesbezüglich wird die Vorrangigkeit der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft betont und eine Änderung des § 163 StPO dahingehend empfohlen, dass die Staatsanwaltschaft über Einleitung und Ergebnisse polizeilicher Ermittlungen kurzfristig und im Falle von polizeilichen Zwangsmaßnahmen aufgrund ihrer Eilkompetenz sofort informiert wird.

Der Alternativentwurf „Reform des Ermittlungsverfahrens“ strebt an, die Gesamtverantwortung der Staatsanwaltschaft für das Ermittlungsverfahren im Gesetz ausdrücklich zu bestimmen (§ 163 Abs. 1 AE-EV), verbunden mit der Befugnis, polizeiliche Ermittlungen jederzeit an sich zu ziehen und ihnen uneingeschränkten Zugang zu Strafverfahrensdaten, auch wenn diese in Dateien der Polizei gespeichert sind, zu ermöglichen (§ 163 Abs. 2, Abs. 4 AE-EV). Beibehalten werden soll die grundsätzlich eigene Ermittlungsaufgabe und Befugnis der Staatsanwaltschaft und das Recht, diese Ermittlungshandlungen durch die Polizei vornehmen zu lassen (§ 161 Abs. 1 – 3 AE-EV). Darüber hinaus soll die Staatsanwaltschaft „bestimmte Sachverhalte benennen können, die sie der Polizei zur selbständigen Ermittlung überlässt“ (§ 163 Abs. 4 AE-EV).

Die Polizei bleibt auch ohne Ersuchen der Staatsanwaltschaft verpflichtet, Ermittlungen vorzunehmen, Beweise zu sichern und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen. Sie hat insoweit die Staatsanwaltschaft unverzüglich über den bekannt gewordenen Tatverdacht und die ergriffenen Ermittlungshandlungen zu unterrichten (§ 162 a AE-EV).

Bzgl. der angedachten Zugriffsmöglichkeit auf polizeiliche Dateien nehme ich auf die obigen Ausführungen Bezug. Eine gesetzliche Normierung der Sachleitungsbefugnis erscheint m.E. indes geboten. Die Benennung von Sachverhalten, die sie der Polizei zu selbständigen Ermittlung überlässt, ist ebenfalls weder rechtlich notwendig noch tatsächlich geboten. Insoweit darf ich zur Begründung auf die obigen Darlegungen Bezug nehmen.

Auch im Bereich der Richter und Staatsanwälte wird an der Sachleitungsbefugnis festgehalten. Zu diesem Ergebnis kommt auch das Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes aus dem Jahr 2008.

Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts zur Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft, welche insbesondere in der Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH bezüglich ihres Umfangs und ihrer

Reichweite konkretisiert worden ist, ist es im Übrigen auch undenkbar, diese Sachleitungsbefugnis aufzuweichen oder gar abzuschaffen. Die Sachleitungsbefugnis ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil in der weit überwiegenden Zahl der Ermittlungsverfahren die Vorgänge weitestgehend ausermittelt bei der Staatsanwaltschaft vorgelegt werden. Denn die Staatsanwaltschaft kann ihre „Wächterfunktion“ auch in diesen Fällen noch hinreichend erfüllen. Dabei hat sie im Rahmen der Fertigung der verfahrensabschließenden Verfügung alle seitens der Polizei verwendeten Beweismittel auf deren Werthaltigkeit sowie deren Verwertbarkeit zu überprüfen und ggf. erneute und ergänzende Beweiserhebungen zu veranlassen. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auch die Polizeibehörden an Gesetz und Recht gebunden sind, ist es mithin mit der Sachleitungsbefugnis und deren Reichweite vereinbar, dass in den Fällen der kleinen und mittleren Kriminalität die Sachleitungsbefugnis erst nach Vorlage der Akten und vor Fertigung der verfahrensabschließenden Verfügung ausgeübt wird. Falls der Gesetzgeber ein anderes Verständnis hiervon gehabt hätte, hätte er mit Sicherheit normiert, dass jedwede Beweiserhebung einschließlich der Beschuldigtenvernehmung entweder nur im Beisein oder aber jedenfalls nach konkreter Absprache mit der Staatsanwaltschaft erfolgen darf.

Aufgrund der Gesamtentwicklung halte ich zur Verdeutlichung dieser Sachleitungsbefugnis deren gesetzliche Normierung für geboten.

Insoweit schlage ich zunächst folgende Neufassung des § 160 Abs. 2 der StPO vor:

Satz 1:

Die Staatsanwaltschaft leitet das Ermittlungsverfahren und trägt die Gesamtverantwortung für eine rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens, auch soweit es durch die Polizei geführt wird.

Satz 2:

Ihr steht gegenüber ihren Ermittlungspersonen ein uneingeschränktes Weisungsrecht zu, soweit diese auf die Sachverhaltserforschung gerichtete Ermittlungen tätigen.

Satz 3:

Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln bzw. ermitteln zu lassen und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.

Des Weiteren sollte § 163 Abs. 2 StPO wie folgt neu gefasst werden:

Satz 1:

Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes und die sonstigen Ermittlungsdienststellen des Bundes und der Länder haben die Staatsanwaltschaft in den Fällen, in denen bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in § 100a Abs. 2 StPO aufgeführte schwere Straftat

begangen hat und bei allen sonstigen Straftaten, in denen wegen der Person oder des Umfangs der Tatvorwürfe damit zu rechnen ist, dass sie ein Parlament, weite Kreise der Bevölkerung oder die Medien beschäftigen werden, unverzüglich zwecks Absprache der Ermittlungskonzeption zu unterrichten.

Der bisherige Satz 1 des § 163 Abs. 2 StPO soll zu Satz 2 werden und der bisherige Satz 2 soll zu Satz 3 werden.

IV.

Notwendigkeit der Regelung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bei polizeilichen Vernehmungen:

Diese Erscheinens- und Aussagepflicht wird bereits seit vielen Jahren diskutiert.

So hatte der Bundesrat bereits im Jahr 1999 in seiner Stellungnahme zu Artikel 1 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts (Strafverfahrensänderungsgesetz 1999) darum gebeten, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, inwieweit der Polizei auf Weisung oder Ersuchen der Staatsanwaltschaft – generell oder im Einzelfall – das Recht eingeräumt werden kann, Zeugen verpflichtend zu laden, u.U. verbunden mit einem Vorführrecht und der Verpflichtung der Zeugen, vor der Polizei auszusagen. Der Bundesrat sah hierdurch die Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft nicht berührt, weil dieses Recht der Polizei nur auf Weisung oder Ersuchen der Staatsanwaltschaft gegeben werden soll, wobei die Weisung oder das Ersuchen allgemein oder für den Einzelfall erklärt werden kann (Beschluss des Bundesrates vom 19.03.1999 Ziffer 8 zu Artikel 1 -§§ 163 ff StPO – BR-Drs. 65/99).

Die Bundesregierung hatte damals allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass eine derartige eingriffsintensive Maßnahme der Vorführung nicht ohne Mitwirkung eines Justizorgans erfolgen darf (BT-Drs14/1484 Anlage 3 Seite 46 zu Nr. 8).

Die Forderung, der Polizei das Recht einer eigenständigen zwangsweisen Vorführung im Falle des Ausbleibens bzw. der unberechtigten Aussageverweigerungsrecht eines Zeugen einzuräumen, wurde in der Folgezeit – soweit ersichtlich - nicht mehr gestellt.

Auf Antrag von sechs Bundesländern hatte der Bundesrat sodann am 30.03.2001 beschlossen, beim Bundestag den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung u.a. durch Einführung des § 163a Abs. 6 StPO einzubringen. Mit diesem Entwurf wurde das Ziel verfolgt, das Ermittlungsverfahren effektiver zu gestalten, bei gleichzeitiger Stärkung der Rolle der Polizei, die Justizorgane zu entlasten und die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei weiter zu verbessern. Insoweit sollte eine Erscheinens- und Aussagepflicht normiert werden, wenn der Ladung ein Auftrag oder ein Ersuchen der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt (BR-Drs150/01).

Seitens der Polizei wurde diese angedachte Regelung befürwortet. Es wurde allerdings klargestellt, dass die überkommene und bewährte funktionale Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei nicht in Frage gestellt wird, insbesondere die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft außer Frage steht, und die Verantwortung für die Einhaltung des Legalitätsprinzips, die

Vollständigkeit der Sachverhaltserforschung und die Justizförmigkeit des Verfahrens in vollem Umfang bei der Staatsanwaltschaft verbleibt (Strube in Deutsche Polizei, Heft 7, 2001). Zur Begründung dafür, dass es zu einer Stärkung der Rolle der Polizei kommen soll, wurde angeführt, dass die Vielzahl der Ermittlungsverfahren im Bereich kleinerer und mittlerer Kriminalität zunächst ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft durch die Polizei geführt werden und darüber hinaus die Polizei aufgrund des erreichten hohen Aus- und Fortbildungsstands längst aus der Rolle einer untergeordneten Hilfsfunktion hinausgewachsen ist (vgl. Strube a.a.O.).

Der Bundesrat hatte in seiner Sitzung am 13.10.2006 beschlossen, erneut einen Entwurf eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens einzubringen (BR-Drs.660/06). Insoweit sollte § 163a Abs. 6 StPO wie folgt gefasst werden:

„Zeugen sind verpflichtet, auf Ladung vor der Polizeibehörde zu erscheinen und zur Sache auszusagen, wenn der Ladung ein Auftrag oder ein Ersuchen der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt. Bei unberechtigtem Ausbleiben oder unberechtigter Weigerung eines Zeugen kann die Staatsanwaltschaft von den in den §§ 51 und 70 vorgesehenen Maßregeln Gebrauch machen. § 161a Abs. 2 S. 2, Abs. 3 StPO gelten entsprechend.“

Die Notwendigkeit dieser Gesetzesinitiative wurde im Wesentlichen wie folgt begründet:

- Notwendigkeit einer möglichst frühzeitigen Vernehmung von wankelmütigen und bedrohten Zeugen,

- Nutzung der verfügbaren kriminaltaktischen Möglichkeiten

- Möglichkeit des Rückgriffs auf polizeiliche Datenbestände und Erkenntnisse aus der vorbeugenden Verbrechensbekämpfung,

- bessere Regelung in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft noch nicht genügend Kenntnis vom Sachverhalt hat.

Aus Sicht des Bundesrates bestanden gegen diese Gesetzesneuregelung keine rechtsstaatlichen Bedenken, weil durch die Notwendigkeit eines staatsanwaltschaftlichen Auftrages bzw. eines Ersuchens die Leitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft in dem erforderlichen Maße zur Geltung gebracht wird.

Die Bundesregierung hatte diesem Vorschlag nicht zugestimmt und dies im Wesentlichen wie folgt begründet (BT-Drs 16/3659, S. 15):

„Es würde zu einer Verlagerung von Kompetenzen auf die Polizei führen und damit die Sachherrschaft der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren weiter zurückdrängen. Der Umstand, dass eine bindende Ladung nur bei Vorliegen eines Auftrags oder eines Ersuchens der Staatsanwaltschaft möglich sein soll, führt nicht zu einer anderen Beurteilung, da auch eine allgemeine Erklärung des Auftrags oder des Ersuchens zulässig sein soll. Die Bundesregierung hat Bedenken, dass von dieser Möglichkeit in der Praxis in weitem Umfang Gebrauch gemacht würde.

Auch der Umstand, dass als weiterer wichtiger Anwendungsfall der vorgeschlagenen Regelung die Entbehrlichkeit einer frühzeitigen und umfassenden Information des Staatsanwalts durch die Polizei angeführt wird, belegt die Gefahr einer Aushöhlung der staatsanwaltschaftlichen Sachleitungsbefugnis. Staatsanwaltschaftliche

Ladungs- und Vernehmungsaufträge, die ohne zureichende Sachverhaltskenntnis erteilt werden sollen, erscheinen bedenklich, weil der befasste Staatsanwalt auch einer rechtsstaatlichen Anforderung genügende Durchführung des Ermittlungsverfahrens gewährleisten soll.

Das angestrebte Ziel einer effizienteren Führung von Ermittlungsverfahren dürfte sich mit der vorgeschlagenen Regelung dagegen nur in begrenztem Umfang erreichen lassen, da die Polizei lediglich zur verpflichtenden Ladung der Zeugen, nicht aber zur Verhängung der Ordnungsmittel nach den §§ 51, 70 StPO bei unberechtigtem Ausbleiben oder unberechtigter Aussageverweigerung befugt ist. Gerade bei „problematischen Zeugen“ wird sich daher eine Einschaltung der Staatsanwaltschaft häufig ohnehin nicht vermeiden lassen.“

Auch im Koalitionsvertrag 2009 war zur Effizienzsteigerung im Strafverfahren eine Erweiterung des § 163a StPO durch Einführung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bei polizeilichen Vernehmungen geplant. Das erneut auf Initiative des Bundesrats eingebrachte Gesetz hatte einen identischen Wortlaut wie die Initiative aus dem Jahr 2006 (BR-Drs120/10).

Die Bundesregierung hatte zu dem Gesetzesentwurf des Bundesrates wie folgt Stellung genommen (BT-Drs17/2166, S.9):

„Zum einen erscheint der gewählte Standort nicht systemgerecht. § 163a regelt die Vernehmung des Beschuldigten. Vorgaben zu Zeugenvernehmungen durch Beamte des Polizeidienstes finden sich seit dem Inkrafttreten des 2. Opferrechtsreformgesetzes am 01.10.2009 in § 163 Abs. 3 StPO.

Zum anderen dürfte die bislang lediglich punktuelle, im Vorschlag des Bundesrates nicht modifizierte Bezugnahme in § 163 Abs. 3 StPO auf einzelne Vorschriften des 6. Abschnitts des Ersten Buches der Strafprozessordnung – etwa auf die Belehrungspflichten in § 52 Abs. 3, § 55 Abs. 2 und § 57 S. 1 StPO – nicht mehr ausreichen; eine Regelung zur Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor der Polizei müsste vielmehr umfassender auf die Vorschriften des 6. Abschnitts des Ersten Buches der Strafprozessordnung und damit etwa auch auf die Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte (§§ 52 ff. StPO) Bezug nehmen.

Darüber hinaus erscheint nicht ohne Zweifel, ob die vom Bundesrat vorgesehene Voraussetzung für eine Erscheinens- und Aussagepflicht des Zeugen auslösende Ladung – ein Auftrag oder Ersuchen der Staatsanwaltschaft – die Sachleitungsbefugnis und –pflicht der Staatsanwaltschaft hinreichend wahrt“.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte sich u.a. auch bereits in ihrer Stellungnahme vom 31.10.2003 gegen die Einführung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bei der Polizei ausgesprochen und diesbezüglich ausgeführt, diese Regelung leiste einer prinzipiell abzulehnenden „Verpolizeilichung“ des Ermittlungsverfahrens Vorschub. Im Übrigen sei ein Entlastungseffekt auch gar nicht erkennbar, weil die Neuregelung die Zahl von Zeugenvernehmungen, darunter rein vorsorglicher, rechtlich nicht notwendigerweise veranlasster Vernehmungen erhöhen wird. Demgegenüber trage die gegenwärtige Rechtslage zur Konzentration der Ermittlungen auf das rechtlich Erhebliche bei (Stellungnahme der BRAK vom 31.10.2003 S. 25, 26).

Zu dem o.g. Gesetzesantrag der sechs Bundesländer aus dem Jahr 2006 hatte die BRAK im November 2006 (BRAK-Stellungnahme Nr. 37/2006, S.5 ff) dahingehend Stellung genommen, dass die beabsichtigte Gesetzesänderung abzulehnen ist. Zur Begründung wurde angegeben, es sei zu erwarten, dass die rein polizeilichen Vernehmungen in den Hintergrund gedrängt würden und zukünftig allein über ein Formblatt der Staatsanwaltschaft erreicht werde, dass bei allen polizeilichen Vernehmungen eine Erscheinenspflicht bestünde. Durch diesen Erscheinenszwang käme es infolge der praktizierten kurzen Ladungsfristen der Polizei zu erheblichen Problemen .Die Rolle des anwaltlichen Zeugenbeistandes müsse ausgebaut werden. Denn nur so könnten Zeugen effektiv davor bewahrt werden, sich selbst strafrechtlichen Risiken auszusetzen, zumal polizeiliche Vernehmungsprotokolle qualitativ sehr viel bedenklicher seien als solche bei staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen. Der Verweis auf § 161 a Abs. 2 S. 2, Abs.3 mache nicht klar und lasse die Frage offen, ob und inwieweit die Polizei nun zu eigenen Maßnahmen bei Ausbleiben des Zeugen berechtigt ist bzw. welche Rechtsmittel dem Zeugen zustehen. Schließlich sei eine Mehrbelastung der Gerichte wegen einer Erhöhung der Zahl der Streitigkeiten über etwaige Ordnungsmittel zu erwarten.

Der Deutsche Anwaltsverein hatte in seiner Stellungnahme aus dem April 2010 (19/2010) die Erscheinens- und Aussagepflicht nachdrücklich abgelehnt und zur Begründung angegeben, es erfolge hierdurch eine weitere Kompetenzverlagerung auf die Polizei, wodurch die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft weiter ausgehöhlt werde. Zudem bestünden hinsichtlich der Anordnungsbefugnis der Staatsanwaltschaft verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf Art 104 Abs.2 S. 1 GG.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hatte in ihrer Stellungnahme vom April 2011 (Nr. 22/2011) ihre ablehnende Haltung im Wesentlichen damit begründet, dass hierdurch die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft weiter zurückgedrängt und demgegenüber die Stellung der Polizei gestärkt werde. Die Änderung bewirke auch keine Effizienzsteigerung, sondern nur eine Verlagerung von Kompetenzen auf die Polizei, zumal der Polizei keine Zwangsmittel zustehen. Polizeibeamte seien auch weder willens noch in der Lage, Rechtsfragen des Bestehens von Auskunfts- bzw. Zeugnisverweigerungsrechten zuverlässig zu beurteilen. Im Übrigen könne der anwaltliche Zeugenbeistand derzeit dem Zeugen raten, vor der Polizei keine Angaben zu machen. Falls dem Zeugenbeistand die Anwesenheit im Hinblick auf die Regelung in § 68 b StPO nicht gestattet werde, wäre dieser Ratschlag bei Umsetzung des neuen Gesetzes nicht mehr möglich.

Auch die strafrechtliche Literatur hat sich mit dieser Frage der Anordnung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor der Polizei eingehend auseinandergesetzt. Dabei hat insbesondere Beck (Ausweitung der Befugnisse der Polizei im Ermittlungsverfahren- Effizienz vor Rechtsschutz, ZRP 2011 Seite 21 ff.) die Bedenken gegen die geplante gesetzliche Neuregelung eingehend dargestellt.. Sie hat bereits rechtspolitische Zweifel an der Angemessenheit und Erreichbarkeit des Zweckes, eine Effektivierung zu erreichen. Insoweit führt sie aus, die Strafjustiz habe zwar zwischenzeitlich vermehrt präventive Zwecke übernommen. Diesbezüglich hegt Beck Zweifel, ob die Strafjustiz zur Bewältigung dieser Aufgabe

überhaupt geeignet ist. Unter Hinweis auf das Prinzip der Gewaltenteilung müssten für die Prävention im eigentlichen Sinne aber ausreichend Ressourcen in anderen Bereichen der Verwaltung zur Verfügung gestellt werden. Darüber hinaus beinhalte die Neuregelung eine Verschiebung von Kompetenzen mit der Folge, dass eine fachlich nicht ausgerichtete Behörde die Aufgaben wahrnimmt, für die sie gerade nicht zuständig ist. Dies sei fragwürdig und schmälere den Zweck der Staatsanwaltschaft, einer drohenden Willkür der Polizei entgegenzuwirken. Zwar betone der Entwurf, die Kompetenzerweiterung solle ohne Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung und der berechtigten rechtsstaatlichen Interessen der Bürger erfolgen. Dies hält Beck jedoch eher für eine hehre Wunschvorstellung als eine realistische Einschätzung. Historische Erkenntnisse und allgemeine Lebenserfahrung sprächen vielmehr dafür, dass eine weitere Kontrollinstanz zu verbesserter Reflektion führe. Nur die derzeitige Gesetzeslage trage dazu bei, dem polizeilichen Ermittlungseifer eine Grenze zu setzen.

Darüber hinaus verweist Beck auf Probleme bei der Einordnung eines Beschuldigtenstatus sowie bei der Beurteilung von Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrechten. Sie sieht auch dogmatische Probleme in der fehlenden Definition von Auftrag und Ersuchen.

Schließlich bliebe offen, ob die Begriffe „unberechtigtes Ausbleiben“ und „unberechtigte Weigerung“ dieselbe Bedeutung wie in § 161a StPO hätten. Bzgl. der Anordnung der Zwangsmittel sei im Übrigen unklar, aufgrund welcher Umstände die Staatsanwaltschaft ihr Ermessen ausübt.

Letztlich erscheine es auch zumindest zweifelhaft, ob diese staatsbürgerliche Erscheinenspflicht allen anderen Alltagsverpflichtungen vorgehe.

Trotz dieser Gegenstimmen schlage ich folgende Änderung der Strafprozessordnung durch Anfügung von Absatz 6 in § 163a StPO vor:

„Zeugen sind verpflichtet, auf Ladung vor der Polizeibehörde zu erscheinen und zur Sache auszusagen. Bestehen Zweifel hinsichtlich der Zeugeneigenschaft oder hinsichtlich des Vorliegens von Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrechten, so hat die Polizei sofort Kontakt mit der Staatsanwaltschaft aufzunehmen. Bis zur Klärung der Zweifelsfragen darf keine Zeugenvernehmung durchgeführt werden. Eine bereits begonnene Zeugenvernehmung ist zu unterbrechen. Die geführten Erörterungen und deren Ergebnis sind in den Sachakten zu dokumentieren. Bei unberechtigtem Ausbleiben oder unberechtigter Weigerung eines Zeugen kann die Staatsanwaltschaft von den in den §§ 51 und 70 vorgesehenen Maßregeln Gebrauch machen. § 161a Abs. 2 S. 2, Abs. 3 gilt entsprechend.“

Gegen eine Normierung der Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Entgegen der Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins verstößt die Neufassung des Gesetzes nicht gegen Artikel 104 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz. Denn

insoweit handelt es sich lediglich um eine dem Richtervorbehalt nicht unterliegende Maßnahme der Freiheitsbeschränkung (BVerfGE 105, Seite 239, 248).

Es bedarf auch keiner Erweiterung der Rechte des Zeugenbeistands gemäß § 68 b StPO. Denn schon nach geltender Rechtslage darf sich ein Zeuge bei einer polizeilichen Vernehmung eines anwaltlichen Beistands bedienen. Die von der BRAK in ihrer Stellungnahme vom April 2011 aufgezeigte Problematik, ein Rechtsanwalt könne im Falle der Nichtgestattung seiner Teilnahme bei der Vernehmung diesem nicht mehr raten, bei der Polizei keine Angaben zu machen, spricht nicht gegen die beabsichtige Neufassung des Gesetzes. Denn ein Rechtsanwalt hat als Organ der Rechtspflege die in § 68 b StPO aufgeführten Handlungen zu unterlassen und auch nur den Anschein einer Interessenkollision zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund dürfte er mithin allenfalls den Rat erteilen, einen anderen Rechtsanwalt als Zeugenbeistand hinzuzuziehen.

Auch die Befürchtung der Bundesrechtsanwaltskammer, die Neuregelung erhöhe die Zahl von Zeugenvernehmungen, darunter rein vorsorglicher und rechtlich nicht notwendigerweise veranlasster Vernehmungen, erscheint unbegründet. Denn auch im Bereich der Polizeibehörden herrscht Ressourcenknappheit. Es wird daher jeweils im Einzelfall entschieden, ob und ggf. die Vernehmung welcher Zeugen erforderlich ist.

Demgegenüber sprechen für die Neuregelung folgende Gesichtspunkte:

1.
Auch die Polizei ist an Recht und Gesetz gebunden (Artikel 20 Abs. 3 GG). Jedwedes Misstrauen gegenüber der Polizei oder gar ein Generalverdacht sind fehl am Platz. Dies wird eindeutig durch die Zahl der gegen Polizeibeamte eingelegten Beschwerden dokumentiert. So gingen bei dem Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz in den letzten drei Jahren nur 46 Beschwerden gegen Polizeibeamte ein, wobei nur in einer verschwindend geringen Zahl von Fällen Verstöße gegen die StPO gerügt wurden.

Die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft wird durch die Neuregelung nicht in Frage gestellt. Zum einen ist durch die vorgeschlagene Neuregelung des § 163 Abs. 2 StPO die Staatsanwaltschaft bei schwerwiegenden Straftaten ohnehin umgehend zu unterrichten und es ist eine Ermittlungskonzeption zu erarbeiten. In diesen Fällen nimmt die Staatsanwaltschaft durch die Einbindung in die Erstellung der Ermittlungskonzeption ihre Sachleitungsbefugnis umfassend wahr. Deshalb bedarf es m.E. auch keiner generellen Beauftragung seitens der Staatsanwaltschaft, die sich im Übrigen zuweilen in einer pauschalen Anordnung ohne Prüfung des Einzelfalles erschöpfen könnte, oder eines konkreten Ersuchens im Einzelfall.

In den Fällen der kleineren und mittleren Kriminalität ist bereits aufgrund der knappen Ressourcen bei den Polizeibehörden nicht mit einer Erhöhung der Zahl der polizeilichen Zeugenvernehmungen zu rechnen.

Gerade in Verfahren der kleineren und mittleren Kriminalität zeigen die seitens der Polizei vorgelegten Ermittlungsergebnisse, dass die Sachaufklärung ohne Einschaltung der Staatsanwaltschaft zu keinerlei Qualitätseinbußen führt und insbesondere die Rechtmäßigkeit der Ermittlungshandlungen – fast ausnahmslos – nicht zweifelhaft ist. In Verfahren der schweren Kriminalität bzw. bei Ermittlungsverfahren mit äußerst komplexen Sachverhalten, wie z. B. oftmals im

Bereich der Wirtschaftskriminalität, hat in einem frühen Ermittlungsstadium oftmals nur die Polizei einen umfassenden Überblick über die insgesamt angefallenen Erkenntnisse. Dies gilt insbesondere dann, wenn verdeckte Maßnahmen, wie z. B. die Überwachung der Telekommunikation sowie der Einsatz von Vertrauenspersonen und verdeckten Ermittlern durchgeführt werden. Es kommt hinzu, dass nur die Polizei einen unmittelbaren Zugriff auf polizeiliche Dateien und sonstige Erkenntnisse hat, die im Rahmen ihrer präventivpolizeilichen Tätigkeit im Bereich der Verbrechensbekämpfung angefallen sind. Vor dem Hintergrund der Notwendigkeit einer umfassenden Erfragung aller dem Zeugen vorliegenden Erkenntnissen erscheint deshalb in der Regel auch bei Fällen der schweren Kriminalität die polizeiliche Vernehmung als die effektivste Form der Befragung eines Zeugen. Dabei entspricht es im Übrigen vor dem Hintergrund der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft auch der Lebenswirklichkeit, dass vor Durchführung von Vernehmungen Fragen der strafrechtlichen Würdigung von Lebenssachverhalten, des Status der zu vernehmenden Personen und des Bestehens von Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrechten zwischen der Staatsanwaltschaft und der Polizei erörtert und festgelegt werden .Lediglich klarstellend sei der Hinweis darauf erteilt, dass diese Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft nicht etwa deshalb eingeräumt ist, um einer drohenden Willkür von Polizeibehörden entgegenzuwirken, sondern diese Befugnis ausschließlich den Zweck verfolgt, die Rechtmäßigkeit des gesamten Verfahrens zu gewährleisten und dabei auch Zweckmäßigkeitsaspekte zu berücksichtigen.

Es kommt hinzu, dass Ausbildungs- und Fortbildungsstand der Polizei bereits heute als sehr hoch zu bewerten ist. Die Polizeibeamten sind in der Regel zu einer sicheren Beurteilung in der Lage, ob und ggf. welche Zeugen vernommen werden müssen, um einen Sachverhalt umfassend aufzuklären und hierbei insbesondere allen be- und entlastenden Umständen nachzugehen.

2.
In einer Vielzahl von Verfahren, die insbesondere geplante Tötungsdelikte sowie sonstige Delikte der schweren Kriminalität zum Gegenstand haben und die mithin ein sofortiges Handeln gebieten, kommt insbesondere dem Zeitfaktor eine große Bedeutung zu. In diesen Fällen wird die Repression oftmals auch durch präventivpolizeiliche Notwendigkeiten überlagert. Insoweit zweifelt wohl auch niemand ernsthaft an, dass die Strafverfolgungsbehörden bei geplanten Tötungsdelikten deren Versuch und deren Vollendung immer und bei sonstigen Delikten nach Möglichkeit eine Vollendung, jedenfalls aber eine Beendigung der Taten verhindern müssen. Es ist Beck zuzugestehen, dass zumindest zuweilen in diesen Deliktsbereichen seitens der Strafjustiz vermehrt präventive Zwecke wahrgenommen werden und dies im Übrigen auch von weiten Teilen der Bevölkerung auch immer wieder von der Staatsanwaltschaft gefordert wird. Es kommt bei diesen Delikten oftmals auch noch hinzu, dass ohne zeitliche Verzögerung zu prüfen ist, ob potenzielle Tatopfer mit polizeilichen Schutzmaßnahmen zu belegen sind, oder sogar die Aufnahme in ein Zeugenschutzprogramm erfolgen muss. Im Übrigen ist in derartigen Fällen auch immer zu prüfen, ob Gefährderansprachen durchzuführen sind.

Vor diesem Hintergrund ist es offensichtlich, dass eine Normierung der Erscheinens- und Aussagepflicht bei der Polizei zu einer erheblichen Beschleunigung sowohl im präventiven als auch im repressiven Bereich beitragen kann. Durch die Neuregelung wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass die eigentlich zuständigen

Dezernenten der Staatsanwaltschaft gerade zur Nachtzeit und an den Wochenenden oftmals nicht erreichbar sind und nur der Bereitschaftsstaatsanwalt, der im Idealfall allenfalls über den Grundsachverhalt informiert ist, als Ansprechpartner zur Verfügung steht. Allein die von Beck geforderte Schaffung weiterer Ressourcen für die Prävention außerhalb von Polizeibehörden vermag die oben geschilderten, oftmals bestehenden Gemengelagen zwischen Prävention und Repression nicht zufriedenstellend zu lösen. Es kommt hinzu, dass derartige Gefahrensituationen oftmals nur unter Anwendung unmittelbaren Zwangs lösbar sind. Der Einsatztaktik, die im Übrigen nur die Polizei gelernt hat, kommt dabei in der Regel ein hoher Stellenwert zu. Dennoch umfasst selbst im Bereich der Anwendung unmittelbaren Zwanges die Leitungs- und Weisungsbefugnis des Staatsanwalts – sofern es nicht ausschließlich um Gefahrenabwehr geht – auch Anordnungen zur Anwendung des unmittelbaren Zwanges. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die gemeinsamen Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung des Staatsanwalts verwiesen (vgl. Anlage A zu den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren).

Es ist im Übrigen offensichtlich, dass mit den Mitteln des Strafrechts eine Prävention nur durch Abschreckung erreichbar ist. Es ist auch – wie Beck fordert – durchaus wünschenswert, dass auch die Verwaltungsbehörden vermehrt die Prävention in den Vordergrund ihrer Tätigkeit stellen. Letztlich erscheinen aber jedenfalls insbesondere bei den oben aufgeführten Gemengelagen rechtspolitische Zweifel an der Angemessenheit und Erreichbarkeit des Zwecks nicht angebracht. Entgegen der Auffassung von Beck sowie der zumindest früher von der Bundesregierung geäußerten Auffassung beinhaltet die vorgeschlagene Neuregelung auch keine Verschiebungen von Kompetenzen mit der Folge, dass eine fachlich nicht darauf ausgerichtete Behörde die Aufgaben wahrnimmt, für die sie gerade nicht zuständig ist.

Denn die Polizeibeamten sind bereits nach geltendem Recht gem. § 163 Abs. 1 S. 2 StPO berechtigt, Ermittlungen jeder Art vorzunehmen und mithin insbesondere auch Zeugenvernehmungen durchzuführen. Die geplante Neuregelung räumt mithin der Polizei keine weitergehenden Rechte ein. Es trifft zwar zu, dass die Stellung der Polizei durch die Schaffung der staatsbürgerlichen Pflicht zum Erscheinen und zur Aussage des Zeugen bei der Polizei rein faktisch gestärkt wird. Diese Stärkung ist aber vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Sachleitungsbefugnis und der Vorgehensweise bei zweifelhafter Zeugenstellung und des Umfangs von Zeugnis- bzw. Aussageverweigerungsrechten rechtlich unbedenklich.

Es kommt hinzu, dass die Polizeibehörden insbesondere auch im Bereich der Zeugnis- bzw. Auskunftsverweigerungsrechte sowie im Bereich der Vernehmungstechnik besonders geschult sind. Diesbezüglich ist auch der Hinweis darauf erlaubt, dass es schon derzeit gängige Praxis ist, in Zweifelsfragen Kontakt zu dem sachleitenden Staatsanwalt aufzunehmen.

Letztlich werden durch die geplante Neuregelung auch keine Kompetenzen verschoben. Es wird vielmehr der Polizei nur die Möglichkeit eingeräumt, bei der Staatsanwaltschaft anzuregen, im Falle des unentschuldigten Fernbleibens bzw. der unberechtigten Aussageverweigerung eine Vorführung anzuordnen und das Erscheinen zur polizeilichen Vernehmung zu erzwingen.

Diese denkbare Anregung entspricht im Übrigen schon der derzeitigen Praxis. Der einzige Unterschied besteht darin, dass nach der geplanten Neuregelung das Erscheinen zwecks Aussage vor der Polizei erzwungen werden kann, während es bisher lediglich möglich gewesen ist, das Erscheinen zur Vernehmung beim Staatsanwalt zu erzwingen.

4.
Das Argument von Beck, eine zeitliche Verzögerung bei der Entscheidung über Zeugenvernehmungen bedeute auch, dass dem Ermittlungseifer von Polizeibeamten eine Grenze gesetzt wird, die auf die Wahrnehmung der Rechte der Zeugen und die Prüfung der Notwendigkeit eines Eingriffs in diese eine positive Wirkung hat, überzeugt ebenfalls nicht. Zunächst bleibt Beck eine Umschreibung des Begriffs „Ermittlungseifer“ schuldig. Wenn sie diesen Begriff möglicherweise mit konsequenter Strafverfolgung gleichsetzen sollte, so bleibt anzumerken, dass in den Zeiten der knappen Ressourcen im Bereich der Strafverfolgungsbehörden derart hohe Aufklärungsquoten insbesondere bei den Delikten der Schwerstkriminalität und der Kapitaldelikte nur deshalb erreichbar sind, weil die weit überwiegende Zahl der Angehörigen der Strafverfolgungsorgane den geleisteten Amtseid ernst nehmen und weit über die übliche Arbeitszeit hinaus und auch an Wochenenden an der Aufklärung entsprechender Taten arbeiten.

Wenn sie allerdings das Wort „Ermittlungseifer“ mit einer Ermittlungstätigkeit unter bewusster Missachtung von Recht und Gesetz und ohne Rücksicht auf bestehende Verdachtsmomente gleichsetzt, berücksichtigt sie die Lebenswirklichkeit nicht. Denn jeder Polizeibeamte und jeder Staatsanwalt richten ihre gesamte auf die Ermittlung der Wahrheit gerichtete Tätigkeit darauf aus, verwertbare Beweismittel zu schaffen, die insbesondere einer gerichtlichen Prüfung standhalten. Die geplante Neuregelung trägt auch erheblich zur Effektivierung des Strafverfahrens bei.

5.
Letztlich bleibt zu berücksichtigen, dass nach derzeitiger Rechtslage eine Vorladung zur staatsanwaltschaftlichen Vernehmung und die sich daran anschließende Zeugenvernehmung zumindest in Fällen der schweren Kriminalität auch die naheliegende Gefahr in sich birgt, dass der Staatsanwalt als Zeuge in der Hauptverhandlung in Betracht kommt. Es ist insbesondere in den Fällen von Konfliktverteidigungen und auch bei sonstigen Delikten im Bereich der schweren Kriminalität vermehrt festzustellen, dass man die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft an der Hauptverhandlung dadurch erschweren will, dass der sachbearbeitende Staatsanwalt als Zeuge benannt wird, mit der Folge, dass es nach dessen Vernehmung möglicherweise zu einer Einschränkung von dessen Fragerecht und jedenfalls zu Beschränkungen bis hin zum vollständigen Ausschluss beim Schlussvortrag führen kann. Dies hat insbesondere dann, wenn der Staatsanwalt einen „Kronzeugen“ vernommen hat, zur Folge, dass er in seinem Tätigwerden in der Hauptverhandlung zumindest erheblich eingeschränkt ist. In derartigen Fällen ergibt sich sodann die Notwendigkeit, dass sich ein weiterer Staatsanwalt in oftmals umfangreiche Verfahrensakten einarbeiten und als zusätzlicher Sitzungsvertreter hinzugezogen werden muss.

6.
Auch die sonstigen von Beck gegen die Neuregelung aufgeführten Gründe überzeugen nicht:

a)
Entgegen der Auffassung von Beck ist der Gesetzeszweck der Straffung eines Ermittlungsverfahrens trotz der Notwendigkeit der Einbindung der Staatsanwaltschaft im Falle des Nichterscheinens des Zeugen sehr wohl erreichbar. Denn die gesetzliche Normierung einer Erscheinens- und Aussagepflicht verdeutlicht jedermann, dass es sich hierbei nach dem Willen des Gesetzgebers um eine staatsbürgerliche Pflicht handelt. Diesbezüglich sei der Hinweis erlaubt, dass die weit überwiegende Anzahl der Bürgerinnen und Bürger in der Bundesrepublik Deutschland schon nach derzeitiger Rechtslage polizeilichen Vorladungen Folge leisten. Lediglich im Bereich der politisch motivierten Kriminalität, der organisierten Kriminalität sowie der Schwerkriminalität, insbesondere der organisierten Bandenkriminalität, erscheinen eine Vielzahl von Zeugen zur polizeilichen Vernehmung nicht, wobei der Grund hierfür oftmals in entsprechenden Rechtsschulungen innerhalb der Gruppierungen bzw. in Rechtsberatungen durch Angehörige der rechtsberatenden Berufe liegen dürfte.

b)
Der Einwand von Beck, das Gesetz sei nicht eindeutig bei der Frage, auf welcher Basis die Staatsanwaltschaft ihre Ermessensentscheidung ausüben und mithin eine Vorführung anordnen kann, überzeugt ebenfalls nicht.

Denn gerade die Formulierung „kann“ belegt doch in besonderem Maße, dass die Staatsanwaltschaft die Verfahrensherrschaft innehat. Wäre demgegenüber die Staatsanwaltschaft verpflichtet, in allen Fällen, in denen ein Zeuge der polizeilichen Vernehmung ferngeblieben ist bzw. dort keine Aussage gemacht hat, zur Vorführung dieses Zeugen verpflichtet, läge die gebotene Sachleitungsbefugnis auf Seiten der Staatsanwaltschaft nicht mehr vor.

Im Übrigen dürften bei der Frage der Anordnung einer Vorführung auch Zweckmäßigkeitserwägungen relevant sein. Insbesondere dann, wenn ein Verfahren bereits einstellungsreif ist oder die Geeignetheit des Zeugen, zur Aufklärung der Tat beizutragen, höchst zweifelhaft erscheint und von ihm nicht ergiebige Aussagen zu erwarten sind, dürfte eine Vorführung entbehrlich sein.

Ansonsten dürften nur Rechtsmäßigkeitsgesichtspunkte, die sich auch auf die Fragen einer ungenügenden Entschuldigung und einer unberechtigten Aussageverweigerung erstrecken, bei der Frage der Anordnung einer Vorführung entscheidungserheblich sein.

Die Anmerkung von Beck, das Gesetz lasse offen, was unter unberechtigtem Ausbleiben oder unberechtigter Weigerung zu verstehen sei, überzeugt ebenfalls nicht. Vor dem Hintergrund des Regelungsgefüges sowie der Einhalt der Rechtsordnung ist offensichtlich, dass eine inhaltsgleiche Regelung wie in § 161a Abs. 2 StPO geschaffen werden soll.

c)
Letztlich überzeugen auch die Ausführungen Becks, es sei bedenklich, dass die staatsbürgerlichen Pflichten Vorrang vor anderen Alltagsverpflichtungen haben, nicht.

Insoweit berücksichtigt Beck nicht, dass Polizeibeamte üblicherweise in Fällen der Alltagskriminalität und bei Nichtdringlichkeit Rücksicht auf derartige Alltagsverpflichtungen von Zeugen nehmen. So erfolgen eine Vielzahl der Zeugenvernehmungen an Abenden und an Wochenenden.

Insbesondere in den Verfahren, in denen eine Gefährdung von Leib und Leben von Menschen oder sonstiger hochwertiger Rechtsgüter im Raum stehen, dürfte es im Übrigen bei der vorzunehmenden Güterabwägung indes selbstverständlich sein, dass Alltagsverpflichtungen hinter normierte staatsbürgerliche Pflichten zurückzutreten haben.

d)
Die weiteren Argumente von Beck, die sich dagegen richten, dass es Schwierigkeiten hinsichtlich der Beurteilung einer Zeugenstellung bzw. des Bestehens von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten kommen kann, dürften durch die gewählte Fassung des Gesetzes ausgeräumt sein.

2.

Verhältnis Polizei – Gericht:

Die Polizei kann sich zunächst in den in § 163 Abs. 2 S. 2 StPO aufgeführten Fällen an den Ermittlungsrichter wenden. Nur in den Fällen, in denen mithin die schleunige Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen erforderlich ist, kann die Übersendung der Vorgänge unmittelbar an das Amtsgericht erfolgen. Der Richter wird somit in die Lage versetzt, gem. § 165 StPO bei Gefahr im Verzug die erforderliche Untersuchungshandlung auch ohne Antrag vorzunehmen, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist. In den Fällen der Überwachung der Telekommunikation gem. §§ 100a, 100b StPO, der Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO, des Abhörens des nicht öffentlich gesprochenen Wortes gem. § 100f StPO, der allgemeinen Erhebungsbefugnis für Verkehrsdaten gem. § 100g StPO, des Einsatzes eines IMSI-Catchers gem. § 100i StPO und der Erteilung einer Bestandsdatenauskunft gem. § 100j StPO – insoweit in Teilbereichen – gilt § 165 StPO indes nicht. Für eine entsprechende Anordnung ist ein Antrag der Staatsanwaltschaft erforderlich.

In den Fällen der vorläufigen Festnahme nach §§ 127, 127b StPO kann die Polizei die Vorführung vor dem Richter unmittelbar durchführen und der Richter einen Haftbefehl ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft im Falle von deren Nichterreichbarkeit erlassen (§ 128 Abs. 2 S. 2 StPO).

Darüber hinaus kann die Polizei ohne Einbindung der Staatsanwaltschaft nur in den Fällen der §§ 163b, 163c StPO in den Fällen der Vorführung zum Zwecke der Entscheidung über die Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung bei der Identitätsfeststellung durchführen.

Es gibt auch eine Reihe offener Zwangsmaßnahmen, die bei Gefahr im Verzug auch durch Ermittlungspersonen angeordnet werden können, wie z.B. körperliche Untersuchungen und Blutproben bei Beschuldigten gem. § 81a StPO, die Untersuchung anderer Personen gem. § 81c StPO, die molekulargenetische Untersuchung gem. §§ 81e, 81f StPO, die Anordnung der Beschlagnahme gem. § 98 StPO, die Bestandsdatenauskunft gemäß § 100 j StPO, die Durchsuchung beim Verdächtigen gem. § 102 StPO, die Einrichtung von Kontrollstellen auf Straßen und Plätzen gem. §§ 111 StPO und die Anordnung einer Sicherheitsleistung gemäß § 132 StPO.

Schließlich ist noch die Anordnung zur Fertigung von Lichtbildern und Fingerabdrücken für Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens gem. § 81b StPO zu erwähnen, die durch jeden Beamten des Polizeidienstes angeordnet werden darf und bei der sich die Überprüfung der Rechtmäßigkeit sowie der Art und Weise des Vollzuges in entsprechender Anwendung des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO ergibt

Insgesamt erscheint es m.E. nicht angezeigt, Änderungen im Bereich des Verhältnisses Polizei- Staatsanwaltschaft vorzunehmen.

3.

Verhältnis Staatsanwaltschaft – Gericht:

Die Staatsanwaltschaft ist in der Gestaltung ihrer Ermittlungen frei. Dabei ist sie lediglich an Gesetz und Recht gebunden und hat ihren in § 160 StPO normierten Pflichten, insbesondere ihrer Verpflichtung, alle be- und entlastenden Umstände zu ermitteln, Genüge zu tun. Demgegenüber ist die Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung gem. § 162 StPO grundsätzlich dem Ermittlungsrichter bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk die Staatsanwaltschaft bzw. ihre den Antrag stellende Zweigstelle ihren Sitz hat, zuständig. Ausnahmen sind insoweit in § 162 Abs. 1 S. 2 und S. 3 StPO geregelt, wonach die Staatsanwaltschaft Anträge auf Erlass eines Haft- oder Unterbringungsbefehls bzw. bei gerichtlichen Vernehmungen und Augenscheinnahmen auch anderenorts stellen kann. Neben § 162 StPO ist jedoch auch die Norm des § 169 StPO zu beachten, wonach unter den dort genannten Voraussetzungen auch der Ermittlungsrichter beim Oberlandesgericht bzw. beim Bundesgerichtshof zuständig sein kann.

Untersuchungshandlung im Sinne des § 162 StPO ist jede im Zusammenhang mit einem Strafverfahren vor Anklageerhebung entfaltete zulässige Handlung zur Förderung des Verfahrens oder zur Sicherung oder Vorwegnahme einer im

Straferkenntnis zu erwartenden Maßnahme (Meyer-Goßner/Schmitt a.a.O., § 162 StPO, Randnummer 4). Der Sache nach handelt es sich dabei im Wesentlichen um die Vornahme einzelner der Beweiserhebung dienender Ermittlungsmaßnahmen wie etwa Vernehmungen oder Augenscheinnahmen und die Gewährung präventiven Rechtschutzes durch die Anwendung (Gestattung) von Zwangsmaßnahmen und die gerichtliche Kontrolle von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft, der Art und Weise ihrer Durchführung und – soweit hierfür ein Rechtsschutzbedürfnis besteht – für die Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit nach ihrer Erledigung (Seite 26 und 27 des Gutachtens der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes aus dem Jahr 2008).

Grundsätzlich bedarf jede Ermittlungshandlung eines Antrages der Staatsanwaltschaft bzw. in den gesetzlich normierten Ausnahmefällen der Polizei. Lediglich bei Gefahr im Verzug kann der Richter die Untersuchungshandlung auch ohne Antrag vornehmen, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist (§ 165 StPO).

Gem. § 162 Abs. 2 StPO hat der Ermittlungsrichter nur die Rechtmäßigkeit der beantragten Handlung zu überprüfen. Die Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit der Maßnahme unterliegt nicht der richterlichen Prüfungskompetenz (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 162 StPO, Randnr. 14 m.w.N.).

Lediglich in den gesetzlich normierten Ausnahmefällen ist die Zuständigkeit des für die Eröffnung des Hauptverfahrens oder des für die Hauptverhandlung zuständigen Gerichts (Zustimmungserfordernisse gem. den §§ 153, 153a, 153b, 153e, Unterbringung nach § 81 StPO, Bestellung eines Verteidigers nach § 141 Abs. 4 StPO) bzw. einer nicht mit Hauptverfahren in Strafsachen befassten Kammer bei dem Landgericht, in deren Bezirk ein Oberlandesgericht seinen Sitz hat, zuständig (§ 100d StPO i.V.m. § 74a Abs. 4 GVG).

Im Bereich der offenen Maßnahmen können die Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten gem. § 81 StPO, die DNA-Reihenuntersuchung gem. § 81h StPO, die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 111a StPO, die Beschlagnahme eines periodischen Druckwerks oder eines ihm gleichstehenden Gegenstandes im Sinne des § 74d StGB gem. § 111n StPO und der Erlass eines Haftbefehls gem. § 112 StPO sowie die einstweilige Unterbringung gem. § 126a StPO nur durch den Richter angeordnet werden.

Offene Zwangsmaßnahmen können auch teilweise durch den Richter oder den Staatsanwalt angeordnet werden:

- Durchsuchung bei anderen Personen gem. § 103 StPO,

- die Sicherstellung durch Beschlagnahme und die Sicherstellung durch dinglichen Arrest gem. §§ 111c, 111d StPO,

- die Beschlagnahme eines anderen Druckwerks oder eines sonstigen Gegenstandes im Sinne des § 74d StGB gem. § 111n StPO,

. körperliche Untersuchungen und Blutproben bei Beschuldigten gem. § 81a StPO,

- die Untersuchung anderer Personen gem. § 81c StPO,

- die molekulargenetische Untersuchung gem. §§ 81e, 81f StPO,

- die Anordnung der Beschlagnahme gem. § 98 StPO,

- die Durchsuchung beim Verdächtigen gem. § 102 StPO,

- die Einrichtung von Kontrollstellen auf Straßen und Plätzen gem. §§ 111 StPO

- Leichenöffnung gemäß § 87 StPO

- Anordnung einer Sicherleistung gemäß § 132 StPO

Im Bereich der nichtoffenen Ermittlungsmaßnahmen im Sinne des § 101 Abs. 4 StPO ist in der Regel der Richter und bei Gefahr im Verzug der Staatsanwalt anordnungsbefugt. Dies gilt auch für Anordnungen gemäß § 100 j StPO.

Ausnahmen gelten lediglich in den Fällen des § 100 h StPO, in denen anordnungsbefugt sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die Polizei sind.

V. Lockerung von Richtervorbehalten:

Bereits seit einigen Jahren wird die Notwendigkeit von Richtervorbehalten bei einigen strafprozessualen Zwangsmaßnahmen diskutiert. So hat die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes in ihren Gutachten aus den Jahren 2003 („Die Tätigkeit des Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren“) sowie 2008 („Das Verhältnis von Gericht, Staatsanwaltschaft oder Polizei im Ermittlungsverfahren, strafprozessuale Regeln und faktische (Fehl-?)entwicklungen“) die Abschaffung der Richtervorbehalte u.a. bei den §§ 81a, 87 und 132 StPO gefordert.

Diesen Forderungen ist die Anwaltschaft bereits frühzeitig entgegengetreten.

So hat der Deutsche Anwaltsverein in seiner Stellungnahme Nr. 35/2006 im Wesentlichen ausgeführt, dass der Richtervorbehalt im Ermittlungsverfahren vorrangig dem Zweck dient, die Grundrechte der durch Untersuchungsmaßnahmen der Strafverfolgungsbehörden betroffenen Bürger zu schützen. Dieser Schutz ist um so notwendiger, als dem Beschuldigten oder Betroffenen – regelmäßig – vor dem Eingriff kein rechtliches Gehör gewährt ist. Der Ermittlungsrichter ist vor diesem Hintergrund bei einer Vielzahl von offenen und verdeckten Ermittlungsmaßnahmen als neutraler Wächter zur präventiven oder nachträglichen Kontrolle berufen. Unabhängig davon, ob diese Wächterfunktion in der Praxis effektiv umgesetzt werden kann, stellt ihre Existenz bei zahlreichen Eingriffen die tief in die Rechte und Lebensverhältnisse der Betroffenen hineinwirken, ihre rechtliche Legitimation dar.

Soweit die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes den Richtervorbehalt bei § 87 Abs. 4 S. 1 StPO abschaffen will, lehnt der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins dies ab. Zur Begründung ist ausgeführt, dass es das bekannte und in der gerichtsmedizinischen sowie kriminalistischen Literatur erheblich kritisierte „Dunkelfeld bei Tötungsdelikten“ erforderlich macht, besondere prozedurale Anforderungen richterlicher Kontrolle auf diesem Gebiet zu bewahren.

Der Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins lehnt auch den Vorschlag der Kommission ab, den Richtervorbehalt bei der Anordnung der Sicherheitsleistung gemäß § 132 StPO abzuschaffen. Es handelt sich um eine einschneidende Maßnahme, bei der „die Lästigkeit richterlicher Anordnungspflicht“ berechtigte Warnfunktion entfaltet.

Auch in der Literatur wurden vielfältige Stimmen gegen die Abschaffung des Richtervorbehaltes laut. So führt Brüning (Der Richtervorbehalt – ein zahnloser Tiger?, Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, Heft 1/2006 Seite 35) diesbezüglich folgendes aus:

„Der Sinn und Zweck des Richtervorbehalts besteht darin, vorbeugenden Rechtsschutz zu gewährleisten. Dieser ist bei strafprozessualen Beweis sichernden Grundrechtseingriffen notwendig, weil der Betroffene durch diese Maßnahmen doppelt belastet wird, und zwar durch einen Prozess extern durch den Eingriff an sich und zum anderen durch die prozessinternen Konsequenzen, etwa die auf das Beweismittel gestützte Verurteilung. Die aus dieser Doppelbelastung resultierende besondere Schutzbedürftigkeit führt dazu, dass der Gesetzgeber aufgrund des im Grundgesetz verankerten Fairnessprinzips verpflichtet ist, Beweis sichernde strafprozessuale Eingriffsbefugnisse mit Richtervorbehalten auszugestalten. Nur auf diese Weise kann die im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bestehende Machtüberlegenheit der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Beschuldigten kompensiert werden.“

Erstmals in der 17. Wahlperiode lag dem Deutschen Bundestag der Entwurf eines Gesetzes des Bundesrates zur Neuordnung der Anordnungskompetenz für die Entnahme von Blutproben vor (BT-Drs17/4232).

Dem § 81a Abs. 2 sollten nach diesem Entwurf folgende Sätze angefügt werden:

„Einer richterlichen Anordnung bedarf es nicht in den Fällen der § 315a und 315c bis 316 des Strafgesetzbuchs, wenn eine Blutprobenentnahme den Nachweis von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut dienen soll. § 98 Abs. 2 S. 2 gilt entsprechend.“

Dieser Entwurf wurde wie folgt begründet:

„Eine effektive Strafverfolgung insbesondere von alkoholisierten oder unter Betäubungsmitteleinfluss stehenden Fahrzeugführern erfordert hingegen eine möglichst umgehende Entscheidung über die Entnahme einer Blutprobe. Die Frage, wann und durch wen nach derzeitiger Rechtslage die Entnahme einer Blutprobe unter dem Gesichtspunkt der Gefahr im Verzug angeordnet werden darf, wird in der Rechtsprechung und auch in der Literatur nicht einheitlich beurteilt, was zu erheblichen Unsicherheiten bei der alltäglichen Rechtsanwendung führt. Der Entwurf soll für die Blutprobenentnahmen zum Zwecke des Nachweises von Alkohol,

Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen jeweils eine eigenständige gleichrangige Anordnungskompetenz einräumen und damit zugleich die bestehenden Rechtsunsicherheiten beseitigen. …“

Rechtsstaatliche Bedenken bestehen gegen eine solche Regelung nicht. Ein Richtervorbehalt für die Entnahme von Blutproben wird weder durch das Grundgesetz vorgeschrieben, noch ist er aus rechtsstaatlichen Gründen geboten. Eine dem Richter vorbehaltene Anordnungskompetenz soll eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige und neutrale Instanz gewährleisten. Seiner Funktion als vorbeugende Kontrolle wird der Richtervorbehalt bei Blutprobenentnahmen zum Zwecke des Nachweises von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut nicht gerecht. Eine Vorlage der Ermittlungsakten ist in diesen Fällen in aller Regel aus Zeitgründen nicht möglich, so dass die richterliche Anordnung allein aufgrund telefonisch mitgeteilter Informationen ergeht. Der für die Anordnung zuständige Richter hat in der Regel weder einen Entscheidungs- noch einen Ermessensspielraum. Werden ihm beispielsweise im Zusammenhang mit einer Trunkenheitsfahrt telefonisch Alkoholgeruch, Ausfallerscheinungen oder Fahrfehler geschildert, ist die Anordnung einer Blutentnahme unumgänglich. Der Richter wird sich dabei regelmäßig auf die telefonischen Angaben des Polizeibeamten vor Ort verlassen müssen. Nach alledem bedeutet der Richtervorbehalt in § 81a StPO bei Blutentnahmen zum Zwecke des Nachweises von Alkohol, Betäubungsmitteln oder Medikamenten im Blut kein „Mehr“ an Rechtsstaatlichkeit für den Betroffenen. Die (durch einen Arzt vorgenommene) Entnahme einer Blutprobe ist zudem ein geringfügiger Eingriff. Mit der durch die Einholung einer richterlichen Entscheidung verbundenen zeitlichen Verzögerung kann ggf. ein weitergehender Grundrechtseingriff verbunden sein. Das Institut des Richtervorbehalts wird durch die derzeitige Rechtslage seines Sinngehalts entleert.“

Die Bundesregierung hat zu diesem Gesetzesentwurf wie folgt Stellung genommen:

„Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates, den Richtervorbehalt für die strafprozessuale Anordnung einer Blutentnahme einzuschränken, im weiteren Verfahren unter Beachtung rechtsstaatlicher Anforderungen und der Sicherstellung einer effektiven Strafverfolgung näher prüfen.“

Der Deutsche Richterbund hat in seinem Zehn-Punkte-Papier zur Stärkung des Rechtsstaates von Mai 2013 eine Reform der Richtervorbehalte zwecks nachhaltiger Stärkung der Tätigkeit des Ermittlungsrichters angemahnt und die Beseitigung des Richtervorbehalts bei den §§ 81 a, 87, 132 StPO gefordert.

Caspari (Deutsche Richterzeitung Heft 3 2014, Seite 82) hat sich erneut für eine Abschaffung der Richtervorbehalte bei § 81a, 87 Abs. 4 und 132 StPO ausgesprochen.

Das Präsidium des Deutschen Richterbundes hat darüber hinaus im Jahr 2014 eine Arbeitsgruppe Richtervorbehalte eingesetzt, die zu dem von dem Präsidium gebilligten Ergebnis kommt, dass der Richtervorbehalt bei einigen strafprozessualen Zwangsmaßnahmen entfallen kann. Dabei waren folgende Gesichtspunkte maßgeblich:

1.
Je mehr der Richter auf die Feststellungen des Staatsanwalts bzw. Polizeibeamten

vor Ort angewiesen ist, und je weniger Entscheidungsspielraum ihm unter Zugrundelegung dieser Feststellungen zur Verfügung steht, desto weniger rechtsstaatlichen Mehrwert bringt ein Richtervorbehalt mit sich.

2.
Je schwerer der Eingriff in die Betroffenenrechte durch eine strafprozessuale Maßnahme wiegt, desto größere Bedeutung hat der Richtervorbehalt. Umgekehrt ist ein Richtervorbehalt daher entbehrlich, wo schon nach der Natur der Maßnahme allenfalls eine minimale Rechtsbeeinträchtigung des Betroffenen denkbar ist.

3.
Im Rahmen einzelner Richtervorbehalte kann argumentiert werden, dass dem Betroffenen zuzumuten ist, auf nachträglichen Rechtschutz verwiesen zu werden, weil er seine – behauptete – Rechtsbeeinträchtigung durch eine nachträgliche richterliche Überprüfung ebenso effektiv durchsetzen kann wie durch eine vorgeschaltete Überprüfung im Rahmen eines Richtervorbehalts.

Demgegenüber vermag die Eilbedürftigkeit kein entscheidendes Kriterium für die Abschaffung eines Richtervorbehaltes zu sein, weil es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Aufgabe der Gerichte ist, ihre grundsätzliche Erreichbarkeit auch außerhalb der Dienstzeiten zu gewährleisten.

Im Einzelnen werden folgende Veränderungen vorgeschlagen:

Im Rahmen des § 81a Abs. 1 S. 2 StPO soll der Richtervorbehalt für die Entnahme von Blut, Speichel, für alle sonstigen Entnahmen von Körperflüssigkeiten, sowie für die Abnahme von Haaren oder Hautschuppen, soweit die Entnahme oder Abnahme keine invasiv-operativen Maßnahmen erfordert, unabhängig vom späteren Untersuchungszweck im Zusammenhang mit allen Straftaten entfallen. Davon getrennt ist die Frage zu bewerten, ob es für eine spätere Nutzung des gewonnenen Materials einer richterlichen Anordnung bedarf. Die Anordnungskompetenz soll in diesen Fällen auf die Staatsanwaltschaft übertragen werden. Bei Gefahr im Verzug sollen die Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft die Anordnung treffen können.

Maßgeblich für die vorgeschlagene Änderung, die noch über den Gesetzesentwurf des Bundesrates hinausgeht, sind die fehlende Möglichkeit des Ermittlungsrichters, eigene Feststellungen zu treffen, dessen sodann fehlender Entscheidungsspielraum sowie die geringe Eingriffsschwere und ein lediglich abstrakter Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Darüber hinaus soll der Richtervorbehalt bei § 87 StPO abgeschafft werden.

De lege lata wird die Leichenöffnung und die Ausgrabung einer beerdigten Leiche vom Richter angeordnet. Die Staatsanwaltschaft ist zu der Anordnung befugt, wenn der Untersuchungserfolg durch Verzögerung gefährdet wäre.

Erforderlich ist eine Leichenöffnung immer dann, wenn fremdes Verschulden am Tod in Betracht kommt und die Todesursache oder –zeit festgestellt werden muss (Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O., § 87 Rn. 9 m.w.N.). Zur Begründung wird angegeben, die Leichenöffnung diene in der Regel der Aufklärung schwerwiegender Delikte. Ein Entscheidungsspielraum sei gering. Dieser erschöpfe sich in der Prüfung, ob Anhaltspunkte für ein Fremdverschulden an dem Tod bestehen.

Diesbezüglich sei der Richter häufig auf die Darstellung der Ermittlungsbeamten zur Auffindesituation und zu sonstigen Feststellungen am Tatort angewiesen. Schließlich habe der Eingriff als Beeinträchtigung für den Verstorbenen keine Bedeutung mehr.

Demgegenüber vermag das Argument des Deutschen Anwaltsvereins für eine Beibehaltung des Richtervorbehalts nicht zu überzeugen. Denn dieser Richtervorbehalt führt in keinem einzigen Fall dazu, dass es zu mehr Leichenöffnungen kommt, um die angesprochene Dunkelfeldproblematik bei Tötungsdelikten zu minimieren. Denn auch de lege lata kommt es zu entsprechenden Leichenöffnungen nicht, falls der Staatsanwalt keinerlei Anhaltspunkte für ein Fremdverschulden sieht und mithin keinen Antrag auf Leichenöffnung stellt.

Letztlich wird die Abschaffung des Richtervorbehalts auch bei § 132 StPO gefordert. Auch hier ist maßgeblich der geringe eigene Entscheidungsspielraum des Ermittlungsrichters sowie die geringe Eingriffsschwere, die im Übrigen zu keiner irreversiblen Rechtsbeeinträchtigung führt.

Folgerichtig und zwangsläufig sollten bei der Abschaffung der Richtervorbehalte auch im Rahmen der §§ 87 und 132 StPO die Anordnungskompetenz auf die Staatsanwaltschaft übertragen werden. Bei Anordnungen gem. § 132 StPO sollte bei Gefahr im Verzug auch eine nachrangige Anordnungsbefugnis der Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft eingeführt werden.

Zur Begründung darf ich zunächst auf die oben genannten Ausführungen des Deutschen Richterbundes Bezug nehmen.

Bzgl. dieser strafprozessualen Zwangsmaßnahmen ist im Grundgesetz kein Richtervorbehalt aufgeführt. Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art 2 Grundgesetz erfordert keine vorherige richterliche Anordnung. Denn die vorherige richterliche Einbindung erschöpft sich in den genannten Fällen in einer reinen Formalie. Denn es widerspricht dem Sinn und Zweck des Richtervorbehalts im Sinne einer vorbeugenden Kontrolle, wenn der Richter bei seiner Entscheidung auf die Bewertung der Feststellungen anderer angewiesen und er aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles keine Möglichkeit zu einer eigenständigen Überprüfung hat. Insoweit ist eine effektive richterliche Kontrolle nur nach Durchführung der Maßnahme möglich.

Schließlich schlage ich noch eine teilweise Änderung des § 100b Abs. 1 StPO dergestalt vor, dass in konkret bezeichneten Ausnahmefällen auch die Staatsanwaltschaft zur Anordnung der Überwachung der Telekommunikation befugt ist.

Denn gerade im Bereich der organisierten Kriminalität und der sonstigen organisiert begangenen Bandenstraftaten ist es üblich, dass die Angehörigen einer Gruppierung regelmäßig entweder nach bestimmten Fristen die Telefonnummern wechseln oder aber neue weitere Telefonnummern von sogenannten Arbeitshandys bekannt werden. Dies erfordert es, dass die Ermittlungsbehörden zeitnah reagieren und jeweils neue Beschlüsse zur Anordnung der Überwachung der Telekommunikation

beantragen müssen. Oftmals kommt es hierdurch zu Verzögerungen, wobei nicht selten in der Zwischenzeit Straftaten begangen worden sind. Zur weiteren Effektivierung des Strafverfahrens ist es daher erforderlich, in den Fällen, in denen der zuständige Ermittlungsrichter bereits gegen bestimmte Beschuldigte die Überwachung der Telekommunikation angeordnet hat, im Falle des Fortbestehens des Tatverdachts auf eine richterliche Anordnung zu verzichten und stattdessen eine Anordnung der Staatsanwaltschaft als ausreichend zu erachten. Diese Anordnung wäre jedoch nur bis zum Ablauf der zuvor bereits richterlich angeordneten Frist zulässig.

Im Gegensatz zu Artikeln 13 und 104 Grundgesetz ist bei der Überwachung der Telekommunikation eine richterliche Entscheidung nicht durch das Grundgesetz vorgeschrieben. Die dem Richter vorbehaltene Anordnungskompetenz soll jedoch auch bei der Überwachung der Telekommunikation eine vorbeugende Kontrolle durch eine unabhängige und neutrale Instanz gewährleisten. Zwar wird in den oben genannten Fallkonstellationen der richterliche Entscheidungs- oder Ermessensspielraum nicht eingeschränkt. Es ist aufgrund der Gesamtumstände und insbesondere des unverändert fortbestehenden Tatverdachts jedoch auszuschließen, dass in diesen Fällen der Richter einen Antrag auf Überwachung der Telekommunikation bezüglich der neu bekannten Telefonnummern ablehnen wird. Dem Richter kommt insoweit eine lediglich formale Beurkundungsfunktion zu.

Die gesetzliche Neuregelung könnte wie folgt lauten:

„Im Falle des Bekanntwerdens neuer Rufnummern der Beschuldigten darf auch der Staatsanwalt im Falle des unverändert fortbestehenden Tatverdachts die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation bis zum Ende des bereits richterlich angeordneten Überwachungszeitraums anordnen.

VI.

Notwendigkeit einer Neuordnung durch Einführung eines Abschnitts „Polizeiliche Maßnahmen“

Eine Neuordnung des Regelungsgefüges durch Einführung eines Abschnitts „Polizeiliche Maßnahmen“ ist m.E. nicht notwendig.

Zwar ist es grundsätzlich wünschenswert, wenn sämtliche Rechte, die denkbaren Ermittlungsmaßnahmen sowie Art und Umfang der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen in einem Abschnitt normiert werden.

Vorliegend erscheint aber die die derzeitige Rechtslage ausreichend. Es kommt hinzu, dass es insgesamt übersichtlicher sein dürfte, die jeweiligen Anordnungsbefugnisse bei den einzelnen strafprozessualen Maßnahmen aufzuführen.

(Schmengler)
Oberstaatsanwalt

Betr. : Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrens 2014/15

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor **November 2014**

Stellungnahme zu den Vorschlägen von *OStA Johannes Walter Schmengler* (Diskussionspapier für die Sitzung v. 17./18. 11. 2014)

I. Inhalt der Vorschläge

Schmengler schlägt vor:

1. Unterhalb der Schwelle *„schwerer Straftaten"* i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO und solcher, die voraussichtlich ein Parlament, weite Kreise der Bevölkerung oder die Medien beschäftigen werden, soll die Polizei selbständig ermitteln, d.h. ohne Leitung durch die Staatsanwaltschaft (= Neufassung des § 163 Abs. 2 StPO);

2. Zeugen sollen verpflichtet werden, bei der Polizei zu erscheinen und auszusagen (= Neufassung des § 163a StPO durch einen neuen § 163a Abs. 6 StPO)

3. Lockerung von Richtervorbehalten (§ 81a Abs. 2, 87 StPO, § 132 StPO)

4. Änderung des § 100b Abs. StPO durch Befugnis der Staatsanwaltschaft zur Anordnung der Telekommunikation

II. Bewertung/ Kritik

1. Zu Vorschlag Nr. 1. (weitgehende Befreiung der Polizei von der Sachleitungsbefugnis der StA)

a) Der Vorschlag wirft m.E. die grundsätzliche Frage auf, wo das strafrechtliche Ermittlungsverfahren im System der Gewaltenteilung angesiedelt sein soll.

Nach gegenwärtiger Rechtslage ist die Strafverfolgung im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft zugewiesen, §§ 141 GVG, 161 StPO (vgl. *Meyer-Goßner* Vor § 141 Rn. 1). Die Staatsanwaltschaft gehört zwar einerseits zur Exekutive (BVerfGE 103, 142 = NJW 01, 1121), ist aber andererseits nach

h.M. auch ein dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Strafrechtspflege (BGHSt 24, 170, 171). Die Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaft ist somit jedenfalls. keine reine Exekutivtätigkeit, sondern in einem weitere Sinne Judikative (vgl. *Meyer-Goßner* Vor § 141 Rn. 7 m.w.N.). Das gilt auch für die Ermittlungstätigkeit der Polizei, obwohl diese an sich originärer Teil der Exekutive ist, solange die Polizei rechtlich und fachlich der Staatsanwaltschaft unterstellt ist.

Hingegen würde die mit Vorschlag Nr. 1 angestrebte weitgehende „Befreiung" der Polizei von der Fachherrschaft der Staatsanwaltschaft die Ermittlungstätigkeit der Polizei zu einer originären Exekutivtätigkeit werden lassen, denn eine Qualifizierung der Polizei als dem Gericht gleichgeordnetes Organ der Rechtspflege lässt sich - ungeachtet des gewiss guten rechtsstaatlichen Willens der Polizei - nicht begründen.

b) Effizienzgewinne wären davon m.E. nicht zu erwarten, vielmehr drohen insoweit Einbußen. Faktisch gestaltet die Polizei seit Bestehen der (R)StPO selbständig die Ermittlungen in vergleichsweise einfachen Fällen, die auf's Ganze gesehen wohl die Masse der verfolgten (möglichen, § 152 Abs. 2 StPO) Straftaten bilden. Hierfür ist die rechtliche Ausbildung der Polizei genügend. In rechtlich schwierigeren Fällen hingegen ist die Polizei überfordert, woraus ihr kein Vorwurf zu machen ist. Polizisten sind nun einmal keine Juristen. Die – zwangsläufige – Überforderung würde zu zahlreichen Problemen für die Strafverfolgung führen, insbesondere zu Ermittlungen trotz fehlender rechtlicher Relevanz der verdächtigen Sachverhalte, bzw. zu keinen Ermittlungen trotz gegebener Relevanz.

c) Übrigens waren die schlechten Erfahrungen mit einerseits unnötigen, andererseits ausbleibenden Ermittlungen u.a. ein Grund für die Konzeption der Staatsanwaltschaft in der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts.

2. Zu Vorschlag Nr. 2 (Pflicht von Zeugen, bei der Polizei zu erscheinen und auszusagen)

Der Vorschlag erscheint mir insbesondere im Hinblick auf die mit einer Vernehmung von Zeugen verbundenen Belehrungspflichten - bekanntlich eine ausgesprochen schwierige juristische Materie - als problematisch. Wenigstens insoweit müsste die Prüfung durch die Staatsanwaltschaft gesichert sein.

3. Zu Vorschlag Nr. 3 (Lockerung von Richtervorbehalten)

Der Vorschlag verkennt möglicherweise die verfassungsrechtliche Dimension von Richtervorbehalten. Nach der neueren Rspr. des BVerfG hat der Richtervorbehalt eine *„grundrechtssichernde Schutzfunktion“*, der den Spielraum der Ermittlungsbeamten, das Ermittlungsverfahren nach kriminalistischen und taktischen Erwägungen zu gestalten, gerade begrenzen soll (BVerfGE 103, 14, 153; BGH NJW 2007, 2269).

4. Zu Vorschlag Nr. 4 (originäre staatsanwaltliche Kompetenz für Abhörmaßnahmen).

Auch hier besteht das zu Vorschlag Nr. 3 geäußerte Bedenken.

RUHR
UNIVERSITÄT
BOCHUM

RUB

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM | 44780 Bochum | Germany

Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht
Gebäude GC 5/145 (Sekr.)
Universitätsstraße 150, 44801 Bochum

PROF. DR. SABINE SWOBODA
Fon +49 (0)234 32-25240 oder
Fon +49 (0)234 32-21550 (Sekr.)
Sabine.Swoboda@rub.de

- Stellungnahme Reform der StPO

18. September 2014

(Video-)Dokumentationen von Vernehmungen im Vorverfahren

Inhaltsverzeichnis

I. Gegenstand und Ausgangspunkte der Stellungnahme 2
1. Die Schwerpunkte der Untersuchung 2
2. Videodokumentationen von Zeugenvernehmungen: Untersuchungsschwerpunkte 2
3. Videodokumentationen von Beschuldigtenvernehmungen – Untersuchungsschwerpunkte 6

II. Gegenwärtige Rechtsgrundlagen für Videodokumentationen im Vorverfahren und ungelöste Rechtsfragen 6
1. Die Regeln zur Videodokumentation von Zeugenvernehmungen 6
2. Videodokumentation von Beschuldigtenvernehmungen 12

III. Der europäische Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und die daraus folgende Notwendigkeit möglichst authentischer Vernehmungsdokumentation 14
1. Wichtige europäische Rechtsinstrumente 15
2. Staatliche Vorsorgeaufgaben zum Schutz der Beschuldigtenrechte 19
3. Zwischenergebnis 21

IV. Empirische Studien und Erfahrungen mit Videodokumentationen 22
1. Videodokumentationen von Beschuldigtenvernehmungen 22
2. Videoaufzeichnungen von Zeugenvernehmungen 28

V. Zusammenfassung 34
§ 58a StPO-E [Aufzeichnung der Vernehmung in Bild und Ton] 35

Anhang I: Ungereimtheiten in der jetzigen Fassung der Regeln zur Videoaufzeichnung 37

Anhang II: Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 39

Anhang III: BRAK, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik 41

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

I. Gegenstand und Ausgangspunkte der Stellungnahme

Die Stellungnahme befasst sich nur mit Fragen der Videodokumentation von Vernehmungen im Vorverfahren, nicht mit dem Transfer der Aufzeichnung als Beweissurrogate in die Hauptverhandlung. Dabei werden die rechtlichen Aspekte betreffend Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen grundsätzlich getrennt untersucht. Die Interessenkonfliktkonstellationen divergieren zu stark als dass man für Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen eine einheitliche Dokumentationslösung finden könnte.

1. Die Schwerpunkte der Untersuchung

Im Mittelpunkt steht die Frage, ob es eine aus den Beschuldigtenrechten heraus begründete Pflicht zur Aufzeichnung von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen gibt oder ob sich eine solche Pflicht aus den neuen Rechtsetzungsvorhaben der Europäischen Union im Bereich des Strafverfahrensrechts ableiten lässt.

Soweit sich keine Dokumentationspflicht begründen lässt, wird weiter untersucht, welche Argumente für oder gegen eine Videodokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenaussagen sprechen, sprechen, um hieraus Ermessenskriterien für die Entscheidung im Einzelfall abzuleiten. Als besonders problematisch erweist sich dabei die Aufgabe, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eines zur Aussage verpflichteten Zeugen im dreipoligen Spannungsfeld aus Zeugenschutzaspekten, öffentlichen Strafverfolgungsinteressen und Belangen des Beschuldigten ausreichend Rechnung zu tragen. Momentan hat der Gesetzgeber die Spannungen zwischen den drei Interessenspolen nur in besonderen Ausnahmefällen (vgl. § 58a I S. 2 StPO) eindeutig zugunsten einer bestimmten Interessenposition aufgelöst. In allen anderen Fällen hat er es Vernehmungsbeamten überlassen, in pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob eine Aufzeichnung der Zeugenaussage erfolgt oder nicht (vgl. § 58a I S. 1 StPO: „Die Vernehmung eines Zeugen *kann* auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden").[1]

2. Videodokumentationen von Zeugenvernehmungen: Untersuchungsschwerpunkte

Die wenigen Fälle, in denen der Gesetzgeber bereits im Gesetzestext des § 58a I S. 2 StPO eine Ermessensentscheidung zugunsten einer Videoaufzeichnung (richterlicher) Vernehmungen vorgezeichnet hat, betreffen (vorrangig) die bereits im Ermittlungsverfahren erkennbare Gefahr eines späteren Beweisverlustes: Entweder lässt sich bereits zum jetzigen Vernehmungszeitpunkt prognostizieren, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung tatsächlich unerreichbar ist (§ 58a I S. 2 Nr. 2 StPO), oder es stehen bei verletzlichen Zeugen derart massive Belange des Zeugenwohls im Raum (§ 58a I S. 2 Nr. 1 StPO), dass der Staat nicht umhin kann, auf die sonst zugunsten der Wahrheitsfindung forcierten umfangreichen Zeugenpflichten für die Hauptverhandlung zu verzichten und eine Ersetzung der Aussage nach

[1] Zur Problematik des Persönlichkeitsrechts im Rahmen der Videoaufzeichnung s. nur LR-*Ignor/Bertheau*, 26. Auflage, 2008, Rn. § 58a Rn. 12-13.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

§ 255a II StPO vorzubereiten. Ausgangspunkt ist in beiden Alternativen jeweils die hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung ohnehin durch das bestmögliche verfügbare Vernehmungssurrogat ersetzt werden muss. Die Aufzeichnung dient also selbst da, wo sie das Gesetz in erster Linie mit Zeugenschutz argumentiert, gleichermaßen dem Erhalt des bestmöglichen Beweismittels.

Mit den vor allem aus der Anwaltschaft erhobenen Forderungen nach mehr Videodokumentation und transparenteren Vernehmungsvorgängen im Ermittlungsverfahren[2] haben die im Gesetz niedergelegten Fälle der „Soll-Aufzeichnung" immerhin die Ausrichtung auf die Zwecke der Wahrheitsfindung gemein.[3] Allerdings geht es nun nicht mehr darum, der prognostizierten Gefahr von Beweisverlusten mit bestmöglichen Aussagesurrogaten vorzu-

[2] Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung er Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik" des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Mitt. 2/2010, S. 60 ff.; zur Diskussion des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik im gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren im Bundestag s. auch die Reden von Sonja Steffen (SPD) und Jerzy Montag (Die Grünen), BT-Plenarprotokoll 17/222 S. 27660, 27663; moderater dagegen die Vorschläge für eine Erweiterung des § 58a StPO im Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 28 ff.

[3] Die Ausrichtung auf die Wahrheitsfindung liegt auch § 58a I S. 2 Nr. 1 StPO zugrunde. In der ursprünglichen Fassung des § 58a I StPO durch das Zeugenschutzgesetz von 1998 wurde die Aufzeichnung der Zeugenvernehmung noch ausdrücklich auf die Fälle beschränkt, in denen die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit unerlässlich ist. Die Videotechnologie sollte mit Rücksicht auf das Persönlichkeitsrecht des Zeugen nicht im Regelfall zum Einsatz kommen, sondern vor allem bei umfangreichen Aussagen oder wenn Gegenstand der Vernehmung ein komplexes Tatgeschehen ist oder wenn sich die Vernehmung besonders schwierig gestaltet. Der Gesetzgeber ging davon aus, hier die Interessen der Wahrheitsfindung und des schutzbedürftigen Zeugen gleichzeitig bedienen zu können; BT-Drs. 13/7165, S. 5. Die Einschränkung, dass die Aufzeichnung der Vernehmung auch zumindest mit Blick auf die Wahrheitsfindung erforderlich sein sollte, findet sich heute zwar nicht mehr im Gesetzestext in § 58a I S. 2 Nr. 1 StPO, allerdings bleibt es gem. § 58a II S. 1 StPO dabei, dass die Aufzeichnung nur verwendet werden darf, wenn dies zur Wahrheitsfindung erforderlich ist. Zudem greift die Gesetzesbegründung zum 2. Opferrechtsreformgesetz 2009 Formulierungen aus der Gesetzesbegründung zum Zeugenschutzgesetz auf, in denen die Ausrichtung auf die Wahrheitsfindung deutlich wird. Dort heißt es: „Der mit einer Bild-Ton-Aufzeichnung verbundene erhebliche Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Zeugen sowie die angestrebte Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes erforderten in jedem Fall eine sorgfältige Abwägung am Maßstab der Verhältnismäßigkeit, der den Einsatz der Videotechnologie etwa gestatte, wenn eine entscheidungserhebliche Aussage umfangreich ist, wenn sie ein komplexes Tatgeschehen betreffe oder wenn sich die Vernehmung besonders schwierig gestalte"; BT-Drs. 16/12098, S. 12. Der Gesetzgeber wollte sich mit der Neufassung des § 58a I S. 2 Nr. 1 StPO, wonach die Aufzeichnung der Aussage des jungen Zeugen auch zur Wahrung dessen schutzwürdiger Interessen geboten sein muss, gerade nicht von den Belangen der Wahrheitsfindung lösen, sondern vielmehr ausschließen, dass solche Aufzeichnungen und der damit verbundene erhebliche Eingriff in das Persönlichkeitsrecht zum Regelfall werden.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

beugen, sondern darum, die Genese von auch in der Hauptverhandlung verfügbaren Beweisen kritisch nachvollziehen zu können. Ziel ist es, Vernehmungs- oder Belehrungsfehler, Übersetzungs- und Protokollfehler und allgemein Rechtsverletzungen im Zuge einer Vernehmung aufzudecken. Die Entstehung von Aussageinhalten im Vernehmungs- und Protokollierungsprozess soll nachvollziehbar werden.[4] Diese Zwecksetzung zieht ihre Berechtigung ebenfalls aus der Suche nach der materiellen Wahrheit. Als Legitimationsgrundlage für den Eingriff in die Persönlichkeitsrechts eines gegen seinen Willen vor der Kamera vernommenen Zeugen ist sie aber von geringerem Gewicht als die erkennbare Gefahr eines kompletten Beweisverlustes, die momentan im Hintergrund der Soll-Vorschrift in § 58a I S. 2 StPO steht. Dies aus zwei Gründen:

- Der Zeuge steht in der Hauptverhandlung noch zur Verfügung, so dass man ein Missverständnis auch im Gespräch mit dem Zeugen aufklären könnte und

- Hauptargument für eine Videoaufzeichnung der früheren Vernehmung ist das Misstrauen gegenüber den Fähigkeiten des vernehmenden Beamten, die Aussageinhalte korrekt wiederzugeben bzw. eine Befragung ohne Beeinflussung der vernommenen Person durchzuführen.[5] Dieses Misstrauen mag sich vernehmungspsychologisch sogar ohne Schuldzuweisung an den Vernehmenden begründen lassen, doch kennt das Gesetz hierfür bereits Sicherheitsmechanismen, namentlich die Sicherungen in § 168a III und IV StPO. Um eine Videoaufzeichnung einer Zeugenvernehmung im Fall eines sich sträubenden Zeugen zu legitimieren, wäre also darüber hinaus noch zu begründen, warum diese Kontrollmechanismen im Alltag nicht ausreichen.[6]

---

[4] Vgl. „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung er Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik“ des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Mitt. 2/2010, S. 60; ebenso „Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Strafrechtsausschuss zum Entwurf eines Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik im gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren des Bundesrates (BT-Drs. 17/1224, Stand 24.03.2010)“, Nr. 42/2010, S. 5.

[5] Vgl. nur „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung er Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik“ des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, BRAK-Mitt. 2/2010, S. 63; dazu *Nack/Park/Brauneisen*, NStZ 2011, 310; psychologische Hintergründe bei *Volbert*, Forensische Psychiatrie, Psychologie und Kriminologie 7 (213), S. 230 (insbes. S. 235 f.).

[6] Hier zeigt sich ein dringender Bedarf nach Pilotprojekten, in denen Aufzeichnungen von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen empirisch begleitet stattfinden, um das vernehmungspsychologisch begründete Misstrauen zu überprüfen. Da aber allein die Tatsache der Aufzeichnung bzw. Beobachtung der Vernehmungen den Ablauf und insbesondere die Interaktion der Betroffenen beeinflusst(sog. Phänomen der Reaktivität), wird selbst ein solches Pilotprojekt nur wenig verlässliche Informationen über das tatsächliche Ausmaß von Vernehmungs- und Dokumentationsfehler in der Praxis liefern.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Hauptmanko der Gesetzgebungsvorschläge aus der Anwaltschaft ist, dass sie sich mit den bereits existierenden Sicherungsmechanismen und den Fragen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines sich sträubenden Zeugen nicht auseinandersetzen. Möglicherweise beruht dies auf der Überzeugung, dass das Persönlichkeitsrecht des Zeugen auch gegenüber einem nur präventiv, also nur zur vorbeugenden Sicherung von Aufklärungs- und Beschuldigteninteressen begründeten, Dokumentationszwang grundsätzlich zurücksteht. Dabei wird dem Wert der Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Verfahrensvorgängen, also reinen Verfahrensprinzipien, aber womöglich mehr Gewicht einräumt, als ihnen zukommt. Die Nachvollziehbarkeit von Beweiserhebungsvorgängen als prozessualer Wert entfaltet nur dann eine hinreichende Legitimationsgewalt für Regelaufzeichnungen, wenn nachgewiesen ist, dass eine prozessordnungsgemäße Entscheidung ohne diesen zusätzlichen authentischen Dokumentationsmechanismus nicht getroffen werden kann, entweder weil (i) bereits jetzt zu viele Vernehmungs- und Protokollfehler empirisch belegt sind (*Erfahrungsargument*) oder weil (ii) in Zukunft mit mehr Fehlern, Missverständnissen und unklaren Aussagegenesungsprozessen bei Vernehmungsvorgängen zu rechnen ist (*Prognoseargument, bezogen auf die zukünftige Entwicklung des deutschen Strafverfahrens unter dem Einfluss der Europäischen Union*).

Von diesen beiden Begründungssträngen ist aus meiner Sicht das zweite Argument, das „Prognoseargument", besonders wirkmächtig: Die „freie Verkehrsfähigkeit" strafprozessualer Beweismittel, wie sie nach Inkrafttreten der Umsetzungsgesetze zur Europäischen Ermittlungsanordnung[7] und nach Inkrafttreten der Verordnung über die Europäische Staatsanwaltschaft[8] europäischer Standard sein soll, bringt es mit sich, dass das beweisverwertende Gericht im Forumstaat nicht mehr standardisiert darauf vertrauen kann, dass das ihm aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union übermittelte Beweismittel unter Beachtung der spezifischen gesetzlichen Vorgaben erlangt worden sind, die nach den Regeln des Forumstaates über die Verwertbarkeit des Beweismittels entscheiden.[9] Dem Gericht wird nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Beweisen sogar verboten, die Genese des Beweises im fremden Mitgliedstaat in eigenen Nachforschungen zu überprüfen.[10] Zugleich aber ist das Gericht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte weiterhin in der Pflicht dafür zu sorgen, dass den Mindest-

[7] Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, AblEU L 130/01 vom 1.5.2014.

[8] S. Art. 30 des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft vom 17.7.2013, COM(2013)534 final.

[9] *Gleß* bezeichnet diese implizite Aussage, dass ein Beweismittel prozessordnungsgemäß und damit verwertbar gewonnen worden ist, als „Rechtskonnotation" eines Beweismittels; *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (575). Der Auslandsbeweis ist dann ein „Informationsangebot mit unzureichender Rechtskonnotation", ebenda S. 576.

[10] Art. 30(1) des Vorschlags für eine Verordnung des Rates über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft vom 17.7.2013, COM(2013)534 final; krit. *Esser*, StV 2014, 494 (502); *Grünewald*, HRRS 2013, 508 (513).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

grundsätzen eines fairen Verfahrens gem. Art. 6 EMRK Rechnung getragen wird.[11] Die einzige Lösung für dieses Dilemma besteht darin, den Vernehmungsbeweis in einer Form zu übermitteln, die ihn in allen Facetten seiner Entstehung authentisch dokumentiert. Die Genese des Aussageinhalts muss unmittelbar aus der Dokumentation der Beweiserhebung heraus vollständig überprüfbar sein. Im Geltungsbereich der Unionsgrundsätze der gegenseitigen Anerkennung und der freien Verkehrsfähigkeit von strafprozessualen Beweisen sollte daher in Zukunft eine in allen Gesprächsetappen vollständig in Bild und Ton dokumentierte Beschuldigten- und Zeugenvernehmung zum Standard werden.[12] Eine solche Videodokumentation wird zwar vom Europäischen Recht selbst nicht ausdrücklich verlangt, anders aber lassen sich die Risiken für die Rechte des Beschuldigtenschutzes in grenzüberschreitenden Verfahrenskonstellationen gegenwärtig nicht eindämmen.

3. Videodokumentationen von Beschuldigtenvernehmungen – Untersuchungsschwerpunkte

Auch bei Videodokumentationen von Beschuldigtenvernehmungen stellen sich Persönlichkeitsrechtsprobleme. Da der Beschuldigte unter Berufung auf sein Schweigerecht eine Vernehmungsaufzeichnung allerdings jederzeit verhindern kann, sind diese Konflikte weit weniger gravierend als beim zur Aussage verpflichteten Zeugen. Besondere Aufmerksamkeit verlangt jedoch die Formulierung der Regeln zum weiteren Umgang mit der Videoaufzeichnung einer Beschuldigtenvernehmung, d. h. den Regeln zur Akteneinsicht und zur späteren Löschung der Aufzeichnung. Kein Unterschied ergibt sich mit Blick auf die vernehmungspsychologischen Argumente, die für eine Dokumentation des Vernehmungsfortgangs auf Videoband sprechen. Sie werden im Folgenden daher auch nur einmal im Rahmen der ausländischen Erfahrungen mit Videoaufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen angesprochen.

II. Gegenwärtige Rechtsgrundlagen für Videodokumentationen im Vorverfahren und ungelöste Rechtsfragen

1. Die Regeln zur Videodokumentation von Zeugenvernehmungen

a. Gesetzesgrundlagen

Eine Videoaufzeichnung von Zeugenvernehmungen im Vorverfahren auch gegen den erklärten Willen des Zeugen ist gemäß § 58a I StPO unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

---

[11] EGMR, *Stojković v. Frankreich und Belgien*, Urteil vom 27.10.2011, Beschwerde-Nr. 25303/08, paras. 55-56; die Pflicht, Beschuldigtenrechte zu achten und für ein faires Verfahren zu sorgen, trifft Beweiserhebungsstaat und Forumstaat dabei gleichermaßen; *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (580).
[12] Vgl. auch *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (605).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

- Die Vernehmung eines Zeugen kann gemäß § 58a I S. 1 StPO ohne jede Einschränkung auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. Ob aufgezeichnet wird, entscheidet der Vernehmungsbeamte nach freiem Ermessen. Gesetzlich eingeschränkt ist – auch mit Rücksicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen[13] – nicht die Aufzeichnungskompetenz selbst, sondern nur die Verwendungsbefugnis gemäß § 58a II S. 1 StPO. Die Aufzeichnung darf nur für die Zwecke (irgendeiner) Strafverfolgung genutzt werden und auch nur dann, wenn das Verwenden/Abspielen der Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit in einem Strafverfahren erforderlich ist, andere Formen der Dokumentation also nicht ausreichen. Eine ursprünglich geplante weitergehende Verwendungsbeschränkung auf das laufende Strafverfahren, für das die Aufzeichnung angefertigt worden ist, und andere zeitgleich anhängige Strafverfahren, wurde im Gesetzgebungsverfahren zum Zeugenschutzgesetz verworfen;[14] - letzteres übrigens mit nicht ganz unerheblichen Folgeproblemen bei der Frage, wann die Aufzeichnung gem. § 58a II S. 2 i. V. m. § 101 VIII StPO gelöscht werden muss bzw. ob sie im Einklang mit den allgemeinen Vorschriften zur Löschung vorläufiger Protokollaufzeichnungen in § 168a II S. 4 StPO bereits mit Abschluss des laufenden Strafverfahrens gelöscht werden darf (zu den Vorgaben zu Protokollierung und Löschung s. u.).[15]

- In den Fällen des § 58a I S. 2 StPO ist das Ermessen des Vernehmungsbeamten dahingehend konkretisiert, dass eine Aufzeichnung bei einer *richterlichen* Vernehmung erfolgen *soll*, wenn ein besonders verletzlicher Zeuge, insbesondere ein kindlicher oder jugendlicher Zeuge, befragt werden (Nr. 1) soll oder der vernommene Zeuge in der Hauptverhandlung[16] absehbar nicht zur Verfügung stehen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist, also insbesondere ein nur schriftliches Vernehmungsprotokoll oder ein anderes Vernehmungssurrogat nicht ebenso ergiebig für die Aufklärung des Sachverhalts genutzt werden kann.[17]

  Die Betonung auf der *richterlichen* Vernehmung erklärt sich bei § 58a I S. 2 StPO aus dem ursprünglich mit der Aufzeichnung verbunden Hauptzweck, in der Hauptverhandlung als Beweissurrogat nach § 255a I oder II StPO zu dienen.[18] Dabei ist es insbesondere für eine Vernehmungsersetzung zur Entlastung eines verletzlichen Zeugen nach

[13] *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt* (Hrsg.), StPO, 57. Auflage 2014, § 58a Rn. 10; SK-*Rogall*, StPO, 4. Auflage 2013, § 58a Rn. 24.

[14] SK-*Rogall*, StPO, 4. Auflage 2013, § 58a Rn. 25.

[15] Allgemein SK-*Rogall*, StPO, 4. Auflage 2013, § 58a Rn. 27; momentan scheint es, als würden sehr viele Bild-Ton-Aufzeichnungen schlicht nicht gelöscht.

[16] Für eine Erweiterung der Soll-Aufzeichnungsregel auf alle Fälle, in denen ein Zeuge im Laufe des Verfahrens und nicht nur in der Hauptverhandlung voraussichtlich nicht mehr vernommen werden kann s. den Vorschlag des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme, GA 2014, S. 1 (28, 30).

[17] Das allerdings dürfte angesichts des hohen Beweiswerts von Videoaufzeichnungen der Regelfall sein *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt* (Hrsg.), StPO, 57. Auflage 2014, § 58a Rn. 7.

[18] S. etwa die Begründung zum 2. Opferrechtsreformgesetz, BT-Drs. 16/12098, S. 12.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

§ 255a II S. 1 StPO zentral, dass eine richterliche Vernehmung unter Gewährleistung der Teilnahmerechte des Beschuldigten und seines Verteidigers nach § 168c II, III und V StPO stattgefunden hat. Natürlich können in den in § 58a I S. 2 StPO genannten Fällen auch polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungen aufgezeichnet werden,[19] allerdings ist deren Einführung in die Hauptverhandlung momentan nur unter den Voraussetzungen der §§ 255a I, 251, 252 bzw. § 253 StPO zulässig.

b. Interpretationsvorgaben zu § 58a StPO aus den Gesetzesmaterialien

Die bestehenden Rechtsgrundlagen würden dem Gesetzeswortlaut nach bereits jetzt die standardisierte Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen im Vorverfahren legitimieren. Allerdings hatte der Gesetzgeber des Zeugenschutzgesetzes und der nachfolgend für § 58a StPO relevanten Änderungsgesetze (darunter insbesondere das 1. und 2. Opferrechtsreformgesetz von 2004[20] und 2009[21] und das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs – StORMG – vom 26.6.2013[22]) nie eine standardisierte Vernehmungsaufzeichnung im Sinn. Ausgehend von den drei Funktionen des § 58a I StPO: – die Zeugenschutzfunktion, die Beweissicherungsfunktion und die Dokumentationsfunktion –[23] galt das Augenmerk in den Gesetzesbegründungen immer vorrangig den Schutzinteressen des Zeugen.[24] Der Schutz vor Beweisverlusten und der Vorteil, eine authentische Dokumentation der Aufzeichnung zur Verfügung zu haben, um noch im Nachhinein suggestive Einflüsse auf die Aussage, Widersprüche, Lücken und Ungereimtheiten aufdecken zu können, firmierten in den Gesetzesbegründungen höchstens als der Wahrheitsfindung zuträgliche Nebeneffekte des Zeugenschutzes.[25] Dementsprechend stellte sich für den Gesetzgeber auch nicht die Notwendigkeit, die Anordnung der Vernehmungsaufzeichnung von einschränkenden Kriterien zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Zeugen abhängig machen. In der Entwurfsbegründung zum Zeugenschutzgesetz von 1998 heißt es vielmehr, dass der Gesetzesentwurf zu § 58a I StPO bewusst davon absehen würde, „die Zulässigkeit der Erstellung einer Bild-Ton-Aufzeichnung von einer ausdrücklichen Einwilligung des zu Vernehmungen bzw. seines gesetzlichen Vertreter abhängig zu machen“, dass

[19] Insbesondere stellt § 163 III S. 1 StPO in der Fassung des 2. Opferrechtsreformgesetzes, Gesetz vom 29.07.2009, BGBl I, S. 2280, klar, dass § 58a StPO auch bei polizeilichen Zeugenvernehmungen entsprechend anwendbar ist.

[20] „Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz – OpferRRG)“ vom 24.06.2004, BGBl I S.1354.

[21] „Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz)“ vom 29.7.2009, BGBl I S. 2280.

[22] „Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs – StORMG – vom 26.6.2013, BGBl. I S. 1805.

[23] Ausführlich SK-*Rogall*, StPO, 4. Auflage 2013, § 58a Rn. 2.

[24] Vgl. den Argumentationsgang in den einzelnen Entwurfsbegründungen, z. B. BT-Drs. 13/7165, oder die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/8990, S. 2.

[25] Vgl. nur die Ausführungen zum Entwurf eines Zeugenschutzgesetzes, BT-Drs. 13/7165, S. 6 f.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

es aber gleichwohl ratsam erscheine, „dass sich der Vernehmende um ein kooperatives Verhalten des Zeugen bemüht“, weil brauchbare Aussagen nur dann zu erwarten sind, wenn sich der Zeugen mit der Videoaufzeichnung einverstanden erklärt hat.[26]

Der Befund, dass sich die Ermessensausübung durch den Vernehmenden zu § 58a I S. 1 und S. 2 StPO nach der Vorstellung des Gesetzgebers vorrangig an den Interessen des Zeugen orientieren soll, erklärt auch eine Reihe von Folgeentscheidungen des Gesetzgebers. So verzichtete das Zeugenschutzgesetz darauf, Sonderregelungen über die Anwendbarkeit von Zwangsmaßnahmen nach §§ 51, 70 StPO (bei staatsanwaltschaftlichen Zeugenvernehmungen i. V. m. § 161a II StPO) zu treffen, weil sich der Vernehmende für die Anordnung einer Aufzeichnung nach § 58a I StPO ohnehin grundsätzlich um eine Kooperation des Zeugen bemühen sollte.[27] Darüber hinaus galt das Augenmerk des Gesetzgebers im Zeugenschutzgesetz dem verletzlichen Kinderzeugen, dessen Pflicht auszusagen und dabei eine Videoaufzeichnung zu dulden ohnehin nicht nach §§ 51, 70 StPO durchgesetzt werden kann.[28] Bei den übrigen Zeugen, denen bei Aufzeichnungsverweigerung tatsächlich eine schuldhafte grundlose Aussageverweigerung i. S. v. § 70 StPO zur Last gelegt werden könnte, wird eine Anordnung von Zwangsmitteln in der Regel unverhältnismäßig sein.[29] Man wird sie zumindest dann für unzulässig halten müssen, wenn der Aufzeichnungsanordnung in erster Linie Zeugenschutzüberlegungen zugrunde liegen: Der Zeuge, der den besonderen Schutz durch die Vernehmungsaufzeichnung nicht wünscht, darf hierzu auch nicht mit Ordnungsmitteln gezwungen werden. Stehen dagegen die Dokumentations- oder Beweissicherungsfunktion bei der Anordnung nach § 58a I StPO im Vordergrund, wird man aus Gründen der Verhältnismäßigkeit jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen zwar auf die Erzwingungshaft, nicht aber auf das Ordnungsgeld verzichten können und müssen.[30]

Dass der Gesetzgeber bei § 58a I StPO im Ausgangspunkt eine Kooperation des Zeugen erwartete und er die Videoaufzeichnung zunächst nicht allein als Instrument der Beweissiche-

---

[26] BT-Drs. 13/7165, S. 6; in einem ersten Entwurf zum Zeugenschutzgesetz heißt es in der Gesetzesbegründung sogar noch ausdrücklich: „Dem mit der Aufzeichnung verbundenen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen trägt der Entwurf dadurch Rechnung, dass er für die Aufzeichnung eine weitere einschränkende Zulässigkeitsvoraussetzung normiert: Nur dann, wenn diese Maßnahme ‚zur Erforschung der Wahrheit unerlässlich ist‘, kommt eine Videoaufzeichnung in Frage. Damit wird sichergestellt, dass die vorgeschlagene Regelung nicht als Einstieg für eine regelmäßige Videoaufzeichnung aufgefasst wird und sich das Abspielen von Videobändern in der Hauptverhandlung nicht zum ‚Normalfall‘ entwickelt“; Gesetzesentwurf von CDU/CSU und für ein Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren (ZSchG), BT-Drs. 13/7165, S. 6.

[27] BT-Drs. 13/7165 S. 6; LR-*Ignor/Bertheau*, § 58a Rn. 13.

[28] LR-*Ignor/Bertheau*, 26. Auflage 2008, § 58a StPO Rn. 14; LR-*Krause*, 26. Auflage 2008, § 70 StPO Rn. 8.

[29] *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 57. Auflage, 2014, § 58a Rn. 8; *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 382.

[30] So LR-*Ignor/Bertheau*, 26. Auflage 2008, § 58a StPO Rn. 14.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

rung und authentischen Vernehmungsdokumentation einsetzen wollte, wird in der gesetzlichen Konstruktion auch darin sichtbar, dass die informationelle Selbstbestimmung des Zeugen erst dort eine Rolle spielt, wo der Zeuge die Kontrolle über den weiteren Umgang mit der Videoaufzeichnung verliert.[31] So verpflichtet § 58a II StPO die Strafverfolgungsbehörden dazu, bei der weiteren Nutzung der Aufzeichnung dafür Sorge zu tragen, dass diese nur für Strafverfolgungszwecke verwendet wird, und auch dann nur im Rahmen des zur Erforschung der Wahrheit Erforderlichen. Die Aufzeichnung wird zwar Aktenbestandteil, so dass §§ 147, 406e StPO für die Einsichtnahme der Akteneinsichtsberechtigten entsprechend gelten, doch kann der Berechtigte der Überlassung von Aufzeichnungskopien an die Akteneinsichtsberechtigten nach § 58a III S. 1 StPO widersprechen. Auf dieses Recht ist er nach § 58a III S. 4 StPO (und nach Nr. 19b RiStBV) hinzuweisen. Zur Akteneinsicht überlassen werden kann dann nach § 58a III S. 1 StPO nur die Übertragung der Aufzeichnung in ein schriftliches Protokoll. Die Weitergabe einer Aufzeichnungskopie an den Beschuldigten schließt § 58a II S. 4 StPO grundsätzlich aus. Sonstige Stellen dürfen gem. § 58a II S. 6 StPO nur mit Einwilligung des Zeugen eine Aufzeichnungskopie erhalten. Außerdem trifft das Gesetz in § 58a II S. 2 StPO unter Verweis auf § 101 VIII StPO Vorkehrungen für eine Löschung der Aufzeichnung und der von ihr gefertigten Kopien. Bei diesen Löschungsanweisungen hat der Gesetzgeber den Konflikt mit § 168a II S. 4 StPO übersehen, der das Löschen der vorläufigen Protokollaufzeichnungen – und um nichts anderes handelt es sich bei den Bild-Ton-Aufzeichnungen von Vernehmungen[32] – bereits nach dem rechtskräftigen Abschluss oder der sonstigen Beendigung des laufenden Verfahrens zulässt, während die zeitlich großzügigere Löschungsanweisung in §§ 58a II S. 2, 101 VIII StPO eine Vernichtung der Aufzeichnung erst ab dem Zeitpunkt einfordert, wenn die Aufzeichnung für keinerlei Strafverfolgungszwecke mehr nutzbar gemacht werden kann.[33] Insgesamt aber zeigt das Gesetzeskonzept, dass der Gesetzgeber Gefahren für das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Zeugen gesehen hat, wenn die Vernehmungsaufzeichnung ohne Zugriffs- oder Verwendungsbeschränkung dauerhaft in der Welt verbleibt.[34]

c. Konsequenzen bei Veränderung der Funktionsinterpretation zu § 58a I StPO

Eine Neuinterpretation des § 58a I StPO in der Form, dass die Beweissicherungs- und die Dokumentationsfunktionen der Videoaufzeichnung unabhängig von der Funktion des Zeu-

[31] Allgemein SK-*Rogall*, StPO, 4. Auflage 2013, § 58a Rn. 27.

[32] BT-Drs. 13/7165 S. 6.

[33] Dazu SK-*Rogall*, StPO, 4. Auflage 2013, § 58a Rn. 27; bei staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmungen ist § 168a II S. 4 StPO über §§ 168, 168b II StPO entsprechend anwendbar.

[34] In den Entwürfen zum Zeugenschutzgesetz war eine Vernichtung der Aufzeichnung bereits mit dem rechtskräftigen Abschluss des laufenden oder anderer bereits anhängiger Strafverfahren geplant; vgl. den Gesetzesentwurf von CDU/CSU und für ein Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren (ZSchG), BT-Drs. 13/7165, S. 7. Im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens zum Zeugenschutzgesetz ging diese zusätzliche Einschränkung auf das laufende Verfahren jedoch verloren.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

genschutzes eigenständiges Gewicht erhalten, verlangt eine Anpassung des Gesetzestexts an den neuen Interpretationskontext. Wenn das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen nicht mehr durch die Rückkoppelung an Zeugenschutzüberlegungen gesichert ist, muss das Gesetz die Ermessensausübung des Vernehmenden mit Kriterien anleiten. Diese Kriterien müssen einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen und den Strafverfolgungsinteressen der Allgemeinheit bzw. den Interessen des Beschuldigten an einer authentischen Dokumentation der in seinem Verfahren erhobenen Beweise ermöglichen.[35] Die bestehende Eingrenzung der Aufzeichnung auf Strafverfolgungszwecke und darauf, dass sie zur Erforschung der Wahrheit erforderlich sein muss, genügt dabei m. E. nicht, denn hier bleibt das Persönlichkeitsrecht des Zeugen generell den Strafverfolgungsbelangen untergeordnet. Vielmehr wird man weitere Einschränkungen vorsehen müssen, damit das Persönlichkeitsrecht des Zeugen in dem dreipoligen Spannungsfeld zwischen Strafverfolgungs-, Beschuldigtenschutz- und Zeugeninteressen eigenständiges Gewicht erhält. Als Kriterien lassen sich dabei diskutieren:

- die Schwere der Tatvorwürfe[36] bzw. das Vorliegen eines Falls der notwendigen Verteidigung nach § 140 I oder II StPO[37]

- die besondere Bedeutung der Aussage für das untersuchte Geschehen, insbesondere, ob es sich um eine Aussage von „ausschlaggebender" Bedeutung für die Klärung des Falles handelt,[38]

- ob besondere Merkmale in der Person des Zeugen eine Dokumentation der Aussage entweder zum Schutz des Zeugen oder im Interesse der Wahrheitsfindung angezeigt erscheinen lassen, oder

- ob besondere Interessen des Beschuldigten für eine vollständige und authentische Aussagedokumentation sprechen, etwa weil eine grenzüberschreitende Strafverfolgung oder ein Ermittlungsverfahren in einem anderen Mitgliedstaats der EU im Raum stehen und die innerstaatlich gewonnenen Beweise voraussichtlich auch für das ausländische Verfahren zur Verfügung gestellt werden müssen

---

[35] Vgl. zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor grenzenloser Ausforschung und Speicherung seiner DNA-Daten EGMR, *S. and Marper/United Kingdom*, Urteil vom 4.12.2008 – 30562/04 und 30566/04, NJOZ 2010, S. 696, para. 125.

[36] Bei Bagatell- und Alltagskriminalität gilt heute selbst eine Anordnung der Aufzeichnung aus Zeugenschutzgründen nach § 58a I S. 2 StPO als unverhältnismäßig s. nur LR-*Ignor/Bertheau*, 6. Auflage, 2008, § 58a Rn. 17; BeckOK-StPO/*Huber* § 58a Rn. 7; HK/*Gercke*, § 58a Rn. 8; KK-*Senge*, StPO, 7. Auflage, 2013, § 58a Rn. 6a; SK-*Rogall*, 4. Auflage, 2013, § 58a Rn. 18.

[37] Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK-Mitt. 2/2010, S. 60 (64).

[38] Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK-Mitt. 2/2010, S. 60 (64).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Außerdem sollte ein begründetes Dokumentationsinteresse des Zeugen für die Entscheidung des Vernehmenden ebenfalls ermessensleitend sein, insbesondere wenn der Zeuge die Dokumentation dabei auch im Interesse des Beschuldigten fordert, etwa weil er bewusst auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 I StPO verzichtet, da er mit der Aussage die Hoffnung verbindet, dem Beschuldigten zu helfen. Momentan haben Zeugen kein Recht darauf, eine Aufzeichnung ihrer Vernehmung zu verlangen.

Eine allein mit Dokumentationsinteressen begründete Standardaufzeichnung ohne jedes einschränkende Kriterium ist nicht denkbar. Auch ein verschärfter Löschungsvorbehalt, der eine Löschung verlangt, sobald sich herauskristallisiert, dass die Aufzeichnung für das laufende Strafverfahren nicht mehr erforderlich ist, genügt den Anforderungen für eine Eingriffsgrundlage im Bereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nicht. Der Gesetzgeber ist sowohl durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch durch Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK angehalten, bei Eingriffen in die entsprechenden Rechte – insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – bereits *in der Norm selbst* für einen fairen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen Sorge zu tragen.[39] Mindestvoraussetzung hierfür ist eine Eingriffsgrundlage in Form eines formellen Gesetzes, das hohen Bestimmtheitsanforderungen genügt.[40] Generalisierende Kompetenz- bzw. Eingriffsgrundlagen reichen selbst im Bereich der Strafverfolgung nicht aus, um diesen verschärften Gesetzgebungsanforderungen Rechnung zu tragen. Dies gilt insbesondere, wenn der notwendige Schutz nicht bereits auf der ersten Ebene der Aufzeichnung der Vernehmung, sondern erst auf der zweiten Ebene im Rahmen der Löschungsfristen berücksichtigt werden soll.

Welche der genannten Kriterien eine sinnvolle Begrenzung des Eingriffs zu Dokumentationszwecken bewirken können, soll nachfolgend mit Berücksichtigung auf die bisherigen Erfahrungen mit solchen Aufzeichnungen geprüft werden.

2. Videodokumentation von Beschuldigtenvernehmungen

Die Möglichkeit, Videoaufzeichnungen von Beschuldigtenvernehmungen anzuordnen, wurde 2013 durch die Verweisung in § 163a I S. 2 StPO auf die Kann-Regelung des § 58a I S. 1 StPO geschaffen. Als Verweisungslösung ist die Regelung zum Teil unglücklich, denn die

[39] Zu Art. 8 EMRK EGMR, *S. and Marper/United Kingdom*, Urt. v. 04.12.2008 – 30562/04 und 30566/04, NJOZ 2010, S. 696, para. 125.

[40] S. nur *Dreier*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 3. Auflage, 2013, Art. 2 I Rn. 91; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), Grundgesetz – Kommentar, 13. Auflage, 2014, Art. 2 Rn. 59; *Kunig*, in: *von Münch/Kunig* (Hrsg,), Grundgesetz- Kommentar, Band I, 6. Auflage, 2012 Art. 2 Rn. 42; *Wölfl*, NVwZ 2002, 49, 50; vgl. auch: BVerfGE 128, 1, 47 m. w. N.; *Singelnstein*, ZStW 120 (2008), 854, 856, speziell in Bezug auf die Erhebung personenbezogener Daten; s *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, Tübingen 1992, S. 67.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Interessenlagen und Konfliktpotentiale bei Beschuldigtenvernehmungen unterscheiden sich von denen bei Zeugenvernehmungen. Außerdem passen die in § 58a II und III StPO enthaltenen Regeln zur Akteneinsicht nicht immer auf den Fall der Aufzeichnung einer Beschuldigtenvernehmung. Nicht zu erklären ist zudem, dass §§ 58a, 58b StPO momentan nur für die polizeiliche und die staatsanwaltschaftliche Vernehmung des Beschuldigten gilt, nicht jedoch für die ermittlungsrichterliche Vernehmung nach § 168c StPO.[41]

Konflikte mit dem Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten sind nicht zu erwarten. Den Beschuldigten trifft ohnehin nie eine Aussagepflicht. Das Ermessen des Vernehmenden in § 58a I S. 1 StPO lässt sich also dahingehend konkretisieren, dass ein Widerspruch gegen die Aufzeichnung grundsätzlich zu einem Verzicht auf die Aufzeichnung führt.[42] Es entspricht auch internationaler Erfahrung, dass der Beschuldigte in dieser Situation nicht zusätzlich mit einer von ihm abgelehnten Videoaufzeichnung unter Druck gesetzt werden sollte,[43] wobei die Mehrheit der Beschuldigten in den Rechtsordnungen, in denen die Videoaufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen durch die Polizei längst Standard ist, eine Videoaufzeichnung ohnehin erwarten und mithin sogar verlangen.[44]

Wendet man die Regeln zur Akteneinsicht aus § 58a II und III StPO (i. V. m. § 163a I S. 2 StPO) auf die Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung an, so ergibt sich Folgendes: Die Akteneinsichtsberechtigten erhalten zwar Kopien der Aufzeichnung, dürfen diese aber weder vervielfältigen noch an andere Personen (z. B. an eigene Mandanten, die als Zeugen, Verletzte oder Mitbeschuldigte am Verfahren teilnehmen) weitergeben. Der Beschuldigte kann der Mitgabe von Aufzeichnungskopien an die Akteneinsichtsberechtigten widersprechen. Das erfasst offenbar auch die Mitgabe an den eigenen Verteidiger.

- Das Verbot der Weitergabe von Aufzeichnungen an den Mandanten in § 58a II S. 4 StPO wird man dabei insoweit teleologisch reduzieren müssen, dass der Verteidiger zumindest dem Beschuldigten selbst eine Aufzeichnungskopie überlassen darf. Die Norm dient allein den Persönlichkeitsinteressen der vernommenen Person.[45] Allerdings wäre

[41] Alternativ-Entwurf Beweisrecht, GA 2014, 1 (32).

[42] A. A. dagegen der Alternativ-Entwurf Beweisrecht, GA 2014, 1 (32), der zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten auch eine inhaltliche Konturierung des Ermessens vergleichbar der in § 58a I StPO für den Zeugen getroffenen Regelung fordert.

[43] *Sullivan*, American Criminal Law Review 45 (2008), S. 1297 (1322).

[44] So in den U.S.-Amerikanischen Bundesstaaten, die mittlerweile mehrheitlich Videoaufzeichnungen von Beschuldigtenvernehmungen vorsehen, wenn auch nur in etwa der Hälfte der 50 Bundesstaaten der U.S.A. verpflichtend; *Sullivan*, American Criminal Law Review 45 (2008), S. 1297 (1322).

[45] So auch zur Weitergabe an den vernommenen Zeugen SK-*Rogall*, StPO, 4. Auflage 2013, § 58a Rn. 41.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

eine Klarstellung im Gesetz sinnvoll, weil die Nichtbeachtung des Weitergabeverbots straf- und zivilrechtliche Konsequenzen haben kann.[46]

- Bei einem Beschuldigten unter 18 Jahren sollte die Herausgabe nur an die Erziehungsberechtigten erfolgen, um eventuellen Fehlgebrauch der Aufzeichnung durch den Beschuldigten selbst (z. B. Verschicken an Freunde, Hochladen ins Internet) zu verhindern.

- Das aus § 58a III S. 1 StPO folgende Verbot, im Fall eines Widerspruchs des Beschuldigten auch dem Verteidiger eine Vernehmungsaufzeichnung mitzugeben, erstaunt, lässt sich aber nicht durch teleologische Reduktion beseitigen. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten gebietet es, ihm ebenso wie dem Zeugen die Kontrolle über die Weitergabe der Vernehmungsaufzeichnung zu belassen. Auch aus dem Gebot der Waffengleichheit lässt sich kein Recht des Verteidigers auf Weitergabe von Aufzeichnungskopien gegen den Willen des Mandanten ableiten. Waffengleichheit meint nur, dass die Anklagebehörde dem Beschuldigten das gesamte Beweismaterial offenlegen muss, gleichgültig, ob es für oder gegen den Beschuldigten spricht.[47] Das Recht auf Waffengleichheit ist aber ein Recht Beschuldigten, nicht des Verteidigers, und kann nur im Namen und nicht gegen den Willen des Beschuldigten geltend gemacht werden.

Auf ein Schriftprotokoll nach den Vorgaben der §§ 168, 168a, 168b II StPO kann auch jetzt nicht verzichtet werden. Die Videoaufzeichnung ist nur vorläufige Aufzeichnung i. S. d. § 168a II S. 4 StPO.[48] Sie ist nach § 168a III S. 1 und 4 StPO nach Abspielen vom Beschuldigten zu genehmigen und gem. § 168a IV StPO in ein Schriftprotokoll zu übertragen. Angesichts des hohen Beweiswerts der Videoaufzeichnungen sollte aber die bisher aus der Praxis bekannte Übung, Tonbandaufzeichnungen nur als Diktierhilfen zu benutzen und die Originalaufzeichnung entgegen den Vorgaben des § 168a II S. 4 StPO bereits unmittelbar nach der Verschriftung zu löschen,[49] mit Videoaufzeichnungen nicht fortgesetzt werden.

III. Der europäische Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und die daraus folgende Notwendigkeit möglichst authentischer Vernehmungsdokumentation

Die durch die Europäische Richtlinie über eine Europäische Ermittlungsanordnung und die geplante Verordnung über eine Europäische Staatsanwaltschaft forcierte europaweite Verkehrsfähigkeit strafprozessualer Beweismittel liefert aus meiner Sicht das Hauptargument für eine standardisierte Videoaufzeichnung von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen. Die Belehrungs- und Fürsorgepflichten der Strafverfolgungsbehörden haben für den Be-

[46] SK-*Rogall*, StPO, 4. Auflage 2013, § 58a Rn. 41; bezüglich strafrechtlicher Konsequenzen ist nicht nur an § 203 StGB, sondern je nach Inhalt der Vernehmung auch an §§ 93, 353b StGB zu denken.
[47] LR-*Esser*, Band 11, 26. Auflage, 2012, Art. 6 EMRK, Rn. 216.
[48] Das wollen aus Praktikabilitätsgründen auch die Reformvorschläge aus der Anwaltschaft beibehalten; BRAK-Mitt. 2/2010, S. 60 (64).
[49] So die Feststellung bei *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 59 f.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

schuldigten mit den Richtlinien über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen[50] und über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls[51] an Gewicht gewonnen. Mit der Videoaufzeichnung ließe sich nun nicht nur authentisch dokumentieren, ob die Behörden ihren Belehrungspflichten nachgekommen sind oder der Zeuge oder Beschuldigte wirksam auf seine Rechte verzichtet hat; es ließe sich mit Blick auf eine mögliche Verwertung des Beweises im Ausland zudem sicherstellen, dass sprachliche Übertragungsfehler im Schriftprotokoll oder bei der Übersetzung der Aussage in die Sprache des Forumstaates nachvollziehbar werden und dass Vernehmungsvorgänge, die im Forumstaat die Verwertbarkeit des Beweises oder seinen Wert unter dem Gesichtspunkt eines fairen Verfahrens in Frage stellen, für das urteilende Gericht sichtbar sind.

1. Wichtige europäische Rechtsinstrumente

Eine Dokumentationsverpflichtung ergibt sich zwar nur selten unmittelbar aus dem Wortlaut der relevanten EU-Rechtsinstrumente, doch in der Gesamtschau aller bereits getroffenen oder geplanten Regelungen zeigt sich, dass die Staaten dringend vorbeugende Maßnahmen zur Sicherung der Beschuldigtenrechte treffen müssen. Die einfachste und für den Schutz der Interessen von Zeugen und Beschuldigten effektivste Maßnahme ist dabei, Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen so authentisch wie möglich zu dokumentieren. Dadurch wird gewährleistet, dass das Gericht des Forumstaates überhaupt eine Dokumentationsbasis vorfindet, um bei seiner abschließenden Entscheidung eine Aussage darüber treffen zu können, ob dem Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gem. den Maßstäben aus Art. 6 EMRK in der Gesamtschau aller Umstände ein Rechnung getragen wurde.

Ich beziehe mich hier insbesondere auf die folgenden europäischen Vorgaben:

- Unmittelbar gefordert werden Videoaufzeichnungen von Beschuldigtenvernehmungen nur in Art. 9 des Entwurfs einer Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für verdächtige oder beschuldigte Kinder.[52] Unter Kindern versteht der Entwurf gemäß Art. 3 alle Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Die Befragungen durch Strafverfolgungs- oder Justizbehörden sind – von Bagatellfällen einmal abgesehen – auch bereits vor Anklageerhebung ausnahmslos audiovisuell aufzuzeichnen. Ziel der Dokumentation ist es, den Schutz des jungen Verdächtigen, der die Inhalte der Befragung nicht immer hinreichend verstehen kann, zu erhöhen. Außerdem soll sicher-

[50] Richtlinie 2010/64/EU vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren, ABlEU L 280/1.
[51] Richtlinie 2013/48/EU vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABlEU L 294/1.
[52] Entwurf vom 27.11.2013, COM (2013) 822.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

gestellt werden, dass die Länge, die Art und das Tempo der Befragung dem Alter und der Reife des Kindes angepasst werden.[53] Zugleich weist der Entwurf aber auch an, dass die Aufzeichnung nur den Justizbehörden und den Verfahrensbeteiligten zugänglich sein soll. Eine öffentliche Verbreitung der Aufzeichnung „soll" verhindert werden. Die Richtlinie soll bei Inkrafttreten für alle Strafverfahren und Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls gelten.

- Art. 2 Richtlinie 2010/64/EU vom 20. Oktober 2010 über das Recht auf Dolmetscherleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass jede verdächtige oder beschuldigte Person, die die Sprache des betreffenden Strafverfahrens nicht spricht oder versteht, unverzüglich Dolmetscherleistungen in Anspruch nehmen kann. Das gilt bereits für die polizeiliche Vernehmung. Außerdem sind der verdächtigen oder beschuldigten Person gemäß Art. 3 der Richtlinie die wesentlichen Unterlagen innerhalb angemessener Frist in schriftlicher Übersetzung zugänglich zu machen. Gemäß Art. 7 der Richtlinie ist die Erfüllung dieser Pflichten oder der Verzicht des Beschuldigten auf eine Übersetzung nach dem Verfahrensrecht des Mitgliedstaats schriftlich festzuhalten. Das deutsche Umsetzungsgesetz in § 187 GVG hat die genaue Form der Dokumentation offen gelassen. Eine Videodokumentation hätte aber einen eindeutigen Vorteil: Man könnte authentisch nachvollziehen, ob der Beschuldigte die an ihn gerichtete Belehrung sprachlich überhaupt verstanden haben kann. Diese Nachvollziehbarkeit hat großes Gewicht in Verfahren, in denen die dokumentierte Aussage des Beschuldigten in irgendeiner Form – z. B. aufgrund einer Anfrage zur Beweisübermittlung aufgrund einer Europäischen Ermittlungsanordnung – in ein ausländisches Strafverfahren überführt wird, wenn dem dort zuständigen Gericht selbst die Sprachkenntnisse fehlen, um die Sprachkompetenz des Beschuldigten bei der Vernehmung bewerten zu können.

- Die Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs vom 22. Oktober 2013[54] garantiert in Strafverfahren und bei Festnahmen aufgrund eines europäischen Haftbefehls

    - den unverzüglichen Zugang zu einem Rechtsbeistand,

[53] Erwägungsgrund Nr. 41 des Entwurfs vom 27.11.2013, COM (2013) 822.
[54] ABlEU L 294/1 vom 6.11.2013.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

- im Fall des Europäischen Haftbefehls auch das Recht, unverzüglich einen Rechtsbeistand auch im Ausstellungsmitgliedstaat zu benennen bzw. Unterstützung bei der Bestellung eines solchen Rechtsbeistands zu erhalten,[55]

- ferner das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten von dem Freiheitsentzug und auf Kommunikation mit diesem

- und bei ausländischen Staatsangehörigen das Recht auf Kommunikation mit den Konsularbehörden.

Über diese Rechte ist der Beschuldigte/Verdächtige in einer für ihn verständlichen Sprache zu informieren. Nur dann ist ein wirksamer Verzicht gemäß Art. 9 (1) der Richtlinie denkbar. Verzichtserklärung sowie die Umstände der Verzichtserklärung, also auch, dass zuvor belehrt worden ist, sind gemäß Art. 9 (2) der Richtlinie schriftlich zu dokumentieren. Erwägungsgrund Nr. 40 der Richtlinie ergänzt hierzu, dass man aus Kostengründen vermeiden wollte, die Mitgliedstaaten zur Einführung neuer Aufzeichnungsmechanismen zu verpflichten. Die Dokumentationsanforderungen sollten keinen zusätzlichen Verwaltungsaufwand zur Folge haben.

Ein Beweisverwertungsverbot für Aussagen, die unter Missachtung der Rechte zustande gekommen sind, wie noch in der ersten Version der Richtlinie[56] angedacht, ist nicht mehr vorgesehen. Bei Verstößen gegen die Pflichten aus der Richtlinie greift zugunsten des Beschuldigten wieder nur die allgemeine Fairnessgarantie aus Art. 48 (2) EU-Grundrechtecharta und Art. 6 EMRK mit der Folge von Abwägungslösungen mit ungewissem Ausgang. Erwägungsgrund Nr. 50 der Richtlinie ergänzt immerhin mit Blick auf das Urteil *Salduz/Türkei* noch, dass „die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte berücksichtigt werden [sollte], der zufolge die Verteidigungsrechte grundsätzlich irreparabel verletzt sind, wenn belastendes Aussagen, die während einer polizeilichen Vernehmung unter Missachtung des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand gemacht wurden, als Beweis für die Verurteilung verwendet werden." Für die im Rahmen des Art. 6 EMRK erforderliche Gesamtschau kann es aber entscheidend sein, dass mehr als nur Schriftaufzeichnungen über die erste Vernehmung des Beschuldigten und die informatorischen Vorgespräche existieren. Wenn sich das Gericht auf die Aussage eines ohne Rechtsbeistand vernommenen Beschuldigten berufen will, sollten zumindest Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnungen zur Verfügung stehen, um die Unerheblichkeit des Verstoßes gegen die Beistandsrechte zu belegen.

- Besondere Gefahren für die Beschuldigtenrechte ergeben sich aus den transnationalen Transfermöglichkeiten für strafprozessuale Beweise, wie sie sich aus der Richtlinie

[55] Art. 10(4) und (5) Richtlinie 2013/48/EU.
[56] Art. 13(3) des RL-Entwurfs vom 8.6.2011, KOM(2011) 326.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen[57] und aus Art. 30 des Entwurfs für eine Verordnung über die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft.[58]

- Gemäß Art. 1 i. V. m. Art. 10 II lit. c) der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen kann ein Mitgliedstaat (Anordnungsstaat) einem anderen Mitgliedstaat (Vollstreckungsstaat) aufgeben, für ihn zur Erlangung eines Beweises zum Zwecke eines Strafverfahrens „die Vernehmung eines Zeugen, eines Sachverständigen, eines Opfers, einer verdächtigen oder beschuldigten Person oder einer dritten Partei im Hoheitsgebiet des Vollstreckungsstaats“ durchzuführen. Die Vernehmung erfolgt gemäß Art. 9 (1) der Richtlinie zwar nach dem Verfahrensrecht und durch die zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaates, jedoch unter Berücksichtigung der von der Anordnungsbehörde ausdrücklich angegebenen Formvorschriften und Verfahrensvorgaben des Anordnungsstaates, soweit diese nicht im Widerspruch zu wesentlichen Rechtsgrundsätzen des Vollstreckungsstaates stehen (vgl. Art. 9 (2) der Richtlinie). Der so gewonnene Beweis wird gemäß Art. 13 (1) ohne unnötige Verzögerung (aber unter Beachtung von Rechtsbehelfsmöglichkeiten) unverzüglich an den Vollstreckungsstaat übermittelt. Verwertungsverbote normiert die Richtlinie nicht. In Art. 1 (4) wird nur generalisiert noch einmal auf die Verpflichtung der Justizbehörden aller Mitgliedstaaten verwiesen, die Grundrechte und Rechtsgrundsätze aus Art. 6 EUV zu beachten. Hierzu zählt auch die Gewährleistung der Verteidigungsrechte von Beschuldigten nach Art. 48 (2) EU-Grundrechtecharta.

- In Art. 30 des Entwurfs für eine VO über die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft[59] wird das Prinzip der freien Verkehrsfähigkeit von Beweisen auf Verfahren übertragen, die die zukünftige Europäische Staatsanwaltschaft vor nationalen Strafgerichten betreibt. Beweise, die in einem Mitgliedstaat erhoben wurden, sollen danach ohne jedes weitere Validierungsverfahren in das gerichtliche Verfahren in einem anderen Mitgliedstaat eingeführt werden. Eine Grenze für diese freie Verkehrsfähigkeit der Beweise über alle Rechtsordnungsgrenzen setzt wieder nur das allgemeine Fairnessprinzip nach Art. 47 und 48 der EU-Grundrechtecharter. Zwar sieht der Entwurf keine Beweisverwertungsverbote vor, aber gemäß Art. 30 (2) des Entwurfs haben einzelstaatliche Gerichte immerhin noch die Freiheit, die Beweiskraft problematischer Beweise im Wege der freien richterlichen Beweiswürdigung zu bewerten. Die Beweistransferlösung in Art. 30 des Entwurfs basiert auf der Prämisse einer freien Kombinierbarkeit der unterschiedlichen Beweisrechtssysteme. Das damit einhergehende Verleugnen wesentlicher Divergenzen zwischen den einzelnen

[57] Richtlinie vom 3. April 2014, veröffentlicht in ABl EU L 130/1 vom 1.5.2014.

[58] Entwurf der Kommission vom 17.7.2013, COM (2013) 534 final, dazu allgemein *Esser*, StV 2014, 494; *Grünewald*, HRRS 2013, 508; *Satzger*, NStZ 2013, 206; *Schramm*, JZ 2014, 749.

[59] Entwurf der Kommission vom 17.7.2013, COM(2013) 534 final.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

mitgliedstaatlichen Prozessrechtssystemen birgt für den Beschuldigten jedoch Risiken,[60] die der in Art. 32 (2) des Entwurfs enthaltene Katalog der Beschuldigtenrechte nur z. T. abfangen kann.

(i) Besonders ins Auge stechen das Risiko einer EU-weiten Ungleichbehandlung von Beschuldigten und das Risiko, dass die Europäische Staatsanwaltschaft für ihre Strafverfahren vor allem Staaten auswählen wird, die kein höheres Beschuldigtenschutzniveau als das in Art. 32 (2) des Entwurfs bieten. Auch lässt sich kaum plausibel machen, warum ein Beweisverwertungsverbot, das in einem vergleichbaren innerstaatlichen Sachverhalt zur Anwendung kommen würde, in Verfahren, die von der Europäischen Staatsanwaltschaft vor einem nationalen Gericht angestoßen worden sind, wegen Art. 30 des Entwurfs nicht gelten darf.[61]

(ii) Ein weiteres Risiko begründet sich aus der durch die Verordnung eröffneten Möglichkeit des *Forum Shopping*.[62] Zu dem Zeitpunkt, in dem die Europäische Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen beginnt, ist noch längst nicht absehbar, vor welchem Forum und nach welcher Strafverfahrensordnung am Ende das Hauptverfahren eröffnet wird. Für die Verteidigung bedeutet das vor allem Verunsicherung darüber, worauf sie den Beschuldigten vorbereiten und wie sie sich im Vorverfahren mit Beweisanträgen, Rechtsbehelfen oder eigenen Ermittlungsaktivitäten einbringen muss, um eventuelle Nachteile im späteren Hauptverfahren auszugleichen.[63] Die auf diese Nachteile bei der Entwicklung einer effektiven Verteidigungsstrategie eingehenden Vorschläge für eine europäische Verteidigung (sog. „Eurodefensor")[64] hat die Kommission bisher ignoriert.

2. Staatliche Vorsorgeaufgaben zum Schutz der Beschuldigtenrechte

Die EU hat es im Bereich der Beweistransferregeln generell versäumt, organisatorische Sicherungen vorzusehen, über die die Mitgliedstaaten vorbeugend Rechte zum Schutz des Beschuldigten auch in einem späteren ausländischen Verfahren sichern können.[65] Vorstöße

[60] *Grünewald*, HRRS 2013, 508 (512); *Esser*, StV 2014, 494 (502 f.).

[61] *Esser*, StV 2014, 494 (503).

[62] Zum Begriff *Lagodny*, Empfiehlt es sich, eine neue Gerichtskompetenz für Strafgewaltkonflikte vorzusehen? Gutachten im Auftrag des Bundesminsteriums der Justiz, Berlin, März 2001, S. 65 ff.; *Schomburg/Suominen-Picht*, NJW 2012, 1190 (1191).

[63] *Grünewald*, HRRS 2013, 508 (513 f.).

[64] Dazu *Esser*, StV 2014, 494 (504); *Satzger*, NStZ 2013, 206 (212).

[65] Vgl. bezogen auf die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl *Schallmoser*, N., European Journal for Crime, Criminal Law and Criminal Justice 22 (2014), 135 (146, 148 f.); einziger Schutzmechanismus ist im Rahmen der Europäischen Ermittlungsanordnung das

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

der Kommission, solche Vorsorgemaßnahmen in den EU-Rechtsakten selbst anzuordnen, blieben bisher erfolglos, wie man an der Gesetzgebungshistorie der Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand sehen kann. Eine erste Version der Richtlinie[66] untermauerte die zentrale Bedeutung der Beschuldigtenkontaktrechte noch mit einem Beweisverwertungsverbot in Art. 13 (3) RL-Entwurfsfassung. Danach sollten die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass „in Fällen, in denen der Verdächtigte oder Beschuldigte Aussagen unter Missachtung seines Rechts auf Rechtsbeistand gemacht hat, oder in denen Beweise unter Missachtung dieses Rechts erhoben wurden (...), diese Aussagen oder Beweise in keiner Phase des Verfahrens als Beweis gegen ihn verwendet werden, es sei denn, deren Verwendung beeinträchtigt die Rechte der Verteidigung nicht.“[67] Dieses Beweisverwertungsverbot hätte sich ohne weiteres in das ohnehin für Verletzungen des Rechts auf Verteidigungskonsultation nach § 136 I S. 2 StPO geltende Beweisverwertungsverbot[68] des deutschen Strafverfahrensrechts eingefügt, wenn auch ohne Widerspruchslösung. Es befand sich zudem im Einklang mit den Beschuldigtenschutzvorgaben aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in *Salduz/Türkei*. Hiernach sieht der EGMR den Beschuldigten bei einer Verletzung seiner Rechte auf ein faires Verfahren am besten dadurch geschützt, dass er wieder in den Stand eingesetzt wird, in dem er wäre, wenn es zu keiner Rechtsverletzung gekommen wäre. Bei belastenden Aussagen nach unterlassener Beschuldigtenbelehrung sieht der EGMR die Beschuldigtenrechte im Prinzip irreparabel verletzt, sodass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand prinzipiell nur durch ein Beweisverwertungsverbot bezüglich dieser Äußerungen erfolgen kann.[69]

Da sich allerdings in den Folgeverhandlungen einige Staaten gegen eine Verwertungsverbotslösung und sogar gegen eine reine Beweiswürdigungslösung stellten,[70] die sich mit ihren Justizsystemen nicht vereinbaren ließ, weist Art. 12 (2) der Richtlinie die Mitgliedstaaten heute nur noch an, bei Verstößen gegen die in der Richtlinie normierten Pflichten oder in den Fällen, in denen gem. Art. 3 (6) in Sondersituationen Ausnahmen von diesen Rechten

---

Prinzip der Fremdrechtsanwendung; s. Art. 9(2) der Richtlinie und *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (595). Doch schon im Geltungsbereich der geplanten Verordnung über eine Europäische Staatsanwaltschaft entfaltet dieses Prinzip keine Schutzwirkung mehr, zumindest solange nicht klar ist, in welchem Staat die Hauptverhandlung stattfinden wird.

[66] Entwurf vom 8.6.2011, KOM(2011) 326.

[67] Vgl. auch die Erwägungsgründe Nr. 17 und 27 dieses ersten Entwurfs vom 8.6.2011, KOM(2011) 326.

[68] Vgl. nur BGHSt. 38, 214; 42, 15; für den Fall der nicht rechtzeitigen Gewährleistung des Rechts auf einen Verteidiger auch BGH NJW 2013, 2769, dort allerdings unter Abwägungsvorbehalten; dazu krit. *Britz* NStZ 2013, 607; *Wohlers*, JR 2014, 131; *Deiters*, ZJS 2013, 126; *Jahn*, JuS 2013, 1047; *Jäger*, JA 2013, 793.

[69] EGMR, *Salduz v. Türkei*, Urteil vom 27. November 2008, Beschwerde-Nr. 36391/02, Rn. 55, 72.

[70] So ein Vorschlag des Vorsitzes des Europäischen Rats im Zuge der Entwurfsberatungen, s. Art. 11 (2) in der Fassung des Sachstandsberichts zum RL-Entwurf, interinstitutionelles Dossier Nr. 2011/0154 (COD).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

gemachten wurden, auf die Einhaltung eines insgesamt fairen Verfahrens zu achten.[71] Anstatt konkreter Handlungsanweisungen belässt es die EU damit wieder in der Verantwortung der Mitgliedstaaten, entweder flexible Fairnesslösungen für einen fairen Umgang mit dem Beschuldigten zu finden oder von sich aus vorbeugende organisatorische Maßnahmen für den Beschuldigtenschutz zu treffen.[72]

Die Videodokumentation von Beweiserhebungsvorgängen, insbesondere die Videodokumentation von Vernehmungen, könnte solche flexiblen Schutzlösungen vereinfachen. Die Dokumentation der Vernehmung sichert alle notwendigen Informationen zu Inhalt, Umstände und Glaubhaftigkeit der Aussage, auch über Sprachgrenzen hinweg, und sie erbringt zugleich den authentischen Nachweis, ob die EU-Mindestvorgaben an Belehrungen und Zeugen- und Beschuldigtenschutzrechten bei den Vernehmungen gewahrt wurden. Für die Verteidigung birgt die Dokumentation zudem den Vorteil, Nachteile, die aus der anfänglichen Ungewissheit über die Strafrechtsordnung des Hauptverfahrens resultieren, nachvollziehbar zu machen. So lässt sich beispielsweise über die Videodokumentation gut belegen, welche wichtigen Fragen in der früheren Vernehmung nicht gestellt und welche Aspekte aufgrund der im Vernehmungsstaat geltenden Verfahrensregeln (noch) nicht berücksichtigt werden konnten.

3. Zwischenergebnis

Gleß hat zur Beweistransferproblematik folgende Prinzipien formuliert:

(1) Nationale Rechtssysteme können nur Beweismittel passender Rechtskonnotation verwerten. Rechtskonnotation meint dabei die implizit im Angebot des Beweises vor Gericht liegende Aussage, dass dieses Beweismittel prozessordnungsgemäß erhoben worden ist.

---

[71] Abl. zu dieser Lösung auch BRAK, Stellungnahme zum gegenwärtigen Stand der Trilogverhandlungen zum Vorschlag für eine Richtlinie (RL) des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf einen Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme KOM [2011] 326 vom 08.06.2011, S. 5.

[72] Ignorieren können die Mitgliedstaaten die Risiken für die Beschuldigtenrechte jedenfalls nicht, wenn man das Urteil des EGMR im Fall *Stojković* ernst nimmt. Das Urteil etabliert sowohl für den Forumstaat als auch für den Staat, der die Beschuldigtenvernehmung durchgeführt hat, eine Pflicht, zum einen bei der ersten Vernehmung für den Zugang zu einem Anwalt Sorge zu tragen und zum anderen die Verwertung eines ohne Zugang zu einem Rechtsbestand entstandenen Vernehmungsprotokolls zu unterbinden; EGMR; *Stojković v. Frankreich und Belgien*, Urteil vom 27.10.2011, Beschwerde-Nr. 25303/08, paras. 38 ff.; s. auch *Gleß*, ZStW 125 (2013), S. 573 (580); s. weiterhin für das Auslieferungsrecht EGMR, *Soering v. United Kingdom*, Urteil vom 7.7.1989, Beschwerde-Nr. 14038/88, para. 113.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

(2) Der Einzelne ist Subjekt des Völkerrechts. Seine Interessen sind daher auch im Fall eines Beweistransfers zu berücksichtigen.[73]

Die europäischen Rechtsinstrumente setzen gegenwärtig darauf, diese Rechtskonnotation ungeachtet der fehlenden Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als Vermutung festzuschreiben. Mit Blick auf Art. 6 EMRK gilt es nun, Mechanismen zu finden, über die die Regelvermutung notfalls zugunsten des Beschuldigten widerlegt werden kann. Im Ergebnis wird das (grundsätzlich freie) Ermessen des Vernehmenden nach § 58a I S. 1 StPO bzw. nach § 163a I S. 2 i. V. m. § 58a I S. 1 StPO über die neuen europäischen Regeln zum Beweistransfer bei grenzüberschreitenden Kriminalitätssachverhalten bzw. bei transnationalen Verfahrensbezügen dahingehend konkretisiert, dass eine Vernehmungsaufzeichnung zum Schutz der Beschuldigtenrechte erfolgen soll, bei wichtigen Zeugenaussagen und Beschuldigtenvernehmungen sogar grundsätzlich erfolgen muss.

IV. Empirische Studien und Erfahrungen mit Videodokumentationen

1. Videodokumentationen von Beschuldigtenvernehmungen

Für die Beschuldigtenvernehmung, vor allem die Erstvernehmung eines Tatverdächtigen, werden die Vorteile einer authentischen Vernehmungsdokumentation insbesondere durch die Erfahrungen des angloamerikanischen Rechtsraums mit videodokumentierten Polizeivernehmungen deutlich.

a. Vernehmungspsychologische Forschung insbesondere zum „falschen Geständnis“

Wichtigste Funktion der Videoaufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen, insbesondere der Erstvernehmungen unmittelbar nach Entstehung des Tatverdachts, wäre es, falsche Geständnisse zu verhindern oder zumindest den suggestiven Befragungsdruck, der sie verursacht haben könnte, nachweisbar zu machen.

Die Befragungssituation ist für den unter Verdacht Stehenden zunächst eine Ausnahmesituation, die ihn – je nach Persönlichkeit des Betroffenen – ohnehin zu stressbedingten Fehlleistungen verleiten kann.[74] Noch wichtiger aber ist die grundsätzlich zulasten des Beschuldigten gehende Ausgangssituation einer jeden Beschuldigtenvernehmung: Gegen den Be-

[73] *Gleß*, ZStW 125 (2013), 573 (593).

[74] Besonders gefährdet für die Abgabe falscher Geständnisse sind Beschuldigte im jugendlichen Alter, die dem Druck der aversiven Vernehmungssituation schlechter standhalten können als Erwachsene, ferner Personen mit Intelligenzminderung oder psychischen Störungen, die suggestiven Vernehmungsmethoden wenig entgegensetzen können oder auch die späteren Folgen eines jetzt zur Beendigung der unangenehmen Vernehmungssituation abgegebenen falschen Geständnisses nicht zutreffend einschätzen können; Volbert, Forensische Psychiatrie, Psychologie und Kriminologie 7 (2013), 230 (231 f.).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

schuldigten besteht per Definition bereits ein Anfangsverdacht. Aus Sicht des Vernehmenden liegen also bereits zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, dass der Befragte eine Straftat begangen hat. Diese Ausgangshypothese prägt die Voreinstellung des Vernehmenden und belastet die Befragung von Beginn an mit einer „suggestiven Potenz", die wiederum die Wahrscheinlichkeit unbewussten eingesetzter suggestiver Befragungstechniken und daraus folgender falscher Geständnisse erhöht.[75] Studien in den U.S.A. gehen davon aus, dass bis zu einem Viertel – in bestimmten Deliktskonstellationen, in denen aufgrund der Schwere des Delikts besonders intensiv befragt wird, sogar bis zu einem Drittel[76] – der abgegebenen Geständnisse falsch sind. Dabei sind vor allem jugendliche Verdächtige, ältere Menschen, Verdächtige mit Persönlichkeitsstörungen oder mit intellektuellen Beeinträchtigungen gefährdet, dem Druck einer aversiven Vernehmungssituation nicht standhalten zu können und ein Geständnis allein dazu abzulegen, kurzfristig der unangenehmen Situation zu entkommen.[77] Studien aus anderen Ländern, darunter Studien zu Wiederaufnahmeverfahren in Deutschland, geben den Anteil an Falschgeständnissen immerhin noch mit 7 % bis 12 % an.[78] Zwar gehen dabei nicht alle falschen Geständnisse zwingend auf die Vernehmungssituation oder auf suggestive Befragungsformen zurück; dennoch bleibt der Anteil der sog. *erzwungenen falschen Geständnisse*[79] und der sog. *internalisiert falschen Geständnisse*[80] erheblich.[81] Weitere Studien zeigen zudem, dass sich falsche und wahre Geständnisse kaum voneinander unterscheiden lassen, wenn nicht weitere Beweise die

[75] *Volbert/Böhm*, in: *Volbert, R. & Steller, M.* (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, Göttingen 2008, S. 253, zu Studien über den nachweisbar großen Einfluss dieser Voreinstellung für die Schuldbewertung durch den Vernehmenden dort S. 260; *Witting*, Schiller-FS, 2014, S. 691 (693).

[76] Vgl. die Ergebnisse einer Studie zu 125 schweren Gewaltverbrechen, in denen nachträgliche DNA-Analysen die Unschuld des zunächst geständigen Angeklagten belegten; *Drizin/Leo*, North Carolina Law Review 82 (2004), 891.

[77] *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Auflage, 2013, Rn. 734; *Lawaczek, B*., Das Phänomen des falschen Geständnisses im Strafverfahren, 2010, S. 132 ff.; *Volbert, R*., Eisenberg-FS, 2009, S. 205 (207 f.) m. w. N.; *Volbert/Böhm*, in: *Volbert, R. & Steller, M.* (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, Göttingen 2008, S. 253 (256);

[78] *Volbert, R*., Eisenberg-FS, 2009, S. 205 (207 f.) m. w. N.; *Volbert/Böhm*, in: *Volbert, R. & Steller, M.* (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, Göttingen 2008, S. 253 (255).

[79] Bei sog. erzwungenen falschen Geständnissen gesteht der Vernommene, um der aversiven Vernehmungssituation zu entgehen oder sonst ein angedrohtes oder befürchtetes Übel von sich abzuwenden oder auch einen versprochenen Vorteil zu erhalten.

[80] Bei internalisiert falschen Geständnissen ist der Beschuldigte aufgrund suggestiver Befragungstechniken am Ende von seiner eigenen Täterschaft überzeugt.

[81] *Drizin/Leo*, North Carolina Law Review 82 (2004), 891 (918); zur Taxonomie der Geständnisarten *Volbert/Böhm*, in: *Volbert, R. & Steller, M.* (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, Göttingen, 2008, S. 253 (253 f.); *Volbert, R*., Eisenberg-FS, 2009, S. 205 (206).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Plausibilität der Beschuldigtenangaben bestätigen oder widerlegen,[82] denn jeder Befragung liegt ein Moment des „Aushandelns der Wirklichkeit“ zugrunde, das durch die Handlungsmotive beider Seiten gesteuert wird.[83] Während die vernehmende Person versucht, ihre (hypothesengeleiteten) Vernehmungsziele zu erreichen, verfolgt der Vernommene je nach Handlungskompetenz und Widerstandsfähigkeit entweder über das Strafverfahren hinausgehende Ziele (Verdeckung der Straftat Dritter, Suche nach besonderen Vergünstigungen) oder auch nur schlicht das Ziel, die als Kontrollverlust erlebte Situation zügig zu beenden.

Ohne authentische Videodokumentation des Frage-Antwort-Verlaufs ist es im Nachhinein nahezu unmöglich, diesen Aushandlungsprozess und seine Folgen sichtbar zu machen. Schriftprotokolle sollen zwar gemäß Nr. 45 (2) RiStBV ebenfalls die Sequenz von Frage, Vorhalten und Antworten möglichst wortwörtlich aufnehmen und insbesondere das Geständnis des Beschuldigten in all seinen Einzelheiten und in den Worten des Beschuldigten wiedergeben, aber die Praxis zeigt, dass diese Anweisung allein nicht garantiert, dass der Vernehmende tatsächlich auf die vom Beschuldigten genutzten Formulierungen in möglicherweise grammatikalisch falscher Form, in gebrochenem Deutsch oder in regionalem Dialekt zurückgreift. Im Gegenteil zeigen vernehmungspsychologische Untersuchungen, dass die Vernehmenden weit weniger Details protokollieren als geäußert worden sind.[84] Außerdem nehmen sie eigene suggestive Vernehmungseinflüsse im Zuge der Befragung nur eingeschränkt wahr, können die eigene Art der Befragung also nicht noch während des Befragungsprozesses selbst korrigieren.[85] Das Ergebnis sind Gesprächsprotokolle, die nur noch das wiedergeben, was der Vernehmende aus der Befragung des Beschuldigten mit Rücksicht auf seine eigenen Ausgangshypothesen zum Sachverhalt verstanden hat.[86] In der Hauptverhandlung folgt dann die absurde Situation, dass der Vernehmende dem Gericht erklärt, was der Beschuldigte gegen dessen Beteuern, aber nach dem (institutionell legitimierten) Wissen des Protokolls tatsächlich erklärt hat,[87] d. h. der Fehler wird in der Regel dem Zeugen als Erinnerungsfehler zugeschrieben, obwohl Vernehmungsstudien eine beträchtliche Wahrscheinlichkeit von Protokollfehlern aufzeigen. Das Schriftprotokoll müsste daher eigentlich parallel zum Aussageinhalt auch die Ausgangshypothesen und Vernehmungsstrategien des Vernehmenden sowie seine Fragen und Vorhalte in wortwörtlicher Rede wiedergeben. Das aber setzt voraus, dass sich der Vernehmende hinreichend Zeit hat,

---

[82] *Kassin/Meissner/Volbert*, Law and Human Behaviour 29 (2005), 211; *Volbert, R*., Eisenberg-FS, 2009, S. 205 (211).

[83] *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Auflage, 2013, Rn. 732.

[84] *Lamb/Orbach/Sternberg/Hershkowitz/Horowitz*, Law and Human Behaviour 24 (2000), S. 699.

[85] *Volbert*, Forensische Psychiatrie, Psychologie und Kriminologie 7 (2013), 230 (235).

[86] *Beneke*, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten, 1990, S. 131 f.; zu den vielfältigen Möglichkeiten bewusster, teilbewusster und unbewusster Redaktionsvorgänge bei der Niederschrift s. *Gorgos*, Buffalo Law Review 57 (2009), 1057 ff.; für Beispiele aus der deutschen Verfahrenspraxis s. *Nack/Park/Brauneisen*, NStZ 2011, S. 310 (311); *Artkämper*, Kriminalistik 7/2009, 417 (423).

[87] *Witting*, Schiller-FS, 2014, S. 691 (692).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Gesprächsdetails zu protokollieren, und dass er sich seiner eigenen Vorbeeinflussung bewusst ist und er eine neutrale, kritische Position seiner eigenen Erwartungshaltung gegenüber einnehmen kann.[88] Insbesondere letzteres wird ihm ohne ein neutrales Zeugnis der Vorgänge durch eine Videodokumentation und die kritische Supervision durch einen weiteren Beobachter, der die Erwartungshaltung des Vernehmenden gerade nicht teilt, nicht gelingen.[89] Damit spricht viel dafür, Videodokumentationen von Beschuldigtenvernehmungen, insbesondere Erstvernehmungen, zu einem zentralen Bestandteil der Geständnis- und Aussagekontrolle durch das Gericht zu machen.[90]

b. Erfahrungen mit videodokumentierten Beschuldigtenbefragungen aus dem angloamerikanischen Rechtsraum

Die Videoaufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen ist in zahlreichen angloamerikanischen Strafverfahrensordnungen längst Standard.[91]

Eine neue Richtlinie des U*.S. Department of Justice*[92] zeigt, dass sich für eine qualitativ hochwertige Vernehmungsaufzeichnung bestimmte Standards herausgebildet haben. So soll die Kamera den gesamten Vorgang aufzeichnen, ab dem Zeitpunkt, in dem der Verdächtige den Vernehmungsraum betritt bis zum Abschluss der Befragung. Informatorische

---

[88] Zum idealen Protokollinhalt s. *Beneke*, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten, 1990, S. 129.

[89] *Witting*, Schiller-FS, 2014, S. 691 (693).

[90] *Volbert*, Forensische Psychiatrie, Psychologie und Kriminologie 7 (2013), 230 (236).

[91] Für einen Überblick s. Einen Überblick über die geltenden Regelungen in den U.S.A und wichtige Rechtsprechung gibt die Homepage der *National Association of Defense Lawyers* unter der Adresse: http://www.nacdl.org/usmap/crim/30262/48121/d/#IN; für die Regeln in weiteren englischsprachigen Rechtsordnungen s. http://www.nacdl.org/criminaldefense.aspx?id=32354&libID=32323; *Murschetz*, Österreichisches Anwaltsblatt 2013, S. 217 (221 f.).
Nicht alle Dokumentationspflichten beruhen dabei auf gesetzlichen Regelungen. In den U. S. A. findet man teilweise nur sog. „*policies*" der zuständigen *Attorney General*. Ein Beispiel für eine gesetzliche Regelung enthält Rule 617 Indiana Rules of Evidence. Wird gegen die Aufzeichnungspflicht verstoßen, darf die Beschuldigtenaussage dort vor Gericht nicht verwertet werden.

[92] U.S. Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General, Memorandum for the Associate Attorney General et al., Washington D.C., 20530, May 2014. Die Regelung etabliert eine Regelvermutung zugunsten der Aufzeichnungen von Beschuldigtenvernehmungen bei Ermittlungen der Bundesbehörden wegen Straftaten nach U.S.-Bundesrecht (sog. *federal crimes*). Ob allerdings eine Missachtung der Regelvermutung zu einem Verbot der Verwertung der Aussage führt, müssen die Gerichte nun noch klären. Die vorsichtige Formulierung der *policy* als reine „Vermutungsregelung" lässt aber vermuten, dass hieraus keine subjektiven Rechte abgeleitet werden können. Allerdings sind die Gerichte nicht gehindert, die Geschworenen per Jury-Instruktionen auf den geminderten Beweiswert einer nicht komplett dokumentierten Aussage hinzuweisen; *Sullivan*, American Criminal Law Review 45 (2008), 1297 (1317).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Vorgespräche und Belehrungen werden also Teil der Aufzeichnung. Die Aufzeichnung kann offen oder versteckt erfolgen,[93] wobei der Beschuldigte bei einer offenen Aufzeichnung vorab über die Tatsache der Aufzeichnung informiert wird. Seine Zustimmung hierzu ist allerdings nie notwendig. In der Regel bedeutet ein Widerspruch des Verdächtigen gegen die Aufzeichnung aber, dass auf die (eigentlich verpflichtend anzufertigende) Aufzeichnung verzichtet werden kann, ohne dass das dann noch verbleibende schriftliche Vernehmungsprotokoll seine Beweiskraft im Verfahren verliert. Zumeist wird auch mit Rücksicht auf den Beschuldigten bei Widerspruch auf eine (offene) Aufzeichnung verzichtet, um den Gang der Vernehmung nicht zu belasten.[94]

In der nun in einigen angloamerikanischen Rechtsordnungen über zehn Jahre geübten Praxis der Videoaufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen hat sich gezeigt, dass sich keine der ursprünglich hiergegen vorgebrachten Bedenken bewahrheitet haben. Die technischen Hürden und die Kosten für die Anfertigung, Transkription und Aufbewahrung der Aufzeichnungen erwiesen sich als tragbar. Nur wenige Beschuldigte haben Angaben vor der Kamera verweigert. Die meisten erwarteten vielmehr sogar, dass eine Aufzeichnung erfolgte. Auch die gefürchtete Tendenz, Tatverdächtige könnten sich vor der Kamera aufspielen oder nun erst Recht die Unwahrheit sagen, hat sich so nicht bestätigt. Meistens wird die Aufzeichnung nach kurzer Zeit vergessen und spielt daher für das Aussageverhalten keine Rolle mehr.[95] Weitere Befürchtungen betreffend die Befragungsstrategie erscheinen aus deutscher Sicht bereits fremdartig. So wurde gegen Videoaufzeichnungen eingewandt, sie würden den Aufbau der „Beziehung" zwischen Vernehmendem und Vernommenem belasten, die Zahl der Geständnisse verringern und Geschworenen durch die z. T. aggressiven (aber zulässigen) Vernehmungstechniken der Polizei empören.[96] Tatsächlich haben kanadische Forscher festgestellt, dass die Videoaufzeichnungen öfter als Schriftprotokolle dokumentieren, wie Tatverdächtige bei der Erstvernehmung einen Tatverdacht zurückweisen.[97] Ansonsten haben die Aufzeichnungen aber vor allem bewirkt, dass die Kontroversen über unzulässige Vernehmungstechniken zurückgegangen sind, und zwar in der Regel zum Vorteil der Vernehmungsbeamten, die sich seltener vor Gericht rechtfertigen mussten und mit weniger Zivilklagen wegen unzulässiger Vernehmungstechniken überzogen wurden.[98] Insgesamt tendieren die Rechtsordnungen, die bereits mit Videoaufzeichnungen von Beschuldigtenvernehmungen operieren, dazu, den Aufzeichnungszwang auszudehnen.

---

[93] Geheime Aufzeichnungen sind in allen 38 Bundesstaaten der U.S.A. zulässig, s. *Sullivan*, American Criminal Law Review 45 (2008), 1297 (1322).

[94] *Sullivan*, American Criminal Law Review 45 (2008), 1297 (1322).

[95] Überblick über die Forschungsergebnisse bei *Sullivan*, American Criminal Law Review 45 (2008), 1297 (1315 ff.); für Kanada s. *Grant*, in *LeBlanc et al*. (ed.), Nouvelles Technologies et Justice Penale – New Technologies and Criminal Justice, Montréal, 1988, S. 441 (453 ff.).

[96] *Sullivan*, American Criminal Law Review 45 (2008), 1297 (1321 ff., 1324 ff.).

[97] *Grant*, in *LeBlanc et al*. (ed.), Nouvelles Technologies et Justice Penale – New Technologies and Criminal Justice, Montréal, 1988, S. 441 (453 ff.).

[98] *Sullivan*, American Criminal Law Review 45 (2008), 1297 (1329 f.).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

c. Folgerungen für die Videodokumentation von Beschuldigtenvernehmungen nach § 163a I S. 2 i. V. m. § 58a I S. 1 StPO

Insgesamt bieten die internationalen Erfahrungen hinreichend Anlass dazu, die Aufzeichnungsmöglichkeit nach § 163a I S. 2 StPO i. V. m. § 58a I S. 1 StPO für Beschuldigtenvernehmungen zumindest in eine „Soll-Vorschrift" umzuwandeln. Um nicht in Konflikt mit den weit schwierigeren Abwägungsvorgängen bei Zeugenvernehmungen zu geraten, wäre zudem anzuraten, für die Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen eine eigenständige Rechtsgrundlage (in Form einer differenzierten Kann- bzw. Soll-Vorschrift) in einem neuen Absatz zu § 136 StPO zu schaffen.[99] Bei schweren Tatvorwürfen, bei denen internationale Studien eine besonders hohe Gefahr suggestiver oder bedrängender Vernehmungsstrategien mit der Folge falscher Geständnisse bestätigen, sollte sich das Ermessen des Vernehmenden, die Aufzeichnung anzuordnen, auf Null reduzieren. Gleiches gilt für Vernehmungen in Sachverhalten mit Auslandsberührung, in denen sich ein möglicher Beweistransfer in ein ausländisches Strafverfahren abzeichnet oder bei Vernehmungen von Jugendlichen als Tatverdächtige. Insbesondere in diesem letzten Fall muss aufgezeichnet werden.

Der (volljährige) Beschuldigte darf der Aufzeichnung widersprechen, sollte aber dann deutlich darauf hingewiesen werden, dass diese Aufzeichnung gerade auch zum Schutz seiner Rechte erfolgt und er zudem mit einem Widerspruch gegen die Herausgabe von Kopien der Aufzeichnung (§ 58a III S. 1 StPO) an andere Akteneinsichtsberechtigte verhindern kann, dass die Dokumentation weiter verbreitet wird. Eine Aufzeichnung gegen den ausdrücklichen Willen des (volljährigen) Beschuldigten sollte nicht erfolgen. Zur Absicherung des Vernehmenden sollten dann aber zumindest das informatorische Gespräch zu Vernehmungsbeginn einschließlich der notwendigen Belehrungen des Beschuldigten nach § 136 I StPO und § 187 I GVG sowie weiterer gegebenenfalls notwendiger Belehrungen[100] auf Video aufgenommen und die Aufzeichnung erst nach Dokumentation der ausdrücklichen Verweigerung des Beschuldigten abgestellt werden. An der Fertigung des Schriftprotokolls mit einer verkürzten Inhaltsdarstellung der Aussage wird aus praktischen Gründen festgehalten. Gegebenenfalls kann das Schriftprotokoll bei komplexen Gesprächen auf der Grundlage der Videoaufzeichnung nachträglich erstellt werden.

---

[99] So auch die Vorschläge der BRAK, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK-Mitt. 2/2010, S. 60 (62, 66 f.); ähnlich Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (31 ff.).

[100] Z. B. im Fall einer Anhörung nach einer Festnahme aufgrund eines Europäischen Haftbefehls über das Recht, auch im Ausstellungsstaat einen Rechtsbeistand benennen zu können, vgl. Art. 10(4) der Richtlinie 2013/48/EU vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABlEU L 294/1.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Zu überlegen wäre weiterhin, ob aus Gründen der Transparenz eine videodokumentierte Stellungnahme des Vernehmenden erforderlich ist, dass auch außerhalb des Vernehmungsraumes keine verfahrensbezogenen Gespräche mit dem Beschuldigten geführt worden sind.[101]

Die Frage, ob der Beschuldigte wie bisher der Herausgabe einer Kopie der Aufzeichnung sogar an seinen Verteidiger widersprechen kann, wird sich in der Praxis nicht stellen. Allerdings sehe ich, solange das Recht auf Waffengleichheit nach Art. 6 EMRK ein Recht des Beschuldigten und nicht des Verteidigers ist, keine Möglichkeit einen entgegenstehenden Willen des Beschuldigten auszuhebeln.

Für den Löschungszeitpunkt gelten weiterhin §§ 163a I S. 2, 58a II S. 2 i. V. m. § 101 VIII StPO: Gelöscht werden muss, sobald die Aufzeichnung nicht mehr für die Strafverfolgung oder eine mögliche gerichtliche Überprüfung erforderlich ist.

Alternativ wäre an einen Anspruch des Beschuldigten zu denken, eine Videoaufzeichnung zu verlangen, und zwar zumindest in Fällen, in denen eine notwendige Verteidigung gemäß § 140 I und II StPO im Raum steht oder wenn es sich um einen Tatverdächtigen unter 18 Jahren handelt.[102] Allerdings würde dies eine weitere Belehrung im Rahmen des § 136 I StPO bzw. im Rahmen eines neuen Absatzes 4 des § 136 StPO[103] notwendig machen. Auch läge in dieser Lösung keine ausreichende Umsetzung der europäischen Vorgaben, sofern die geplante Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für verdächtige oder beschuldigte Kinder[104] in Kraft tritt.

2. Videoaufzeichnungen von Zeugenvernehmungen

Empirische Studien zur Videoaufzeichnung bzw. zur Verwendung von Videotechnologie im Zusammenhang mit Zeugenvernehmungen konzentrieren sich zumeist auf die mit §§ 58a, 255a StPO verbundene Zeugenschutzintention des Gesetzgebers.[105] Da diese Studien vor

---

[101] Vgl. § 136 V i. V. m. § 58a II StPO-Entwurf der BRAK, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK-Mitt. 2/2010, S. 60; ebenso Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme in § 136a IV S. 3 Hs. 1 AE-StPO vor, GA 2014, 1 (30).

[102] Eine Anspruchslösung schlägt der Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme in § 136a IV S. 3 Hs. 1 AE-StPO vor, GA 2014, 1 (31, 33).

[103] Vgl. Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme in § 136a IV S. 3 Hs. 2 AE-StPO vor, GA 2014, 1 (31, 33).

[104] Entwurf vom 27.11.2013, COM (2013) 822.

[105] So insbesondere die empirischen Studien von *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, Zur praktischen Bedeutung des Zeugenschutzgesetzes, insbesondere des Einsatzes der Videotechnik im Strafverfahren, Mainz, 2003; *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen – zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, Göttingen, 2007.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

allem auf Praktikerbefragungen setzen, erhält man je nach Gerichtsort und regionaler Übung im Umgang mit Videotechnologie sehr unterschiedliche Erfahrungsberichte.

a. Bisherige Erfahrungen

Aus den Befragungsergebnissen ergibt sich, dass sich die mit dem Zeugenschutzgesetz verbundene Hoffnung, Opferzeugen Mehrfachvernehmungen durch Polizei und Staatsanwaltschaft oder sogar in den Fällen des § 255a II StPO eine Vernehmung in der besonders anstrengenden Situation eine Hauptverhandlung ersparen zu können, nur zum Teil erfüllt hat.[106] Zwar wird immer wieder angemerkt, dass der Beschuldigte eher ein Geständnis ablegen würde, wenn eine Vernehmung eines kindlichen Misshandlungs- oder Missbrauchsopfers auf Video aufgezeichnet wurde, doch auch in diesen Fällen ist selten nachweisbar, dass gerade die Existenz der Videoaufzeichnung den Ausschlag für das Geständnis gegeben hat.[107]

Insbesondere in der Studie von *Henrik Vogel* fällt auf, wie vielfältig die Zwecke sind, die Praktiker mit einer Videoaufzeichnung von Zeugenvernehmungen verbinden. Diese Zwecke decken sich zum Teil mit der Zeugenschutzintention des Gesetzes, richten sich aber hauptsächlich auf die Wahrheitsermittlung. Im Fokus steht der Wert von Videoaufzeichnungen

- zur Beweissicherung, insbesondere wenn der Zeuge voraussichtlich später in der Hauptverhandlung nicht mehr zur Verfügung steht und deswegen zügig eine Beweissurrogat in Form eine authentisch dokumentierten richterlichen Vernehmung angefertigt werden muss;[108]

- zum Festhalten noch frischer Erinnerungen in unmittelbar zeitlicher Nähe zur Tat;[109]

---

[106] *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen – zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, Göttingen, 2007, S. 153, 157 ff.; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 102, 105, 237 f.

[107] *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen – zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, Göttingen, 2007, S. 224, 243; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 105.

[108] Ein solches Beweissurrogat steht insbesondere in den Fällen im Vordergrund, in denen zwischen Opfer und mutmaßlichen Täter eine Nähebeziehung i. S. des § 52 I StPO vorliegt und man deswegen in der Hauptverhandlung mit der Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts nach § 252 StPO rechnen muss; vgl. *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 104. Bei jungen Zeugen unter 18 Jahren muss zudem damit gerechnet werden, dass die Eltern weitere Aussagen mit belastender Wirkung für den Zeugen verbieten und der Zeuge daher für die Hauptverhandlung unerreichbar ist. Laut BGH NStZ-RR 2004, 336 verwandelt sich die Soll-Aufforderung in § 58a I S. 2 StPO in diesen Fällen zu einer Pflicht der Ermittlungsbehörden, die Vernehmung des Opferzeugen sogleich auf Video aufzuzeichnen.

[109] *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 138 f.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

- als Instrument, die Glaubhaftigkeit der Aussage und ihre Entstehung zu überprüfen[110] bzw. den beim Vernehmenden entstandenen Eindruck der Glaubwürdigkeit des Zeugen mit einer authentischen Dokumentation der Erstaussage zu unterstreichen;[111]

- zur Dokumentation bestimmter Umstände in der Person des Zeugen, die auch für das Verständnis der Tatvorgänge wichtig sind,[112]

- um in zeitlicher Nähe zur Tat die Verwirrung und Verängstigung bzw. allgemein den schlechten physischen und psychischen Zustandes eines Opferzeugen festzuhalten,[113]

- zur Dokumentation schwieriger Vernehmungsvorgänge, etwa weil die Tatvorgänge komplex oder die Verständigung mit dem (ausländischen, geistig beeinträchtigten) Zeugen mühsam und von Missverständnissen geprägt ist[114]

- zur Dokumentation der Sinnlosigkeit weiterer Zeugenvernehmungen, weil der Zeuge möglicherweise gar nicht in der Lage ist, zweckmäßige Angaben zu machen,[115]

- als Mittel zur Konfrontation des Beschuldigten mit den Vorwürfen in späteren Beschuldigtenvernehmungen oder

- als Mittel der Drohung gegenüber einem Zeugen, dessen Aufrichtigkeit in Zweifel steht, entweder, um ihn unmittelbar mit der Drohung der Strafverfolgung zu einer wahren Aussage anzuhalten oder um Beweismaterial gegen den Zeugen in einem späteren Verfahren wegen falscher Verdächtigung zu sichern.

---

[110] Diesen Wert scheinen gerade auch die Strafverteidiger zu schätzen, insbesondere wenn sie an der Vernehmung selbst nicht teilnehmen durften/konnten; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 114.

[111] *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 138 f.

[112] *Vogel* schildert hierzu folgenden Fall: Nachdem ein Vater seinen hyperaktiven Sohn in einer Überforderungssituation vorsätzlich verletzt hatte, ordnete der Polizeibeamte eine Videoaufzeichnung der Vernehmung des Kindes an. Die Aufzeichnung sollte dokumentieren, wie unruhig das Kind war und wie schwierig es sich während der Vernehmung verhielt, um die Überforderungssituation des Vaters sichtbar zu machen; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 231.

[113] *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 232.

[114] *Vogel* schildert hierfür den Fall einer Zeugin mit Artikulationsstörungen, der durch die Vernehmungsaufzeichnung weitere für sie besonders belastende Vernehmungen erspart werden sollten; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 231 f.; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 231 f.

[115] *Vogel* schildert hierfür den Fall mehrerer schwer geistig behinderter Opferzeugen, die sich aufgrund ihrer Behinderung nicht artikulieren konnten, so dass die Aufzeichnung der polizeilichen Vernehmung vor allem dazu diente zu belegen, dass eine Ladung dieser Zeugen in die Hauptverhandlung sinnlose wäre; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 233.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Die Videoaufzeichnung bewirkt Zeugenschutz vor allem durch Qualitätssicherung. Die authentische Dokumentation von Aussageinhalten und die Tatsache, dass Vernehmungsformen und Befragungstechniken sichtbar werden, haben zur Folge, dass sich die Kontroversen zwischen Anklage und Verteidigung am Ende auf nur wenige Punkte konzentrieren. Eine weitere Vernehmung bleibt dem Zeugen damit zwar nicht unbedingt erspart, aber diese wird dann oft auf nur wenige Punkte verkürzt. Außerdem ist eine korrekt erstellte Dokumentation bis in die Revisionsinstanz hinein verwertbar und entlastet damit den Zeugen selbst dann, wenn er in der Hauptverhandlung noch einmal zu den Vorgängen Stellung nehmen muss. Darüber hinaus lassen sich manche Angeklagte auch mit Blick auf die Existenz der videodokumentierten Vernehmung noch vor der Hauptverhandlung auf eine Verfahrensabsprache ein.[116]

Zu Durchbrechungen der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung nach § 255a II StPO kommt es dagegen selten. Zum einen bevorzugen die Gerichte, einen wichtigen Zeugen gerade auch in der Konstellation „Aussage gegen Aussage“ in der Hauptverhandlung unmittelbar zu hören,[117] und zum anderen sind die Beteiligungsrechte der Verteidigung bei diesen frühen Vernehmungsaufzeichnungen oft nicht hinreichend gewahrt. Die Ermittler tendieren zu Beweissicherungszwecken dazu, Opferzeugenvernehmungen möglichst tatzeitnah auf Video zu dokumentieren, noch bevor die Fakten des Falles ausermittelt sind und die Verteidigung Akteneinsicht erhalten hat.[118] Letzteres ist zwar nicht zwingend Voraussetzung für eine spätere Verwertbarkeit der Aufzeichnung nach § 255a II StPO,[119] sofern Verteidiger und Beschuldigter beide bei der Vernehmung anwesend sind und sie die Verteidigungsrechte nach § 168c StPO wahrnehmen können,[120] doch bedeutet diese Beschränkung der Konfrontationsrechte in der Regel, dass dem Zeugen nicht alle relevanten Fragen gestellt worden sind. Eine ergänzende Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung nach § 255a II S. 4 StPO ist dann unausweichlich.

Die Befürchtungen, die Videoaufzeichnung werde sich auf die Bereitschaft des Zeugen auswirken, ausführlich und korrekt Angaben zu machen, haben sich gerade auch mit Blick auf kindliche Zeugen nicht bewahrheitet. Tatsächlich gerät die Technik in der Vernehmung schnell in Vergessenheit, sofern es der Vernehmungsperson gelingt, eine konzentrierte Vernehmungsatmosphäre zu schaffen.[121] Problematisch bleibt nur der Bereich der Sexu-

[116] Wobei Verteidiger hier z. T. Nachteile für den Angeklagten in Form von geringeren Strafrabatten befürchteten, weil der Angeklagte im Fall eines möglichen Beweistransfers nach § 255a II StPO nun nicht mehr für sich geltend machen könne, dem Opfer den Auftritt in der Hauptverhandlung zu ersparen; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 114 f.
[117] *Vogel, Henrik*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 132 f.
[118] *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 104.
[119] BGH NStZ 2003, 613.
[120] BGH NJW 2004, 1605 (1608).
[121] *Vogel, Henrik*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 117 f.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

aldelikte, wenn Opferzeugen unmittelbar nach der Tat aussagen.[122] Hier muss mit Rücksicht auf den Zeugen gegebenenfalls von einer Aufzeichnung abgesehen werden.

b. Folgerungen für die Videodokumentation von Zeugenvernehmungen

Mit der geltenden gesetzlichen Regelung ließen sich bereits die meisten Dokumentationsanliegen der Anwaltschaft abdecken, soweit die Benutzung der Videotechnologie nicht nur bei polizeilichen, sondern auch bei staatsanwaltschaftlichen und richterlichen Vernehmungen gebräuchlicher wird. Es spricht daher einiges dafür, die Anwendung der Videodokumentation in der Praxis auszudehnen, allerdings nicht zulasten des Schriftprotokolls und auch eher selektiv bei komplexen oder schweren Tatvorwürfen, schwierigen Zeugen oder zentralen Zeugenaussagen. Eine Erweiterung der „Soll-Vorschrift" in § 58a I S. 2 StPO um weitere Fallgruppen, insbesondere um Fallgruppen, in denen absehbar ein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 I und II StPO vorliegt und die Zeugenaussage möglicherweise eine erhebliche Bedeutung hat,[123] ist daher gut begründbar. Eine unbedingte Verpflichtung zur Aufzeichnung einer Zeugenaussage „von ausschlaggebender Bedeutung", wie sie in § 58 II S. 3 StPO-Entwurf durch die BRAK in ihrem Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik vorgeschlagen wird,[124] geht aus meiner Sicht aber zu weit. Es muss mit Rücksicht auf das Persönlichkeitsrecht des Zeugen oder auch anderer wichtiger Belange immer möglich bleiben, von einer Aufzeichnung abzusehen. Der Fall des schwer traumatisierten Opferzeugen, dem eine Aussage vor der Kamera nicht möglich ist, ist dabei vermutlich nicht einmal das Hauptproblem. Weit gefährdeter sind Insiderzeugen aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität. Bedenken aus den Reihen der Polizei beziehen sich zum Teil darauf, dass in den Aufzeichnungen die Vernehmungsstrategien und partiell auch Ermittlungsstrategien der Polizei im kriminellen Milieu erkennbar werden. Soweit ein solches Video dann auch an den Beschuldigten im Wege der Akteneinsicht gelangt, könnte die Aufzeichnung im kriminellen Milieu landen und dort kursieren. Die Folge wäre eine Gefährdung nicht nur des Zeugen, sondern gegebenenfalls auch des auf der Aufzeichnung als Vernehmungsperson erkennbaren Beamten.[125]

Aus den Reihen der Polizei stammen auch die meisten praktischen Einwände gegen einen Regelgebrauch von Vernehmungsaufzeichnungen. Die Frage, in welchem Konkurrenzverhältnis die Aufzeichnung zum Schriftprotokoll der Vernehmung steht, wird hier eindeutig dahingehend beantwortet, dass die meisten Videoaufzeichnungen zwar zu den Akten genommen werden, dort aber weder von den Staatsanwälten noch den Richtern, oft noch

[122] *Vogel, Henrik*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 91 f.

[123] So der Vorschlag für einen § 58a I S. 2 Nr. 3 StPO-E nach den Vorschlägen der BRAK im Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK-Mitt. 2/2010, S. 60 (61).

[124] *Ebenda*.

[125] S. die Berichte bei *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 255.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

nicht einmal von den Verteidigern zur Kenntnis genommen werden.[126] Aus Zeitgründen ziehen diese Personen in der Regel das Lesen der viel kürzeren schriftlichen Vernehmungsprotokolle vor. Dass die Videoaufzeichnung authentisch alle Vorgänge ab den Zeugenbelehrungen aufzeichnet und auch für die Akten nicht verkürzt, aufbereitet oder mit Blick auf die wichtigsten Vernehmungssequenzen kommentiert werden darf, wird damit in der praktischen Handhabung zum Nachteil.[127]

Für vorläufige Maßnahmen, etwa den Erlass eines Haftbefehls, ist es zudem unerlässlich, dass die Akte wenigstens ein kurzes Vernehmungsprotokoll enthält. Bis zur vollständigen Verschriftung der Aufzeichnung vergeht zumeist zu viel Zeit.[128]

Da die Transkription der Aufzeichnungen in Wortlautprotokolle die Schreibkräfte zeitlich stark bindet,[129] ist die Vernehmungsaufzeichnung selbst bei Aufstockung der Kosten für weitere Schreibkräfte bis auf weiteres keine Alternative zum zeitgleich zur oder unmittelbar im Anschluss an die Vernehmung erstellten klassischen Vernehmungsniederschrift. In der Praxis wird damit auch weiterhin das Vernehmungsprotokoll mit all seinen Defiziten die Richtung der Ermittlungen vorgeben. Insoweit würde es sich möglicherweise anbieten, zugleich den notwendigen Inhalt einer solchen Vernehmungsniederschrift unmittelbar in § 168a StPO zu konkretisieren, z. B. in Anlehnung an die Vorgaben aus Nr. 45 (2) S. 1 RiStBV für die Beschuldigtenvernehmung.[130]

Die Widerspruchslösung in § 58a III S. 1 StPO konnte, da sie erst 2004 Gesetz wurde, in den empirischen Studien nicht näher untersucht werden. Allerdings ist die Widerspruchslösung auch der einzige Weg, dem vernommenen Zeugen eine gewisse Kontrolle darüber zu eröffnen, was mit der Aufzeichnung geschieht. Nachdem er grundsätzlich gezwungen ist, die Aufzeichnung zu dulden, und sich der Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht im Wege der Speicherung[131] durch die weitere Verwendung der Aufzeichnung im Verfahren in

---

[126] Letztere halten die Videoaufzeichnungen aber möglicherweise auch angesichts der existierenden Schriftprotokolle für nicht so verfahrensrelevant; *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen – zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, Göttingen, 2007, S. 152, 153.

[127] *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen – zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, Göttingen, 2007, S. 139.

[128] *Vogel, Henrik*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 254.

[129] *Vogel, Henrik*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 259; berichtet wird von einem Aufwand von etwa zwei Tagen Verschriftungszeit für eine Stunde Videovernehmung, vgl. *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen – zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, Göttingen, 2007, S. 139.

[130] *Witting*, Schiller-FS, 2014, S. 691 (696).

[131] Die Speicherung von Informationen ist zunächst ein Gefährdungssachverhalt, der sich durch die besonders sensible Natur der Daten bereits als Eingriff darstellen kann oder der spätestens durch die spätere Nutzung oder Übermittlung der Daten im Rahmen des Strafverfahrens zum Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vertieft wird; dazu und zur Natur des Rechts auf informationelle

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Gestalt eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung fortsetzt, sehe ich zur Widerspruchslösung momentan auch keine Alternative.[132]

V. Zusammenfassung

Abschließend die Aussagen der Untersuchung:

- Die momentanen Rechtsgrundlagen zu Videoaufzeichnungen von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen werden mit Blick auf die zukünftigen Strafrechtsentwicklungen in der europäischen Union nicht mehr ausreichen.

- Insbesondere die Aufzeichnung von (frühen) Beschuldigtenvernehmungen sollte bei schwerwiegenderen Tatvorwürfen und komplexen Sachverhalten zum Regelfall werden.

- In Fällen mit Auslandsberührung, in denen mit einem Transfer des Beweises in einen anderen Mitgliedstaat zu rechnen ist, sollten Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen grundsätzlich aufgezeichnet werden.

- Die momentane Lösung, Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen in einer einzigen Regelung zu behandeln, wird den unterschiedlichen Interessen nicht gerecht. Die Aufzeichnung einer Beschuldigtenvernehmung dient neben der Wahrheitsfindung zugleich auch dem Schutz des Beschuldigten davor, dass ihm Worte in den Mund gelegt werden, die später in der Hauptverhandlung gegen ihn Verwendung finden. Im Fall einer Zeugenvernehmung aber wird das Spannungsverhältnis zwischen Aufklärungs- und Beschuldigtenschutzinteressen um einen dritten Spannungspol, das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen, erweitert. Interessenkonflikte in diesem dreipoligen Spannungsverhältnis sind anders aufzulösen als zweipolige Kontroversen in dem Spannungsfeld zwischen Wahrheitsfindung und Beschuldigtenschutz.

- Zur Widerspruchslösung in § 58a III StPO gibt es keine Alternative.

Selbstbestimmung s. *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozessrecht, Tübingen, 1992, S. 44 f., 57 f., 65.

[132] Da das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dem Grundrechtsträger grundsätzlich die Befugnis gibt, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (s. nur BVerfG NJW 2001, 879 (880), ließe sich ein vollständiger Kontrollverlust des Zeugen über die Vernehmungsaufzeichnung für Zwecke des Strafverfahrens nur rechtfertigen, wenn es keine Alternative zur Herausgabe von Kopien gäbe. Eine gangbare Alternative ist jedoch die Einsichtnahme in den Räumen der Geschäftsstelle. Ob sich Lösungen über besonders gesicherte Internetseiten oder interne Datenbanken entwickeln lassen, wird man technisch abklären müssen. Vermutlich werden jedoch gängige Internetschutzlösungen zur Sicherung der sensiblen Daten nicht genügen.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

- Sollte die Videoaufzeichnung von Vernehmungen junger Beschuldigter (unter 18 Jahren) in Zukunft zur Pflicht werden, wird man zudem den Zugang der jungen Beschuldigten zur Aufzeichnungskopie der eigenen Vernehmung beschränken müssen, um einem Missbrauch der Aufzeichnung durch den jungen Beschuldigten vorzubeugen.

- Momentan fehlen im Gesetzestext zur Videodokumentation von Zeugenvernehmungen vor allem Kriterien, die für einen Ausgleich zwischen Strafverfolgungs-, Beschuldigten- und Zeugeninteressen Sorge tragen. Die gegenwärtige gesetzliche Regelung überlässt es dem freien Ermessen des Vernehmungsbeamten, wie er diesen Ausgleich bewerkstelligt. Aus der Logik des Zeugenschutzgesetzes heraus, wonach die Videoaufzeichnungen in erster Linie im Interesse des Zeugen angefertigt werden sollten, war diese Lösung auch verfassungsrechtlich tragbar. Sie ist es jedoch nicht mehr, wenn nun reine Dokumentations- und Beweissicherungsinteressen ohne jeden zeugenschützenden Gehalt ebenfalls eine Aufzeichnung legitimieren sollen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen wird dann zwar im Regelfall hinter den Aufklärungsinteressen zurückstehen, aber der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich in der Pflicht, für diesen Regelfall bestimmte Voraussetzungen zu benennen. Diese können mit der Schwere des Tatvorwurfs, der Komplexität des Falles, mit besonderen glaubwürdigkeitsrelevanten Umständen in der Person des Zeugen oder mit besonderen Umständen in der Vernehmungssituation begründet werden oder damit, dass mit einer Übermittlung des Beweises in eine andere EU-Rechtsordnung zu rechnen ist, so dass eine authentische Dokumentation der Vernehmung besondere Bedeutung erlangt.

- Die Soll-Vorschrift in § 58a I S. 2 StPO sollte daher um weitere Alternativen ergänzt werden, etwa wie folgt:

  § 58a StPO-E [Aufzeichnung der Vernehmung in Bild und Ton]

  (1) Die Vernehmung eines Zeugen kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. Sie soll nach Würdigung der dafür jeweils maßgeblichen Umstände aufgezeichnet werden und als richterliche Vernehmung erfolgen, wenn

  1. ... (wie bisher) ... oder

  2. zu besorgen ist, dass der Zeuge <u>im weiteren Verlauf des Verfahrens</u> nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist)[133] *<u>oder</u>*

  3. abzusehen ist, dass die Aussage zur Verwendung in weiteren Strafverfahren in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union übermittelt werden wird oder

[133] Vgl. den Vorschlag des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (28).

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

4. bei schweren Taten wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage eine Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

(2) Der Vernehmende erklärt am Ende der Vernehmung, dass die Aufzeichnung die Vernehmung vollständig und richtig wiedergibt. Er erklärt ferner, ob und mit welchem Inhalt verfahrensbezogene Gespräche mit dem Zeugen außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung geführt wurden. Der Zeuge erhält Gelegenheit, sich hierzu zu erklären.

(3) ... (bisheriger Absatz 2) ...

(4) ...(bisheriger Absatz 3) ...

- Für die Beschuldigtenvernehmung bietet sich eine gesonderte Regelung in einem neuen § 136 IV StPO an, die das Ermessen des Vernehmenden zur Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung ebenfalls inhaltlich konturiert. Hier wird in Anlehnung an den BRAK-Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik von 2010 und den Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme von 2014 folgende Regelung angeboten:

  § 136 IV, V StPO

  (4) Die Vernehmung des Beschuldigten kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. Sie soll aufgezeichnet werden, wenn

  1. abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage eine Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist oder

  2. *abzusehen ist, dass die Aussage zur Verwendung in weiteren Strafverfahren in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union übermittelt werden wird.*

  (5) § 58a Absätze 2 bis 4 gelten entsprechend.

- Auf ein vernehmungsbegleitend oder unmittelbar im Anschluss an die Vernehmung erstelltes schriftliches Protokoll i. S. v. § 168a StPO kann aus Praktikabilitätsgründen nicht verzichtet werden.

- Nicht alle Videodokumente sind zu verschriften. Sofern Staatsanwaltschaft und Gericht die Verschriftung nicht für notwendig halten (Regelfall), wird die Aufzeichnung nur zusammen mit dem herkömmlichen Vernehmungsprotokoll zu den Akten genommen. Wenn der Beschuldigte dennoch eine Verschriftung zu Verfahrenszwecken wünscht, sollte er aber die Möglichkeit erhalten, sie auf eigene Kosten anfertigen zu lassen.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Anhang I: Ungereimtheiten in der jetzigen Fassung der Regeln zur Videoaufzeichnung

(1) Aufgezeichnet werden kann eine Zeugenaussage auch im Rahmen einer Videokonferenzvernehmung gem. § 58b StPO oder § 168e StPO. Dabei ergeben sich auf den ersten Blick aber einige Ungereimtheiten. So wurden durch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25. April 2013[134] in § 58b StPO Videokonferenzvernehmungen von Zeugen ohne jede einschränkende Bedingung möglich, zudem ohne jede Einschränkung nach § 58a I StPO bezüglich der Aufzeichnung. Vor Inkrafttreten des § 58b StPO galt für Fernvernehmungen im Ermittlungsverfahren nur § 168e StPO. Dieser aber setzte für eine Videokonferenz eine „dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen" voraus, wenn der Zeuge in Gegenwart der Anwesenheitsberechtigten vernommen wird.[135] Die Widersprüche zwischen der Bedingungslosigkeit einer Videokonferenz nach § 58b StPO und einer Fernvernehmung nach § 163e StPO lassen sich aber dahingehend auflösen, dass § 163e S. 1 StPO vorrangig eine besondere Vernehmungskonstellation legitimiert. Der Zeuge wird hier nach dem sog. „Mainzer Modell" vernommen. Er hat dabei unmittelbaren Gesprächskontakt zum Richter, während die übrigen nach § 168c II oder § 406g II S. 3 StPO zur Anwesenheit Berechtigten nur per Videokonferenzschaltung an der Vernehmung teilnehmen. § 58b StPO normiert dagegen eine Vernehmungskonstellation nach dem „Englischen Modell", so wie sie in § 247a S. 1 StPO auch für die Hauptverhandlung vorgesehen ist. Dabei wird nur der Zeuge per Bild-Ton-Übertragung in das Vernehmungszimmer zugeschaltet, während sich die übrigen Anwesenheitsberechtigten gemeinsam im Vernehmungszimmer aufhalten.

(2) Allerdings bleiben bei § 58b StPO Ungereimtheiten im Vergleich zu den weit strengeren Anordnungsvoraussetzungen für Videokonferenzvernehmungen von Zeugen und daran anknüpfenden Vernehmungsaufzeichnungen in der Hauptverhandlung nach § 247a S. 1 und S. 4 StPO. Die Ungereimtheiten betreffen aber weniger die Aufzeichnungen als die Gefahr, über § 58b StPO weitere Fälle der Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Hauptverhandlung zu kreieren. Während § 247a S. 1 StPO eine Fernvernehmung des Zeugen nur zulässt, wenn die „dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen" besteht, „wenn er in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden vernommen wird", lässt es § 58b StPO ohne jede weitere Voraussetzung zu, auf die unmittelbare Anwesenheit des Zeugen im Vernehmungssaal zu verzichten. Das Schriftprotokoll der so im Vorverfahren als Fernvernehmung gestalteten richterlichen Vernehmung könnte dann in der Hauptverhandlung nach Maßgabe des § 251 II StPO anstelle einer unmittelbaren Vernehmung des Zeugen im Sitzungssaal

[134] BGBl. I S. 935.

[135] Krit. zu den Ungereimtheiten die „Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zu Art. 1 und 6 des Entwurfes eines Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (BT-Drucks. 17/1224)", BRAK-Stellungnahme Nr. 30/2010, Oktober 2010, S. 4 f.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

verlesen werden.[136] Diese Ungereimtheiten lassen sich momentan nicht auflösen und allenfalls durch eine standardisierte Aufzeichnung der Videokonferenzvernehmungen im Vorverfahren nach § 58b i. V. m. § 58a I StPO mildern. So hätte man bei Eingreifen eines der Fälle des § 251 II StPO in der Hauptverhandlung wenigstens anstelle des Schriftprotokolls die authentischere Videodokumentation zur Verfügung, die dann nach §§ 255a I, 251 II StPO abgespielt werden könnte. Das insbesondere durch die Aufzeichnung betroffene allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen bliebe dann aber erneut außen vor.

(3) Eine letzte Ungereimtheit betrifft § 247a S. 5 StPO. Die Norm verweist nur auf die Verwendungs- und Akteneinsichtsregelung in § 58a II StPO, nicht aber auf die erst in letzter Sekunde durch Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses[137] zum 1. Opferrechtsreformgesetz vom 24.06.2004[138] in § 58a III StPO aufgenommene Widerspruchslösung. Die Verweisung in § 247a S. 5 StPO sollte lauten: „§ 58a Absätze 2 und 3 finden entsprechende Anwendung."

Der Alternativ-Entwurf-StPO (AE-Beweisaufnahme)[139] hat zur Auflösung der Unstimmigkeiten den Vorschlag unterbreitet, die Aufzeichnungsbefugnis generell in § 58a StPO zu verankern und damit von den verschärften Voraussetzungen für eine Videokonferenz in der Hauptverhandlung nach § 247a StPO unabhängig zu machen. § 58a V StPO-AE soll lauten:

„Für die Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung sind Absatz 1 Satz 1, Absatz 3 und Absatz 4 anzuwenden. Die Vernehmung ist aufzuzeichnen, wenn anzunehmen ist, dass der Zeuge in einer weiteren Hauptverhandlung nicht vernommen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist."

[136] Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zu Art. 1 und 6 des Entwurfes eines Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (BT-Drucks. 17/1224), BRAK-Stellungnahme Nr. 30/2010, Oktober 2010, S. 4 f.
[137] BT-Drs. 15/3062, S. 2.
[138] Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Verletzten in Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz), BGBl. I 2004, S. 1354.
[139] Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerscher Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), GA 2014, S. 1.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Anhang II: Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme, GA 2014, 1

§ 58a Audiovisuelle Aufzeichnung von Zeugenaussagen

(1) Satz 1 bleibt unverändert. Die nachfolgenden Sätze erhalten folgende Fassung: 2Sie soll nach Würdigung der dafür jeweils maßgeblichen Umstände aufgezeichnet werden und als richterliche Vernehmung erfolgen, wenn damit die schutzwürdigen Interessen von Personen unter 18 Jahren sowie von Personen, die als Kinder oder Jugendliche durch eine Straftat verletzt worden sind, besser gewahrt werden können. 3Sie ist aufzuzeichnen, wenn anzunehmen ist, dass der Zeuge im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht vernommen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

(2) 1Wer die Vernehmung durchgeführt hat, erklärt am Ende der Vernehmung, dass die Aufzeichnung die Vernehmung vollständig und richtig wiedergibt. 2Er erklärt ferner, ob und mit welchem Inhalt außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung mit den Zeugen verfahrensbezogene Gespräche über den Gegenstand der Vernehmung geführt wurden. 3Der Zeuge erhält die Gelegenheit, sich hierzu zu erklären. Die bisherigen Absätze 2 und 3 werden die Absätze 3 und 4.

(5) 1Für die Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung sind Absatz 1 Satz 1, Absatz 3 und Absatz 4 anzuwenden. 2Die Vernehmung ist aufzuzeichnen, wenn anzunehmen ist, dass der Zeuge in einer weiteren Hauptverhandlung nicht vernommen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

§ 136 Audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen

(1) bis (3) unverändert.

(4) 1Die Vernehmung des Beschuldigten kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. 2Sie soll aufgezeichnet werden, wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird. 3Sie ist aufzuzeichnen, wenn der Beschuldigte dies beantragt; über sein Antragsrecht ist der Beschuldigte zu belehren. 4§ 58a Abs. 2 bis 4 sowie § 58b gelten entsprechend.

(5) Der Beschuldigte ist bei Beginn der ersten Vernehmung auch darüber zu belehren, dass seine Äußerungen zu Beweiszwecken in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.

§ 163a Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beschuldigtenvernehmung

(1) Satz 2 wird gestrichen. Nach Absatz 1 wird ein neuer Absatz 1 a eingefügt.

(1a) In geeigneten Fällen soll dem Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren Gelegenheit gegeben werden, Zeugen und Mitbeschuldigte zu befragen. Dem

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Beschuldigten ist eine solche Gelegenheit zu gewähren, sofern zu erwarten ist, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung für eine Befragung nicht zur Verfügung stehen wird. Für die Befragung ist dem Beschuldigten ein Verteidiger zu bestellen, soweit die Verteidigung nach § 140 notwendig ist; dasselbe gilt, wenn der Beschuldigte von der Vernehmung des Zeugen oder Mitbeschuldigten nach § 168c Abs. 3 oder aus einem anderen Grund ausgeschlossen ist.

(2) unverändert.

(3) Satz 2 erhält folgende Fassung: 2Die §§ 133 bis 135, 136 Abs. 1 bis 4, 136a und 168c Abs. 1 und 5 gelten entsprechend.

(4) Satz 2 erhält folgende Fassung: 2Im Übrigen sind bei der Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes § 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2 bis 4 und § 136a anzuwenden.

(5) Ist bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend oder wird diese auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet, so gilt § 136 Abs. 5 entsprechend.

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

Anhang III: BRAK, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik

Änderung der Strafprozessordnung

Die Strafprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch ... wird wie folgt geändert:

1. **§ 58a** wird wie folgt geändert
   a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:
      aa) In Satz 2 wird
         aaa) in Nummer 1 das Wort „oder“ durch ein Komma ersetzt
         bbb) in Nummer 2 der abschließende Punkt durch das Wort „oder“ ersetzt
         ccc) nach Nummer 2 die folgende Nummer 3 angefügt:
         „3. Abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Absatz 1 oder 2 notwendig sein und der Aussage des Zeugen im Verfahren eine erhebliche Bedeutung zukommen wird.“
      bb) Dem Satz 2 wird folgender Satz angefügt:
      „In den Fällen von Satz 2 Nr. 3 ist die Vernehmung aufzuzeichnen, wenn abzusehen ist, dass der Aussage eines Zeugen ausschlaggebende Bedeutung zukommen wird.“
   b) Nach Absatz 1 wird folgender neuer Absatz 2 eingefügt:
      „Wer die Bild-Ton-Aufzeichnung erstellt hat, erklärt am Ende der Vernehmung, ob und mit welchem Inhalt verfahrensbezogene Gespräche mit dem Zeugen außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung über den Gegenstand der Vernehmung geführt wurden. Der Zeuge erhält Gelegenheit, sich hierzu zu erklären.“
   c) Absatz 2 wird Absatz 3
   d) Absatz 3 wird Absatz 4
      aa) in Satz 1 werden die Bezeichnungen
         (1) „Absatz 2 Satz 3“ durch die Bezeichnung „Absatz 3 Satz 3“ und
         (2) „§§ 147, 406“ durch die Bezeichnung „§§ 147 Abs. 7, 406e“ ersetzt.
      bb) In Satz 3 wird die Bezeichnung „§§ 147, 406e“ durch die Bezeichnung „§§ 147 Abs. 7, 406e“ ersetzt.

2. **§ 136** wird wie folgt geändert:
   Nach Absatz 3 werden folgende Absätze 4 und 5 angefügt:

Prof. Dr. Sabine Swoboda
Ruhr-Universität Bochum

„(4) Die Vernehmung des Beschuldigten kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. Sie ist aufzuzeichnen, wenn abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird.

(5) § 58a Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend.

3. **§ 163a** wird wie folgt geändert

In Absatz 4 Satz 2 wird die Angabe „§ 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2, 3“ durch die Angabe „ 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4. Abs. 2 bis 5“ ersetzt.

Ulf Thiele
Neue Richtervereinigung
Backhauskoppel 7, 22175 Hamburg

Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Antrag des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers - Korrektur des § 141 Abs. 4 StPO

Kurz-Gutachten zur 6. Sitzung der Expertenkommission des BMJV am 11./12. Mai 2015

Änderungsvorschlag

Aktuelle Fassung:
§ 141 (4) Über die Bestellung entscheidet der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist, oder das Gericht*, das für eine von der Staatsanwaltschaft gemäß § 162 Absatz 1 Satz 1 oder Satz 3 beantragte richterliche Vernehmung zuständig ist, wenn die Staatsanwaltschaft dies zur Beschleunigung des Verfahrens für erforderlich hält*; im Fall des § 140 Absatz 1 Nummer 4 entscheidet das nach § 126 oder § 275a Absatz 6 zuständige Gericht.
Beabsichtigte Neuregelung:
§ 141 (4) Über die Bestellung entscheidet der Vorsitzende des Gerichts, das für das Hauptverfahren zuständig oder bei dem das Verfahren anhängig ist, *oder das Gericht, das über eine von der Staatsanwaltschaft gemäß § 162 Absatz 1 beantragte richterliche Handlung zu entscheiden hat*; im Fall des § 140 Absatz 1 Nummer 4 entscheidet das nach § 126 oder § 275a Absatz 6 zuständige Gericht.

Rückblick

Die jetzige Fassung wurde durch das StormG vom 14.03.2013 (BT-Drucks 17/6261 S.12) eingeführt. In der Begründung des Gesetzesentwurfes (Drucksache 213/ 15.04.11) heißt es zu Nummer 4 (§ 141 Absatz 1 und 4 StPO-E) „…Die Regelung sieht vor, dass für die Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers auch der Ermittlungsrichter zuständig ist, wenn die Staatsanwaltschaft dort eine richterliche Vernehmung nach § 162 Absatz 1 Satz 1 oder Satz 3 StPO beantragt und sie eine Entscheidung durch den Ermittlungsrichter zur Beschleunigung des Verfahrens für erforderlich hält. Damit sollen die Anberaumung richterlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren erleichtert und Verzögerungen vermieden werden, die entstehen können, wenn vor der ermittlungsrichterlichen Vernehmung zunächst noch das für das Hauptverfahren zuständige Gericht mit der Entscheidung über die Pflichtverteidigerbestellung befasst werden muss. Ob im Einzelfall aus Beschleunigungsgründen eine Entscheidung durch den Ermittlungsrichter erforderlich ist, hat die Staatsanwaltschaft zu beurteilen.“

Diese Zielrichtung dieser Gesetzesänderung war, soweit ersichtlich allgemein begrüßt worden.

Die strittige Frage(vgl. Meyer-Goßner/Schmitt 57. Aufl. Rd. 5 zu § 141StPO m.w.Nachw.), ob nur die Staatsanwaltschaft oder auch der Beschuldigte im Vorverfahren die Beiordnung eines Verteidiger beantragen kann, wurde im StormG nicht entschieden.
Die im Arbeitsauftrag diesbezüglich sinnvoller Weise bereits unterstellte Berechtigung des Beschuldigten auch einen Beiordnungsantrag im Vorverfahren zu stellen, steht nicht im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut des § 141 Abs.3 StPO. Zur Klärung des bestehenden Meinungsstreits sollte aber in Abs. 3 des §141 StPO eine Klarstellung zum Recht des Beschuldigten, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen, erfolgen.

Begründung des Änderungsvorschlages

Im gesamten Gesetzgebungsverfahrens des StormG blieb unbegründet, warum sich eine Zuständigkeit des Ermittlungsrichters nur auf die Fälle der richterlichen Vernehmung beschränken soll und warum er nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft über den vorliegenden Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers entscheiden darf, wenn die Staatsanwaltschaft einen Eilbedarf sieht.
Verzögerungen, die auch in den übrigen Fällen einer Zuständigkeit eines Ermittlungsrichters entstehen können oder bei denen ein Beiordnungsbedarf ohne Antrag der Staatsanwaltschaft und ohne deren Feststellung eines Eilbedarfes besteht, sollen nun vermieden werden. Entsprechend soll nun jeder auf Antrag der Staatsanwaltschaft tätige Ermittlungs- oder Haftrichter auch über die vorliegende Anträge auf Beiordnung eines Verteidigers mitentscheiden, um unnötige Aktenübersendungen und Zeitverzug zu vermeiden.

Eine weitergehende ausschließliche Zuständigkeit eines Ermittlungsrichters erscheint hingegen nicht sachgerecht. Die Zuständigkeit des für die Hauptverhandlung zuständigen Gerichtes ist, solange es nicht zu Verzögerungen führt sinnvoll. Der Beschuldigten und sein Verteidiger erfahren durch die Wahl des zuständigen Gerichts, wie die Staatsanwaltschaft zurzeit die Schwere der Tatvorwürfe einschätzt. Auch würde eine ausschließliche Zuständigkeit der eher geringen Anzahl der Ermittlungsrichter für die Pflichtverteidigerbestellung, in den Fällen der Verteidigerauswahl durch das Gericht die Vielfalt der ausgewählten Pflichtverteidiger unnötig reduzieren. Da jeder Richter aus unterschiedlichen Gruppen von geeigneten Verteidigern auswählt, vergrößert sich mit der Anzahl der zuständigen Richter auch die Vielfalt der beigeordneten Pflichtverteidiger.

Thiele

Gutachten zur Dokumentation des Ermittlungsverfahrens

im Hinblick auf eine effektive und praxistaugliche Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Der Expertenkommission zu Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Strafverfahrens im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

vorgelegt von

Ulf Thiele
Richter am Amtsgericht StVDir

Neue Richtervereinigung - NRV

- Termin zur Erörterung in der Expertenkommission am 29./30. September 2014 -

Inhaltsübersicht

	Seite
A. Rechtliche und tatsächliche Ausgangslage	**1**
1.) richterliche Untersuchungshandlungen	
2.) staatsanwaltliche Untersuchungshandlungen	**4**
3.) polizeiliche Untersuchungshandlungen	**5**
B. Einführung von Aussagen der Zeugen und Beschuldigten in die Hauptverhandlung	**7**
1.) schriftliche Vernehmungen	
2.) Bild -Tonaufzeichnungen von Zeugen	
3.) Dokumentierte Vernehmungen über die Form der Vorhaltung	
C. Einflussfaktoren auf den Wahrheitsgehalt von dokumentierten Aussagen	**8**
1.) Mängel beim Zeugen/Beschuldigten	
2.) Mängel bei der Vernehmungsperson	**9**
3.) Mängel durch die Vernehmungsperson	
4.) Besondere mit den jeweiligen Dokumentationsformen verbundenen Einflussfaktoren	
4a.) Einflussfaktoren bei "Real"- Dokumentationen von Aussagen durch Bild-Tonträger	
4b.) Einflussfaktoren bei "Teil Real"- Dokumentationen von Aussagen durch Tonträger	**10**
4c.) Mängel durch einen reduzierten Dokumentationsumfang	
aa) Mängel bei der subjektiven Auswahl des Aussageinnhalts	**11**
bb) Gefahr einer bewusst verfälschenden Auswahlentscheidung	
cc) Gefahr der Abrundung/Glättung der Gesamtaussage	
D.) Bedenken die gegen eine Veränderung sprechen	**12**
1) Kosten	
2.) Vorbehalte oder Widerstände bei der Polizei	**13**
E. Gründe für eine Einführung einer Bild-Tonaufzeichnung von Vernehmungen	**14**
1.) Die dargelegten Mängel durch einen reduzierten Dokumentationsumfang -vgl. C. 4c.)	
2.) Aufdeckung von Mängeln bei den Vernehmungen	**15**
3.) Das Unmittelbarkeitsprinzip	
4.) Belastungsreduzierung bei Zeugen	**16**
5.) Entlastung der Hauptverhandlung im Übrigen	
6.) Vermeidung von wiederholten straf- und zivilgerichtlichen Zeugenaussagen	
7.) Positive nationale Einschätzungen einer Bild-Tonaufzeichnung	**17**
8.) Internationale Erfahrungen	**18**
F.) Sieben Forderungen und Vorschläge zur Abstimmung für konkrete Arbeitsaufträge zur Ausformulierung entsprechender Gesetzes- und Regelungsvorschläge	**18**

A. Rechtliche und tatsächliche Ausgangslage

Bislang ist die Dokumentation der Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten im Ermittlungsverfahren überwiegend gesetzlich nicht geregelt. Einzig die §§ 168, 168a, 168b, 168e und 58a StPO enthalten ausdrückliche Angaben zur Notwendigkeit oder Art einer Aussagendokumentation.

Der Regelungsgehalt für die Dokumentation der Aussagen ist dabei je nach Vernehmungsorgan Richter 1.), Staatsanwaltschaft 2.) oder Polizei 3.) unterschiedlich.
Soweit darüber hinaus auch Verteidiger berechtigt sind, eigene Ermittlungen zu führen (Meyer-Goßner Kommentar „Strafprozessordnung“ (Meyer-Goßner) Rd. 2 zu vor §137), insbesondere Zeugen und Mitbeschuldigte vor und außerhalb der Hauptverhandlung zu befragen, erscheint die Anzahl dieser Ermittlungshandlungen so gering, dass sie bei der weiteren Betrachtung keine Berücksichtigung findet. Für Vernehmungen durch Verteidiger bestehen keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen oder andere Vorgaben.
Unserer Einschätzung nach (d.h. von RichterInnen und StaatsanwältInnen der Fachgruppe Strafrecht in der NRV) nach werden bei Verteidigervernehmungen, soweit sie überhaupt stattfinden, die Aussagen nach Diktat des Verteidigers auf Tonträger diktiert und von Mitarbeitern abgeschrieben bzw. direkt den Mitarbeitern zur Niederschrift diktiert. Der Einsatz von Tonträgern oder Bild-Tonträgern ist dabei nicht bekannt.

Bezüglich der im Ermittlungsverfahren relevanten Vernehmungsorgane stellt sich die rechtliche und tatsächliche Ausgangslage wie folgt dar:
1.) Für **richterliche Untersuchungshandlungen** wie einer Vernehmung des Beschuldigten oder der Vernehmung von Zeugen bestehen die detailliertesten gesetzlichen Regelungen.
Für die allgemeinen (Nicht auf Ton oder Bildträger aufgezeichneten) Vernehmungen bei einer Richterperson ist gesetzlich nur vorgegeben, diese förmlich gemäß § 168 I und II StPO zu protokollieren. Aus dem Wortlaut des § 168 Abs. 2 ergibt sich als Protokollierungs- und Dokumentationstechnik neben der universellen Bezeichnung „Tonaufnahmegerät“ alternativ nur die nicht mehr zeitgemäße Technik der „Kurzschrift“.
Weiter sieht § 168 StPO im Regelfall die Hinzuziehung eines Urkundsbeamten als Protokollführer vor. Nur wenn der Richter die Zuziehung eines Protokollführers nicht für erforderlich hält, kann er stattdessen ein Tonaufnahmegerät verwenden. Die RiStBV in Nr.5 enthält dazu die Empfehlung: „…. möglichst weit gehend Gebrauch vom Einsatz technischer Hilfsmittel zu machen.“ Die RiStBV ist aber ohne gesetzliche Bindungswirkung und allein mit dem Empfehlungscharakter einer internen Arbeitsanweisung zu vergleichen.

Den Einsatz einer Dokumentation auf Bild-Tonträgern erlaubt § 58a Abs.1 S.1 StPO bei allen Zeugenvernehmungen, ohne dass besondere Voraussetzungen vorliegen müssen. Dies gilt nicht für Beschuldigtenvernehmungen.
In besonderen Fälle sieht § 58a Abs.1 S.1 Nr. 1 und 2 StPO zum Zeugenschutz bei unter 18 Jahre alten Zeugen oder bei Vorliegen eines besonderen Beweissicherungsinteresses den Einsatz einer Dokumentation auf Bild-Tonträgern als „Soll-Regelung“-, vor. Zur Gewährleis-

tung des Zeugenschutzes enthält § 168e StPO zudem die Soll-Vorgabe des Einsatzes einer simultanen Übertragung und Aufzeichnung von Zeugenaussagen bei richterlichen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren.
Für alle Vernehmungen von Kindern und Jugendlichen unter 18 Jahren vor einer Hauptverhandlung empfiehlt die RiStBV Nr. 19 zudem, dass zur Vermeidung wiederholter Vernehmungen von der Möglichkeit der Aufzeichnung auf Bild-Tonträger Gebrauch gemacht werden soll.

Zur inhaltlichen und formellen Gestaltung der richterlichen Vernehmung ergeben sich nur wenige gesetzliche Vorgaben aus den allgemeinen Verboten der §§ 136 a StPO und 201 StGB sowie aus den Vorgaben der §§ 68, 68a, 69 und 136 Abs. 1 StPO.

Während so für die inhaltliche Ausgestaltung der richterlichen Vernehmung noch gesetzliche Regelungen vorhanden sind, fehlt es weitestgehend an Vorgaben für die Protokollierung und Dokumentation dieser Vernehmungen.
Zur Gestaltung der Protokollierung finden sich allein in § 168 a Abs. 1 StPO die Vorgaben, den Ort und Tag der Vernehmung, die Namen der mitwirkenden beteiligten Personen, sowie die Beachtung der wesentlichen Förmlichkeiten (das sind solche Tätigkeiten, von deren Vornahme das Gesetz die Rechtmäßigkeit der Handlung oder deren Verwertbarkeit abhängig macht, z.B. Hinweise und Belehrungen bei Vernehmungen, Verzicht auf einen Protokollführer, Vereidigung, Verzicht auf das Abspielen einer Tonbandaufnahme, Genehmigung des Protokolls, Entfernung eines Anwesenheitsberechtigten wegen Störung des Verfahrens(Vgl. KMR-StPO Kommentar zur Strafprozessordnung(KMR)-Blöd Rn. 2 zu §2 168 a))aufzunehmen.

Weitere gesetzliche Vorgaben mit denkbaren Anforderungen an ein Protokoll, wie z.B. zur Notwendigkeit eines Wortprotokolls oder zur Qualität der inhaltlichen Zusammenfassung einer Aussage, zur Dokumentation von Fragen und Antworten, wie auch zur Frage, ob Widersprüche oder eine Entwicklung der Zeugenaussage während einer Vernehmung festzuhalten sind, oder zur Frage, wer das Protokoll zu diktieren hat, bestehen nicht.
Als wenig verbindliche interne Arbeitsanweisung enthält die RiStBV in Nr. 45 Abs.2 dazu nur folgende Empfehlungen: „…für bedeutsame Teile der Vernehmung empfiehlt es sich, die Fragen, Vorhalte und Antworten möglichst wörtlich in die Niederschrift aufzunehmen. Legt der Beschuldigte ein Geständnis ab, so sind die Einzelheiten der Tat möglichst mit seinen eigenen Worten wiederzugeben. Es ist darauf zu achten, dass besonders solche Umstände aktenkundig gemacht werden, die nur der Täter wissen kann. Die Namen der Personen, die das Geständnis mit angehört haben, sind zu vermerken.“ Zudem heißt es in der RiStBV Nr. 19 für die Bild-Tonträgeraufzeichnung, dass die vernehmende Person und der Zeuge gemeinsam und zeitgleich in Bild und Ton aufgenommen werden und, dass die Belehrungen wie auch die Aussagebereitschaft dabei dokumentiert werden sollen.

Für die fertig gestellten richterlichen Vernehmungsprotokolle sieht § 168a StPO differenzierte Genehmigungsregelungen sowohl durch die Aussageperson als auch durch die Richterperson vor. Endgültig fertig gestellte Protokolle sind demgemäß zur Durchsicht der Aussageper-

son vorzulegen oder vorzulesen. Von den Beteiligten sind sie zu genehmigen und zu unterschreiben. Vorläufig durch Kurzschrift oder Tonaufnahme aufgezeichnete Protokolle sind vorzulesen oder erneut abzuspielen, etwaige Einwendungen sind zu dokumentieren und es ist zu vermerken, dass die Vorspielung oder die Vorlesung nebst der Genehmigung des Protokolls erfolgt ist. Es besteht dabei für die Aussageperson die Möglichkeit, auf die Durchsicht, das erneute Abspielen oder das Vorlesen des Protokolls zu verzichten, wobei dies gegebenenfalls im Protokoll zu vermerken ist.
Die Richterpersonen und gegebenenfalls der Protokollführer bzw. ersatzweise die Person, die das Protokoll aus der vorläufigen Aufzeichnung übertragen hat, haben stets das Protokoll zu unterschreiben.

Gemäß unserer praktischen Erfahrung werden die richterlichen Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten grundsätzlich entsprechend den Vorgaben des § 168 a dokumentiert.
Es gibt wenig richterliche Vernehmungen auf Bild-Tonträgern. Allein in geringer Anzahl erfolgen richterliche Videovernehmungen von dann meist kindlichen Zeugen im Jugendschutzverfahren, die an vielen Gerichtsstandorten aber mangels Ausstattung in Aufnahmestudios der Polizei erfolgen. Die technische Betreuung erfolgt dabei dann durch Polizeibeamte. Die Gestaltung der Videovernehmung erfolgt je nach Vernehmungsperson. Es gibt hierzu lediglich Erfahrungshinweise in Form von Merkblättern.

Ursächlich für diese sehr zurückhaltende Verwendung der Bild-Tonträger Dokumentation und die fast vollständigen Missachtung der RiStBV Nr. 19 da nur in Ausnahmen Bild-Tonaufzeichnung von Aussagen der Zeugen unter 18 Jahren erfolgen, ist die bei vielen Gerichten fehlende Technikausstattung. Außerdem wirken sich die Videovernehmungen verbundene Arbeitsbelastung und die fehlende Übung der Richterschaft mit dieser Arbeitsweise aus. Weiter spielt dabei auch der erhebliche Mehraufwand im Schreibbereich der Gerichte durch eine heute noch übliche vollständige Verschriftlichung der Bild-Tonträger eine Rolle.

Im Regelfall des bloßen Schriftprotokolls erfolgt die Auswahlentscheidung zwischen den verschiedenen Protokollierungstechniken ohne Regelungsvorgaben, durch die individuelle Entscheidung der Richterperson. Die Aussagen werden dann abhängig von der individuell und situativ unterschiedlichen Entscheidung der jeweiligen Richterperson mit deren Worten, teilweise auch unter Verwendung der Ausdrücke der Aussageperson von der Richterperson diktiert. Mal mit Zusatz „Auf Frage“ oder „ Auf Frage von Richter/Verteidiger…“ und nur selten unter Anführung der gesamten Frage. Die Vorgabe der RiStBV findet je nach Richterperson mehr oder weniger Beachtung.
Ein eigenes Diktat durch den Beschuldigten oder Zeugen erfolgt so gut wie nie.

Eine vollständige Tonaufzeichnung von den gesamten Fragen und Aussagen einer Vernehmung erfolgt selten.

Entsprechend unterschiedlich ist im Ergebnis die Detailgenauigkeit der Wiedergabe der Bekundungen der vernommenen Person in den richterlichen Protokollen.

Die Qualitätseinschätzung dieser Art von Aussagedokumentation führt zur Annahme einer grundsätzlich genauen Wiedergabe der inhaltlichen Kernaussagen der vernommenen Person. Zweifel sind aber begründet, wenn es auf Aussagenuancen, Mimik, Gestik oder Sprachgestaltung ankommt, die durch diese richterlichen Protokolle kaum entsprechend den Bekundungen der Aussageperson im Protokoll wiedergegeben werden.
Auch die „Glättung“ von Aussagen erfolgt.

Die praktische Bedeutung der Genehmigungserklärungen durch die Aussageperson in den Protokollen ist höchst unterschiedlich. Im Falle der Beteiligung eines Verteidigers kommt einer Genehmigung überwiegend eine erhebliche Richtigkeitsgarantie zu. Bei Vernehmungen ohne Verteidiger ist die Aussagekraft dieser Genehmigungserklärungen je nach Interessenlage und Persönlichkeit der Aussageperson höchst unterschiedlich. Vielfältig erfolgt eine Genehmigung durch Unterschrift des schriftlichen Protokolls oder der Tonbandaufzeichnung unter Verzicht des nochmaligen Abspielens durch die vernommene Person, ohne dass sie die Richtigkeit der Dokumentation zuvor ernsthaft geprüft hat. Ursächlich sind hierfür das Interesse der vernommenen Personen den mit einer Kontrolle des Protokolls verbundenen Zeitaufwand einzusparen, ein fehlendes Problembewusstsein bezüglich der Bedeutung fehlerhaft protokollierter Angaben, wie auch ein mangelndes Selbstbewusstsein durch eine Berichtigung des Protokolls mittelbar Kritik an der richterlichen Vernehmungsperson auszudrücken.

Die gesetzeskonforme Umsetzung der Aufbewahrungspflicht von vorläufigen Aufzeichnungen in Form von Kurzschriften oder Tonträger bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens gemäß § 168 a Abs. 2 StPO, erscheint uns fraglich. Während in der Vergangenheit der Tonbandaufzeichnungen die Aufbewahrung aufgrund der fehlenden Praktikabilität und der fehlenden Kenntnis von dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens beim Aufbewahren eingeschränkt war, bietet die jetzige digitale zentrale Datensoftware nur unzureichende Möglichkeiten der Absicherung dieser Aufbewahrungspflicht.

2.) Die gesetzliche Regelung für **staatsanwaltliche Untersuchungshandlungen** d.h. u.a. der Vernehmung der Beschuldigten oder Zeugen ist in § 168 b StPO erfolgt. Nur noch als bloße Sollvorschrift wird dort in § 168 b Abs. 2 bestimmt, dass über Vernehmungen der Beschuldigten und Zeugen Protokolle nach den §§ 168 und 168a aufgenommen werden, soweit dies ohne erhebliche Verzögerung der Ermittlungen geschehen kann.
Allgemein wird davon ausgegangen, dass aber die Einhaltung dieser Sollvorschrift die Regel ist (vgl. KMR-Plöd Rd.3 zu § 168b). Die Nichtbeachtung dieser Sollvorschrift wäre aber infolge eines fehlenden Verwertungsverbotes und der einzigen Beanstandungsmöglichkeit im Rahmen der Dienstaufsicht für das Ermittlungsverfahren folgenlos.

Durch die im Übrigen erfolgte Bezugnahme auf die §§ 168, 168 a StPO wird bestimmt, dass sowohl die §§ 58a und 168e StPO entsprechend anzuwenden sind und dass Protokoll nach dem “Muster“ der richterlichen Niederschrift hergestellt werden soll. Dabei kann der ver-

nehmende Staatsanwalt wie der Richter eigenständig entscheiden, ob er einen Urkundsbeamten hinzuziehen oder die Dokumentation selbst vornehmen will. Er trifft auch eigenständig die Entscheidung über eine vorläufige oder endgültige Aufzeichnung und über den Einsatz von technischen Hilfsmitteln insbesondere von Tonaufnahmegeräten gemäß den Vorgaben, die bereits für Richterpersonen dargelegt wurden.

Gemäß unserer Erfahrung finden staatsanwaltliche Vernehmungen in der einfachen und mittleren Kriminalität so gut wie nie statt. Videovernehmungen durch Staatsanwälte sind nicht bekannt. Im Übrigen gelten für die staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen im Wesentlichen die Ausführungen, wie für richterliche Vernehmungen.

3.) Ausdrückliche gesetzliche Regelungen für die Protokollierung **polizeilicher Vernehmungen** von Beschuldigten oder Zeugen im Strafermittlungsverfahren bestehen nicht. Nach übereinstimmender Auffassung sind aber die für die Staatsanwaltschaft geltenden Vorschriften des §168 b Abs. 2 i.V.m § 168, 168 a StPO auf polizeiliche Vernehmungen entsprechend anzuwenden(BGH NStZ 1997, 611 und Meyer-Goßner Rd. 3 § 168b StPO). Entsprechendes ergibt sich für § 58a StPO, dem die Qualität einer Richtlinie für die Polizei zugeschrieben wird (Meyer-Goßner Rd.2 zu §58a).

Allgemeine innerbehördlicher Richtlinien oder gar bindende Vorgaben die Polizeibeamten bei ihrer Auswahl der jeweiligen Dokumentationstechnik und Befragungsgestaltung zu beachten hätten, sind abgesehen von den bereits dokumentierten gesetzlichen Regelungen und der RiStBV nicht bekannt.
Rein faktisch erfolgt eine gewisse Steuerung der Vernehmungen aber durch die jeweilige polizeiliche Software und den darin vorgegeben „Bearbeitungsmarken“, die ein Polizeibeamter bei der EDV-Erfassung der Aussagen abzuarbeiten hat.
Spezielle polizeiinterne Vorgaben für die Durchführung oder Dokumentation von Vernehmungen der Zeugen oder Beschuldigten bestehen lediglich für bestimmte Deliktsgruppen, z.B. in Form von „Leitlinien für die polizeiliche Bearbeitung von Sexualdelikten“(vgl. z.B. Leitlinie für die polizeiliche Bearbeitung von Sexualdelikten in Schleswig Holstein - Handlungsanleitung-, LKA Schleswig-Holstein vom 8.9.2010 (Leitlinie-SH)).

Die Entscheidungen bezüglich der Auswahl der formalen Gestaltung der Vernehmung und deren inhaltlichen Gestaltung erfolgen im Übrigen grundsätzlich je nach kriminalistische Erfahrung und Überzeugung durch die Vernehmungsperson. Nur in eher Einzelfällen erfolgen diesbezügliche Vorgaben durch die Staatsanwaltschaft.

Gemäß unserer Erfahrung gibt es eine in den Formen und Qualitäten sehr große Vielfalt bei der Art der polizeilichen Dokumentation von Bekundungen von Zeugen oder Beschuldigten. Diese ergeben sich bereits durch die unterschiedlichen Formen des Bekundungszusammenhanges. Im Bereich der Polizei gibt es neben der formellen Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten auch Dokumentationen von „Zufallsäußerungen“, von informellen Befragun-

gen, von Gesprächen vor oder nach formellen Befragungen, von Telefonäußerungen, von Internetkontakten sowohl von Befragungen und Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten und ehemaligen Beschuldigten, sowie von anonym bleibenden Personen. Dokumentiert werden diese „Vernehmungsarten“ in den Ermittlungsakten als Vermerke, Anzeigen oder Berichte. Dabei werden mal Bekundungen wiedergegeben, die einzelnen Personen zu zuordnen sind. Teilweise werden aber auch Bekundungen mehrerer Personen zusammengefasst dokumentiert, sodass eine Zuordnung dieser Bekundungen zu einzelnen Personen vom Leser nicht erfolgen kann. Auch werden von den Autoren dieser Vermerke und Berichte häufig Erkenntnisse wiedergegeben, die sie nicht unmittelbar selbst erfahren haben, sondern von Kollegen berichtet bekommen haben, ohne dass die vermerkt wird.
Trotz späterer erläuternder Aussagen der Polizeibeamten in der Hauptverhandlung bleibt der Aussagewert derartiger Vermerke, Anzeigen und Berichte höchst zweifelhaft.

Es gibt weiter Polizeivermerke über „Tagebuchaufzeichnungen“ der Beamten von Befragungen, die teils auch erst Tage nach der Befragung erstellt werden. Hierbei werden die „Tagebuchaufzeichnungen“ der Polizeibeamte aber nicht zur Akte genommen und nicht als vorläufige Aufzeichnung im Sinne von § 168 a StPO verstanden.

Formelle Aussagen werden sowohl von den Polizeibeamten niedergeschrieben als auch auf Tonträger diktiert und sodann übertragen. Hierbei, wie auch bei allen anderen Dokumentationsformen hängt es von der jeweiligen Vernehmungsperson ab, inwieweit die Bekundungen der Aussageperson und deren Wortwahl sich im Protokoll zusammen gefasst oder wörtlich wieder finden. Gleiches gilt für die Entscheidungen inwieweit Fragen an die Vernehmungsperson, Fragen mit Vorhalten aus dem Wissen der Beamten oder vorgehaltene Aussagen anderer Personen wörtlich, inhaltlich oder überhaupt nicht im Protokoll wiedergegeben werden. In deutlich geringer Anzahl werden formelle Aussagen vollständig auf Tonträger oder auf Bild-Tonträger aufgezeichnet. Zu beobachten ist, dass bei der Kriminalpolizei die vollständige Aufzeichnung auf Tonträger von Vernehmungen in den letzten Jahren deutlich zugenommen hat und insbesondere bei schwersten Tatvorwürfen häufiger erfolgt. In der leichten und mittelschweren Kriminalität bis hin zu Raubtaten, insbesondere dann wenn die Ermittlungen zunächst nicht von der Kriminalpolizei begonnen wurde finden sich häufig nur schriftlich dokumentierte Aussagen bzw. Aussagedokumentationen in Vermerkform.

Bezüglich der Einschränkungen der Aussagekraft der Protokollgenehmigungen gelten im Wesentlichen die Ausführungen, wie bei den richterlichen Vernehmungen.
Innerhalb der Polizei selbst werden Genehmigungsklauseln und deren Aussagewert dagegen in der Regel als tauglich eingestuft. Bei der Einführung von polizeilichen Zeugenvernehmungen in die Hauptverhandlung durch Vorhalt an den Zeugen ist in der Praxis aber nicht selten festzustellen, dass die dokumentierten Bekundungen von den Vernommenen als unzutreffend eingestuft werden. Dies gilt sowohl für Aussagen die unter dem Zusatz „gelesen und genehmigt“ unterschrieben wurden, wie auch für Aussagen, die auf Tonträger von den Polizeibeamten diktiert wurden und bei denen auf ein erneutes Vorspielen nach Genehmigung verzichtet wurde.

B. Die Möglichkeiten der Einführung in die Hauptverhandlung von Aussagen der Zeugen und Beschuldigten unterscheiden sich zurzeit nach Art der Vernehmungsperson und Art ihrer Dokumentation

1.) Schriftliche Protokolle der Vernehmungen von Zeugen und Mitbeschuldigten, durch Richter, Polizei oder Staatsanwaltschaft können unter den als bekannt unterstellten unterschiedlichen Voraussetzungen der §§251 und 253 StPO unter Beachtung der §§ 252 und 255 StPO verlesen werden. Darüber hinaus können richterliche Beschuldigtenvernehmungen, soweit sie schriftlich dokumentiert wurden, gemäß § 254 StPO zwecks Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden.

2.) Gemäß § 255 a Abs. 2 StPO können **Bild-Tonaufzeichnungen von Zeugen** unter 18 Jahren in bestimmten Verfahren abgespielt werden, wenn der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an dieser dokumentierten Aussage mitzuwirken.
Alle übrigen auf Bild-Tonaufzeichnungen dokumentierten Vernehmungen von Zeugen oder Mitbeschuldigten dürfen gem. § 255a Abs.1 StPO, wie die entsprechend schriftlich niedergelegten Vernehmungen, gem. den unterschiedlichen Voraussetzungen der §§ 251 und 253 unter Beachtung der §§ 252 und 255 abgespielt werden.
Bei Bild-Tonaufzeichnungen von Beschuldigtenvernehmungen ist dies aber gemäß § 255 a Abs. 1 noch unzulässig.

3) Weiter können **dokumentierte Vernehmungen** auch **über die Form der Vorhaltung** an aussagewillige Zeugen und Angeklagte in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Dies kann gem. §253 StPO aus polizeilichen oder richterlichen Vernehmungen, die man selbst oder andere getätigt haben, erfolgen. Verwertbar sind dabei nur die daraufhin erfolgten Bekundungen der vernommenen Zeugen und Beschuldigten und nicht die vorgehaltenen Aussagen selbst(Meyer-Goßner §253 Rn. 14).
Zudem kann, sollte ein Fall des § 252 StPO vorliegen und ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Aussagerecht Gebrauch machen, dessen richterliche Zeugenaussage durch Vernehmung des mitwirkenden Richters über den Inhalt der Aussage in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

Unserer Einschätzung nach erfolgt die Einführung der schriftlich dokumentierten Vernehmungen gesetzeskonform und inhaltlich ergiebig. Die so eingeführten Vernehmungen sind weit überwiegend Verschriftlichungen der Vernehmungen, nur in bestimmten Verfahren wegen sexueller Tatvorwürfe auch Bild-Tontechnik dokumentierte Vernehmungen.
Praktisch problematisch ist in Fällen der einfachen Kriminalität häufig der Umstand, dass bei Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft eine Verlesung einer polizeilichen Zeugenaussage nicht möglich ist, da der Angeklagte keinen Verteidiger hat und selbst gemäß § 251 Abs. 1 StPO nicht eine einvernehmliche Verlesung veranlassen kann. Gerade in einfachen Strafsachen scheitert deshalb eine zügige Verfahrenserledigung, wenn geladene Zeugen grundlos nicht erscheinen. Dabei sind deren polizeiliche Aussagen zwischen dem Angeklagten, der Staatsanwaltschaft und dem Gericht oft unstreitig und könnten einvernehmlich

verlesen werden, wenn dies § 251 StPO auch ohne Zuziehung eines Verteidigers erlauben würde. Das Fehlen dieser Möglichkeit zwingt die Beteiligten zu Fortsetzungsterminen, mit dem damit verbundenen Aufwand an Kosten und Zeit.

Für sich betrachtet erscheint auch die mögliche Form der Einführung von Vernehmungen und anderen Aktenteilen über einen Vorhalt(vgl. 3.) als wenig problematisch. Bedenkenswert ist aber, dass bei Vernehmungen von Polizeibeamten als Zeugen auch die verschiedensten Formen von Vermerken, Berichten und Strafanzeigen der Polizeibeamten eine erhebliche praktische Bedeutung trotz der aufgezeigten Mängel haben. Es ist nämlich gängige und in der Rechtsprechung anerkannte Praxis, dass sich Polizeibeamte vor ihrer gerichtlichen Vernehmung anhand ihrer Unterlagen auf ihre Vernehmung vorbereiten. Mithin nehmen sie etwaige Vermerke, Berichte, Anzeigen oder Vernehmungen, die sie durchgeführt haben, vorbereitend zur Kenntnis. Unter Berücksichtigung der alltäglich meist in großer Anzahl ähnlich erfolgten Arbeit von Polizeibeamten kommt dieser verständlichen Vorbereitung nach unserer Einschätzung eine weit höhere Bedeutung als die eigentliche Erinnerungsleistung der Zeugen zu. Mithin wird in den Vernehmungen der Polizeibeamten in der Hauptverhandlung weniger deren Erinnerungen an ehemalige Geschehnisse als der in den Akten befindliche von ihnen vor Zeiten selbst erstellten Inhalt wiedergegeben. Damit werden unzureichend dokumentierte Vernehmungen und Befragungen über diversen Formen von Vermerken, Berichten, Anzeigen und Befragungen verwertbar in die Hauptverhandlung eingeführt und haben dabei bei der Urteilsfindung eine nicht zu unterschätzende tatsächliche Wirkung.

Die Möglichkeit der Vorhaltung bedingt auch eine erhebliche Einschränkung des an sich gewünschten Unmittelbarkeitsprinzips. Wenn Zeugen nachvollziehbar durch Zeitablauf sich gemäß § 253 StPO nicht mehr an eine Tatsache erinnern, so erfolgt der Vorhalt der in verschiedensten Formen dokumentierten alten Bekundungen. Nicht selten ist es dabei der Fall, dass es dann vom Zeugen heißt: „Damals habe ich das schon richtig angegeben“. Selbiges gilt in den Fällen, in denen zu den Aussagen in der Hauptverhandlung abweichende Vernehmungsprotokolle vorgehalten werden.
Dies verdeutlicht die Notwendigkeit, möglichst aussagekräftige Vernehmungsdokumentationen bei den Erstvernehmungen herzustellen.

C. Zu berücksichtigende Einflussfaktoren auf den Wahrheitsgehalt von dokumentierten Aussagen sowohl von Zeugen als auch von Beschuldigten

Hierzu gehören zunächst die Faktoren, die allgemein Zeugenbekundungen in ihrer Qualität mindern können. Um ihre eventuelle zusätzliche unterschiedliche Bedeutung für unterschiedlich dokumentierte Aussagen abschätzen zu können, sind sie unter 1.-3. stichwortartig mit aufgeführt:

1.) Mängel beim Zeugen/Beschuldigten:
Wahrnehmungsfehler, Einschränkung der Wahrnehmungsfähigkeit, Wahrnehmungsverfälschung, Erinnerungsfehler, Wiedergabefehler, Missverständnisse, Einschränkungen der

akuten Aussagefähigkeit, Lüge (vgl. dazu im Einzelnen Bender/Nack/Treuer „Tatsachenfeststellung vor Gericht“ - 4. Auflage 2014 bearbeitet von Hecker Schwarz Treuer - S.4-118).

2.) Mängel bei der Vernehmungsperson:
Wahrnehmungsfehler, Wahrnehmungsverfälschung, Erinnerungsfehler, Wiedergabefehler, Missverständnisse, Lüge.

3.) Mängel durch die Vernehmungsperson:
Beeinflussende Fragestellungen, beeinflussende Vorhaltungen, beeinflussende Aussageumstände und unerlaubte Vernehmungsmethoden, sowie
zusätzlich bei der Dokumentation: Schreib/Diktierfehler, verdeckte beeinflussende Fragestellungen, Veränderung der Wortwahl der Aussageperson durch die Verwendung der eigenen Ausdrucksweise.

4.)Zusätzlich zu diesen allgemeinen Aspekten sind folgende besondere mit den jeweiligen Dokumentationsformen verbundene mögliche Einflussfaktoren bei Vernehmungen zu bedenken:
4a.) Einflussfaktoren bei “Real“- Dokumentationen von Aussagen durch Bild-Tonträger
Die Frage, welche aussagepsychologische Wirkung von einer Videoaufnahme auf den Aussagegehalt, insbesondere auf den Wahrheitsgehalt und die Richtigkeit der bekundeten Angaben ausgeht, ist sicher zu problematisieren. Dieser Aspekt birgt aber keine Gründe für ein Ablassen von diesem Vorhaben, da die Einflüsse durch die Aufzeichnung transparent bleiben und denkbare Aspekte wie Einschüchterung und Unsicherheit vor der Kamera, keine erhebliche Verschlechterung des Wahrheits-oder Richtigkeitsgehaltes der Aussage gerade im Vergleich zu anderen Aussagesituationen erwarten lassen.
Die Überlegung, durch Videoaufzeichnungen von Vernehmungen könnten zusätzliche Hemmungen entstehen (vgl. Arntzen ZRP 1995, 241; so auch Diemer NJW 1999, 1667), erscheint zwar plausibel, wurde aber gerade von Arntzen nur auf kindliche Zeugen bezogen festgestellt. Ob diese Hemmungen die Aussagequalität aber stärker beeinträchtigen, als die Bedingungen einer Aussage im Gericht oder die Fehler anderer Aussagedokumentationen ist zumindest sehr fraglich. Zudem ist zu bedenken, dass eine aussagenpsychologische relevante Beeinflussung von Zeuge oder Beschuldigten jeder Dokumentationstechnik inne liegt und immer vorhanden sein wird. Sei es bei einer verschriftlichten Aussage, der Tonaufzeichnung oder der Bild-Tonaufzeichnung. Nur bei Bild-Tonaufzeichnungen sind sie weitestgehend erkennbar.

Unsere Einschätzung ist dabei, dass bei einer Verwendung der technischen Dokumentation die Aussageverfälschung deutlich geringer sein wird, als bei anderen Dokumentationsformen. Allein die nicht erforderliche Auswahl des diktierten/geschrieben Aussageinhaltes durch den Vernehmenden, spricht für eine deutlich verringerte Beeinflussung des Vernommenen und der Dokumentation seiner Aussage durch die Vernehmungsperson.
Zu bedenken ist bei den notwendigen Vorgaben für Bild-Tonaufzeichnungen, dass eine unsachgemäß durchgeführte Videovernehmung für den Beschuldigten ein Risiko birgt. So deu-

ten laut Bender/Nack/Treuer(a.a.o.Rn. 1530) Studien US-amerikanischer Forscher auf eine erhebliche Suggestivgefahr des Kamerawinkels hin. Die Kameraeinstellung scheint maßgebliche Bedeutung für die Beurteilung zu haben, ob ein falsches Geständnis vom späteren Betrachter als freiwillig oder Unterdruck oder Täuschung herbeigeführt eingeschätzt wird.

Bezüglich der Einwände unter den Aspekten des „Recht am eigenen Bildes“ und des „Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht eines Zeugen“ ist entgegen zu halten, dass jede Dokumentation einer Vernehmung und jede Aussage im Gerichtssaal diesbezügliche Einschränkungen mit sich bringen. Selbst von Polizeibeamten wird deren „Verletzung am eigenen Bild“ und „von eigen Persönlichkeitsrechten“ eher als unproblematisch eingestuft.
Risiken des Missbrauchs sind durch geeignete Umgangsregeln mit den Bildträgern zu minimieren. Sie begründen aber keine durchgreifenden Einwände gegen die Einführung der Bild-Tondokumentation. Zu bedenken ist auch, dass im Vergleich zwischen einer authentischen Dokumentation durch Videoaufzeichnung und einer verfälschten schriftlichen Aufzeichnung einer Vernehmung die korrekte und umfassende Wiedergabe der Videoaufnahme deutlich weniger persönlichkeitseinschränkend erscheint. Zudem ist zu bedenken, dass eine Videovernehmung erfahrungsgemäß weit häufiger zur Vermeidung von wiederholten Vernehmungen bei der Polizei, in der Hauptverhandlung und in Rechtsmittel-instanzen führt und damit die Beeinträchtigung der Zeugen stärker minimiert als andere Dokumentationsformen.

4b.) Einflussfaktoren bei “Teil real“- Dokumentationen von Aussagen durch Tonträger

Ohne die bildliche Darstellungen können auf Tonträger aufgezeichnete Aussagen die in Ergänzung oder statt einer Äußerung erfolgten mimischen Ausdrucksweisen nicht unmittelbar erfassen (z.B. leichtes refelexhaftes Nicken, Augenzucken, Lächeln etc.). Zwar werden sie teilweise durch Zusatzvermerke der Vernehmungsbeamten gesichert, doch gehen insbesondere Kleinstreaktionen, die häufig unbewusst erfolgen, verloren weil sie nicht auf Tonband aufzuzeichnen sind und nicht dokumentiert werden. Auch können optische Einwirkungen durch Vernehmungsbeamten oder zusätzlich die Vernehmung beeinflussenden Personen nicht dokumentiert und ausgeschlossen werden.
Sollten Tonaufzeichnungen nur in schriftlicher Form Aktenbestandteil werden, so gingen dadurch zusätzliche Erkenntnismöglichkeiten aufgrund der Bewertung von Tonlagen, Sprachgeschwindigkeit und Sprachverhalten verloren.
Wie bei allen Aufzeichnungen ist einem Missbrauch der Tonaufzeichnung durch geeignete Umgang- und Verwahrreglungen zu begegnen.

4c.) Mängel durch einen reduzierten Dokumentationsumfang

Soweit eine Aussagedokumentation nicht den gesamten inhaltlichen Ablauf der Zeugen- oder Beschuldigtenaussage per Bild-Tonträger oder Tonträger bzw. deren vollständigen Abschrift umfasst, enthält jede Dokumentation eine Reduzierung gegenüber dem tatsächlichen Aussageinhalt. Diese auch verfälschend wirkende Reduzierung steigert sich, wenn bei niedergeschriebenen Aussagen auf die Wiedergabe der wörtlichen Fragen und Antworten ver-

zichtet wird. Stärker verfälschend wirkt zudem, wenn nur von der Vernehmungsperson formulierte Ergebnisinhalte als Aussage festgehalten wird.
Die noch stärkere Reduzierung der Aussagedokumentation erfolgt bei zusammenfassenden Vermerken über Aussagen, zumal wenn die zusammengefasst von mehreren Personen erfolgt, die gleich vor Ort vernommen wurden, wie es anlässlich von Schlägereien häufig geschieht. Offenkundig sind hierbei erhebliche verfälschende Mängeln durch die Verkürzung der jeweiligen Aussage (vgl. hierzu entsprechend Bender/Nack/Treuer Rn. 1045ff).

Zudem sind weitere erhebliche Mängel bei reduziert dokumentierten Aussagen möglich:
aa) Mängel entstehen bei der subjektiven Auswahl des Aussageinhalts durch die Vernehmungsperson. Die bei einer Kürzung des Aussageinhaltes notwendige Auswahl hat auch immer eine verfälschende Wirkung, deren Umfang später nicht mehr ermittelt werden kann. Diese Verfälschung kann zudem je nach Vernehmungsperson und Reduzierung der Aussage unterschiedlich intensiv ausfallen. Unter Berücksichtigung der eingeschränkten praktischen Aussagekraft der Genehmigungen von Aussagen ermöglicht dieser Auswahlvorgang eine unbewusste Verfälschung einer Aussage, wenn die Vernehmungsperson vor dem gedanklichen Hintergrund des eigenen Wissens als Ermittlungsbeamter und einem dementsprechend ausgeprägtem Verwertungsinteresse vorgeht. Ein vom Beamter verfolgter Subsumtionsgedanke unter einschlägige Strafvorschriften, der Wunsch, glatte widerspruchsfreie „Geschichten“ nieder zu schreiben, der Auftrag, bestimmte Ermittlungsansätze abzuklären, oder Gespräche, bei denen die Vernehmungsperson die Worte und deren rechtlichen Bedeutung anders als die Aussageperson versteht, können unbewusst die Aussage verfälschen.
Problematisch an diesen Fehlerquellen ist ihre Intransparenz und daraus resultierend die Schwierigkeit sie später aufzuklären. Dies führt zu zeitlich aufwendigen Aufklärungsversuchen in der Hauptverhandlung, mit geringen Erfolgsmöglichkeiten, da mit scheinbarer Logik auf die verschriftlichte und genehmigte Vernehmungsniederschrift Bezug genommen wird.

bb) Auch die **Gefahr einer bewusst verfälschenden Auswahlentscheidung** durch die Vernehmungsperson besteht. Nicht zu Unrecht verweist die Leitlinie für die polizeiliche Bearbeitung von Sexualdelikten in Schleswig Holstein darauf, dass durch die Video-Tonbanddokumentation Vorwürfen der ungesetzlichen Beeinflussung des Beschuldigten durch die Polizei der Boden entzogen werden soll(Leitlinie-SH S.17).
Gerade die Möglichkeit einer solchen Verfälschung bedingt gleichfalls häufig umfassende zusätzliche Abklärungen einzelner Aussagen durch eine umfassende Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung.

cc) Bei der Reduzierung einer Aussage erfolgt stets die **Abrundung/Glättung der Gesamtaussage**. Ein Verlust an Wiedergabe von möglichen Widersprüchen oder Abweichungen in den Bekundungen der Aussageperson wird hierbei erfolgen. Auch die Entwicklung von verschiedenen Angaben des Zeugen zu denselben Inhalten wird häufig nicht dokumentiert und geht dann verloren, obwohl dieses Aussageverhalten wichtigen Aufschluss über die Glaubwürdigkeit der Aussageperson und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage bieten kann.

In seiner umfassenden Dissertation hat auch Werner Leitner (Videotechnik im Strafverfahren, München 2012) zum reduzierten schriftlichen Vernehmungsprotokoll unverändert gültig ausgeführt:
„Bis heute werden Vernehmungen vornehmlich in den Worten der Vernehmungsperson niedergelegt. Nicht nur die Strafprozessordnung, sondern vor allem ihre praktische Handhabung basiert damit noch immer auf den Konservierung- und Erinnerungstechniken des 19. Jahrhunderts. Dabei ist die Fehleranfälligkeit von verschrifteten Protokollen seit langem erforscht und bei weitem kein forensisches Geheimnis mehr. Kommunikationswissenschaftler und Praktiker beklagen seit Jahrzehnten Phänomene wie Inertia-Effekt, Pygmalion-Effekt und grundsätzliche Fehlerquellen einer schriftlichen Protokollierung“ (S. 101 m.w.Nachw.). Er weist auch zu Recht auf die Ergebnisse der älteren aus dem Jahre 1977 stammenden Untersuchung zu polizeilichen Vernehmungen von Jürgen Banscherus hin. Dieser kam bei einer empirischen Untersuchung aus kommunikationswissenschaftlicher Sicht zu dem Ergebnis, dass ein Vergleich zwischen Vernehmungsgespräch und Protokoll eine erhebliche Zahl von Protokollierungsfehlern aufzeigte, wobei sich die Fehler sowohl auf den Tathergang, auf Beziehungsaspekten als auch auf die richtige zeitliche und logische Wiedergabe der Aussagen bezogen(vgl. Banscherus S. 258-260). Leitner beschreibt zutreffend, die für die Praxis nicht überraschende große Fehleranfälligkeit, durch unrichtige Wiedergabe von Vernehmungsinhalten, bewusste Manipulationen, unbewusste Übermittlungsfehlern, Missverständnisse, lückenhafte Wahrnehmung und durch die Verwendung von Vernehmungstechniken, die unbewusst zu falschen Aussagen führen(Leinter S.101).

Diese kritische Betrachtung ist gemäß **unseren Erfahrungen** unverändert angezeigt.

D.) Bedenken die gegen eine Veränderung sprechen

1.) Kosten

Die Einführung neuer Bild-Tondokumentationstechniken verursacht Anschaffungskosten an Hard- und Software an den Vernehmungsorten und in den Gerichten, Kosten für die Ausstattung und Erstellung neuer Vernehmungsräume, Kosten für die Bild-Tonträger samt deren Verwaltung sowie Kosten für zusätzliche Techniker und evtl. auch Schreibkräften. Ihnen stehen aber erhebliche Kostenersparnisse durch Aufklärungsersparnis im Ermittlungsverfahren und insbesondere in der Hauptverhandlung gegenüber. Teils würden Kosten bei den Gerichten durch die anstehende Einführung der elektronischen Akten sowieso anfallen.

Dem Kostenaufwand steht aber auch eine erhebliche Qualitätssteigerung des Ermittlungsverfahrens gegenüber. Schließlich sollte die Chance bessere und gerechtere Urteile zu fällen nicht dadurch versäumt werden, dass dies nur durch Mehrkosten zu erreichen ist (so auch Bender/Nack/Treuer u.a. a.a.O. Rn. 1062). Zu bedenken ist weiter, dass derzeit allerorten Kosten für moderne Ton- und Videoeinsätze auf sich genommen werden, um „Ermittlungserfolge“ zu optimieren (Vgl. z.B U-Bahn/Bus Überwachungen und polizeiliche Schulterkameras). Es wäre insoweit nicht erklärlich warum derartige Kosten für den „zeitgemäßen“

Rechtsstaat angemessen sein sollten, nicht aber Kosten für eine Ablösung der „Kurzschrift“ durch eine angemessene und Bild-Tontechnik zur effektiveren Strafverfolgung.

Zu bedenken sind weiter Entlastungwirkungen bei den ermittelnden Polizeibeamten, die durch die Vermeidung ihrer Befragungen in Hauptverhandlungen und Befreiung von eigener Schreibleistung ihren eigentlichen Ermittlung- und Strafverfolgungsaufgaben in größerem Maße nachkommen können. Die Polizei wäre erheblich entlastet. Nach Schätzungen von Polizeipraktikern entfällt ca. 80 % der Ermittlungsarbeit aufzunehmen und man darf annehmen, dass die Niederschrift davon etwa die Hälfte ausmacht (So Bender/Nack/Treuer Rn. 1526).

Die befürchteten Kostensteigerungen können zudem durch sinnvolle einschränkende Regelungen der Verschriftlichung von Aussagen eingegrenzt werden. So sollten im Ermittlungsverfahren zusammenfassende Ergebnisvermerke über Vernehmungen ohne vollständige Verschriftlichungen der Aussagen zunächst ausreichen. Dies zumal eine wörtliche Verschriftlichung von Bild-Tonträgern mit ihren abgebrochenen Sätzen, Wiederholungen und Fülllauten wie „Ähh“ auch nicht leicht lesbar ist.

Zu bedenken ist auch eine Qualitätssteigerung des Rechtsstaats durch die Befreiung der Polizei von Vorwürfen einer fehlerhaften, teilweise manipulativen, beeinflussenden oder gar unerlaubten Vernehmungsmethodik. Beispielsweise berichten Bender/Nack/Treuer, dass in der Polizeipraxis erhebliche Unterschiede zwischen Gesetz und Wirklichkeit bestehen. So seien bei einer Untersuchung nur bei 9 von 100 Vernehmungen der Beschuldigte gesetzeskonform belehrt worden (vgl. a.a.O. Rn. 1088).

Notfalls könnte die Kostenproblematik sich auch dadurch angemessen bewältigen lassen, dass eine stufenweise Einführung der neuen verbindlichen Dokumentationspflichten in folgender Form erfolgt:

- Stufe 1: Bild-Tonträgerdokumentation aller Vernehmungen bei Gericht und Staatsanwaltschaft sowie bei allen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren zu Verbrechensvorwürfen.

- Stufe 2: Die umfassende Einführung.

2.) Vorbehalte oder Widerstände bei der Polizei gegen eine erweiterte Bild-Tondokumentation

Soweit vereinzelt von Vorbehalten oder Widerständen bei der Polizei berichtet wird, ergibt sich kein einheitliches Bild. Sichere empirische Grundlagen bestehen dazu nicht.
Soweit Bedenken bezüglich einer Verlängerung der Dauer einer Vernehmung bei Bild-Tondokumentation erhoben werden, resultieren diese Einschätzungen überwiegend auf den Erfahrungen von den jetzigen Bild-Tondokumentierten Vernehmungen. Diese beziehen sich aber insgesamt auf Zeugen- und Beschuldigtenbefragungen von Kindern oder Sexualopfern,

deren Befragungen aber wegen des Tatvorwurfes und der besonderen Zeugenperson und nicht wegen der Dokumentationsform stets sehr umfangreich sind. Bemerkenswert sind dabei Einschätzungen, dass gerade Polizeibeamte mit eigener Erfahrung im Bereich der Videovernehmung von Kindern oder Sexualopfer als Zeugen, deutlich für die Ausdehnung von Bild-Tondokumentation von Aussagen eintreten.

Bedenken werden weiter bezüglich des erheblich erweiterten Aktenumfanges und des Arbeitsmehraufwandes im Bereich der Polizei erhoben, wobei aber davon ausgegangen wird, dass auch zukünftig sämtliche Bild-Tondokumentationen von Aussagen verschriftlicht werden müssen. Die befürchtete Mehrbelastung resultiert hauptsächlich aus der Erwartung gesteigerter Schreibleistungen bei der Polizei. Dieser Einwand wie auch die Befürchtung, die Verfahrensbeteiligten (neben der Polizei auch der Staatsanwalt bei der Prüfung der von der Polizei vorgelegten Unterlagen) müssten dann viele Videoaufzeichnungen ansehen, kann mit den überzeugenden Argumenten von Bender/Nack/Treuer(vgl. dort Rn. 1529) ausgeräumt werden. Zum einen könnte man eine kurze Inhaltsangabe (mit einem Verweis auf die Fundstelle) schriftlich niederlegen, so dass der Zugriff schnell erfolgen kann, wie dies bei der Zusammenfassung von überwachten Telefongesprächen heute üblich ist. Zum anderen könnte man zudem die relevanten Passagen in den digitalen Aufnahmen mit einer Sprungmarke versehen, ohne dass die Überprüfbarkeit der „Relevanz“ dieser Stellen verloren geht.

E.) Gründe für eine Einführung einer Bild-Tonaufzeichnung von Vernehmungen

1.) Die dargelegten Mängel der reduzierten Dokumentation (vgl. C.4.c.) begründen bereits hinreichend den Veränderungsbedarf der bestehenden Regelungen für die Dokumentation von allen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren. Sie sprechen auch für die Einführung einer umfassenden Bild-Tondokumentation, die die dokumentierten Aussagen möglichst wenig reduziert.

Betrachtet man weiter die Anforderungen, die der BGH zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Angaben zu Recht aufgestellt hat, so ergibt sich, dass dazu eigentlich sehr differenzierte Qualitätsmerkmale bei den Aussagen dokumentiert sein müssten. So sieht der BGH erst das Auftreten von aussageimmanente Qualitätsmerkmalen in einer Aussage wie z. B. logische Konsistenz, quantitativer Detailreichtum, Raum-zeitliche Verknüpfungen, Schilderung ausgefallener Einzelheiten und psychischer Vorgänge, Entlastung des Beschuldigten und/oder deliktsspezifische Aussageelemente, als Hinweis auf die Glaubhaftigkeit der Aussagen (BGHSt 45,164). Die bisherigen Formen der Aussagedokumentationen unter Berücksichtigung Ihrer Fehlerquellen reichen für diesen Prüfumfang meist kaum aus.

Zu bedenken ist zudem, wie detailgenau Analysen von Aussagen sein sollten, um mit hinreichender Sicherheit Irrtümer und Lügen von wahrhaftigen und richtigen Aussagen einer Aussageperson abzugrenzen(deutlich wird dies insbesondere bei Bender/Nack/Treuer vgl. a.a.O. S.4-127). Gleicht man diese Anforderungen mit der Detailgenauigkeit und den Fehlerquellen der möglichen Aussagedokumentationen im Ermittlungsverfahren ab, so ergibt sich,

dass ausschließlich eine vollständige Tonband- oder Videoaufzeichnungen die notwendige Dokumentationsqualität haben, um Irrtümer und Lügen sachgerecht und einigermaßen verlässlich festzustellen.

2.) Die Bild-Tonaufzeichnung von Vernehmungen ermöglicht die Aufdeckung von Mängeln bei den Vernehmungen und optimiert die gerichtlichen Tatsachenfeststellungen.

Ziel der Hauptverhandlung bei der Tatsachenfeststellung ist in besonderem Maße auch die Ermittlung von verfälschenden Umständen bei Aussagen bzw. deren Ausschluss bei der gerichtlichen Tatsachenfeststellung. Nur wenn man weiß, wie polizeiliche Vernehmungsprotokolle zu Stande kommen, kann man ihren Beweiswert zutreffend beurteilen (Bender/Nack/Treuer Rn. 1541). Dies ist optimal durch Videoaufzeichnungen von Vernehmungen samt Dokumentation von etwaigen Vor- und Nachgesprächen zu den Vernehmungen möglich. Nur dadurch können im optimalen Umfang die Einflussfaktoren im Zusammenhang mit der Aussage erkannt und beurteilt werden.

Zu Recht weisen Nack/Park/Brauneisen (NStZ 2011, S.310) dazu darauf hin, dass die Art der Fragestellung und des Vorhalts stets die Antwort beeinflussen, weshalb sie im Wortlaut dokumentiert werden sollten. Ebenso weisen sie zu Recht darauf hin, dass nur, wenn die Antwort des Vernommenen in dessen eigenen Worten wiedergegeben werden, zuverlässig zu beurteilen ist, was die Auskunftsperson tatsächlich bekundet hat; was sie aus eigenem Wissen bekundet hat. Auch geht bei reduzierten schriftlichen Vernehmungen häufig unter, inwieweit die Auskunftsperson Wissen vom Hörensagen oder aus eigener Wahrnehmung berichtet.

3.) Das die gerichtliche Beweisaufnahme prägende Unmittelbarkeitsprinzip, verstanden als Gebot der Verwendung von möglichst unmittelbaren Erkenntnissen, wie auch als Gebot für die möglichst unmittelbare und umfassende Sicherung von beweiserheblichen Erkenntnissen, macht die Einführung umfassenden Bild-Tondokumentation von Vernehmung erforderlich.

Nur eine frühzeitige, umfassende, auf Bild-Tonträger gesicherte Aussage sichert die gesamte Aussageleistung. Verhindert wird eine Qualitätsminderung der Aussagen durch nachlassende Erinnerungsleistungen. Dabei ist es Aussagepsychologisch unbestritten, dass die Zeugenleistungsfähigkeit mit zunehmendem Zeitablauf abnimmt(vgl. Bender/Nack/Treuer Rdnr.122ff). Anbetracht der häufig über Monate teilweise Jahre bestehenden Abstände zwischen den Tatereignissen und einer gerichtlichen Vernehmung, ist das zeitlich bedingte Nachlassen der Erinnerungsleistung der Aussageperson ein erheblicher Verlust gegenüber einem gewünschtem unmittelbarem und vollständigem Erkenntnisgewinn im Strafverfahren.

Es ist deshalb nicht begründbar, die Möglichkeit auszulassen, mittels der Dokumentation von Aussagen auf Bild-Tonträger, diese unmittelbar und umfassend zu sichern, um das Vergessen der Zeugen zu verhindern und um dadurch die Justizgewährung erheblich zu optimieren. Diese Möglichkeit auszulassen hieße auch Freisprüche von Schuldigen durch Vergessen der Zeugen zu befördern.

Zu bedenken ist dabei, dass bei den heutigen genutzten Dokumentationsformen von Aussagen viele Zeugenbekundungen kaum dem Unmittelbarkeitserfordernis entsprechen. So ist in vielen Hauptverhandlungen auch bei uneingeschränkt glaubwürdigen Persönlichkeiten festzustellen, dass ihre Erinnerung an das Geschehen deutlich geringer ist, als sie es zur Zeit der Polizeiaussagen war. Die demzufolge sehr häufige Bekundung im Gerichtssaal, „das, was ich bei der Polizei gesagt hat ist richtig", kommt zwar *unmittelbar* von einem Zeugen, nicht aber aus seinem unmittelbaren Wissen. Dementsprechend sind viele Zeugenaussagen im Gerichtssaal inhaltlich unergiebiger, als die bloße Verlesung von vorangegangenen polizeilichen oder richterlichen Bekundungen.

4.) Die Bild-Tonaufzeichnung kann bei Zeugen teils eine Belastungsreduzierung erbringen

Von vielen Zeugen, insbesondere denen für Nebentatsachen und überschaubaren Sachverhalten, wird oft geäußert, dass man doch ihre polizeiliche Aussage verwenden solle, da man darin alles Notwendige bereits gesagt habe und heute sowieso kaum noch etwas wisse. Die Zeugen empfinden eine weitere Aussage bei Gericht als unnötige Belastung.
Da aber häufig gerade diese Aussagen sehr unzureichend dokumentiert wurden, sind selten einvernehmliche Verlesungen dieser Aussagen gem. §251 stopp möglich. Dies könnten Bild-Tonträger dokumentierte Aussagen ändern, da dabei die Aussagen vollständig und in Ihrer gesamten Entstehung für alle Verfahrensbeteiligte nachvollziehbar sind.
Ein häufigere einvernehmliche „Verlesung" dieser polizeilichen Aussagen ist zu erwarten.

5.) Entlastung der Hauptverhandlung im Übrigen

Die Frage, ob in einer Vernehmungsniederschrift der Ablauf und Inhalt der Aussage eines Zeugen bzw. der Einlassung eines Beschuldigten zutreffend wiedergegeben ist, ist in einer Vielzahl von Strafverfahren, wenn nicht in den meisten, Gegenstand aufwändiger Erörterungen zwischen den Verfahrensbeteiligten und sorgt häufig für Kontroversen (so auch Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Tontechnik", Februar 2010 –(BRAK) S.12). Diese Kontroversen führen häufig zu zeit- und kostenintensiven Befragungen der Vernehmungsbeamten und der vernommenen Personen, da unbewusste und bewusste Fehler, Beeinflussungen der Aussageperson in verschiedenster Form oder unzureichende Belehrungen vermutet werden. Deren Bestehen oder Nichtbestehen könnte ohne Zeugenvernehmungen und dem damit verbundenen großen Aufwand bei Betrachtung einer Videoaufzeichnung ohne großen Aufwand abgeklärt werden.

6.) Vermeidung von wiederholten straf-und zivilgerichtlichen Zeugenaussagen

In einfachen Strafverfahren mit geringen Schuldvorwürfen können bei einer Bild-Tondokumentation erhebliche Zeit-und Kosteneinsparungen auch im Rahmen einer möglichen Berufungsinstanz oder im zivilrechtlichen Instanzenzug erfolgen, da auch dort die Bild-

Tonträger Vernehmung statt einer erneuten Zeugenvernehmung Verwendung finden könnte. Insbesondere bei den zahlenmäßig nicht geringen Tatvorwürfen aus den Bereichen des Straßenverkehrs und der Körperverletzung kommt es häufig neben einem strafgerichtlichen auch zu einem zivilgerichtlichen Verfahren. Gerade in diesen Verfahren ist zudem zu erwarten, dass eine erhebliche Zahl von Zeugenaussagen in der Hauptverhandlung durch Abspielung von Bild-Tonträgern von früheren Vernehmungen ersetzt werden können. Viele diese Aussagen sind klar überschaubar und in ihrem Aussagegehalt einfach strukturiert, so dass auch eine einvernehmliche Übernahme in die Hauptverhandlung wahrscheinlich erscheint. Ein solcher mögliche Verzicht auf eine erneute Zeugenvernehmung würde erhebliche Einsparmöglichkeiten an Zeit bei der Justiz und an Kosten für die Verfahrensbeteiligten bewirken.

7.) Es besteht eine große Vielfalt und Einigkeit an positiven nationalen Einschätzungen einer Bild-Tonaufzeichnungen von Vernehmungen

Grundsätzlich für eine Ausweitung der Bild-Tonträgerdokumentierten Vernehmungen tritt der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer ein(vgl. BRAK a.a.O). Die Diskussionsvorschläge der Bundesrechtsanwaltskammer vom Februar 2010 zielen in die richtige Richtung und wurden zu Recht von Nack/Park/Brauneisen (NStZ 2011, S.310) begrüßt. Ebenso tritt der Arbeitskreis deutscher, österreichischer und Schweizer Strafrechtslehrer mit ihrem Alternativentwurf „Beweisaufnahme“, Goltdammers Archiv für Strafrecht 2014 Seite 1-72 wie auch bereits schon beim Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens 2001 für Ausweitung der Bild-Tondokumentation von Aussagen ein.

Im KMR(KMR-Neuberg Rn. 3 § 58 a) heißt es dazu klar: Die Aufzeichnung auf Videoband vermittelt einen unmittelbareren Eindruck von der Zeugenaussage und der Vernehmung selbst, als die Verlesung einer Niederschrift, weil sie die Worte des Zeugen, seine Mimik und Gestik und seine Betroffenheit unmittelbar wiedergibt. Ihr kommt gegenüber der Verlesung einer Niederschrift generell ein erhöhter Beweis wert zu.

Bender/Nackt/Treuer(a.a.ORn. 1528) meinen die Dokumentation der gesamten Vernehmung mittels einer Videoaufnahme würde am besten sicherstellen, dass die Vernehmung rechtlich und vernehmungstechnisch optimal durchgeführt wird. Die Vernehmung bekäme ein Element von Öffentlichkeit. Die Videoaufzeichnung wäre eine optimale Grundlage für die Bewertung der Aussagen in der Hauptverhandlung. Die Vorteile liegen auf der Hand. Bender/Nack/Treuer berichten auch von einem Pilotprojekt mit einem vollständigen Tonbandprotokoll in der Arbeitsgerichtsbarkeit Baden-Württembergs, das nach ihrer Darstellung neben einer Arbeitsersparnis und einer durchgehend positiven Resonanz für die Prozessbeteiligten, insbesondere eine verbesserte Analysefähigkeit der Zeugenaussage ergeben hat(Rn. 1069).

In der Leitlinie für die polizeiliche Bearbeitung von Sexualdelikten in Schleswig Holstein -Handlungsanleitung-, LKA Schleswig-Holstein vom 8.9.2010 heißt es: Videodokumentierte

Vernehmungen ermöglichen es allen Verfahrensbeteiligten, u.a. Vernehmungsform, -inhalt sowie Geschädigtendarstellungen und -reaktionen sowie Emotionen nachzuvollziehen(S.13). Videodokumentierte Anhörungen haben bei der Bearbeitung von Sexualstraftaten grundsätzlich eine große Bedeutung. Insbesondere wenn Kinder Opfer von Straftaten sind, hat eine solche Anhörung einen besonderen Stellenwert. Denn es werden der Entwicklungsstand des Kindes, die Art und Weise der Befragung und Äußerungen des Kindes aufgezeichnet, welche für ein Verfahren von großer Bedeutung sind(S.25). Bei der Vernehmung von Tatverdächtigen soll insbesondere bei Geständnisbereitschaft die Möglichkeit der Videovernehmung/Tonbanddokumentation mit Einverständnis des Tatverdächtigen und/oder eine richterliche Vernehmung geprüft werden. Durch die Videotonbanddokumentation wird im Übrigen Vorwürfen der ungesetzlichen Beeinflussung des Beschuldigten der Boden entzogen (S.17).

8.) Internationale Erfahrungen belegen die Machbarkeit des Einsatzes von Bild-Tondokumentationen von Zeugen und Beschuldigtenaussagen im Ermittlungsverfahren
International gibt es verschiedene Hinweise auf die positiven Erfahrungen bei der Verwendung von Videovernehmungen: In die Niederlanden dazu Professor Hans Nijboer auf der Alsberg-Tagung in Berlin vom 21-23.10.1999(vgl. NJW 2000, 2004 Tagungsbericht von Rainer Michalke).

So auch die vom Bundesministerium der Justiz beim Max-Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht erstellte vergleichende Studie „Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren“, 2002.(Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht: Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren: Eine vergleichende Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz / Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht. - Freiburg i.Br. : Max-Planck-Inst. für Ausl. und Internationales Strafrecht, 2002. - XVI, 507 S.)

Weitere Hinweise dazu bei Nack/Park/Brauneisen NStZ 2011, S.310 Rd.10 und Steinke, Videographie bei Vernehmungen. Eine vernachlässigte Dokumentationsmethode, Kriminalistik 1993,330 zu einem Projekt in Kanada.

F) Forderungen und Vorschläge zur Abstimmung für konkrete Arbeitsaufträgen zur Ausformulierung entsprechender Gesetzes- und Regelungsvorschläge

1.) Die Einführung einer verpflichtenden Bild-Tondokumentation aller Vernehmungen im Ermittlungsverfahren kann und sollte als Einzelmaßnahme zur Effektivierung der StPO zeitnah erfolgen.
Sie kann insbesondere auch ohne Änderung der jetzigen Regelungen für eine Einführung von Vernehmungen in die Hauptverhandlung erfolgen und ist nicht abhängig von einer Gesamtneuregelung der StPO.
Die Einführung einer vollständigen Ton- und später auch Bild-Tondokumentierten Verneh-

mung von Zeugen und Beschuldigten sollte zeitnah über eine Vorbereitungszeit und Übergangszeit von maximal fünf Jahren erfolgen. Die Einführung hat sowohl im Bereich der Gerichte bei richterlichen Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten wie auch bei der Staatsanwaltschaft und Polizei zu erfolgen. Entsprechend ist die Einrichtung entsprechender Räumlichkeiten und Techniken samt technischer Betreuung und sowie ein bedarfsgerechter erhöhter Bestand an Schreibkräften sicherzustellen, soweit nicht die Notwendigkeit einer Verschriftlichung der Ton und Bild-Tondokumentationen deutlich eingeschränkt wird.

Eine Beschränkung auf eine entsprechende Dokumentation besonders schwerwiegender Verfahren mag als Einstieg vertretbar sein. Dauerhaft könnten gerade auch in einfachen Strafverfahren mit geringen Schuldvorwürfen erhebliche Zeit- und Kosteneinsparungen erfolgen, indem einvernehmlich in diesen Verfahren die Einbestellung von Zeugen durch Abspielen ihrer Videovernehmungen bei der Polizei ersetzt werden würden. Zu diesem Vorteil kommt die erwähnte zusätzliche Ersparnis für die gesamte Justiz bei Tatvorwürfen, die häufig neben einer strafrechtlichen auch einer zivilgerichtlichen Aufklärung bedürfen. Eine wiederholte Vernehmung von Zeugen im Strafverfahren und im Zivilverfahren könnte dann entfallen, da erstellte polizeiliche Videozeugenaussagen im Zivilverfahren meist eine sinnvolle Entscheidungsgrundlage sein könnten. Dies gilt insbesondere in den Fällen der Verkehrsdelikte und der Körperverletzungsdelikten. Gerade in diesen Verfahren ist im Übrigen zu erwarten, dass eine Zahl von Zeugenaussagen in der Hauptverhandlung durch Abspielung der Videoaufzeichnung polizeilichen Vernehmungen ersetzt werden können. Viele dieser Aussagen sind klar überschaubar und in ihrem Aussagegehalt einfach strukturiert, so dass eine einvernehmliche Übernahme in die Hauptverhandlung wahrscheinlich erscheint.

2.) Die Ausdehnung der bislang möglichen Dokumentation auf Bild-Tonträger auch auf Beschuldigtenvernehmungen sollte zeitnah erfolgen. Die §§ 58a und 255a StPO sind entsprechend zu ändern. Bislang ist eine Vorführung gemäß §255 a von Beschuldigtengeständnissen nicht möglich, dies kann und sollte durch eine Neuregelung zeitnah behoben werden.

3.) Es ist sinnvoll in § 251 Abs. 1 Ziffer 1 StPO auch die Möglichkeit von der Verlesung von polizeilichen Vernehmungen zu schaffen, wenn ein Angeklagter nicht durch einen Verteidiger vertreten ist.

Insgesamt zu 1-3.: Bei diesen Änderungen zu 1-3 bedarf es keiner Änderung der Pflichtverteidigerbestellungsregeln. Eine Ausdehnung der Beiordnung von Verteidigern bei einer abgeänderten Dokumentation, ohne Veränderung der Regeln für deren Einführung in die Hauptverhandlung ist nicht erforderlich. Die Forderung des 34. Strafverteidigertages einer zwingenden Verteidigerbeiordnung bei einer geplanten Videovernehmung des Beschuldigten, um bei dem Beschuldigten keinen späteren Nachteil zu verursachen, ist nicht angezeigt. Die Verwertung der Videodokumentation ist nicht anders zu handhaben als die schriftlichen Beschuldigtenvernehmungen zurzeit, so dass der Beschuldigte selbst in zumutbarer Weise entscheidet, welche Bekundungen er mit oder ohne Verteidiger abgibt.
Soweit es aufgrund der gesteigerten Qualität bei Bild-Tondokumentierten Aussagen nahe-

liegt in stärkerem Maße als es die StPO zur Zeit zulässt, Aussagen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung ohne unmittelbare Anwesenheit der Aussageperson einzuführen, kann und sollte dies nur im Zusammenhang mit einer Neugestaltung des gesamten Ermittlungs- und Hauptverfahren erfolgen. Hierbei wird es stets auf das Gleichgewicht der Ausdehnung der Beteiligungsrechte des Angeklagten/Verteidigers im Ermittlungsverfahren und der zwingenden Verwertbarkeit von Ergebnissen aus dem Ermittlungsverfahren in der Hauptverhandlung ankommen. Auch wird dabei über eine umfangreichere Verteidigerbeiordnung nachzudenken sein.

4.) Das Abschrifterfordernis von Bild-Tondokumentierten Aussagen ist aufzuheben

Die Einführung der von der BRAK vorgeschlagenen neuen Regelung für den Umgang mit Bild-Ton- oder nur Tondokumentierten Vernehmungen mit einer modifizierenden Ergänzung erscheint erforderlich und geeignet. Wie es die BRAK begehrt, erscheint es im Ermittlungsverfahren sachgerecht, den Polizeibeamten die Möglichkeit zu eröffnen nach eigenem Ermessen Vernehmungen in Form von Ergebnisvermerken aktenmäßig zu dokumentieren. Den weiteren Verfahrensbeteiligten bleibt es im Zwischen- und Hauptverhandlungsverfahren überlassen, eine umfassende oder teilweise Verschriftlichung der Aussagen zu beantragen. Hierbei überzeugt der Vorschlag der BRAK, dass die Verfahrensbeteiligten zwar einen Anspruch auf Aushändigung einer Kopie der Bild-Tonträger einer Vernehmung haben, grundsätzlich aber keinen Anspruch auf Verschriftlichung. Die Herausgabe sollte mit besonderen beschriebenen Bewilligungsvoraussetzungen verbunden werden, z.B. falls die vernommene Person eine Weitergabe der Bild-Tonträger an bestimmte Verfahrensbeteiligte untersagt. Ob in diesem Fall dem Verteidiger allein für sich ohne die Befugnis der Weitergabe an Angeklagten auch eine Kopie der Bild-Tonaufzeichnung zu übergeben ist, oder ob nur die Einsichtsmöglichkeiten bei Polizei und Gericht zu verbessern sind, ist überlegenswert (Vgl. BRAK S.17).

5.) Umgangsregeln mit den Bild-Tondokumentierten Aussagen von Zeugen und Beschuldigten sind zu erlassen

Genaue Umgangsregelungen sind für den Umgang mit Bild-Tondokumentierten Aussagen zu erarbeiten. Dabei werden auch Regelungen für deren Aufbewahrung und deren Vernichtung zu erlassen sein. Eine vorbildliche Orientierung für Regelungen zum Umgang mit den Video oder Tonaufzeichnung bieten der „Code E“ und der „Code F“ im englischen Recht.
Unter Berücksichtigung des Rahmens dieses Gutachtens wurde der Vorschlag einer notwendigen umfassenden Umgangsregelung mit Bild-Tondokumentierten Aussagen unterlassen.

6.) Standards als detaillierte Richtlinien für den Einsatz und das Vorgehen bei Bild-Ton- bzw. Tondokumentationen von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen sind zu erlassen.

Es sind Standards für die Gestaltung einer Videoaufzeichnung zwingend vorzugeben (so auch Bender/ Nack/ Treuer a.a.O.Rn. 1532). Dabei sind Fragen wie
- Vollkörperaufnahme der beteiligten Personen,

- Dokumentation aller im Vernehmungsraum anwesenden Personen durch die Videoaufzeichnung,
- Aufzeichnung einer fortlaufenden Uhr als Dokumentation der schnittfreien Aufzeichnung,
- Verbot einer Verwendung von computergesteuerten Auswertungen von Gesichtsmimik, wie sie zurzeit in der Kundenbetreuung/Beobachtung von Supermärkten erprobt werden,
- Vorgaben für die Kameraeinstellung,
- Vorgaben für die Dokumentation von Unterbrechungen,
- Vorgaben für die Dokumentation von Datum und Echtzeit,
- Vorgaben für die Aufzeichnung von Verhörpersonen und
- Vorgaben für die Dokumentation der Vor- Nachgespräche zu regeln.

7.) Ausnahmeregeln für ein Abweichen von der Bild-Tondokumentation sind erforderlich.
Zu Bedenken ist, wenn im Falle von technischen Problemen oder anderen praktischen Notwendigkeiten Vernehmungen ohne eine vorgeschriebene Bild-Tondokumentation erfolgen dürfen. Dazu geben die englischen Regelungen im Code E und F vorbildliche Handreichungen.

Marc Wenske
Richter am Oberlandesgericht

1. Strafsenat
Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
Sievekingplatz 3
20355 Hamburg

Hamburg im Mai 2015

Sitzung der Expertenkommission des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

am 11. und 12. Mai 2015
in Berlin

Stellungnahme

„In wessen Zuständigkeit sollte die Entscheidung über einen – de lege ferenda möglicherweise zu begründenden – Antrag des Beschuldigten auf Bestellung eines notwendigen Verteidigers fallen?“

I. Ausgangspunkt

Im Rahmen der zweiten Sitzung der Kommission am 29. und 30. September 2014 wurde unter anderem ein de lege ferenda etwa zu begründendes Antragsrecht des Beschuldigten auf Bestellung eines notwendigen Verteidigers im Vorverfahren diskutiert. In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage aufgeworfen, in wessen Zuständigkeit eine gerichtliche Entscheidung hierüber fallen sollte (vgl. Protokoll S. 19 f.). Hierzu soll – das diskutierte Antragsrecht des Beschuldigten unterstellt – im Folgenden mit groben Strichen Stellung genommen werden.

II. Bestandsaufnahme

Das geltende Recht weist die Entscheidung über eine Beiordnung des notwendigen Verteidigers im Ermittlungsverfahren im *Grundsatz* dem Vorsitzenden des Gerichts zu, das – nach vorläufiger Einschätzung der Anklagebehörde – für die Eröffnung zuständig ist (§ 141 Abs. 4 Satz 1 StPO). Die Vorschrift ist im Verhältnis zu § 162 StPO als spezielle Befugniszuweisung zu verstehen. Beiordnungsentscheidungen erweisen sich daher nicht generell als Untersuchungshandlungen im Sinne des § 162 Abs. 1 StPO; anderenfalls wäre schon der begrenzte Verweis in § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO auf § 162 StPO entbehrlich gewesen.

Für die Fälle vollstreckter Untersuchungshaft oder einer vollstreckten einstweiligen Unterbringung normiert § 141 Abs. 4 Halbsatz 2 StPO eine Ausnahmeregelung. Die Entscheidungsbefugnis wird unter Hinweis auf § 126 StPO dem Gericht übertragen, das den Haftbefehl erlassen hat; dies ist im Vorverfahren – auch betreffend einstweilige Unterbringungen nach § 126a StPO – der Ermittlungsrichter. Eine weitere Ausnahmekompetenz des Ermittlungsrichters begründet § 141 Abs. 4 Halbsatz 1 StPO. Erfasst werden hiervon Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft eine richterliche Vernehmung nach § 162 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 StPO beantragt und eine Beiordnungsentscheidung des Ermittlungsrichters „zur Beschleunigung des Verfahrens“ für erforderlich hält.

III. Bewertung

Die Entscheidung über einen Antrag des Beschuldigten auf Beiordnung im Vorverfahren dem Ermittlungsrichter zuzuweisen, erwiese sich als weitere Ausnahme von der bislang geltenden Grundregel einer Zuständigkeit des vermutlichen Hauptsachegerichts (1.). Ob an dieser heute festgehalten werden sollte, erscheint nicht zwingend (2.). Sollte ein Antragsrecht des Beschuldigten begründet werden, kann diese Gelegenheit genutzt werden, um eine einheitliche Zuständigkeitsegelung für die Beiord-

nung im Vorverfahren zu schaffen; weitere Ausnahmetatbestände sollten hingegen vermieden werden (3.).

1. Grundlagen der gesetzlichen Konzeption de lege lata

a) Normzweck

Die gesetzliche Kompetenzzuweisung für das Ermittlungsverfahren will sicherstellen, dass sich der Vorsitzende des Gerichts der Hauptsache in den bei ihm in absehbarer Zeit zur Verhandlung anstehenden Sachverhalt einarbeiten und seine Terminsbelastung abschätzen kann.[1] Diesem Gedanken tragen die Geschäftsverteilungspläne der deutschen Gerichte durch Vorbefassungsregelungen in aller Regel Rechnung. Vor diesem Hintergrund wird auch in sog. Kumulationsfällen, also bei Vorliegen eines weiteren Beiordnungsgrundes nach § 140 Abs. 1 StPO bei vollstreckter Untersuchungshaft (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO), eine fortbestehende Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache angenommen.[2]

Dieser gesetzlichen Grundregel dürfte rechtspraktisch ferner zugrunde liegen, dass der Vorsitzende durch seine frühzeitige Einbindung nicht nur das „Ob“ der Verteidigerbestellung bestimmen, sondern überdies nach den Umständen Einzelfalls und vor dem Hintergrund seiner tatrichterlichen Erfahrungen einen Verteidiger mit Blick auf die Besonderheiten des Einzelfalles auswählen kann. Hierbei können namentlich der Tatvorwurf, psychische Auffälligkeiten oder Erkrankungen des Beschuldigten, dessen Alter und Reifegrad sowie das absehbare öffentliche Interesse an dem Fall bedeutsam sein. Diese Sicht auf die absehbaren Notwendigkeiten der konkreten Hauptverhandlung könnte beim Ermittlungsrichter jedenfalls nicht stets in gleicher Weise vorhanden sein. In großstädtischen Amtsgerichten sind die Ermittlungsrichter mit Recht regelmäßig in eigenen Dezernaten zusammengefasst, die keinen oder nur einen sehr geringen spruchrichterlichen Anteil aufweisen. Um die erforderliche Konstanz zu gewährleisten, verbleibt eine nicht geringe Anzahl der Amtsrichter über längere Zeit in diesem Bereich. Das Bewusstsein um die Notwendigkeiten und Problemstellungen gerade erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor der Strafkammer ist jedenfalls dann zweifelhaft, wenn der Amtsrichter nach dem Geschäftsverteilungsplan nur zum Teil als Ermittungsrichter tätig ist, im Übrigen aber – keine rechtspraktische Seltenheit – mit Familien- oder Betreuungssachen sowie dem allgemeinen Zivilverfahren befasst ist.

---

[1] Vgl. nur LR-Lüderssen/Jahn, 26. Aufl., Nachtr. § 141 Rn. 32.
[2] Vgl. LR-Lüderrsen/Jahn, a.a.O.; SSW/Beulke, § 141 Rn. 33; Jahn FS Rissing-van Saan, S. 275, 283 f.; a.A. – allerdings ohne nähere Begründung – Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 58. Aufl., § 141 Rn. 6a).

b) Reformgesetze

Weder durch das das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts (UHaftÄndG) vom 29. Juli 2009[3] noch durch die Regelungen des Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 26. Juni 2013[4] hat der Gesetzgeber an dieser gesetzlich Grundregel ersichtlich etwas ändern wollen. Beide Reformgesetze normieren lediglich klar umrissene Ausnahmen von der fortbestehenden Grundregel:

aa) UHaftÄndG

Der durch das UHaftÄndG neueingeführte Beiordnungsgrund nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO (Vollstreckung von Untersuchungshaft oder der Anordnung einer einstweiligen Unterbringung) steht in engem regelungssystematischen Zusammenspiel mit § 141 Abs. 3 Satz 4 und § 142 Abs. 1 Satz 1 StPO. Die Bestellung des notwendigen Verteidigers hat demzufolge nach Anordnung der Vollstreckung unverzüglich, aber eben gerade auch nach Anhördung des Beschuldigten zu erfolgen.[5] Diese gesetzliche Zuweisung der Beiordnungsentscheidung im Vorverfahren an den Ermittlungsrichter erfolgt ersichtlich, um einen Ausgleich zwischen Gehörsrechten des Beschuldigten einerseits und dem Gebot besonders zügiger Verfahrensführung andererseits durch eine ohne schuldhaftes Zögern zu treffende Beiordnungsentscheidung zu gewährleisten. Der Gesetzgeber greift damit erkennbar auf die Sachnähe des Ermittlungsrichters zurück. Diesem liegen in aller Regel – etwa auch im maßgeblichen Zeitpunkt des § 115 Abs. 4 Satz 1 StPO – die Verfahrensakten vor; der Beschuldigte kann hier ausdrücklich und sogleich einen Verteidiger benennen, den er sofort für sich bestellt wissen möchte. Durch diese Sachnähe wird zudem die mit der Einarbeitung eines weiteren Gerichts, der Erstellung von Kopieakten und der Aktenübersendung verbundene Verzögerung vermieden.[6]

An der Grundregel des § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO hat der Gesetzgeber indes festgehalten und diese sogar noch konkretisiert für den Fall einer Haftanordnung zur Sicherung des Verfahrens betreffend eine Entscheidung über eine nachträglich anzuordnden Sicherungsverwahrung (vgl. § 141 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 275a Abs. 6 StPO).

bb) StORMG

Auch die Änderung durch das StORMG stellte die gesetzliche Kompetenzuweisung im Vorverfahren nicht in Frage. Zwar wurde hierdurch eine weitere Ausnahmekompetenz des Ermittlungsrichters für Fälle begründet, in denen die Staatsanwaltschaft eine richterliche Vernehmung nach § 162 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 StPO beantragt.

---

[3] BGBl. I S. 2274.
[4] BGBl. I S. 2300.
[5] Vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., § 141 Rn. 3a m.w.N.
[6] Vgl. BT-Drucks. 16/13097 S. 19.

Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen aber gerade nicht stets dem Ermittlungsrichter die Befugnis zur Beiordnungsentscheidung zugesprochen, sondern dessen Zuständigkeit abhängig gemacht von einer – maßgeblich an den Gründen zügiger Verfahrensführung orientierten – Ermessenentscheidung der Staatsanwaltschaft. Diese Regelung hat erkennbar Konstellationen im Blick, in denen zur Vermeidung wiederholter Vernehmungen oder aber – im Falle zeugnisverweigerungsberechtigter Auskunftspersonen – zur Schaffung eines Beweissurrogats eine ermittlungsrichterliche (audiovisuelle) Zeugenvernehmung rasch durchgeführt werden soll und ein Zuwarten auf die Entscheidung eines anderen mit Sache erst noch zu befassenden Gerichts diese Zweckerreichung gefährden könnte.

2. Bewertung der bestehenden Regelkompetenzzuweisung

Ob die vorstehend dargelegten Erwägungen für eine grundsätzliche Zuständigkeit des Vorsitzenden des Gerichts Hauptsache diese gesetzliche Grundregel heute noch als vorzugswürdig oder gar zwingend erscheinen lassen, ist nicht ohne Zweifel. Vielfach dürften die Ermittlungsrichter selbst über (frühere) tatrichterliche Erfahrungen verfügen. Auch erscheint es nicht als gesichert, dass Strafkammervorsitzende in jedem Fall die Verfahrensakten vor ihrer Beiordnungsentscheidung auf sämtliche Besonderheiten des Einzelfalles hin sorgfältig durchprüfen. Und erscheint es denkbar, dass durch eine erweiterte Zuständigkeit des Ermittlungsrichters für die Beiordnung im Vorverfahren dem möglicherweise in Einzelfällen begründeten Vorwurf einer bevorzugten Beiordnung besonders „pflegeleichter“ Verteidiger durch die Tatgerichte zumindest teilweise entgegen gewirkt werden kann. Schließlich ist auch die Auffassung, im Falle kumulativer Beiordnungsgründe (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 plus X) sei ebenfalls der Vorsitzende des Hauptsachegerichts zuständig, nicht ohne Bedenken. Dies erhellt der Blick auf das gerade in Haftsachen besonders Raum greifende Zügigkeitsgebot. Soll der Ermittlungsrichter einen ausdrücklichen Wunsch auf Beiordnung eines ihm im Rahmen der Zuführung bzw. Haftbefehlsverkündung durch den Beschuldigten genannten Verteidigers tatsächlich unter Hinweis auf die Zuständigkeit eines anderen Gerichts und unter Billigung dadurch eintretender Zeitverzögerungen unbeschieden lassen?

3. Ziel: Klare gesetzgeberische Wertentscheidung

Sollten das Antragsrecht und eine entsprechende ermittlungsrichterliche Zuständigkeit begründet werden, so wird es sich anbieten, den § 141 Abs. 1 StPO neu zu fassen und eine einheitliche Zuständigkeit des Ermittlungsrichters für sämtliche Entscheidungen nach § 140 StPO im Vorverfahren zu begründen. Eine – noch weitere – Aufspaltung zwischen Hauptsache- und Ermittlungsgericht verwässerte die Normstruktur und die ihr zugrunde liegende gesetzgeberische Wertentscheidung. Die An-

wendbarkeit der Norm und ihre Auslegung durch die Rechtsanwender würden zusätzlich erschwert.

In diesem Zusammenhang kann gleichermaßen die bestehende Zuständigkeitsregelung bei der Anordnung von Wohnraumüberwachungen (§ 100d StPO) neu geordnet und auch diese Zwangsmaßnahme der Zuständigkeit des Ermittlungsrichters unterstellt werden. Die nach der geltenden Rechtslage bestehende Zuständigkeit der Strafkammer nach § 74a Abs. 4 GVG schafft vielfach – mit Ausnahme etwa des Landgerichts Karlsruhe am Sitze der Bundesanwaltschaft – nur den Schein eines gegenüber dem Ermittlungsrichter gesteigerten Rechtsschutzes. Da ausgeschlossen sein muss, dass die im Vorverfahren mit der Anordnung der Wohnraumüberwachung befassten Richter später im Hauptverfahren zuständig sein werden, sind mit der Anordnung der Maßnahmen nach § 100d StPO nicht selten Zivilrichter befasst. Was hierdurch oder mit der Zuständigkeit einer ansonsten mit strafvollstreckungsrechtlichen Fragen befassten Strafkammer an Rechtsschutz gegenüber dem Ermittungsrichter gewonnen ist, bleibt dunkel. Hingegen wird die Stellung des Ermittlungsrichters durch diesen erkennbaren gesetzlichen Vorbehalt gegenüber seiner Kompentenz erkennbar geschwächt.

IV. Ausblick

Sollte ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten de lege ferenda begründet und an der geltenden gesetzlichen Kompetenzzuweisung für die Beiordnungsentscheidung festgehalten werden, stellte sich weiterhin die Frage, was genau ein Antrag des Beschuldigten auf Verteidigerbestellung auslösen sollte.

Es dürfte fernliegen, hiermit – etwa korrespondierend mit dem staatsanwaltschaftlichen Antrag (vgl. § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO) – das Recht zu begründen, das zuständige Gericht der Hauptsache nach eigener Einschätzung der Sach- und Rechtslage auszuwählen, den Antrag direkt beim Amts- bzw. Landgericht anzubringen und dieserart dessen Entscheidung erwirken zu können. Zwar mag der verfehlten Auswahl des Beschuldigten durch den Vorsitzenden im Wege einer Abgabe – etwa entsprechend § 209 StPO – an das zuständige Gericht entgegen gewirkt werden können.[7] Ein solches Vorgehen begründete aber nicht nur erhebliche potentiale für Verfahrensverzögerungen, sondern erwiese sich auch als verfahrensrechtlicher Solititär; denn ansonsten steht allein der das Ermittlungsverfahren führenden Staatsanwaltschaft die Auswahl des zuständigen Gerichts zu (vgl. etwa § 199 StPO).

Um eine Vereinbarkeit mit der allein der Staatsanwaltschaft zukommenden Auswahlkompentenz einerseits und den Grundsätzen über die gesetzliche Zuweisung der Beiordnungszuständigkeit andererseits zu gewährleisten, kann das Antragsrecht des

[7] LR-Lüderssen/Jahn, 26. Aufl., § 141 Rn. 16.

Beschuldigten – als prozessuale Bewirkungshandlung – lediglich gerichtet sein auf einen Antrag an die Staatsanwaltschaft. Diese könnte dieserart de lege ferenda verpflichtet werden, von dem ihr gegenüber dem zuständigen Gericht zustehenden Antragsrecht nach pflichtgemäßer Auswahlentscheidung Gebrauch zu machen, zu dem Antrag des Beschuldigten Stellung zu nehmen und – sofern sie dem Antrag nicht beitritt – die Begründung des Beschuldigten an den Vorsitzenden des von ihr zu bestimmenden Gerichts der Hauptsache samt Verfahrensakten zu übermitteln.

B.

Zwischenverfahren

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor

Vorschlag eines nichtöffentlichen Erörterungstermins vor der Hauptverhandlung bei umfangreicheren Strafsachen am LG (Erweiterung des § 212 StPO)

A. Vorschlag

Die Vorschrift des **§ 212 StPO** soll wie folgt neu gefasst werden:

Abs. 1 (= bisheriger § 212 StPO)

„Nach Eröffnung des Hauptverfahrens gilt § 202a entsprechend."

Abs. 2 (neu)

(Satz 1) *„Wenn die Hauptverhandlung voraussichtlich länger als drei Tage dauern wird, soll das Gericht in der Besetzung des § 76 Abs. 1 S.2 GVG mit der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger in einem frühen nichtöffentlichen Termin unbeschadet der Erörterungsmöglichkeit des Absatz 1 den Ablauf der Hauptverhandlung vorab erörtern.*" **(Satz 2)** *„Auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Verteidigers findet ein solcher Termin statt."* **(Satz 3)** *„Das Ergebnis der Erörterung ist vom Vorsitzenden in Anwesenheit der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers zu protokollieren."*

B. Begründung

1. Ausgangslage

Nach meinen langjährigen Erfahrungen als Strafverteidiger leiden viele Hauptverhandlungen unter Kommunikationsdefiziten namentlich zwischen Gericht und Verteidigung.

In dem Bestreben, einen Prozess im Hinblick auf die zeitlichen Belange bzw. gesetzlichen zeitlichen Vorgaben der Kammer (insb. in Haftsachen) „durchzuziehen", Verfahrensherrschaft zu demonstrieren und keine Angriffsfläche für Befangenheitsgesuche zu bieten, konzipieren viele Vorsitzende den Ablauf der Hauptverhandlung (das sog. Hauptverhandlungsprogramm) buchstäblich „im stillen Kämmerlein" und beschränken die diesbezügliche Beteiligung von Staatsanwaltschaft und Verteidigung auf formelle schriftliche Anhörungen sowie auf die Entgegennahme und Bescheidung schriftlicher Anregungen, Bitten oder Beanstandungen.

Viele Verteidiger finden sich damit ab, sei es aus Hilflosigkeit, Phlegma, Konfliktscheu oder weil ihnen an der Kommunikation mit dem Gericht grundsätzlich nicht gelegen ist. Vertreter der

Staatsanwaltschaft sind an einer Kommunikation über den Verfahrensablauf regelmäßig uninteressiert, weil sie üblicherweise keine eigene Verfahrensstrategie verfolgen (sondern die des Gerichts begleiten) und die Berücksichtigung ihrer persönlichen zeitlichen Belange durch den Behördenapparat gesichert ist.

2. Folge

Die Folge einer kommunikationslosen Terminierung besteht vor allem darin, dass sich das Gericht auf die Einhaltung seines Hauptverhandlungsprogramms festlegt und jede Störung zu vermeiden trachtet. Dementsprechend stellt sich ihm jede (drohende) Abweichung vom Programm in inhaltlicher oder zeitlicher Hinsicht zwangsläufig als ein Problem dar. Folglich begegnet es jedem Ansinnen auf Verschiebungen, Umstellungen, Erweiterungen der Hauptverhandlung u.s. w. grundsätzlich mit Aversion und Unwillen („Sie hatten Gelegenheit, jetzt ist es zu spät"; „die Kammer hat keinen Spielraum"; „selbst wenn wir wollten, uns sind die Hände gebunden" usw.).

Lässt sich über eine Änderung des gerichtlichen Programms nicht ausnahmsweise ein Einvernehmen erzielen, ist diesbezüglicher Streit sicher.

Ferner: Ein auf sein Programm fixiertes Gericht tut alles, sich nicht „in die Karten gucken" zu lassen, wenn es befürchtet, dass daraus irgendwelche Verzögerungen resultieren könnten. Es ist deshalb äußerst zurückhaltend damit, sich zur Sach- und Rechtslage zu äußern, weil es in der Regel befürchtet, damit Aktivitäten der Verfahrensbeteiligten zu provozieren.

Insbesondere dann, wenn ein Gericht der Verurteilung zuneigt, versucht es, jede dieses Ergebnis eventuell verzögernde Beweisaufnahme oder Terminänderung zu vermeiden. Dementsprechend schwer hat es namentlich eine dagegen ankämpfende Verteidigung. Je mehr sich ein Gericht innerlich festlegt, desto mehr befindet sie sich in der Situation, mit gegenläufigen Positionen „gegen die Wand" zu laufen. Praktisch äußert sich dieser Konflikthäufig in zeitlich aufwendigen, für die Verteidigung aber letztlich häufig ergebnislosen Rechtsgefechten z.B. über Beweisanträge etc.

3. Abhilfe

Vermeiden lassen sich solche Konflikte häufig durch ein von Anfang an „offenes" Prozessieren, bei dem sowohl das Gericht als auch die Verteidigung ihre jeweiligen Vorstellungen vom Umfang und der Struktur der Beweisaufnahme offenlegen. Insbesondere kommt es darauf an, dass das Gericht die Belange der Verteidigung von Anfang an in ihre Planung mit einbezieht. Je mehr es hierzu in die Lage versetzt wird, desto weniger kann und darf es sich ihnen verschließen. Deshalb sollte das Hauptverhandlungsprogramm so früh wie möglich zwischen Gericht, Staatsanwalt und Verteidigung offen besprochen *(„erörtert")* werden.

Zur Klarstellung:

Bei dieser Erörterung soll es nicht darum gehen, Positionen zur Schuldfrage auszutauschen (das wäre eine Erörterung im Sinne von Absatz 1 n.F.). Es soll „lediglich" darum gehen, Umfang und Struktur der von den Beteiligten für erforderlich erachteten Beweisaufnahme zu erörtern, damit das Gericht die Vorstellungen der Verteidigung (u. ggf. der Staatsanwaltschaft) bei seiner zeitlichen und inhaltlichen Planung berücksichtigen kann. Es geht darum zu vermeiden, dass sich das Gericht bzw. der

Vorsitzende in der Lage sieht, einseitig ein Hauptverhandlungsprogramm schaffen und „durchzuziehen“ zu müssen.

4. Erfahrungen

Nach meiner Erfahrung tragen solche Erörterungen schon per se zur Verbesserung des Verfahrensklimas bei und helfen, unnütze Streitigkeiten zu vermeiden. Wer offen aufeinander zugeht, misstraut einander weniger. Wer weiß, was ihn erwartet, kann sich darauf einrichten. Ich habe mit solchen Gesprächen – die allerdings gerade früher nicht häufig der Fall waren - nur gute Erfahrungen gemacht.

Auch insofern zu Klarstellung:

Es geht mir mit dem Vorschlag nicht darum, „Kuschelkursen “ oder gar subtilen Unterwerfungen das Wort zu reden und notwendige Kontroversen auszublenden. Es geht darum, unnützen Streit und Verhärtungen infolge von Sprachlosigkeit und „Autismus“ zu vermeiden. Wie mir scheint, ist ein gewisser „Autismus“ unter Juristen nicht selten. So mancher scheint den Beruf gerade deshalb zu wählen, um sich hinter Normen, Regeln und Formen verschanzen zu können. Viele StPO-Normen, die dem obrigkeitsstaatlichen Denken des 19. Jahrhunderts entstammen, kommen dieser Haltung entgegen. Sie erscheinen heutzutage anachronistisch. Deshalb ist es notwendig, durch geeignete neue Konflikt vermeidende Kommunikation von Gesetzes wegen vorzuschreiben.

Wenn allerdings Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung unisono Kommunikation nicht wünschen, sollte man sie auch nicht dazu zwingen. Man kann erwachsene Menschen nicht „gegen den Strich“ bürsten.

5. Einzelheiten

Da es bei Absatz 2 nur um den äußeren Ablauf der Hauptverhandlung geht, ist die Anwesenheit der Schöffen nicht erforderlich. Das Gleiche gilt für den Angeklagten. Seine Verteidigungsrechte werden durch die vorgesehene Erörterung in keiner Weise inhaltlich beschnitten. Auch die Anwesenheit von Vertretern von Verletzten etc. ist nicht erforderlich, weil ihre Belange bereits von der Staatsanwaltschaft berücksichtigt werden können.

Die Protokollierung gewährleistet Transparenz und Rechtssicherheit und beugt der Bildung von Misstrauen vor. Verfasst der Vorsitzende das Protokoll in Anwesenheit von Staatsanwaltschaft und Verteidiger, so können diese auf den Inhalt sogleich Einfluss nehmen. Spätere Beanstandungen erübrigen sich.

Prof. Dr. Reinhold Schlothauer
Rechtsanwalt, Bremen

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens

Diskussionspapier für die Sitzung der Kommission am 17./18. November 2014 in Berlin zum Thema 5 (Zwischenverfahren):

Anfechtbarkeit des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens

Anders als die Staatsanwaltschaft und rechtsmittelbefugte sonstige Verfahrensbeteiligte (insbesondere Nebenkläger), denen im Falle der (Teil-) Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens hiergegen das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zusteht (§§ 210 Abs. 2, 400 Abs. 2 StPO), kann der Angeklagte den Eröffnungsbeschluss nicht anfechten (§ 210 Abs. 1 StPO). Diese Ungleichbehandlung wird seit Inkrafttreten der Strafprozessordnung folgendermaßen begründet[1]: Während die Ablehnung, das Hauptverfahren zu eröffnen, in ihrer Wirkung einem freisprechenden Urteil nahekomme und zu einem – allenfalls nach Maßgabe des § 211 StPO zu durchbrechenden – Verfahrensabschluss führe[2], habe die Eröffnung des Hauptverfahrens für den Angeklagten nur vorläufigen Charakter: Die durch den Eröffnungsbeschluss erfolgte Tatbewertung würde in der Hauptverhandlung einer gründlichen Prüfung unterzogen; gegen eine Verurteilung könne der Angeklagte den Rechtsmittelweg beschreiten[3]. Dies rechtfertige es, dass der Angeklagte den Eröffnungsbeschluss nicht angreifen könne.

Angesichts der mit der Eröffnungsentscheidung und der Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung unabhängig von deren Ausgang verbundenen Stigmatisie-

---

[1] Löwe, StPO, 1. Aufl., 1879 § 209 Anm. 1 unter Hinweis auf die Motive.
[2] SK-StPO/Paeffgen, 4. Aufl., § 210 Rn. 2.
[3] LR-StPO/Stuckenberg, 26. Aufl., § 210 Rn. 1; SSW-StPO/Rosenau, § 210 Rn. 2; AK-StPO/Loos, § 210 Rn. 1.

rung und Belastung des Angeklagten ist diese Begründung zweifelhaft[4]. Auch ist die unterschiedliche Ausgestaltung der Rechtsmittelbefugnis naheliegend die Ursache dafür, dass die Nichteröffnungsquote unter einem Prozent liegt[5]. Während die Ablehnung der Eröffnung infolge der dafür erforderlichen Begründung (§§ 204 Abs. 1, 34 StPO) mit Arbeitsaufwand verbunden ist, der durch eine positive Beschwerdeentscheidung zunichte gemacht werden kann, kann sich die Abfassung des Eröffnungsbeschlusses auf einen Formularakt beschränken.

Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, auch dem Angeklagten die Möglichkeit zu eröffnen, die Entscheidung über die Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung einer Überprüfung zu unterziehen und ihm dafür ein Anfechtungsrecht einzuräumen.

Unabhängig davon, welches Gericht die Anklage zur Hauptverhandlung zugelassen hat, muss dem Angeklagten ebenso wie der Staatsanwaltschaft eine solche Rechtsschutzmöglichkeit gegen Eröffnungsentscheidungen zur Verfügung stehen. Zwar ist dies für die betroffenen Gerichte mit einem zusätzlichen Aufwand verbunden, weil die Entscheidung zu begründen ist (§ 34 StPO). Dabei ist allerdings zu bedenken: In erstinstanzlichen Verfahren vor dem Amtsgericht/Schöffengericht, Landgericht und Oberlandesgericht ist in der Anklageschrift das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen darzustellen (§ 200 Abs. 2 S. 2 StPO). Schließt sich das Gericht bei seiner das Hauptverhandlung eröffnenden Entscheidung der Beurteilung des hinreichenden Tatverdachts durch die Staatsanwaltschaft an, kann es sich zur Begründung der Eröffnungsentscheidung das wesentliche Ermittlungsergebnis zu eigen machen, soweit dieses die für den hinreichenden Tatverdacht maßgeblichen tatsächlichen und Rechtsgründe beinhaltet[6]. Zwar besteht diese Möglichkeit bei Eröffnungsentscheidungen des Amtsgerichts/Strafrichters nicht. Allerdings weisen die dort angeklagten Sachverhalte i.d.R. keine besondere Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage auf, weshalb der Beschluss ohne erheblichen Aufwand begründet werden kann. Häufig befindet sich in der Akte ein polizeilicher Schlussbericht, auf den sich die Entschei-

---

[4] HK-StPO/Julius, 5. Aufl., § 210 Rn. 1. Ferner KMR-StPO/Seidl, § 210 Rn. 2 (Mai 2012).
[5] Rieß, StV 2007, 572; SK-StPO/Paeffgen (Fn. 2) Vor §§ 198 ff. Rn. 19 unter Hinweis auf die Zahlen des Statistischen Bundesamtes.
[6] Zu diesen Anforderungen an die Entscheidungsbegründung LR/Graalmann-Scheerer, StPO, 26. Aufl., § 34 Rn. 10.

dung in Bezug auf Sachverhalt und Beweislage beziehen kann. In rechtlicher Hinsicht kann sich der Beschluss an dem Anklagesatz orientieren.

Die dem Angeklagten zu eröffnende Überprüfungsmöglichkeit könnte wie für die Staatsanwaltschaft (§ 210 Abs. 2 StPO) als sofortige Beschwerde ausgestaltet werden (§ 311 StPO). Dies würde zu einer vollständigen Überprüfung der angefochtenen Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht führen. Möglich wäre auch die Ausgestaltung des Rechtsmittels als Rechtsbeschwerde im technischen Sinn entsprechend § 97 OWiG bzw. § 116 StVollzG. Dieses Rechtsmittel bedarf allerdings einer elaborierten Begründung, die nur durch einen Rechtsanwalt oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle des Gerichts erfolgen kann (§ 79 Abs. 3 OWiG, § 118 StVollzG).

Befürwortet wird eine Lösung, die die Überprüfung des das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses auf die mögliche Verletzung des Gesetzes beschränkt („kupierte“ sofortige Beschwerde[7]). Schon dies könnte dazu beitragen, durch die Klärung von Rechtsfragen langwierige Hauptverhandlungen mit umfangreichen Beweisaufnahmen zur Feststellung rechtlich letztlich unerheblicher Tatsachen zu vermeiden[8]. Zusätzlich würde die Möglichkeit einer Überprüfung der Eröffnungsentscheidung das Gericht zu einer noch sorgfältigeren Prüfung des hinreichenden Tatverdachts i.S.d. § 203 StPO veranlassen.

Dem Gebot der Waffengleichheit folgend sollte die Anfechtungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft und anderer rechtsmittelbefugter Verfahrensbeteiligter im Falle der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens nur in demselben Umfang zu einer Überprüfung berechtigen, wie das Rechtsmittel des Angeklagten.

Das Beschwerdegericht hätte danach bei seiner Entscheidung den Sachverhalt zugrundezulegen, auf dem die Bejahung bzw. Verneinung eines hinreichenden Tatverdachts in tatsächlicher Hinsicht beruht. Die Tatsachenfeststellungen selbst wären

---

[7] Im Übrigen verbleibt es bei der Anwendbarkeit des § 311 StPO.

[8] „Das Landgericht Bremen wäre gut beraten gewesen, sich zunächst die Frage ‚quid sit actio‘ vorzulegen, anstelle eine über 100 Tage dauernde Hauptverhandlung durchzuführen“ – so VRiBGH Harms anlässlich der Verkündung des Urteils vom 13.05.2004 - 5 StR 73/03 = BGHSt 49, 147 i.S. Bremer Vulkan.

nicht angreifbar. Demgegenüber könnte die fehlerhafte Anwendung des Rechts in der Sache selbst einschließlich der Nichtbeachtung aller Verfahrensvoraussetzungen und Prozesshindernisse sowie in begrenztem Umfang des Verfahrensrechts gerügt werden.

Dies bedeutet in sachlich-rechtlicher Hinsicht eine Schlüssigkeitsprüfung[9], ob nämlich der von der Staatsanwaltschaft mit der Anklage unterstellte Sachverhalt zur sicheren Überzeugung des über die Eröffnung entscheidenden Gerichts den Tatbestand einer Straftat in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllen konnte bzw. musste und ob Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe zu Unrecht verneint oder übersehen bzw. zu Unrecht angenommen wurden.

Die Überprüfung der Eröffnungsentscheidung wegen einer Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren betrifft vorrangig die fehlerhafte Annahme oder Nichtberücksichtigung eines Beweisverwertungsverbots. Da die den Beweisverwertungsverboten zugrundeliegenden Regelungen die Sachverhaltsfeststellungen als Grundlage für die Bejahung oder Verneinung des hinreichenden Tatverdachts betreffen, müssen sie bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens Berücksichtigung finden[10]. Auch dies kann mittels einer auf die Verletzung des Verfahrensrechts gestützten Beschwerde darauf überprüft werden, ob nach dem der Anklageschrift zugrundeliegenden Sachverhalt ein Beweisverwertungsverbot zu Recht abgelehnt bzw. übergangen oder zu Unrecht angenommen wurde und hierauf der Eröffnungsbeschluss beruht.

Im Übrigen kann die Eröffnungsentscheidung auf Verfahrensfehler überprüft werden, die die Verweisung oder Abgabe der Sache an ein anderes Gericht betreffen[11] oder durch die sie mit schweren Fehlern behaftet ist[12]. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn an der Entscheidung ein Richter mitgewirkt hätte, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes (§§ 22, 23 StPO) ausgeschlossen war.

---

[9] AK-StPO/Loos § 203 Rn. 3.
[10] Rogall ZStW 91 (1979) 1, 8; Heghmanns, Das Zwischenverfahren im Strafprozess, 1991, S. 85; Schlothauer in FS Klaus Lüderssen, 2002, S. 761, 763 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 203 Rn. 2.
[11] KK-StPO/Schneider, 7. Aufl., § 210 Rn. 6.
[12] SK-StPO/Paeffgen (Fn. 2) § 210 Rn. 9.

Bereits bei Einlegung der Beschwerde (Beschwerdefrist von einer Woche nach Zustellung der Eröffnungsentscheidung) ist zu erklären, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Aufhebung beantragt wird. Dies betrifft Verfahren, bei denen mehrere Taten im prozessualen Sinn Gegenstand der Anklage sind. Der Prüfung des Beschwerdegerichts unterliegt der angefochtene Beschluss nur im Rahmen des gestellten Antrages.

Die Pflicht, die Rechtsbeschwerde zu begründen, würde dazu beitragen, dass von der Anfechtungsmöglichkeit nur in begründet erscheinenden Fällen Gebrauch gemacht wird. Sie würde den Beschwerdeführer nicht nur dazu zwingen, die Angriffsrichtung seiner Beschwerde darzulegen; er hätte auch anzugeben, in welchen Punkten er das materielle oder formelle Recht durch den Beschluss verletzt sieht. Das Beschwerdegericht könnte seine Prüfung dann auf die geltend gemachten Beschwerdepunkte beschränken. Anders als die Rechtsbeschwerde nach § 79 OWiG oder § 116 StVollzG ist aber bei der Anfechtung der Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens die Einschaltung eines Verteidigers oder der Geschäftsstelle des Gerichts nicht zwingend geboten. Dafür muss jedoch die Rechtsmittelbelehrung (§ 35a S. 1 StPO) so klar, unmissverständlich und vollständig sein, dass auch der unverteidigte Angeklagte in die Lage versetzt wird, eigenverantwortlich über die Sinnhaftigkeit der Einlegung der Beschwerde entscheiden und diese ggf. frist- und formgerecht begründen zu können[13].

Die Frist zur Begründung der Beschwerde sollte einen Monat ab Zustellung des Beschlusses betragen. Hierdurch und durch das weitere Beschwerdeverfahren ist der Fortgang des Verfahrens gehemmt. In Verfahren, in denen sich der Angeklagte in Untersuchungshaft befindet, beruht die Fortdauer der Untersuchungshaft auf einem anderen wichtigen Grund i.S.d. § 121 Abs. 1 StPO.

Ordnet im Falle der Aufhebung einer Eröffnungsentscheidung des Oberlandesgerichts der Bundesgerichtshof an, dass die Hauptverhandlung vor einem anderen Senat stattzufinden habe, sollte die Möglichkeit eröffnet werden, die Hauptverhandlung auch vor einem Senat eines Oberlandesgerichts eines anderen Bundeslandes

---

[13] LR/Graalmann-Scheerer (Fn. 6) § 35a Rn. 21 u. 24.

stattfinden zu lassen. Dies ist der Überlegung geschuldet, dass bei den Oberlandesgerichten i.d.R. nur ein Strafsenat über Erfahrungen mit der Verhandlung und Entscheidung von Strafsachen im ersten Rechtszug verfügt.

Vorschlag für eine Neufassung des

§ 210 StPO (Anfechtung):

(1) Gegen den Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

(2) Mit der Einlegung der sofortigen Beschwerde ist die Erklärung abzugeben, inwieweit die Entscheidung angefochten und ihre Aufhebung beantragt wird.

(3) Die Anträge sind zu begründen. Aus der Begründung muss die Angriffsrichtung der Beschwerde hervorgehen, ferner ob die Entscheidung wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren oder wegen Verletzung einer anderen Rechtsnorm angefochten wird. Dies hat binnen eines Monats ab Zustellung des Beschlusses zu erfolgen.

(4) Der Prüfung des Beschwerdegerichts unterliegen nur die gestellten Anträge im Rahmen der vorgebrachten Begründung.

(5) Gibt das Beschwerdegericht der Beschwerde gegen einen Beschluss, durch den die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder abweichend von dem Antrag der Staatsanwaltschaft die Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung ausgesprochen worden ist, statt, so kann es zugleich bestimmen, dass die Hauptverhandlung vor einer anderen Abteilung oder Kammer des Gerichts, das den Beschluss nach Abs. 2 erlassen hat, oder vor einem zu demselben Land gehörenden benachbarten Gericht gleicher Ordnung stattzufinden hat. In Verfahren, in denen ein Oberlandesgericht im

ersten Rechtszug entschieden hat, kann der Bundesgerichtshof bestimmen, dass die Hauptverhandlung vor einem anderen Senat dieses oder eines zu einem anderen Land gehörenden Gerichts stattzufinden hat.

Marc Wenske
Richter am Oberlandesgericht

1. Strafsenat
Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
Sievekingplatz 3
20355 Hamburg

Hamburg im November 2014

Sitzung der Expertenkommission des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Dritte Sitzung
am 17. und 18. November 2014
in Berlin

Referat „Filterfunktion des Zwischenverfahrens“

Entlastung der Hauptverhandlung durch Stärkung des Zwischenverfahrens

- Systemkonformer Rechtsschutz durch den sachnächsten Richter –

ENTLASTUNG DER HAUPTVERHANDLUNG DURCH STÄRKUNG DES ZWISCHENVERFAHRENS 2

A. EINFÜHRUNG 4

B. BESTANDSAUFNAHME 4

I. Gesetzliche Aufgabenzuweisungen für das Zwischenverfahren 5
1. Allgemeines 5
2. Funktionen der Eröffnungsentscheidung 6
a) Verfahrensabgrenzende Funktion 7
b) Verfahrenslenkende Funktion 7
c) Materiell-rechtliche Funktion 8
d) Prozessual präkludierende Funktion 8

II. Tatsächliche Bedeutung des Zwischenverfahrens 8
1. Befund 9
2. Ursachen 10

III. Wider die Abschaffung des Zwischenverfahrens 11

IV. Zwischenfazit 12

C. AKTIVIERUNG DES ZWISCHENVERFAHRENS 12

I. Einleitung 12
1. Einzelne „Gebrechen“ aus dem Justizalltag 13
a) Prozessauftakt als Nadelöhr 13
b) Zurückhalten von Verfahrensbeanstandungen 14
2. Zwischenverfahren als Lösungsweg? 15
a) Erörterung von Verfahrensfragen im Zwischenverfahren 15
b) Anknüpfungspunkte im geltenden Recht 16
aa) Grundlagen der Tatverdachtsprüfung (§ 203 StPO) 16
bb) Beweisverwertungsverbote und die Tatverdachtsprüfung 17
cc) „Letzte Zweifel“ – tatsächlich nur der Hauptverhandlung vorbehalten? 18
3. Rechtliche und tatsächliche Bedenken? 19
a) Recht auf konfrontative Aufklärung von Verfahrenstatsachen? 19
b) Bruch mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz? 19
c) Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters? 20

II. Einwendungsobliegenheiten 20
1. Das Verfahren über die Einwendungsobliegenheit 20
a) Begrenzungen der Einwendungsobliegenheit 21
aa) Bezugspunkt Anklageschrift 21
bb) Begrenzung der Einwendungsobliegenheit durch die Eingangsinstanz 22
b) Formelle Anforderungen eines Einwendungsverfahrens 22

aa) Zuständigkeit ... 23
(1) Eröffnung vor Gerichten niederer Ordnung ... 23
(2) Unparteiliches Gericht (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) ... 23
bb) Verfahren ... 25
(1) Schriftliches und mündliches Verfahren ... 25
(2) Einwendungen (§ 201 Abs. 1 Satz 1 StPO) ... 26
(2.1) Rechtscharakter der Einwendungsobliegenheit ... 26
(2.2) Begründungspflicht ... 27
(3) Unterbliebene Einwendungen ... 27
cc) Form ... 28
2. Rechtsfolgen ... 29
a) Rechtsfolge I: Innerprozessuale Bindungswirkung ... 29
aa) Wertungen im geltenden Recht ... 29
bb) Grenzen der innerprozessualen Bindungswirkung ... 30
cc) Mögliche Einwände gegen eine Bindung des Tatgerichts ... 31
(1) Justizgrundrechte ... 31
(2) Inbegriff der Verhandlung (§ 261 StPO) ... 31
(3) Konfrontationsrecht ... 32
(4) Mitwirkungsobliegenheiten des Verteidigers ... 32
dd) Grenze: Neue (Verfahrens-)Tatsachen ... 33
ee) Einwendungsobliegenheiten mehrerer Verfahrensbeteiligter ... 33
ff) Unterbliebene Einwendung ... 33
gg) Auswirkungen auf prozessuale Teilhabe- und Gestaltungsrechte ... 33
hh) Rechtsschutz ... 34
(1) Anfechtung der Entscheidung vor Beginn der Hauptverhandlung ... 34
(2) Rechtsschutz durch die Revision ... 34
b) Rechtsfolge II: Begrenzte mündliche Gehörsrechte ... 35
aa) Anknüpfungspunkte im geltenden Recht (§ 257a StPO) ... 35
(1) Gegenstände der Einwendungsobliegenheit als Verfahrenstatsachen ... 35
(2) Voraussetzungen einer Anordnung nach § 257a Satz 1 StPO de lege ferenda ... 36
bb) Einwände gegen das schriftliche Verfahren ... 38
(1) Grundsatz der Mündlichkeit (§ 250 StPO) ... 38
(2) Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 GVG) ... 38
(3) Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) ... 39
3. Zwischenfazit ... 39

D. EINZELNE REFORMÜBERLEGUNGEN ... 39

I. Präklusionszeitpunkt des § 25 Abs. 1 Satz 1 StPO ... 39
1. Der „Ablehnungsclou“ als aktuelles „Gebrechen“ des Justizalltags ... 39
2. Vorverlagerung des Unverzüglichkeitsgebots (§ 25 Abs. 2 StPO) ... 40

II. Gesetzliche Mindestanforderungen an die Form der Eröffnungsentscheidung ... 40

III. Anfechtbarkeit der Nichteröffnungsentscheidung ... 40

IV. Trennung von Eröffnungs- und Tatgericht? ... 41

E. KERNTHESEN ... 42

A. Einführung

Die Filterwirkung des Zwischenverfahrens läuft gegenwärtig in großen Teilen rechtspraktisch leer. Die Gründe hierfür sind vielgestaltig. Indes: Der Kerngedanke des Eröffnungsverfahrens, der Schutz eines Angeklagten vor unberechtigter, stigmatisierender Hauptverhandlung, erweist sich noch heute für das deutsche Strafverfahren als so bedeutsam, dass diese schützende Form nicht vorschnell aufgegeben werden sollte.

Die nachstehenden Überlegungen greifen die bestehenden gesetzlichen Strukturen des Zwischenverfahrens daher auf und unternehmen den Versuch, diesen Verfahrensabschnitt durch gesetzliche Einwendungsobliegenheiten für die Verfahrensbeteiligten inhaltlich aufzuwerten. Indem bereits die mit der Eröffnungsentscheidung betrauten Gerichte mit bestimmten Verfahrensfragen konfrontiert und zu deren Verbescheidung veranlasst werden – diese verfahrensrechtlichen Einwendungen also nicht erst der Hauptverhandlung vorbehalten dürfen –, soll die Filterfunktion des Zwischenverfahrens gestärkt werden. Die Verfahrensbeteiligten erhalten dieserart besonders zügig Rechtsschutz durch den sachnächsten Richter, der sich in dem weit weniger emotional aufgeladenen Eröffnungsverfahren diesen Verfahrensfragen besonders aufmerksam widmen kann. Gleichsam vermag solches die Hauptverhandlung in weiten Teilen von einer bereits im Zwischenverfahren absehbaren Erörterung von Verfahrensfragen freizuhalten.

Nach einer skizzierten Bestandsaufnahme des Zwischenverfahrens in der gegenwärtigen Rechtspraxis (**B.**) sollen das vorstehend umrissene Regelungskonzept und die hieran geknüpften Rechtsfolgen für die Hauptverhandlung und die Revisionsinstanz dargestellt werden (**C.**). Abschließend werden einzelne weniger konzeptionelle Reformüberlegungen dargestellt und bewertet (**D.**). Das Teilreferat schließt mit einer Darstellung der hier herausgestellten Kernthesen (**E.**).

Der nachstehende – eingedenk meiner hauptamtlichen Einbindung die Gestalt einer unvollendeten gedanklichen Skizze nicht übersteigende – Entwurf eines Regelungskonzepts für das Zwischenverfahren de lege ferenda soll Diskussionanstoß sein. Sämtliche rechtliche Einwände und denkbare Verfahrenskonstellationen vermag er freilich nicht zu antizipieren.

B. Bestandsaufnahme

Der Darstellung des hier vorgeschlagenen Regelungskonzepts über Einwendungsobliegenheiten der Verfahrensbeteiligten im Zwischenverfahren soll eine rechtliche wie rechtspraktische Bestandsaufnahme vorangestellt werden. Hier werden die späterhin durch das Regelungskonzept aufgegriffenen gesetzlichen Anknüpfungspunkte und

Wertungen dieses Verfahrensabschnitts dargelegt und die erkennbaren praktischen Umsetzungsdefizite erörtert.

I. Gesetzliche Aufgabenzuweisungen für das Zwischenverfahren

1. Allgemeines

Durch Vorlage der Anklageschrift mit dem sich hierauf beziehenden Antrag **erwirkt** die Staatsanwaltschaft einerseits die **Durchführung des im Zwischenverfahren** gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsprogramms durch das angerufene Gericht (§§ 203 ff. StPO); zum anderen konkretisiert sie damit den Verfahrensgegenstand und zugleich – vorbehaltlich abweichender Entscheidungen nach § 207 Abs. 2 StPO – den Umfang gerichtlicher Kongnitionspflicht (§ 264 StPO).[1] Anhand des gesamten durch die Anklagebehörde vorgelegten Aktenmaterials (vgl. § 199 StPO) überprüft das Gericht ohne Bindung an die rechtlichen und tatsächlichen Bewertungen der Anklagebehörde (vgl. § 206 StPO) den von dieser angenommenen Tatverdacht.[2]

Das dem Hauptverfahren vorgeschaltete, schriftlich durchgeführte **Zwischenverfahren** sorgt als „**Filter**“ dafür, dass nicht über jede angeklagte Tat zwingend nach Durchführung einer Hauptverhandlung entschieden werden muss. Diese **Kontrolle** schützt in erster Linie den Angeschuldigten[3] vor überschießenden oder **ungerechtfertigten Anklagen**;[4] er soll den mit einer zumeist öffentlich geführten Hauptverhandlung verbundenen Belastungen[5] nicht ohne zureichenden, zuvor durch ein unabhängiges Gericht überprüften Grund ausgesetzt werden.[6] Eine sorgfältige Prüfung im Zwischenverfahren dient ferner dem Ziel einer straff und **zügig durchzuführenden Hauptverhandlung**. Bereits hier kann Verfahrensstoff, für den es an zureichender Verdachtslage oder aus Gründen der Opportunität an der Erforderlichkeit einer Verhandlung mangelt (etwa § 154 Abs. 2 StPO), ausgeschieden werden. Solches schont die begrenzten strafjustiziellen Ressourcen und die mit einer Hauptverhandlung belasteten Verfahrensbeteiligten in gleicher Weise.

Schließlich gibt das Zwischenverfahren den rechtlichen Rahmen vor für ein dem Angeschuldigten erstmals umfassend zu gewährendes **rechtliches Gehör** (Art. 103

---

[1] Vgl. *Heghmanns* Das Zwischenverfahren im Strafprozess, 1991, S. 57f.; *Kühne* Strafprozessrecht, 8. Aufl., § 36 Rn 617.

[2] BGH Beschl. v. 18.3.1979 – 1 StR 213/79, BGHSt 29, 224, 229 = NJW 1980, 1858.

[3] BGH v. 20.3.2008 – 1 StR 488/07, NJW 2008, 2451, 2453 = NStZ 2008, 457; in diesem Sinne auch *Eschelbach*, FS Richter II, 2006, S. 113, 116; *Steinberg* Richterliche Gewalt und bürgerliche Freiheit, 2010, S. 100f., *Heghmanns* S. 119.

[4] Vgl. Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* Vor § 198 Rn 12.

[5] Hierzu *Heghmanns* S. 66 ff.

[6] Hierzu nur *Schäpe* Die Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschluss und ihre Heilung im späteren Verfahren, 1998, S. 117 ff.; *Rieß* FS Rolinski, 2002, S. 239; *Meyer-Goßner* JR 1981, 214, 217; bereits *Oetker* GerS 106 (1935), 66, 74, der sich freilich zugleich gegen den damals vermeintlich auf der Hand liegenden Vorwurf des „Liberalisierens“ zu verwahren sucht (vgl. S. 314.); *Foertsch* Die Berücksichtigung von Beweisverwertungsverboten im strafprozessualen Zwischenverfahren, 2002, S. 57; *Steinberg* S. 100; *Schwarze* GerS 36 (1884), 194, 297; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* Vor § 198 Rn 12; SK-StPO/*Paeffgen* Vor §§ 198 Rn 5; KMR/*Seidl* Vor 198 Rn 1; *Loritz* Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, 1996, S. 45; *Schäpe* S. 119.

Abs. 1 GG).[7] Ihm ist namentlich die Anklageschrift zur Kenntnis zu bringen (§ 201 StPO) und er ist vor jeder gerichtlichen Sachentscheidung im Zwischenverfahren zu hören.[8] Die hierdurch ermöglichte – auch konventionsrechtlich gebotene (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. a und b MRK; vgl. ferner Art. 14 Abs. 3 lit. a IPbpR[9]) – **Kenntnisnahme von den ihm zur Last gelegten Tatvorwürfen und die Unterrichtung über die Möglichkeit, Einwendungen und Beweiserhebungen** zu beantragen, gewährleisten für den Angeschuldigten als Ausfluss seiner Subjektstellung eine effektive Vorbereitung der Verteidigung.

Zur effektiven Umsetzung dessen erhält der Verteidiger nunmehr erstmals (vgl. § 169a StPO) uneingeschränkte Einsicht in die Ermittlungsergebnisse (vgl. § 147 Abs. 2 StPO). **Rechtspraktisch** oftmals **unterschätzt** sind die Möglichkeiten dieser Gehörsrechte für den Eintritt in einen Dialog mit dem wahrscheinlichen späteren Tatgericht. In Kenntnis sämtlicher Ermittlungsergebnisse – auch im Wege eines Antrags auf bestimmte Beweiserhebungen (vgl. §§ 201, 202 StPO) – kann zu den Vorwürfen Stellung genommen und dem Gericht hierdurch zugleich der Schwerpunkt bestehender Bedenken seitens der Verteidigung aufgezeigt werden. Hier kann dem Tatverdacht in rechtlich wie tatsächlicher Weise entgegengetreten werden. Ferner mag es im Einzelfall sinnvoll sein, die Bereitschaft zu anderen, den Angeschuldigten weniger belastenden Verfahrenserledigungen, namentlich dem Strafbefehlsverfahren oder einer Verständigung (vgl. §§ 202a, 257c StPO), erkennen zu lassen. Auch für Ausführungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeschuldigen[10] kann das Zwischenverfahren durch die Verteidigung genutzt und auf diese Weise der stigmatisierenden Wirkung gerade einer länger dauernden Hauptverhandlung entgegen gewirkt werden.[11]

2. Funktionen der Eröffnungsentscheidung

Nach allgemeiner Ansicht stellt der Eröffnungsbeschluss als „einseitiger Staatsakt“ auf Antrag der Staatsanwaltschaft hin – verstanden als prozessuale Erwirkungshandlung[12] – eine **Verfahrensvoraussetzung**[13] dar.[14] Die Rechtsprechung spricht diese

---

[7] Vgl. nur *Haas* Strafbegriff, Staasverständnis und Prozessstruktur, 2008, S. 13; *Rieß* FS Rolinski, 2002, S. 239, 241; vgl. ferner *Nagler* GS 111 (1938), 342, 349.

[8] KMR/*Seidl* § 201 Rn 1; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 201 Rn 1; *Reinhart* in Radtke/Hohmann, StPO, § 201 Rn 1; *Ritscher* BckOK-StPO, 18. Ed., § 201 Rn 1; SK/*Paeffgen* § 201 Rn 1; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 201 Rn 3; ferner OLG Rostock v. 10.8.2010 – I Ws 193/10, NStZ-RR 2010, 382; OLG Celle v. 24.6.1997 – 21 Ss 73/97, StV 1998, 531; HansOLG Hamburg v. 14.9.1992 – 2 Ws 396/92, NStZ 1993, 53; OLG Düsseldorf v. 31.10.2000 – 2b Ss 268/00 - 75/00 I, StV 2001, 498. OLG Düsseldorf v. 2.7.2003 – III-2 Ss 88/03-41/03 II, NJW 2003, 2766, 2767.

[9] Zum Verhältnis beider menschenrechtlicher Garantien: Löwe/Rosenberg/*Esser* EMRK Art. 6 Rn 11.

[10] Vgl. *Heghmanns* Hdb zum StrafV, VI Rn 7.

[11] Zu möglichen, in der Rechtspraxis allerings vereinzelt bleibenden Verteidigungsstrategien *Wehnert* MünchAnwaltsHdb Strafverteidigung, Rn 7 ff.

[12] So *Eb. Schmidt*, Lehrkomm. StPO Teil I (1952) Rn 203 ff.

[13] Zur Kritik an der insoweit uneinheitlichen und unpräzisen Terminologie von Verfahrenshindernis und Verfahrensvoraussetzung vgl. nur *Meyer-Goßner* Prozessvoraussetzungen, S. 5 ff., 35 ff.;

[14] Vgl. bereits BGH v. 14.5.1957 – 5 StR 145/57, BGHSt 10, 278, 279 = NJW 1957, 1244; BGH v. 18.3.1980 – 1 StR 213/79, BGHSt 29, 224, 227 f. = NJW 1980, 1858; BGH v. 16.10.1980 – StB 29/80, BGHSt 29, 351, 354 = NJW 1981, 133; BGH v. 04.04.1985 – 5 StR 193/85, BGHSt 33, 167,

Eigenschaft Umständen zu, die „so schwer wiegen, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des Verfahrens im Ganzen abhängig gemacht werden muss.“[15] Dem Eröffnungsbeschluss wird sie mit Recht beigemessen: Dieser schließt das Zwischenverfahren durch eine – dieses Verfahrensstadium beendende [16] – unabhängige und eigenverantwortliche gerichtliche Überprüfung des Ermittlungsergebnisses ab.[17] Das Ergebnis dieser Überprüfung **dokumentiert** der Eröffnungsbeschluss in den Verfahrensakten. Die prozessual prominente Stellung der Eröffnungsentscheidung als Verfahrensvoraussetzung wird ferner unterstrichen durch folgende vom Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts als materielle Voraussetzung unabhängige Funktionskreise:

a) Verfahrensabgrenzende Funktion

Der Eröffnungsbeschluss **konkretisiert** im Zusammenspiel mit der von der Anklageschrift umgrenzten Tat den **Verfahrensgegenstand** in sachlicher und personeller Hinsicht (vgl. §§ 264, 155 StPO); er **bestimmt** auf diese Weise **Art und Umfang des Schuldvorwurfs**, der Gegenstand des Verfahrens ist,[18] verleiht diesem eine **qualifizierte Rechtshängigkeit**[19], stellt insoweit ein Verfahrenshindernis für die Verfolgung der angeklagten Taten in einem weiteren Verfahren dar und verschließt der Staatsanwaltschaft – mit Ausnahme von § 153c StPO – eine Rücknahme der erhobenen öffentlichen Klage.[20] Wird lediglich teilweise eröffnet, im Übrigen die Eröffnung aber abgelehnt (§ 204 StPO), so begrenzt über die Anklage hinaus der Eröffnungsbeschluss die gerichtliche Kognition auf den durch ihn bestimmten Umfang.[21] Eine weitergehende Bindungswirkung, etwa auch betreffend die zugrundeliegende rechtliche Würdigung, entfaltet die Eröffnungsentscheidung hingegen nicht (vgl. § 264 Abs. 2 StPO). Schließlich wird hierdurch der mit Anklagerhebung in das Verfahren eingeführte Begriff des „Angeschuldigten“ durch den des „Angeklagten“ abgelöst (§ 157 StPO).

b) Verfahrenslenkende Funktion

Der Eröffnungsbeschluss bestimmt überdies – jedenfalls zunächst (vgl. §§ 225a, 269, 270 StPO) – die Zuständigkeit des Gerichts und gestaltet im regelungssystematischen Zusammenspiel mit §§ 209, 209a StPO die grundrechtsgleiche Gewährleistung des **Rechts auf den gesetzlichen Richter** (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) einfach-

---

168 = NJW 1985, 1720; auch BGH v. 29.9.2011 – 3 StR 280/11, NStZ 2012, 225; BGH v. 25.2.2010 – 4 StR 596/09, BeckRS 2010, 07489; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 207 Rn 3; KK-StPO/*Schneider* § 207 Rn 2; SK-StPO/*Paeffgen* § 207 Rn 4, 15; *Meyer-Goßner* JR 1981, 377, 378; *Schäpe* S. 119; *Michler* Der Eröffnungsbeschluss im Strafverfahren, 1989, S. 208; *Schlüchter* Rn 387.

[15] BGH v. 23.11.1960 – 4 StR 265/60, BGHSt 15, 287, 290 = NJW 1961, 567, 568; BGH v. 25.10.2000 – 2 StR 232/00, BGHSt 46, 159 = NJW 2001, 1146. Hierzu näher *Krack* GA 2003, 536, 537 ff.

[16] So auch *Michler* S. 114 f.

[17] *Foertsch* S. 70; *Heghmanns* S. 95.

[18] Vgl. BGH v. 16.10.1980 – 3 StB 29/80, BGHSt 29, 351= NJW 1981, 133.

[19] Zu diesem zutreffenden, plakativen Begriff *Oetker* GS 106 (1935) 66, 72.

[20] *Strate* StV 1985, 337, 338.

[21] Vgl. Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 207 Rn 3.

gesetzlich aus.[22] Im Entscheidungszeitpunkt prüft das Gericht seine **örtliche wie funktionelle Zuständigkeit** letztmalig von Amts wegen (vgl. § 16 S. 1, § 6a S. 1 StPO); die **Verfahrensherrschaft** verbunden mit der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit geht mit der positiven Eröffnungsentscheidung endgültig auf das Gericht über, vor dem das Verfahren eröffnet worden ist.[23] Dieses ist nunmehr zuständig als Tatgericht – als erkennendes Gericht.[24]

c) Materiell-rechtliche Funktion

Dem Eröffnungsbeschluss kommt – bei abweichender (Teil-) Eröffnung (§ 207 Abs. 2 StPO) nur in nämlicher Reichweite[25] – in **materiell-rechtlicher Hinsicht** eine verjährungsunterbrechende Funtkion zu (vgl. § 78c Abs. 1 Nr. 7 StGB).[26] Überdies **präkludiert** die Eröffnungsentscheidung etwa die Anwendung möglicher Strafrahmenverschiebungen (vgl. § 46b Abs. 3 StGB, § 31 S. 2 BtMG).

d) Prozessual präkludierende Funktion

Auch in **prozessualer Hinsicht** erzeugt die Eröffnungsentscheidung in mehrfacher Hinsicht eine **Präklusionswirkung**: Die Entscheidung über die Ablehnung eines erkennenden Richters kann fortan nur noch mit dem Urteil angefochten werden (vgl. § 28 Abs. 2 S. 2 StPO); von der Eröffnung an sind Entscheidungen des erkennenden Gerichts grundsätzlich nicht mehr mit der Beschwerde anfechtbar (vgl. § 305 Satz 1 StPO). Ferner kann die Anklageschrift nach Erlass der Eröffnungsentscheidung nicht mehr zurückgenommen werden (vgl. § 156 StPO ; als systemwidrige Ausnahme erweist sich insoweit § 153c StPO); damit wird erkennbar dem Interesse des Angeklagten und der Allgemeinheit an einer gerichtlichen Entscheidung von dort an der Vorrang eingeräumt.[27]

II. Tatsächliche Bedeutung des Zwischenverfahrens

Es entspricht nahezu einhelliger Ansicht, dass die vorstehend dargestellte Bedeutung des Zwischenverfahrens, namentlich seine Filterfunktion, gegenwärtig – ebenso wie in der Vergangenheit – in der Rechtspraxis weitgehend leer läuft.[28]

---

[22] So zutreffend der Befund von *Rieß* FS Rolinski, 2002, S. 239, 244; dazu bereits – insoweit ohne ideologisches Gepräge – *Nagler* GS 111 (1938), 342, 358 f.
[23] Vgl. hierzu *Haas* S. 7.
[24] BGH v. 4. 12. 1951 –- 1 StR 594/51, NJW 1952, 234.
[25] MünchKomm-StGB/*Mitsch* § 78c StGB Rn 14.
[26] Vgl. BGH v. 25.10.2000 – 2 StR 232/00, BGHSt 46, 159, 167 = NJW 2001, 1146; zur verjährungsunterbrechenden Wirkung eines fehlerhaften, nicht aber nichtigen, Eröffnungsbeschluss: BGH v. 9.4.1997 – 3 StR 584/96, NStZ-RR 1997, 282 = BGHR StGB § 78c Abs 1 Nr 7 Eröffnung 1; BGH v. 16.10.1980 – 3 StB 29/80, BGHSt 29, 351, 357 = NJW 1981, 133; **a.A.** mit beachtlichen Gründen *Nelles* NStZ 1982, 96,102.
[27] Vgl. bereits *Oetker* GS 106 (1935), 314, 327; *Peters* Strafprozeß § 51 III.3.
[28] Vgl. LR/*Stuckenberg*, Vor § 198 Rn. 45; *Duttge*, S. 230, 245; *Eschelbach*, FS-Richter II, S. 194; *Linden*, 60. DJT M 44; *E. Müller*, 60. DJT, M 76; *Radtke*, S. 131, 146; *Rieß*, FS-Rolinski, 2002, S. 239; *ders*. Jura 2002, 735, 736; *Wehnert*, MAH Strafverteidigung, Teil B § 5 Rn. 8 f.; so auch die Schlussfolgerung im Beschluss der Bundesregierung „Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens“ vom 6. April 2001, abgedruckt in StV 2001, 314, 315.

1. Befund

Für diesen Befund streiten zunächst die hierzu bislang erhobenen und ausgewerteten **statistischen Daten**. In der das Jahr 2005 betreffenden Erhebung des Statistischen Bundesamtes wurde nur in einem Umfang von etwa 0,6% die Eröffnung der Hauptverhandlung abgelehnt. Bei den Landgerichten lag der Anteil bei etwa 2%;[29] im Jahre 2013 bei 2,1%.[30] Nur in einem geringen Teil der Verfahren wird seitens der Verteidigung vom Erklärungsrecht Gebrauch gemacht (etwa 7%); Einwendungen und Beweisanträge waren noch seltener (etwa 3,5%).[31] Dieses Bild wird ferner gezeichnet durch die Darstellungen in den einschlägigen Praktikerhandbüchern.

Dies deckt sich mit meinen **eigenen tatrichterlichen Erfahrungen**.

Bei den **Amtsgerichten** erfolgt die Eröffnungsentscheidung weitgehend formulargestützt. Auf demselben Formular finden sich oftmals die Beschlussformel mit den – ggf. zu streichenden – Ergänzungen und vorgedruckte Zeilen für die Terminsbestimmung. Schon lange ist die Zulässigkeit eines formulargestützten Vorgehens höchst- und obergerichtlich anerkannt; [32] dies gilt selbst dann, wenn die Beschlussformel nicht unmittelbar unterzeichnet worden ist, sondern sich die Unterschrift des Vorsitzenden erst unter der – gar umseitig abgedruckten – Ladungsverfügung findet (vgl. § 214 StPO – systematisch verortet im Abschnitt über das Hauptverfahren!). Dies mag rechtspraktisch zur Arbeitserleichterung nachvollziehbar sein; unbestreitbar haftet solchem Vorgehen allerdings der Anschein eines routinemäßigen Ablaufs und nicht so sehr der Eindruck sorgfältiger Einzelfallprüfung an. Aber auch bei den **Großen Strafkammern** in Hamburg ist eine mündliche, alle für die Eröffnungsentscheidung bestimmenden Umstände erfassende Eröffnungsberatung keine Selbstverständlichkeit. Hier wird zumindest auch Gebrauch gemacht vom sog. Umlaufverfahren[33] oder der „bilateralen“ Beratung von Strafkammervorsitzenden und Berichterstatter. Gelangt deren „Beratungsergebnis“ dem dritten Mitglied der Strafkammer zur Kenntnis oder erblickt er gar unter dem Entwurf der Eröffnungsentscheidung bereits zwei Unterschriften, wird die Idee kollegialgerichtlicher Willensbildung als rechtspraktisch geronnene schützende Form dieses Verfahrensabschnitts desavouiert.[34]

Auch **Verteidigungsaktivitäten** vermochte ich in meiner Zeit als Mitglied einer Großen Strafkammer – mit Ausnahme der Zeit als Beisitzer einer Wirtschaftsstrafkam-

---

[29] Vgl. die Nachweise bei LR/*Stuckenberg*, Vor § 198 Rn. 13 Fn. 23.
[30] Vgl. Statistisches Bundesamt Fachserie 10 Reihe 2.3, S. 60 ff.
[31] *Dölling/Feltes/Dittmann*, Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten (2000), S. 143, 154; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg*, Vor § 198 Rn. 13; *Eschelbach*, FS Richter II; S. 113, 119, 130 ff.
[32] Vgl. nur BGH v. 29.09.2011 – 3 StR 280/11, NStZ 2012, 225; OLG Celle v. 23.1.978 – 2 Ss 295/77, JR 1978, 347 mit Anm. *Peters*; OLG Düsseldorf v. 1.12.1982 – 2 Ss 531/82 - 398/82 II, StV 1983, 408; ferner Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 207 Rn 34.
[33] Vgl. auch *Kohlhaas*, GA 1955, 65, 70; SK/*Paeffgen*, StPO, 4. Aufl., § 199 Rn. 15; Die Einholung schriftlicher Voten hielt bereits *Binding* gar für „unstatthaft“, Grundrisse des deutschen Strafprozessrechts, 5. Aufl., 1904, S. 170; vgl. ferner schon *Zachariä*, Gebrechen und Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 93.
[34] Hierzu instruktiv *Rieß* in FS Müller, S. 599, 609 f.; krit. auch *Mellinghoff*, Fragestellung, Abstimmung und Abstimmungsgeheimnis im Strafverfahren (1988), S. 14 ff.

mer – in diesem Verfahrensstadium in aller Regel nicht zu verzeichnen. In den seltensten Fällen wurde vom Recht auf Gehör Gebrauch gemacht oder auch nur eine Stellungnahme zum Tatverdacht abgegeben.[35]

2. Ursachen

Die Ursachen für die dem Zwischenverfahren weitgehend attestierte rechtspraktische Bedeutungslosigkeit vermag ich nicht zu übersehen. Nicht ohne jede Bedeutung dürfte hierbei allerdings sein, dass die formalen Anforderungen an den Eröffnungsbeschluss – als Verfahrensvoraussetzung – durch eine in jedem Einzelfall zwar nachvollziehbare, in ihrer Gesamtheit das Eröffnungsverfahren aber weitgehend entwertende „kasuistisch zersplitterte und ganz uneinheitliche“[36] Rechtsprechung nahezu aufgelöst erscheinen. So sind schlüssige Eröffnungsentscheidungen – etwa „versteckt“ in Terminierungen, Verbindungs- und Verweisungsbeschlüssen oder Haftentscheidungen[37] – ebenso möglich wie der indizielle Schluss aus unterschiedlichen Beweiszeichen – gar aus dem Verhalten der Verfahrensbeteiligten[38] – auf den gerichtlichen Eröffnungswillen.[39] Überdies ist allgemein anerkannt, dass der Eröffnungsbeschluss auch noch nach Ladung zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung und vor ihrem Beginn – sogar bis zur Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache[40] – wirksam erlassen werden kann.[41] Vor dem Hintergrund der letztlich geringen formalen Anforderungen an die Eröffnungsentscheidung nimmt die den hier nur auszugsweise wiedergegebenen Nachweisen aus der Rechtsprechung zu entnehmende Nachlässigkeit bei der Abfassung des Beschlusses, aber auch die weitgehend konstatierte routinemäßige Abwicklung des Zwischenverfahrens und damit der einhellig festgestellte Leerlauf der Filterfunktion nicht wunder. Die „Rettungsbemühungen“ der Rechtsprechung für notleidende Eröffnungsentscheidungen sind nachvollziehbar; sie suggerieren aber das Bild von einer ritualisierten, gar lästigen und nahezu immer zu „rettenden“ Routinehandlung.

---

[35] Ähnlich der Befund von KMR/*Seidl*, Vor § 198 Rn. 9 f.
[36] *Rieß*, FS Rolinski, 2002, S. 239, 243.
[37] BGH v. 06.08.1974 – 1 StR 226/74; BGH v. 15.05.1984 – 5 StR 283/84, NStZ 1984, 520; BGH v. 20.11.1987 – 3 StR 493/87, NStZ 1988, 236; BGH v. 14. 12. 1993 – 4 StR 714/93; BGH v. 17.12.1999 – 2 StR 376/99, NStZ 2000, 442, 443; so auch KMR-StPO/*Seidl* § 207 Rn 7; BeckOK-StPO/*Ritscher* § 207 Rn 8.
[38] In diesem Sinne gar OLG Hamm v. 26.06.2001 – 2 Ss 357/01, VRS 101 (2001), 120, 121 = BeckRS 2001, 30189960.
[39] BGH v. 09.11.1989 – 4 StR 520/89, NStZ 1990, 137, 138; BGH v. 05.02.1998 – 4 StR 606/97, NStZ-RR 1999, 14, 15; BGH v. 06.08.1974 – 1 StR 226/74; hierzu bereits RG, v. 13.12.1920 – III 1579/20, RGSt 55, 159; bedenklich OLG Stuttgart v. 18.8.1978 – 1 Ss 596/78, Justiz 1978, 475.
[40] Vgl. BGH v. 02.11.2005 – 4 StR 418/05, BGHSt 50, 247, 248 = NJW 2006, 240; BGH v. 07.02.2006 – 1 StR 504/05, NStZ-RR 2006, 146; so bereits BGH v. 15.08.1979 – 2 StR 465/79, BGHSt 29, 94, 96 = NJW 1979, 2483; BGH v. 09.06.1981 – 4 StR 263/81, NStZ 1981, 448; BGH v. 13.10.1982 – 3 StR 236/82, StV 83, 2; BGH v. 15.05.1984 – 5 StR 283/84, NStZ 1984, 520; BGH v. 04.04.1985 – 5 StR 193/85, BGHSt 33, 167, 168 = NJW 1985, 1720; BGH v. 31.01.1986 – 2 StR 726/85, NStZ 1986, 276; BGH v. 09.01.1987 – 3 StR 601/86, NStZ 1987, 239; HansOLG Hamburg v. 31.01.1962 – B Ss 320/61, NJW 1962, 1360; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 207 Rn 60; KMR-StPO/*Seidl* § 207 Rn 24; SK-StPO/*Paeffgen* § 207 Rn 28; *Schäfer*, Praxis d. Strafverfahrens, Rn 789; *Michler* S. 154.
[41] Vgl. nur KK-StPO/*Schneider* § 207 Rn 21; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 207 Rn. 57; *Schäpe* S. 125; *Michler* S. 152 ff.

Für die **zurückhaltenden Verteidigungsaktivitäten** in diesem Verfahrensstadium vermag ich aus richterlicher Sicht keine Erklärung zu formulieren. Ob dies etwa zumindest auch darauf zurückzuführen ist, dass sich Verteidiger – entsprechend Fingerzeigen in einem Handbuch für Strafverteidiger – das Vorbringen von Einwänden und Beweisanträgen für die Hauptverhandlung („ *... wo sie ... schlechter auszuräumen sind ...*“[42]) oder – dann freilich leichtfertig[43] – für die Revisionsinstanz vorbehalten.[44] kann ich nicht übersehen.[45]

III. Wider die Abschaffung des Zwischenverfahrens

Soweit ersichtlich wird derzeit eine Abschaffung des Zwischenverfahrens einhellig nicht erwogen.[46] Zu Recht. Hierzu sei nur Folgendes skizziert:

Jenseits amtsgerichtlicher Verfahren – also gerade dann, wenn nachhaltige Rechtsfolgen erwartet werden – steht dem Angeklagten nur eine Tatsacheninstanz zur Verfügung. Mit Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung[47] durch das 1. StVÄG 1974[48] ist eine Kompensation für den dieserart **verkürzten Rechtszug** weggefallen.[49] Durch die – auch nach der Neufassung des § 76 Abs. 2 GVG naheliegend – rechtstatsächlich wohl weiterhin jedenfalls überwiegende Verhandlung in reduzierter Strafkammerbesetzung verringern sich tatgerichtliche **Erkenntnismöglichkeiten**;[50] das Korrektiv im Erkenntnisverfahren in Person des dritten berufsrichterlichen Beisitzers ist damit in einer Vielzahl an Fällen weggefallen. Nicht zuletzt führt solches zu einem gesetzlich nicht gewollten faktischen Gewicht des (erfahrenen) Vorsitzenden im Rahmen des Meinungsbildungsprozesses innerhalb eines Spruchkörpers.[51] Überdies stehen nach Inkrafttreten des **Verständigungsgesetzes** aus dem Jahre 2009[52] weitere Einbußen auf Seiten der schützenden Formen im tatrichterlichen Erkenntnis-

---

[42] *Wehnert*, a.a.O. Rn. 85, auch unter Hinweis auf das Handbuch von *Dahs*.
[43] Vgl. etwa *Basdorf*, StV 1997, 488, 492.
[44] *Wehnert*, a.a.O. Rn. 85, auch unter Hinweis auf das Handbuch von *Dahs*.
[45] Vgl. ferner *Hamm* StV 1982, 490 sowie die zahlreichen Nachweise zur Verteidigungstaktik bei Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 201 Rn 24 und KMR/*Seidl* § 201 Rn 18 ff; Radtke/Hohmann/*Reinhart* § 201 Rn 7.
[46] *Rieß*, FS Rolinski, 2002, S. 239; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* Vor § 198 Rn. 18; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl., Rn. 749; *Dengler*, S. 343; *Gössel*, 60. DJT C 61.; *Roxin/Schünemann*, StrafverfahrensR, 26. Aufl., S. 304; zweifelnd hingegen *Weigend*, ZStZ 113 (2001), S. 271, 285 und **a.A.** *Linden*, 60. DJT M 44.
[47] Vgl. hierzu *Ernst* Das gerichtliche Zwischenverfahren nach Anklageerhebung, 1998, S. 43 ff.
[48] BGBl. I, S. 1067.
[49] Darauf weist zutreffend hin *Wahl*, NJW-Sonderheft für G. Schäfer 2002, S. 73, 75; zum im Gesetzgebungsverfahren 1903 als Ersatz für eine fehlende zweite Tatsacheninstanz diskutierten mündlichen Vortermin, vgl. *Nagler* GS 111 (1938), 342, 354.
[50] Vgl. hierzu nur *Rissing-van Saan*, FS Krey, 2010, S. 431, 442.
[51] *Heß/Wenske*, DRiZ 2010, 262, 264; zur verringerten Kontrolldichte der reduzierten Strafkammerbesetzung vgl. nur *Rissing-van Saan*, FS Krey, 2010, S. 431, 442 ff.; *Rieß*, FS Schöch, 2010, S. 895, 910 f.; hierzu auch BGH v. 07.07.2010 – 5 StR 555/09, NStZ 2011, 52.
[52] BGBl. I, S. 2353.

verfahren[53] – etwa durch vorschnelle Verständigungen (auch über den Schuldspruch) unter Verletzung des § 244 Abs. 2 StPO – zu besorgen.[54]

In den Blick zu nehmen ist schließlich eine **rechtspraktische Veränderung** bereits im **Ermittlungsverfahren**. In der überwiegenden Anzahl der Verfahren läuft die – gesetzlich freilich weiterhin vorgegebene (§ 152 GVG) – rechtliche Kontrolle der polizeilichen Ermittlungsarbeit durch die Staatsanwaltschaften leer (vgl. hierzu Referat von Herrn *Schmengler*). Auch insoweit ist ein – ursprünglich gesteigerten Rechtsschutz für den Beschuldigten verheißendes – Korrektiv in Gestalt der – ein **Wächteramt** ausübenden – Staatsanwaltschaft rechtspraktisch in einem Großteil der geführten Strafverfahren weitgehend entfallen.[55]

Schon vor diesem – hier nur angedeuteten regelungssystematischen wie verfahrenspraktischen – Hintergrund sind Rechtsschutz und Verfahrenskontrolle durch ein unabhängiges Gericht noch vor der Hauptverhandlung auch weiterhin geboten. Und nicht zuletzt: Ein effektiv ausgestaltetes Zwischenverfahren, das sämtliche Verfahrensbeteiligte bereits zu Wort kommen lässt und Raum für eine sorgfältige Vorbereitung der Hauptverhandlung bietet, erweist sich als Gewähr, um die Verfahrensziele von bestmöglicher Wahrheitserforschung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu realisieren.[56]

IV. Zwischenfazit

Nach alledem muss die Frage daher nicht dahin lauten, *ob* am Zwischenverfahren festzuhalten ist; entscheidend ist vielmehr *wie* dessen Möglichkeiten im Sinne eines effektiveren Strafverfahrens zu aktivieren sind.

C. Aktivierung des Zwischenverfahrens

I. Einleitung

Um die heute anscheinend weitgehend leerlaufenden **Schutzfunktionen des Zwischenverfahrens zu aktivieren**, bietet es sich aus meiner Sicht in erster Linie an an, das Zwischenverfahren insgesamt **inhaltlich und in seinen rechtlichen Folgewirkungen** für das weitere Verfahren aufzuwerten (vgl. zu einzelnen weiteren Reformvorschlägen nachstehend **D.**). Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

---

[53] Auf diesen Zusammenhang weist zutreffend hin: BeckOK-StPO/*Eschelbach*, Ed. 18, § 257c Rn 1.8f.
[54] Vgl. die Erhebung von Altenhain im Verfahren über die Verfassungsbeschwerden zum Urteil des BVerfG vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/, 2883/10, 2155/11, BVerfGE 133, 168, 194.
[55] Die zunehmende Belastung der Gerichte und damit nicht korrespondierender Personalausstattung sollen hier Fußnotennotiz bleiben; sie sind freilich ein ebenfalls nicht zu unterschätzender, rechtstatsächlicher Aspekt (vgl. dazu Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes aus dem Jahre 2009, abrufbar unter info@drb.de).
[56] Vgl. auch *Gössel*, 60. DJT C 61.

1. Einzelne „Gebrechen“ aus dem Justizalltag

Gegenwärtig wird die Hauptverhandlung oftmals mit Verfahrensfragen belastet, die nicht zwingend zu ihrem Gegenstand gehören müssten. Dies gilt namentlich für Einwendungen der Verfahrensbeteiligten, die sich auf möglicherweise bestehende Verfahrensvoraussetzungen oder Verfahrensfehler beziehen. Ob der Hintergrund hierfür ein verfahrenstaktischer ist (vgl. vorstehend S. 10) oder aber die Verfahrensakten durch die Verfahrensbeteiligten – möglicherweise auch die Gerichte – im Zwischenverfahren nicht durchgehend mit der gebotenen Aufmerksamkeit vorbereitet werden, vermag ich nicht übersehen. Hierauf kommt es an dieser Stelle aber auch nicht an. Denn jedenfalls ein erst im Hauptverfahren zur Sprache gebrachter, **im Zwischenverfahren aber bereits erkennbarer verfahrensrechtlicher Einwand** lässt die besonders wichtige Filterfunktion des Zwischenverfahrens leerlaufen. Dort hätte er sinnvoller Weise bereits angebracht und gerichtlicher Kontrolle zugeführt werden müssen. Namentlich sind in der Rechtspraxis folgende Abläufe gegenwärtig regelmäßig zu beobachten:

a) Prozessauftakt als Nadelöhr

Es entspricht landläufiger tatrichterlicher Erfahrung, dass gerade in besonders öffentlichkeitswirksamen Verfahren von den Tatgerichten bereits das Verlesen der Anklage am ersten Hauptverhandlungstag und damit das gesetzliche Prozedieren nach § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO als „Erfolg“ gewertet wird. Oftmals scheitert dies etwa an **kurzfristig** – bis zur Vernehmung des ersten Angeklagten „über seine persönlichen Verhältnisse“ (§ 25 Abs. 1 Satz 1 StPO) – **angebrachten Befangenheitsgesuchen** (vgl. hierzu nachstehend S. 39) oder umfassend vorbereiteter schriftlicher (und sodann in öffentlicher Verhandlung verlesener) Aussetzungsanträge, die sich namentlich auf eine angeblich **fehlerhaft abgefasste Anklageschrift**, einen deshalb **rechtswidrigen Eröffnungsbeschluss** oder eine **unzureichend gewährte Akteneinsicht** im Zwischenverfahren gründen. Ein mir vorliegendes Skriptum aus einer Fachanwaltsfortbildung zeigt zahlreiche weitere „Verfahrenstipps“ auf, die in die nämliche Richtung weisen und ein erstmaliges Thematisieren dieser Fragen in der Hauptverhandlung als angemessene Verteidigungstaktik zu suggerieren scheinen.[57]

Nur beispielhaft habe ich das Ergebnis einer überschlägigen – empirisch freilich nicht belastbaren – Internet-Recherche mit den Stichworten „*Prozessauftakt*“ und „*ge-*

[57] Etwa: „**Beanstandungen der Anklageschrift** sollten vor Verlesung (sic!) der Anklageschrift vorgetragen werden“; „Anträge wegen **unvollständiger Akteneinsicht** und des Aktenumfangs sind vor der Vernehmung des eigenen Mandanten zur Sache zu stellen...“; Beanstandung der **Verwertung von Mitteilungen anonymer Informanten erstmals in der Hauptverhandlung** durch umfangreich begründeten Verwertungswiderspruch; umfangreiche Beanstandung in der Hauptverhandlung einer **vorgeblich fehlenden Löschung von Kernbereichsgesprächen**, um eine „Sensibilität für dieses Thema zu wecken“; „Besondere Gründe können es notwendig machen den **(Befangenheits-)Antrag auch kurzfristig** (vor Beginn der Hauptverhandlung) auf der Geschäftsstelle mit der ausdrücklichen Bitte abzugeben, den konkreten Zeitpunkt der Übergabe zu vermerken und den Vorsitzenden sofort zu informieren ... Das Gericht kann dann nicht die Entscheidung zunächst zurückstellen und zunächst weiterverhandeln, denn § 29 Abs. 2 StPO gilt nur für Anträge innerhalb der Hauptverhandlung“.

platzt“ als **Anlage I** beigefügt. Diese Verfahrensfragen werden gegenwärtig nur in den seltensten Fällen zum Gegenstand des Zwischenverfahrens gemacht.[58]

b) Zurückhalten von Verfahrensbeanstandungen

Überdies zählen zum Gegenstand der Hauptverhandlung heute oftmals weitere Verfahrensfragen, die zu weiten Teilen ebenfalls bereits im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung erkennbar waren. Hier sei nur beispielhaft die Einwendung gegen eine unzureichend abgefasste ermittlungsrichterliche TKÜ-Anordnung nach §§ 100a, 100b StPO und ein hieraus abgeleitetes **Beweisverwertungsverbot** genannt. Aus meiner Zeit als Tatrichter ist mir nicht ein Verfahren erinnerlich, in dem eine Beanstandung ermittlungsrichterlich angeordneter Zwangsmaßnahmen bereits im Zwischenverfahren erfolgte. Dies wird – möglicherweise auch eingedenk der sog. Widerspruchslösung (vgl. nachstehend 15 f.) – in aller Regel erstmals in der Hauptverhandlung, dann freilich überraschend, vorgebracht. Gerade, wenn der Knopf am Laptop gedrückt werden soll, um ein Gespräch aus der aufgezeichneten Telekommunikationsüberwachung einzuführen, wird etwa die Einwendung eines fehlerhaft begründeten oder gar fehlenden **ermittlungsrichterlichen Beschlusses** vorgebracht, die Hauptverhandlung wird daraufhin zum Zwecke der Verlesung des – zumeist vorab schriftlich ausgearbeiteten – Antrags aufgehalten und sodann zum Zwecke seiner Verbescheidung unterbrochen. Das Verfahren verzögert sich an dieser Stelle, gestaffelt geladene Zeugen warten nun länger und das Verhandlungsprogramm verschiebt sich insgesamt; bleibt solches Antragsverhalten keine Ausnahme, ist eine Verlängerung der Hauptverhandlung und damit eine größere Belastung gerade auch des Angeklagten konkret absehbar.

Diesen Befund einer Belastung der Hauptverhandlung durch dort erstmals geltend gemachte Verwertungsfragen bestätigen etwa *Nehm/Senge* in ihrer Untersuchung über die Ursachen langer Verfahrensdauer vor den Landgerichten.[59] Dort wurden im Rahmen der untersuchten Hauptverhandlung 87 Anträge zu einer Verwertungsfrage betreffend § 163a Abs. 3, § 136a StPO gestellt und durch die Strafkammer verbeschieden sowie die ermittelnden Beamten – teilweise mehrfach – hierzu in der Hauptverhandlung einvernommen.[60] Meine eigenen Erfahrungen decken sich hiermit; eindrucksvoll sind in diesem Zusammenhang gerade der – empirisch freilich ebenso wenig belastbaren, aber wenigstens einen atmosphärischen Eindruck aus großstädtischen Verfahren vor dem Landgericht vermittelnden – Vermerk eines Hamburger Kollegen über seine Erfahrungen mit diesen Fragen (vgl. **Anlage II**) sowie die ein Antrag aus dem sog. Hamburger „Falk“-Verfahren (**Anlage III**) sowie aus dem sog. Hamburger „HSH-Nordbank“-Verfahren (**Anlage IV**).

---

[58] Eine Ausnahme bilden meiner Erfahrung nach die Verfahren vor der Wirtschaftsstrafkammer. Hier werden oftmals – naheliegend zur Vermeidung der hier als besonders stigmatisierend empfundenen Hauptverhandlung und möglicherweise wegen der häufig besonders gut situierten Angeklagten – umfangreiche Schutzschriften eingereicht.

[59] *Nehm/Senge*, NStZ 1988, 377; die Analyse von *ter Veen* geht auf diese freibeweislichen Ermittlungen nicht ein, vgl. StV 1997, 374.

[60] *Nehm/Senge*, a.a.O., S. 388.

2. Zwischenverfahren als Lösungsweg?

Tragfähige Rechtsgründe für ein Zurückhalten von Einwendungen gegen mögliche – den vorgenannten Aspekten entsprechende (vgl. S. 12 f.) – Verfahrensmängel, die im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung anhand der Ermittlungsakten bereits erkennbar sind, bis zum Beginn der Hauptverhandlung oder gar bis zum Zeitpunkt des § 257 StPO, sind nicht ersichtlich. Vielmehr können bereits nach geltendem Recht vor einer Entscheidung nach §§ 203, 204 StPO Einwendungen gegen die Eröffnungsentscheidung, namentlich auch verfahrensrechtliche Beanstandungen, nach § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO vorgebracht und ggf. nach § 202 StPO gerichtlich aufgeklärt werden. Diese Regelungen bieten einen tragfähigen gesetzlichen Anknüpfungspunkt, um zum Zwecke der Effektivierung des Zwischenverfahrens und gleichsam zur Entlastung der Hauptverhandlung eine gesetzliche Einwendungsobliegenheit zu konzipieren.

a) Erörterung von Verfahrensfragen im Zwischenverfahren

Als mögliche Gegenstände solcher Einwendungen kommen Verfahrensfragen in Betracht, deren tatsächliche Grundlagen bereits im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung bekannt oder aber, etwa anhand der Ermittlungsakten, erkennbar sind und im Rahmen der Hauptverhandlung freibeweislich aufzuklären wären. Solche lassen sich in drei **Fallgruppen** einteilen:

(1) **Verfahrensvoraussetzungen** und Verfahrenshindernisse

- Wirksame Anklageschrift;
- Wirksamer Eröffnungsbeschluss;

(2) Beanstandungen **staatsanwaltschaftlicher** oder **gerichtlicher Sachbehandlung**

- Unzureichend gewährte Akteneinsicht (§§ 147, 169a StPO);
- Unvollständig durch die Staatsanwaltschaft nach § 199 Abs. 2 Satz 2 StPO übermittelte Akten;

(3) Fragen der **Beweisverwertung** im Hauptverfahren

- Verletzte Beschuldigtenrechte im Ermittlungsverfahren;
- Personalbeweis und Verwertungsverbote;
- Sachbeweis und Verwertungsverbote.

Sämtliche dieser Verfahrensfragen unterstehen dem **Freibeweis**.[61] Dass sie die Grundlagen für weitergehende strengbeweisliche Beweiserhebungen des Tatgerichts sind, ändert hieran nichts.[62] Vor diesem Hintergrund können sie grundsätzlich auch außerhalb der Hauptverhandlung geklärt und daher – strukturell – ohne weiteres dem Zwischenverfahren überantwortet werden. Schon de lege lata gehören sie zu dessen

[61] Vgl. nur BGH, Urt. v. 28.06.1961 – 2 StR 154/61, BGHSt 16, 164, 166; ausführlich hierzu Löwe/Rosenberg/*Becker*, § 244 Rn. 30.
[62] Vgl. ausführlich nur Löwe/Rosenberg/*Becker*, § 244 Rn. 30.

Entscheidungsprogramm (vgl. nachstehend b.). Der hier vorgesehene **Rechtsschutz durch den „sachnächsten Richter“** läuft indes gegenwärtig weitgehend leer. Um ihn zu aktivieren und effektiv auch für den Angeschuldigten zur Geltung zu bringen, drängt es sich auf, eine **Einwendungsobliegenheit** gesetzlich zu begründen. Solches erwiese sich – anders als frühere Überlegungen[63] – für die Verfahrensbeteiligten nicht nur als Anreiz, sondern mit Blick auf die noch darzustellenden Rechtsfolgen eines unterlassenen Einwands gar als ein Gebot dafür, sich – möglicherweise früher und intensiver als bisher – mit dem Verfahrensstoff zu befassen und diesen mit dem (inhaftierten) Angeschuldigten durchzusprechen. Hierzu im Einzelnen:

b) Anknüpfungspunkte im geltenden Recht

Eine Einwendungsobliegenheit betreffend die im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung erkennbaren möglichen Verfahrensmängel ist nicht nur mit **§ 201 Abs. 1 Satz 1 StPO** sondern auch auch mit den weiteren **Strukturen des Zwischenverfahrens** harmonisch in Einklang bringen. So können hierdurch etwa die bereits heute bestehenden gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten für die Verfahrensbeteiligten – namentlich die kommunikativen Elemente (§ 202a StPO), die gerichtliche Befugnis zur Anordnung einzelner Beweiserhebungen (§ 202 StPO) und die Inhalte der Tatverdachtsprüfung (§ 203 StPO) – sowie die bereits geltenden präkludierenden Funktionen des Zwischenverfahrens (vgl. vorstehend S. 7 f.) aufgegriffen werden.

Die Prüfung der vorstehend beispielhaft beschriebenen Verfahrensfragen hat bereits nach geltendem Recht bei jeder Eröffnungsentscheidung im Rahmen der **Tatverdachtsprüfung** zu erfolgen. Insoweit stellt sie inhaltlich nichts Neues dar (vgl. im Einzelnen nachstehend S. 17 f.). So sind die Gerichte verpflichtet, den Tatverdacht auch mit Blick auf notwendige Verfahrensvoraussetzungen bzw. möglicherweise vorliegende Verfahrenshindernisse zu überprüfen. Dies gilt gleichermaßen für Fragen der Verwertbarkeit von Beweismitteln in der Hauptverhandlung. Nur die verwertbaren aktenkundigen Beweismittel sind geeignet, die für die Eröffnungsentscheidung notwendige – auch prospektive – Verurteilungswahrscheinlichkeit zu tragen.[64]

aa) Grundlagen der Tatverdachtsprüfung (§ 203 StPO)

Der Tatverdachtsprüfung liegt – im ersten Schritt – eine Feststellung über die Wahrscheinlichkeit einer erfolgten Tatbeteiligung und – in einem zweiten, darauf aufbau-

---

[63] Vgl. bereits die Bestrebungen im Beschluss der Bundesregierung „Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens“ vom 6. April 2001, abgedruckt in StV 2001, 314, 315.

[64] Vgl. BVerfG v. 28.03.2002 – 2 BvR 2104/01, NJW 2002, 2859, 2860; BGH v. 24.8.1987 – 1 BJs 279/86-4 StB 9/87, BGHSt 35, 39, 42; BGH v. 18.05.2000 – III ZR 180/99, NJW 2000, 2672, 2673; vgl. ferner OLG Düsseldorf v. 02.07.2007 – III-1 Ws 203/07, NStZ-RR 2008, 348, 349; OLG Rostock v. 29.03.1996 – 1 Ws 242/95, NStZ-RR 1996, 272; *Steinberg* JZ 2006, 1045, 1047; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 203 Rn 2; KK-StPO/*Schneider* § 203 Rn 5; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 203 Rn 11ff.; SK-StPO/*Paeffgen* § 203 Rn 11; Hohmann/Radtke/*Reinhart* § 207 Rn 2; KMR-StPO/*Seidl* § 203 Rn 15; *Rieß*, FS Rolinski, 2002, S. 240; *Schlothauer*, FS Lüderssen, 2002, S. 761, 762; *Basdorf* StV 1997, 488, 491; *Foertsch* S. 55; *Kühne* StV 2005, 321, 322; **a.A.** wohl nur *Miehe,* FS Grünwald, 1999, S. 379, 381, 393, 399.

enden Schritt[65] – eine Wahrscheinlichkeitsaussage über die Verurteilung zugrunde.[66] In diesem zweiten Schritt hat das angerufene Gericht zu bewerten, ob im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung sämtliche für die Verdachtsannahme maßgeblichen Beweise der ersten Prüfungsebene in der Hauptverhandlung unter Anwendung des Regimes des Strengbeweises einerseits reproduzierbar[67] und, bejahendenfalls, andererseits ausreichend sind, um dem erkennenden Gericht mit der notwendigen Wahrscheinlichkeit die volle Überzeugung von der Tatbegehung zu verschaffen.[68] Aus diesem Grund sind bereits in diesem Abschnitt besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung zu stellen und für die tatgerichtliche Überzeugungsbildung in die Verdachtsprüfung einzubeziehen. In Fällen gebotener besonders vorsichtiger Beweiswürdigung – etwa Aussage-gegen-Aussage,[69] Zeugen von Hörensagen, fehlender konfrontativer Befragung im Ermittlungsverfahren oder bei gesperrten Zeugen (§ 96)[70] – ist zu berücksichtigen, ob den hieran jeweils gestellten Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung voraussichtlich durch die zur Verfügung stehenden Beweismittel in der Hauptverhandlung entsprochen werden kann.

bb) Beweisverwertungsverbote und die Tatverdachtsprüfung

Bereits im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung **sicher bestehende Voraussetzungen** für – nicht zu heilende[71] – selbständige oder unselbständige **Beweisverwertungsverbote**[72] sind bei der im zweiten Schritt zu prüfenden Frage strengbeweislicher Reproduzierbarkeit (§ 203 StPO) zu berücksichtigen.[73] Hieran ändert auch die sog. Widerspruchslösung[74] des Bundesgerichtshofs nichts. Zwar kann der Angeschuldigte demzufolge im Zwischenverfahren ein Beweisverwertungsverbot mit einem formgerecht ausgeführten Widerspruch nicht aktivieren; erst in der Hauptver-

---

[65] So zutreffend *Foertsch* S. 55.

[66] Vgl. BVerfG v. 28.03.2002 – 2 BvR 2104/01, NJW 2002, 2859, 2860; BGH v. 24.8.1987 – 1 BJs 279/86-4 StB 9/87, BGHSt 35, 39, 42; BGH v. 18.5.2000 – III ZR 180/99, NJW 2000, 2672, 2673; *Steinberg* JZ 2006, 1045, 1047; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 203 Rn 2; KK-StPO/*Schneider* § 203 Rn 5; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 203 Rn 11 ff.; SK-StPO/*Paeffgen* § 203 Rn 11; Hohmann/Radtke/*Reinhart* § 207 Rn 2; KMR-StPO/*Seidl* § 203 Rn 15; *Rieß*, FS Rolinski, S. 240; *Schlothauer*, FS Lüderssen, S. 761, 762; *Foertsch* S. 55; *Kühne* StV 2005, 321, 322.

[67] Vgl. BGH v. 18. 5. 2000 – III ZR 180/99, NJW 2000, 2672, 2673, der insoweit von „vollgültigen" Beweismitteln spricht.

[68] Vgl. Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 203 Rn 15; *Lüttger* GA 1957, 193, 197; *Michler* S. 44.

[69] hierzu instruktiv *Sander* StV 2000, 45, 46; vgl. ferner OLG Düsseldorf v. 02.07.2007 – III-1 Ws 203/07, NStZ-RR 2008, 348, 349; OLG München, v. 23.05.2000 – 1 Ws 310/00, BeckRS 2000, 05352; OLG Karlsruhe, v. 4.10.2011 – 2 Ws 38/11, StV 2012, 459 = BeckRS 2012, 16725; OLG Nürnberg, v. 30.8.2010 – 1 Ws 464/10, NJW 2010, 3793.

[70] Vgl. hierzu nur *Sander* StV 2000, 45; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 261 Rn 11.

[71] hierzu *Schlothauer*, FS Lüderssen, 2002, S. 760 ,765.

[72] Hierzu nur *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, S. 32; vgl. zum Konfrontationsrecht OLG München, v. 23.05.2000 – 1 Ws 310/00, BeckRS 2000, 05352, vgl. aber ferner BGH, v. 12.12.2012 – 5 StR 578/12, BeckRS 2013, 00526.

[73] Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt* § 203 Rn 2; *Tolksdorf*, FS Graßhoff, 1998, S. 255, 268; *Schlothauer*, FS Lüderssen, 2002, S. 761, 767; *Basdorf*, StV 1997, 488, 491; *Foertsch* S. 56.

[74] Vgl. hierzu Löwe/Rosenberg/*Gössel*, Einl. Abschn. L Rn 28ff.; *Mosbacher*, FS Widmaier, 2008, S. 339, 342.

handlung soll dieser wirksam erklärt werden können[75] und das Verwertungsverbot als dessen Tatbestandsvoraussetzung[76] entstehen lassen.[77] Auch könnte vor diesem Hintergrund erwogen werden, trotz eines vom Gericht im Zwischenverfahren erkannten, sicher bestehenden Beweisverwertungsverbots, die Reproduzierbarkeit des Beweises in der Hauptverhandlung mangels Widerspruchs (auch bei konkret angekündigtem Widerspruch) anzunehmen und die Eröffnungsentscheidung auch auf dieses Beweismittel zu stützen. Es dürfte – auch mit Blick auf die Gesetzesbindung des Richters – freilich aber näher liegen, in dem Widerspruchserfordernis lediglich ein Vehikel zur Verhinderung der Rügepräklusion – naheliegend in Form des Zwischenrechtsbehelfs nach § 238 Abs. 2 StPO – zu erblicken, das die gerichtliche Pflicht, (erkennbare) Beweisverwertungsverbote auch im Zwischenverfahren zu beachten, unberührt lässt.[78] Anderes liefe auf ein – ersichtlich – sinnloses Prozessieren hinaus und verfehlte die Schutzfunktionen des Zwischenverfahrens.

cc) „Letzte Zweifel" – tatsächlich nur der Hauptverhandlung vorbehalten?

Verbleiben **Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen** eines Beweisverwertungsverbotes, etwa betreffend Verfahrenstatsachen über die Art und den Umfang eines Verstoßes gegen Beweiserhebungsregeln (etwa §§ 136, 105, 100b StPO) oder betreffend das Gewicht eines in die gebotene Abwägung auf Rechtsfolgenseite einzustellenden Handlungs- bzw. Erfolgsunwertes der Rechtsverletzung,[79] bleibt die abschließende Klärung dessen – mangels sicherer Feststellung der Voraussetzungen des Verwertungsverbots[80] – heute in aller Regel der Hauptverhandlung vorbehalten. Durch sie soll eine – dem Zwischenverfahren mit Blick auf die präventiven Strafzwecke strukturell überlegene – öffentliche und transparente, Rechtsfrieden stiftende Entscheidung ermöglicht werden.[81]

Nachstehend wird dargelegt werden, dass die bereits vorhandenen rechtlichen Möglichkeiten es ohne weiteres zulassen, über Verfahrensfragen im **Zwischenverfahren** – auch **abschließend** – Beweis zu erheben. Hierzu kann angeknüpft werden an

---

[75] Vgl. etwa BGH v. 17.06.1997 – 4 StR 243/97, NStZ 1997, 502 (Widerspruch im Ermittlungsverfahren bedeutungslos); hierzu auch OLG Hamm v. 22.12.2009 – 3 Ss 497/09, NStZ-RR 2010, 148; OLG Frankfurt a.M. v. 26.08.2010 – 3 Ss 147/10, NStZ-RR 2011, 45, 46; in diesem Sinne auch Löwe/Rosenberg/*Gössel* Einl. Abschn. L Rn 31; *Meyer-Goßner/Schmitt,* § 136 Rn 25.

[76] Vgl. nur *Meyer-Goßner/Appl* StraFo 1998, 258, 261; *Maul/Eschelbach* StraFo 1996, 66, 67; *Widmaier* NStZ 1992, 519, 521.

[77] Vgl. BGH v. 12.01.1996 – 5 StR 756/94, BGHSt 42, 15 = NJW 1996, 1547; BGH v. 12.10.1993 – 1 StR 475/93, BGHSt 39, 349 = NJW 1994, 334; BGH v. 27.02.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 sowie weitere Nachweise bei *Schlothauer*, FS Lüderssen, 2002, S. 761, 767.

[78] Vgl. *Schlothauer*, FS Lüderssen, S. 761, 769; in diesem Sinne auch *Roxin*, NStZ 2007, 616, 618; *Roxin/Schäfer/Widmaier* StV 2006, 655; *Mosbacher*, FS Widmaier, 2008, S. 339, 347; *ders*., FS Rissing-van Saan, S. 357, 374; *Tolksdorf*, FS Graßhoff, S. 255, 268; vgl. ferner OLG München, v. 23.05.2000 – 1 Ws 310/00, BeckRS 2000, 05352; AG Saalfeld v. 29.11.2005 – 635 Js 34113/05 Ds jug., StV 2005, 320, 321 mit zust. Anm. *Kühne*; AG Rudolstadt v. 16.04.2007 – 630 Js 40575/06, VRS 2007 Bd. 113, 58 = BeckRS 2008, 24966; LG Darmstadt v. 12.08.1993 – 3 Qs 360/93, StV 1993, 573.

[79] vgl. BGH v. 07.06.2011 – 4 StR 643/10, StV 2011, 603 m.w.N.; anschaulich *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT, S. 46.

[80] Vgl. BGH v. 10.10.1979 – 3 StR 281/79 (S), BGHSt 29, 109 = NJW 1980, 464.

[81] Ähnlich *Eschelbach* HdbStA Teil 4, Kap. I Rn 30.

§ 202 Satz 1 StPO und § 202a Satz 1 StPO; sogar die Vernehmung eines Ermittlungsrichters oder einer Ermittlungsperson zu Verfahrenstatsachen ist hier bereits statthaft und könnte so bei Entscheidungserheblichkeit – vorgezogen – durch den sachnächsten Richter überprüft werden und eine Hauptverhandlung entbehrlich machen oder aber ihre Dauer verkürzen.

3. Rechtliche und tatsächliche Bedenken?

Schon aus der dargelegten strukturellen Verortung der hier diskutierten Verfahrens- und Verwertungsfragen in die gegenwärtige Verdachtsprüfung wurde deutlich, dass systematische Erwägungen nicht gegen die vorgeschlagene Einwendungsobliegenheit sprechen. Aber auch Rechte des (verteidigten) Angeklagten streiten nicht für eine grundsätzliche Möglichkeit der Erörterung dieser Verfahrensfragen zu einem Zeitpunkt nach Eröffnung des Hauptverfahrens.

Dies gilt namentlich mit Blick auf folgende rechtlichen Erwägungen:

a) Recht auf konfrontative Aufklärung von Verfahrenstatsachen?

Gibt es ein **Recht des (verteidigten) Angeschuldigten**, etwa einen Ermittlungsbeamten in der Hauptverhandlung als Zeugen – überraschend – mit Fragen zu den Umständen der Vernehmung zu konfrontieren und dieserart die Voraussetzungen für ein Verwertungsverbot – auch für das Gericht überraschend – erst in der Hauptverhandlung zu „erarbeiten“? Solches scheint bereits mit Blick auf das insoweit Raum greifende Freibeweisverfahren zweifelhaft (vgl. § 251 Abs. 3 StPO). Dies mag hier dahinstehen. Denn Gegenstand des nachstehend näher darzulegenden Regelungsvorschlags über eine Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren ist nicht der Ausschluss einer mündlichen Befragung, sondern die schriftliche wie – im pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts stehende – mündliche Entscheidungsfindung im Zwischenverfahren. Hier kann dem Angeschuldigten ohne weiteres **derselbe Schutzstandard wie in der Hauptverhandlung** ermöglicht und – durch eine Fokussierung des Gerichts auf diese Frage vor Eröffnung des Hauptverfahrens – möglicherweise sogar noch übertroffen werden. Dass ein polizeilicher Zeuge dabei etwa wegen seiner Ladung zu einem Erörterungstermin im Zwischenverfahren „ahnt“, dass ein Verfahrensfehler in Rede steht, mag hingenommen werden. Überdies ist es ohne weiteres denkbar und dürfte aus Gründen gerichtlicher Fürsorgepflicht und Unparteilichkeit zudem geboten sein, dem Zeugen mit der Ladung kein konkretes Beweisthema betreffend die in Rede stehenden Verfahrensfragen zu benennen und ihn in diesen Fällen nicht vorab auf die aufgeworfenen Fragestellungen hinzuweisen (vgl. zu den Verfahrensfragen nachstehend S. 21 ff.).

b) Bruch mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz?

Schließlich bestehen keine erkennbaren Friktionen mit dem für den reformierten Strafprozess zwingenden Gebot einer **Kontrolle des Strafverfahrens durch die Öffentlichkeit**. Zwar ist diese für die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht

nach § 169 GVG garantiert; insoweit blieben ihr im Zwischenverfahren grundsätzlich abschließend verbeschiedene Einwendungen betreffend Verfahrensfragen vorenthalten. Hierauf hat die Öffentlichkeit allerdings bereits heute keinen Anspruch,[82] weil diese Fragen dem Freibeweisverfahren überwiesen sind; schon de lege lata sind sie deshalb nicht zwingend Teil mündlicher Aufklärung in der Hauptverhandlung (zu weiteren mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz verbundenen Fragen vgl. S. 38).[83]

c) Verstoß gegen die Garantie des gesetzlichen Richters?

Schließlich lassen sich auch aus dem grundrechtsgleichen **Recht auf den gesetzlichen Richter** (Art. 101 Abs.1 GG) keine gegen eine Einwendungsobliegenheit sprechenden durchgreifenden Erwägungen ableiten. Zwar unterscheidet sich die Besetzung des Spruchkörpers im Eröffnungsverfahren von der Strafkammerbesetzung in der Hauptverhandlung schon durch die Schöffenbeteiligung. Diese Strafkammerbesetzung der Hauptverhandlung (§ 76 Abs.1 Satz 1 GVG) ist dann aber der zur Entscheidung berufene gesetzliche Richter. Dass hiermit der dem Gesetzgeber grundsätzlich zustehende Gestaltungsspielraum überschritten wäre, ist – namentlich mit Blick auf das Verbot von Ausnahmegerichten – nicht erkennbar. Zur Frage, ob das Tatgericht an die mit der Eröffnungsentscheidung verbundene Verbescheidung erhobener Einwände nach § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO gebunden sein sollte und wie sich solches mit **§ 261 StPO** vereinbaren ließe, vgl. S. 31).

II. Einwendungsobliegenheiten

Nachdem aufgezeigt wurde, dass Verfahrensfragen bereits nach geltendem Recht bei der Eröffnungsentscheidung bedacht und entschieden werden müssen, soll nachstehend ein **Verfahren** über die Behandlung einer – de lege ferenda – gesetzlich zu konstituierenden **Einwendungsobliegenheit** vorgestellt werden.

1. Das Verfahren über die Einwendungsobliegenheit

Die in Betracht kommenden **Verfahrensfragen** (vgl. vorstehend S. 15) unterfallen der hier vorgeschlagenen Einwendungsobliegenheit, wenn die hierfür maßgeblichen **Verfahrenstatsachen**

- bereits im Zwischenverfahren anhand der Ermittlungsakten **erkennbar sind** oder
- dem Angeschuldigten bereits im Zwischenverfahren **bekannt waren**.

Wird ein – formal ordnungsgemäßer (vgl. nachstehend S. 27) – Einwand erhoben und vom Eröffnungsgericht im Zusammenhang mit der Eröffnungsentscheidung abgelehnt (vgl. nachstehend S. 28), so könnte diese Entscheidung eine **innerprozessuale Bindungswirkung** entfalten (vgl. nachstehend S. 29) oder aber **Rechts-**

[82] Vgl. nur SK-StPO/*Velten*, 4. Aufl., GVG § 169 Rn. 5.
[83] Insoweit sind auch die im Zuge des Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) für durchgreifend erachteten Bedenken bei der hier allein auf die Gegenstände des Freibeweises beschränkten Einwendungsobliegenheit nicht übertragbar, vgl. BT-Drucks. IV 2459, S. 3.

folgen für ein vereinfachtes Prozedieren auslösen (vgl. nachstehend S. 35). Der formell ordnungsgemäße Einwand berechtigte den Verfahrensbeteiligten, in der Hauptverhandlung etwa der Einführung bzw. Verwertung eines Beweismittels bis zum Zeitpunkt des § 257 StPO zu widersprechen und erhält dieserart – wie bereits nach geltender Rechtslage – eine hierauf gestützte Verfahrensrüge für die Revision. Seinen entsprechenden Verwertungswiderspruch braucht er indes nicht (mehr) zu begründen, weil die Angriffsrichtung des Widerspruchs mit der des im Zwischenverfahrens angebrachten Einwands (§ 201 StPO) regelmäßig identisch sein wird (vgl. nachstehend S. 35, 34).

a) Begrenzungen der Einwendungsobliegenheit

Vor dem Hintergrund der gerade in komplexen Verfahren oftmals unübersichtlichen Beweislage und des nicht unerheblichen Aktenumfangs sind Begrenzungen für die Einwendungsobliegenheit notwendig.

aa) Bezugspunkt Anklageschrift

Um die **Prüfungspflichten** der Verfahrensbeteiligten **nicht uferlos** werden zu lassen, sollte ein **verfahrensrechtlicher Bezugspunkt** die Gegenstände der Einwendungspflicht für das jeweilige Verfahren konkretisieren. Der gesamte Inhalt der nach § 199 Abs. 2 Satz 2 StPO dem Gericht vorgelegten und unbeschränkter Einsicht des Verteidigers (§ 147 StPO) zugänglichen Ermittlungsakten erweist sich hierfür als zu weit.

Den notwendigen die Einwendungsobliegenheit **konkretisierenden Bezugspunkt** könnte die in der Anklageschrift bereits nach geltendem Recht aufgeführte **Beweismittelliste** darstellen (§ 200 Abs. 1 Satz 2 StPO). Zwar bindet der Inhalt der in der Anklageschrift aufgeführten Beweismittel weder das Gericht (vgl. §§ 214, 221, 222, 244 Abs. 2 StPO) noch die Staatsanwaltschaft (vgl. § 214 Abs. 3, § 222 Abs. 1 Satz 3 StPO).[84] Die Beweismittelliste ist vielmehr als Beweisanregung zu verstehen.[85]

Die Bedeutung der Beweismittelliste und damit § 200 Abs. 1 Satz 2 StPO könnte aber de lege ferenda über ihre bloße Informations- und Anregungsfunktion hinaus **zum funktionalen Anknüpfungspunkt** für die hier vorgestellte Einwendungsobliegenheit gemacht werden. Nur solche Beweismittel, die hier aufgeführt sind, unterstünden dann der Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren. Dieser Anknüpfungspunkt bewirkt keine Mehrarbeit auf Seiten der Anklagebehörden, sind diese doch schon nach geltendem Recht zur Angabe der Beweismittel verpflichtet. Eine an die Beweismittelliste anknüpfende Rechtsfolge könnte die Staatsanwaltschaften aber dazu anhalten, bei der Abfassung der Anklageschrift mehr Sorgfalt walten zu lassen.[86] Das Gericht sollte diesen Katalog – etwa im Wege eines Hinweises (vgl. § 265

---

[84] Hohmann/Radtke/*Reinhart*, § 200 Rn. 13; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg*, § 200 Rn. 35
[85] KMR/*Seidl*, § 200 Rn. 30.
[86] Vgl. auch *Gössel*, 60. DJT, C 63, der hingegen hieran strengbeweisliche Konsequenzen für das Beweisantragsrecht knüpfen will.

StPO) – um sodann solche Beweismittel erweitern können, die aus seiner vorläufigen Sicht den Tatverdacht tragen und wahrscheinlich in die Hauptverhandlung einzuführen sein werden.

bb) Begrenzung der Einwendungsobliegenheit durch die Eingangsinstanz

Die Regelung über eine Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren sollte in erstinstanzlichen Verfahren vor den **Land- und Oberlandesgerichten** stets anwendbar sein.

Die Verfahren vor den **Amtsgerichten** dürften **differenziert** zu behandeln sein.[87] Regelmäßig dürften sich Verfahren vor dem Strafrichter (§ 24 GVG) als ungeeignet für eine Verlagerung derartiger prozessualer Fragen erweisen. Hier ist eine solche Regelung aber auch nicht geboten. Allerdings sollten sowohl dem **Strafrichter** als auch dem **(erweiterten) Schöffengericht** die Möglichkeit eines solchen Prozedierens nach **pflichtgemäßem Ermessen** – und entsprechendem, mit § 201 StPO verbundenen Hinweis – eingeräumt werden. Namentlich vor dem Schöffengericht werden gegenwärtig Straftaten von Gewicht verhandelt, etwa (besonders) schwere Raubtaten (im minder schweren Fall), Sexualstraftaten und Verbrechen des Betäubungsmittelgesetzes. In all diesen Verfahren besteht auch kein Zweifel daran, dass der Angeschuldigte (notwendig) verteidigt ist (§ 140 StPO) und sein Beistand auf diese Weise uneingeschränkten Zugang zu den Ermittlungsakten hat (§§ 147, 169a StPO).[88] Der Inhalt der Verfahrensakten ist für die zu prüfenden Verfahrensmängel sicherlich die wesentliche Erkenntnisgrundlage;[89] sie kann mit dem Angeschuldigten durchgesprochen und so auf möglicherweise bestehende Dokumentationsmängel hin überprüft werden. Für Fälle, in denen das Amtsgericht bei Vergehen von der Regelung über dien Einwendungsobliegenheit Gebrauch zu machen beabsichtigt und auch kein Fall des § 140 Abs. 2 StPO vorliegt, wäre **§ 140 Abs. 1 StPO** entsprechend um die Fallgruppe des § 201 StPO-E zu **ergänzen**.

b) Formelle Anforderungen eines Einwendungsverfahrens

Die formellen Anforderungen, namentlich die Zuständigkeit, das Verfahren und die Form für die Verbescheidung eines erhobenen Einwands gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens, sind derzeit in § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO geregelt. An diese Vorgaben kann das Regelungskonzept über Einwendungsobliegeheiten im Zwischenverfahren anknüpfen.

---

[87] Auf die gegen eine solche Differenzierung vorgebrachten Bedenken soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden, sondern insoweit lediglich die gesetzliche Wertentscheidung aufgegriffen werden (vgl. nur § 202 Abs. 2 Satz 2, §§ 222a, 222b, §§ 407 ff., §§ 417 ff. StPO); kritisch hierz indes *Hamm*, NJW 1979, 135; ferner *Bohnert*, Beschränkungen der strafprozessualen Revision durch Zwischenverfahren (1983), S. 58.

[88] Vgl. auch § 222a Abs. 3 StPO.

[89] Vgl. auch *Basdorf*, StV 1997, 488, 491.

aa) Zuständigkeit

Nach geltendem Recht ist für die Entscheidung auch über Einwendungen im Sinne des § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO das zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens angerufene Gericht in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung zuständig. Beim Landgericht entscheidet die Strafkammer in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung (§ 76 Abs. 1 Satz 1 GVG) und beim Amtsgericht – in (auch erweiterten) Schöffen-, wie auch Strafrichterverfahren – der Richter am Amtsgericht (§ 30 Abs. 2 GVG; zur Senatsbesetzung beim OLG vgl. § 122 Abs. 2 GVG). Hieran braucht sich auch mit Blick auf die hier vorgeschlagene Einwendungsobliegenheit nichts zu ändern.

Zwei Aspekte bedürfen indes näherer Betrachtung:

(1) Eröffnung vor Gerichten niederer Ordnung

Hieran sollte auch in Fällen festgehalten werden, in denen ein Gericht höherer Ordnung bindend vor einem Gericht niederer Ordnung das Hauptverfahren eröffnet (vgl. § 209 Abs. 1, § 209a StPO). Dass in diesen Fällen das spätere Tatgericht keinen Einfluss auf die Gegenstände der vorgelagerten Prüfung hat, ist schon mit Blick auf die hier erstrebte vorsichtige und strukturkonforme Gesetzesänderung hinzunehmen. In der Rechtspraxis dürften die meisten Fälle ohnehin solche Verfahren betreffen, die vom Landgericht vor den Amtsgerichten eröffnet werden und bei denen der hier vorgeschlagene Entlastungseffekt für die Hauptverhandlung nicht in gleicher Weise erstrebt zu werden braucht (vgl. S. 22).

(2) Unparteiliches Gericht (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK)

Gegen die Vorbefassung eines späteren Tatgerichts mit der Sache im Zwischenverfahren und die mit der Eröffnungsentscheidung verbundene Sachentscheidung über den hinreichenden Tatverdacht ist de lege lata nach wohl überwiegender Ansicht auch[90] konventionsrechtlich nichts zu erinnern.[91]

Zwar werden verschiedentlich Bedenken gegen eine konventionsrechtliche Vereinbarkeit dieser sachlichen Vorbefassung mit der Verfahrensgarantie eines unparteiischen Gerichts vorgebracht (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK).[92] Dies sieht die derzeit überwiegende Ansicht mit Recht jedenfalls für solche Fälle anders, in denen sich das mit der Eröffnungsentscheidung befasste Gericht allein auf die Prüfung des hinreichenden Tatverdachts beschränkt (§ 203 StPO).[93] Denn nach der Rechtsprechung

---

[90] Die Vorbefassung im Ermittlungsverfahren begründet strafprozessual für sich schon mit Blick auf § 22 StPO grundsätzlich nicht den Anschein für die Besorgnis der Befangenheit; a.A. etwa *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 143 f. auch mit Nachweisen zur hiervon abweichenden h.M.

[91] Vgl. jüngst BGH, v. 19.8.2014 – 3 StR 283/14 Tz. 7.

[92] *Wohlers* in FS Roxin, S. 1313 ff; krit. auch *Paeffgen* in SK-StPO, 4. Aufl., Vor § 198 Rn. 12 ff.; Löwe/Rosenberg/*Esser* in LR, 26. Aufl., Art. 6 EMRK Rn. 161.

[93] Vgl. etwa *Meyer-Goßner/Schmitt*, a.a.O., Vor § 198 Rn. 2; *Meyer-Goßner*, ZRP 2000, 345, 347; KK-StPO/*Schädler/Jakobs*, MRK Art. 6 Rn. 16; KMR/*Seidl*, Vor § 198 Rn. 9; wohl auch *Satzger* in SSW-

des *EGMR* stellt nicht jede Vorbefassung eines Richters dessen Unbefangenheit objektiv in Frage.[94] Es soll demzufolge auf „*scope and nature of the matters taken by the judge before the trial*“ ankommen.[95] Dies wird besonders deutlich hervorgehoben in der Entscheidung *Hauschildt gegen Dänemark* vom 24. Mai 1989.[96] Hier differenziert der *Gerichtshof* zwischen „*questions which the judge has to answer when taking such pre-trial decisions*“ und „*his final judgement*“.[97] Die Tatverdachtsprüfung („*Suspicion*”) und „*a formal finding of guilt are not to be treated as being the same*”.[98] Bei der Tatverdachtsprüfung überprüft der Richter hiernach nur summarisch „*in order to ascertain wether prima facie the police have grounds for their suspicion*”.[99] Zwar ist Gegenstand der Verdachtsprüfung nach § 203 StPO eine sorgfältige Prüfung des gesamten Aktenmaterials und keine nur summarische, gar überschlägige Kenntnisnahme. Sie beschränkt sich aber auf diesen Prima Facie-Inhalt und unterscheidet sich daher von der auf dem Strengbeweis beruhenden abschließenden gerichtlichen Überzeugung (§ 261 StPO).[100]

Durch die hier vorgeschlagene Konzeption einer Einwendungsobliegenheit werden die Prüfungsgegenstände – also „*scope and nature of the matters*“ – des Zwischenverfahrens nicht erweitert. Die Verfahrensbeteiligten werden lediglich angehalten, sich zu Verfahrensfragen zu verhalten, die das Gericht – etwa in Form von Fragen der Reproduzierbarkeit eines Beweisergebnisses in der Hauptverhandlung – ohnehin schon nach geltendem Recht bei der prospektiven Verdachtsbewertung prüfen muss. An dieser konventionsrechtlichen Bewertung ändert das mit § 202a StPO durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29. Juli 2009[101] eingeführte kommunikative Element nichts. Hiermit wurde – ausweislich der Gesetzesbegründung – nur der gesetzliche Rahmen für eine bereits bestehende gerichtliche Praxis geschaffen und der Entscheidungsspielraum im Zwischenverfahren ebenfalls nicht erweitert. Einen objektiven Grund für die Besorgnis der Befangenheit konsituieren daher auch durchgeführte Erörterungen nach dem hier vorgestellten Regelungskonzept für sich nicht.[102]

StPO, EMRK Art. 6 Rn. 25; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 585 f.; *Michler*, S. 136 ff.; *Heghmanns*, S. 53 f.; *Ernst*, S. 92 ff., 103 ff.

[94] Vgl. nur *Conen/Tsambikakis* in MüKo-StPO, § 24 Rn. 53 m.w.N. aus der EGMR-Rechtspr; BeckOK-StPO/*Cirener*, Ed. 18., § 24 Rn. 14.

[95] Vgl. etwa EGMR, *Saraiva de Carvalho gegen Portugal*, Application-no., 15651/89 vom 22. April 1994 Tz. 35; vgl. ferner *Mayer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl, Art. 6 Rn. 80 und 82 m.w.N.

[96] EGMR Application-No. 10486/83 (Gegenstand der gerichtlichen Vorbefassung war eine Haftfortdauerentscheidung).

[97] A.a.O., Tz. 50; vgl. auch EGMR, *Ekeberg and others gegen Norwegen* v. 31.7.2007, Application-No. 11106/04 u.a. Tz. 34.

[98] A.a.O.

[99] A.a.O.

[100] Vgl. auch *Esser*, S. 585; a.A. *Wohlers*, a.a.O., S. 1325, der annimmt, dass die Tatverdachtsprüfung die Schwelle eines „prima facie case“ gar „weit“ übersteige.

[101] BGBl. I, S. 2353.

[102] Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 21.11.2012 – 1 StR 391/12; krit. allerdings *Salditt* in FS I. Roxin, S. 687, 690.

bb) Verfahren

An der Struktur des Eröffnungsverfahrens als schriftliches Verfahren muss sich mit der hier vorgeschlagenen Neuregelung nichts ändern.

(1) Schriftliches und mündliches Verfahren

Nach geltendem Recht können Beweisanregungen nach § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO oder Beweisanordnungen nach § 202 Abs. 1 Satz 1 StPO freibeweislich umgesetzt werden. Demzufolge ist etwa eine persönliche Zeugenvernehmung nicht zwingend; ausreichend kann die Einholung einer schriftlichen Äußerung des Zeugen oder ein Ersuchen um schriftliche behördliche Auskunft sein.[103] Das Gericht ist de lege lata weiter befugt, die als notwendig erkannten Beweiserhebungen selbst vorzunehmen. Es kann daher einen Zeugen selbst anschreiben oder ihn – in entsprechender Anwendung der §§ 168c, 168d StPO[104] – persönlich – auch durch den kommissarischen Richter (§§ 223 f. StPO) – vernehmen.[105] In aller Regel werden die hier vorzubringenden verfahrensrechtlichen Beanstandungen schriftlich abgefasst und schriftlich durch das Gericht zu verbescheiden sein (zur Entscheidungsform nachstehend S. 28).

Bereits heute steht es den Gerichten aber auch frei, nach **pflichtgemäßem Ermessen** etwa den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten nach **§ 202a Satz 1 StPO** im Zwischenverfahren **mündlich** zu erörtern.[106] Dies geschieht rechtspraktisch gerade bei Verfahren größeren Umfangs vor den Strafkammern etwa im Rahmen von Gesprächen zur Terminsabstimmung.[107] Diese **kommunikativen Verfahrenselemente** können durch die hier vorgeschlagene Einwendungsobliegenheit **aufgewertet** werden und damit einen Anreiz zu frühzeitiger Erörterung maßgeblicher Verfahrensfragen bieten.[108] Im Zuge dieser Erörterungen könnten auf der Grundlage schriftlich formulierter Eingaben der Verfahrensbeteiligten die hiermit erhobenen Einwände diskutiert werden. Sofern im Einzelfall erforderlich, können in diesem Rahmen auch freibeweisliche Beweiserhebungen vorgenommen und dieserart – namentlich durch die Vernehmung von Ermittlungspersonen oder sonstiger Zeugen – Zweifelsfragen betreffend erhobene verfahrensrechtliche Einwände geklärt werden, sofern sich eine schriftliche Befragung namentlich aus Gründen gerichtlicher Sachaufklärungspflicht als unzureichend erweist.

Hierbei finden die **Maßgaben des § 169 GVG** indes keine Anwendung. Solche Eröterungen im Zwischenverfahren stellen – schon aus Gründen des Gesetzeswortlauts aber auch der Gesetzessystematik – keine Verhandlung vor dem erkennenden Gericht dar (vgl. § 169 GVG; ferner vorstehend S. 19). Ein Gebot, dies für Fälle mündli-

---

[103] Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg*, § 202 Rn. 15.
[104] HansOLG Hamburg, v. 24.04.1996 – 2 Ws 82/96, StV 1996, 418.
[105] KK-StPO/*Schneider*, § 202 Rn. 8.
[106] Vgl. nur KK-StPO/*Schneider*, § 202a Rn. 9.
[107] Vgl. etwa auch BT-Drucks. 15/2536, S. 8.
[108] Vgl. bereits Beschluss der Bundesregierung „Dokumentation Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens“ vom 6. April 2001, abgedruckt in StV 2001, 314, 315 sowie BT-Drucks. 15/1536, S. 14.

cher freibeweislicher Aufklärung zu ändern, besteht nicht. Schon heute sind die hier der vorgeschlagenen Einwendungsobliegenheit unterstehenden Verfahrensfragen nicht Gegenstand strengbeweislicher Prüfung und damit gleichsam nicht Teil einer dem Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatz verpflichteten Hauptverhandlung; sie zielen nicht auf die Überzeugungsbildung, sondern lediglich auf die Tatverdachtsprüfung ab.[109] Ein Anspruch der Öffentlichkeit, vom Inhalt dieser Vorgänge Kenntnis zu nehmen, besteht mithin de lege lata nicht. Angesichts des auch gegenwärtig beschränkten Zugangs der Öffentlichkeit auch zu Gegenständen des Strengbeweises, etwa im Wege gerichtlichen Augenscheins oder im Wege des Selbstleseverfahrens eingeführter Beweismittel, liegt hierin kein Strukturbruch. Eine weitergehende Kontrolle der Öffentlichkeit durch Teilnahme an den vorgeschlagenen fakultativen mündlichen Verhandlungen im Zwischenverfahren ist nicht erforderlich. Eine Verhandlung allein unter Beteiligung solcher Verfahrensbeteiligter, die als Prozesssubjekte am Verfahren mitwirken und hierauf aus eigenem Recht gestaltend Einfluss nehmen können – namentlich also der Staatsanwaltschaft, der Verteidigung sowie, freilich nicht zwingend, des Angeschuldigten und der Nebenklage[110] sowie ggf. weiterer (etwa Verfalls- und Einziehungs-) Beteiligter – erscheint auch mit Blick auf die hier intendierte frühzeitige Rechtsschutzmöglichkeit erstrebenswert.

(2) Einwendungen (§ 201 Abs. 1 Satz 1 StPO)

Die nach geltendem Recht statthaften Anträge und Einwendungen nach § 201 Abs.1 Satz 1 StPO sind nicht an eine bestimmte Form gebunden.[111] Zweckmäßig und üblich ist derzeit allerdings eine schriftliche Äußerung,[112] etwa im Wege eines Verteidigerschriftsatzes („Schutzschrift“). Zur Umsetzung des hier vorgeschlagenen Regelungskonzepts ist dies allerdings zu **ändern**. Der Zugang der Anklageschrift und ein – etwaiger – gerichtlicher Hinweis auf bestimmte Verfahrensfragen (vgl. S. 21) löste dann die **Obliegenheit der Verfahrensbeteiligten** zur **Prüfung und ggf. Beanstandung** der zugrunde liegenden **Verfahrensfragen** im Wege einer Einwendung aus.

Hierzu in groben Strichen Folgendes:

(2.1) Rechtscharakter der Einwendungsobliegenheit

Die hier vorgeschlagene Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren ist zu verstehen als Zwischenrechtsbehelf. Die Einwendung selbst erweist sich als **Prozesshandlung**; als **Erwirkungshandlung** zwingt sie das Gericht zu einer Verbescheidung des konkret geltend gemachten Einwands. Insoweit ist das Einwendungsverfahren – etwa vergleichbar mit § 222b StPO[113] – ein **vorgezogenes Rechtsbehelfsverfahren**. Hierdurch können Entscheidungen über Verfahrens- oder Verwertungs-

[109] Vgl. bereits *Eb. Schmidt*, Einf. in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., § 288.
[110] Vgl. BT-Drucks. 15/1976, S. 11.
[111] RG v. 9.3.1888 – 437/88, RGSt 17, 256.
[112] Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 201 Rn 26.
[113] Hierzu ausführlich *Bohnert*, S. 65 f.

fragen, die bereits im Zeitpunkt vor der Eröffnung erkennbar sind, in diesem Verfahrensstadium und damit von dem sachnächsten Gericht erzwungen werden (zu den Anforderungen an die Beschlussfassung vgl. nachstehend S. 28).[114]

(2.2) Begründungspflicht

Um eine konkrete gerichtliche Entscheidung über eine Verfahrensbeanstandung zu erwirken, bedarf es einer konkret auszuführenden Rüge. Diese sollte nach dem hier vorgeschlagenen Konzept zwei Mindestvoraussetzungen erfüllen:

Zunächst wäre eine klar formulierte **Angriffsrichtung** erforderlich. Nur wenn der gerügte Verfahrensmangel eindeutig benannt ist, könnte im Zwischenverfahren eine die Einwendung erschöpfend würdigende gerichtliche Entscheidung ergehen; fehlte diese und könnte eine solche auch mittels einer den Maßgaben des § 300 StPO verpflichteten Auslegung nicht ermittelt werden, wäre die Einwendung unzulässig und als nicht erhoben zu betrachten.

Überdies wären die **Verfahrenstatsachen**, aus denen sich der geltend gemachte Verfahrensmangel ergibt, **darzulegen**. Hier könnte an den Wortlaut des **§ 222b Abs. 1 Satz 2 StPO** angeknüpft werden. Eine solche Begründungspflicht der Einwendung ließe späterhin keinen Zweifel daran aufkommen, welche Verfahrenstatsachen der Einwendung zugrunde lagen, welche inhaltliche Reichweite die hierdurch erwirkte gerichtliche Entscheidung aus dem Zwischenverfahren (gerade betreffend Nova) hat und welchen Sachverhalt das Revisionsgericht seiner Rechtsprüfung auf eine entsprechende Verfahrensrüge hin – freilich vorbehaltlich hierdurch etwa ausgelöster eigener freibeweislicher Ermittlungen – zugrunde zu legen hat (vgl. zur Revision nachstehend S. 34). Zugleich beugte eine solche Begründungspflicht einer undifferenziert abgefassten „Einwendungsflut“ vor.

(3) Unterbliebene Einwendungen

Kommt ein Verfahrensbeteiligter der Einwendungsobliegenheit nicht nach, kann er seinen Einwand in der Hauptverhandlung nur anbringen, wenn dieser auf neuen Verfahrenstatsachen beruht (vgl. nachstehend S. 33). Dies gilt auch dann, wenn es sich um Verfahrenstatsachen handelt, die einem Angeschuldigten im Zeitpunkt vor der Eröffnungsentscheidung bereits bekannt sein konnten, etwa Abläufe und Umstände einer Beschuldigtenvernehmung. Diese sind vor dem Hintergrund der Ermittlungsakten mit dem Angeschuldigten im anwaltlichen Beratungsgespräch zu erörtern und ggf. einer Aufklärung in einem mündlichen Erörterungstermin im Zwischenverfahren zuzuführen (vgl. nachstehend S. 25 f.).

Als **neue Tatsachen**, die im Zuge der Hauptverhandlung etwa eine Verfahrensbeanstandung begründen können, kommen demzufolge solche Verfahrenstatsachen in Betracht, die nicht aktenkundig und nicht im Kenntnisbereich des Angeschuldigten

[114] Zu einer ähnlichen Herleitungen betreffend die Widerspruchslösung vgl. etwa *Mosbacher* in FS-Rissing-van Saan [2011], S. 360; *Basdorf*, StV 2010, 414, 416.

liegen. Solches kann etwa gelten für **Behördeninterna**, die sich erst in der Hauptverhandlung offenbaren und Anknüpfungspunkte für Verwertungsfragen bieten; diese sind nach den derzeit geltenden rechtlichen Maßgaben uneingeschränkt im Hauptverfahren zu behandeln. Auch kann sich die Beurteilung einer Verwertungsfrage in der Hauptverhandlung dann aktualisieren, wenn die Einwendung im Zwischenverfahren unter Hinweis auf das besondere Gewicht der angeklagten Straftat zurückgewiesen worden war, das **Ergebnis der Hauptverhandlung indes ein im Unwertgehalt signifikant abweichendes Tatbild** ergeben hat und daher eine neue Abwägung der (neuen) maßgeblichen Umstände ausnahmsweise durch das Tatgericht geboten ist.

cc) Form

Nach geltender Rechtslage ergeht die Entscheidung über Einwendungen und Beweisanträge nach § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO als förmlicher Beschluss nach Anhörung der Staatsanwaltschaft (§ 33 Abs. 2 StPO) und des Nebenklägers (§ 397 Abs. 1 Satz 4 StPO).[115] Die Einwendungen oder Beweisbegehren zurückweisende Entscheidung ist zu begründen (§ 34 Alt. 2 StPO).[116] Erschöpfen sich die Einwendungen in einer abweichenden Bewertung des hinreichenden Tatverdachts, soll die mit der Eröffnungsentscheidung erfolgte – inzidente – Verbescheidung ausreichen.[117]

An dieses schon de lege lata bestehende **Begründungs- und Schriftformerfordernis** kann das hier vorgeschlagene Konzept einer Einwendungsobliegenheit anknüpfen. Die Begründung sollte den Angeklagten in die Lage versetzen, die gerichtliche Bewertung nachzuvollziehen. Entbehrt die Einwendung einer klaren Angriffsrichtung oder der Angabe notwendiger Verfahrenstatsachen, könnte der Antrag – entsprechend dem Rechtsgedanken des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO – allerdings in formelhafter Weise beschieden werden.

Überdies erscheint es sinnvoll, die durch eine ordnungsgemäß ausgeführte Einwendung im Sinne des § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO erwirkte Gerichtsentscheidung in **§ 207 Abs. 4 StPO** aufzunehmen. Hiermit würde dem Gericht aufgegeben, mit der Eröffnungsentscheidung **zugleich über sämtliche erhobene Einwendungen** zu entscheiden. Naheliegend könnte die heute übliche Beschlussformel –

> „*In der Strafsache gegen Peter Meier, geb. 23. September 1982 in Mannheim, wird das Hauptverfahren eröffnet. Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Mannheim vom 17. Dezember 2014 – 101 Js 114/14 – wird zur Hauptverhandlung vor der 5. Großen Strafkammer des Landgerichts Mannheim zugelassen. Die Strafkammer ist in der Hauptverhandlung mit zwei Berufsrichtern einschließlich des Vorsitzenden und zwei Schöffen besetzt (§ 76 Abs. 2 GVG). Die Untersuchungshaft dauert aus den fortbestehenden Gründen ihrer Anordnung durch das Amtsgericht Mannheim vom 15. August 2014 (162 Gs 123/14) fort.*“ –

[115] Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 201 Rn 32.
[116] RGSt 1, 170, 171; 44, 380, 381; OLG Karlsruhe v. 10.1.1977 – 3 Ws 3/77, Justiz 1977, 277.
[117] KMR/*Seidl* § 201 Rn 21; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg* § 201 Rn 39; KK-StPO/*Schneider* § 201 Rn 17; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 201 Rn 7.

um den Inhalt der durch die Einwendung – gegen eine vermeintlich fehlerhafte ermittlungsrichterliche Anordnung (§ 100b StPO) – nach § 201 Abs 1 Satz 1 StPO erwirkten Entscheidung erweitert werden:

> „*Die Erkenntnisse aus der Telekommunikationsüberwachung betreffend den Mobilfunkanschluss 0172-123 23 34 sind in der Hauptverhandlung verwertbar.“*

Es steht außer Frage, dass diese formalen Vorgaben sowohl den Gerichten als auch der Verteidigung eine intensive Einarbeitung in den Verfahrensstoff abverlangen. Dies ist zum Zwecke einer von diesen Verfahrensvorgängen weitgehend freigehaltenen und hierdurch erleichtert zu führenden Hauptverhandlung hinzunehmen. Mit Blick auf die gleichsam erstrebte verbesserte Filterfunktion des Zwischenverfahrens ist eine solche sogar wünschenswert.

2. Rechtsfolgen

Zum Zwecke der hiermit erstrebten effektiven Entlastung der Hauptverhandlung muss die Rechtsfolgenseite der Einwendungsobliegenheit zumindest die Gewähr dafür bieten, dass die den verbeschiedenen Einwendungen zugrundeligenden Verfahrensfragen nicht abermals im Rahmen der Hauptverhandlung erörtert oder gar – freibeweislich – aufgeklärt werden (müssen). Könnte solches nicht ausgeschlossen werden, drohte eine – bereits im Jahre 2001 im Zusammenhang mit dem Opferrechtsreformgesetz besorgte – kontraindizierte „Verdoppelung“ der Hauptverhandlung.[118] Zwei Wege erscheinen hier denkbar:

a) Rechtsfolge I: Innerprozessuale Bindungswirkung

Die im Zwischenverfahren verbeschiedene Einwendung eines Verfahrensbeteiligten gegen eine bestimmte Verfahrensfrage könnte das erkennende Gericht **binden**. Die Reichweite dessen wird durch die Beschlussformel der mit dem Eröffnungsbeschluss verbundenen Entscheidung über die Einwendung – in Verbindung mit den zugrunde liegenden und vorgebrachten Verfahrenstatsachen (vgl. § 222b StPO) – bestimmt **(§ 207 Abs. 4 StPO-E**).

aa) Wertungen im geltenden Recht

Dem geltenden Recht ist eine (innerprozessuale) Bindung des Tatgerichts an vorausgegangene Zwischenentscheidungen anderer Richter nicht fremd.

(1) Dies erhellt bereits der Blick auf den **Eröffnungsbeschluss** selbst. Mit ihm wird der Weg frei zur Hauptverhandlung und damit zu einem besonders belastenden Teil des Strafverfahrens. Hier mag es schon heute sein, dass die erkennenden Richter das Verfahren selbst nicht eröffnet hätten, aber etwa durch einen Wechsel der Straf-

[118] Vgl. BT-Drucks. 15/2536, S. 8 zu § 202a StPO-E: „Eine Ausweitung des Zwischenverfahrens könnte auch die Gefahr in sich bergen, dass sich der Termin zu einer vorgezogenen nichtöffentlichen ‚kleinen Hauptverhandlung‘ ohne Beteiligung der Schöffen entwickelt.“.

kammerbesetzung oder aber im Wege der §§ 209, 209a StPO mit der Sache betraut wurden (vgl. vorstehend S. 23).

(2) Auch die Überprüfung der **funktionalen Zuständigkeit** ist dem Gericht nach dem Zeitpunkt des § 6a Satz 3 StPO entzogen. Selbst wenn sich Richter in unvertretbarer funktionaler Weise mit der Sache befasst wähnten, wäre ihnen jede andere – zuvor etwa durch das Eröffnungsgericht versäumte (vgl. § 6a Satz 2 StPO) – Entscheidung entzogen (vgl. vorstehend S. 7).

(3) Ferner kann das erkennende Gericht nichts an seiner Besetzung ändern, wenn aus seiner Sicht ein **Ablehnungsgesuch** vor Beginn der Hauptverhandlung **rechtsfehlerhaft verbeschieden** worden ist (vgl. §§ 27, 28 Abs. 2 StPO) und deshalb die Gefahr einer später zu erhebenden Verfahrensrüge besteht (§ 338 Nr. 3 StPO). Dies gilt selbst dann, wenn ein erkennender Richter den möglichen Ablehnungsgrund selbst vorgebracht hatte (§ 30 StPO).

(4) Überdies wirkt sich ein in der ersten Hauptverhandlung unterbliebener **Verwertungswiderspruch** (vgl. § 257 StPO) auf eine nach Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht notwendige zweite Tatsacheninstanz aus. Der Widerspruch – als Voraussetzung für das Verwertungsverbot (vgl. vorstehend S. 17) – kann nicht nachgeholt werden.[119] Auch insoweit ist das zweite Tatgericht an ein prozessuales Vorgeschehen gebunden.

(5) Und schließlich vermittelt die sog. **innerprozessuale Bindungswirkung** eine Grenze für die Kognition des nach Aufhebung und Zurückverweisung nur teilweise neu zur Entscheidung berufenen Tatrichters (vgl. etwa § 358 Abs. 1 StPO). Er kann sich selbst bei erheblichen Zweifeln an der Schuld des Angeklagten nicht seiner Entscheidung über die ihm allein noch anvertraute Rechtsfolgenseite entziehen.

bb) Grenzen der innerprozessualen Bindungswirkung

Auch nach dem geltenden Recht gilt die innerprozessuale Bindungswirkung allerdings nicht grenzenlos. Eine Grenze wird dort gezogen, wenn anderenfalls dem zuständigen Richter ein **offensichtlicher Verstoß gegen Grundrechtsnormen** zugemutet würde.[120] Dieser rechtliche Maßstab kann für das hier vorgeschlagene Regelungskonzept eine praktikable Handreiche sein. Namentlich ließen sich hiermit Verfahrenskonstellationen lösen, deren Beweisgebäude auf einem zentralen Beweismittel gründet, bei dessen Verwertbarkeit das erkennende Gericht – anders als das eröffnende Gericht – unüberwindliche verfassungsrechtliche Bedenken hat (vgl. etwa die Bewertung einer vorgebrachten verbotenen Vernehmungsmethode, § 136a StPO). Der **Maßstab der Offenkundigkeit** für den eine Abweichung ausnahmsweise rechtfertigenden Rechtsmangel ist dem geltenden Recht (des Zwischenverfahrens)

---

[119] Vgl. nur BGH, Beschl. v. 9.11.2005 – 1 StR 447/05, BGHSt 50, 272, 274 f.

[120] Vgl. etwa Löwe/Rosenberg/*Franke*, § 358 Rn. 10; KK-StPO/*Gericke*, § 358 Rn. 17, die ferner die hier ebenfalls anwenbaren Fallgruppen einer nachträglichen Gesetzesänderung und eine abweichende Rechtsprechung des *BVerfG* erwähnen.

auch sonst nicht fremd. Die Rechtsprechung wendet ihn im Strafrecht etwa bei der Bestimmung der Schwere eines Mangels der Eröffnungsentscheidung an.[121]

cc) Mögliche Einwände gegen eine Bindung des Tatgerichts

An dieser Bewertung ändern auch folgende Einwände nichts:

(1) Justizgrundrechte

Der hier vorgeschlagenen innerprozessualen Bindungswirkung der Verbescheidung von Einwendungen aus dem Zwischenverfahren steht die **richterliche Unabhägigkeit** (Art. 97 GG) nicht entgegen. Art. 97 Abs. 1 GG dient dem Schutz der rechtsprechenden Gewalt vor Eingriffen der Legislative und der Exekutive.[122] Auch ein Eingriff in das grundrechtsgleiche Recht auf den **gesetzlichen Richter** steht nicht zu besorgen (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; vgl. vorstetehend S. 20).

(2) Inbegriff der Verhandlung (§ 261 StPO)

Allerdings liegt in der hier vorgeschlagenen Bindung zumindest in Teilen eine **Konkretisierung des Inbegriffs der Hauptverhandlung (§ 261 StPO)**.

Denn eine Entscheidung im Zwischenverfahren über den Einwand eines Beweisverwertungsverbotes würde – in den vorstehend benannten Grenzen – das erkennende Gericht binden. Wurde ein Verwertungsverbot abgelehnt oder gar nicht geltend gemacht, würde das Beweismittel grundsätzlich in der Hauptverhandlung verwertbar sein. Es unterstünde daher in den Grenzen des § 244 Abs. 2 StPO dem Inbegriff nach § 261 StPO; wurde ein Beweisverwertungsverbot hingegen angenommen, wäre das Beweismittel von Beginn an dem Inbegriff entzogen.

Nur in Ansätzen ist eine solche Konkretisierung des späteren Inbegriffs bereits heute erkennbar. Dies erhellt etwa die exekutivische **Sperrerklärung** in entsprechender Anwendung des § 96 StPO, der (gesetzlich fingierte) **Wahrheitsbeweis nach § 190 StGB** oder die in **§ 255a StPO** zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertentscheidung, nach der unter bestimmten Voraussetzungen – freilich nach pflichtgemäßem gerichtlichen Ermessen – ein Beweissurrogat statt der Auskunftsperson selbst vorzugsweise in die Hauptverhandlung einzuführen ist. Eine Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung liegt in der aus dem Zwischenverfahren fortwirkenden Vorentscheidung nicht. Ebenso wie in den Ausnahmekonstellationen des § 262 StPO entfällt hier die richterliche Entscheidungskompetenz in der Hauptverhandlung vollständig und nicht die freie Würdigung der grundsätzlich weiterhin gerichtlicher Kognition unterstellten Frage. Ob und inwieweit die Vorfragenkompetenz des Strafgerichts eingeschränkt wird, kann der Gesetzgeber unter Berücksichtigung etwaiger besonderer Schutzanforderungen der betroffenen Grundrechte frei bestim-

---

[121] BGH v. 16.10.1980 – StB 29/80, BGHSt 29, 351, 355 = JR 1981, 379; vgl. ferner BGH v. 21.4.1994 – 4 StR 136/94, BGHSt 40, 120, 121 = NJW 1994, 2369.

[122] Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 17.1.1961 – 2 BvL 25/60, BVerfGE 12, 67, 71.

men.[123] Es ist für mich derzeit nicht ersichtlich, dass dieser gesetzgeberische Regelungsspielraum durch die hier vorgeschlagene Bindungswirkung aus verfassungsrechtlichen Gründen überschritten wäre.

(3) Konfrontationsrecht

Ob den Verfahrensbeteiligten auch zur Aufklärung etwaiger Verfahrensmängel ein **Konfrontationsrecht** (konventionsrechtlich) zusteht, kann auch an dieser Stelle dahin stehen. Im Zwischenverfahren kann ohne weiteres ein mündlicher Erörterungstermin durchgeführt und zum Zwecke einer Vernehmung etwa auch ein Ermittlungsbeamter geladen und durch die Verfahrensbeteiligten befragt werden (vgl. vorstehend S. 25).

(4) Mitwirkungsobliegenheiten des Verteidigers

Schließlich wird durch das hier vorschlagene Regelungskonzept eine **Mitwirkung des Verteidigers** bereits im Zwischenverfahren vorausgesetzt. Sie überschreitet die Mitwirkungsmöglichkeiten und -pflichten des geltenden Rechts nur dort, wo sie an eine unterbliebene Einwendung im Zwischenverfahren Rechtsfolgen für die Hauptverhandlung knüpft. Ansonsten besteht eine strukturelle Übereinstimmung mit bereits nach geltender Rechtslage bestehenden Mitwirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten, etwa das – naheliegend auf Initiative eines Verteidigers – nur „unverzüglich“ geltend zu machende Ablehnungsrecht (§ 25 Abs. 2 StPO), das auf einen Alibibeweis abzielende Beweisbegehren nach § 244 StPO (ohne das eine Aufklärungsrüge in der Revision regelmäßig versagen wird) oder der rechtzeitig angebrachte Widerspruch gegen eine Beweisverwertung (derzeit bis zum Zeitpunkt des § 257 StPO).[124]

Nur nebenbei soll an dieser Stelle die besondere Verantwortung des Verteidigers bei der Abfassung der Revisionsbegründungsschrift mit Blick auf den vollständigen Vortrag rügebegründender Tatsachen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO)[125] oder aber die – gerade eingedenk des Konnexitätserfordernisses – bei der Formulierung eines ordnungsgemäßen Beweisantrags regelmäßig unabdingbare Mitwirkung des Verteidigers in Erinnerung gerufen werden.

Ob eine gesetzlich angeordnete innerprozessuale Bindung von Entscheidungen des Zwischenverfahrens mit **Änderungen im Recht der notwendigen Verteidigung** verbunden werden sollte, mag erwogen werden (vgl. vorstehend S. 22). Weiter könnte etwa die erfolgreiche **Fachanwaltsausbildung** den Gerichten einen Hinweis auf die notwendige Qualifikation im Einzelfall geben.[126] Es mag überdies angezeigt sein, für die hiermit vorgeschlagenen Prüfungs- und Einwendungsobliegenheiten im Zwi-

---

[123] Vgl. nur Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg*, § 262 Rn. 33 m.w.N. zur verfassungsgerichtlichen Rechtspr.
[124] Vgl. *Basdorf*, StV 2010, 414, 414.
[125] Vgl. jüngst BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2014 – 1 StR 381/14, NStZ 2015, 98.
[126] Bei der Absicherung der Schulungs- und Prüfungkonzeption mag auch – etwa vergleichbar mit der Bestimmung von Qualitätsanforderungen bei der psychosozialen Prozessbegleitung nach dem Referentenentwurf zum 3. Opferrechtsreformgesetz (S. 31) – über eine zwingende Einbindung von Justizjuristen nachgedacht werden.

schenverfahren – über die derzeit geltenden Verfahrensgebühr hinaus – einen **besonderen Gebührentatbestand in das RVG** aufzunehmen.

dd) Grenze: Neue (Verfahrens-)Tatsachen

Werden Verfahrensfragen erst später bekannt oder kommen solche erstmals im Laufe der Hauptverhandlung auf, besteht das Scharnier der innerprozessualen Bindungswirkung insoweit nicht. Diese Fragen sind zu erörtern, (freibeweislich) aufzuklären und in der Hauptverhandlung durch das erkennende Gericht zu entscheiden (vgl. vorstehend S. 30).

ee) Einwendungsobliegenheiten mehrerer Verfahrensbeteiligter

Ob im Zwischenverfahren erhobene und durch das Eröffnungsgericht zurückgewiesene Einwände auch von einem Mitangeklagten in der Revision beanstandet werden können, bliebe der gesetzgeberischen Entscheidung vorbehalten.[127] Werden etwa nach Eröffnung des Hauptverfahrens mehrere Verfahren verbunden und haben sich die Angeklagten im Zwischenverfahren unterschiedlich mit ihren Einwendungen gegen die benannten Beweismittel befasst, mag eine Lösung darin gefunden werden, dass sich die Einwendung im ausdrücklich erklärtem Widerspruch in der Hauptverhandlung auch auf den Angeklagten erstreckt, der sie zuvor nicht erklärt hatte.[128]

ff) Unterbliebene Einwendung

Käme ein Verfahrensbeteiligter der Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren nicht nach, könnte er seinen Einwand in der Hauptverhandlung nur anbringen, wenn dieser auf neuen Verfahrenstatsachen beruht. Ob diese gesetzlich anzuordnende Rechtsfolge auf dem Gedanken eines Rechtsverzichts[129] oder aber der Verwirkung prozessualer Teilhaberechte beruhen sollte[130], braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden.

gg) Auswirkungen auf prozessuale Teilhabe- und Gestaltungsrechte

Die innerprozessuale Bindungswirkung wirkt sich auf die prozessualen Gestaltungsrechte der Verfahrensbeteiligten aus. Im **Beweisantragsrecht** dürfte sich das auf Erhebung eines im Zwischenverfahren als unverwertbar angesehenen Beweismittels gerichtete Beweisbegehren als unzulässig erweisen (vgl. § 244 Abs. 3 Satz 1, § 245 Abs. 2 Satz 2 StPO). Soweit erst in der Hauptverhandlung Anträge auf Aufklärung bestimmter möglicherweise ein Verwertungsverbot begründender Verfahrenstatsachen gestellt würden, obgleich insoweit keine neuen Tatsachen vorlägen, könnte der Antrag (wie gegenwärtig) als Beweisermittlungsantrag behandelt und ohne ausdrückliche Verbescheidung erledigt werden (§ 244 Abs. 2 StPO).

---

[127] Zur Wirkung eines Widerspruchs zugunsten eines Mitangeklagten vgl. nur Löwe/Rosenberg/*Gleß*, § 136 Rn. 90 m.w.N.
[128] Vgl. zum geltenden Recht nur Löwe/Rosenberg/*Gleß*, § 136 Rn. 90; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 136 Rn. 25a.
[129] Vgl. zum geltenden Recht etwa Löwe/Rosenberg/*Franke*, § 337 Rn. 195 ff. m.w.N.
[130] Vgl. zum geltenden Recht nur Löwe/Rosenberg/*Franke*, § 337 Rn. 192, 202 ff. m.w.N.

Auf bereits zurückgewiesene oder unbeanstandet gelassene Verfahrenstatsachen abzielende **Fragen** dürften als ungeeignet zurückgewiesen werden (§ 241 Abs. 2 StPO; zur Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO vgl. nachstehend S. 36 ff.). Solches gilt gleichermaßen für § 257 StPO. Eine Erörterung und Darstellung von Verfahrensfragen, die der innerprozessualen Bindungswirkung unterstehen, sollte im **Schlussvortrag** uneingeschränkt gewährleistet bleiben (§ 258 StPO).

hh) Rechtsschutz

Die im Zweischenverfahren beschiedene Einwendung eines Verfahrensbteiligten unterläge nach dem hier vorgeschlagenen Regelungskonzept jedenfalls der Nachprüfung durch die Revisionsinstanz (nachstehend **aa**); eine unmittelbare Anfechtung mit Suspensiv- und Devolutiveffekt im Zwischenverfahren erscheint nicht vorzugswürdig (nachstehend **bb**).

(1) Anfechtung der Entscheidung vor Beginn der Hauptverhandlung

Zunächst mag erwogen werden, die Verbescheidung von Einwendungsobliegenheiten bereits vor Beginn der Hauptverhandlung und dann abschließend beschwerdegerichtlich überprüfen zu lassen. Im Instanzenzug der Landgerichte wurde hierfür bereits eine Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs befürwortet.[131] Hierdurch könnten die einwendungsgegenständlichen Verfahrensfragen bereits vor Durchführung einer unter Umständen langen sowie belastungs- und kostenintensiven Hauptverhandlung einer **endgültigen Klärung** zugeführt werden. Unabhängig davon, ob hierfür der *Bundesgerichtshof* oder aber die *Oberlandesgerichte* als berufen angesehen werden, dürfte sich ein solcher vorgezogener und dann insoweit punktuell endgültiger Rechtsschutz aber als zu zeitintensiv erweisen. Selbst wenn – bereits heute absehbar – die elektronische Aktenführung einen zügigen Zugriff des Rechtsmittelgerichts auf die notwendigen Aktenbestandteile ermöglichen sollte, wäre mit der Einarbeitung in das Verfahren, mit der Beratung und mit der Beschlussfassung regelmäßig ein – gerade in Haftsachen – **nicht unbedenklicher Zeitablauf** verbunden.

(2) Rechtsschutz durch die Revision

Sämtliche im Zwischenverfahren zum Gegenstand einer Einwendung nach § 201 StPO gemachten Verfahrensfragen sollten daher grundsätzlich auch weiterhin der Nachprüfung durch den *Bundesgerichtshof* zugänglich sein. Ob dies uneingeschränkt auch weiterhin für Fragen der von Amts wegen auf eine in zulässiger Weise erhobene Revision hin zu prüfenden **Verfahrensvoraussetzungen** gelten muss, ist allerdings zweifelhaft.[132]

Aber auch die erörterten Beweisverwertungsfragen könnten weiterhin im Wege einer **Verfahrensrüge** beanstandet werden (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Würde ein Beweismittel nach einer innerprozessuale Bindung entfaltenden Entscheidung aus dem

[131] Vgl. *Basdorf*, FS Geiß (2000), S. 31, 40 ff.
[132] Vgl. hierzu die weiterführenden Erwägungen im Gutachten von Herrn RiBGH Dr. *Mutzbauer*.

Zwischenverfahren über ein bestehendes Verwertungsverbot strengbeweislich zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht, kann solches – auch weiterhin – eine **Inbegriffsrüge** begründen.[133] Ohne Friktionen fügte sich schließlich das von der Rechtsprechung für einzelne Verwertungsverbote geforderte rechtzeitige **Widerspruchserfordernis** ein (§ 257 StPO; hierzu vorstehend S. 17). Mag es doch sein, dass ein Angeklagter sich durch die Beschlussgründe, mit denen sein Einwand im Zwischenverfahren verbeschieden worden war, von der Verwertbarkeit eines Beweismittels überzeugen lässt und dessen Einführung nunmehr billigt. Ein deshalb weiterhin notwendiger Widerspruch wäre in der Hauptverhandlung allerdings nicht abermals zu begründen (vgl. hierzu vorstehend S. 26); insoweit würde die im Zwischenverfahren dargelegte und verbeschiedene Angriffsrichtung fortgelten.

b) Rechtsfolge II: Begrenzte mündliche Gehörsrechte

In Betracht kommt als Rechtsfolge ferner ein zur innerprozessualen Bindungswirkung alternierender oder aber diese ergänzenden Ansatz, der die **gerichtliche Sachleitungsbefugnis** dahin stärkt, dass sämtliche Verfahrensfragen, die Gegenstand der Einwendungsobliegenheit waren, auf Anordnung des Vorsitzenden hin dem **schriftlichen Verfahren** überantwortet werden können. Hierfür kann an die – heute rechtspraktisch bedeutungslose – Regelung des § 257a StPO –

> *„Das Gericht kann den Verfahrensbeteiligten aufgeben, Anträge und Anregungen zu Verfahrensfragen schriftlich zu stellen. Dies gilt nicht für die in § 258 bezeichneten Anträge. § 249 findet entsprechende Anwendung.“* –

angeknüpft und die Gegenstände der Einwendungsobliegenheit dem – für das hier vorgeschlagene Konzept leicht zu modifizierenden – Regelungsregime dieser Vorschrift unterstellt werden (nachstehend **aa**). Die gegen diese Vorschrift de lege lata vorgebrachten Bedenken,[134] greifen bei den hier diskutierten freibeweislich aufzuklärenden Verfahrensfragen nicht durch (nachstehend **bb**).

aa) Anknüpfungspunkte im geltenden Recht (§ 257a StPO)

Das regelungssystematische Zusammenspiel zwischen der Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren und der Hauptverhandlung könnte ohne größeren gesetzgeberischen Änderungsaufwand über das Scharnier des § 257a StPO erfolgen.

(1) Gegenstände der Einwendungsobliegenheit als Verfahrenstatsachen

Die vorstehend beschriebenen materiellen Gegenstände der hier vorgeschlagenen Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren betreffen sämtlich „Verfahrensfragen“ im Sinne des § 257a Satz 1 StPO. Von diesem Tatbestandsmerkmal werden bereits gegenwärtig – neben den hier nicht interessierenden Gestaltungsrechten des Strengbeweisverfahrens – namentlich Ausführungen zur Zulässigkeit der Beweisver-

---

[133] Vgl. nur KK-StPO/*Ott*, § 261 Rn. 34.

[134] Vgl. etwa *Krahl*, GA 1998, 329; Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg*, § 257a Rn. 3 ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 257a Rn. 1.

wertung oder auch Aussetzungsanträge erfasst.[135] Ohne weiteres erstreckt sich der gesetzliche Regelungsbereich daher schon de lege lata auch auf die hier einer Einwendungsobliegenheit unterstellten freibeweislich zu klärenden Verfahrensfragen.

Anders als im zuvor dargestellten Konzept einer innerprozessualen Bindungswirkung verbeschiedener Einwendungen für das Tatgericht bedarf es hier aus meiner Sicht **keiner formalen Begrenzung der materiellen Gegenstände einer Einwendungsobliegenheit**. Daher unterlägen sämtliche Verfahrensfragen der Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren, die hier entweder ausdrücklich vorgebracht und ggf. beschieden worden sind oder aber hätten vorgebracht werden können, wenn sie – für den verteidigten Angeschuldigten – bereits erkennbar waren.

(2) Voraussetzungen einer Anordnung nach § 257a Satz 1 StPO de lege ferenda

Die Anordung nach § 257a Satz 1 StPO steht gegenwärtig im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Zeitliche oder inhaltliche Vorgaben macht sie gegenwärtig nicht. Im Hinblick auf die hier vorgeschlagene Einwendungsobliegenheit sollte sie indes präzisiert und in mehrfacher Hinsicht modifiziert werden:

- Der neu zu fassende § 257a StPO sollte als „Verfahrensfragen“ ausdrücklich Bezug nehmen auf § 201 StPO und mit seinem Regelungsbereich ausdrücklich (zumindest auch) umfassen, was **Gegenstand einer Einwendung nach § 201 StPO** war oder zu einem solchem **hätte gemacht werden können** und damit das Scharnier zwischen Haupt- und Zwischenverfahren geschaffen werden. Auf diese Weise wird auch der gegenwärtig anscheinend fehlenden Aktivität der Verfahrensbeteiligten im Zwischenverfahren entgegen gewirkt. Für im **Hauptverfahren aufgetretene Nova** wäre eine Sachbehandlung über § 257a StPO nur nach den derzeit geltenden rechtlichen Maßgaben zulässig.

- Die Anordnung nach § 257a StPO sollte – abweichend von der geltenden Rechtslage – als **Ausprägung der Sachleitungsbefugnis** (§ 238 Abs.1 StPO) **durch den Vorsitzenden** nach pflichtgemäßem Ermessen getroffen werden können. Auf diese Weise könnte mit Blick auf die bezweckte effektive Verhandlungsführung rasch reagiert werden. Eine Anhörung des betroffenen Verfahrensbeteiligten ist möglich und sicherlich sinnvoll, aber – wie bei § 238 Abs. 1 StPO – nicht zwingend. Die gesetzliche **Ermessensentscheidung** ermöglicht es dem Vorsitzenden, etwa auch zur Schaffung einer konstruktiven Verhandlungsatmosphäre, eine erneute Erörterung der Verfahrensfragen in der Hauptverhandlung zuzulassen oder – namentlich bei einem abweichend von der Eröffnungsentscheidung berufsrichterlich besetzten Spruchkörper oder in den Fällen des §§ 209, 209a StPO – diese Fragen vor diesem Gericht erstmals einer Erörterung zuzuführen.

- Die Entscheidung des Vorsitzenden, Anträge und Anregungen betreffend Verfahrensfragen, die bereits Gegenstand der im vorgenannten Sinne weit verstandenden Einwendungsobliegenheit waren, einem schriftlichen Verfahren zu überantworten, sollte

[135] BT-Drucks. 15/6853, S. 34; vgl. ferner nur Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg*, a.a.O., Rn. 7.

kraft Gesetzes – und insoweit abweichend von § 238 Abs. 2 StPO – für **unanfechtbar** erklärt werden.

Als – dann freilich rechtlich nicht gebotene (vgl. § 34 StPO) – **Begründung** dürfte in aller Regel die Bezugnahme auf die verstrichene oder aber fruchtlose Einwendung im Zwischenverfahren ausreichen. Anderenfalls wäre absehbar, dass die Anordnung beanstandet würde und zur Vorbereitung einer solchen Beanstandung die Unterbrechung der Hauptverhandlung und sodann im Rahmen der Verlesung der Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO sämtliche „Verfahrensfragen" wiederum mittelbar mündlich zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht würden. Der hiermit ersichtlich verbundene Zeitverlust und die dann absehbar notwendige erneute inhaltliche Beschäftigung mit den nämlichen Verfahrensfragen der Einwendungsobliegenheit ließen die hier erstrebte effektivere Gestaltung der Hauptverhandlung leerlaufen.

- § 257a Satz 2 StPO sollte in diesem Zusammenhang unverändert gelten. Hierdurch könnten – wie bereits nach geltendem Recht – jedenfalls im **Schlussvortrag** (§ 258 StPO) nochmals in mündlicher Hauptverhandlung Verfahrensfragen ausgeführt und bewertet werden, die Gegenstand der Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren waren.

- Schließlich sollte § 26a StPO in diesem Zusammenhang um eine weitere Ziffer ergänzt werden. Stützt sich ein Ablehnungsgesuch gegen den Vorsitzenden oder – in der Rechtspraxis mit Blick auf eine erkannte Untätigkeit der übrigen Mitglieder des Spruchkörpers keine Seltenheit – gegen die Strafkammer insgesamt einzig auf den Umstand, dass Anregungen und Anträge eines Verfahrensbeteiligten zu Verfahrensfragen betreffend eine Einwendungsobliegenheit nach § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO dem schriftlichen Verfahren überantwortet würden, so könnte dies für sich schon **grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund** darstellen. Anders mag es liegen, wenn darüber hinaus ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Äußerung eines Richters zum Gegenstand des Ablehnungsgesuchs gemacht würde; in diesen Fällen sollte weiterhin die Strafkammer in der Besetzung nach § 27 StPO als gesetzlicher Richter zur Entscheidung berufen sein.

- Eine nach § 241 Abs. 2 StPO zurückgewiesene Frage bezogen auf im Zwischenverfahren verbeschiedene oder nicht eingewendete Verfahrenstatsachen kann auch weiterhin nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden. Auch insoweit könnte der Vorsitzende die Verfahrensbeteiligten fortan aber auf das schriftliche Verfahren verweisen.

Diese der Sachleitungsbefugnis unmittelbar unterstehende Möglichkeit, Erörterungen von Verfahrensfragen, die bereits im Zwischenverfahren vorgebracht worden waren bzw. hätten vorgebracht werden können, führt ersichtlich nicht zu einer Beschränkung von Verfahrensrechten (hierzu nachstehend **bb**). Eine unzulässige Inanspruchnahme des § 257a StPO durch den Vorsitzenden könnte weiterhin die Revision begründen (§ 337 StPO). Da § 338 Nr. 8 StPO derzeit nur eine Beschränkung der Verteidigerrechte durch einen Gerichtsbeschluss vorsieht, der hier zweckmäßigerweise entbehrlich sein soll, mag erwogen werden, § 338 Nr. 8 StPO um die Ausnahme des § 257a StPO betreffend die Einwendungsobliegenheit zu erweitern.

bb) Einwände gegen das schriftliche Verfahren

Gegen § 257a StPO wird gegenwärtig namentlich eine Unvereinbarkeit mit dem Grundsätzen der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit und des grundrechtsgleichen Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) geltend gemacht. Die rechtlichen Bedenken greifen bei der hier vorgeschlagenen Verbindung von verfahrensrechtlichen Einwendungen im Zwischenverfahren mit den Möglichkeiten einer Erörterung nämlicher Verfahrensfragen in der Hauptverhandlung indes nicht durch. Hierzu im Einzelnen:

(1) Grundsatz der Mündlichkeit (§ 250 StPO)

Der **Mündlichkeitsgrundsatz** des § 250 StPO wird durch die hier vorgeschlagene Regelung nicht berührt.[136] Dessen Maßgaben sind solche des Strengbeweisverfahrens und gelten daher allein bei der (strengbeweislichen) Feststellung von Tatsachen, welche die Schuld- oder Rechtsfolgenseite der gerichtlichen Entscheidung betreffen.[137] Gegenstand der hier vorgeschlagenen Einwendungsobliegenheit sind indes nur Verfahrensfragen, die im Freibeweis aufzuklären wären.

Die (fakultative) Überantwortung dieser sehr begrenzten Gegenstände von Anregungen oder Anträgen von Verfahrensbeteiligten in das schriftliche Verfahren wird erkennbar nicht zu einer „Verhandlungspantomime“ und einer für die Öffentlichkeit nicht mehr nachvollziehbaren Geheimjusitz führen.[138] Schon heute könnten die Verfahrensbeteiligten diese Verfahrensfragen außerhalb der Hauptverhandlung dem Gericht – über die Geschäftsstelle – zu Gehör bringen und niemand würde ernsthaft hierdurch eine Beeinträchtigung des für den reformierten Strafprozess fundamentalen Mündlichkeitsgrundsatzes besorgen.

(2) Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 GVG)

Auch ist der **Grundsatz der Öffentlichkeit** nicht verletzt (§ 169 GVG). Bereits nach geltendem Recht unterliegen nämlich Handlungen, die auch außerhalb der Hauptverhandlung vorgenommen werden können, nicht dem Öffentlichkeitsgebot. Sie können etwa während des Ausschlusses der Öffentlichkeit erledigt werden.[139] Dies gilt namentlich für Verfahrenshandlungen, die den Schuld- und Strafausspruch nicht unmittelbar betreffen und deren strengbeweisliche Einführung in die Hauptverhandlung nicht vorgeschrieben ist.[140] Mit Blick auf den begrenzten Umfang der hier dem schriftlichen Verfahren zu überweisenden Verfahrensfragen und die Möglichkeit, diese im

---

[136] **A.A**. allerdings *Krahl*, GA 1998, 329, 335 f., der allerdings nicht zwischen Streng- und Freibeweisverfahren differenziert.

[137] Löwe/Rosenberg/*Sander/Cirener*, § 250 Rn. 2; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 250 Rn. 1 jeweils m.w.N.

[138] In diesem Sinne aber – ersichtlich bezogen auf eine zu weitgehende Anwendung des § 257a StPO im Strengbeweisverfahren – *Meyer-Goßner*, ZRP 2000, 345, 349.

[139] BGH, Beschluß vom 25.10.2001 – 1 StR 306/01, NStZ 2002, 106.

[140] BGH, Beschluß vom 25.10.2001 – 1 StR 306/01, NStZ 2002, 106, 107; BGH, Beschluss vom 15.4.2003 – 1 StR 64/03, NJW 2003, 2761; entsprechend für das nicht dem Öffentlichkeitsgrundsatz unterstehende Ablehnungsverfahren BGH, Beschluß vom 17.04.1996 – 3 StR 34/96, NStZ 1996, 398, 399; vgl. auch *Quentin* in SSW-StPO, GVG § 169 Rn. 5; *Meyer-Goßner/Schmitt*, GVG § 169 Rn. 1; KK/StPO-*Diemer*, 7. Aufl., GVG § 169 Rn. 3; **a.A.** SK-StPO/*Velten*, 4. Aufl., GVG § 169 Rn. 6.

Rahmen des Schlussvortrags nochmals zu erörtern und darzustellen, besteht auch konventionsrechtlich kein weitergehendes Öffentlichkeitsgebot (Art. 6 Abs. 1 MRK).[141]

(3) Rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG)

Schließlich wird auch das **rechtliche Gehör** der Verfahrensbeteiligten nicht verletzt (Art. 103 Abs. 1 GG). Zunächst hatten sämtliche Verfahrensbeteiligte im Zwischenverfahren Gelegenheit, ihre Einwände betreffend bestimmte Verfahrensfragen vorzubringen. Unterbleibt solches, ist zwar fraglich, ob bereits hierin ein Verzicht gesehen werden kann. Jedenfalls ist aber in den Blick zu nehmen, dass das grundrechtsgleiche Recht keine bestimmte Form der gerichtlichen Anhörung vorschreibt, sondern die konkrete Ausgestaltung dem Gesetzgeber oder – wenn entsprechende Regelungen fehlen – im Einzelfall den Gerichten überlässt.[142] Vor diesem Hintergrund können die Verfahrensbeteiligten selbst im Falle einer Anordnung nach § 257a StPO bei einer Wiederholung bereits im Zwischenverfahren verbeschiedener oder bescheidungsfähiger Einwendungen ihre Beanstandung – dann freilich schriftlich – abermals im Hauptverfahren zu Gehör bringen. Nichtzuletzt steht es ihnen frei, hierzu in den Schlussvorträgen (§ 258 StPO) nochmals Stellung zu beziehen und das Gericht erneut damit zu konfrontieren.[143]

3. Zwischenfazit

An die das Zwischenverfahren inhaltlich stärkende Einwendungsobliegenheit können mithin zwei – sich teilweise auch ergänzende – Rechtsfolgen geknüpft werden. Beide finden ebenso wie die Einwendungsobliegenheit selbst in den bestehenden gesetzlichen Strukturen und Wertungen zureichend belastbare Anknüpfungspunkte und fügen sich insoweit harmonisch ein.

D. Einzelne Reformüberlegungen

Nachstehend werden zwei weitere Reformüberlegungen kurz skizziert und bewertet.

I. Präklusionszeitpunkt des § 25 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Der „Ablehnungsclou“ als aktuelles „Gebrechen“ des Justizalltags

Unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung angebrachte Ablehnungsgesuche erweisen sich als besonders problematisch. Werden sie nämlich vor der Vernehmung des ersten Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse angebracht (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1, § 243 Abs. 2 StPO), greift die Präklusionsvorschrift des § 25 Abs. 2 StPO nicht. Das Gericht ist gezwungen, das Ablehnungsgesuch vor Verhandlungs-

[141] Vgl. hierzu Löwe/Rosenberg/*Esser*, EMRK Art. 6 Rn. 387 ff.
[142] Vgl. nur Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg*, § 257a Rn. 3 m.w.N.
[143] Vgl. nur Löwe/Rosenberg/*Stuckenberg*, a.a.O.

beginn entweder selbst zu verbescheiden (§ 26a StPO) oder aber – regelmäßig – die nach § 27 StPO zuständige Strafkammerbesetzung mit dem Antrag zu befassen. Gerade Letzteres führt nicht nur zu erheblichen Verfahrensverzögerungen, einer hierdurch bedingten Belastung des Angeklagten aber auch etwaiger am Verfahren beteiligter Verletzter (§§ 395, 406d, 406e StPO) und kostenintensiven „Vertagungen"; es ist oftmals auch Gegenstand einer die Strafrechtspflege in besonderer Weise beschädigenden undifferenzierten Medienberichterstattung („Prozess geplatzt"), die geeignet ist, das Vertrauen in eine funktionierende Strafrechtspflege zu untergraben.

2. Vorverlagerung des Unverzüglichkeitsgebots (§ 25 Abs. 2 StPO)

Ohne dass ein nachhaltiger Rechtsverlust für die Verfahrensbeteiligten ersichtlich wäre, ließe sich eine Neufassung des § 25 Abs. 1 Satz 2 StPO erwägen, welche dieser Problematik hinreichend Rechnung trägt. Würde nämlich der gegenwärtig maßgebliche Präklusionszeitpunkt des § 243 Abs. 2 Satz 2 StPO durch das Ereignis der **Bekanntgabe der Besetzungsmitteilung nach § 222b StPO** ersetzt werden, wären die – gegenwärtig rechtspraktisch nicht selten in der Nacht vor der Hauptverhandlung eingehenden Ablehnungsgesuche – in aller Regel nicht mehr unverzüglich und könnten ohne größeren Zeitverlust nach § 26a StPO behandelt werden. Die Verfahrensbeteiligten hingegen hätten Gelegenheit, sämtliche Ablehnungsgründe gegen die ihnen durch die Besetzungsmitteilung nunmehr bekannten sachlich zuständigen Berufsrichter und Schöffen „unverzüglich" vorzubringen. Warum hier das durch die gegenwärtige Gesetzesfassung mögliche weitere Zuwarten zur Wahrung der Rechte von Verfahrensbeteiligten sinnvoll, zwingend erforderlich oder gar geboten sein soll, ist nicht ersichtlich.

II. Gesetzliche Mindestanforderungen an die Form der Eröffnungsentscheidung

Ferner mag erwogen werden, an den Eröffnungsbeschluss zwingende gesetzliche Formerfordernisse zu knüpfen. Eine gesetzlich festgeschriebene Schriftlichkeit und ein verbindlicher Erlasszeitpunkt – etwa vor der Terminierung der Hauptverhandlung (§ 213 StPO) – könnte die auch zu einer Entwertung der schützenden Formen des Zwischenverfahrens beitragenden ober- und höchstrichterlichen Rettungsbemühungen bei fehlenden oder fehlerhaften Eröffnungsbeschlüssen entbehrlich machen und die Bedeutung dieser Entscheidung für die Rechtsanwender nochmals unterstreichen.

III. Anfechtbarkeit der Nichteröffnungsentscheidung

Es liegt hingegen nicht nahe, die Nichteröffnungsentscheidung de lege ferenda von der sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft zu lösen und diese ein Rechtsbeschwerdeverfahren zu verweisen (vgl. Eingangsstatement *Ignor*). Hierzu in groben Strichen nur Folgendes:

Ungeachtet einer ungesichterten Empirie zum Entscheidungsverhalten der für die Eröffungsentscheidung zuständigen Gerichte, führte dies zu einem signifikant steigenden Arbeitsanfall bei den Eröffnungsgerichten. Diese müßten ihre Entscheidung – naheliegend – ausgerichtet an den sachlich-rechtlichen Maßgaben einer freisprechenden tatgerichtlichen Entscheidung abfassen, um eine rechtsbeschwerdegerichtliche Überprüfung zu ermöglichen; fehlte es bereits hieran, müßte das Rechtsbeschwerdegericht den Beschluss aufheben und zu neuer Entscheidung zurückverweisen. Damit droht faktisch ein Verfahrensstillstand.

Ferner wäre dem Rechtsbeschwerdegericht die Entscheidungsbefugnis nach § 309 StPO genommen. Es wäre an das revisionsrechtliche Rekonstruktionsverbot gebunden – dürfte also, mit Ausnahme der Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen, keinen Blick in die Verfahrensakten unternehmen –, obgleich eine Rekonstruktion ihm ohne weiteres möglich wäre. Denn im Unterschied zu § 261 StPO verfügte das Rechtsbeschwerdegericht hier mit dem Inhalt der Ermittlungsakten gerade über die identische Erkenntnisgrundlage.

IV. Trennung von Eröffnungs- und Tatgericht?

Eine Trennung von Eröffnungs- und Tatgericht empfiehlt sich nicht. Auch weiterhin gilt: Zum einen ist zweifelhaft, ob hierdurch tatsächlich ein höherer Rechtsschutz für den Angeschuldigten erreicht werden kann.[144] Denn gerade eine Eröffnung vor einem anderen Spruchkörper mag es dem Eröffnungsgericht „erleichtern“, das Hauptverfahren zu eröffnen. Zum anderen ist die hiermit verbundene inhaltliche Befassung zweier Spruchkörper mit den gegenwärtigen gerichtlichen Ressourcen nicht vereinbar.

[144] Vgl. hierzu bereits Löwe/Rosenberg/*Rieß*, 25. Aufl., Vor § 198 Rn. 19 m.w.N.

E. Kernthesen

1. Die Filterfunktion des Zwischenverfahrens läuft gegenwärtig rechtspraktisch weitgehend leer.

2. Am Zwischenverfahren und damit an einer Kontrolle der Anklage vor Beginn des Hauptverfahrens durch ein unabhängiges Gericht ist auch weiterhin festzuhalten.

3. Die Filterfunktion des Zwischenverfahrens sollte de lege ferenda durch eine gesetzlich begründete Einwendungsobliegenheit inhatlich konkretisiert werden.

4. Diese Einwendungsobliegenheit sollte bereits bestehende gesetzliche Wertungen und Anknüpfungspunkte, etwa solche des § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO, aufgreifen.

5. Die Einwendungsobliegenheit sollte materiell nur solche Umstände erfassen, die freibeweislich aufzuklärende Verfahrensfragen zum Gegenstand haben.

6. Die Einwendungsobliegenheit sollte sachlich zwingend gelten für erstinstanzlich vor den Landgerichten und Oberlandesgerichten geführte Verfahren; für die Amtsgerichte sollte die Möglichkeit, eine Einwendungsobliegenheit für die Verfahrensbeteiligten zu aktivieren, fakultativ nach pflichtgemäßen Ermessen und gekoppelt an das Recht notwendiger Verteidigung möglich sein.

7. Die Einwendungsobliegenheit sollte auch Fragen der Beweisverwertung erfassen; hier sollte sie sich allerdings nur auf die in der Beweismittelliste der Anklageschrift erstrecken oder solche Beweismittel umfassen, auf deren wahrscheinliche Verwertung das Gericht im Zwischenverfahren hingewiesen hat.

8. Eine erhobene Einwendung muss schriftlich vorgebracht werden und eine eindeutige, bescheidungsfähige Angriffsrichtung erkennen lassen.

9. Das Entscheidungsverfahren über die Einwendung kann schriftlich oder mündlich durchgeführt werden.

10. Die Einwendung ist im Beschlusswege mit der Eröffnungsentscheidung zu verbescheiden; § 207 Abs. 4 StPO ist um die Fallgruppe der Einwendungsobliegenheit des § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO zu ergänzen.

11. Die Rechtsfolgen einer solchen Einwendungsobliegenheit müssen sicherstellen, dass die Hauptverhandlung – mit Ausnahme neuer Tatsachen – nicht mit denselben Verfahrensfragen belastet wird. Hierfür bieten sich zwei Wege an:

a) Die Entscheidung des Eröffnungsgerichts über die Einwendung bindet das Tatgericht bis zur Grenze eines offensichtlichen Verstoßes gegen Grundrechte.

b) Sämtliche Verfahrensfragen, die bereits Gegenstand von Einwendungen im Zwischenverfahren waren oder hier bereits erkennbar angelegt waren und es deshalb hätten sein können, dürfen – nach pflichtgemäßem Ermessen des Vorsitzenden – dem schriftlichen Verfahren nach § 257a StPO überantwortet werden; § 257a StPO ist um die Fallgruppe der Einwendungsobliegenheit des § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO zu ergänzen.

12. Der Zeitpunkt der Präklusion nach § 25 Abs. 2 StPO ist zu ändern. Der Maßstab der Unverzüglichkeit sollte gelten ab Zugang der Besetzungsmitteilung nach § 222a StPO.

13. Es bietet sich an, gesetzliche Mindeststandards für Form und Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung festzulegen.

14. Der Rechtsschutz gegen die Eröffnungsenstcheidung sollte unverändert bleiben (§§ 210, 211 StPO); eine Trennung von Eröffnungs- und Tatgericht empfiehlt sich nicht.

Von der Veröffentlichung der Anlage wurde abgesehen.

C.

Besondere Verfahrensarten

LMR Dr. Jochen Müller
Hessisches Ministerium der Justiz
Luisenstraße 13, 65187 Wiesbaden

Modifikation des Strafbefehlsverfahrens – Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens

[Gutachten zur 3. Sitzung der Expertenkommission des BMJV am 17./18. November 2014]

I.

Das Nachdenken über ein schriftliches Strafverfahren im Kontext des Arbeitsauftrages, das allgemeine Strafverfahren unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze effektiver und praxistauglicher zu gestalten, steht in einem untrennbaren Zusammenhang mit einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts. Das im Kern seit über 130 Jahren unveränderte, auf den Prinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und weitgehenden Öffentlichkeit beruhende Regelverfahren ist längst an den Grenzen seiner Leistungsfähigkeit angekommen. Das Strafverfahren des reformierten Strafprozesses diente dem konkreten Schutz von Rechtsgütern, war lokal und papieren. Das Strafverfahren heutiger Tage ist in jeder Hinsicht entgrenzt. Sein Gegenstand, das materielle Strafrecht, wird in Zeiten einer Risikogesellschaft zunehmend zu einem Mittel der gesellschaftlichen Daseinsvorsorge. Rechtsgüter verflüchtigen sich, werden zunehmend abstrakter und verlagern sich zunehmend weit in das Vorfeld konkreter Rechtsgutverletzungen. Bereits bloße Absichten und Gesinnungen werden kriminalisiert. Der gesellschaftliche Wandel hat dazu beigetragen, dass auch die Kriminalität vielfach digitalisiert, globalisiert und in nur schwer zu ermittelnden und zu durchschauenden Netzwerken daherkommt. Dies alles wird am Ende in das Prokustesbett des reformierten Strafprozesses gepresst. Beredtes Zeugnis der damit einhergehenden Entwicklung ist die Entstehung und Regulierung der Absprachepraxis, die gleichsam das Ventil darstellt, den Druck auf den Kessel der Hauptverhandlung wieder entweichen zu lassen.

Diese Entwicklung kann man beklagen, sie dürfte jedoch unumkehrbar sein. Forderungen nach einer Entkriminalisierung von Bagatellkriminalität oder die Besinnung auf das Strafrecht als ultima ratio, um den Input dessen zu verringern, was im Strafverfahren zu erledigen ist, mögen wohlfeil sein, realistisch sind sie indes nicht. Es bedarf daher auch entsprechender Antworten im Verfahrensrecht. Hier zeichnen sich zwei Linien ab.

Die eine Linie, die seit Jahren diskutiert und verfolgt wird und teilweise auch umgesetzt worden ist, ist das Beschneiden von Beschuldigten- und Verteidigungsrechten, oftmals auch als Folge exzessiven Verteidigungsverhaltens, das den stillschweigenden Konsens

aufkündigte, wonach ein Strafverfahren auch einmal ein Ende haben muss. Das Material lieferte dazu die Entgrenzung des Materiellen und Tatsächlichen, die Instrumente dazu die StPO. Die Diskussion ist hinreichend bekannt und braucht hier nicht noch einmal wiederholt zu werden. Beschränkungen des Ablehnungs- und vor allem im Beweisantragsrecht – Fristenlösung – sind auf dem Markt rechtspolitischer Diskussion und werden immer wieder insbesondere von Seiten der Praxis erhoben.

Die andere Linie, und das ist die, um die es nachfolgend hier gehen soll, ist das Nachdenken über die Entwicklung anderer paralleler Verfahrensstrukturen zu einem mündlichen, unmittelbaren und öffentlichen Strafverfahren, eben den Auf- und Ausbau eines schriftlichen, mittelbaren und nicht öffentlichen Strafverfahrens. Diese Lösung hat gegenüber der ersten Linie den Vorteil, dass es die bewährten Strukturen des Regelverfahrens unangetastet lässt, indem sie es von dem Ballast der Verfahren befreit, in der es der schützenden Formen insbesondere der Authentizität versprechenden Unmittelbarkeit und Mündlichkeit nicht oder jedenfalls nicht in gleicher Weise bedarf.

II.

Ansätze zu einem schriftlichen Strafverfahren finden sich systemwidrig zunächst schon in dem Regelverfahren selbst. Das Selbstleseverfahren nach § 249 Abs.2 StPO gibt praktisch den Grundsatz der Mündlichkeit für den Urkundenbeweis auf, die Anordnung schriftlicher Antragstellung nach § 257a StPO bricht gar mit allen systemimmanenten Prinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung. Schriftliche Erledigungsformen jenseits der Hauptverhandlung finden sich im Bereich der Bagatellkriminalität (und ein wenig darüber hinaus) mit dem Strafbefehlsverfahren der §§ 407ff. StPO sowie auf der Ebene der Ordnungswidrigkeiten mit dem Beschlussverfahren nach § 72 OWiG. Ein weiterer Bereich schließlich stellen die konsensualen Erledigungen mit und ohne Schuldspruch (§§ 153ff. StPO) dar, bei denen die rechtliche Bewertung und die Festsetzung der Rechtsfolgen außerhalb der eigentlichen Hauptverhandlung erfolgt bzw. allenfalls dort noch exekutiert wird. Zu den konsensualen Verfahren wird man schließlich auch noch die Verfahren rechnen können, in denen nicht der Schuldspruch in Frage steht, sondern es nur noch darum geht, die schuldangemessene Strafe festzusetzen. Auch hier finden sich an den Rändern mit der nachträglichen Gesamtstrafenbildung (§ 460 StPO)und den schriftlichen Verfahren zur Festsetzung von Nebenfolgen bereits entsprechende rudimentäre Ansätze.

Diese ganz unterschiedlichen Zielsetzungen verpflichteten Erledigungsformen in einem neuen Typus eines schriftlichen Strafverfahrens zusammenzuführen, stellt die ebenso reizvolle wie schwierige Aufgabe dar. Die stillschweigende Prämisse eines schriftlichen Strafverfahrens ist dabei, dass richterliche Überzeugung auch jenseits von Mündlichkeit und

Unmittelbarkeit sich allein auf der Grundlage von Akten und schriftlichen Stellungnahme bilden kann. Den unbestreitbaren Nachteilen und Risiken schriftlicher Kommunikation kann zum einen – wie schon bisher – durch eine Begrenzung des Anwendungsbereichs schriftlicher Verfahren und zum anderen durch eine verbesserte Partizipation - nicht aber Konsens ! - des Beschuldigten nicht erst, aber auch in dem schriftlichen Verfahren Rechnung getragen werden. Die Bemessung des Verfahrensaufwandes nach der Tatschwere ist dabei nicht neu, sondern stellt die Wiederaufnahme einer traditionsreichen strafprozessualen Denkform dar. Sie spiegelt sich auch in der tatrichterlichen Praxis wieder. Verfahren vor der Strafrichter laufen deutlich anders ab als erstinstanzliche Verhandlungen vor dem Schwurgericht oder dem Oberlandesgericht. Die Überlegung, den Verfahrensaufwand auch danach zu dosieren, inwieweit ein Konsens über seinen Gegenstand besteht bzw. hergestellt werden kann, ist hingegen verhältnismäßig neu. Es geht dabei jedoch nicht allein und zuvörderst um verfahrensbeendende Absprachen. Nicht die Ergebnisorientierung, sondern die Entscheidungsorientierung steht im Vordergrund, also der Konsens darüber, dass es – um zu einer richtigen Entscheidung zu kommen - nicht einer mündlichen und unmittelbaren Hauptverhandlung bedarf.

III.

Ein so konstruiertes schriftliches Strafverfahren kann sowohl aus Sicht des Staates unter dem Gesichtspunkt des Gebotes des Erhalts einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege als auch aus Sicht des Beschuldigten unter den Gesichtspunkten von Verhältnismäßigkeit und des Schutzes der Privatsphäre legitimiert werden.

Der erste Gesichtspunkt ist natürlich der knapper Ressourcen der Justiz. Klar ist dabei, dass auch vor dem Hintergrund der Schuldenbremse die Spielräume für mehr Personal in der Justiz begrenzt sind. In der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht zu den Absprachen hatte die Richterin des Bundesverfassungsgerichts Lübbe-Wolff schon zu Recht angemerkt, es könne nicht sein, „dass die halbe Bevölkerung mit der Abwicklung von Strafprozessen beschäftigt ist“. Eine Hauptverhandlung bedeutet einen hohen Aufwand an Zeit, Geld und Personal. Auf der Richterbank müssen außer beim Strafrichter Schöffen mitwirken, was das Verfahren zugleich störanfällig macht, der Sitzungsstaatsanwalt ist an seiner Dezernatsarbeit gehindert, für den Sitzungsdienst sind entsprechende personelle Ressourcen bei den Protokollführern und den Wachtmeistern vorzuhalten. Oftmals bedarf es der Hinzuziehung von Dolmetschern. Wenn auch nicht rechtlich zwingend, so bedarf es hier doch in der Verfahrenswirklichkeit im Hinblick auf Urlaube und anderweitige Verpflichtungen vielfacher Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten, um den raschen Fortgang des Verfahrens sicherzustellen. Dies gilt gleichermaßen auch auf Seiten des Beschuldigten und seiner Verteidigung. Das Anwesenheitsrecht des Angeklagten stellt dort, wo es zur Pflicht wird, nicht nur eine Chance, sondern auch eine Last dar, die gemeinhin

unter dem Stichwort der Hauptverhandlungshaft konnotiert wird. Gerade in Fällen verfahrensbeendender Absprachen dürfte die Hauptverhandlung weiterhin auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts oftmals nicht über eine Inszenierung hinauskommen, in der das Ergebnis schon von vornherein feststeht und es nur noch darum geht, die Schöffen einzubinden und die Entscheidung der Öffentlichkeit noch zu vermitteln.

Der andere Ansatz zur Legitimierung eines schriftlichen Strafverfahrens unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit hier nicht im Sinne einer Ressourcenersparnis, sondern als im Verhältnis zu einer Hauptverhandlung geringer belastenden Eingriff verstanden, ist bislang weniger deutlich konturiert. Es mutet auf den ersten Blick hin zwar paradox an, eine Hauptverhandlung, die gewissermaßen als Ganzes als schützende Form mit den bestmöglichen Garantien für ein wahres und gerechtes Urteil Sorge tragen soll, nun auf einmal als einen den Beschuldigten übermäßig belastenden Eingriff anzusehen. Diese Sichtweise steht aber in einem engen Zusammenhang mit dem Funktionswandel der Öffentlichkeit weg von der unmittelbaren Saalöffentlichkeit hin zu einer Massenmedienöffentlichkeit. Die staatstheoretische Begründung einer öffentlichen Kontrolle und des Schutzes vor Willkür hat heute im Wesentlichen ihre Bedeutung verloren, im Vordergrund steht das Informationsinteresse der Allgemeinheit. Ein schriftliches Strafverfahren stellt ebenso wie die immer zahlreicher gewordenen Gründe für einen Ausschluss oder eine Beschränkung der Öffentlichkeit ein ebenso probates Mittel dar, den Beschuldigten, aber auch andere Verfahrensbeteiligte wie insbesondere Opferzeugen vor einem überbordenden Medieninteresse mit entsprechender Stigmatisierung bis hin zur völligen Vernichtung der beruflichen Existenz zu schützen. Es dürfte auch einen Bereich geben, in dem anzuerkennen ist, dass der Beschuldigte mit seiner Straftat nicht öffentlich an den Pranger gestellt wird. Die Abwägung ist eine Frage des Einzelfalls. Klar dürfte jedoch sein, dass hier maßgebliches Kriterium nicht der Konsens über das Verfahren, sondern die Schwere der Tat sein dürfte. So gesehen formuliert dieser legitimatorische Aspekt zugleich eine Begrenzung des Anwendungsbereichs eines schriftlichen Strafverfahrens.

IV.

Wie könnte ein schriftliches Strafverfahren auf dieser Grundlage nun aussehen?

Man muss das Rad hier nicht neu erfinden. Auf dem Markt sind - in vielen Nuancen unterschiedlich – strukturell drei Modelle unterscheidbar, die hier vorgestellt und diskutiert werden sollen, bevor ein eigener Vorschlag unterbreitet wird. Es sind dies:

- Strafbefehlsverfahren als staatsanwaltschaftliches Verfahren
- Abschaffung des Strafbefehlsverfahrens und Einführung eines eigenständigen schriftlichen Strafverfahrens
- Ausbau des Strafbefehlsverfahrens zu einem gerichtlichen Verfahren

1) Strafbefehlsverfahren als Verfahren in der Hand der Staatsanwaltschaft

Schon heute, also de lege lata, ist das Strafbefehlsverfahren faktisch ein Verfahren in der Hand der Staatsanwaltschaft. Der Staatsanwaltschaft setzt den Strafbefehl auf und setzt die Rechtsfolgen fest, der Richter muss nur noch unterzeichnen, was er in der Regel auch tut. Ein Abweichen ist ohne Abbruch des Verfahrens und Übergang in das Regelverfahren nicht möglich. Die Kontroversen um das Wesen und die richtige Deutung des Strafbefehlsverfahrens haben hier ihren Ursprung. Schon die Bezeichnung als Strafbefehl legt nahe, dass es hier nicht um Erkenntnis und Überzeugung, sondern eher um Befehl und Gehorsam, also Unterwerfung, und hinreichenden Tatverdacht geht. Dann bedarf es auch keines vorherigen rechtlichen Gehörs, was das Verfahren ungemein effektiv macht. Volenti non fit iniuria! Es bleibt dem Beschuldigten (ja) das Recht, mit dem Einspruch in das Regelverfahren überzuleiten, allerdings mit dem Damoklesschwert, dass das Verbot der reformatio in peius hier nicht greift und er – neuerdings in seinen Verteidigungsmöglichkeiten beschränkt ist, da hier dann das Beweisantragsrecht nicht mehr gilt, § 411 Abs.2 S.2 StPO in Verbindung mit § 420 StPO.

Konsequenter wäre es daher, de lege ferenda gleich auf die Mitwirkung des Richters zu verzichten, da diese Arbeit von Richtervorbehalt vom System her bereits darauf angelegt ist leerzulaufen. Ausformuliert findet sich ein solches Modell bereits in der Schweizerischen Strafprozessordnung zum Strafbefehlsverfahren. Art. 352 StPO lautet:

> *Hat die beschuldigte Person im Vorverfahren den Sachverhalt eingestanden oder ist dieser anderweitig ausreichend geklärt, so erlässt die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehl, wenn sie, unter Einrechnung einer allfällig zu widerrufenden bedingten Strafe oder bedingten Entlassung, eine der folgenden Strafen für ausreichend hält:*
>
> > *a. eine Busse;*
> >
> > *b. eine Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen;*
> >
> > *c. eine gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden;*
> >
> > *d. eine Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten.*

In 2010 sollen in der Schweiz 60% aller Urteile in Form ebensolcher rechtskräftigen Strafbefehle ergangen sein. Ein solches „neoinquisitorisches“ Verfahren mit der Staatsanwaltschaft als „Dominatorin“ wäre unzweifelhaft sehr effektiv. Sie würde indes nur einen, für das schriftliche Strafverfahren nach dem Vorhergesagten tauglichen Bereich, den der Bagatellkriminalität, nicht jedoch den darüber hinausgehenden konsensualen Bereich abdecken. Vor allem aber dürfte in Deutschland ein solches Modell nicht mit den Art. 92, 104 Abs. 2 GG zu vereinbaren sein, wonach die Feststellung von Schuld und insbesondere die

Festsetzung von Strafe dem Richter vorbehalten ist. Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang mit der Festsetzung von Kriminalstrafen durch das Finanzamt bereits in frühen Jahren festgestellt, dass Kriminalstrafen nach Art. 92 1.Halbsatz GG nur durch den Richter verhängt werden und auch bei minder gewichtigen strafrechtlichen Unrechtstatbeständen nicht in einem Verwaltungsverfahren ausgesprochen werden können. Die Staatsanwaltschaft ist trotz ihrer Zugehörigkeit zur Justiz kein Teil der rechtsprechenden Gewalt. Ihre Kompetenz endet an den Grenzen des § 153a StPO, der gerade keine Schuldfeststellung enthält, sondern hinreichenden Tatverdacht voraussetzt und die Verhängung nicht strafender Rechtsfolgen, eben Auflagen und Weisungen zulässt.

2) Abschaffung des Strafbefehlsverfahrens und Einführung eines eigenständigen schriftlichen Strafverfahren

Der am weitest gehende Vorschlag stammt aus dem Arbeitskreis der Alternativprofesssoren, hier aus der Feder meines Korreferenten Professor Radkte, der ausgehend von einem ganz anderen Ansatz für eine Neuordnung der vereinfachten Verfahren und die Einführung eines schriftlichen Verfahrens insgesamt plädiert. Die Leitidee der Konzeption ist dabei eine grundlegend andere. Es ist die Idee eines gerechteren Strafverfahrens. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die derzeitige Differenzierung von Verfahrenstypen bei unzureichender Abstimmung der Anwendungsvoraussetzungen der jeweiligen Typen dazu führen kann, dass Strafsachen mit im Unrechts- und Schuldgehalt einander entsprechenden verfahrensgegenständlichen Straftaten ab einem bestimmten Stadium des Verfahrens unterschiedlichen Prozesstypen unterworfen sind und allein durch die Wahl des jeweiligen Typus unterschiedliche materielle Entscheidungen herbeigeführt werden, die weder durch materielle Unterschiede noch durch einzelfallbezogene prozessuale Aspekte bedingt sind. In meinen Worten: Nicht die Tat(schuld), sondern die Wahl des Verfahrens bestimmt danach das Ergebnis. Eben diese Ergebnisorientierung, also das Inaussichtstellen einer bestimmten Erledigungsart bzw. einer jedenfalls in der Größenordnung zugesagten bestimmten Sanktion wird dabei als die Wurzel allen Übels ausgemacht. Nicht die Aufklärung, die Ermittlung der Wahrheit, sondern die Erledigung als solche steht im Mittelpunkt.

Im Ergebnis führt dies dazu – wegen der Einzelheiten möchte ich insoweit den Ausführungen von Herrn Professor Radtke nicht vorgreifen bzw. auf diese Bezug nehmen –, dass das neue schriftliche Strafverfahren als Teil des Zwischenverfahrens, das grundlegend umstrukturiert wird, normiert werden und das Strafbefehlsverfahren sowie das beschleunigte Verfahren überflüssig machen soll. Das Gericht soll ohne Bindung an etwaige Anträge der Staatsanwaltschaft und von sich aus am Ende des Zwischenverfahrens bei Verfahren, die in die Zuständigkeit des Amtsgerichts fallen, in das schriftliche Strafverfahren übergehen können und durch Beschluss den Angeschuldigten schuldig sprechen und eine Rechtsfolge für die Begehung der Straftat festsetzen können. Dieses Erkenntnis soll dann nur noch mit der Berufung anfechtbar sein.

Dieses Modell verdient grundsätzlich Zustimmung, weil es den Richter als Garanten für Gerechtigkeit in den Mittelpunkt stellt und seine Verantwortung für das Finden einer gerechten Entscheidung nochmals akzentuiert. Vorbehalte ergeben sich jedoch daraus, dass der Ansatz zu prinzipiell ist und es bewährte Strukturen insbesondere des Strafbefehlsverfahrens aufgibt und damit zu einer Überlastung des Systems führen könnte, da der damit verbundene Aufwand, stets eine Anklage zu erheben, ein wesentliches Ergebnis der Ermittlungen zu formulieren und auch die für die Strafzumessung bedeutsamen Umstände darzustellen, doch zu groß werden droht. Das Modell eines schriftlichen Strafverfahrens siedelt eher im Bereich der konsensualen Erledigung und scheint als Gegenentwurf der derzeitigen gesetzlichen Regelung der Verständigung überlegen. Mit dem dem Richter im Zwischenverfahren möglichen Übergang in das schriftliche Verfahren wird im Falle entsprechender Verständigung der Verzicht auf eine nur noch der Rekonstruktion bzw. Inszenierung dienenden, aber keinen weiteren Wahrheitsgewinn versprechenden Hauptverhandlung möglich.

Die Staatsanwaltschaft wird zu sehr marginalisiert. Sie hat kein Antragsrecht mehr auf Entscheidung im schriftlichen Verfahren und kann keine Vorstellungen mehr zu einer schuldangemessenen Sanktion äußern. Gleichzeitig wird ihr die Last aufgebürdet, in allen Fällen eine Anklage zu verfassen, die nunmehr ohne Ausnahme das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen und Angaben zu den für die Strafzumessung bedeutsamen Umständen zu enthalten hat. Dies bedeutet zunächst einmal an dieser Stelle einen zusätzlichen Aufwand, ohne dass gesichert ist, dass an anderer Stelle eine Ersparnis erzielt werden kann. Zumindest müsste der Staatsanwaltschaft das Recht eingeräumt werden, einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren zu widersprechen sowie entsprechend zum Schlussvortrag auch ihre Vorstellungen zu Strafart und –maß zu äußern.

3) Ausbau des Strafbefehlsverfahrens zu einem gerichtlichen Verfahren

Im Sinne einer vermittelnden Lösung bietet es sich daher an, an die bewährten Strukturen des Strafbefehlsverfahrens anzuknüpfen, dieses jedoch zu einem vollwertigen Erkenntnisverfahren auf schriftlicher Grundlage auszubauen und die faktische Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft hier zu begrenzen, indem die Entscheidung in die Hand des Richters gelegt wird, der Staatsanwaltschaft entsprechend ihrer Wächterfunktion aber eine Mitwirkung im schriftlichen Verfahren weiterhin möglich bleibt.

Ein solches Modell ist unter der Überschrift „Vorüberlegungen zu einer Neugestaltung des Strafbefehlsverfahrens“ bereits schon einmal durch das Bundesministerium der Justiz Anfang der 1980er Jahre in zwei Varianten einer kleinen und großen Lösung vorgestellt worden, an das hier als Grundlage für weitere Überlegungen angeknüpft werden könnte. Den Vorüberlegungen lag bereits die Auffassung zugrunde, dass der rechtskräftig werdende Strafbefehl eine urteilsgleiche Bedeutung hat und in ihm durch Richterspruch in richterlicher Unabhängigkeit und aufgrund richterlicher Überzeugung Schuld festgestellt und Sanktion

verhängt wird. Die Stärkung des richterlichen Einflusses im Strafbefehlsverfahren sollte dadurch erreicht werden, dass eine Bindung des Richters an den Antrag der Staatsanwaltschaft nicht besteht. Gleichzeitig sahen die Vorüberlegungen Partizipationsmöglichkeiten für den Beschuldigten vor, indem ihm zwingend vor Erlass des Strafbefehls rechtliches Gehör zu geben war und ihm gleichzeitig die Möglichkeit eröffnet wurde, einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren (Strafbefehlsverfahren) zu widersprechen. In der Konsequenz sahen die Vorüberlegungen vor, die Berufung gegen das nach Einspruch hin ergangene Urteil jedenfalls dann auszuschließen, wenn das Einspruchsverfahren zu keiner reformatio in peius geführt hatte. Das Strafbefehlsverfahren blieb damit ein Vorschaltverfahren, wenn man so will, eine Anklage (den Strafbefehlsantrag) im schriftlichen Wege zu erledigen.

Der wesentliche Unterschied zu dem Konzept eines schriftlichen Verfahrens unter 2) besteht zum einen darin, dass die „Schlüsselgewalt“ für die Einleitung des schriftlichen Verfahrens nach wie vor allein in der Hand der Staatsanwaltschaft liegen sollte. Ohne entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft sollte es also kein schriftliches Verfahren geben, auch wenn ihr Beurteilungsermessen dahin beschränkt wurde, dass das Verfahren zu beantragen war, wenn der Sachverhalt nach dem Ergebnis der Ermittlungen hinreichend aufgeklärt war.

Der rechtsstaatliche Impetus der Vorüberlegungen – die Stärkung der richterlichen Verantwortung sowie das Einräumen von Mitwirkungsmöglichkeiten des Beschuldigten – wiesen schon damals in die richtige Richtung und sind zu begrüßen. Auch besitzt der damalige kriminalpolitische Ansatz, dass die Entlastungsquote eines vereinfachten Verfahrens, wie es das Strafbefehlsverfahren darstellt, möglichst groß sein muss, damit das Strafverfahren als Teilsystem sozialer Kontrolle seine rechtsfriedensichernde Aufgabe erfüllen kann, weiterhin seine Berechtigung. Dies gilt auch für die dem zugrundeliegende Feststellung, dass der Umfang der zur justiziellen Kriminalitätsbekämpfung vorhandenen Ressourcen auf absehbare Zeit ebensowenig nennenswert gesteigert werden kann, wie es möglich ist, den Umfang der in justizförmiger Weise zu erledigenden Kriminalität ausreichend zu verringern.

Die Vorüberlegungen enthalten jedoch keine Antwort für den zu jener Zeit noch nicht im Fokus stehenden konsensualen Bereich, der erst kurze Zeit nach den Vorüberlegungen als Detlef Deal aus Mauschelhausen im Jahr 1982 das Licht der strafprozessualen Welt erblickte. Sie verdankten sich allein dem Umstand der Implementierung der Erledigung nach § 153a StPO, der ein Großteil der Fälle, die früher im Strafbefehlsverfahren erledigt worden waren, absorbierte. Insbesondere war in den Vorüberlegungen nicht die für konsensuale Erledigungsformen sich anbietende und oft angestrebte Möglichkeit vorgesehen, dass der Richter auch noch Anklageerhebung von sich aus in ein schriftliches Verfahren überleiten kann.

V.

Es liegt also nahe, die Stärken der vorstehend unter IV 2) und 3) beschriebenen Modelle eines schriftlichen Erkenntnisverfahrens in der Hand des Gerichts zusammenzuführen. Die auf das Strafbefehlsverfahren zentrierten Vorüberlegungen sollen um die sich aus dem Konzept eines schriftlichen Strafverfahrens ergebenden Elemente ergänzt werden, um auch konsensuale Erledigungen zu ermöglichen. In die vom Regelverfahren her entwickelte Konzeption eines schriftlichen Verfahrens soll Elemente der Vorüberlegungen zu einem reformierten Strafbefehlsverfahren eingefügt werden.

Die Eckpunkte solch einer vermittelnden Lösung sollten am Strafbefehlsverfahren ansetzen und könnten wie folgt aussehen:

1) Sprache

Der Unterwerfung assoziierende und an Obrigkeit erinnernde Terminus des Strafbefehls sollte durch den Begriff des Strafbescheids ersetzt werden. Gleichzeitig sollten alle noch immer häufig in Strafbefehlen anzutreffende Formulierungen gemieden werden, die eine Verfahrensherrschaft der Staatsanwaltschaft nahelegen wie „ wie die Staatsanwaltschaft beschuldigt Sie, … deshalb wird gegen Sie … festgesetzt“. Es bleibt bei einer Anklage, die mit dem verfahrensrechtlichen Antrag endet, entweder das Hauptverfahren zu öffnen oder aber im schriftlichen Verfahren zu entscheiden.

2) Regelungsstandort

Es sprechen m.E. die besseren Gründe dafür, jedenfalls im Grundsatz das schriftliche Verfahren nicht gleichrangig mit dem Regelverfahren, sondern weiter als besondere Verfahrensart gleichsam als Ausnahme von der Regel in den §§ 407ff StPO zu regeln.

3) Anwendungsbereich

Als Anwendungsbereich für ein schriftliches Verfahren sollte insoweit in Übereinstimmung mit dem Konzept unter IV. 2) der gesamte Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts eröffnet werden. Weitergehend könnte erwogen werden, auch den Bereich zu öffnen, in dem dem Landgericht aus besonderen Gründen nach § 24 Abs.1 Nr. 3 GVG Fälle zugewiesen werden, die genuin zu der Zuständigkeit des Amtsgerichts gehören. Damit würden Entscheidungen im schriftlichen Verfahren möglich, auf die durch Bescheid auf Freiheitsstrafen bis zu vier Jahren erkannt werden könnte.

Der an dieser Stelle mutmaßlich zu erwartende naheliegende Einwand, dass jedenfalls eine unbedingte Freiheitsstrafe nur dann verhängt werden kann oder sollte, wenn das Gericht den Beschuldigten zuvor zumindest persönlich gesehen, also mündlich und unmittelbar angehört hat, ist zwar gewichtig, erscheint aber letztlich nicht zwingend. Durch die nachfolgend ausgeführten verfahrensrechtlichen Sicherungen, insbesondere die

partizipatorische Gestaltung des schriftlichen Verfahrens, hat es der Beschuldigte in der Hand, eine mündliche Verhandlung zu erzwingen, um seine Sicht der Dinge vortragen zu können. Die Hauptverhandlung stellt ohnehin nur eine Momentaufnahme dar und ermöglicht kaum eine hinreichende Anamnese der persönlichen Verhältnisse. Der in diesen Fällen zwingend notwendigen Verteidigung obliegt es, die für die Strafzumessung erheblichen Umstände vorzutragen. Gericht und Staatsanwaltschaft können sich im Vorfeld der Entscheidung auch der Gerichtshilfe bedienen, um den persönlichen Hintergrund aufzuhellen. (Ungeschriebene) Bedingung einer solchen Erledigung im schriftlichen Strafverfahren dürfte ohnehin sein, dass der Schuldspruch nicht im Streit steht, sondern sich die Verteidigung nur noch auf das Finden der angemessenen Strafe richtet. Weiter ist zu sehen, dass in vielen Kriminalitätsbereichen für das Strafmaß wesentlich die Umstände der Tat maßgebend sind und sich hier in der Praxis entsprechende Taxen etabliert haben. Dies gilt nicht nur für den Bereich der Bagatellkriminalität, sondern für Drogenschmuggel ebenso wie bei der Steuerhinterziehung. Schließlich spricht für diesen weiten Strafrahmen, dass so in einem weiten Umfang Erledigungen möglich werden, die nicht noch eine Hauptverhandlung zur Folge haben.

4) Verfahren

a) Einleitung

Zu einem schriftlichen Verfahren kann es auf drei Wegen kommen. Erstens kann die Staatsanwaltschaft wie bisher beim Strafbefehlsantrag die Anklage mit dem Antrag auf Entscheidung im schriftlichen Strafverfahren verbinden. Zweitens – und das wäre neu – kann das Gericht nach Anklageerhebung, die meinem Antrag verbunden ist, das Hauptverfahren zu eröffnen, von sich in das schriftliche Strafverfahren übergehen, wenn es den Sachverhalt für hinreichend geklärt hält und ihm eine schuldangemessene Sanktionierung möglich erscheint. Dies entspricht dem Vorschlag unter IV. 2). Schließlich sollte die Möglichkeit (im Bagatellbereich) bestehen bleiben, jedenfalls in Fällen des § 408a StPO auch noch in der Hauptverhandlung in das schriftliche Strafverfahren überleiten zu können.

b) Partizipation

Wesentlich für ein schriftliches Strafverfahren insbesondere mit Blick auf den gegenüber dem bisherigen Strafbefehlsverfahren deutlich erweiterten Anwendungsbereich ist eine deutliche Verbesserung der Mitwirkungsmöglichkeiten des Beschuldigten. Notwendige Verteidigung jedenfalls für den Bereich freiheitsentziehender Sanktionen ist in Fortführung der bisherigen Rechtslage zum Strafbefehlsverfahren unumgänglich. Zwingend ist dann jedenfalls die Gewährung rechtlichen Gehörs vor Ergehen der Entscheidung im schriftlichen Verfahren. Vorgeschlagen wird zunächst nur die Möglichkeit zu einer schriftlichen Stellungnahme. Die Möglichkeit zu einer mündlichen Anhörung bleibt durch die dritte Sicherung eines Widerspruchsrechts gegen Entscheidung im schriftlichen Verfahren sowie durch den Erhalt des Einspruchs gegen die Entscheidung bestehen.

c) Entscheidungsgrundlagen

Die Entscheidungsgrundlagen im schriftlichen Verfahren sind die Akten einschließlich zu der Akte gelangter Stellungnahmen des Angeschuldigten und Berichte der Gerichtshilfe. Das Gericht hat sich auf der Basis dieser Unterlagen seine Überzeugung von der Schuld und der ihr angemessenen Strafe zu bilden (sog. Aktenüberzeugung). Ein Geständnis ist keine notwendige, gleichwohl in den allen meisten Fällen hinreichende Voraussetzung für eine Erledigung im schriftlichen Verfahren.

d) Anforderungen an den Inhalt des Strafbescheids

Der Strafbescheid sollte die wesentlichen bestimmenden Umstände für die Feststellung der Schuld wie für die Strafzumessung enthalten. Hier gilt im Grundsatz nichts Anderes als im Urteil auf Hauptverhandlung hin. Bei Abweichung von dem Antrag eines Verfahrensbeteiligten, sollte sich der Strafbescheid auch dazu verhalten.

5) Rechtsbehelf

Der Auf- bzw. Ausbau eines schriftlichen Strafverfahrens zu einem vollwertigen richterlichen Erkenntnisverfahren auf schriftlicher Grundlage zieht notwendig auch Konsequenzen für das Rechtsmittel nach. Im Hinblick auf den nach wie vor zahlenmäßig auch de lege ferenda überwiegenden Bagatellbereich, in dem auch ein Schwerpunkt des schriftlichen Verfahrens liegen wird, wird eher für eine Beibehaltung des Einspruchsverfahrens plädiert. Die Anklage wird dann eben wieder in das Regelverfahren übergeleitet. Hiermit lässt sich auch dem Argument begegnen, dass ein schriftliches Verfahren einen der Sprache nicht oder nicht hinreichend mächtigen Beschuldigten benachteiligt, der sich, wenn man kein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, keinen Verteidiger leisten kann.

Für das Einspruchsverfahren sollte jedoch abweichend zu der jetzt geltenden Rechtslage von der entsprechenden Anwendung des § 420 Abs.4 StPO abgesehen werden und das Beweisantragsrecht in vollem Umfang gelten. Das Einspruchsverfahren sollte jedoch wegen in der Vorbefassung dann zum Ausdruck gebrachten Überzeugung von der Schuld nicht der judex a quo, sondern ein mit dem Fall bislang nicht befasster Kollege sein. Unter dieser Voraussetzung sollte dann, wenn es zu keiner reformatio in peius gekommen ist, die Berufung ausgeschlossen werden.

*****

RiBGH Prof. Dr. Henning Radtke

Expertenkommission des BMJV zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Dritte Sitzung am 17./18. November 2014

Vorschlag zur Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens

Die nachfolgenden Ausführungen beinhalten den Vorschlag für ein – bezogen auf das deutsche Strafverfahrensrecht – neuartiges schriftliches Strafverfahren,[1] das sich in einigen Aspekten von dem bisherigen Strafbefehlsverfahren unterscheidet. Ob das überkommene Strafbefehlsverfahren in der bisherigen oder einer modifizierten Form daneben beibehalten oder aufgegeben werden soll, wird lediglich als Frage aufgeworfen und zur Diskussion gestellt, ohne insoweit bereits einen Vorschlag zu unterbreiten.[2] Ebenso ist zu diskutieren, ob das in der Praxis nach wie vor kaum angenommene beschleunigte Verfahren (§§ 417 – 420 StPO) beibehalten werden soll.

Das schriftliche Verfahren in der hier vorgeschlagenen Gestalt:

- ist unabhängig von einem darauf gerichteten Antrag der Staatsanwaltschaft;
- verlangt für den Fall seiner Anwendung eine Entscheidung des Gerichts, die – trotz Fehlens einer mündlichen Hauptverhandlung – weitgehend den Anforderungen eines Urteils formell wie materiell entspricht;

---

1 Auch der Diskussionsentwurf für ein „Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen“, im Auftrage der Konferenz der Justizminister und –senatoren vorgelegt von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Strafverfahrensreform“, Dezember 1975 (DE 1975) mit dem Vorschlag der Einführung eines Strafbescheidverfahrens bildet kein Vorbild für den hier unterbreiteten Vorschlag. Das Strafbescheidsverfahren sah eine dem „Strafbescheid“ vorausgehende (vereinfachte) mündliche Verhandlung vor; ohne eine solche verblieb es bei dem Strafbefehlsverfahren; siehe aber auch Fn. 2. Eine gewisse Anlehnung erfolgt bei dem hier unterbreiteten Vorschlag an das abgekürzte Verfahren nach §§ 358 - 362 der schweiz. StPO; dazu etwa *Luef-Kölbl* in (öst.) Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Die Reform des Haupt- und Rechtsmittelverfahrens, 2011, S. 37, 41 - 45

2 Lediglich insoweit erfolgt eine gewisse Anlehnung an den DE 1975 (Fn. 1), der für das Strafbescheidsverfahren das Nebeneinander von Strafbescheid (nach mündlicher Verhandlung) und Strafbefehl (ohne mündliche Verhandlung) bei einheitlichem Rechtsbehelf des Einspruchs vorsah; siehe Fn. 1.

- sieht als Rechtsmittel gegen die zu einem Schuld- oder Freispruch führende Entscheidung des zuständigen Gerichts als Rechtsmittel die Berufung vor; die Möglichkeit der Sprungrevision (§ 335 StPO) wird bei Entscheidung im schriftlichen Verfahren ausgeschlossen;
- hinsichtlich der zulässigen Sanktionen wird bezüglich der Freiheitsstrafe eine Höchstgrenze von zwei Jahren vorgeschlagen. Stationäre Maßregeln können nicht angeordnet werden.

Das Modell des schriftlichen Verfahrens setzt eine moderate Ausdehnung der Beteiligungsmöglichkeiten des Beschuldigten und seiner Verteidigung bereits im Ermittlungsverfahren voraus. Damit knüpft es an die in den bisherigen Arbeitssitzungen der Kommission angestellten Erwägungen über (moderate) Veränderungen im Ermittlungsverfahren an.

Das schriftliche Verfahren kann innerhalb der Strafprozessordnung entweder (jeweils weitgehend) im Zwischenverfahren oder als eigenständiges besonderes Verfahren im 6. Buch der StPO, etwa in den derzeit „freien“ §§ 421 – 429 StPO, angesiedelt werden. Im Ergebnis schlage ich eine Regelung als besondere Verfahrensart vor. Änderungen bei den §§ 199 ff. erscheinen dennoch erforderlich.

Mit dem schriftlichen Verfahren werden Entlastungseffekte sowohl bei den Amtsgerichten als auch bei den Staatsanwaltschaften erwartet. Bei den Amtsgerichten soll die Entlastung durch eine geringere Zahl von mündlichen Hauptverhandlungen, bei den Staatsanwaltschaften entsprechend durch die geringere Zahl von Sitzungsdiensten erreicht werden.

A. Ausgangsüberlegungen

I. Notwendigkeit vereinfachter Strafverfahrensarten

Angesichts der in der Strafjustiz zur Verfügung stehenden, nicht ohne weiteres erweiterbaren personellen und sachlichen Ressourcen sind gegenüber dem Regelstrafverfahren mit den Abschnitten Ermittlungsverfahren, Zwischenverfahren, Hauptverfahren mit mündlicher Hauptverhandlung und ggf. Rechtsmittelverfahren vereinfachte Formen des Strafverfahrens unverzichtbar, um die Aufklärung und Aburteilung bekannt gewordener Straftaten innerhalb jeweils „angemessener Frist“ (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) zu gewährleisten. Das geltende Recht stellt als solche vereinfachten Verfahrensformen im allgemeinen Strafverfahren[3] unterschiedliche diversionelle Er-

[3] Auf die speziellen Formen vereinfachter Verfahrensformen §§ 45, 47 JGG sowie das – im eigentlichen Sinne – vereinfachte Jugendverfahren (§§ 76-78 JGG) wird im Rahmen dieses

ledigungsarten, vor allem §§ 153, 153a StPO,[4] sowie das Strafbefehlsverfahren (§§ 407 – 412, § 420 Abs. 4, § 373a StPO) und das beschleunigte Verfahren (§§ 417 – 420 StPO)[5] zur Verfügung.

Die Anwendungshäufigkeit dieser vereinfachten Verfahrensformen in der Praxis ist bekanntlich sehr unterschiedlich.[6] Unabhängig von der sich darin ausdrückenden unterschiedlichen Akzeptanz vereinfachter Erledigungen des Strafverfahrens leidet das geltende Recht daran, dass die Anwendungsvoraussetzungen und damit die –bereiche der einzelnen vereinfachten Verfahrensarten sich teilweise überschneiden.[7] Die Vorstellung, Erledigungen nach §§ 153, 153 a StPO erfassten Strafsachen mit von an Anfang fehlendem oder durch die Erfüllung von Auflagen und Weisungen auszuräumendem Bestrafungsinteresse[8],das Strafbefehlsverfahren solche, in denen es zur Aufklärung des relevanten Geschehens nicht der strengbeweislichen Beweisaufnahme in öffentlicher Hauptverhandlung bedarf (vgl. § 407 Abs. 1 Satz 2, § 408 Abs. 3 Satz 2 StPO), und das beschleunigte Verfahren solche, in denen es – trotz einfachen Sachverhalts und klarer Beweislage (§ 417 letzter Halbsatz StPO) – eines persönlichen Eindrucks von der Person des Beschuldigten (vgl. Nr. 146 Abs. 1 Satz 2 RiStBV) bedarf, ist (zu) idealistisch. Klar voneinander abgrenzbare Anwendungsbereiche vereinfachter Verfahrensformen bestehen gerade nicht. Für die praktische Anwendung lässt sich u.a. angesichts der selbst ausfüllungsbedürftigen Umschreibungen der jeweiligen Voraussetzungen („geringe Schuld“, „fehlendes öffentliches Interesse“, „Hauptverhandlung nicht für erforderlich erachtet“, „einfacher Sachverhalt“ etc.) der vereinfachten Verfahrensarten kaum verlässlich bestimmen, bei welchen vereinfachungsgeeigneten Strafsache auf welche Art vereinfachter Verfahrenserledigung zugegriffen werden wird.

Angesichts der Erledigungspraxis der Strafverfolgungsbehörden mit den bekannt hohen Quoten des Zugriffs auf Erledigung in vereinfachten Verfahrensformen und

---

Arbeitspapiers nicht eingegangen. Das nachfolgend vorzustellende neue schriftliche Verfahren wird sich nicht ohne weiteres auf das Jugendstrafverfahren übertragen lassen.

4 Die durch § 153b - § 153f StPO eröffneten Erledigungsformen können angesichts ihrer geringen Anwendungshäufigkeit und der – überwiegend – engen Anwendungsvoraussetzungen im hier interessierenden Zusammenhang außer Betracht bleiben. Erledigungen auf der Grundlage der §§ 154 - 154f StPO lassen sich im Hinblick auf die Anwendungsvoraussetzungen nicht als eigenständige vereinfachte Verfahrensformen verstehen.

5 Zu den Voraussetzungen des beschleunigten Verfahrens nach der letzten umfänglicheren Reform näher etwa *Loos/Radtke* NStZ 1995, 569 – 475 und NStZ 1996, 7 -14; *Ranft* Jura 2003, 382 – 392.

6 Siehe Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.6, 2013, Ziff.2 zu Verfahrenserledigungen durch die Staatsanwaltschaften.

7 Näher *Radtke* in Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit – Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren, Loccumer Protokolle 9/11, 2011, S. 131, 139 ff.

8 Es besteht Konsens, entgegen dem Wortlaut nicht auf das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, sondern auf dasjenige an der Bestrafung abzustellen, *Beulke*, in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 153 Rn. 28; *Radtke* in Radtke/Hohmann, StPO, § 153 Rn. 24 mwN.

der vorhandenen Arbeitsbelastung in der Strafjustiz sind derartige Vereinfachungen unabdingbar.

II. Ziele und Aufgaben des Strafverfahrens

1. Arten und Formen vereinfachter Verfahrenserledigung müssen in ihrer konkreten Ausgestaltung an den für das Strafverfahren allgemein geltenden Zielen und Aufgaben orientiert sein. Ausgangspunkt aller auf vereinfachte Strafverfahrensarten abzielenden Überlegungen ist folgender: innerhalb des durch Völkerrecht, suprantionales Recht und nationales Verfassungsrecht vorgegebenen Rahmens geht der Gesetzgeber (derzeit) davon aus, den Zielen und Aufgaben des Strafverfahrens am besten durch das dreigestufte Regelverfahren, mit Ermittlungsverfahren zur Aufklärung der Voraussetzungen von Verurteilungswahrscheinlichkeit (§ 170 Abs. 1 i.V.m. § 203 zweiter Halbs. StPO), dem Zwischenverfahren zur Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Annahme von Verurteilungswahrscheinlichkeit durch das zuständige Gericht (§ 203 zweiter Halbs., § 204 Abs. 1 StPO) sowie mit dem Hauptverfahren mit der Hauptverhandlung zur Beantwortung der Schuldfrage, am besten Rechnung tragen zu können.

Im geltenden Strafverfahrensrecht bietet die den Regeln des Strengbeweises folgende, dem Unmittelbarkeits- und dem Mündlichkeitsgrundsatz unterstehende Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht die größte Gewähr für eine bestmögliche Annäherung an den wahren Sachverhalt.[9] Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt,[10] lässt sich diese Einschätzung auf zwei Erwägungen stützen: Zum einen auf den Amtsaufklärungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO einschließlich der Möglichkeiten der Verfahrensbeteiligten, durch Beweisanträge die von Amts wegen betriebene Sachverhaltsaufklärung zu ergänzen; zum anderen auf der Pflicht des erkennenden Gerichts, die Ergebnisse der durchgeführten Sachverhaltsaufklärung unter Einschluss der Würdigung der erhobenen Beweise offenzulegen und – in begrenztem Umfang[11] – der Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz unterziehen zu lassen.

Von dieser Regelform abweichende vereinfachte Verfahrensarten müssen sich an den allgemeinen Zielen und Aufgaben des Strafprozesses sowie den dabei zur Zielerreichung bzw. Aufgabenerfüllung grundsätzlich für geeignet gehaltenen Mitteln

---

9 Vgl. *Duttge* ZStW 115 (2003), S. 539, 558 und 561; siehe auch bereits *Radtke* (Fn. 7) S. 145

10 *Radtke* (Fn. 7) S. 145.

11 Zum Umfang der Überprüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung durch das Revisionsgericht knapp einführend *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 61. Aufl., § 261 Rn. 26-32; *Pegel*, in Radtke/Hohmann, StPO, § 337 Rn. 94.

messen lassen. Abweichungen vom Regelverfahren bedürfen eines tragfähigen Grundes. Bei der Verfahrenserledigung nach § 153 – vor allem Abs. 1 – StPO sind es einerseits justizökonomische Gründe und andererseits diversionelle Zwecke, mit den auch das Ziel einer „prozessualen Entkriminalisierung“ bei Bagatellkriminalität verfolgt wird.[12] Da mit der Verfahrenserledigung auf der Grundlage von § 153 StPO keine Entscheidung über die Schuldfrage verbunden ist, bestehen auch nicht diejenigen Bindungen, die Strafverfahrensarten unterliegen, in deren Rahmen über die Schuldfrage entschieden wird.

2. Das unter C. vorzustellende Modell eines vom bisherigen Strafbefehlsverfahren verschiedenen schriftlichen Verfahrens beinhaltet im Gegensatz zu der diversionellen Erledigung bei Überzeugung des Gerichts von der Schuld des Täters einen Schuldspruch. Es gelten daher die allgemeinen, vor allem aus dem Grundgesetz resultierenden Anforderungen an die Ziele und Aufgaben des Strafverfahrens.

Dem Modell eines schriftlichen Verfahrens liegen folgende, vor allem durch die Vorgaben des Grundgesetzes geprägte Vorstellungen über die Ziele und Aufgaben des Strafverfahrens zugrunde:[13]

a) Ziel des Strafprozesses ist die Wiederherstellung des durch den Verdacht einer Straftat beeinträchtigten Rechtsfriedens; dies geschieht mittels Herbeiführung einer *materiell gerechten* Entscheidung über den Einzelfall.[14] Materiell gerecht kann lediglich auf der Grundlage eines zutreffend ermittelten Sachverhalts entschieden werden. Die Ermittlung der materiellen Wahrheit ist damit notwendige Bedingung der materiell gerechten Entscheidung.[15] Wahrheitsermittlung im Strafverfahren muss daher dem Gebot der Ermittlung des wahren Sachverhalts Rechnung tragen.

Die Verschränkung von materieller Gerechtigkeit und Ermittlung materieller Wahrheit ist nach meiner Bewertung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vorgegeben.[16] Die Ermittlung des wahren Sachverhalts wird dort als „zentrales Anliegen“ des Strafprozesses gedeutet; ohne den wahren Sachverhalt könne sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen.[17] Das so verstandene Aufklärungsgebot im Strafverfahren gründet im verfassungsrechtlichen

---

12 Näher *Radtke* in Radtke/Hohmann, StPO, § 153 Rn. 1 mwN.

13 Ausführlicher *Radtke* GA 2012, 187 ff.

14 In diesem Sinne etwa *Duttge* ZStW 115 (2003), S. 539, 546 f.; *Geppert*, GedD Schlüchter, 2002, 43, 47; *Krack*, Die Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren, 2002, S. 46; *Meyer-Goßner/Schmitt* Einl. Rn. 4; *Radtke* in Radtke/Hohmann Einl. Rn. 4; *ders.* (Fn. 7) S. 133; *Rieß* JR 2006, 269, 270 f.; *Sternberg-Lieben* ZStW 108 (1996), 721, 725-729; weitgehend übereinstimmend *Weigend* ZStW 104 (1992), 486, 502 f; *ders.* ZStW 113 (2001), 271, 277.

15 Siehe insoweit nur *Fischer* StraFo 2009, 177, 181; *Landau*, FS Hassemer, 2010, 1073, 1986.

16 Etwa BVerfGE 57, 250, 175; BVerfG 100, 313, 389; BVerfG 106, 26, 48; BVerfG (3. Kammer des 2. Senats) NJW 1987, 2662, 2663; vgl. BVerfGE 133, 168, 198.

17 BVerfGE 57, 250, 275; BVerfGE 133, 168, 198 mwN.; siehe auch BVerfGE 118, 212, 231.

(materielle) Schuldprinzip[18] und der „Idee der Gerechtigkeit“.[19] Beide wurzeln ihrerseits im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), das Schuldprinzip zusätzlich – in jüngerer Rechtsprechung vorrangig oder gar allein - in der Garantie der Menschenwürde (Art 1 Abs. 1 GG).[20] Im Zusammenhang der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren wird aber stets auch die Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip genannt.[21]

b) Ist die durch Gerichte und Staatsanwaltschaften zu erfüllende Pflicht zur Aufklärung des wahren Sachverhalts notwendige Voraussetzung der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs in dem vorgenannten Sinne, darf der Gesetzgeber nicht beliebig rechtliche Grenzen der Sachverhaltsaufklärung ziehen.[22] Das Verfassungsrecht enthält dagegen keine eindeutigen Vorgaben über die prozessualen Mittel der zuverlässigen Wahrheitserforschung.[23] Was insoweit tauglich ist, kann lediglich anhand des vom Gesetzgeber gewählten Verfahrenstypus beurteilt werden.[24]

Die Verfassungsrechtsprechung beschränkt sich auf die Vorgabe, es sei der „wahre Sachverhalt“ von Amts wegen durch Gerichte und Staatsanwaltschaften aufzuklären.[25] Ein bestimmtes Verständnis des „wahren Sachverhalts“ bzw. der „Wahrheit“ legt das Grundgesetz nicht unmittelbar fest. Auch der Weg hin zur Zielerreichung und die auf diesem Weg zu nutzenden Mittel sind nicht im Einzelnen durch die in den groben Zügen referierte verfassungsrechtliche Konzeption vorgegeben. Das Grundgesetz verhält sich in der Deutung durch das BVerfG jedoch auch nicht völlig ambivalent und neutral im Hinblick auf das mit dem „wahren Sachverhalt“ Gemeinte. Die Ableitung des Gebots der Ermittlung des wahren Sachverhalts aus der Idee der Gerechtigkeit und dem materiellen Schuldprinzip spricht für ein materielles Wahrheitsverständnis. Eine lediglich formelle, prozedurale Wahrheit wäre mit der dargestellten Verfassungskonzeption nicht zu vereinbaren. Das BVerfG spricht selbst ausdrücklich von dem Ziel, „die materielle Wahrheit zu erforschen, um auf dieser Grundlage die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld … zu treffen“.[26] Es untersagt Gerichten und Staatsanwaltschaften, sich auf einen „Handel mit Gerechtigkeit“ einzulassen. Dementsprechend ist den Gerichten verboten, sich mit einem Geständnis des

---

18 Im Kontext der Wahrheitsermittlung BVerfGE 57, 250, 175; BVerfGE 100, 313, 389; BVerfG 106, 26, 48; BVerfGE 118, 212, 231; BVerfG (3. Kammer des 2. Senats) NJW 1987, 2662, 2663; BVerfGE 133, 168, 197 f.; zu dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip ausführlich *Radtke* GA 2011, 636, 640-645.

19 Vgl. BVerfGE 20, 323, 331; BVerfGE 33, 367, 383; BVerfG 70, 297, 308; BVerfG NJW 1987, 2662, 2663; BVerfGE 133, 168, 198.

20 Etwa BVerfGE 128, 326, 376; BVerfGE 133, 168, 197 – 199.

21 Nachw. wie Fn. 19.

22 Vgl. BVerfGE 33, 367, 383; BVerfG NStZ 2001, 43, 44; BVerfG NJW 2010, 287, 288 mit Anm. *C. Jäger* StV 2011, 263 und *Rogall* HRRS 2010, 285 jeweils bzgl. Zeugnisverweigerungsrechten und korrespondierenden Beschlagnahmeverboten.

23 BVerfGE 57, 250, 275.

24 Vgl. BVerfGE 57, 250, 275.

25 BVerfGE 57, 250, 275; BVerfGE 118, 212, 231; BVerfG NJW 1987, 2662, 2663.

26 BVerfG NJW 1987, 2662, 2663; BVerfGE 133, 168, 198 f.

Angeklagten zufrieden zu geben, wenn er sich im Hinblick auf das Ziel der Wahrheitserforschung und der schuldangemessenen, gerechten Aburteilung der verfahrensgegenständlichen Tat „zu weiterer Beweiserhebung hätte gedrängt sehen müssen“.[27] Die Forderung nach der Herbeiführung einer materiell gerechten Entscheidung der Strafsache impliziert ein materielles Wahrheitsverständnis.[28] Mit der materiellen Wahrheit geht die Herbeiführung einer materiell gerechten Entscheidung im Einzelfall einher.

c) Das Gebot materieller Gerechtigkeit im Strafverfahren ist ebenfalls verfassungsrechtlich fundiert.[29] Der „wahre Sachverhalt“ bildet die Grundlage der Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld des Beschuldigten bzw. Angeklagten.[30] Der strafprozessuale Wahrheitsbegriff kann angesichts dessen – wie bereits angedeutet - lediglich auf das Ziel und die Aufgaben des Strafverfahrens sowie dessen Gegenstand bezogen werden. Der Verfahrensgegenstand ist notwendig ein in der Vergangenheit liegendes Geschehen. Im Strafprozess beschränkt sich das Erkenntnisinteresse an diesem Geschehen auf die für die Entscheidung über den aufgekommenen Straftatverdacht relevanten Umstände.[31] Im Strafverfahren geht es mithin darum, diese in der Vergangenheit liegenden Umständen mit dem Ziel größtmöglicher Annäherung an das historische Geschehen zu rekonstruieren.[32]

d) Das geltende Recht setzt eine derartige Rekonstruierbarkeit voraus, ohne deren Grenzen zu verkennen: Grenzen der Wahrnehmungsfähigkeit, der Wiedergabefähigkeit des Wahrgenommenen, Selektions- und Sinnzuweisungseffekte bei vorhandener Wahrnehmungsfähigkeit[33] des Wahrnehmenden usw. Neben solche Grenzen treten unverzichtbare menschenrechtliche und verfassungsrechtliche Garantien, die eine unbeschränkte strafprozessuale Wahrheitsermittlung ausschließen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat diese Art von Beschränkung der Aufklärung des wahren Sachverhalts in der Formel ausgedrückt, die Strafprozessordnung enthalte „keinen Grundsatz der Ermittlung der Wahrheit um jeden Preis“.[34]

III. Rechtliche Grenzen der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren und der Gestaltung von (vereinfachten) Strafverfahrensarten

---

27 BVerfG NJW 1987, 2662, 2663.
28 Vgl. *Weigend* ZStW 113 (2001), 271, 277.
29 Vgl. die Nachw. in Fn. 16.; BVerfGE 133, 168, 198.
30 BVerfG NJW 1987, 2662, 2663; *Weigend* ZStW 113 (2001), 271 (277).
31 Näher *Kühne* GA 2008, 361 mit Fn. 1; siehe auch BVerfGE 57, 250, 277.
32 *H. Jung* JZ 2009, 1129, 1130; vgl. auch *Kühne* GA 2008, 361 f.
33 Dazu *Kühne* GA 2008, 361.
34 BGHSt 14, 358, 365; BGH NJW 2007, 3138, 3140; in der Sache ebenso BVerfG NJW 2007, 204 f.

Grenzen der Wahrheitsermittlung sind, wie vorstehend angedeutet, vorwiegend verfassungs- und menschenrechtlich Natur.[35] Einschlägig sind vor allem die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) mit der damit verbundenen Stellung des Beschuldigten als Prozesssubjekt mit eigenen Beteiligungsrechten, die bezüglich des Folterverbots abwägungsfesten Gewährleistungen aus Art. 3 EMRK sowie die materialen und prozeduralen Freiheitsgewährleistungen aus Art. 2 Abs. 1 und 2 GG, Art. 104 GG einerseits sowie Art. 5 EMRK andererseits.[36]. Rechtsstaatliche Grenzen ziehen zudem der Grundsatz nemo tenetur und die Unschuldsvermutung ebenso wie das Gebot rechtlichen Gehörs und das Recht auf effektive Verteidigung.[37] Der ganz überwiegende Teil der vorstehend gezeichneten Grenzen ist unmittelbar oder mittelbar (über die EMRK)[38] verfassungsrechtlich verbürgt und steht lediglich im Rahmen von Schranken der Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte der Gestaltung durch den einfachen Gesetzgeber offen. Das verfassungs- und menschenrechtlich verbürgte Unverzichtbare an rechtsstaatlichen Standards bildet damit auch den Bezugsrahmen für Vorschläge neuartiger Verfahrensformen. Wird wie nachfolgend hier ein (zunächst) schriftliches Verfahrens vorgeschlagen, müssen zudem die Anforderungen aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 EMRK beachtet werden.[39]

B. Konzeptionelle Erwägungen

I. Schriftliches Verfahren als Instrument eines effektiven allgemeinen Strafverfahrens

Die Grundsätze der Unmittelbarkeit, Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung in Strafverfahren bilden bedeutsame Garantien des rechtsstaatichen Strafprozesses. Sie sind, ohne dass dies in diesem Zusammenhang im Einzelnen ausgeführt und belegt werden kann, aus den Erfahrungen des weitgehend nicht öffentlich geführten Inquisitionsverfahrens geronnen und bewirken auf unterschiedlichen Ebenen sowie auf unterschiedliche Weise Schutz des Beschuldigten bzw. Angeklagten im Strafverfahren. Die Grundsätze der (formellen und materiellen) Unmittelbarkeit[40] sowie der Mündlichkeit sind zugleich Instrumente der Sicherstellung der

35 Siehe auch BVerfGE 133, 168, 200 f.
36 Zu weiteren solcher Grenzen der Wahrheitssuche siehe *H. Jung* JZ 2009, 1129, 1130.
37 Näher dazu *Weigend* ZStW 113 (2001), 271, 291 ff.
38 Über die Einflussnahme der EMRK auf das Grundgesetz nach Maßgabe des Gebots völkerrechtsfreundlicher Auslegung jüngst BVerfGE 118, 326, 367-372.
39 Siehe aus jüngerer Zeit EGMR, Urt. v. 17.01.2008 – 14810/02 Ryakib Biryukov v. Russia, para. 30 - 36, 40 - 45.
40 Siehe nur *Eser* u.a. AE-Beweisaufnahme, GA 2014, S. 1, 2 f.

möglichst gut gelingenden Aufklärung des wahren Sachverhalts in dem bereits erläuterten Sinne (A.II.1.).

Allerdings ist die Bedeutung beider Grundsätze bereits im geltenden Recht erheblich relativiert; insbesondere bzgl. der materiellen Unmittelbarkeit lässt sich berechtigt fragen, ob der Grundsatz angesichts der konkreten Ausgestaltung der §§ 250 – 256 StPO zur Ausnahme geworden ist.[41] Der Grundsatz der Öffentlichkeit hat ebenfalls seit seiner Einführung als prägendes Element des reformierten Strafprozesses[42] zumindest in jüngerer Zeit einen erheblichen Bedeutungswandel erfahren. Mehrere Einzelvorschriften erlauben selbst im allgemeinen Strafverfahren (im Jugendstrafverfahrens gilt ohnehin § 48 JGG) – meist aus Gründen des Schutzes unterschiedlicher Interessen von Verfahrensbeteiligten (vgl. nur § 171b GVG) – den Ausschluss der Öffentlichkeit während der Hauptverhandlung.

Angesichts des Bedeutungswandels der vorgenannten Grundsätze erscheint es bei Einhaltung des zu A.II. und III. skizzierten völker- und verfassungsrechtlichen Rahmens möglich, ohne rechtsstaatliche Einbußen an der gebotenen Ermittlung der materiellen Wahrheit einerseits und bei den Mitwirkungsrechten der Verfahrensbeteiligten andererseits einen größeren Anteil von Strafverfahren, in denen Anklage erhoben worden ist, erstinstanzlich in einem schriftlichen Verfahrens zu erledigen.

II. Schriftliches Verfahren und Strafbefehlsverfahren

Das geltende Recht sieht mit dem Strafbefehlsverfahren der §§ 407 – 412 StPO (sowie § 373a und § 420 StPO [siehe § 411 Abs. 2 Satz 2 StPO]) ein erstinstanzlich schriftliches Verfahren vor. Das Strafbefehlsverfahren ist seit Einführung der (Reichs)Strafprozessordnung im Jahr 1877 im Gesetz enthalten und seitdem zahlreichen Änderungen unterworfen gewesen. Diese haben sich meist als mehr oder weniger moderate Ausdehnungen der im Strafbefehlsverfahren zulässig zu verhängenden Sanktionen erwiesen. Auf Einzelheiten kommt es für den hier unterbreiteten Vorschlag nicht an. Weitere Änderungen bei § 410 StPO und die Einführung von § 373a StPO waren durch das Bestreben, sachgerechte Anpassungen an das allgemeine Rechtsmittelrecht einerseits (Möglichkeit der Beschränkung des Rechtsmittels) sowie die Klarstellung der materiellen Rechtskraft einschließlich ihres Umfangs beim Strafbefehl andererseits begründet.

---

41 *Eser* u.a. (Fn. 38) GA 2014, S. 1, 3 f.

42 Vgl. dazu *Mittnacht* in Hahn, Die gesamten Materialien zum GVG. 1. Abteilung, 2. Aufl., 1883, S. 191.

Die mit der Einfügung von § 407 Abs. 2 StPO geschaffene Möglichkeit, durch Strafbefehl gegen den verteidigten Angeschuldigten eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu verhängen, wenn deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, hat in der Praxis keine Bedeutung erlangt. Soweit für mich ersichtlich liegt der Anteil erlassener Strafbefehle mit einer solchen Sanktion unter 1% aller Fälle. Ungeachtet dessen wird der Vorschlag unterbreitet, in einem von dem Strafbefehlsverfahren verschiedenen schriftlichen Verfahren eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren zuzulassen.

Eine in der bisherigen „Reformtradition“ liegende bloße Ausweitung des bisherigen Strafbefehlsverfahrens halte ich für einen weniger geeigneten Weg, eine Entlastung der Strafjustiz unter Aufrechterhaltung rechtsstaatlicher Standards zugunsten der Verfahrensbeteiligten zu erreichen. Die das Strafbefehlsverfahren charakterisierenden Elemente lassen sich im Anschluss an *Peter Rieß* in einem noch nicht veröffentlichten Beitrag von ihm wie folgt darstellen:

- „Begrenzter Anwendungsbereich unter in ihrer Gewichtigkeit unterschiedlicher Verwendung der Abgrenzungsmerkmale Deliktsart, gerichtliche Zuständigkeit und Sanktionsschwere,
- richterliche Sanktionsverhängung ohne mündliche Verhandlung und ohne (rechtlich zwingend vorgeschriebene) vorherige Anhörung des Beschuldigten.
- schriftlicher Antrag der Staatsanwaltschaft mit prinzipieller Bindung des Richters an deren Sanktionsvorschlag, verbunden mit der Möglichkeit, bei abweichender Beurteilung in das ordentliche Verfahren überzugehen,
- Einspruchsmöglichkeit für den Beschuldigten mit der Konsequenz der Überleitung in das normale erstinstanzliche Hauptverfahren ohne Verschlechterungsverbot und mit gewissen Verfahrenserleichterungen.“

Dieser Charakterisierung lässt sich noch hinzufügen, dass sich im Strafbefehl die Darstellung des dem Vorwurf zugrunde liegenden Sachverhalts auf die am konkreten Anklagesatz einer Anklageschrift beschränkte Kennzeichnung beschränkt. Die Beweismittel werden lediglich als solche bezeichnet, ohne dem allenfalls in dem beschriebenen Sinne grob skizzierten tatsächlichen Geschehen einzelne Beweismittel als Quelle der Erkenntnis zuzuweisen. Die verhängte Sanktion ausfüllende tatsächliche Umstände fehlen ebenso wie auch nur knappe Ausführungen über die die Sanktionsentscheidung tragenden strafzumessungsrechtlichen Erwägungen. Warum die Staatsanwaltschaft von einem hinreichenden Tatverdacht ausgeht und der den Strafbefehl erlassende Richter von der Schuld des Angeschuldigten überzeugt ist, lässt sich dem Strafbefehl als solchem ebenso wenig entnehmen wir die tragenden Erwägungen zu Sanktionsauswahl und -höhe.

Diese Charakteristika lassen erkennen, warum der Strafbefehl lediglich als Instrument zur Erledigung einfach gelagerter und im Unrechts-/Schuldgehalt eher geringer Kriminalität konzipiert ist. Trotz eines damit verbundenen Schuldspruchs und des damit einhergehenden sozial-ethischen Tadels[43] beruht die Schuldüberzeugung des Gerichts auf einer gegenüber dem Regelverfahren weniger validen Grundlage. Die ansonsten als rechtsstaatliches Sicherungselement durchaus taugliche Übereinstimmung von antragender Staatsanwaltschaft und Gericht über die materiellrechtliche Bewertung der verfahrensgegenständlichen Tat und ihrer Sanktionierung (vgl. § 408 Abs. 3 Satz 1 StPO) trägt als Sicherung nur wenig, weil – wie angesprochen – gerade nicht zu erkennen ist, auf welchen beweiswürdigenden und rechtlichen Erwägungen Schuld- und Sanktionsausspruch gründen. Eine Ausdehnung des Strafbefehlsverfahrens über die bislang zu erfassende, einfach gelagerte eher bagatellarische Kriminalität ist daher nach meiner Auffassung nicht angezeigt. Vorzugswürdig erscheint deshalb ein schriftliches Verfahren, das die strukturellen Grenzen des Strafbefehlsverfahrens überwinden und zugleich dennoch Entlassungseffekte gegenüber dem bisherigen Recht hervorbringen kann.

III. Schriftliches Verfahren und abgekürztes Urteil (§ 267 Abs. 4 und Abs. 5 Satz 2 und 3 StPO)

Das vorzuschlagende schriftliche Verfahren muss sich, um eine Entlastung bewirken zu können, auch an der Möglichkeit des abgekürzten Urteils messen lassen. Da der Entlassungseffekt gerade bei den Amtsgerichten (vor allem bei dem Strafrichter) eintreten soll, würde ein solcher Effekt mit großen Wahrscheinlichkeit von vornherein ausbleiben, wenn die Erledigung der Strafsache durch (kurze) Hauptverhandlung und abgekürztes Urteil (§ 267 Abs. 4 und Abs. 5 Satz 2 und 3 StPO) schneller und mit weniger Aufwand verbunden ist, als mit dem Weg des schriftlichen Verfahrens. Darauf ist bei der Ausgestaltung der (formalen) Anforderungen an die gerichtliche Entscheidung im schriftlichen Verfahren Bedacht genommen worden.

[43] Vgl. BVerfGE 109, 133, 173.

IV. Schriftliches Verfahren als „besondere Verfahrensart“ oder als Entscheidungsvariante im Zwischenverfahren

Wie bereits angedeutet stellt sich bei dem schriftlichen Verfahren der hier vorzuschlagenden Art die Frage nach der Lozierung innerhalb der StPO. Die Gesamtsystematik des Gesetzes spricht an sich für eine Einordnung in die besonderen Verfahrensarten des 6. Buches. Allerdings setzen die bislang dort statuierten besonderen Verfahrensarten einen auf die Entscheidung in dieser Verfahrensart gerichteten Antrag der Staatsanwaltschaft voraus. Der entsprechende Antrag ist jeweils Surrogat der Anklageschrift. Ohne eine Entschließung der Staatsanwaltschaft, anstelle der Durchführung des Regelverfahrens auf Erledigung der Strafsache in einer besonderen Verfahrensart anzutragen, kann ein solches bislang nicht durchgeführt werden. Grund ist das Akkusationsprinzip des § 151 StPO, das sich in der Abhängigkeit der Durchführung anderer Formen der „gerichtlichen Untersuchung“ von einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft gleichsam fortsetzt.

Der Vorschlag für das schriftliche Verfahren enthält jedoch ein entsprechendes Antragserfordernis nicht, sondern ermöglicht dem im Zwischenverfahren zuständigen Gericht eine weitere Entscheidungsoption hinsichtlich der Anklage über die bislang im Gesetz enthaltenen Entscheidungsarten (§ 203, 204, §§ 207, 209 StPO sowie ggf. §§ 205, 206a StPO) hinaus. Von dem Antragserfordernis wird abgesehen, um das Verfahren nicht von vornherein auf eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren hin führen zu lassen und dadurch die Wahrheitsermittlung erschwerende Absprachen im Ermittlungsverfahren möglichst auszuschließen. Es soll gerade eine Aufklärung des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts bis zu Beurteilung des hinreichenden Tatverdachts nach den allgemeinen Regeln des Ermittlungsverfahrens durchgeführt werden. Dabei ist – wie angesprochen – vorausgesetzt, dass die Beteiligungsmöglichkeiten des Beschuldigten und seiner Verteidigung im vorbereitenden Verfahren gegenüber dem bisherigen Rechtszustand (moderat) erweitert werden.

Ungeachtet der Erwägungen im vorstehenden Absatz wird nachfolgend eine Ausgestaltung des schriftlichen Verfahrens als besondere Verfahrensart im 6. Buch der StPO vorgeschlagen. Maßgebend dafür ist die damit verbundene Erwartung einer einfacheren Handhabung des Regelungsmodells gegenüber einem in der gesetztechnisch und –systematisch etwas unübersichtlichen (überwiegenden) Einordnung des schriftlichen Verfahrens in das Zwischenverfahren.

C. Regelungsvorschlag

I. Wesentliche Regelungsinhalte

1. Das schriftliche Verfahren kommt zur Anwendung, wenn das im Zwischenverfahren zuständige Gericht auf der Grundlage der dokumentierten Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zu der Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten im Hinblick auf die angeklagte Tat gekommen ist, den Sachverhalt sowohl im Hinblick auf die Möglichkeit, sich von der Schuld zu überzeugen, als auch im Hinblick auf die zu verhängende Sanktion für ausreichend und valide geklärt sowie es nicht für erforderlich hält, sich einen persönlichen Eindruck von dem Beschuldigten zu verschaffen.

2. Als Sanktionen können Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (vgl. § 25 Nr. 2 GVG) sowie die ohnehin in § 407 Abs. 2 StPO zugelassenen Sanktionen verhängt werden. Angesichts des begrenzten Sanktionenkatalogs kann im schriftlichen Verfahren sowohl durch den Strafrichter als auch das Schöffengericht – in der außerhalb der Hauptverhandlung maßgeblichen Besetzung - entschieden werden.

3. Vor der Entscheidung im schriftlichen Verfahren unterrichtet das zuständige Gericht den Beschuldigten und seine Verteidigung über die Absicht, im schriftlichen Verfahren zu entscheiden und setzt eine Frist zur Stellungnahme. Die Unterrichtung umfasst auch den Hinweis auf die Möglichkeit, eine weitere Beweisaufnahme im Rahmen von §§ 201, 202 StPO anzuregen. Hat der Beschuldigte bislang keinen Verteidiger, bestellt das Gericht auf der Grundlage eines neu in § 140 Abs. 1 StPO einzuführenden Grundes notwendiger Verteidigung einen solchen. Die Staatsanwaltschaft wird von der beabsichtigten Entscheidung im schriftlichen Verfahren benachrichtigt; gleiches gilt für den Nebenkläger bzw. den Nebenklagebefugten.

4. Die Entscheidung im schriftlichen Verfahren ergeht durch Beschluss. Für den Beschluss gelten die Vorschriften über die formalen Anforderungen an das Urteil, d.h. vor allem § 267 StPO entsprechend. Dabei bildet das abgekürzte Urteil (§ 267 Abs. 4 StPO) die Grundlage. Das Gericht muss allerdings insoweit abweichend vom abgekürzten Urteil die wesentlichen Erwägungen der Beweiswürdigung darlegen. Der Beschluss im schriftlichen Verfahren wird in öffentlicher Verhandlung, zu der die Verfahrensbeteiligten geladen werden, verkündet (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EMRK).

5. Gegen die verurteilende oder freisprechende Entscheidung im schriftlichen Verfahren ist die Berufung statthaft. In der Konsequenz gilt dann bei ausschließlich vom Angeklagten eingelegtem Rechtsmittel das Verbot der reformatio in peius (§ 318

StPO). Durch die Statthaftigkeit der Berufung – statt des Einspruchs im Strafbefehlsverfahren – wird zugleich die Unvoreingenommenheit des dann zuständigen Gerichts gesichert. Die Sprungrevision wird ausgeschlossen, um sicherzustellen, dass zumindest auf das Rechtsmittel hin eine den allgemeinen Regeln des Berufungsverfahrens folgende Tatsachenverhandlung stattfindet.

II. Regelungsvorschläge im Einzelnen[44]

§ 140 Abs. 1

wird folgende Nr. 9 angefügt:

Nr. 9 das Gericht gem. § 421 im schriftlichen Verfahren entscheiden will.

§ 141 Abs. 1 Satz 2

erhält folgende Fassung:

(…) [2] In dem Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 9 wird dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger bestellt, sobald er die Mitteilung gemäß § 421 Abs. 3 erhält.

§ 170 Abs. 2 und Abs. 3

(bisher § 200 Abs. 1 und Abs. 2, Satz 7 neu eingefügt][45] erhalten folgende Fassung:

(2) [1]Die Anklageschrift hat den Angeschuldigten, die Tat, die ihm zur Last gelegt wird, Zeit und Ort ihrer Begehung, die gesetzlichen Merkmale der Straftat und die anzuwendenden Strafvorschriften zu bezeichnen (Anklagesatz). [2]In ihr sind ferner die Beweismittel, das Gericht, vor dem die Hauptverhandlung stattfinden soll, und der Verteidiger anzugeben. [3]Bei der Benennung von Zeugen ist deren Wohn- oder Aufenthaltsort anzugeben, wobei es jedoch der Angabe der vollständigen Anschrift nicht bedarf. [4]In den Fällen des § 68 Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 Satz 1 genügt die Angabe des Namens des Zeugen. [5]Wird ein Zeuge benannt, dessen Identität

---

44 Die Regelungsvorschläge betreffen auch Änderungen im Zwischenverfahren, die außer der notwendigen Anpassungen an die vorgeschlagene Einführung eines schriftlichen Verfahrens auch „Bereinigungen“ in Inhalt und Abfolge einzelner Vorschriften aus dem Zwischenverfahren beinhalten.

45 Die bisherige Gesetzessystematik ist nicht gelungen. § 170 Abs. 1 StPO benennt den rechtlichen Maßstab für die Anklageerhebung; die inhaltlichen Anforderungen an die Anklageschrift folgen aber erst im Kontext des gerichtlichen Zwischenverfahrens, obwohl es bei der Anklageschrift um die Abschlussentscheidung im Ermittlungsverfahren geht. Auf diesen Erwägungen beruht der – lediglich gesetzestechnische – Änderungsvorschlag.

ganz oder teilweise nicht offenbart werden soll, so ist dies anzugeben; für die Geheimhaltung des Wohn- oder Aufenthaltsortes des Zeugen gilt dies entsprechend. [6]In der Anklageschrift wird auch das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen dargestellt. [7]Die Anklageschrift enthält zudem Angaben zu den für die Zumessung der Strafe bedeutsamen Umständen.

(3) (bisheriger § 170 Abs. 2)

Vierter Abschnitt

Erster Unterabschnitt[46]

§ 199 [Entscheidung über die erhobene Anklage]

(1) Ist der Angeschuldigte der Begehung einer Straftat nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens nicht hinreichend verdächtig, stellt das Gericht das Verfahren ein.

(2) Ist der Angeschuldigten nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens einer Straftat hinreichend verdächtig, so eröffnet das Gericht das Hauptverfahren durch Beschluss, soweit es nicht nach § 421 verfährt.

§ 200 [Mitteilung der Anklageschrift und der beabsichtigten Entscheidung über die Anklage]

(1) [1]Der Vorsitzende teilt die Anklageschrift dem Angeschuldigten mit. [2]Diese ist auch dem Nebenkläger und dem Nebenklagebefugten, der dies beantragt hat, zu übersenden; § 145a Absätze 1 und 3 gelten entsprechend.

(2) Der Vorsitzende fordert den Angeschuldigten gleichzeitig mit der Mitteilung gem. Absatz 1 auf, innerhalb einer zu bestimmenden Frist zu erklären, ob er die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle.

---

[46] Die Änderungen in der Abfolge der Vorschriften beruhen teils auf den in Rn. 43 angestellten Erwägungen und sind teils Folgeänderungen des Vorschlags über das schriftliche Verfahren.

(3) [1]Vor einem Beschluss gem. § 421 Absatz 1 teilt der Vorsitzende dem Angeschuldigten mit, im schriftlichen Verfahren entscheiden zu wollen und fordert diesen zu einer Stellungnahme innerhalb einer zu bestimmenden Frist auf. [2]Absatz 2 gilt entsprechend. [3]Für die Staatsanwaltschaft, den Nebenkläger und den Nebenklagebefugten gilt Satz 1 entsprechend.

§ 201 [Anordnung einzelner Beweiserhebungen]

[1]Bevor das Gericht über die erhobene Anklage gem. § 199 Absatz 1 oder 2 entscheidet, kann es zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anordnen. [2]Der Beschluss ist nicht anfechtbar.

§ 202 [Abweichende Beurteilung der Zuständigkeit]

(bisher § 209 Abs. 1 und 2; Abs. 1 ist den Neuerungen in § 199 angepasst worden)

(1) [1]Hält das Gericht, bei dem die Anklage eingereicht ist, die Zuständigkeit eines Gerichts niedrigerer Ordnung in seinem Bezirk für begründet, so legt es die Akten unter Vermittlung der Staatsanwaltschaft dem für die Entscheidung über die Anklage zuständigen Gericht zur Entscheidung vor. [2]Dieses trifft die Entscheidung gem. § 199.

(2) Hält das Gericht, bei dem die Anklage eingereicht ist, die Zuständigkeit eines Gerichts höherer Ordnung, zu dessen Bezirk es gehört, für begründet, so legt es die Akten durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft diesem zur Entscheidung vor.

§ 203 [Vorläufige Einstellung]

(Wortlaut des geltenden § 205)

§ 204 [Keine Bindung an Anträge]

(Wortlaut des geltenden § 206)

§ 205 [Einstellung bei Verfahrenshindernis]

(Wortlaut des geltenden § 206a)

§ 206 [Einstellung wegen Gesetzesänderung]

(Wortlaut des geltenden § 206b)

Zweiter Unterabschnitt

(Dieser Unterabschnitt betrifft das „Regelverfahren“, d.h. das Zwischenverfahren bisherigen Zuschnitts)

§ 207 [Inhalt des Beschluss gem. § 199 Absatz 2]

(1) Aus dem Beschluss gemäß § 199 Absatz 2 muss hervorgehen, aus welchen tatsächlichen und rechtlichen Gründen das Gericht den Angeschuldigten der Begehung einer Straftat für hinreichend verdächtig hält.[47]

(2) Das Gericht legt in dem Beschluss dar, mit welchen Änderungen es gegenüber der Anklage den Angeschuldigten der Begehung einer Straftat für hinreichend verdächtig hält, wenn

1. wegen mehrerer Taten Anklage erhoben ist und wegen einzelner von ihnen der hinreichende Tatverdacht fehlt,

2. die Verfolgung nach § 154 auf einzelne abtrennbare Teile einer Tat beschränkt wird oder solche Teile in das Verfahren wieder einbezogen werden,

3. die Tat rechtlich abweichend von der Anklageschrift ge-

[47] Der Vorschlag beruht auf zwei Erwägungen: (1.) bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts ist das für die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständige Gericht in der Sache verpflichtet, sich selbst über die tatsächlichen und rechtlichen Gründe für das Bestehen hinreichenden Tatverdachts Rechenschaft abzulegen; der Vorschlag beschränkt sich insoweit darauf, die ohnehin angestellten Erwägungen zu verschriftlichen; (2.) mit der Schaffung des schriftlichen Verfahrens wird dem im Zwischenverfahren zuständigen Gericht die Möglichkeit eröffnet, das Verfahren - bei Ausbleiben der Berufung – bereits in diesem Stadium endgültig zu erledigen. Um beurteilen zu können, ob im schriftlichen Verfahren entschieden werden kann, bedarf es der Prüfung, ob bereits auf der Grundlage der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens die Überzeugung von der Schuld gebildet werden kann und ob ein ausreichend ermittelter Sachverhalt hinsichtlich der Rechtsfolgenentscheidung gegeben ist. Besteht Schuldüberzeugung, möchte das Gericht aber nicht ohne einen persönlichen Eindruck von dem Angeschuldigten entscheiden, erlässt es einen Eröffnungsbeschluss, in dem dann wiederum lediglich die zur Schuldüberzeugung ohnehin angestellten Erwägungen verschriftlich zu werden brauchen.

würdigt wird oder

4. die Verfolgung nach § 154a auf einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Straftat begangen worden sind, beschränkt wird oder solche Gesetzesverletzungen in das Verfahren wieder einbezogen werden.

(2) Das Gericht beschließt zugleich von Amts wegen über die Anordnung oder Fortdauer der Untersuchungshaft oder der einstweiligen Unterbringung.

§ 208 [Besondere funktionelle Zuständigkeit]

(bisher § 209a)

Im Sinne des § 4 Absatz 2, des § 209 sowie des § 210 Abs. 2 stehen

1. die besonderen Strafkammern nach § 74 Absatz 2 sowie den §§ 74a und 74c des Gerichtsverfassungsgesetzes für ihren Bezirk gegenüber den allgemeinen Strafkammern und untereinander in der in § 74e des Gerichtsverfassungsgesetzes bezeichneten Rangfolge und

2. die Jugendgerichte für die Entscheidung, ob Sachen

a) nach § 33 Absatz 1, § 103 Absatz 2 Satz 1 und § 107 des Jugendgerichtsgesetzes oder

b) als Jugendschutzsachen (§ 26 Absatz 1 Satz 1, § 74b Satz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes) vor die Jugendgerichte gehören, gegenüber den für allgemeine Strafsachen zuständigen Gerichten gleicher Ordnung

Gerichten höherer Ordnung gleich.

§ 209 [Rechtsmittel]

(verändert sich inhaltlich nicht, nur die Verweisungen sind angepasst)

(1) Der Beschluss gem. § 199 Absatz 2 kann von dem Angeklagten nicht angefochten werden.

(2) Gegen die Beschlüsse gemäß § 199 Absatz 1 und § 202 Absatz 1 steht der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde zu.

(3) Gibt das Beschwerdegericht der Beschwerde statt, so kann es zugleich bestimmen, dass die Hauptverhandlung vor einer anderen Kammer des Gerichts, das den Beschluss gemäß § 199 Absatz 1 oder § 202 Absatz 1 erlassen hat, oder vor einem zu demselben Land gehörenden benachbarten Gericht gleicher Ordnung stattzufinden hat. In Verfahren, in denen ein Oberlandesgericht im ersten Rechtszug entschieden hat, kann der Bundesgerichtshof bestimmen, dass die Hauptverhandlung vor einem anderen Senat dieses Gerichts stattzufinden hat.

§ 210 [Wirkung des Beschlusses gem. § 199 Abs. 1]

(verändert sich inhaltlich nicht, nur die Verweisung ist angepasst)

Ist die Eröffnung des Hauptverfahrens durch einen Beschluss gem. § 199 Absatz 1 abgelehnt, so kann die Klage nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel wieder aufgenommen werden.

Drittes Buch Rechtsmittel

Dritter Abschnitt Berufung

§ 312 [Berufung]

[1]Gegen die Urteile des Strafrichters und des Schöffengerichts sowie gegen Beschlüsse gemäß § 421 ist die Berufung zulässig.[2]Auf die Berufung gegen den Beschluss gemäß § 421 finden die §§ 314 bis 332 sinngemäß Anwendung.

Vierter Abschnitt. Revision

§ 335 [Sprungrevision][48]

Satz 1 wird folgender neuer Satz 2 angefügt:

Satz 1 findet auf den Beschluss gemäß § 421 Absatz 1 keine Anwendung.

Sechtes Buch

2b. Abschnitt Schriftliches Verfahren

§ 421 [Schriftliches Verfahren]

(1) Ist das Gericht bei Anklage zum Amtsgericht nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens davon überzeugt, dass der Angeschuldigte eine Straftat begangen hat und hält es eine weitere Beweisaufnahme derjenigen Tatsachen und Beweismittel, die für die Entscheidung von Bedeutung sind, nicht für erforderlich, so spricht es diesen durch Beschluss schuldig und verhängt eine Rechtsfolge für die Begehung der Straftat.

(2) Durch Beschluss nach Absatz 1 dürfen nur die folgenden Rechtsfolgen der Tat, allein oder nebeneinander, festgesetzt werden:

1. *Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren,*
2. *Geldstrafe, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Fahrverbot, Verfall, Einziehung, Vernichtung, Unbrauchbarmachung, Bekanntgabe der Verurteilung und Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung,*
3. *Entziehung der Fahrerlaubnis, bei der die Sperre nicht mehr als zwei Jahre beträgt,*
4. *Verbot des Haltens oder Betreuens von sowie des Handels oder des sonstigen berufsmäßigen Umgangs mit Tieren jeder oder ei-*

[48] Da § 335 Abs. 1 StPO lediglich von „Urteil“ spricht, bedarf es an sich nicht zwingend einer klarstellenden Ergänzung, dass die Sprungrevision gegen den Beschluss nach § 421 Absatz 1 StPO, obwohl mit der Berufung anfechtbar, nicht mit der Sprungrevision angegriffen werden kann. Eine Klarstellung ist aber auch unschädlich, um eine gegenteilige, auf die Gleichstellung in § 312 und § 423 (neu) gestützte Auslegung zu vermeiden.

ner bestimmten Art für die Dauer von einem Jahr bis zu drei Jahren sowie

5. Absehen von Strafe.

(3) [1]Wird gegen den Angeschuldigten eine Freiheitsstrafe verhängt, wird er mit Strafvorbehalt verwarnt oder wird gegen ihn ein Fahrverbot angeordnet, so ist er zugleich nach § 268a Absatz 3 oder § 268c Satz 1 zu belehren. [2]§ 111i Absatz 2 sowie § 267 Absatz 6 Satz 2 gelten entsprechend.

§ 422 [Beschluss]

(1) Der Beschluss gemäß § 421 Absatz 1 wird in öffentlicher Hauptverhandlung verkündet.[49] § 213 und § 214 Absatz 1 gelten entsprechend.

(2) § 260 Absätze 1, 4 und 5 gelten sinngemäß.

(3) [1]Wird der Angeschuldigte verurteilt, so müssen die erwiesenen Tatsachen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden, und das angewendete Strafgesetz angegeben werden; bei Urteilen, die nur auf Geldstrafe lauten oder neben einer Geldstrafe ein Fahrverbot oder die Entziehung der Fahrerlaubnis und damit zusammen die Einziehung des Führerscheins anordnen, oder bei Verwarnungen mit Strafvorbehalt kann hierbei auf den Anklagesatz und das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen verwiesen werden. [2]Den weiteren Inhalt der Urteilsgründe bestimmt das Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach seinem Ermessen.

(4) Wird der Angeschuldigte freigesprochen, so müssen die Beschlussgründe ergeben, ob der Angeschuldigte für nicht überführt oder ob und aus welchen Gründen die für erwiesen angenommene Tat für nicht strafbar erachtet worden ist.

(5) [1]Die Beschlussgründe müssen auch ergeben, weshalb eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet oder nicht angeordnet worden ist. [2]Ist die Fahrerlaubnis nicht entzogen oder eine Sperre nach § 69a Absatz 1 Satz 3 des Strafgesetzbuches nicht angeordnet worden, obwohl

[49] Nachw. wie Fn. 39.

dies nach der Art der Straftat in Betracht kam, so müssen die Beschlussgründe stets ergeben, weshalb die Maßregel nicht angeordnet worden ist.

§ 423 (Berufung)

Gegen den Beschluss gemäß § 421 Absatz 1 ist die Berufung zulässig.

(ggf. verzichtbar wegen der Ergänzung von § 312)

§ 424 (Rechtskraft)

Der rechtskräftige Beschluss gemäß § 421 Abs. 1 steht einem rechtskräftigen Urteil gleich.[50]

D. Verhältnis des schriftlichen Verfahrens zu den übrigen vereinfachten Verfahren

Für die weitere Diskussion in der Kommission möchte ich anregen, außer über den unterbreiteten Vorschlag zu dem schriftlichen Verfahren auch über die vereinfachten Verfahren insgesamt zu beraten. Sollte ein schriftliches Verfahren in Erwägung gezogen werden, stellt sich insbesondere die Frage nach dem Verhältnis zu dem Strafbefehlsverfahren. Sollte in einem schriftlichen Verfahren – abweichend von dem hier unterbreiteten Vorschlag – eine mündliche Anhörung (keine Beweisaufnahme) für sinnvoll und notwendig erachtet werden, könnte auf die Überlegungen des Diskussionsentwurfs 1975 über das Strafbescheidsverfahren zurückgegriffen

[50] Der Umstand, dass der Beschluss im schriftlichen Verfahren lediglich auf den – regelmäßig – schriftlich dokumentierten Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens beruht und nicht auf einer strengbeweislichen Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung könnte dazu führen, ihm einen geringer umfänglichen Strafklageverbrauch zuzuweisen, als dem Urteil; zu den maßgeblichen Kriterien für den Umfang der materiellen Rechtskraft siehe ausführlich, *Radtke*, Die Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1993, S. 346 ff. und passim. § 373a StPO erweitert vor diesem Hintergrund die Möglichkeiten der Wiederaufnahme gegenüber § 362 StPO, indem unter den dort genannten Voraussetzungen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten propter nova zugelassen wird. Strafbefehl und schriftliches Verfahren unterscheiden sich zwar nicht hinsichtlich der Mittel der Sachverhaltsaufklärung. Sie unterscheiden sich aber bei der – für den Umfang des Strafklageverbrauchs ebenfalls relevant – Dokumentation der für die Entscheidungsfindung maßgeblichen Gründe. Das betrifft vor allem den Umfang der Feststellungen und die zugrunde liegende Beweiswürdigung. Das gestattet die Gleichstellung mit dem Urteil und die Abweichung von dem Strafbefehl im Hinblick auf den Umfang der Rechtskraft.

werden. Auf konkrete Vorschläge hierzu wird derzeit noch verzichtet, um zunächst die Diskussion in der Kommission über ein schriftliches Verfahrens abzuwarten.

Betr. : Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrens 2014/15

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor **November 2014**

Stellungnahme zu den Vorschlägen von

A. *RiBGH Prof. Dr. Henning Radtke* (Vorschlag zur Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens)

B. *LMR Dr. Jochen Müller* (Modifikation des Strafbefehlsverfahrens – Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens)

A. Stellungnahme zu dem Vorschlag von *Prof. Dr. Henning Radtke* zur Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens

I. Inhalt des Vorschlags

Radtke schlägt ein *„neuartiges schriftliches Strafverfahren“* vor, das es dem erkennenden Strafgericht, sprich: dem Strafrichter beim AG (so mein Verständnis wegen §3 25, 30 GVG), ermöglicht, nach Anklageerhebung und einem entsprechenden rechtlichen Hinweis den Beschuldigten ohne mündliche Hauptverhandlung allein aufgrund der Anklageschrift, der Akten und ggf. einer Verteidigungsschrift zu verurteilen, wenn es/er *„nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens davon überzeugt“* ist, *„dass der Angeschuldigte eine Straftat begangen hat“* und eine weitere Beweisaufnahme für nicht erforderlich hält.

Anm.: Auch *Müller* spricht sich in seinem Papier dafür aus, die Hauptverhandlung beim AG (weitgehend) abzuschaffen (näher unter **C.**), weshalb ich seine Argumente im Folgenden gleich mit erörtere.

II. Bewertung/ Kritik

1. *Radtke* schickt seine Ausführungen eine Art „Totschlagsargument“ voraus, indem er postuliert, angesichts der auf lange Sicht begrenzten Ressourcen der Strafjustiz einerseits und des sich erhöhenden Arbeitsaufwandes andererseits seien vereinfachte Formen des Strafverfahrens unverzichtbar (so auch *Müller*, S. 1, 8.) Das bedeutet den zumindest faktischen Versuch, seinen Vorschlag gegen Einwendungen von vornherein zu immunisieren („there is no alternative“), was schon methodisch fragwürdig ist. Was alternativlos ist, kann man nicht diskutieren. Problematisch ist ferner, dass *Radtke* seine Ausführungen an Prämissen knüpft, die nicht näher differenziert bzw. hinterfragt werden. Beispiel: Die Grundsätze der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit sowie der Öffentlichkeit hätten einen *„Bedeutungswandel“* erfahren, der sie zu Ausnahmen werden lasse (s. *Radtke*, S. 9 unter Hinweis insbesondere auf das Selbstleseverfahren bei Urkunden; ähnlich *Müller*, S. 4, ebf. unter Hinweis auf das Selbstleseverfahren und einen *„Funktionswandel“* von der Saalöffentlichkeit hin zu einer Massenmedienöffentlichkeit). Dagegen: Was bei Urkunden vertretbar sein mag, ist nicht zwangsläufig auch bei Zeugen und Sachverständigen angezeigt. In wesentlichen Punkten unterscheidet sich die Bewertung von Urkunden (echt/ unecht?) von der von Sachverständigengutachten (fachlich richtig/ falsch?) und Zeugenaussagen (glaubhaft/ unglaubhaft?; glaubwürdig/ unglaubwürdig?). Ferner: Die überwiegenden Fälle beim Amtsgericht, die *Radtke* und *Müller* in einem schriftlichen Verfahren entschieden haben wollen, sind keine Fälle von „*Massenmedienöffentlichkeit“*.

2. Die Realisierung des Vorschlags würde für die meisten in die Zuständigkeit der Amtsgerichte fallenden Fälle – und damit für die Masse der Strafrechtsfälle - einen Rückfall in den alten Inquisitionsprozess bedeuten (grundlegend hierfür die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. v. 1532), wäre also, historisch gesehen, ein Rückschritt. Für diesen Prozess war insbesondere das Fehlen einer öffentlichen mündlichen Hauptverhandlung charakteristisch. Der sog. endliche Rechtstag, der i.ü. nur bei schweren Fällen standfand, war keine Hauptverhandlung i.S.d. heutigen (reformierten) Strafprozesses, sondern lediglich ein ritueller Austausch von Anschuldigung, Geständnis, Urteil und Vollstreckung.

3. Das Institut der öffentlichen mündlichen Hauptverhandlung ist das Kernstück des in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelten Typus des sog. reformierten Strafprozesses, der den Regelungen der ursprünglich im Jahre 1877 in Kraft getretenen RStPO zugrunde lag und der StPO ungeachtet zahlreicher Änderungen im Prinzip bis heute zugrundeliegt. - Für die Schaffung der öffentlichen mündlichen Hauptverhandlung wurden seinerzeit zahlreiche rechtliche und praktische Gründe ins Feld geführt, die m.E. bis heute Bestand haben. Die Ausführungen *Radtke*,

ebenso die von *Müller*, übergehen diese Gründe weitgehend. - Weshalb das Strafverfahren des reformierten Strafprozesses mit der Hauptverhandlung als Kernstück *„papieren“* sein soll (*Müller*, S.1), erschließt sich mir schlechterdings nicht. Das gilt doch wohl eher für den schriftlichen Inquisitionsprozess und für das von *Müller* befürwortete schriftliche Verfahren beim Amtsgericht.

4. Der Vorschlag verkennt die durch das Grundgesetz (Art. 97 GG) und grundlegende gesetzliche Vorschriften (§§ 1 GVG, 24, 45 Abs. 1 DRiG) bestimmte Stellung und Funktion der Strafgerichte im Strafprozess (s. dazu insb. BVerfG 2 BvR 2628/10 u.a., Urt. v. 19.3.2013 - Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes). Namentlich wegen ihrer Neutralitätspflicht (BVerfG ebd. Rn. 62) und ihrer Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit (§ 244 Abs. 2 StPO, vgl. BVerfG ebd. Rn. 104) müssen sich die Strafgerichte ihre Überzeugung von der Schuld oder Unschuld des Beschuldigten selbständig (vgl. BVerfG ebd. Rn. 105) und *„bestmöglich“* (BVerfG ebd. Rn. 104) verschaffen; letzteres heißt: grundsätzlich auf der Basis einer öffentlichen Hauptverhandlung (BVerfG ebd. Rn. 90 unter Hinweis insbesondere auf § 261 StPO) und nur ausnahmsweise aufgrund der Akten (BVerfG ebd. Rn. 104). Der Vorschlag *Radtke* kehrt dieses Regel-Ausnahmeverhältnis um, indem er die Möglichkeit des schriftlichen Strafbescheid-Verfahrens an keine expliziten, eng begrenzten Ausnahmevoraussetzungen knüpft, sondern lediglich an die „Überzeugung“ des Gerichts von der Schuld des Beschuldigten im Hinblick auf die angeklagte Tat auf der Grundlage der dokumentierten Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, sprich: der Akten (*Radtke* Vorschlag S. 13; ähnlich *Müller*).

5. Der Vorschlag übersieht völlig die ihm innewohnenden Gefahren für die Wahrheitsfindung. Der „Ballast“ der Hauptverhandlung (*Müller*, S. 2) - insbesondere die Beweisaufnahme unmittelbar durch das Gericht und die Einwirkungsmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten - soll der Findung der Wahrheit und der Vermeidung von Fehlern dienen, die bei bloßer Befassung mit den Aktenlage und Beweismittelsurrogaten z.B. infolge von Perseveranzeffekten drohen (näher Stellungnahme des *Verf.* zum Beweistransfer).

6. Die Realisierung des Vorschlags würde m.E. keine „Effizienz“-Gewinne bewirken.

Zwar würden Amtsrichter, die davon Gebrauch machen, die Hauptverhandlung „sparen“. Sie müssten aber mehr Zeit auf das Studium der Akten und die Abfassung des Urteils verwenden, wenn sie dem Strafbescheid eine Chance auf Bestand verschaffen wollten. Jedenfalls ein oberflächlich verfasster Strafbescheid dürfte immer angegriffen werden, wenn nicht der Verurteilte aus irgendwelchen Gründen, die dem Gericht dann aber meist verborgen sein dürften, der Auffassung ist, mit dem Bescheid „gut wegzukommen“.

Soweit Strafbescheide angefochten werden, wird der für eine mündliche Verhandlung „ersparte“ Zeitaufwand lediglich in die nächste Instanz verlagert.

7. Allgemein

Die Strafgerichte, namentlich auch die Amtsgerichte in Strafsachen, verkörpern in den Augen der Bevölkerung in einem besonderen Maße den Anspruch des Staates, seinen Bürgern Recht und Gerechtigkeit zu gewährleisten. Das gilt sowohl im Hinblick auf die Findung der „gerechten Strafe“ für Straftäter, als auch mit Blick auf die eherne Maxime, dass kein Unschuldiger bestraft werden darf.

Die Erfüllung dieses Anspruchs ist ein elementares gesellschaftliches Bedürfnis, das sich nicht zuletzt in der hohen Aufmerksamkeit ausdrückt, die der Strafrechtspflege insgesamt und Strafprozessen im Besonderen zu Teil wird.

Die gesellschaftliche Aufmerksamkeit gilt nicht nur spektakulären, in den Medien präsenten Strafprozessen, sondern auch und gerade der Alltagspraxis der Strafgerichte, auch und gerade an den Amtsgerichten. An den dortigen, leicht zugänglichen und zeitlich überschaubaren Prozessen nimmt in einem beachtlichen Maße „das Volk“ Anteil, neben einzelnen generell interessierten Bürgern z.B. Verwandte und Freunde des Beschuldigten oder Verletzten, Schulklassen, Arbeitsgemeinschaften von Referendaren, Medienvertreter.

Namentlich die Amtsgerichte haben sich bis heute einen gewissen volkstümlichen Charakter bewahrt. Dieser kommt insbesondere in der in freier Rede praktizierten Mündlichkeit, oftmals im regionalen Idiom, zum Ausdruck. Hierbei wird nicht selten das „gelehrte Recht“ auf ein auch Laien verständliches Niveau gebracht, entfalten sich Rede und Gegenrede spontaner und unkomplizierter als an den höheren Gerichten. Idealerweise erhalten die Zuschauer einen lebendigen Eindruck davon, was Rechtsstaatlichkeit und Fairness im Bereich der Strafrechtspflege ausmacht.

Eben diese Teilhabe der Öffentlichkeit an der Strafrechtspflege, die nur durch eine öffentliche mündliche Hauptverhandlung gewährleistet wird, war in Deutschland eine der zentralen Forderungen der Reformjuristen der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts im Zuge der Aufklärung. Sie war eng mit konstitutionellen Bestrebungen verknüpft. Hierbei wurde der überkommene Inquisitionsprozess, der im Wesentlichen ein geheimer war, in Bezug gesetzt zum Obrigkeitsstaat, den es zu überwinden galt, und die auf einer Anklage basierende öffentlich-mündliche Hauptverhandlung unter Laienbeteiligung in Bezug zum demokratischen Staat. Bezeichnenderweise wurde im Zuge der Konstituierung des Deutschen Reichs als Verfassungsstaat mit demokratischen Elementen (Reichstag) die Strafprozessordnung geschaffen und damit

die auf den Prinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit basierende Hauptverhandlung für ganz Deutschland etabliert (vgl. oben).

Demgegenüber spiegeln die auf eine weitgehende Abschaffung der Hauptverhandlung bei den Amtsgerichten zielenden Vorschläge von *Radtke* und *Müller* ein etatistisches Strafrechtsverständnis wider, welches die Strafrechtspflege als autoritäre staatliche Angelegenheit begreift, zwar im Interesse der Gesellschaft („Gemeinwohl"), aber ohne Partizipation der Gesellschaft. Bezeichnend hierfür die Bemerkung von *Müller* (S. 1), das Strafverfahren und sein Gegenstand, das materielle Strafrecht, würden in Zeiten einer Risikogesellschaft zu einem *„Mittel der gesellschaftlichen Daseinsvorsorge"* – das meint wohl: der hoheitlichen Fürsorge des Staates für die Gesellschaft – und seine (Ab)Qualifizierung der Hautverhandlung als *„Ballast"*. Fundamentale Rechte des Beschuldigten wie die Subjektstellung, das Folterverbot, der Grundsatz des Nemo-tenetur etc. und prozessuale Rechte wie der Anspruch auf rechtliches Gehör u.a. bilden nach diesem Verständnis lediglich *„rechtsstaatliche Grenzen"* bzw. *„Schranken"* der staatlichen Wahrheitsermittlung (vgl. *Radtke*, S.8), und sind nicht etwa Ausdruck eines originären Anspruchs auf Teilhabe an der Findung von „Wahrheit und Gerechtigkeit" bei Gericht, deren Gestaltung konsequenterweise in das Belieben des Gesetzgebers gestellt wird (vgl. *Radtke* ebd.).

Ein solches etatistisches Rechtsverständnis, das sich nicht selten mit technokratischen, an „Effizienz"-Gewinnen orientierten Regelungsbedürfnissen verbindet, scheint heute weit verbreitet zu sein. Dem ist im entgegenzuhalten, dass Recht nicht nur ein Instrument möglichst effizienter *„Daseinsvorsorge"* ist, sondern ein Bestandteil der Kultur. Dementsprechend geht es bei der Strafrechtspflege nicht nur um eine möglichst effiziente Ermittlung und Aburteilung von Straftätern, sondern auch um eine Verwirklichung der unser Gemeinwesen konstituierenden Prinzipien und Werte.

B. Stellungnahme zu dem Vorschlag von *LMR Dr. Jochen Müller*

I. Inhalt des Vorschlags

Auch ***Müller*** schlägt die Abschaffung der Hauptverhandlung vor, sogar noch radikaler als *Radtke*. Als Anwendungsbereich für das schriftliche Verfahren soll *„der gesamte Zuständigkeitsbereich des AG“* eröffnet werden, eventuell auch der Bereich des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG, also auch Fälle der unbedingten Freiheitsstrafe. Selbst in diesen Fällen sei es nicht z wingend, dass das Gericht den Angeklagten persönlich sehe und anhöre (S.9).

Zum schriftlichen Verfahren soll es kommen: 1. durch Anklage der StA, verbunden mit einem entsprechenden Antrag; 2. durch antragsunabhängige Entscheidung des Gerichts nach Eröffnung, wenn es den Sachverhalt für hinreichend geklärt hält und ihm eine schuldangemessene Sanktionierung möglich erscheint; 3. jedenfalls in den Fällen des § 408a StPO durch Übergang in der Hauptverhandlung (S. 10). Der Richter soll dann allein aufgrund der Akten einschließlich der zu den Akten gelangten Stellungnahmen des Beschuldigten und Berichte der Gerichtshilfe nach seiner Überzeugung von der Schuld und der angemessenen Strafe entscheiden. Die *„wesentlichen bestimmenden Umstände“* hierfür hat er im Strafbescheid auszuführen.

Jedenfalls für den Bereich freiheitsentziehender Sanktionen sei auf Seiten des Beschuldigten ein Verteidiger notwendig. *„Vor Ergehen“* der Entscheidung im schriftlichen Verfahren (*„Strafbescheid“*) müsse dem Beschuldigten rechtliches Gehör in Form einer (nur) schriftlichen Stellungnahme eingeräumt werden. Gegen die Entscheidung im schriftlichen Verfahren soll der Beschuldigte entweder *„Widerspruch“* (beim judex a quo?) oder *„Einspruch“* bei einem anderen Richter einlegen können mit der Folge des *„Regelverfahrens“* (also wohl einer Hauptverhandlung), in dem das Beweisantragsrecht uneingeschränkt gelten soll. Die Entscheidung über den Einspruch soll mit der Berufung nur bei einer reformatio in peius angreifbar sein (S. 11).

II. Bewertung/ Kritik

Gegen den Vorschlag von *Müller* sprechen sämtliche Argumente, die ich gegen den Vorschlag von *Radtke* angeführt habe, so dass darauf verwiesen sei.

D.
Hauptverhandlung

aus: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2014, S. 1-72

Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme)

Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)[1]

vorgelegt von

Albin Eser, Helmut Frister, Frank Höpfel, Barbara Huber, Matthias Jahn, Heike Jung, Bernd-Dieter Meier, Henning Radtke, Rudolf Rengier, Peter Rieß, Franz Riklin, Klaus Rolinski, Claus Roxin, Heinz Schöch, Torsten Verrel, Thomas Weigend

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung
I. Die Unmittelbarkeit – Grundsatz oder Ausnahme?
II. Leitlinien des Regelungsvorschlags
B. Gesetzestext: Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme
C. Begründung: Allgemeiner Teil – Gesamtkonzeption
I. Entwicklung und Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts
II. Grundlinien des Vorschlags
III. Zusammenfassung der wesentlichen Elemente des Entwurfs
D. Begründung: Besonderer Teil
I. § 52 Richterliche Vernehmung bei Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen
II. § 58a Audiovisuelle Aufzeichnung von Zeugenaussagen
III. § 136 Audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen
IV. § 163a Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beschuldigtenvernehmung
V. § 222 Namhaftmachung der Zeugen und Sachverständigen
VI. § 244 Umfang der Beweisaufnahme
VII. § 246 Verspätete Beweisanträge
VIII. § 247 Ausschluss des Angeklagten
IX. § 247a Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung
X. § 249 Verlesung von Schriftstücken
XI. § 249a Vorführung von Bild-Ton-Träger-Aufzeichnungen
XII. § 250 Ersetzung einer Vernehmung
XIII. § 251 Art und Weise der Ersetzung durch eine frühere Aussage
XIV. § 252 Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung nach früherer Aussage
XV. § 253 Verletzung des Konfrontationsrechts
XVI. § 254 Einführung früherer Angaben des Angeklagten
XVII. § 255a Vorführung der Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung
XVIII. § 325 Erneute Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen

1 Der Arbeitskreis dankt der Fritz Thyssen Stiftung für die finanzielle Unterstützung der das Projekt begleitenden internationalen Arbeitstagung (s. Fn 8).

A. Einleitung

Die Beweisaufnahme bildet im Strafverfahren das Kernstück der Hauptverhandlung. Durch sie verschafft sich das Gericht die Informationen, die es für eine gerechte Entscheidung über die Strafsache benötigt. Deshalb ist das Verfahren vom Beginn der Ermittlungen an letztlich auf die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht ausgerichtet: Von Anfang an werden die Informationen und Beweismittel gesammelt, die in der Hauptverhandlung dem Gericht als Beweise präsentiert werden sollen. Die Beweisaufnahme ist jedoch zugleich das aufwändigste Element eines Strafverfahrens, denn sie verbraucht Zeit, Arbeitskraft und finanzielle Mittel. Deshalb sind in jüngerer Zeit in der Praxis und in der Wissenschaft Überlegungen angestellt worden, wie die Beweisaufnahme vereinfacht und beschleunigt werden kann. Eine naheliegende Erwägung geht dahin, die Entscheidung des Gerichts – mit Einverständnis der übrigen Verfahrensbeteiligten – kurzerhand auf das Ergebnis der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zu stützen; wenn dies möglich ist, erspart man sich die Probleme einer formalisierten Beweisaufnahme nach festen Regeln und mit festgelegten Beweismitteln vor dem erkennenden Gericht.

Solchen Überlegungen steht jedoch nach deutschem Verständnis der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Wege, der als Errungenschaft der Strafverfahrensrechtsreformen des 19. Jahrhunderts gilt und allgemein als ein tragendes Grundprinzip des Strafverfahrens verstanden wird.[2] Er ist in den §§ 250 und 261 StPO angesprochen und soll jedenfalls auch der Wahrheitsfindung im Strafprozess dienen. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit bewirkt nämlich eine strikte Trennung zwischen der von der Staatsanwaltschaft gelenkten Beweissammlung im Ermittlungsverfahren einerseits und der Entscheidungsfindung des Gerichts andererseits. So garantiert er eine unabhängige und eigenständige Prüfung des Anklagevorwurfs durch eine neutrale Instanz.

Herkömmlich werden zwei Ausprägungen der strafprozessualen Unmittelbarkeit unterschieden: Die meist so genannte *formelle Unmittelbarkeit* erfordert die eigene Kenntnisnahme sämtlicher dem Urteil zugrunde liegender Beweise durch die Richter des erkennenden Gerichts im Rahmen der Hauptverhandlung (§§ 261, 226 I StPO). Die *materielle Unmittelbarkeit* betrifft die inhaltliche Gestaltung der durch dieses Gericht durchzuführenden Beweisaufnahme.[3] Insoweit ist das erkennende Gericht bei der Wahl der Beweismittel inhaltlich nicht frei, sondern es muss unter mehreren erreichbaren Beweismitteln dasjenige heranziehen und verwenden, das dem Beweisthema sachlich »am nächsten« ist. Innerhalb seines Anwendungsbereichs gibt § 250 StPO nach überwiegendem Verständnis dem Gericht eine Rangfolge von zum selben Beweisthema zur Verfügung stehenden Beweismitteln vor; dem Zeugen- bzw. Sachverständigenbeweis kommt Vorrang vor dem Urkundenbeweis zu (Grundsatz der persönlichen Vernehmung/Vorrang des Personalbeweises).[4] Mit der formellen und der materiellen Unmittelbarkeit

2 Vgl. LR/*Sander/Cirener*, in: Löwe-Rosenberg, StPO und GVG, 26. Aufl., Bd. 6/Teil 1, 2010, § 250 Rn 1; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 46 Rn 3 f.

3 *Pauly*, in: Radtke/Hohmann, StPO, 2011, § 250 Rn 1.

4 Zum Grundsatz der persönlichen Vernehmung BGH NStZ 2012, 585 (586).

der gerichtlichen Beweisaufnahme verbindet sich die Erwartung, mit der persönlichen Anhörung der Beweispersonen Zeuge und Sachverständiger die beste Grundlage für die Würdigung der Zuverlässigkeit sowohl des Bekundeten als auch der bekundenden Person zur Verfügung zu stellen.

Das Unmittelbarkeitsprinzip selbst ist allerdings in jüngerer Zeit von mehreren Seiten her in die Kritik geraten.[5] Einerseits kann es der Verfahrensökonomie widersprechen, denselben Beweis mehrfach zu erheben, zunächst im Ermittlungsverfahren und dann erneut in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht. Andererseits verursacht der Zwang, jedes Beweismittel am Tag der gerichtlichen Hauptverhandlung in originaler Form präsent zu haben, die Gefahr des Beweis- oder Beweismittelverlustes. Eine Verkürzung der Tatsachengrundlage des gerichtlichen Urteils ist nicht ausgeschlossen; eine solche widerspräche jedoch der eigentlich angestrebten Stärkung der Wahrheitsfindung durch die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung. Darüber hinaus werden im Hinblick auf die in jüngerer Zeit durch den Gesetzgeber stärker berücksichtigten Interessen von Tatopfern Bedenken gegen den Grundsatz der materiellen Unmittelbarkeit erhoben. Denn dieser Grundsatz macht es häufig notwendig, den Verletzten (erneut) in der Hauptverhandlung zu vernehmen, was in manchen Fällen mit großen psychischen Belastungen verbunden sein kann.

I. Die Unmittelbarkeit – Grundsatz oder Ausnahme?

Das geltende Recht weist zudem eine erhebliche Anzahl von Relativierungen des Unmittelbarkeitsprinzips auf. Die §§ 247 a, 251–256 StPO enthalten ein breites Spektrum von Ausnahmen, die seit der Einführung der StPO kontinuierlich ausgeweitet worden sind und auf unterschiedlichen Sachgründen beruhen. Zu diesen gehören auch die im vorstehenden Absatz angesprochenen »Schwächen« des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Der wesentliche Grund für die Erosion des Prinzips folgt aber aus der zunehmenden Orientierung des Strafverfahrens an Effizienz und Prozessökonomie. In Zeiten (tatsächlich oder vermeintlich) knapper Justizressourcen wird die aufwändige Wahrheitsermittlung mehr und mehr zugunsten des Interesses an einer »effektiven« Strafrechtspflege in Frage gestellt. Das Aufkommen sowie die »Absicherung« verfahrensbeendender Absprachen zunächst in der höchstrichterlichen Rechtsprechung[6] und anschließend im Gesetz selbst[7] dürfte ebenfalls durch die, u. a. aufgrund der Geltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, als schwerfällig und aufwändig empfundene Sachverhaltsaufklärung in der gerichtlichen Hauptverhandlung mit bedingt sein.

Der Gesetzgeber war bestrebt, einerseits an dem als rechtsstaatliche Errungenschaft empfundenen Unmittelbarkeitsgrundsatz festzuhalten, andererseits den erkannten Schwächen und Defiziten, die bei seiner Anwendung in der gerichtlichen Praxis beobachtet wurden, entgegenzuwirken. Das daraus folgende

5 Etwa *Frister*, in: Weßlau/Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Fezer, 2008, S. 211 ff. und *Weigend*, in: Müller/Sander/Válková (Hrsg.), Festschrift für Eisenberg, 2009, S. 657 ff.

6 BGHSt 43, 195 ff.; BGHSt (GS) 48, 161 ff.

7 Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.9.2009, BGBl. I, 2353 ff.; zur Verfassungsmäßigkeit BVerfG NJW 2013, 1058 ff.

Schwanken des Gesetzgebers hat zur Entstehung eines unsystematischen »Flickenteppichs« aus zahlreichen Ausnahmen von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit geführt. Die Unübersichtlichkeit des Regelungskonzepts führt in der gerichtlichen Praxis immer wieder zu Fehlern bei der Gesetzesanwendung, die zur Aufhebung von Urteilen im Revisionsverfahren nötigen. Durch die auf Verkürzung und Ökonomisierung des Strafprozesses gerichteten neueren Entwicklungen und insbesondere durch die gesetzliche Verankerung der Urteilsabsprachen in § 257 c StPO ist die Diskrepanz zwischen dem Unmittelbarkeitsgrundsatz und der Verfahrensrealität weiter verschärft worden. Wenn Absprachen das Ziel der Verfahrensverkürzung und -vereinfachung erreichen sollen, ist es notwendig, auf eine dem Unmittelbarkeitsprinzip unterworfene Beweisaufnahme ganz oder zum großen Teil zu verzichten. Dadurch entsteht eine erhebliche Diskrepanz zwischen den Fällen, in denen alle Beweise unmittelbar vor Gericht erhoben werden, und den Verfahrenserledigungen durch Absprache des Urteilsinhalts, bei denen keine oder zumindest keine vollständige vom Gericht verantwortete Beweisaufnahme mehr stattfindet.

Diese Zweifelsfragen und Probleme haben den Arbeitskreis dazu veranlasst, den Unmittelbarkeitsgrundsatz in das Zentrum seiner Reformüberlegungen zur Beweisaufnahme zu stellen. Da die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in den meisten europäischen Strafverfahrensordnungen – bei im Einzelnen unterschiedlicher Grundlegung und Ausdeutung – der Sache nach anerkannt ist, lag es für den Arbeitskreis nahe, die Ausgestaltung und Bedeutung der Unmittelbarkeit auch in anderen europäischen Staaten zu untersuchen. Er hat zu diesem Zweck nicht nur – wie es seiner Tradition entspricht – auf die Sachkunde seiner Mitglieder aus Österreich (*Frank Höpfel*) und der Schweiz (*Franz Riklin*) zurückgegriffen, sondern auch in einem internationalen Kolloquium aus erster Hand Informationen aus fünf weiteren europäischen Rechtsordnungen gesammelt. Die Erkenntnisse aus diesem Kolloquium haben die Arbeiten am AE wesentlich gefördert.[8]

II. Leitlinien des Regelungsvorschlags

Der Entwurf beschränkt sich weitgehend auf das materielle Unmittelbarkeitsprinzip in seiner Bedeutung für die gerichtliche Hauptverhandlung. Er versucht eine systematische Regelung zu entwickeln, die in der Praxis ohne große Probleme zu handhaben ist. Die Reformvorschläge sind vorrangig an den menschenrechtlichen und rechtsstaatlichen Anforderungen an die Wahrheitsermittlung im Strafprozess[9] ausgerichtet: Das Gericht soll in der Lage sein, das für die Schuld- und Straffrage relevante tatsächliche Geschehen umfassend aufzuklären, und die Rechte der Verfahrensbeteiligten, insbesondere diejenigen des Angeklagten, sollen dabei gewahrt werden. Die Erfordernisse einer effektiven Strafrechtspflege hat der Arbeitskreis dabei nicht aus den Augen verloren.

8 Mit Referaten haben an dem Kolloquium mitgewirkt die Professorinnen und Professoren *Lorena Bachmaier-Winter* (Universidad Autónoma Madrid), *Marc Groenhuijsen* (Universität Tilburg), *Jocelyne Lebluis-Happe* (Universität Strasbourg), *Daniele Negri* (Universität Florenz) und *Richard Vogler* (Universität Sussex). Die Materialien des Kolloquiums werden in der ZStW Band 126 (2014) Heft 1 gesondert veröffentlicht.

9 Näher dazu *Radtke* GA 2012, 187 ff.

Der Entwurf löst sich von der dem bisherigen Recht zugrunde liegenden Vorstellung, dass die (unmittelbare) Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung über ihre Wahrnehmungen anderen Möglichkeiten der Beweiserhebung darüber (etwa der Vorführung einer Ton-Bild-Aufnahme ihrer früheren Vernehmung durch die Polizei) prinzipiell überlegen ist. Anknüpfend an Überlegungen von *Frister*[10] orientiert sich der Arbeitskreis an folgendem Leitprinzip für die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung: Die bisherige Konzeption des Grundsatzes der Unmittelbarkeit mit ihren zahlreichen Durchbrechungen wird durch ein Konzept ersetzt, das sich an den Regeln über die (strengbeweisliche) Beweiserhebung in der Hauptverhandlung orientiert. Ob die persönliche Vernehmung einer Beweisperson in der Hauptverhandlung erfolgt, bestimmt sich nach der Amtsaufklärungspflicht (§ 244 II StPO) und dem Beweisantragsrecht. Diese Maßstäbe gelten damit auch für die Beurteilung der Ersetzung einer (unmittelbaren) Aussage der Beweisperson durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger früherer Erklärungen (gleich in welcher Form) der Beweisperson.

Erst wenn eine Ersetzung sich nach den Regeln über die Beweisaufnahme als zulässig erweist, stellt sich die Frage, in welcher Form sie erfolgen soll, etwa durch Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung oder durch Vernehmung der früheren Vernehmungsperson. Für diesen Fall gibt der Entwurf eine Rangfolge der Formen vor, die an die Stelle der unmittelbaren Aussage der Beweisperson treten können. Wiederum von dem Ziel der bestmöglichen Wahrheitsermittlung ausgehend ist die Vorführung einer vorhandenen Bild-Ton-Aufzeichnung der Verlesung eines über die frühere Vernehmung gefertigten Protokolls überlegen und daher vorrangig; die Verlesung hat wiederum Vorrang vor der zeugenschaftlichen Vernehmung der früheren Vernehmungsperson (§ 251 AE).[11] Mit der Aufstellung einer solchen Rangfolge von Formen der Ersetzung greift der AE bewusst in die Freiheit des Gerichts bei der Beweisaufnahme ein und gibt eine bestimmte Wertigkeit der Surrogate vor. Das geltende Recht enthält allerdings bereits eine ähnliche Erwägung in § 250 StPO, wo der Vorrang des Personalbeweises vor dem Sachbeweis über dieselben Tatsachen angeordnet wird. Die Ausrichtung des Entwurfs an dieser Leitlinie bedingt auch zahlreiche Änderungen bei den Vorschriften über die Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren.

Ein weiterer für die Gesamtkonzeption bedeutsamer Bestandteil des Entwurfs ist die Berücksichtigung des durch Art. 6 III lit. d) EMRK gewährleisteten Rechts des Beschuldigten auf konfrontative Befragung von (Belastungs-) Zeugen. Mit der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme i. S. des bisherigen Verständnisses steht dieses Recht in engem Zusammenhang: Wenn die Beweisperson in der Hauptverhandlung nicht erscheint und ihre Wahrnehmungen durch Surrogate eingeführt werden, kann der Beschuldigte von seinem Konfrontationsrecht in der Regel keinen Gebrauch machen.[12] Das geltende deutsche Strafverfahrensrecht statuiert

10 *Frister*, FS-Fezer, S. 211.

11 So auch BGHSt 49, 72 (78).

12 Zum Konfrontationsrecht etwa *Jung* GA 2009, 235 ff.; ausführlich *Mahler*, Das Recht des Beschuldigten auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen, 2011; zur Auslegung von Art. 6 III lit. d) EMRK siehe EGMR (Grand Chamber), Al-Khawaja and Tahery v. UK, no. 26766/05 und 22228/06, Urt. v. 15.12.2011.

das Konfrontationsrecht nicht ausdrücklich. Der AE ist bestrebt, die konfrontative Befragung von Zeugen, die den Beschuldigten belasten, in möglichst weitgehendem Umfang zu gewährleisten und an dem extensiven Verständnis des Konfrontationsrechts durch den *EGMR* auszurichten. Die wichtigsten Instrumente hierzu sind die Möglichkeit des Angeklagten, die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung mittels Beweisantrags zu erzwingen, sowie eine Regelung, die die Einführbarkeit einer früheren Aussage eines Zeugen, der nicht befragt werden konnte, im Grundsatz von der Zustimmung des Angeklagten abhängig macht (§ 253 AE).

Weitere den AE prägende Elemente enthalten die in § 252 AE und § 254 AE unterbreiteten Vorschläge. Der AE sieht – in der Sache mit dem bisherigen Recht übereinstimmend – die Unverwertbarkeit früherer Aussagen eines Zeugen vor, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Das gilt unter Abweichung von dem bislang überwiegenden Rechtsverständnis selbst dann, wenn der Zeuge der Verwertung seiner früheren Angaben zustimmt, aber in der Hauptverhandlung nicht aussagt und auch keine Fragen beantwortet. Bei dieser Konstellation kann nämlich die Beweisaufnahme durch den Zeugen manipuliert und so die Wahrheitsfindung beeinträchtigt werden. Das Verwertungsverbot wird durch ein Vorhaltverbot ergänzt. Im Hinblick auf insbesondere bei Nähebeziehungen zwischen Angeklagten und Zeugen nicht ganz seltene Fälle des unzulässigen Drucks auf Zeugen dürfen allerdings als Ausnahme frühere richterliche Zeugenvernehmungen unter Beachtung der vom Entwurf für Surrogate vorgesehenen Rangfolge eingeführt werden. Anderenfalls könnte dem Verfassungsgebot der Wahrheitsermittlung[13] nicht ausreichend Rechnung getragen werden.

Bei der Frage der Einführung früherer Angaben des Beschuldigten stärkt der Entwurf die Selbstbelastungsfreiheit. Angaben des Beschuldigten in früheren Vernehmungen sind nur unter engen Voraussetzungen als Beweismittel verwertbar. Sie dürfen dann als Beweise herangezogen werden, wenn als gesichert gelten kann, dass der Beschuldigte nicht nur sein Schweigerecht kannte, sondern auch wusste, dass seine dennoch erfolgenden Angaben später verwertet werden können. Diese Voraussetzungen sind insbesondere dann gegeben, wenn der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren nach umfassender Belehrung vor einem Richter aussagt, wenn er dies in Anwesenheit eines Verteidigers tut oder wenn er auf den Beistand eines Verteidigers nach Belehrung ausdrücklich verzichtet hat. Darüber hinaus unterbreitet der Arbeitskreis in § 254 AE einen Regelungsvorschlag zum Vorhalt früherer Angaben des Angeklagten. Dadurch soll der in seiner Rechtsnatur bislang kontrovers beurteilte Vorhalt (Vernehmungsbehelf oder Urkundenbeweis?)[14] erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erhalten. Dem Angeklagten gegenüber darf der Vorhalt selbst dann erfolgen, wenn die Angaben nicht zu Beweiszwecken in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürften. Dritten Personen (Zeugen, Sachverständigen) gegenüber ist jedoch nur der Vorhalt solcher Angaben des Angeklagten gestattet, die auch zu Beweiszwecken verwertet werden dürfen.

13 Vgl. BVerfGE 57, 250 (275); 100, 313 (389); 106, 26 (48); 118, 212 (231).
14 Vgl. *Pauly*, in: Radtke/Hohmann, § 249 Rn 39 f. m. w. N.

Für die Umsetzung der vorstehend skizzierten Leitlinien des AE-Beweisaufnahme bedarf es einer Anzahl von Folgeänderungen, namentlich im Bereich der Bild-Ton-Aufzeichnung von Vernehmungen sowie deren Einführung in die Hauptverhandlung. Hier zielt der Entwurf darauf ab, Unklarheiten und Widersprüche im geltenden Recht zu beseitigen. Eine ausdrückliche Regelung erhält der bislang nicht geregelte Freibeweis.

Der Entwurf beschränkt sich auf Vorschläge zur Neugestaltung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht. Er ist damit ein weiterer Baustein in dem Versuch des Arbeitskreises, nach und nach für alle zentralen Bereiche des Strafverfahrens aufeinander abgestimmte Vorschläge zu entwickeln. Dazu zählen die Alternativ-Entwürfe »Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung« (AE-NÖV, 1980), »Reform der Hauptverhandlung« (1985), »Wiedergutmachung« (AE-WGM, 1992), »Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit« (AE-ZVR, 1996) und »Reform des Ermittlungsverfahrens« (AE-EV, 2001), ferner der Alternativ-Entwurf »Strafjustiz und Medien« (AE-StuM, 2004). Die im Zusammenhang des vorliegenden AE-Beweisaufnahme ebenfalls bereits diskutierten Fragen eines Verfahrens ohne (vollständige) mündliche Hauptverhandlung[15] sind einer späteren Behandlung vorbehalten worden.

B. Gesetzestext: Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme

Änderungen der Strafprozessordnung

§ 52 Richterliche Vernehmung bei Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen

(1) bis (3) unverändert.

(4) Bei der richterlichen Vernehmung eines nach Absatz 1 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren oder im Verfahren über die Eröffnung des Hauptverfahrens oder durch einen beauftragten oder ersuchten Richter im Hauptverfahren ist der Zeuge auch darüber zu belehren, dass seine Aussage bei späterer Zeugnisverweigerung in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf (§ 251).

(5) § 168c findet auch bei einer Vernehmung nach Absatz 4 Anwendung.

§ 58a Audiovisuelle Aufzeichnung von Zeugenaussagen

(1) Satz 1 bleibt unverändert. Die nachfolgenden Sätze erhalten folgende Fassung:

15 Diskutiert wurde ein »pre-trial hearing«, das die Möglichkeit schaffen soll, den Verfahrensstoff der Hauptverhandlung auf diejenigen Umstände zu beschränken, die nach der (vorläufigen) Einschätzung des Gerichts und der übrigen Verfahrensbeteiligten beweisbedürftig sind. Übereinstimmend als gegeben anerkannte Tatsachen bedürften dann keiner Beweiserhebung. Anders als bei der Verständigung nach § 257c StPO sollen sich solche Vereinbarungen über den Bereich des Unstreitigen nicht auf die Sanktionsbemessung beziehen. Siehe zu solchen und anderen Überlegungen zur Verfahrensvereinfachung unter Beibehaltung des Grundsatzes der Wahrheitserforschung *Radtke*, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren. Loccumer Protokolle. 9/2011, S. 131 ff.

[2]Sie soll nach Würdigung der dafür jeweils maßgeblichen Umstände aufgezeichnet werden und als richterliche Vernehmung erfolgen, wenn damit die schutzwürdigen Interessen von Personen unter 18 Jahren sowie von Personen, die als Kinder oder Jugendliche durch eine Straftat verletzt worden sind, besser gewahrt werden können. [3]Sie ist aufzuzeichnen, wenn anzunehmen ist, dass der Zeuge im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht vernommen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

Nach Absatz 1 wird ein neuer Absatz 2 eingefügt.

(2) [1]Wer die Vernehmung durchgeführt hat, erklärt am Ende der Vernehmung, dass die Aufzeichnung die Vernehmung vollständig und richtig wiedergibt. [2]Er erklärt ferner, ob und mit welchem Inhalt außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung mit den Zeugen verfahrensbezogene Gespräche über den Gegenstand der Vernehmung geführt wurden. [3]Der Zeuge muss Gelegenheit erhalten, sich hierzu zu erklären.

Die bisherigen Absätze 2 und 3 werden die Absätze 3 und 4. Nach Absatz 4 wird ein neuer Absatz 5 eingefügt.

(5) [1]Für die Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung sind Absatz 1 Satz 1, Absatz 3 und Absatz 4 anzuwenden. [2]Die Vernehmung ist aufzuzeichnen, wenn anzunehmen ist, dass der Zeuge in einer weiteren Hauptverhandlung nicht vernommen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

§ 136 Audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen

(1) bis (3) unverändert.

(4) [1]Die Vernehmung des Beschuldigten kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. [2]Sie soll aufgezeichnet werden, wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird. [3]Sie ist aufzuzeichnen, wenn der Beschuldigte dies beantragt; über sein Antragsrecht ist der Beschuldigte zu belehren. [4]§ 58a Abs. 2 bis 4 sowie § 58b gelten entsprechend.

(5) Der Beschuldigte ist bei Beginn der ersten Vernehmung auch darüber zu belehren, dass seine Äußerungen zum Zweck der Beweiserhebung in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.

§ 163a Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beschuldigtenvernehmung

(1) Satz 2 wird gestrichen. Nach Absatz 1 wird ein neuer Absatz 1a eingefügt.

(1a) [1]In geeigneten Fällen soll dem Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren Gelegenheit gegeben werden, Zeugen und Mitbeschuldigte zu befragen. [2]Dem Beschuldigten ist eine solche Gelegenheit zu gewähren, sofern zu erwarten ist, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung für eine Befragung nicht zur Verfügung stehen wird. [3]Für die Befragung ist dem Beschuldigten ein Verteidiger zu bestellen, soweit die Verteidigung nach § 140 notwendig ist; dasselbe gilt, wenn der Beschuldigte von der Vernehmung des Zeugen oder Mitbeschuldigten nach § 168c Abs. 3 oder aus einem anderen Grund ausgeschlossen ist.

(2) unverändert.

(3) Satz 2 erhält folgende Fassung:

[2]Die §§ 133 bis 135, 136 Abs. 1 bis 4, §§ 136a, 168c Abs. 1 und 5 gelten entsprechend.

(4) Satz 2 erhält folgende Fassung:

[2]Im Übrigen sind bei der Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes § 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2 bis 4 und § 136a anzuwenden.

(5) Ist bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend oder wird diese auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet, so gilt § 136 Abs. 5 entsprechend.

§ 222 Namhaftmachung der Zeugen und Sachverständigen

(1) und (2) unverändert.

(3) [1]Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für Zeugen und Sachverständige, deren Vernehmung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 ersetzt werden soll. [2]Eine beabsichtigte Ersetzung hat das Gericht der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten rechtzeitig mitzuteilen. [3]Die Mitteilung lässt deren Rechte aus § 214 Abs. 3 und den §§ 219, 220 unberührt. [4]Hat der Angeklagte keinen Verteidiger, so ist er zu befragen, ob er die Ladung des betreffenden Zeugen oder Sachverständigen zur Hauptverhandlung verlangen will. [5]§ 250 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 244 Umfang der Beweisaufnahme

Nach Absatz 2 wird ein neuer Absatz 2a eingefügt:

(2a) Soweit Tatsachen nicht die Schuld des Angeklagten, die Verhängung von Strafen und Maßnahmen oder die Anwendung verbotener Ermittlungsmethoden, insbesondere von Verstößen gegen § 136a betreffen, ist das Gericht nicht auf die im Gesetz ausdrücklich genannten Beweismittel beschränkt und sind die Absätze 3 bis 6 sowie § 245 nicht anzuwenden.

§ 246 Verspätete Beweisanträge

An § 246 Abs. 2 wird als Satz 2 angefügt:

[2]Dies gilt auch, wenn die persönliche Vernehmung des betreffenden Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 ersetzt werden soll.

§ 247 Ausschluss des Angeklagten

Der bisherige Satz 2 wird aufgehoben. Die Sätze 3 und 4 werden die Sätze 2 und 3. Die Sätze 1 und 2 erhalten folgende Fassung:

[1]Das Gericht kann anordnen, dass sich der Angeklagte während der Vernehmung eines Mitangeklagten aus dem Sitzungszimmer entfernt, wenn anzunehmen ist, dass sich der Mitangeklagte nur in Abwesenheit des Angeklagten äußern wird. [2]Das Gericht kann für die Dauer von Erörterungen über den Zustand des

Angeklagten und die Behandlungsaussichten die Entfernung des Angeklagten anordnen, wenn ein erheblicher Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

§ 247a Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung

(1) [1]Sind der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Verteidiger damit einverstanden, so kann die Vernehmung eines Mitangeklagten, Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung mittels audiovisueller Übertragung durchgeführt werden. [2]Dafür wird die Aussage der sich an einem anderen Ort aufhaltenden vernommenen Person zeitgleich in Bild und Ton in das Sitzungszimmer übertragen.

(2) Ohne das Einverständnis der in Satz 1 genannten Beteiligten kann das Gericht die Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung beschließen, wenn

1. bei der Vernehmung eines Zeugen zu befürchten ist, dass er die Wahrheit in Gegenwart des Angeklagten nicht sagen wird;
2. bei einer Vernehmung eines Zeugen in Gegenwart des Angeklagten ein erheblicher, auch unter Berücksichtigung der Bedeutung der Aussage nicht zumutbarer Nachteil für das Wohl des Zeugen zu befürchten ist;
3. dem Erscheinen eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen;
4. einem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann.

(3) Besteht Anlass zu der Besorgnis, dass durch die Offenbarung der Identität eines Zeugen Leben, Leib oder Freiheit des Zeugen oder einer anderen Person gefährdet werden, darf die Übertragung auf Anordnung des Gerichts technisch auf eine Weise verfremdet werden, die das Wiedererkennen des Zeugen verhindert oder wesentlich erschwert.

(4) Sofern im Fall des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 1 die Gefahr für die Wahrheitsfindung oder im Fall des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 2 die Gefahr für das Wohl eines Zeugen durch die Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung nicht abgewendet werden kann, kann das Gericht stattdessen die auf Bild-Ton-Träger aufzuzeichnende Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter anordnen und einen Antrag auf Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung ablehnen.

Der bisherige Absatz 2 wird aufgehoben.

§ 249 Verlesung von Schriftstücken

In Absatz 1 wird Satz 2 gestrichen.

(2) In Absatz 2 entfallen die Worte »§ 253 und«.

§ 249a Vorführung von Bild-Ton-Träger-Aufzeichnungen

(1) [1]Der Beweis über eine auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnete Vernehmung wird in der Hauptverhandlung durch Vorführung der Aufzeichnung erhoben. [2]Alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit müssen Gelegenheit erhalten, die Bild-Ton-Aufzeichnung optisch und akustisch wahrzunehmen.

(2) Von der Vorführung der Aufzeichnung kann unter den in § 249 Abs. 2 genannten Voraussetzungen abgesehen werden.

§ 250 Ersetzung einer Vernehmung

(1) [1]Soweit es nicht möglich oder zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist, einen Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu vernehmen, kann die Vernehmung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der betreffenden Person ersetzt werden. [2]Die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und der Verteidiger können sowohl zur Bestätigung als auch zur Widerlegung einer in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen beantragen. [3]Insoweit gilt das Beweisantragsrecht mit der Maßgabe, dass § 244 Abs. 4 und 5, § 384 Abs. 3 und § 420 Abs. 4 nicht anzuwenden sind.

(2) [1]Hat der Angeklagte keinen Verteidiger, so belehrt ihn der Vorsitzende über sein Recht, zur Bestätigung oder Widerlegung einer in einer früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen zu beantragen. [2]Soweit dies erforderlich ist, erläutert er die Bedeutung eines solchen Antrags für das Konfrontationsrecht des Angeklagten (§ 253).

§ 251 Art und Weise der Ersetzung durch eine frühere Aussage

(1) Bei der Ersetzung einer Vernehmung durch eine frühere Aussage nach § 250 Abs. 1 Satz 1 ist von mehreren für die Einführung in die Hauptverhandlung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten in folgender Rangfolge Gebrauch zu machen:

1. Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Aussage (§ 249a);
2. Verlesung einer Niederschrift über die frühere Aussage (§ 249);
3. Vernehmung einer anderen Person über den Inhalt der früheren Aussage.

(2) [1]Mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten und seines Verteidigers kann eine nachrangige Form der Einführung verwendet werden, wenn dies zur Erforschung der Wahrheit ausreicht. [2]Die ergänzende Verwendung einer nachrangigen Form ist stets zulässig.

§ 252 Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung nach früherer Aussage

(1) [1]Die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis nach § 52 zu verweigern, Gebrauch macht, darf nicht durch die Einführung einer früheren Aussage des Zeugen ersetzt werden. [2]Dies gilt auch dann, wenn der Zeuge einer solchen Ersetzung zustimmt. [3]Die Aussage darf auch anderen Personen nicht vorgehalten werden.

(2) Ist der zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigte Zeuge nach § 52 Abs. 4 richterlich vernommen worden, so darf das Ergebnis dieser Vernehmung nach Maßgabe des § 251 in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

§ 253 Verletzung des Konfrontationsrechts

(1) Hatte im bisherigen Verfahren weder der Angeklagte noch sein Verteidiger Gelegenheit, einen Zeugen zu befragen, und können sie eine solche auch durch einen Beweisantrag nach § 250 Abs. 1 Satz 2 nicht erlangen, so dürfen frühere Aussagen oder sonstige schriftliche oder mündliche Erklärungen des Zeugen zum Zweck der Beweiserhebung oder des Vorhalts nur mit Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

(2) [1]Der Zustimmung bedarf es nicht, wenn der Angeklagte oder eine nicht gegen seinen Willen handelnde Person den Zeugen für den Fall einer belastenden Aussage bedroht.

(3) [1]Der Zustimmung bedarf es auch nicht, wenn im bisherigen Verfahren Gelegenheit zur Befragung des Zeugen nicht gegeben werden konnte oder dazu kein Anlass bestand, weil zu erwarten war, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung für eine Befragung zur Verfügung steht. [2]Jedoch dürfen die Angaben des Zeugen in diesen Fällen nicht als alleinige oder maßgebliche Grundlage eines Urteils verwertet werden.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten für Sachverständige und Mitangeklagte entsprechend.

§ 254 Einführung früherer Angaben des Angeklagten

(1) [1]Angaben, die der Angeklagte bei einer früheren Vernehmung in einem Strafverfahren gemacht hat, dürfen zum Zweck der Beweiserhebung in der Regel nur mit seiner Zustimmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. [2]Ohne Zustimmung des Angeklagten dürfen sie in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn

1. die Vernehmung durch einen Richter durchgeführt wurde;
2. bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war;
3. der Angeklagte vor der Vernehmung auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat und von der Vernehmung eine Bild-Ton-Aufzeichnung angefertigt wurde.

[3]In den Fällen des Satzes 2 ist die Einführung nur zulässig, wenn der Angeklagte vor Beginn der Vernehmung über die Möglichkeit der späteren Verwendung in der Hauptverhandlung belehrt worden ist. [4]Die Einführung erfolgt gemäß § 251; in dem Fall von Satz 2 Nr. 3 darf jedoch nur die Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung zum Zweck der Beweiserhebung verwendet werden.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 sind das Mittel der Einführung der früheren Aussage sowie ihr Grund auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten in das Protokoll aufzunehmen.

(3) [1]Hat der Angeklagte zur Sache ausgesagt, so dürfen ihm frühere Angaben auch dann vorgehalten werden, wenn sie nach Absatz 1 zum Zweck der Beweiserhebung nicht eingeführt werden dürfen. [2]Ein solcher Vorhalt darf nicht durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung erfolgen. [3]Anderen Personen dürfen Angaben des Angeklagten, die zum Zweck der Beweiserhebung nicht eingeführt werden dürfen, nicht vorgehalten werden.

§ 255a Vorführung der Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung

Die Vorschrift wird aufgehoben.

§ 325 Erneute Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen

[1]Soweit das Gericht die in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs vernommenen Zeugen oder Sachverständigen nicht erneut geladen hat, ist ein Antrag nach § 250 Abs. 1 Satz 2 nur zulässig, wenn die Ladung der Zeugen oder Sachverständigen rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt worden war. [2]Im Übrigen gelten für die Einführung der in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs gemachten Aussagen die allgemeinen Vorschriften.

C. Begründung: Allgemeiner Teil – Gesamtkonzeption

I. Entwicklung und Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts

Mit dem Kernvorschlag der Umgestaltung der Regelungen über die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung reagiert der Entwurf auf eine Entwicklung, die bereits vor 30 Jahren als »Niedergang des Prinzips der unmittelbaren Zeugenvernehmung« beschrieben wurde.[16] Die Konzeption der Reichsstrafprozeßordnung (RStPO) von 1877, nach der im Grundsatz alle Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung persönlich zu vernehmen waren und nur in wenigen Fällen Niederschriften über eine frühere Vernehmung verlesen werden durften, ist – wie in der Einleitung angesprochen – inzwischen durch so viele Ausnahmen relativiert worden, dass die noch auf ein striktes Verständnis des Unmittelbarkeitsprinzips zugeschnittene Struktur der §§ 250–256 StPO zu dem sachlichen Gehalt dieser Regelungen nicht mehr passt.[17] Der vorgeschlagene Rückgriff auf die 1877 in ihrer heutigen Form noch nicht zur Verfügung stehenden[18] allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme soll die gesetzliche Regelung vereinfachen und den nach wie vor notwendigen Schutz des Angeklagten vor den Gefahren einer lediglich mittelbaren Beweiserhebung im Ergebnis sogar besser gewährleisten als das geltende Recht.

Die RStPO von 1877 verlangte grundsätzlich die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung und gestattete nur in engen Grenzen die Verlesung richter-

16 Vgl. den programmatischen Titel des Beitrags von *Grünwald*, in: Hanack/Rieß/Wendisch (Hrsg.), Festschrift für Dünnebier, 1982, S. 347 ff.

17 Vgl. dazu *Rieß*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Festschrift für Maiwald, 2010, S. 661 ff.

18 Das Beweisantragsrecht und das ihm zugrundeliegende Beweisantizipationsverbot sind erst in der Rechtsprechung des RG entwickelt und durch das Gesetz v. 28.6.1935 (RGBl. I, 844) kodifiziert worden; vgl. zu dessen Entwicklung im einzelnen SK-*Frister*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, 4. Aufl., Bd. 4, 2011, § 244 Rn 1 ff. m. w. N.

licher Protokolle. Ohne weitere Voraussetzungen war deren Verlesung nur zulässig, wenn der Zeuge, Sachverständige oder Mitbeschuldigte verstorben, in Geisteskrankheit verfallen oder sein Aufenthalt nicht zu ermitteln war (§ 250 I RStPO). Standen dem Erscheinen in der Hauptverhandlung andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegen oder war es wegen großer Entfernung besonders erschwert, hing die Verlesbarkeit zusätzlich davon ab, dass der Angeklagte rechtzeitig von der betreffenden Vernehmung benachrichtigt worden war (§ 250 II RStPO). Darüber hinaus gehende Verlesungsmöglichkeiten sah die RStPO 1877 nicht vor. Sie ermöglichte insbesondere keine Verlesung im Einverständnis mit den Verfahrensbeteiligten und – vor allem – keinerlei Verlesung der Niederschriften nichtrichterlicher Vernehmungen. Letztere durften selbst dann nicht in der Hauptverhandlung verlesen werden, wenn der vernommene Zeuge inzwischen verstorben war.

Diese sehr restriktive Regelung der Verlesungsmöglichkeiten beruhte nicht nur auf der Überzeugung, dass die persönliche Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitangeklagten in der Hauptverhandlung dem erkennenden Gericht die beste Grundlage für die Würdigung der betreffenden Aussage biete und insofern der materiellen Wahrheitserforschung diene. Ihr lag vor allem der Gedanke zugrunde, einen Transfer der im Ermittlungsverfahren erzielten Vernehmungsergebnisse in die Hauptverhandlung zu verhindern.[19] Zum Schutz des Beschuldigten und zur Wahrung der öffentlichen Kontrolle des Strafverfahrens sollte eine strafrechtliche Verurteilung grundsätzlich nur aufgrund von Vernehmungen möglich sein, die in einer kontradiktorischen öffentlichen Verhandlung durchgeführt wurden. Die Ergebnisse von nicht unter den Augen der Öffentlichkeit und bei der Staatsanwaltschaft und der Polizei auch ohne Beteiligung des Beschuldigten stattfindenden Vernehmungen sollten keine strafrechtliche Verurteilung ermöglichen.

Um den Transfer von Vernehmungsergebnissen des Ermittlungsverfahrens in die Hauptverhandlung wirklich zu verhindern, hätte allerdings nicht nur die Verlesung von Vernehmungsniederschriften, sondern auch jede andere Form der Einführung von Vernehmungsergebnissen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung untersagt werden müssen. Bereits der Gesetzgeber des Jahres 1877 hat dies jedoch nicht getan und damit – gewollt oder ungewollt[20] – die Möglichkeit eröffnet, die Ergebnisse früherer Vernehmungen auf dem Umweg einer Zeugenaussage der jeweiligen Vernehmungspersonen in die Hauptverhandlung einzuführen. Von dieser nach dem Grundgedanken des Gesetzes fragwürdigen,[21] aber durch dessen Wortlaut nicht ausgeschlossenen Möglichkeit hat die Praxis alsbald Gebrauch gemacht. Die Rechtsprechung stellte sich schon früh auf den Standpunkt, dass die §§ 250–256 StPO nur einen Vorrang des Personalbeweises

19 Vgl. dazu eingehend SK-*Velten*, Bd. 5, 2012, Vor §§ 250 ff. Rn 7 ff.

20 Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich insoweit kein eindeutiges Bild. Einige Kommissionsmitglieder hielten die Einführung von Vernehmungsergebnissen durch eine Zeugenaussage der Vernehmungsbeamten ungeachtet der Verlesungsverbote für zulässig, während andere betonten, dass die Verlesungsverbote nicht auf diesem Wege umgangen werden dürften (vgl. die Nachweise bei SK-*Velten*, § 250 Rn 1).

21 Vgl. zur Kritik *Grünwald*, FS-Dünnebier, S. 347 (352 ff.); SK-*Velten*, Vor §§ 250 ff. Rn 28 f.

vor dem Urkundenbeweis begründeten[22] und die Ersetzung der persönlichen Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung durch die Zeugenaussage einer Vernehmungsperson über den Inhalt der früheren Aussage nicht nach diesen Vorschriften, sondern danach zu beurteilen sei, ob und inwieweit die persönliche Vernehmung im konkreten Fall zur Wahrheitserforschung erforderlich ist.[23]

Die Praxis hat damit die Frage, ob die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen ersetzt werden kann, von Anfang an nach zwei unterschiedlichen Regelungssystemen beurteilt. Wurde die frühere Aussage durch die Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten in die Hauptverhandlung eingeführt, so galten hinsichtlich des Erfordernisses der persönlichen Vernehmung die allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme, d. h. das Gericht und die Verfahrensbeteiligten entschieden im Einzelfall, ob sie eine persönliche Vernehmung anordnen bzw. einen auf eine solche Vernehmung gerichteten Beweisantrag stellen wollten. Sollte die gleiche Aussage dagegen durch die Verlesung der Niederschrift über die Vernehmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden, galten die starren Regeln der §§ 250–256 StPO, die zunächst nicht nur die Verlesung nichtrichterlicher Niederschriften generell ausschlossen, sondern den Verfahrensbeteiligten auch keine Möglichkeit eröffneten, im allseitigen Einverständnis auf die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung zu verzichten.

Der ursprünglich gravierende Unterschied dieser beiden Regelungssysteme hat sich allerdings im Laufe der weiteren Entwicklung durch Änderungen der §§ 250–256 StPO erheblich relativiert. Der nationalsozialistische Gesetzgeber ließ für die heute in § 251 I Nr. 2 StPO geregelten Fälle erstmals die Verlesung von Niederschriften nichtrichterlicher Vernehmungen zu und eröffnete zugleich den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, über den Grundsatz der persönlichen Vernehmung insoweit zu disponieren, als nunmehr die Niederschriften richterlicher Vernehmungen im allseitigen Einverständnis stets verlesen werden konnten (heute § 251 II Nr. 3 StPO).[24] Nach dem Ende des Nationalsozialismus wurden diese Regelungen zunächst weitgehend unverändert übernommen.[25] Später hat der Gesetzgeber die Möglichkeit der Verfahrensbeteiligten, über den Grundsatz der persönlichen Vernehmung zu disponieren, bei einem verteidigten Angeklagten auf die Niederschriften nichtrichterlicher Vernehmung und sonstige schriftliche Erklärungen ausgedehnt (heute § 251 I Nr. 1 StPO)[26] und schließlich durch die Einfügung des § 251 I Nr. 3 StPO sowie die Erweiterung des § 256 StPO dem Gericht zusätzliche Möglichkeiten eröffnet, die persönliche Vernehmung ggf. auch ohne die Zustimmung der anderen Verfahrensbeteiligten durch schriftliche Erklärungen zu ersetzen.[27]

22 Siehe nur LR-*Sander/Cirener*, § 250 Rn 1 und 23 f. m. w. N.

23 Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung insbesondere RGSt 5, 142 ff.; 48, 246 f.; BGHSt 6, 209 ff.

24 Vgl. Art. 4 der 3. Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege v. 29.5.1943 (RGBl. I, 342).

25 Vgl. das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts v. 12.9.1950 (BGBl. I, 455).

26 Vgl. das Strafverfahrensänderungsgesetz v. 27.1.1987 (BGBl. I, 475).

27 Vgl. das 1. Justizmodernisierungsgesetz v. 24.8.2004 (BGBl. I, 2198), das u. a. die Möglichkeit geschaffen hat, Protokolle über sonstige, nicht in einer Vernehmung bestehende Ermittlungshandlungen der Strafverfolgungsbehörden (z. B. über einer Spurensicherung) zu verlesen und dadurch die persönliche

Ungeachtet dieser erheblichen Umgestaltung des Systems der §§ 250–256 StPO ist es bis heute dabei geblieben, dass die Frage, ob die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen ersetzt werden kann, im Grundsatz nach zwei unterschiedlichen Regelungssystemen beurteilt wird. Während bei der Einführung einer früheren Aussage durch die Zeugenaussage des betreffenden Vernehmungsbeamten die allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme angewandt werden, gilt für die Verlesung von Urkunden und – seit der Einfügung des § 255a I StPO[28] – im Wesentlichen auch für die Vorführung von Bild-Ton-Aufzeichnungen das aufgrund der enumerativen Aufzählung der Verlesungs- bzw. Vorführmöglichkeiten kompliziertere und für das Gericht schwerer zu handhabende System der §§ 250–256 StPO. In Anbetracht der Tatsache, dass es um die Ersetzung der persönlichen Vernehmung durch die Einführung der gleichen Aussage durch Surrogate der Vernehmung geht, ist diese unterschiedliche Behandlung nicht zu rechtfertigen.

Eine vergleichbare Ungereimtheit besteht auch bei den Vorschriften der §§ 252, 254 StPO, die keine Ausnahmen von dem in § 250 StPO kodifizierten Gebot persönlicher Vernehmung enthalten, sondern die unabhängig von diesem Gebot regelungsbedürftige Frage betreffen, ob und inwieweit das Zeugnisverweigerungsrecht eines Zeugen bzw. das Schweigerecht des Angeklagten der Einführung des Inhalts früherer Aussagen in die Hauptverhandlung entgegensteht. Beide Vorschriften werden von der Rechtsprechung so ausgelegt, dass die Einführung bestimmter früherer Aussagen nur durch die Zeugenaussage der früheren Vernehmungsperson, nicht aber durch die Verlesung der Vernehmungsniederschrift oder die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung in die Hauptverhandlung eingeführt werden können.

Bei der Regelung des § 252 StPO betrifft dies die früheren Aussagen des Zeugnisverweigerungsberechtigten bei einer *richterlichen* Vernehmung. Obwohl der *BGH* den § 252 StPO im Grundsatz nicht nur als Verlesungs–, sondern als Verwertungsverbot interpretiert,[29] dürfen diese Aussagen nach ständiger Rechtsprechung durch eine Zeugenaussage des vormals vernehmenden Richters in die Hauptverhandlung eingeführt werden,[30] während eine Verlesung der richterlichen Vernehmungsniederschrift und die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung aufgrund des insoweit unmissverständlichen Wortlauts der §§ 252, 255a I StPO allgemein als unzulässig angesehen wird. Der *BGH* hat selbst darauf hingewiesen, dass es ungereimt ist, ausgerechnet die besonders zuverlässige Wiedergabe der früheren Aussage durch eine Bild-Ton-Aufzeichnung auszuschließen, hat aber innerhalb des geltenden Rechts keine Möglichkeit gesehen, den insoweit bestehenden Wertungswiderspruch zu beseitigen. Die Korrektur müsse »dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben«.[31]

Vernehmung des betreffenden Ermittlungsbeamten zu ersetzen; dazu kritisch etwa *Knauer/Wolf* NJW 2004, 2932 (2934 ff.).

28 Durch das Zeugenschutzgesetz v. 30.4.1998 (BGBl. I, 820 ff.).

29 Die gegenteilige ständige Rechtsprechung des RG (vgl. etwa RGSt 70, 6) wurde in BGHSt 2, 99 (100 ff.) aufgegeben.

30 BGHSt 2, 99 (105 ff.); 49, 72 (76 ff.) m. w. N.

31 BGHSt 49, 72 (79).

Bei der Regelung des § 254 StPO tritt die Problematik hingegen bei den früheren Aussagen des Beschuldigten bei einer *nichtrichterlichen* Vernehmung auf. Die Rechtsprechung interpretiert die Vorschrift im Gegensatz zu § 252 StPO nicht als Verwertungsverbot, so dass die Inhalte von früheren Aussagen des Beschuldigten bei einer nichtrichterlichen Vernehmung, die aufgrund des unmissverständlichen Wortlauts der §§ 254, 255a I StPO weder durch Verlesung der Vernehmungsniederschrift noch durch Vorführen einer Bild-Ton-Aufzeichnung in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen, über die Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten im Ergebnis doch Eingang in die Hauptverhandlung finden und bei der Urteilsfindung verwertet werden können. Da das Ermittlungsverfahren regelmäßig bereits mehrere Monate zurückliegt, stellt sich dabei allerdings typischerweise das Problem, dass sich die Verhörsperson nicht mehr – oder zumindest nicht mehr genau – an die früher protokollierte Aussage erinnern kann.

Die Vernehmung läuft daher für gewöhnlich folgendermaßen ab: Zunächst wird der Zeuge befragt, was er noch aus seiner unmittelbaren Erinnerung sagen könne. Danach erfolgt ein Vorhalt aus dem Protokoll. Nun liegt es letztlich an der Präzision, aber auch der Verlässlichkeit und Integrität des Beamten, ob er sich nur darauf beruft, er habe damals richtig protokolliert. Dies reicht nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH*[32] für eine Verwertbarkeit der protokollierten Aussage gerade nicht aus, weil nur das verwertbar ist, was die Verhörsperson in der Hauptverhandlung aus ihrer – wenn auch durch den Vorhalt aufgefrischten – eigenen Erinnerung bekundet.[33] Gibt die Verhörsperson jedoch an, sich nach dem Vorhalt nun wieder an die Aussage erinnern zu können und dass diese genauso verlaufen sei wie die Niederschrift es ergebe, so ist die protokollierte Aussage im Ergebnis verwertbar, obwohl schon dem *RG*[34] bewusst war, dass die Aussage der Verhörsperson in einem solchen Fall nur noch eine »*Reproduktion des Inhalts dieses Protokolls*« darstellt.[35]

Die nach dem geltenden Recht bestehende Notwendigkeit, frühere Aussagen des Beschuldigten bei nichtrichterlichen Vernehmungen durch die Vernehmung der Verhörperson in die Hauptverhandlung einzuführen, führt im Übrigen dazu, dass in der Praxis regelmäßig *Ladungen von nichtrichterlichen Vernehmungsbeamten*, meist solchen des Polizeidienstes, zur Hauptverhandlung nötig sind, weil das Geständnis vor dem (Ermittlungs-) Richter in Fällen kleinerer und mittlerer Kriminalität eine Ausnahme ist.[36] Oft werden die dann zu ladenden Ermittlungsbeamten letztlich als Zeugen aber doch nicht benötigt, weil der Angeklagte aufgrund des Verlaufs der Hauptverhandlung ein Geständnis ablegt, der Verhandlung fernbleibt oder das Verfahren vom Gericht aus anderen Gründen kurzfristig unterbrochen werden muss. Folge ist, dass die Beamten unnötigerweise von ihrem Dienst ferngehalten werden und zusätzliche Kosten entstehen. Auch aus diesem Grund erscheint die Regelung des § 254 StPO reformbedürftig.

32 BGHSt 1, 337 (339); noch deutlicher BGHSt 14, 310 (311 ff.).

33 Vgl. nur *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 8. Aufl. 2013, Rn 883.

34 RGSt 8, 122 (123).

35 *Bohlander* NStZ 1998, 396 (397).

36 Hierzu ausführlich *Jahn*, in: Zöller/Hilger/Küper/Roxin (Hrsg.), Festschrift für Wolter, 2013, S. 968 ff.

II. Grundlinien des Vorschlags

Der Entwurf geht auf der Grundlage der Analyse der Schwächen des bisherigen Rechts davon aus, dass über die Frage, ob und inwieweit die persönliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in die Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der betreffenden Person ersetzt werden darf, nach einheitlichen, für alle Formen der Ersetzung geltenden Regeln entschieden werden sollte. Erst wenn nach diesen Regeln die Ersetzung zulässig ist, stellt sich die Frage, ob eine frühere Aussage durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung, die Verlesung der Vernehmungsniederschrift oder die Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten in die Hauptverhandlung einzuführen ist. Hierzu enthält der Entwurf deshalb eine gesonderte Regelung.

1. Ersetzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung nach Maßgabe der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme

Es soll grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme darüber entschieden werden, ob die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen ersetzt werden kann. Diesem Vorschlag liegt die Überlegung zugrunde, dass die Aussage einer Person über ein von ihr wahrgenommenes Geschehen keine Konstante ist, sondern aufgrund nachlassender Erinnerung, aber auch anderer Faktoren wie etwa der Art und Weise der Befragung oder einer unterschiedlichen Aussagebereitschaft Veränderungen unterliegt. Die Vernehmung in der Hauptverhandlung und die Wiedergabe einer früheren Aussage sind deshalb nicht lediglich unterschiedliche Formen der Erhebung des gleichen Beweises, sondern liefern mit der früheren und der gegenwärtigen Aussage dem Gericht zwei voneinander zu unterscheidende Indizien für das von der Person wahrgenommene Geschehen,[37] die beide – allein oder nebeneinander[38] – für die Überzeugungsbildung des Gerichts von Bedeutung sein können.

Dementsprechend lässt sich eine generelle Überlegenheit der Vernehmung in der Hauptverhandlung gegenüber der Einführung früherer Aussagen unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitserforschung nicht begründen. Zwar hat die Vernehmung in der Hauptverhandlung den unbestreitbaren Vorteil, dass das erkennende Gericht einen eigenen Eindruck von der Person erhält und diese umfassend befragen kann. Aber dem steht als gravierender Nachteil die Tatsache gegenüber, dass die Erinnerung einer Person an ein von ihr wahrgenommenes Geschehen mit der

37 Entgegen einem noch immer verbreiteten Sprachgebrauch haben auch Aussagen von Zeugen und Sachverständigen für die richterliche Beweiswürdigung stets nur indizielle Bedeutung; vgl. dazu *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, S. 85 ff.

38 Die breiteste und damit zugleich beste Grundlage für seine Überzeugungsbildung erhält das Gericht, wenn es eine Person in der Hauptverhandlung vernimmt und zusätzlich alle früheren Aussagen dieser Person in die Hauptverhandlung einführt. Wenn in einem Verfahren Aussage gegen Aussage steht oder aus anderen Gründen der Wahrheitsgehalt einer für das Urteil entscheidenden Aussage zweifelhaft erscheint, gehen die Gerichte bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts in dieser Weise vor, obwohl in der Literatur zum Teil auch die ergänzende Heranziehung der früheren Aussagen als durch § 250 StPO untersagt angesehen wird. Insbesondere der Vergleich der im Verlauf des Verfahrens getätigten Aussagen ist in solchen Fällen für eine sachgerechte Beweiswürdigung unerlässlich.

Zeit erfahrungsgemäß verblasst. Insbesondere aufgrund solch nachlassender Erinnerung, aber auch aus anderen Gründen kann eine frühere Aussage in vielen Fällen den ursprünglichen Wahrnehmungen der Person besser entsprechen als die Aussage in der Hauptverhandlung, so dass es von den Umständen des Einzelfalles abhängt, welcher der beiden Aussagen die höhere Beweisqualität zukommt.

Deshalb gibt es unter dem Gesichtspunkt der materiellen Wahrheitserforschung keinen Grund, die Ersetzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung durch eine frühere Aussage derselben Person anders zu behandeln als die Ersetzung der gleichen Vernehmung durch die Aussage einer anderen Person oder ein sachliches Beweismittel. In beiden Fällen geht es um die Frage, ob in der Hauptverhandlung auf die Vernehmung einer Person wegen des Ergebnisses anderer Beweiserhebungen verzichtet werden kann. Beantwortet wird diese Frage durch die Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme. Das Gericht hat einen Zeugen oder Sachverständigen ungeachtet des Ergebnisses anderer Beweiserhebungen von Amts wegen zu vernehmen, wenn dies gemäß § 245 I StPO geboten oder nach dem Maßstab des § 244 II StPO zur Wahrheitserforschung erforderlich ist. Darüber hinaus haben die Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit, die Vernehmung nach Maßgabe von § 244 III–IV, § 245 II, § 246 StPO mittels eines Beweisantrags zu erzwingen.

Aufgrund der zuletzt genannten Möglichkeit trägt die Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme auf die Ersetzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung durch eine frühere Aussage derselben Person nicht nur den Belangen der Wahrheitserforschung, sondern – vorbehaltlich der insoweit zu modifizierenden Sonderregeln in § 244 IV und V 2 StPO – auch den Verteidigungsinteressen des Angeklagten Rechnung. Dies gilt unabhängig davon, ob das Gericht in der Hauptverhandlung die Vernehmung eines Belastungs- oder eines Entlastungszeugen durch die Einführung einer früheren Aussage ersetzen will. Sowohl das Interesse, durch die kritische Befragung eines Zeugen in der Hauptverhandlung belastende Aussagen zu erschüttern, als auch das Interesse, durch das persönliche Auftreten eines Zeugen in der Hauptverhandlung die Glaubhaftigkeit entlastender Aussagen zu erhöhen, kann der Angeklagte – sofern der Zeuge nicht ohnehin unerreichbar oder seine Vernehmung unzulässig ist[39] – durch die Stellung entsprechender Beweisanträge in hinreichendem Maße wahren:

Wenn das Gericht sein Urteil auf die frühere Aussage eines Belastungszeugen gründen will und dessen Vernehmung in der Hauptverhandlung als verzichtbar erachtet, hat der Angeklagte die Möglichkeit, zum Beweis des Gegenteils der von dem Zeugen in seiner früheren Aussage bekundeten belastenden Tatsache dessen Vernehmung in der Hauptverhandlung zu beantragen. Einen solchen Beweisantrag kann das Gericht aufgrund des der Regelung des § 244 III StPO zugrundeliegenden Beweisantizipationsverbots nicht deshalb ablehnen, weil die belastende Tatsache durch die in die Hauptverhandlung eingeführte frühere Aussage des Zeugen bereits bewiesen sei. Sofern der Zeuge nicht unerreichbar ist oder aus

39 Zur Wahrung des Konfrontationsrechts des Angeklagten in diesen Fällen, in denen selbstverständlich auch nach § 250 StPO keine Vernehmung in der Hauptverhandlung erfolgen kann, siehe die Sonderregelung des § 253 AE.

Rechtsgründen nicht vernommen werden darf, kann der Angeklagte daher dessen Vernehmung in der Hauptverhandlung durch den Beweisantrag erzwingen und im Rahmen dieser Vernehmung insbesondere sein durch Art. 6 III lit. d) EMRK garantiertes Recht auf eine Befragung von Belastungszeugen wahrnehmen.

Erachtet das Gericht in der Hauptverhandlung die Vernehmung eines Entlastungszeugen als verzichtbar und will es nur dessen frühere Aussage in die Hauptverhandlung einführen, hat der Angeklagte die Möglichkeit, zum Beweis der von dem Zeugen in seiner früheren Aussage bekundeten entlastenden Tatsache dessen Vernehmung in der Hauptverhandlung zu beantragen. Das Gericht muss auf diesen Antrag hin entscheiden, ob aufgrund der früheren Aussage des Zeugen die entlastende Tatsache bereits bewiesen oder zumindest als wahr zu unterstellen ist. Wenn es dies verneint, der Aussage des Zeugen also im Ergebnis keinen Glauben schenken und die von ihm bekundete entlastende Tatsache seinem Urteil nicht zugrundelegen will, ist es – wenn der Zeuge erreichbar und in rechtlich zulässiger Weise zu vernehmen ist – durch den Beweisantrag dazu gezwungen, ihn in der Hauptverhandlung zu vernehmen und sich auf diese Weise einen unmittelbaren Eindruck von der Glaubhaftigkeit seiner Aussage zu verschaffen.

Die Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme auf die Ersetzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung durch eine frühere Aussage derselben Person ist für die Verteidigungsinteressen des Angeklagten lediglich insoweit problematisch, als das Gericht Beweisanträge auch aus anderen als den in § 244 III StPO genannten Gründen ablehnen darf. Wenn es z. B. die Vernehmung eines im Ausland zu ladenden Zeugen durch die Einführung einer früheren Aussage ersetzt, könnte der Angeklagte nach § 244 V 2 StPO die Vernehmung des betreffenden Zeugen in der Hauptverhandlung nicht durch einen Beweisantrag erzwingen. Das Gericht hätte über einen solchen Beweisantrag nach dem Maßstab der Amtsaufklärungspflicht zu entscheiden, d. h. es könnte die Vernehmung in der Hauptverhandlung ablehnen, weil es sie selbst nicht für erforderlich erachtet, und damit dem Angeklagten zugleich die Möglichkeit nehmen, den Zeugen in der Hauptverhandlung zu befragen.

Insbesondere mit Blick auf das durch Art. 6 III lit. d) EMRK garantierte Fragerecht des Angeklagten sieht der Entwurf deshalb vor, die allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme bei der Ersetzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung durch eine frühere Aussage derselben Person dahingehend zu modifizieren, dass die für Sachverständige und Auslandszeugen geltenden zusätzlichen Ablehnungsmöglichkeiten insoweit keine Anwendung finden. Damit wird – dies sei zur Klarstellung ausdrücklich angemerkt – die generelle Geltung dieser zusätzlichen Ablehnungsmöglichkeiten nicht in Frage gestellt. Nur wenn das Gericht die frühere Aussage eines Auslandszeugen oder Sachverständigen in die Hauptverhandlung einführt, also selbst davon ausgeht, dass eine Aussage des betreffenden Zeugen bzw. ein Gutachten des betreffenden Sachverständigen zur Wahrheitserforschung erforderlich ist, soll es zur Gewährleistung des Fragerechts des Angeklagten nicht mehr die Möglichkeit haben, die Vernehmung in der Hauptverhandlung aus anderen als den in § 244 III StPO genannten Gründen abzulehnen.

Durch eine in dieser Weise modifizierte Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme werden die Verteidigungsinteressen des Angeklagten im Ergebnis sogar in stärkerem Maße geschützt als durch die derzeitige Regelung der §§ 250–256 StPO. Denn der Angeklagte hat nach der vorgeschlagenen Regelung auch die Möglichkeit, die Vernehmung eines erreichbaren Zeugen oder Sachverständigen durch einen Beweisantrag zu erzwingen, wenn einer der Verlesungsgründe der §§ 251, 256 StPO vorliegt, während in einem solchen Fall nach geltendem Recht ein auf die Vernehmung in der Hauptverhandlung gerichteter Beweisantrag nach h.M. nicht zulässig sein soll.[40] Wird z. B. das Protokoll einer polizeilichen Spurensicherung gemäß § 256 I Nr. 5 StPO in der Hauptverhandlung verlesen, so kann der Angeklagte das Gericht nach dem Entwurf dazu zwingen, den Verfasser des Protokolls in der Hauptverhandlung zu vernehmen und damit zugleich dessen Befragung zu ermöglichen, während dies gegenwärtig nicht möglich ist.

Diese Erweiterung der Verteidigungsrechte ist insofern geboten, als die Verfahrensbeteiligten auch sonst die Möglichkeit haben, bei unterschiedlichen Einschätzungen des zu erwartenden Beweisergebnisses die Erhebung des Beweises gegen die Einschätzung des Gerichts mittels eines Beweisantrags zu erzwingen.[41] Erwartet ein Verfahrensbeteiligter von einem Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung ernsthaft eine vom Ergebnis einer früheren Vernehmung oder einer schriftlichen Erklärung abweichende Aussage,[42] ist auch die Richtigkeit dieser Erwartung grundsätzlich dadurch zu überprüfen, dass das Gericht die Vernehmung durchführt. Dies ist selbst dann sachgerecht, wenn diese Aussage – wie in einigen Fällen des § 256 StPO – in der Regel schnell vergessene Routinevorgänge zum Thema hat. Auch bei solchen Routinevorgängen kann die Befragung in der Hauptverhandlung eine Erinnerung hervorrufen und damit zu einem von dem Inhalt der früheren Aussage oder Erklärung abweichenden Ergebnis führen. Dies wird auch zum geltenden Recht insofern anerkannt, als man allgemein davon ausgeht, dass das Gericht ungeachtet des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 251, 256 StPO im Einzelfall nach § 244 II StPO dazu verpflichtet sein kann, den Zeugen oder Sachverständigen persönlich zu vernehmen.[43]

Um auch Angeklagten ohne Verteidiger die Wahrnehmung ihres Rechts zu ermöglichen, die (erneute) Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu beantragen, verpflichtet der Entwurf den Vorsitzenden, einen nicht verteidigten Angeklagten über dieses Recht zu belehren. Soweit dies erforderlich ist, hat der Vorsitzende auch auf die Bedeutung eines solchen Antrags für das Konfrontationsrecht des Art. 6 III lit. d) EMRK hinzuweisen, d. h. er hat dem Angeklagten klarzumachen, dass dieser sich unter Umständen nur durch

40 BGH bei *Pfeiffer* NStZ 1981, 295; BayObLG NJW 1953, 194; *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl. 1983, S. 296; LR-*Becker*, § 244 Rn 177; *Meyer-Goßner*, StPO, 56. Aufl. 2013, § 256 Rn 2; a.A. *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, S. 115; SK-*Frister*, § 244 Rn 100.

41 Vgl. dazu näher *Frister*, FS-Fezer, S. 211 (218 ff.) m. w. N.

42 Sofern eine solche Erwartung nur vorgeschoben wird, kann der Beweisantrag nach § 244 III StPO wegen Prozessverschleppungsabsicht abgelehnt werden.

43 BGHSt 10, 186 (191); BGH NStZ 1988, 37 (38) und NStZ 1993, 397 f.; *Fezer* JuS 1977, 382; LR-*Becker*, § 244 Rn 177 m. w. N.

einen solchen Antrag die Möglichkeit zur Befragung der betreffenden Person verschaffen kann und mit dem Unterlassen des Antrags auf die Wahrnehmung seines Konfrontationsrechts verzichtet. Bereits aus der allgemeinen prozessualen Fürsorgepflicht ergibt sich, dass der Vorsitzende auf eine sachgerechte Antragstellung von Angeklagten ohne Verteidiger hinzuwirken und bei der Formulierung des auf die Vernehmung in der Hauptverhandlung gerichteten Beweisantrags ggf. Hilfe zu leisten hat. Auf eine ausdrückliche Regelung dieser sich aus allgemeinen Grundsätzen ergebenden Verpflichtung hat der Entwurf deshalb verzichtet.

Bedenken gegen die Lösung des Entwurfs könnten sich nach den vorstehenden Überlegungen allenfalls aus dem Interesse der Öffentlichkeit ergeben, das Zustandekommen der in einem Strafurteil verwerteten Aussagen von Zeugen und Sachverständigen zu kontrollieren. Wie dargelegt sollte das Gebot persönlicher Vernehmung in der Hauptverhandlung nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers der RStPO von 1877 auch der öffentlichen Kontrolle des Strafverfahrens dienen, d. h. es sollte gewährleisten, dass die im Urteil verwerteten Aussagen in der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung gemacht worden sind. Die vorgeschlagene Anwendung der allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme überantwortet auch den Schutz dieses Interesses der Disposition der Verfahrensbeteiligten. Diese haben zwar noch die Möglichkeit, durch einen Beweisantrag die Aussage in öffentlicher Hauptverhandlung zu erzwingen. Machen sie von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, kann die Öffentlichkeit die Art und Weise des Zustandekommens der im Urteil verwerteten Aussagen jedoch nicht mehr unmittelbar kontrollieren.

Ein durchgreifender Einwand gegen die vorgeschlagene Lösung lässt sich daraus heute jedoch schon deshalb nicht mehr ableiten, weil die ursprüngliche Vorstellung des Gesetzgebers, strafrechtliche Urteile nur auf in der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung gemachte Aussagen zu stützen, im geltenden Recht schon seit langem nicht mehr verwirklicht ist. Die Praxis hat diese Vorstellung von Anfang an dadurch konterkariert, dass sie die Ergebnisse früherer Vernehmungen zwar nicht verlesen, aber auf dem Umweg einer Zeugenaussage der jeweiligen Vernehmungsbeamten doch in die Hauptverhandlung eingeführt hat. Durch die Einführung der Verlesungsmöglichkeiten mit Einverständnis der Verfahrensbeteiligten hat aber auch der Gesetzgeber selbst seine ursprüngliche Wertung korrigiert. Das Gesetz stellt inzwischen mit § 251 I Nr. 1 und II Nr. 3 StPO das Kontrollinteresse der Öffentlichkeit im Ergebnis ebenfalls in die Disposition der Verfahrensbeteiligten. Diese haben es in der Hand, durch ihr Einverständnis mit der Verlesung einer früheren Aussage die Art und Weise des Zustandekommens dieser Aussage der öffentlichen Kontrolle zu entziehen.

Ein weitergehender Schutz des öffentlichen Interesse an einer Kontrolle des Zustandekommens der in einem Strafurteil verwerteten Aussagen von Zeugen und Sachverständigen wäre nur zu verwirklichen, wenn man die Rechtsentwicklung rückgängig machen und die Vernehmung in der Hauptverhandlung wieder unabhängig von dem Willen der Verfahrensbeteiligten generell gebieten wollte. Eine solche Verpflichtung zu von allen Beteiligten als unnötig angesehenen Vernehmungen würde jedoch die durch den Beschleunigungsgrundsatz gebotene

zügige Durchführung des Strafverfahrens in erheblichem Maße erschweren. Dies hinzunehmen, besteht schon deshalb kein Anlass, weil in Fällen, in denen Bedenken hinsichtlich des ordnungsgemäßen Zustandekommens einer früheren Aussage bestehen, die Verfahrensbeteiligten in aller Regel von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen werden, die Aussage der betreffenden Person in der Hauptverhandlung notfalls durch einen Beweisantrag zu erzwingen. Im Ergebnis bleibt deshalb durch die Beurteilung der Zulässigkeit der Ersetzung nach den allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme auch die öffentliche Kontrolle des Verfahrens in hinreichendem Maße gewahrt.

Zur Umsetzung der vorgeschlagenen Lösung formuliert der Entwurf einen neuen § 250 AE, der es explizit zulässt, die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der betreffenden Person zu ersetzen, wenn die Vernehmung zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist. In der gleichen Vorschrift wird geregelt, dass die Verfahrensbeteiligten in einem solchen Fall die Möglichkeit haben, die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu beantragen, auf einen solchen Antrag die allgemeinen Vorschriften für Beweisanträge, nicht aber die für Sachverständige und Auslandszeugen geltenden zusätzlichen Ablehnungsmöglichkeiten Anwendung finden und der Vorsitzende einen Angeklagten ohne Verteidiger über sein Antragsrecht und dessen Bedeutung für das Konfrontationsrecht zu belehren hat.

Dieser neue § 250 AE tritt an die Stelle des Regelungssystems der §§ 250, 251, 253, 255a und 256 StPO. Da es im AE das in § 250 StPO enthaltene grundsätzliche Verbot der Ersetzung einer persönlichen Vernehmung durch die Verlesung einer Niederschrift oder einer schriftlichen Erklärung nicht mehr gibt, können die Ausnahmen von diesem Verbot ersatzlos entfallen. Dadurch werden die Regelungen der §§ 250, 251, 253, 256 StPO insgesamt entbehrlich. Gleiches gilt für den teilweisen Verweis auf diese Regelungen in § 255a I StPO. Die Sonderregelung des § 255a II StPO ließe sich im System des AE nur als Einschränkung des Beweisantragsrechts aufrechterhalten.[44] Davon hat der Entwurf jedoch abgesehen, da sich diese komplizierte Vorschrift in der Praxis kaum bewährt hat und den Belangen des Zeugenschutzes in den betreffenden Fällen durch eine audiovisuelle Vernehmung hinreichend Rechnung getragen werden kann.[45]

2. Angaben des Beschuldigten und seiner Angehörigen

Ein Anliegen des Entwurfs ist es, die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten im Zusammenhang mit Vernehmungen und deren Verwertung als Beweismittel zu stärken. Durch die neue Regelung in § 254 AE soll sichergestellt werden, dass nur solche Ergebnisse einer Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren dem Urteil zugrunde gelegt werden können, bei denen man annehmen kann, dass der Beschuldigte konkret über sein Schweigerecht informiert war.

44 Vgl. dazu *Frister*, FS-Fezer, S. 211 (225 f.).
45 Vgl. zur fehlenden Abstimmung zwischen § 247a und § 255a II StPO SK-*Frister*, § 247a Rn 19.

Davon kann bei richterlichen Vernehmungen ebenso ausgegangen werden wie bei Vernehmungen in Gegenwart eines Verteidigers. Bei staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Vernehmungen ohne einen Verteidiger setzt die Verwertbarkeit einer Bild-Ton-Aufzeichnung der Angaben in der Hauptverhandlung – wenn nicht der Angeklagte mit ihr einverstanden ist – voraus, dass der Beschuldigte auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat (§ 254 I 2 Nr. 3 AE).

Für den Fall, dass ein Angehöriger des Angeklagten im Ermittlungsverfahren aussagt, sich aber in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft (§§ 52, 252 AE), schlägt der Arbeitskreis eine gesetzliche Regelung vor, die dem gegenwärtigen Standpunkt der Rechtsprechung insofern entspricht, als sie (nur) die Verwertung einer früheren Aussage vor dem Ermittlungsrichter zulässt, zugleich aber den Wertungswiderspruch beseitigt, dass diese Aussage nur durch Vernehmung des Richters in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann. Künftig soll es möglich sein, eine frühere Aussage vor einem Richter durch Ton-Bild-Aufzeichnung, Protokollverlesung oder – erst in letzter Linie – durch Vernehmung des Richters in die Hauptverhandlung einzuführen, falls der Zeuge bei seiner Vernehmung im Ermittlungsverfahren über diese Möglichkeit belehrt worden ist.

3. Art und Weise der Einführung einer die Vernehmung in der Hauptverhandlung ersetzenden früheren Aussage

Die Frage, in welcher Weise eine frühere Aussage in die Hauptverhandlung eingeführt wird, ist nach dem Entwurf *nicht* nach den allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme zu beurteilen. Diese Regeln taugen zwar zur Lösung der Frage, ob neben oder anstelle der potenziellen Aussage in der Hauptverhandlung mit der früheren Aussage ein weiteres bzw. anderes Indiz für die Wahrnehmungen des Zeugen oder Sachverständigen herangezogen wird, passen aber nicht für die Entscheidung der Frage, in welcher Weise diese frühere Aussage in der Hauptverhandlung zu reproduzieren ist. Da es bei dieser Frage nur darum geht, eine bestimmte frühere Aussage in der Hauptverhandlung möglichst zuverlässig wieder ugeben, ist es grundsätzlich möglich, abstrakt zu bestimmen, welche Form der Einführung einer früheren Aussage in die Hauptverhandlung am besten zur Wahrheitserforschung geeignet ist.

Dementsprechend sieht der Entwurf eine gesetzliche Rangfolge der verschiedenen Möglichkeiten vor, eine frühere Aussage in die Hauptverhandlung einzuführen. Weil die zuverlässigste Methode zur Wiedergabe einer früheren Aussage eindeutig die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung ist, wird dieser sowohl gegenüber der Protokollverlesung als auch gegenüber der Zeugenvernehmung über den Inhalt der früheren Aussage der Vorrang eingeräumt. Die Entscheidung über die Rangfolge zwischen der Protokollverlesung und der Zeugenvernehmung über den Inhalt der früheren Aussage ist nicht ganz so eindeutig. Da aber die Niederschrift gerade die Funktion hat, die Aussage des Zeugen oder Sachverständigen zu dokumentieren, ihre Richtigkeit dementsprechend von dem Zeugen oder Sachverständigen durch seine Unterschrift bestätigt wird und der Vernehmungsbeamte sich bei einer Vernehmung als Zeuge über den Inhalt der früheren

Aussage aufgrund fehlender spontaner Erinnerung typischerweise ohnehin auf diese Niederschrift beziehen wird, sprechen im Ergebnis die besseren Gründe dafür, ihrer Verlesung den Vorrang vor der Zeugenvernehmung über den Inhalt der Aussage einzuräumen.

Insbesondere wegen der nicht ganz eindeutig zu entscheidenden Rangfolge zwischen der Verlesung einer Niederschrift und der Zeugenvernehmung über den Inhalt der früheren Aussage sieht der Entwurf die Möglichkeit vor, ergänzend auf eine nachrangige Form der Reproduktion zurückzugreifen, also etwa neben der Verlesung des Protokolls auch noch den Vernehmungsbeamten als Zeugen über den Inhalt der früheren Aussage zu hören. Außerdem wird aus G ünden der Verfahrensökonomie die Möglichkeit eingeräumt, mit dem Einverständnis aller Verfahrensbeteiligten eine nachrangige Form der Reproduktion einer f üheren Aussage zu verwenden.

Der Arbeitskreis verfolgt insoweit im Interesse einer möglichst zuverlässigen Wahrheitsfindung das Ziel, für den Fall der Ersetzung einer Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung diese durch das Vorführen der Bild-Ton-Aufzeichnung von einer früheren Vernehmung zu fördern (§ 250 I 1, § 251 I Nr. 1 AE). Den Möglichkeiten, Vernehmungen von Zeugen aufzuzeichnen, um diese unter den im Entwurf vorgesehenen Voraussetzungen als Ersatz der unmittelbaren Zeugenvernehmung abzuspielen, kommt dementsprechend in der Gesamtkonzeption maßgebliche Bedeutung zu. Der Entwurf schlägt vor dem Hintergrund dieses Ziels eine größere Zahl von Änderungen des geltenden Rechts vor, um die Voraussetzungen der Aufzeichnung und des Abspielens von Bild-Ton-Aufzeichnungen (vor allem §§ 58a, 249a, 251 I Nr. 1 AE) gegenüber der lex lata transparenter und damit für die Rechtsanwendung rechtssicherer zu gestalten.

III. Zusammenfassung der wesentlichen Elemente des Entwurfs

Das Konzept des AE lässt sich kurz in folgenden Punkten zusammenfassen:

1. Die einerseits starren, andererseits unsystematischen und inkonsistenten Regelungen über die materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in den §§ 250–256 der geltenden StPO sollen durch ein flexibles Modell für die Auswahl der Beweismittel bezüglich der Bekundungen von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen ersetzt werden. Maßgeblich für die Wahl zwischen einer unmittelbaren Vernehmung der Beweisperson und der Einführung einer früheren Bekundung sollen sein
   - die Aufklärungspflicht des Gerichts,
   - der Wille der Verfahrensbeteiligten,
   - die Eignung des jeweiligen Beweismittels zur verlässlichen Wiedergabe des Gesagten.

2. Die Beweisperson ist unmittelbar in der Hauptverhandlung zu vernehmen, wenn die Aufklärungspflicht dies gebietet oder wenn ein Verfahrensbeteiligter die Vernehmung nach den Regeln von § 244 III–VI, § 245 StPO beantragt hat.

3. Wenn keine dieser Voraussetzungen gegeben ist, kann das Gericht die Angaben der Beweisperson durch ein Surrogat in die Hauptverhandlung einführen. Vorhandene Surrogate sind gemäß folgender Rangfolge zu verwenden:

a) Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung;

b) Protokoll einer Vernehmung;

c) Zeugenvernehmung der Person, die den Zeugen vernommen hat.

4. Bei der Einführung und Verwertung von Angaben, die den Angeklagten belasten, ist in größtmöglichem Umfang die Wahrnehmung seines Konfrontationsrechts nach Art. 6 III lit. d) EMRK zu gewährleisten. Belastende Angaben von Zeugen, die weder der Angeklagte noch sein Verteidiger befragen konnte, dürfen nicht die einzige oder ausschlaggebende Grundlage einer verurteilenden Entscheidung des Gerichts sein. Wenn es die Justizbehörden oder Gerichte zu verantworten haben, dass ein Zeuge vom Beschuldigten oder seinem Verteidiger nicht befragt werden kann, so sind die Angaben dieses Zeugen insgesamt unverwertbar.

5. Die von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit, die früheren Angaben eines Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, durch Vernehmung eines Richters, der den Zeugen früher vernommen hat, einzuführen, wird ausdrücklich geregelt und durch das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung des Zeugen ergänzt.

D. Begründung: Besonderer Teil

I. § 52 Richterliche Vernehmung bei Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen

1. Gesetzestext

§ 52 Richterliche Vernehmung bei Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen

(1) bis (3) unverändert.

(4) Bei der richterlichen Vernehmung eines nach Absatz 1 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen im Ermittlungsverfahren oder im Verfahren über die Eröffnung des Hauptverfahrens oder durch einen beauftragten oder ersuchten Richter im Hauptverfahren ist der Zeuge auch darüber zu belehren, dass seine Aussage bei späterer Zeugnisverweigerung in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf (§ 251).

(5) § 168c findet auch bei einer Vernehmung nach Absatz 4 Anwendung.

2. Begründung

§ 52 IV AE dient der Beweissicherung von Aussagen zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen, die erst in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen. Denn das durch § 252 StPO im Hinblick auf einen möglichen Gewissenskonflikt eröffnete Privileg des Zeugen, bis zur Hauptverhandlung frei darüber entscheiden zu können, ob eine frühere, vielleicht voreilige Aussage verwertet werden darf,[46] erweist sich in der Rechtswirklichkeit bei

46 Vgl. BGHSt 10, 77 f.

Opfer-Zeugen oft als besondere Last, wenn rücksichtslose Beschuldigte versuchen, durch eigene Maßnahmen, über Familienangehörige oder durch Bekannte aus dem sozialen Umfeld bis zum Schluss Druck auf den Zeugen auszuüben mit dem Ziel, die frühere Aussage doch noch aus der Welt zu schaffen. Denn gerade in solchen Fällen ist die Aussage des nahestehenden Zeugen oft das einzige tragfähige Beweismittel, von dem der Prozessausgang entscheidend abhängt.[47]

Der Kreis der nach § 52 IV AE schutzwürdigen Zeugen reicht über die in einigen gesetzlichen Regelungen besonders geschützten kindlichen und jugendlichen Opfer-Zeugen beträchtlich hinaus. Oft ähnlich gefährdet und für Pressionen anfällig sind misshandelte Frauen, Vergewaltigungsopfer oder sonstige Opfer häuslicher Gewalt, wenn der Ehemann oder ein sonstiger Familienangehöriger Beschuldigter ist. Darüber hinaus können auch Zeugen, die nicht selbst verletzt worden sind, in eine vergleichbare Zwangslage geraten, insbesondere Mütter oder – seltener – Väter misshandelter oder missbrauchter Kinder.

Neben dem Opferschutz spricht auch das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung von Straftaten und an einer wirksamen Strafrechtspflege für eine Vorverlagerung der verbindlichen Entscheidung des zeugnisverweigerungsberechtigen Zeugen. Die von der Rechtsprechung schon bisher praktizierte Durchbrechung des aus § 252 StPO abgeleiteten Verwertungsverbots durch Zulassung der Vernehmung des Richters[48] weist in die richtige Richtung.[49] Die unvermeidliche Durchbrechung des Verwertungsverbots bedarf aber einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung und muss so eng wie möglich begrenzt werden.

§ 52 IV AE beschränkt deshalb die einschlägigen Fälle auf die nach § 52 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen. Die in § 162b AE-ZVR (1996) vorgeschlagene zusätzliche Begrenzung auf Fälle mit erheblichen Straftaten, in denen die Zeugenaussage voraussichtlich prozessentscheidende Bedeutung hat, wird aufgegeben, da sie sich bei erneuter Diskussion als zu ungenau erwiesen hat und erfahrungsgemäß die ermittelnden Staatsanwälte und Polizeibeamten im Großen und Ganzen ein gutes Gespür für die notleidenden Zeugen entwickelt haben (vgl. auch Nr. 10 RiStBV). Der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht sollte ein Entscheidungsspielraum darüber verbleiben, wie der Amtsaufklärungspflicht am besten Rechnung getragen werden kann. Für eine vorgezogene Zeugenaussage mit qualifizierter Belehrung können verschiedene Gesichtspunkte maßgebend sein, z. B. geäußerte Besorgnisse des Zeugen vor Drohungen oder die eingeschätzte Gefährlichkeit des Täters. Es können aber auch Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen sein, die in einer vorgezogenen richterlichen Vernehmung in Gegenwart des Beschuldigten und seines Verteidigers schonender zu prüfen sind als in einer Hauptverhandlung. Vorrangig soll es darauf ankommen, ob die Zeugenaussage voraussichtlich prozessentscheidende Bedeutung hat. Auf die vorgezogene richterliche Vernehmung kann in der Regel verzichtet werden, wenn die Zeugenvernehmung nur eines von mehreren Beweismitteln ist oder wenn sie nicht für zentrale Fragen der Schuldfeststellung erforderlich ist.

47 Vgl. *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 93.

48 Ständige Rspr. seit BGHSt 2, 99; 11, 338; 17, 324; 21, 218; 26, 281.

49 Siehe dazu die Erläuterungen zu § 252 AE.

§ 52 IV AE stellt sicher, dass eine qualifizierte Belehrung des Zeugen erfolgt, die über § 52 III StPO hinaus auch den Hinweis enthält, dass die Aussage bei späterer Zeugnisverweigerung verwertet werden darf, entweder durch Vorführung einer Videoaufzeichnung, durch Verlesung des richterlichen Protokolls oder durch Vernehmung des Richters als Zeugen (§ 251 AE). Die herausgehobene Verwertung richterlicher Vernehmungen, wie sie auch der bisherigen Rechtsprechung zugrunde liegt, wird zwar in der Literatur kritisiert, weil seit dem StPÄG 1964 auch die Staatsanwaltschaft und die Polizei zu entsprechenden Belehrungen nach den §§ 161a I 2, 163 III, 52 III StPO verpflichtet sind.[50] Es steht dem Gesetzgeber aber frei, der richterlichen Vernehmung größeres Gewicht als der polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung zu verleihen, ähnlich wie dies schon bisher für besondere richterliche Untersuchungshandlungen nach § 162 StPO geschehen ist. Dies setzt nicht notwendig eine höhere Qualität richterlicher Vernehmungen voraus, sondern beruht auf der Funktion des Richters im Ermittlungsverfahren. Sie gewährleistet nach der strafprozessualen Systematik eher Objektivität und Übereilungsschutz als die polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Vernehmung. Außerdem können bei der richterlichen Vernehmung auch andere Verfahrensbeteiligte anwesend sein.

§ 52 V AE stellt deshalb ausdrücklich klar, dass die Anwesenheitsrechte des Beschuldigten, der Staatsanwaltschaft und des Verteidigers nach § 168c StPO und die dort vorgesehenen Beschränkungen auch für die richterliche Vernehmung des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen gelten.

II. § 58a Audiovisuelle Aufzeichnung von Zeugenaussagen

1. Gesetzestext

§ 58a Audiovisuelle Aufzeichnung von Zeugenaussagen

(1) Satz 1 bleibt unverändert. Die nachfolgenden Sätze erhalten folgende Fassung:

[2]Sie soll nach Würdigung der dafür jeweils maßgeblichen Umstände aufgezeichnet werden und als richterliche Vernehmung erfolgen, wenn damit die schutzwürdigen Interessen von Personen unter 18 Jahren sowie von Personen, die als Kinder oder Jugendliche durch eine Straftat verletzt worden sind, besser gewahrt werden können. [3]Sie ist aufzuzeichnen, wenn anzunehmen ist, dass der Zeuge im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht vernommen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

Nach Absatz 1 wird ein neuer Absatz 2 eingefügt.

(2) [1]Wer die Vernehmung durchgeführt hat, erklärt am Ende der Vernehmung, dass die Aufzeichnung die Vernehmung vollständig und richtig wiedergibt. [2]Er erklärt ferner, ob und mit welchem Inhalt außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung mit den Zeugen verfahrensbezogene Gespräche über den Gegenstand der Vernehmung geführt wurden. [3]Der Zeuge muss Gelegenheit erhalten, sich hierzu zu erklären.

50 Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn 29 m. w. N.

Die bisherigen Absätze 2 und 3 werden die Absätze 3 und 4. Nach Absatz 4 wird ein neuer Absatz 5 eingefügt.

(5) [1]Für die Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung sind Absatz 1 Satz 1, Absatz 3 und Absatz 4 anzuwenden. [2]Die Vernehmung ist aufzuzeichnen, wenn anzunehmen ist, dass der Zeuge in einer weiteren Hauptverhandlung nicht vernommen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist.

2. Begründung

Zeugenvernehmungen, die außerhalb der Hauptverhandlung durchgeführt werden, können im geltenden Recht stets audiovisuell aufgezeichnet werden, um die Vernehmung für die Zwecke des weiteren Strafverfahrens zu fixieren; dies gilt für die polizeiliche, die staatsanwaltschaftliche und die ermittlungsrichterliche Vernehmung ebenso wie für die Vernehmung durch den beauftragten oder ersuchten Richter (§ 58a I 1 i. V. m. § 163 III 1, § 161a I 2, § 168e S. 4 StPO). Jenseits der in § 58a I 1 StPO normierten Generalklausel, dass grundsätzlich jede Zeugenvernehmung aufgezeichnet werden »kann«, sieht das geltende Recht in § 58a I 2 StPO vor, dass bestimmte Vernehmungen aufgezeichnet werden »sollen«, d. h. die Aufzeichnung stellt hier den gesetzlichen Regelfall dar.[51] In allen genannten Fällen hat die Aufzeichnung die Funktion der Beweissicherung für das weitere Verfahren; soweit die Aufzeichnung im Verlauf des weiteren Verfahrens an die Stelle erneuter persönlicher Vernehmungen treten kann und dem Zeugen wiederholte Vernehmungen erspart, hat sie darüber hinaus auch eine zeugenschützende Funktion. Für das Ziel des Arbeitskreises, die Ersetzung der Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung durch das Vorspielen der Bild-Ton-Aufzeichnung von einer früheren Vernehmung zu fördern (§ 250 I 1, § 251 I Nr. 1 AE), kommt diesen bereits sehr weitgehenden Möglichkeiten des geltenden Rechts zur Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen maßgebliche Bedeutung zu. Der Arbeitskreis sieht daher im Zusammenhang mit § 58a StPO nur geringen Präzisierungs- und Ergänzungsbedarf.

Eine erste Änderung betrifft *Absatz 1 S. 2 Nr. 1* StPO. Der Gesetzgeber hat diese Norm erst jüngst durch das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 26.6.2013 einer grundlegenden Revision unterzogen, indem er den Kreis der möglichst audiovisuell zu vernehmenden Zeugen erweitert und die richterliche Vernehmung dieser Zeugen zum Regelfall erklärt hat. Die Vorschrift gilt nunmehr unabhängig vom Alter zum Zeitpunkt der Vernehmung auch für Zeugen, die als Kinder oder Jugendliche durch eine der in § 255a II StPO genannten Gewalt- oder Sexualstraftaten verletzt worden sind. Aus der Sicht des Arbeitskreises ist die Bezugnahme auf den in § 255a II StPO normierten Straftatenkatalog problematisch; Delikte wie die Entziehung Minderjähriger (§ 235 StGB), der Kinderhandel (§ 236 StGB) oder auch der Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 I Nr. 3 StGB), denen aus der Sicht der betroffenen Kinder und Jugendlichen oft ein vergleichbares Gewicht zukommt, sind nicht

51 BGH NStZ-RR 2004, 336.

erfasst. Der Arbeitskreis schlägt deshalb vor, die Begrenzung auf bestimmte Delikte aufzuheben und dabei darauf zu vertrauen, dass die Vorschrift in der Praxis mit Blick auf die Notwendigkeit der »Würdigung der jeweils maßgeblichen Umstände« sachgerecht gehandhabt wird.

Auch im Übrigen schlägt der Arbeitskreis nur vergleichsweise moderate Änderungen vor und grenzt sich damit insbesondere von einem Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer vom 18.2.2010 ab, den der Arbeitskreis hinsichtlich der dort formulierten Aufzeichnungserfordernisse für zu weitgehend hält. Vorgeschlagen wird zum einen eine Präzisierung in *Absatz 1 S. 2 Nr. 2*: Die Vorschrift soll nicht mehr auf die Vernehmung des Zeugen »in der Hauptverhandlung« verweisen, sondern auf seine Vernehmung »im weiteren Verfahren«; dies eröffnet die Möglichkeit, die aufgezeichnete Zeugenvernehmung auch außerhalb der Hauptverhandlung zu nutzen. Im Gegensatz zur bloßen Soll-Vorschrift des geltenden Rechts soll die Regelung zwingend sein: Wenn anzunehmen ist, dass der Zeuge im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht vernommen wird und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist, darf es keinen Handlungsspielraum mehr geben; der vom Arbeitskreis geforderte Vorrang der audiovisuellen Aufzeichnung bei der Ersetzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung (§ 251 I AE) gebietet es, den Strafverfolgungsorganen die Herstellung audiovisueller Aufzeichnungen in diesem Fall zur Pflicht zu machen. Dabei kann es nicht mehr wie im geltenden Recht darauf ankommen, ob es sich um eine richterliche oder eine andere Vernehmung handelt; bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen sind alle Vernehmungen aufzuzeichnen. Die sich aus der Umgestaltung zu einer »Muss«-Vorschrift ergebende dreistufige Gliederung der Norm (»kann«, »soll«, »muss«) macht technisch die Aufspaltung des bisherigen Satzes 2 in zwei Sätze erforderlich und entspricht im Übrigen der Gliederung, die der Arbeitskreis auch für die Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung vorsieht (§ 136 IV AE).

Soweit die Bundesrechtsanwaltskammer vorschlägt, die Beweiskraft der einzelnen Aufzeichnung noch weiter zu stärken, deckt sich dies mit dem Anliegen des Arbeitskreises und wird unterstützt. Nach den Vorstellungen der Bundesrechtsanwaltskammer soll der Vernehmungsbeamte am Ende der Vernehmung vor der Beendigung der Aufzeichnung erklären, ob und mit welchem Inhalt außerhalb der Aufzeichnung mit dem Zeugen Gespräche über den Gegenstand der Vernehmung geführt worden sind; der Zeuge soll Gelegenheit erhalten, sich hierzu zu erklären. Diese Erweiterung verfolgt ersichtlich den Zweck, die Authentizität der Aufzeichnung für die Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung zu erhöhen; sie erfüllt ähnliche Funktionen wie die Unterschrift des Vernehmungsbeamten und des Vernommenen auf dem schriftlichen Protokoll (vgl. § 168a III 3, IV StPO). Ebenso wie der Vernehmungsbeamte mit seiner Unterschrift die Verantwortung für die Richtigkeit der Wiedergabe der Vernehmung übernimmt und der Vernommene dies mit seiner Unterschrift bestätigt, können die genannten audiovisuell aufgezeichneten mündlichen Erklärungen des Beamten und des Vernommenen die Richtigkeit und Vollständigkeit der Videoaufzeichnung bekräftigen. Die Notwendigkeit einer derartigen Authentifizierung ist derzeit gesetzlich nicht geregelt, und zwar weder in § 58 a StPO noch in den Nummern 19 ff. RiStBV. Insoweit hat die Bundesrechtsanwaltskammer zu Recht auf eine Lücke im geltenden Recht

aufmerksam gemacht, die nicht zuletzt im Interesse der weiteren Förderung des Videobeweises im Strafverfahren geschlossen werden sollte. Ein entsprechender Regelungsvorschlag, der sich an die Formulierungen der Bundesrechtsanwaltskammer anlehnt, wird in *Absatz 2* unterbreitet.

Im geltenden Recht ist zweifelhaft, ob die Regelung des § 58a StPO auch für die Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen in der Hauptverhandlung gilt. Obwohl der Gesetzestext insoweit keine Einschränkung enthält, so dass die Aufzeichnung schon nach geltendem Recht zulässig sein müsste, wird dies von der Kommentarliteratur in Abrede gestellt.[52] Angesichts dieser Unsicherheit stellt der Arbeitskreis klar, dass auch die audiovisuelle Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen in der Hauptverhandlung zulässig ist (*Absatz 5*). Der Arbeitskreis knüpft damit an die bereits geltende Regelung für die Aufzeichnung von Vernehmungen an, bei denen sich die Zeugen an einem anderen Ort aufhalten (§ 247a S. 4 StPO), und erstreckt diese auf alle Zeugen, die in der Hauptverhandlung vernommen werden. Ein sachlicher Grund dafür, nur die audiovisuell in das Sitzungszimmer übertragene Zeugenvernehmung aufzuzeichnen, besteht nicht.

III. § 136 Audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen

1. Gesetzestext

§ 136 Audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen

(1) bis (3) unverändert.

(4) [1]Die Vernehmung des Beschuldigten kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden. [2]Sie soll aufgezeichnet werden, wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird. [3]Sie ist aufzuzeichnen, wenn der Beschuldigte dies beantragt; über sein Antragsrecht ist der Beschuldigte zu belehren. [4]§ 58a Abs. 2 bis 4 sowie § 58b gelten entsprechend.

(5) Der Beschuldigte ist bei Beginn der ersten Vernehmung auch darüber zu belehren, dass seine Äußerungen zum Zweck der Beweiserhebung in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.

2. Begründung

Nach den Vorstellungen des Arbeitskreises kommt der Bild-Ton-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung maßgebliche Bedeutung zu. Angaben, die der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren macht, sollen künftig nur noch unter eingeschränkten Voraussetzungen in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen. Sofern es sich nicht um eine richterliche Vernehmung gehandelt und kein Verteidiger mitgewirkt hat, soll die Einführung in die Hauptverhandlung nur noch dann zulässig sein, wenn die Vernehmung audiovisuell aufgezeichnet und der Beschuldigte über die spätere Verwertbarkeit seiner Angaben belehrt worden ist (§ 254 I AE). Zielsetzung der Regelung ist die Stärkung der Rechtsstellung des Angeklagten in der Beweisaufnahme: Die bisherige Praxis, über die früheren Erklärungen des Angeklagten durch die Vernehmung der Verhörsperson Beweis zu erheben,

52 LR-*Ignor/Bertheau*, Bd. 2, 2008, § 58a Rn 6; Graf/*Huber*, StPO, 2010, § 58a Rn 4.

soll eingeschränkt und durch die Vorführung einer Aufzeichnung über die Vernehmung ersetzt werden, die den Gang und das Ergebnis der früheren Vernehmung objektiv wiedergibt. Für die Neufassung des § 254 StPO sind im Recht des Ermittlungsverfahrens zwei Ergänzungen des § 136 StPO notwendig: Eine Regelung zur Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung und eine Regelung zur Belehrung des Beschuldigten über die spätere Verwertbarkeit seiner Angaben in der Hauptverhandlung.

a) Bild-Ton-Aufzeichnung (Absatz 4)

Die Zulässigkeit der audiovisuellen Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung ist erst jüngst durch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25.4.2013 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt worden. Danach darf die Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren nach dem Ermessen der die Vernehmung durchführenden Stelle aufgezeichnet werden (§ 163 a I 2 i. V. m. § 58 a I 1 StPO). Die Verwendung der Aufzeichnung, die Rechtsfolgen des Widerspruchs gegen die Überlassung einer Kopie der Aufzeichnung an Dritte sowie die Zulässigkeit der audiovisuell übertragenen Vernehmung eines Beschuldigten, der sich an einem anderen Ort aufhält, sind in derselben Weise ausgestaltet wie für die Zeugenvernehmung (§ 163 a I 2 i. V. m. § 58 a II, III sowie § 58 b StPO).

Rechtspolitisch ist die vom Gesetzgeber gefundene Lösung erheblicher *Kritik* ausgesetzt: Die Platzierung der Regelung in § 163 a I StPO vermischt in problematischer Weise den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör vor Anklageerhebung mit der Ermächtigung zum Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Adressaten der Vorschrift sind allein die Strafverfolgungsbehörden, namentlich die Staatsanwaltschaft und die Polizei (§ 163 a III, IV StPO); die ermittlungsrichterliche Vernehmung des Beschuldigten (§ 168 c I StPO) ist vom Anwendungsbereich ausgenommen, obwohl es hierfür keinen sachlichen Grund gibt. Auch in der Sache vermag die Regelung nicht zu überzeugen, da sie die Herstellung von audiovisuellen Aufzeichnungen pauschal für zulässig erklärt, ohne das Ermessen inhaltlich zu konturieren. Die Regelungsdichte ist damit deutlich geringer als bei der audiovisuellen Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen, bei der sich der Gesetzgeber im »Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG)« vom 26.6.2013 erneut um die weitere Konturierung der Voraussetzungen für die Anordnung der Aufzeichnung bemüht hat (§ 58 a I 2 StPO).

Vor diesem Hintergrund schlägt der Arbeitskreis eine *Korrektur* der gesetzlichen Regelung in zweifacher Hinsicht vor: *Systematisch* sollen die Voraussetzungen für die Herstellung einer audiovisuellen Aufzeichnung von der Beschuldigtenvernehmung in der allgemeinen Regelung für die erste Vernehmung in § 136 StPO normiert werden, da diese Vorschrift auch für die richterliche Vernehmung gilt und auf sie in § 163 a III und IV StPO verwiesen wird. *Inhaltlich* sollen die Voraussetzungen für die Aufzeichnung genauer bestimmt werden.

Der Vorschlag, die Beschuldigtenvernehmung auf Video aufzuzeichnen, war schon vor der Neufassung des § 163 a StPO im Jahr 2013 verschiedentlich unterbreitet worden, zuletzt von der Bundesrechtsanwaltskammer in einem Gesetzentwurf vom 18.2.2010.[53] Die Bundesrechtsanwaltskammer hat eine Ergänzung des § 136 StPO um die Absätze 4 und 5 vorgeschlagen, in denen die audiovisuelle Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung für zulässig (»kann«) und in Fällen der notwendigen Verteidigung für zwingend erforderlich erklärt werden sollte (»ist aufzuzeichnen«). Im Prinzip wies der Vorschlag in die richtige Richtung, wobei der Arbeitskreis jedoch aus Praktikabilitätsgründen sowie im Interesse des Beschuldigten eine andere Unterscheidung für sinnvoller hält. Vorzugswürdig ist aus der Sicht des Arbeitskreises eine Linie, die die Aufzeichnung grundsätzlich in das *Ermessen* des Vernehmungsbeamten stellt und die Aufzeichnung zum *Regelfall* erhebt (»soll«), wenn dem Beschuldigten ein *Verbrechen* zur Last gelegt wird. Im Übrigen soll die Aufzeichnung *zwingend* erfolgen müssen, wenn der Beschuldigte dies beantragt; über dieses Antragsrecht ist er zu belehren.

Hinsichtlich des Umfangs der Aufzeichnung sollte im Interesse der Sachaufklärung, aber auch zum Schutz des Beschuldigten dieselbe Regelung vorgesehen werden, die auch für die Dokumentation von Zeugenvernehmungen vorgeschlagen wird: Der Vernehmungsbeamte soll eine ausdrückliche Erklärung zur Vollständigkeit und richtigen Wiedergabe der Vernehmung abgeben; der Beschuldigte soll Gelegenheit erhalten, sich hierzu zu äußern. Im Übrigen kann sich die Regelung auch hinsichtlich der Verwendung der Aufzeichnung im weiteren Verfahren und der Verfügungsrechte über die Aufzeichnung an der Regelung für die Zeugenvernehmung orientieren. Dies gilt auch für das Recht, der Überlassung einer Kopie der Aufzeichnung an Dritte zu widersprechen (§ 58 a II 6, III StPO). Ein legitimes Interesse Dritter an der Überlassung einer Kopie gegen den Widerspruch des Beschuldigten ist – nicht zuletzt mit Blick auf die Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK) – nicht zu erkennen.

b) Belehrung über die Verwertbarkeit (Absatz 5)

Durch eine *umfassende Belehrungspflicht* in § 136 V AE soll sichergestellt werden, dass der Beschuldigte die Voraussetzungen kennt, unter denen seine Angaben bereits bei der ersten Vernehmung in eine spätere Hauptverhandlung eingeführt werden können. Das Schweigerecht des Beschuldigten gebietet die Aufklärung über die Verwertbarkeit früherer Angaben in der Hauptverhandlung, die nach dem Vorschlag des Arbeitskreises nur noch unter den Einschränkungen des § 254 I 2 AE möglich sein soll. Die Belehrungspflicht dient der Information des Beschuldigten und gewährleistet seine Entschließungsfreiheit vor und in der Vernehmungssituation. Vom Beschuldigten kann nicht verlangt werden, dass er die Ausnahmen kennt, unter denen seine Angaben verwertbar sind, so dass eine Belehrung auch aus diesem Grund erforderlich ist. Bevor der Beschuldigte sich erstmalig zur Sache einlässt, insbesondere ein Geständnis ablegt, soll er sich darüber im Klaren sein, was dies für das weitere Verfahren bedeutet, d. h. inwieweit und auf welchen Wegen die Äußerung in eine Hauptverhandlung einfließen kann. Auf der Grundlage der Belehrung kann der Beschuldigte seine Verteidigungsoptionen abwägen und sich entschließen, ob er von seiner Freiheit, sich nicht selbst

53 Eckpunktepapier der Bundesregierung, StV 2001, 316; *Beulke*, in: Hanack/Hilger/Mehle/Widmaier (Hrsg.), Festschrift für Rieß, 2002, S. 24 f.; Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, StV 2004, 234.

belasten zu müssen, Gebrauch macht oder an der Entstehung einer Beweisgrundlage mitwirkt.

Durch die geplanten Änderungen sollen die Beschuldigtenrechte nicht gefährdet werden. Daher ist eine umfassende *Belehrung von Amts wegen* geboten. Sie ist auch dann nicht entbehrlich, wenn mit Sicherheit angenommen werden kann, dass der Beschuldigte seine Rechte kennt.[54] Das Risiko einer mangelhaften Aufklärung über mögliche Auswirkungen eines etwaigen Geständnisses soll nicht der Beschuldigte tragen müssen, indem die Belehrungspflicht auf seinen Verteidiger abgewälzt wird. Folglich besteht die Belehrungspflicht auch bei Anwesenheit eines Verteidigers.

Die Regelung ähnelt inhaltlich der Belehrungspflicht aus *§ 52 IV AE*. Ein bloßer Verweis auf § 52 IV AE in § 136 V AE erscheint wegen einiger Unterschiede – vor allem mit Blick auf den Grundsatz der Normklarheit – jedoch als nicht zweckmäßig. Denn die Voraussetzungen, unter denen zeugenschaftliche Aussagen in die Hauptverhandlung eingeführt werden können, sind nicht kongruent mit den Regeln, die für die Einführbarkeit von Angaben des Angeklagten gelten (§ 254 I AE).

IV. § 163a Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beschuldigtenvernehmung

1. Gesetzestext

§ 163a Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beschuldigtenvernehmung

(1) Satz 2 wird gestrichen. Nach Absatz 1 wird ein neuer Absatz 1a eingefügt.

(1a) [1]In geeigneten Fällen soll dem Beschuldigten schon im Ermittlungsverfahren Gelegenheit gegeben werden, Zeugen und Mitbeschuldigte zu befragen. [2]Dem Beschuldigten ist eine solche Gelegenheit zu gewähren, sofern zu erwarten ist, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung für eine Befragung nicht zur Verfügung stehen wird. [3]Für die Befragung ist dem Beschuldigten ein Verteidiger zu bestellen, soweit die Verteidigung nach § 140 notwendig ist; dasselbe gilt, wenn der Beschuldigte von der Vernehmung des Zeugen oder Mitbeschuldigten nach § 168c Abs. 3 oder aus einem anderen Grund ausgeschlossen ist.

(2) unverändert.

(3) Satz 2 erhält folgende Fassung:

[2]Die §§ 133 bis 135, 136 Abs. 1 bis 4, §§ 136a, 168c Abs. 1 und 5 gelten entsprechend.

(4) Satz 2 erhält folgende Fassung:

[2]Im Übrigen sind bei der Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes § 136 Abs. 1 Satz 2 bis 4, Abs. 2 bis 4 und § 136a anzuwenden.

(5) Ist bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend oder wird diese auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet, so gilt § 136 Abs. 5 entsprechend.

54 Vgl. BGHSt 38, 224.

2. Begründung

Der neu eingefügte Absatz 1a dient der vorausschauenden Absicherung des Rechts des Beschuldigten auf Konfrontation mit Belastungszeugen (Art. 6 III lit. d] EMRK). Normalerweise soll die Möglichkeit, Belastungszeugen zu befragen, dem Angeklagten in der Hauptverhandlung gewährt werden.[55] Es steht aber nichts im Wege, dass die Konfrontation mit belastenden Aussagen schon im Ermittlungsverfahren stattfindet, da die Ergebnisse der Befragung durch den Angeklagten und/oder seinen Verteidiger auch für die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Anklagerhebung wertvoll sein können. Deshalb sieht Satz 1 diese Möglichkeit für »geeignete Fälle« vor. Es ist allerdings zu beachten, dass die Beteiligung des Beschuldigten an einer – selbst richterlichen – Zeugenvernehmung im Laufe des Ermittlungsverfahrens die Gerichte nach der Rechtsprechung des *EGMR* nicht von der Verpflichtung entbindet, für das Erscheinen des Belastungszeugen in der Hauptverhandlung Sorge zu tragen, damit er dort (erneut) befragt werden kann.[56] Da das deutsche Recht aufgrund der inquisitorischen Struktur des Strafverfahrens nicht kategorisch zwischen Belastungszeugen und Entlastungszeugen unterscheidet, ist die Regelung auf alle Zeugen und auch auf Mitbeschuldigte – die der *EGMR* ebenso wie Zeugen behandelt, wenn sie den Angeklagten mit ihren Angaben belasten[57] – ausgedehnt worden.

Problematisch sind die Situationen, in denen damit gerechnet werden muss, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung trotz aller Bemühungen nicht zur Verfügung steht, etwa weil er schwer krank ist oder von einem Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch machen kann. In diesen Fällen läuft dann auch das vom Entwurf für die Herstellung der Unmittelbarkeit in erster Linie vorgesehene Beweisantragsrecht des Angeklagten ins Leere. Die Rechtsprechung des *EGMR* lässt es für solche Fallgestaltungen zu, dass eine frühere Aussage des Zeugen durch Zeugen vom Hörensagen oder auf andere Weise in die Hauptverhandlung eingeführt und dem Urteil zugrunde gelegt wird.[58] Dies gilt allerdings grundsätzlich nur dann, wenn der Beschuldigte bei dieser früheren Aussage Gelegenheit hatte, den Zeugen zu befragen.[59] Deshalb sieht der Entwurf vor, dass in allen Fällen, in denen »zu erwarten« ist, dass der Zeuge für die Hauptverhandlung nicht zur Verfügung stehen wird, dem Beschuldigten die Möglichkeit einer Befragung schon im Ermittlungsverfahren eingeräumt werden muss.

55 Vgl. die Entscheidungen des EGMR, Zentar v. France, no. 17902/02, Urt. v. 13.4.2006, § 30; Bonev v. Bulgaria, no. 60018/00, Urt .v. 8.6.2006, § 43; Hümmer v. Germany, no. 26171/07, Urt. v. 9.7.2012, § 39. Dort wird jeweils betont, dass die staatlichen Organe alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen müssen, um zu erreichen, dass Belastungszeugen in der Hauptverhandlung erscheinen.

56 Siehe z. B. EGMR, P.S. v. Germany, no. 33900/96, Urt. v. 20.12.2001, § 28; Nechto v. Russia, no. 24893/05, Urt. v. 24.1.2012, § 127.

57 EGMR, Lucà v. Italy, no. 33354/96, Urt. v. 27.2.2001, § 41.

58 Siehe etwa EGMR, Asch v. Austria, no. 12398/86, Urt. v. 26.4.1991, § 28; Craxi v. Italie, no. 34896/97, Urt. v. 5.12.2002, § 86.

59 Bestand die Möglichkeit einer Befragung weder im Ermittlungs- noch im Hauptverfahren, so ist die belastende Aussage zwar nach der Auffassung des EGMR nicht schlechthin unverwertbar; sie darf aber nicht die einzige oder entscheidende Grundlage einer Verurteilung sein; siehe EGMR, Doorson v. Netherlands, no. 20524/92, Urt. 26.3.1996, § 76; Al-Khawaja and Tahery v. UK, no. 26766/05 (Grand Chamber), Urt. v. 15.12.2011, § 141. Siehe dazu § 253 III 3 AE.

In aller Regel wird eine sachgerechte Befragung eines Zeugen nur durch einen Verteidiger möglich sein. Der *EGMR* lässt es jedoch ausreichen, dass die Befragung nach Art. 6 III lit. d) EMRK dem Beschuldigten *oder* seinem Verteidiger ermöglicht wird.[60] In einfachen, übersichtlichen Fällen mag der Beschuldigte selbst zu einer ausreichenden Befragung in der Lage sein. In Übereinstimmung mit dem System der StPO, die im Ermittlungsverfahren kein generelles Recht auf Bestellung eines Verteidigers vorsieht, beschränkt der Entwurf daher die Notwendigkeit, dem Beschuldigten einen Verteidiger zu bestellen, auf die Fälle des § 140 StPO sowie auf diejenigen Situationen, in denen der Beschuldigte an einer Zeugenvernehmung nicht teilnehmen darf, etwa weil seine Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährden würde (§ 168c III 1 StPO), oder wenn es um die Befragung eines Mitbeschuldigten geht.[61] Bei Vernehmungen eines Zeugen durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei unter den Voraussetzungen des Satzes 2 ist entweder der Beschuldigte zur Anwesenheit und Befragung zuzulassen, oder es ist ihm ein Verteidiger zu bestellen, der das Fragerecht für ihn wahrnehmen kann.

Aus den in der Begründung zu § 136 AE genannten Gründen sind bei § 163a StPO im Übrigen zwei Folgeänderungen unausweichlich: Der durch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25.4.2013 in *Absatz 1 S. 2* aufgenommene Verweis auf die §§ 58a und 58b StPO ist zurückzunehmen, weil sich die entsprechende Regelung jetzt in § 136 IV AE findet; die *Absätze 3 und 4* sind dahingehend abzuändern, dass sie auch auf § 136 IV AE verweisen.

Die qualifizierte Belehrungspflicht nach *§ 136 V AE* soll für nichtrichterliche Vernehmungen nicht in jedem Fall gelten, da hier eine Protokollverlesung oder eine Vernehmung der Verhörsperson für Vernehmungen, bei denen kein Verteidiger anwesend war, grundsätzlich nicht mehr möglich sein soll. Als Konsequenz aus dem grundsätzlichen Beweisverwertungsverbot des § 254 I 1 AE ist eine Belehrung über die Einführung nur in den Fällen erforderlich, in denen der Grundsatz ausnahmsweise durchbrochen wird (vgl. § 254 I 2 AE).

Es bietet sich daher eine *Verweisung auf § 136 V AE* an, die auf die Fälle der Aufzeichnung einer Vernehmung auf Bild-Ton-Träger und die Fälle der Anwesenheit eines Verteidigers beschränkt ist. Für den letztgenannten Fall kann auf die Begründung zu § 136 V AE verwiesen werden. Auch bei nichtrichterlichen Vernehmungen soll der Beschuldigte nicht das Risiko für Aufklärungsmängel tragen müssen, die sein Verteidiger zu verantworten hat.

Auch für den Fall einer Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung hat eine vorherige Belehrung des Beschuldigten über die ausnahmsweise Verwertbarkeit seiner Angaben zu erfolgen. Ob eine Bild-Ton-Aufzeichnung entsteht, liegt damit beim Beschuldigten. Eine isolierte Zustimmung zur Videoaufzeichnung ist nicht erforderlich, da diese den *nemo-tenetur*-Grundsatz als solche nicht berührt.

60 Siehe allerdings A.M. v. Italy, no. 37019/97, Urt. v. 14.12.1999, §§ 27 f., wo ein Verstoß gegen das faire Verfahren darin gesehen wurde, dass der Verteidiger des Beschuldigten in einem Auslandsverfahren nicht zur Befragung eines Belastungszeugen zugelassen wurde.

61 Siehe BGHSt 42, 391.

V. § 222 Namhaftmachung der Zeugen und Sachverständigen

1. Gesetzestext

§ 222 Namhaftmachung der Zeugen und Sachverständigen

(1) und (2) unverändert.

(3) [1]Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend für Zeugen und Sachverständige, deren Vernehmung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 ersetzt werden soll. [2]Eine beabsichtigte Ersetzung hat das Gericht der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten rechtzeitig mitzuteilen. [3]Die Mitteilung lässt deren Rechte aus § 214 Abs. 3 und den §§ 219, 220 unberührt. [4]Hat der Angeklagte keinen Verteidiger, so ist er zu befragen, ob er die Ladung des betreffenden Zeugen oder Sachverständigen zur Hauptverhandlung verlangen will. [5]§ 250 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend.

2. Begründung

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 222 StPO durch einen neuen Absatz 3 ist eine Folge der Umgestaltung der §§ 250–256 StPO:

Absatz 3 S. 1 erweitert die schon bisher in § 222 I und II StPO vorgesehene Verpflichtung zur Namhaftmachung auf die Zeugen und Sachverständigen, deren Vernehmung in der Hauptverhandlung künftig in Anwendung des § 250 I 1 AE durch die Einführung früherer Aussagen oder Erklärungen ersetzt werden soll. Diese Erweiterung ist notwendig, damit die Verfahrensbeteiligten auch bei einer solchen Ersetzung »die ihnen in und bei der Vorbereitung der Beweisaufnahme zustehenden Rechte und Pflichten sachgerecht ausüben können«.[62] Insbesondere benötigen sie die in § 222 I StPO genannten Angaben zur Person des betreffenden Zeugen oder Sachverständigen, um zu entscheiden, ob sie dessen Ladung zur Hauptverhandlung veranlassen bzw. in der Hauptverhandlung dessen persönliche Vernehmung beantragen wollen.

Die in Absatz 3 S. 2 vorgesehene Verpflichtung des Gerichts, eine beabsichtigte Ersetzung der Vernehmung der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten rechtzeitig mitzuteilen, soll den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit geben, schon vor der Hauptverhandlung der beabsichtigten Ersetzung zu widersprechen und die betreffenden Zeugen oder Sachverständigen zur Hauptverhandlung selbst zu laden oder deren Ladung zu beantragen. Dies ist vor allem aus prozessökonomischen Gründen unabdingbar. Könnten die Verfahrensbeteiligten ihren prozessualen Anspruch auf persönliche Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen erstmals durch einen Beweisantrag nach § 250 I 2 AE geltend machen, so wären die Gerichte in vielen Fällen dazu gezwungen, Zeugen oder Sachverständige, die sie wegen der beabsichtigten Ersetzung nicht geladen haben, im Ergebnis doch in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Damit aber würde selbst für einfache Fälle ein weiterer Verhandlungstag notwendig.

62 So die Formulierung des Zwecks der Namhaftmachung bei SK-*Deiters*, § 222 Rn 1 m. w. N.

Die prozessökonomische Zielsetzung des Absatzes 2 S. 2 ist nur zu erreichen, wenn die Mitteilung einer beabsichtigten Ersetzung das Recht der Verfahrensbeteiligten, den betreffenden Zeugen oder Sachverständigen selbst zur Hauptverhandlung zu laden oder dessen Ladung zu beantragen, unberührt lässt. Dies wird durch Absatz 3 S. 3 klargestellt. Die Regelungen in den Sätzen 4 und 5 des Absatzes 3 knüpfen an die in § 250 II AE vorgesehene Belehrungspflicht des Vorsitzenden gegenüber nicht verteidigten Angeklagten an. Sie sollen dafür Sorge tragen, dass auch Angeklagte ohne Verteidiger ihren prozessualen Anspruch auf persönliche Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen schon vor der Hauptverhandlung geltend machen können. Sie dienen damit letztlich ebenfalls dem Zweck, eine unnötige Vertagung der Verhandlung zu vermeiden.

VI. § 244 Umfang der Beweisaufnahme

1. Gesetzestext

§ 244 Umfang der Beweisaufnahme

Nach Absatz 2 wird ein neuer Absatz 2a eingefügt.

(2a) Soweit Tatsachen nicht die Schuld des Angeklagten, die Verhängung von Strafen und Maßnahmen oder die Anwendung verbotener Ermittlungsmethoden, insbesondere von Verstößen gegen § 136a betreffen, ist das Gericht nicht auf die im Gesetz ausdrücklich genannten Beweismittel beschränkt und sind die Absätze 3 bis 6 sowie § 245 nicht anzuwenden.

2. Begründung

Im Gegensatz zum Strengbeweis, bei dem die für die Schuld- und Straffrage erforderlichen Tatsachen in der Hauptverhandlung nur mit den gesetzlich zugelassenen Beweismitteln (d. h. Einlassung des Beschuldigten, Zeuge, Sachverständiger, Augenschein und Urkunden) in dem in den §§ 239–257 StPO vorgesehenen Verfahren ermittelt werden dürfen, ist das Gericht bei dem gewohnheitsrechtlich anerkannten *Freibeweis* bezüglich der nicht die Schuld- oder Straffrage oder die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden betreffenden Tatsachen in der Wahl der Beweismittel und deren Erhebung frei. Es kann neben oder anstelle der förmlichen Beweiserhebung z. B. telefonische und schriftliche Auskünfte von Zeugen einholen,[63] beigezogene Akten ohne Verlesung berücksichtigen, schriftliche Gutachten über § 256 StPO hinaus verwerten und dienstliche Äußerungen von Richtern und Beamten einholen; außerdem braucht es nach bisheriger Rechtslage Beweisanträge nur als Beweisanregungen zu behandeln.[64] Die im Freibeweisverfahren gewonnenen Erkenntnisse müssen nicht einmal unbedingt zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht werden.[65]

63 BGH NStZ 1984, 134.
64 LR-*Becker*, § 244 Rn 36; *Meyer-Goßner*, § 244 Rn 9; AK-*Schöch*, in: Alternativkommentar zur StPO, Bd. 2/2, 1993, § 244 Rn 8; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn 3.
65 *Volk*, Strafprozessrecht, 2010, § 23 Rn 9.

Die Grundsätze der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung gelten also beim Freibeweis nicht.[66] Keine Unterschiede gibt es aber hinsichtlich der Beweiswürdigung und des erforderlichen Grades der richterlichen Überzeugung.[67] Glaubhaftmachung, wie sie etwa in den § 26 II, § 45 I 2, §§ 56, 74 III StPO vorgesehen ist, kann zwar hinsichtlich der dabei verwendeten eidesstattlichen Versicherungen, anwaltlichen Erklärungen, Bescheinigungen und Unterlagen ein Beweismittel im Rahmen des Freibeweises sein;[68] dennoch bleibt außerhalb der genannten Vorschriften die volle richterliche Überzeugung (und kein bloßes Wahrscheinlichkeitsurteil) für die Feststellung der zu beweisenden Tatsachen notwendig.[69]

Im Hinblick auf die Durchbrechung zentraler Verfahrensgrundsätze der Hauptverhandlung bedarf das Freibeweisverfahren einer gesetzlichen Regelung. Der lückenhaften Regelung in § 251 III StPO bisheriger Fassung kann entnommen werden, dass das Freibeweisverfahren der Strafprozessordnung nicht fremd ist. Sie reicht jedoch nicht aus, um Rechtsklarheit für alle Fälle zu schaffen, in denen von einer förmlichen Beweisaufnahme abgesehen werden kann. § 251 III StPO betrifft nämlich nur den Urkundenbeweis und lockert dessen gesetzliche Grenzen nur zur Vorbereitung der Entscheidung darüber, ob die Ladung und Vernehmung einer Person erfolgen soll. Eine weitergehende allgemeine Regelung ist auch deshalb geboten, weil Einzelheiten über die Reichweite des Freibeweisverfahrens (z. B. bei der Überprüfung verbotener Vernehmungsmethoden gemäß § 136a StPO) in der Literatur umstritten sind. Die gewohnheitsrechtliche Legitimation des Freibeweises ist daher zweifelhaft.

Das Freibeweisverfahren gilt unstreitig für alle Beweiserhebungen außerhalb der Hauptverhandlung. Während der Hauptverhandlung gilt es nur für die Feststellung von Umständen, die nicht für die Schuld- oder Straffrage relevant sind, also z. B. für Prozessvoraussetzungen und die Voraussetzungen der Ablehnung von Beweisanträgen. Bei doppelrelevanten Tatsachen, die sowohl für die Schuld- und Straffrage als auch prozessual erheblich sind, gilt nach h.M. das Strengbeweisverfahren[70] (z. B. bei Zweifeln über den Tatzeitpunkt, der einerseits für die Verjährung, andererseits für ein Alibi des Beschuldigten relevant sein kann).

Streitig ist die Anwendbarkeit des Freibeweisverfahrens hinsichtlich der tatsächlichen Voraussetzungen von Verwertungsverboten, insbesondere für Verstöße gegen § 136a StPO.[71] Schon de lege lata wird dies von einer im Vordringen befindlichen Meinung im Hinblick auf die elementare rechtsstaatliche Bedeutung dieser Vorschrift[72] bzw. wegen des doppelrelevanten Charakters der entsprechenden Tatsachen[73] gefordert. Im Interesse einer optimalen Aufklärung derartiger

66 LR-*Becker*, § 244 Rn 36; *Meyer-Goßner*, § 244 Rn 9; *Volk*, § 23 Rn 9.
67 LR-*Kühne*, Bd. 1, 2006, Einl. H, Rn 34; *Volk*, § 23 Rn 9.
68 So wohl *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn 3; *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, § 10 Rn 180.
69 Dazu allgemein LR-*Kühne*, Einl. H, Rn 35.
70 BGH StV 1982, 101; *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn 4; offengelassen in BGHSt 26, 238 bezüglich Verhandlungsunfähigkeit.
71 Dafür BGHSt 16, 166; 38, 293; SK-*Rogall*, Bd. 2, 2010, § 136a Rn 101; dagegen AK-*Schöch*, § 244 Rn 13; LR-*Gleß*, Bd. 4, 2007, § 136a Rn 77; *Eisenberg*, Beweisrecht, 2013, Rn 707 jeweils m. w. N.
72 AK-*Schöch*, § 244 Rn 13; *Eisenberg*, Beweisrecht, 2013, Rn 707 m. w. N.
73 LR-*Gleß*, § 136a Rn 77; OLG Hamm StV 1999, 360.

Verfahrensverstöße, welche die Menschenwürde des betroffenen Beschuldigten oder Zeugen verletzen,[74] muss das Gericht diese im Strengbeweisverfahren klären. Anders als bei der Klärung sonstiger Verfahrensfragen muss jedoch dem Angeklagten auch die Möglichkeit gegeben werden, hierzu selbst Beweisanträge zu stellen, die nur unter den engen Voraussetzungen des § 244 III–VI StPO abgelehnt werden dürfen.

Der Gesetzesvorschlag geht davon aus, dass das Freibeweisverfahren kein Verfahren »nach Gutdünken« ist,[75] sondern zentralen strafprozessualen und rechtsstaatlichen Verfahrensanforderungen genügen muss. Unbestritten ist, dass die gerichtliche Aufklärungspflicht das Ermessen des Gerichts begrenzt, was je nach Sachlage dazu führen kann, dass das Gericht auch alle Möglichkeiten des Strengbeweises ausschöpfen muss.

Darüber hinaus ist anerkannt, dass die allgemeinen rechtsstaatlichen Verfahrensprinzipien auch im Freibeweisverfahren zu beachten sind, insbesondere also das Gebot rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) und des fairen Verfahrens (Art. 6 I 1 EMRK), die Aussagefreiheit des Angeklagten, Zeugnisverweigerungsrechte, Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote.[76] Es könnte überlegt werden, all diese Grundsätze ausdrücklich im Gesetz zu normieren. Dies erscheint jedoch überflüssig, da deren Geltung nirgendwo bestritten wird und es der Regelungstechnik der Strafprozessordnung widerspräche, die allgemeinen Grundsätze an jeder kritischen Stelle zu wiederholen.

VII. § 246 Verspätete Beweisanträge

1. Gesetzestext

§ 246 Verspätete Beweisanträge

An § 246 Abs. 2 wird als Satz 2 angefügt:

[2]Dies gilt auch, wenn die persönliche Vernehmung des betreffenden Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung gemäß § 250 Abs. 1 Satz 1 ersetzt werden soll.

2. Begründung

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 246 II StPO durch einen neuen Satz 2 ist eine Konsequenz aus der in § 222 III 1 AE vorgesehenen Ausdehnung der Verpflichtung zur Namhaftmachung auf die Zeugen und Sachverständigen, deren Vernehmung in der Hauptverhandlung gemäß § 250 I 1 AE durch die Einführung früherer Aussagen oder Erklärungen ersetzt werden soll. Da das in § 246 II StPO vorgesehene Recht, zum Zweck der Erkundigung die Aussetzung der Hauptverhandlung zu verlangen, an die Verletzung der Verpflichtung zur Namhaftmachung aus § 222 StPO anknüpft, ist es ebenfalls entsprechend zu erweitern.

74 BVerfG NStZ 1984, 82; BGHSt 5, 333; SK-*Rogall*, § 136a Rn 3 m. w. N.
75 *Meyer-Goßner*, § 244 Rn 9 m. w. N.; LR-*Becker*, § 244 Rn 36.
76 LR-*Becker*, § 244 Rn 37; AK-*Schöch*, § 244 Rn 8; *Meyer-Goßner*, § 244 Rn 9; *Volk*, § 23 Rn 9.

VIII. § 247 Ausschluss des Angeklagten

1. Gesetzestext

§ 247 Ausschluss des Angeklagten

Der bisherige Satz 2 wird aufgehoben. Die Sätze 3 und 4 werden die Sätze 2 und 3. Die Sätze 1 und 2 erhalten folgende Fassung:

[1]Das Gericht kann anordnen, dass sich der Angeklagte während der Vernehmung eines Mitangeklagten aus dem Sitzungszimmer entfernt, wenn anzunehmen ist, dass sich der Mitangeklagte nur in Abwesenheit des Angeklagten äußern wird. [2]Das Gericht kann für die Dauer von Erörterungen über den Zustand des Angeklagten und die Behandlungsaussichten die Entfernung des Angeklagten anordnen, wenn ein erheblicher Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

2. Begründung

Die Empfehlungen zur Neufassung des § 247 StPO sind in engem Zusammenhang mit den Vorschlägen zu sehen, die der Arbeitskreis zu § 247a StPO unterbreitet. Das derzeit geltende Recht sieht vor, dass der Angeklagte in drei Fallkonstellationen von der Hauptverhandlung ausgeschlossen werden kann: Im Interesse der Wahrheitsfindung, wenn zu befürchten ist, dass ein Mitangeklagter oder ein Zeuge in Anwesenheit des Angeklagten nicht die Wahrheit sagen wird (Satz 1), im Interesse des Zeugen, wenn von der Vernehmung in Anwesenheit des Angeklagten Nachteile für das Wohl des Zeugen zu befürchten sind (Satz 2 mit einer noch weitergehenden Unterscheidung zwischen unter 18-jährigen und älteren Zeugen), sowie schließlich im wohlverstandenen eigenen Interesse des Angeklagten selbst, wenn zu befürchten ist, dass die Anwesenheit während der Sachverständigenvernehmung über den Zustand des Angeklagten und die Behandlungsaussichten die Gesundheit des Angeklagten weiter beeinträchtigt (Satz 3); letztere Konstellation findet sich in ähnlicher Form auch im Jugendstrafverfahren (§ 51 I JGG). Da die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungsraum erheblich in die verfahrensrechtliche Stellung eingreift, indem sie dem Angeklagten anders als den übrigen Verfahrensbeteiligten die unmittelbare Wahrnehmung der Beweisaufnahme verwehrt, müssen die Ausschlussgründe eng ausgelegt[77] und muss der Angeklagte nach seiner Wiederzulassung zur Hauptverhandlung über den wesentlichen Inhalt des während seiner Abwesenheit Verhandelten informiert werden (Satz 4). Um dem Anwesenheitsgrundsatz möglichst weitgehend entgegenzukommen, werden die ohne den Angeklagten stattfindenden Vernehmungsteile in der Praxis in den beiden ersten Konstellationen in Bild und Ton in den Raum übertragen, in dem sich der Angeklagte während der Beweiserhebung aufhält; hierdurch reduzieren sich die Anforderungen, die an die spätere Unterrichtung des Angeklagten über den Inhalt des Verhandelten zu stellen sind.[78]

77 BGHSt 15, 195; 22, 20; 26, 220; KK-*Diemer*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl., 2008, § 247 Rn 2.
78 BGHSt 51, 181 ff.; vgl. hierzu auch SK-*Frister*, § 247 Rn 15 f.

Die Gegenüberstellung des § 247 mit § 247a I StPO zeigt, dass beide Vorschriften in weiten Bereichen große Ähnlichkeiten aufweisen. Alternativ zur Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungsraum kann die Vernehmung von Zeugen auch in der Weise durchgeführt werden, dass sich nicht der Angeklagte, sondern der Zeuge an einem anderen Ort aufhält und in audiovisuell vermittelter Form vernommen wird. Dieser alternative Weg – die Videovernehmung des Zeugen, der sich an einem anderen Ort aufhält – ist in zwei Konstellationen zulässig: Wenn es um die Abwendung der dringenden Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen geht (§ 247a I 1, 1. HS StPO), sowie dann, wenn die Voraussetzungen des § 251 II StPO vorliegen und die Videovernehmung zur Wahrheitserforschung erforderlich ist (§ 247a I 1, 2. HS StPO). Soweit es die Förderung der Wahrheitsfindung und den Zeugenschutz betrifft, stehen bei der Zeugenvernehmung damit zwei ganz unterschiedliche Wege zur Verfügung, die an nahezu identische Voraussetzungen anknüpfen (»wenn zu befürchten ist, ... ein Zeuge werde ... die Wahrheit nicht sagen« bzw. »soweit dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist« und »wenn ... die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für ihre Gesundheit besteht« bzw. wenn »die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen« besteht). Ein Vorrang für die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer oder die Videovernehmung ist im geltenden Recht nicht (mehr) vorgesehen; eine frühere Vorrangregelung zugunsten des § 247 StPO hat der Gesetzgeber im Jahr 2004 beseitigt.[79] Das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25.4.2013 hat insoweit keine Änderungen gebracht, da die Voraussetzungen des § 247 und des § 247a I StPO unangetastet geblieben sind.

Die im geltenden Recht angelegte Doppelung der Vorgehensweisen vermag nicht zu befriedigen. Es fehlen Leitlinien dafür, wie das Gesetz anzuwenden ist, wenn das Gericht entweder den Angeklagten oder den Zeugen aus dem Sitzungszimmer abtreten lassen kann; der Rechtsanwender wird mit der Entscheidung, auf welchem Weg die Sachaufklärung bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Verteidigungsinteressen des Angeklagten und des Schutzbedürfnisses des Zeugen am besten gewährleistet werden kann, vom Gesetzgeber weitgehend allein gelassen. Jedenfalls im Bereich des Zeugenschutzes gibt es keine Fallkonstellationen, in denen entweder die eine oder die andere Vorgehensweise klar vorzugswürdig erscheint. Handlungsunsicherheit und Fehleranfälligkeit sind die Folge. Der Arbeitskreis schlägt deshalb vor, die Doppelung aufzulösen und in dem Überschneidungsbereich, in dem vom Gesetz her beide Vorgehensweisen in Betracht kommen, die Möglichkeit der Entfernung des Angeklagten nach § 247 StPO einzuschränken. Zulässig soll diese Vorgehensweise nur noch in den Fällen sein, in denen zu befürchten ist, dass ein Mitangeklagter in Gegenwart des Angeklagten keine oder keine wahre Einlassung abgeben wird (*Satz 1*), sowie in den Fällen, in denen von der Erörterung von Gutachten über den Zustand des Angeklagten und seine Behandlungsaussichten Nachteile für die Gesundheit des Angeklagten zu

79 Opferrechtsreformgesetz v. 24.6.2004, BGBl. I, 1354.

befürchten sind (*Satz 2*). Allein für diese Fälle lässt es sich rechtfertigen, mit Blick auf die Förderung der Wahrheitsfindung und die Gesundheit des Angeklagten Durchbrechungen des Anwesenheitsgrundsatzes (§ 231 I StPO) vorzunehmen. In den übrigen Fällen verdient die Vorgehensweise nach § 247a I StPO den Vorzug. Eine audiovisuelle Übertragung der Vernehmung in den Raum, in dem sich der Angeklagte aufhält, ist in diesen Fällen nicht ausgeschlossen; sie wird jedoch häufig der Ratio des Ausschlusses zuwiderlaufen und wird daher von der neugefassten Regelung nicht angeordnet.

IX. § 247a Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung

1. Gesetzestext

§ 247a Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung

(1) [1]Sind der Staatsanwalt, der Angeklagte und der Verteidiger damit einverstanden, so kann die Vernehmung eines Mitangeklagten, Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung mittels audiovisueller Übertragung durchgeführt werden. [2]Dafür wird die Aussage der sich an einem anderen Ort aufhaltenden vernommenen Person zeitgleich in Bild und Ton in das Sitzungszimmer übertragen.

(2) Ohne das Einverständnis der in Satz 1 genannten Beteiligten kann das Gericht die Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung beschließen, wenn

1. bei der Vernehmung eines Zeugen zu befürchten ist, dass er die Wahrheit in Gegenwart des Angeklagten nicht sagen wird;
2. bei einer Vernehmung eines Zeugen in Gegenwart des Angeklagten ein erheblicher, auch unter Berücksichtigung der Bedeutung der Aussage nicht zumutbarer Nachteil für das Wohl des Zeugen zu befürchten ist;
3. dem Erscheinen eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen;
4. einem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann.

(3) Besteht Anlass zu der Besorgnis, dass durch die Offenbarung der Identität eines Zeugen Leben, Leib oder Freiheit des Zeugen oder einer anderen Person gefährdet werden, darf die Übertragung auf Anordnung des Gerichts technisch auf eine Weise verfremdet werden, die das Wiedererkennen des Zeugen verhindert oder wesentlich erschwert.

(4) Sofern im Fall des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 1 die Gefahr für die Wahrheitsfindung oder im Fall des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 2 die Gefahr für das Wohl eines Zeugen durch die Vernehmung mittels audiovisueller Übertragung nicht abgewendet werden kann, kann das Gericht stattdessen die auf Bild-Ton-Träger aufzuzeichnende Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter anordnen und einen Antrag auf Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung ablehnen.

Der bisherige Absatz 2 wird aufgehoben.

2. Begründung

Das geltende Recht geht von dem Grundsatz aus, dass der in der Hauptverhandlung zu vernehmende Zeuge während seiner Vernehmung im Sitzungsraum persönlich anwesend ist. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes in der Weise, dass dem Zeugen gestattet wird, sich während der Vernehmung an einem anderen Ort aufzuhalten und die Vernehmung als audiovisuell in den Sitzungssaal übertragene Videovernehmung durchzuführen, sieht das Gesetz in zwei Konstellationen vor: Wenn es um die Abwendung der dringenden Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen geht (§ 247a I 1, 1. HS StPO), sowie dann, wenn die Voraussetzungen des § 251 II StPO vorliegen und die Videovernehmung zur Wahrheitserforschung erforderlich ist (§ 247a I 1, 2. HS StPO). Diese Regelung bedarf schon deshalb einer Neufassung, weil der Arbeitskreis an anderer Stelle vorschlägt, die in Bezug genommene Norm (§ 251 StPO) grundlegend neu zu konzipieren, wodurch die bisherigen Voraussetzungen für die Verlesung richterlicher Vernehmungsniederschriften (§ 251 II StPO) entfallen. Unbefriedigend ist aber auch die gegenwärtige Ausgestaltung des § 247a II StPO. Dies betrifft vor allem die zweite Fallkonstellation. Der zweite Halbsatz des ersten Satzes (»eine solche Anordnung ist auch unter den Voraussetzungen des § 251 II 2 zulässig, soweit dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist«) war im Gesetzgebungsverfahren im Entwurf der Regierungsparteien gar nicht vorgesehen gewesen, sondern ist erst im Rechtsausschuss in die Vorschrift eingefügt worden.[80] Möglicherweise sind dabei nicht sämtliche Implikationen, die sich aus der gewählten Formulierung ergeben, ausreichend bedacht worden. Auffällig ist jedenfalls, dass die Videovernehmung bei strikter Orientierung am Gesetzeswortlaut voraussetzen würde, dass der Zeuge zuvor *richterlich* vernommen worden ist. Die Videovernehmung nach § 247a I 1, 2. HS StPO wäre in diesem Fall lediglich eine Alternative zur Protokollverlesung, würde aber keinen eigenständigen Anwendungsbereich für die Vernehmung nur polizeilich vernommener oder erstmals in der Hauptverhandlung in Erscheinung tretender Zeugen eröffnen; eine solche Einschränkung erscheint aber nicht sinnvoll und wird in der Literatur so auch nicht vertreten.[81] Überdies wäre es bei strikter Orientierung am Gesetzeswortlaut möglich, nicht nur Zeugen audiovisuell zu vernehmen, sondern neben den nunmehr in § 247a II StPO ausdrücklich angesprochenen Sachverständigen auch Mitbeschuldigte, auf die in § 251 II StPO verwiesen wird. Diese Konsequenz wird indes von der ganz h.M. abgelehnt; insbesondere die Videovernehmung von Mitbeschuldigten soll nur dann zulässig sein, wenn sie im aktuellen Verfahren die prozessuale Stellung eines Zeugen einnehmen.[82]

Nach den Vorstellungen des Arbeitskreises sollte § 247a StPO in der Weise neu gefasst werden, dass die Videovernehmung zunächst immer dann für zulässig erklärt wird, wenn der Staatsanwalt, der Angeklagte und, falls der Angeklagte

80 BT-Drucks. 13/7165; 13/8990; 13/9063, 4.
81 LR-*Becker*, § 247a Rn 8; *Diemer* NJW 1999, 1670.
82 KK-*Diemer*, § 247a Rn 12; *Meyer-Goßner*, § 247a Rn 6.

verteidigt ist, der Verteidiger damit einverstanden sind. Das Konsensprinzip ist in diesem Zusammenhang schon im geltenden Recht angelegt (§ 247a I 1, 2. HS mit Verweis auf § 251 II Nr. 3 StPO) und sollte wegen seiner Bedeutung für die Verfahrensvereinfachung an die Spitze der Norm gestellt werden (*Absatz 1*). Außer Zeugen sollten nach Auffassung des Arbeitskreises auch Mitangeklagte und Sachverständige audiovisuell vernommen werden können. Für Mitangeklagte überträgt der Entwurf damit die Regelung des § 163a I 2 i. V. m. § 58b StPO bzw. des § 136 IV 4 AE i. V. m. § 58b StPO in das Recht der Hauptverhandlung, um den seltenen Fallkonstellationen Rechnung zu tragen, in denen der Mitangeklagte nach § 233 StPO von der Pflicht zum Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden ist. Für Sachverständige korrigiert der Arbeitskreis die Entscheidung des Gesetzgebers, der im Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes der Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25.4.2013 vorgesehen hat, dass Sachverständige nach Ermessen des Gerichts audiovisuell vernommen werden können (§ 247 II StPO). Aus der Sicht des Arbeitskreises ist diese allein mit Blick auf den Ressourcendruck geschaffene Regelung nicht gerechtfertigt, da zwischen Sachverständigen und Zeugen in der Beweismittelfunktion keine kategorialen Unterschiede bestehen; für die Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung sind Sachverständige nicht weniger entbehrlich als Zeugen.

Wenn das Einverständnis mit dieser Form der Beweiserhebung nicht erteilt wird, soll die Videovernehmung künftig in vier Fallkonstellationen zulässig sein, die sich an den bereits im geltenden Recht vorfindlichen Regelungen orientieren (*Absatz 2*): Während die ersten beiden Fallkonstellationen die Wahrheitsfindung und den Zeugenschutz in den Mittelpunkt stellen und damit an die Voraussetzungen anknüpfen, unter denen bislang die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal angeordnet werden kann (§ 247 S. 1 und 2 StPO), übernehmen die dritte und die vierte Fallkonstellation die Voraussetzungen, unter denen die Videovernehmung schon derzeit zur Wahrheitserforschung angeordnet werden kann (§ 247a I 1, 2. HS StPO). Die bisher in § 247 S. 1 StPO enthaltene Formulierung unterschiedlicher Voraussetzungen nach dem Alter des Zeugen (unter und über 18-jährige Zeugen) soll künftig entfallen, da die Unterschiede in der Praxis kaum begründbar sind.

Wenn und soweit sich die Gefahren für die Wahrheitsfindung und den Zeugenschutz durch die Vernehmung des Zeugen an einem anderen Ort nicht aus dem Weg räumen lassen, soll das Gericht die Möglichkeit haben, den Zeugen aus der Hauptverhandlung ganz herauszuhalten und stattdessen die kommissarische Vernehmung des Zeugen nach § 223 StPO anzuordnen (*Absatz 4*). Zu denken ist hier namentlich an die Befragung besonders junger Zeugen, bei denen die Künstlichkeit der audiovisuell vermittelten Vernehmungssituation die Aussagetüchtigkeit des Zeugen beeinträchtigt. Die Anordnung der kommissarischen Vernehmung ermöglicht es in diesen Fällen, die Befragung des Zeugen nach dem Modell des § 168e StPO durchzuführen.

Um Zweifel daran auszuräumen, dass die in der Form des § 247a StPO durchgeführte Vernehmung aufgezeichnet werden darf, damit sie im weiteren Verlauf

des Verfahrens zur Verfügung steht, ist eine entsprechende Klarstellung im Gesetz erforderlich (bisher § 247a I 4 StPO). Der Arbeitskreis schlägt jedoch vor, diese Klarstellung künftig nicht mehr in § 247a StPO vorzunehmen, sondern in der allgemeinen Vorschrift des § 58a StPO, um sicherzustellen, dass in der Hauptverhandlung grundsätzlich sämtliche Zeugenvernehmungen audiovisuell aufgezeichnet werden dürfen (vgl. § 58a V AE).

Absatz 3 regelt das Sonderproblem der Abschirmung gefährdeter Zeugen bei der audiovisuellen Vernehmung. In einer Entscheidung des *Großen Senats* im Jahr 1983 hatte der *BGH* noch judiziert, eine Beweisaufnahme unter optischer und akustischer Abschirmung sei unzulässig, weil sie im geltenden Recht nicht vorgesehen sei.[83] Das Gesetz hat sich seither nicht geändert, wohl aber die Auslegung des Gesetzes durch die höchstrichterliche Rechtsprechung.[84] Der *BGH* hat nämlich im Jahr 2002 unter Berufung auf § 68a StPO entschieden, dass die Videosimultanvernehmung auch in der Weise durchgeführt werden darf, dass die Identifizierung der Vertrauensperson durch den Einsatz verfremdender technischer Mittel verhindert wird; dies sei zulässig, wenn der Zeuge sonst von der Behörde ganz für die Vernehmung gesperrt würde.[85] Die Zulässigkeit der optischen und akustischen Verfremdung kann danach für die Praxis als geklärt gelten. Freilich ist zu berücksichtigen, dass mit der Abschirmung die Grenzen des Unmittelbarkeitsprinzips verschoben und die Möglichkeiten zur visuellen und akustischen Wahrnehmung der Zeugenaussage über die mit jeder Videosimultanvernehmung unvermeidbar einhergehenden Einschränkungen hinaus begrenzt werden. Deshalb erscheint eine Klarstellung im Gesetzestext notwendig, die die technische Verfremdung für zulässig erklärt und ihre Voraussetzungen konkretisiert. Dabei wird für die Formulierung der Voraussetzungen an § 68 III StPO angeknüpft, wo bereits festgelegt ist, unter welchen Voraussetzungen die Identität des Zeugen in der Hauptverhandlung geheim gehalten werden darf.

X. § 249 Verlesung von Schriftstücken

1. Gesetzestext

§ 249 Verlesung von Schriftstücken

In Absatz 1 wird Satz 2 gestrichen.

(2) In Absatz 2 entfallen die Worte »§ 253 und«.

2. Begründung

a) Streichung des § 249 I 2 StPO

Das geltende Recht enthält in § 249 I 2 StPO eine Aufzählung von öffentlichen Urkunden (Strafurteile, Straflisten, Auszüge aus Kirchenbüchern und Personenstandsregistern sowie Protokolle über die Einnahme des richterlichen Augenscheins), die »insbesondere« als Beweismittel in der Hauptverhandlung zu verlesen sind. Diese Aufzählung wird bereits im geltenden Recht weitgehend als funktionslos angesehen.[86] Zum Teil wird ihr allerdings insofern konstitutive Bedeutung zuerkannt, als auf die genannten Urkunden das Verlesungsverbot des § 250 S. 2 StPO keine Anwendung finden soll.[87] Da mit dessen Aufhebung durch den neuen § 250 AE aber auch eine solche Funktion obsolet würde, schlägt der Entwurf die ersatzlose Streichung des § 249 I 2 StPO vor.

b) Anpassung des § 249 II StPO

In § 249 II StPO sieht der Entwurf nur noch für die Fälle des § 254 StPO eine Ausnahme von der Zulässigkeit des sog. Selbstleseverfahrens vor. Die im geltenden Recht vorgesehene weitere Ausnahme für die Fälle der ergänzenden Protokollverlesung nach § 253 StPO hat infolge der Umgestaltung der §§ 250–256 StPO keinen Anknüpfungspunkt mehr und musste deshalb entfallen.

Der Arbeitskreis hat erwogen, stattdessen für die Fälle der Ersetzung einer persönlichen Vernehmung nach § 250 I 1 StPO das Selbstleseverfahren ganz auszuschließen,[88] damit – wenn schon die Vernehmung selbst nicht in öffentlicher Hauptverhandlung erfolgt – die Öffentlichkeit in der Verhandlung zumindest über den Inhalt der Aussage informiert wird. Jedoch kann das Selbstleseverfahren auch bei der Einführung von Aussagen oder Erklärungen, z. B. bei umfangreichen technischen Gutachten oder einer großen Anzahl im Wesentlichen gleichartiger Schilderungen mutmaßlich Geschädigter, erhebliche Vorteile haben. Deshalb erscheint ein solch genereller Ausschluss bei Abwägung der widerstreitenden Interessen im Ergebnis nicht geboten, zumal bei streitigen Sachverhalten die Verfahrensbeteiligten in der Regel ohnehin die persönliche Vernehmung des betreffenden Zeugen oder Sachverständigen beantragen werden.

XI. § 249a Vorführung von Bild-Ton-Träger-Aufzeichnungen

1. Gesetzestext

§ 249a Vorführung von Bild-Ton-Träger-Aufzeichnungen

(1) [1]Der Beweis über eine auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnete Vernehmung wird in der Hauptverhandlung durch Vorführung der Aufzeichnung erhoben. [2]Alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit müssen Gelegenheit erhalten, die Bild-Ton-Aufzeichnung optisch und akustisch wahrzunehmen.

(2) Von der Vorführung der Aufzeichnung kann unter den in § 249 Abs. 2 genannten Voraussetzungen abgesehen werden.

83 BGHSt 32, 124 f.; zur Problematik ausführlich SK-*Frister*, § 247a Rn 59 ff.
84 BGH NStZ 2003, 275.
85 BGH NStZ 2003, 274; vgl. hierzu auch KK-*Diemer*, § 247a Rn 14; LR-*Becker*, § 247a Rn 10.

86 Vgl. SK-*Frister*, § 249 Rn 16 m. w. N.
87 Vgl. etwa KK-*Diemer*, § 249 Rn 17.
88 Eine solche Regelung wäre der Sache nach eine Rückkehr zu der bis 1994 geltenden Rechtslage. Denn der Ausnahmekatalog des § 249 II StPO enthielt ursprünglich auch die Fälle der §§ 251, 256 StPO. Sie wurden erst durch Art. 4 Nr. 6 des Verbrechensbekämpfungsgesetzes v. 28.10.1994 (BGBl. I, S. 475) gestrichen.

2. Begründung

Die vom Arbeitskreis empfohlene häufigere Aufzeichnung von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen auf Datenträger und die stärkere Nutzung des so gewonnenen Beweismaterials für die Wahrheitsfindung setzen eine Auseinandersetzung mit der Frage voraus, auf welche Weise der Videobeweis in der Hauptverhandlung erhoben werden soll. Vorgelagert und eng damit verbunden ist die Frage, um welche Art von Beweismittel es sich bei der Vorführung einer Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung überhaupt handelt. Die wohl h.M. ordnet den Videobeweis als eine Sonderform des Augenscheinsbeweises ein.[89] In der Sache ist die Einordnung problematisch, weil mit der Vorführung der Aufzeichnung nicht nur über die »Beschaffenheit des Beweisgegenstands« (d. h. des Zeugen während der Vernehmung) Beweis erhoben wird (was das Spezifikum des Augenscheinsbeweises ist), sondern weil die Aufzeichnung auch den Inhalt der Vernehmung wiedergibt und insoweit dieselbe Funktion erfüllt wie der Urkundsbeweis, der bei der Verlesung von Vernehmungsniederschriften geführt wird. Vom Urkundsbeweis freilich unterscheidet sich der Videobeweis darin, dass der Beweis hier nicht durch Verlesung, sondern durch Vorführung erhoben wird (wobei der Urkundsbeweis ebenso wie der Videobeweis von den Verfahrensbeteiligten akustisch wahrgenommen wird). In der Sache spricht deshalb viel dafür, die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung von der Vernehmung als ein Beweismittel eigener Art anzusehen. Dasselbe gilt für die Fälle, in denen in der Hauptverhandlung keine vollständige Bild-Ton-Träger-Aufzeichnung, sondern lediglich eine Ton-Träger-Aufzeichnung zur Verfügung steht, mit der über den Inhalt des gesprochenen Wortes Beweis erhoben wird.

Die Frage der richtigen Einordnung könnte als für die Praxis irrelevant dahinstehen, wenn mit ihr nicht zwei Fragen verbunden wären, die der gesetzlichen Klärung bedürfen. Zum einen ist klärungsbedürftig, auf welche Weise der Videobeweis erhoben wird und welche Anforderungen insoweit an die Beweiserhebung zu stellen sind. Dass das bloße Vorhandensein der audiovisuellen Aufzeichnung für die Beweiserhebung nicht genügt, sondern dass es hierfür der Vorführung im Gerichtssaal bedarf, liegt auf der Hand. Noch nicht beantwortet ist damit allerdings, welche Anforderungen an die Vorführung gestellt werden, welche Verfahrensbeteiligten also unter welchen Voraussetzungen die Vorführung wahrnehmen können sollen und welche Bedeutung insoweit der Saalöffentlichkeit beigemessen wird. Zugespitzt lautet die Frage: Soll es für die Beweiserhebung genügen, dass auf der Richterbank ein Notebook steht, über dessen Display die Aufzeichnung mitverfolgt werden kann? Die Einordnung des Videobeweises als Augenscheinsbeweis würde dazu führen, dass es allein auf den physikalisch-technischen Vorgang der Vorführung ankommt, ungeachtet der Wahrnehmbarkeit des Vorgangs insbesondere durch die Öffentlichkeit. Die Nähe zum Urkundsbeweis spricht auf der anderen Seite dafür, auf die Wahrnehmung des Inhalts der Aufzeichnung

89 Alsberg/Nüse/*Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozeß, S. 231 f.; *Diemer* NJW 1999, 1673; *Meyer-Goßner*, § 255 a Rn 1.

durch Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit maßgebliches Gewicht zu legen. Auch die in § 249 I 1 StPO geforderte »Verlesung« setzt voraus, dass der Vorsitzende hörbar und verständlich spricht; dem Erfordernis ist dann nicht Rechnung getragen, wenn der Vorsitzende bei der Verlesung auf eine Weise flüstert, nuschelt oder krächzt, dass seine Äußerungen von den Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit nicht wahrgenommen und verstanden werden können.[90] Die Nähe des Videobeweises zum Urkundsbeweis legt es nahe, dieses Erfordernis auf die Vorführung der Aufzeichnung zu übertragen und die Wahrnehmbarkeit der Vorführung durch die Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit explizit zur Voraussetzung zu machen (*Absatz 1*).

Zum zweiten ist klärungsbedürftig, ob es für die Erhebung des Videobeweises Verfahrensvereinfachungen geben soll, um die Hauptverhandlung in den hierfür geeigneten Fällen effizienter durchführen zu können; eine von allen wahrnehmbare Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung im Gerichtssaal ist mit erheblichem, nicht nur technischem Aufwand verbunden. Auch insoweit führt die Nähe des Videobeweises zum Urkundsbeweis weiter, da sie den Blick auf das beim Urkundsbeweis eingeführte und bewährte Selbstleseverfahren nach § 249 II StPO lenkt. Parallel zum Selbstleseverfahren lässt sich für den Videobeweis ein Selbst-»seh«-verfahren denken, das die mühsame und zeitraubende Vorführung der gesamten Videoaufzeichnung der Zeugenvernehmung ersetzen kann und den Verfahrensbeteiligten, die sich etwa im Zusammenhang mit der Anklageerhebung und dem Zwischenverfahren bereits mit der Videoaufzeichnung auseinandergesetzt haben können, die erneute zeitraubende Wahrnehmung der Aufzeichnung erspart. Durch das Selbst-«seh-«verfahren wird freilich ebenso wie durch das Selbstleseverfahren die Transparenz des Verfahrens für die Öffentlichkeit eingeschränkt, so dass es vom Gesetzgeber in einer grundsätzlich öffentlichen Hauptverhandlung kaum zum Regelfall erhoben werden kann, sondern den Beteiligten lediglich als eine im Ermessen des Vorsitzenden stehende Option zur Verfahrensgestaltung zur Verfügung gestellt werden sollte. Da auch das Selbstleseverfahren gemäß § 249 II StPO im Ermessen des Vorsitzenden steht, kann für das Selbst-»seh«-verfahren insoweit auf diese Vorschrift verwiesen werden (*Absatz 2*).

XII. § 250 Ersetzung einer Vernehmung

1. Gesetzestext

§ 250 Ersetzung einer Vernehmung

(1) [1]Soweit es nicht möglich oder zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist, einen Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu vernehmen, kann die Vernehmung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der betreffenden Person ersetzt werden. [2]Die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und der Verteidiger können sowohl zur Bestätigung als auch zur Widerlegung einer in der früheren Aussage oder

90 Alsberg/Nüse/*Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozeß, S. 313; LR-*Mosbacher*, § 249 Rn 38.

Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen beantragen. [3]Insoweit gilt das Beweisantragsrecht mit der Maßgabe, dass § 244 Abs. 4 und 5, § 384 Abs. 3 und § 420 Abs. 4 nicht anzuwenden sind.

(2) [1]Hat der Angeklagte keinen Verteidiger, so belehrt ihn der Vorsitzende über sein Recht, zur Bestätigung oder Widerlegung einer in einer früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen zu beantragen. [2]Soweit dies erforderlich ist, erläutert er die Bedeutung eines solchen Antrags für das Konfrontationsrecht des Angeklagten (§ 253).

2. Begründung

a) Befugnis zur Ersetzung der persönlichen Vernehmung (Absatz 1 S. 1)

Wie in den Vorbemerkungen zu den §§ 250–254 AE dargelegt, soll nach der Konzeption des AE über die Frage, ob die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger Erklärungen der betreffenden Person ersetzt werden kann, nach den allgemeinen Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme entschieden werden. Dementsprechend wird der bisherige § 250 StPO durch eine vollständig neue Regelung ersetzt. Diese gibt den Grundsatz der persönlichen Vernehmung explizit auf, indem sie in Absatz 1 S. 1 vorsieht, dass die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung durch die Einführung einer früheren Aussage oder Erklärung ersetzt werden kann.

Die Ersetzung wird zugelassen, wenn es nicht möglich oder zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist, den betreffenden Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Dementsprechend hat das Gericht bei jedem Zeugen oder Sachverständigen, der in der Hauptverhandlung vernommen werden könnte, zu entscheiden, ob es eine solche Vernehmung ungeachtet einer bereits vorliegenden Aussage oder Erklärung als zur Wahrheitserforschung erforderlich erachtet. Der Maßstab für diese Entscheidung ist die Amtsaufklärungspflicht des § 244 II StPO.[91] Die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung wird insbesondere dann erforderlich sein, wenn das Gericht konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung anders aussagen wird als bisher, oder wenn es Zweifel an der Glaubhaftigkeit der früheren Aussage oder Erklärung hat. Ansonsten wird regelmäßig die Einführung früherer Aussagen oder Erklärungen zur Wahrheitserforschung ausreichend sein.

Nur die Vernehmung eines »Zeugen oder Sachverständigen« kann gemäß § 250 I 1 AE durch die Einführung früherer Aussagen oder Erklärungen ersetzt werden. Die Regelung gilt also insbesondere nicht für Mitangeklagte, denen schon gemäß § 243 V StPO stets die Gelegenheit zu geben ist, in der Hauptverhandlung zur Sache auszusagen. Sofern sie von dieser Gelegenheit keinen Gebrauch machen,[92]

91 Vgl. zu diesem Maßstab LR-*Becker*, § 244 Rn 46 ff.; SK-*Frister*, § 244 Rn 10 ff., beide m. w. N.

92 In welcher Form der Angeklagte von diesem Recht Gebrauch machen muss, insbesondere ob er sich auch durch seinen Verteidiger einlassen, eine vorformulierte Erklärung verlesen oder nur schriftlich äußern kann, ist hier nicht zu entscheiden. Die Frage betrifft nicht die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, sondern ist ein Problem der Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs; vgl. dazu BGHSt 52, 173 ff. sowie SK-*Frister*, § 243 Rn 72 ff. m. w. N.

beurteilt sich die Zulässigkeit der Einführung ihrer etwaigen früheren Aussagen ebenfalls nicht nach § 250 AE, sondern nach der Sonderregelung des § 254 AE. Maßgeblich für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs beider Vorschriften ist nach dem formalen Beschuldigtenbegriff der Rechtsprechung[93] die prozessuale Rolle im jeweiligen Verfahren. Auch (mutmaßlich) an der Tat beteiligte, aber nicht im selben Verfahren angeklagte Personen sind danach Zeugen, so dass insoweit die Regelung des § 250 AE anwendbar ist.

b) Verweis auf das Beweisantragsrecht (Absatz 1 S. 2 und 3)

Zu den bei der Entscheidung über die Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen anzuwendenden Regeln über den Umfang der Beweisaufnahme gehört auch das Beweisantragsrecht der Verfahrensbeteiligten. Dementsprechend gibt § 250 I 2 AE der Staatsanwaltschaft, dem Angeklagten und seinem Verteidiger ausdrücklich das Recht, ungeachtet einer vom Gericht beabsichtigten Ersetzung die persönliche Vernehmung des betreffenden Zeugen oder Sachverständigen zu beantragen. Die Regelung gilt über § 397 I 3 StPO auch für den Nebenkläger. Führt das Gericht die frühere Aussage oder Erklärung eines Zeugen oder Sachverständigen in die Hauptverhandlung ein, so darf es den Antrag auf persönliche Vernehmung gemäß § 250 I 3 AE nur unter den Voraussetzungen des § 244 III StPO, bei präsenten Zeugen oder Sachverständigen sogar nur unter denen des § 245 II StPO ablehnen. Die erweiterten Ablehnungsmöglichkeiten für Sachverständige und im Ausland zu ladende Zeugen sowie die Sonderregelungen im Privatklageverfahren, im Beschleunigten Verfahren und im Verfahren nach Einspruch gegen einen Strafbefehl sind insoweit nicht anwendbar.

Der Antrag auf persönliche Vernehmung ist nach der Konzeption des AE ein Beweisantrag, für den im Grundsatz die allgemeinen formalen Anforderungen für Beweisanträge[94] gelten. Um dem Gericht die Anwendung des in den §§ 244 III, 245 II StPO kodifizierten Ablehnungssystems zu ermöglichen, hat der Antragsteller insbesondere anzugeben, zu welcher in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung vernommen und ob diese Tatsache durch seine Vernehmung bestätigt oder widerlegt werden soll. Soweit der mit dem Antrag unter Beweis gestellte Sachverhalt gar nicht Gegenstand der früheren Aussage oder Erklärung des Zeugen oder Sachverständigen war, handelt es sich nicht um einen Antrag nach § 250 I 2 AE. In einem solchen Fall ist das Beweisantragsrecht ohne die Maßgabe des § 250 I 3 AE anzuwenden.

Die Geltung der an Beweisanträge gestellten formalen Anforderungen bedeutet nicht, dass der Antragsteller dazu verpflichtet wäre, dem Gericht auf Nachfrage zu erläutern, warum er von der Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen in

93 Grundlegend BGHSt 10, 10 ff.; vgl. dazu die Darstellung bei *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1993, S. 14 ff. m. w. N.

94 Vgl. zu diesen etwa SK-*Frister*, § 244 Rn 48 ff. m. w. N.

der Hauptverhandlung eine Widerlegung der früheren Aussage oder Erklärung erwartet. Die insbesondere in der Rechtsprechung des *5. Strafsenats* des *BGH*[95] postulierte Verpflichtung des Antragstellers zur Begründung seiner eigenen Beweiserwartungen (sog. »Konnexität im weiteren Sinne«[96]) wird schon für das allgemeine Beweisantragsrecht zu Recht kritisiert.[97] Bei einem Antrag auf persönliche Vernehmung nach § 250 I 2 AE steht einer solchen Verpflichtung jedenfalls das in Art. 6 III lit. d) EMRK gewährleistete Recht auf Befragung der Belastungszeugen entgegen, dessen Gewährung gerade auf der Prämisse beruht, dass die kritische Befragung einer Person stets dazu geeignet sein kann, ihre bisherige Aussage zu revidieren.

Diese dem Fragerecht des Art. 6 III lit. d) EMRK zugrunde liegende Prämisse ist auch der Grund dafür, dass die allgemeine Regelung des Beweisantragsrechts auf den Antrag auf persönliche Vernehmung mit der besonderen Maßgabe des § 250 I 3 AE anzuwenden ist. Sofern ein Gericht sein Urteil auf eine frühere Aussage oder Erklärung eines Zeugen oder Sachverständigen stützen will, muss den Verfahrensbeteiligten grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt werden, diese Aussage oder Erklärung durch eine kritische Befragung des Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu widerlegen. Da diese Möglichkeit durch eine Befugnis des Gerichts zur Ablehnung von Anträgen nach pflichtgemäßem Ermessen und die zusätzlichen Ablehnungsmöglichkeiten des § 244 IV StPO in Frage gestellt würde, schließt der Entwurf die Anwendung der entsprechenden Regelungen auf den Antrag nach § 250 I 2 AE aus.

c) Belehrungspflicht (Absatz 2)

Die mit der Regelung des § 250 I AE vorgeschlagene grundlegende Umgestaltung der Regelungen über die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme schränkt zwar im Ergebnis die Rechte des Angeklagten nicht ein, erhöht aber die Anforderungen an die Geltendmachung dieser Rechte. Während die Ersetzung einer Vernehmung durch die Verlesung einer früheren Aussage oder Erklärung nach § 251 I Nr. 1, II Nr. 3 StPO nur mit der vom Gericht einzuholenden Zustimmung des Angeklagten und seines Verteidigers[98] zulässig ist, muss die Verteidigung nach § 250 I AE selbst initiativ werden, um die von ihr nicht gewollte Ersetzung einer Vernehmung zu verhindern. Da eine solche Initiative von Angeklagten ohne Verteidiger nicht ohne weiteres verlangt werden kann, sieht § 250 II AE insoweit besondere Belehrungspflichten vor.

Führt das Gericht eine frühere Aussage oder Erklärung eines Zeugen oder Sachverständigen in die Hauptverhandlung ein, so hat der Vorsitzende gemäß § 250 II 1 AE einen Angeklagten ohne Verteidiger stets darüber zu belehren, dass er zur Bestätigung oder Widerlegung einer in der Aussage bzw. Erklärung

95 Vgl. insbesondere BGHSt 52, 287 ff.

96 So die Bezeichnung bei *Fezer*, in: Eser/Goydke/Maatz/Meurer (Hrsg.), Festschrift für Meyer-Goßner, 2001, S. 636.

97 Vgl. KK-*Fischer*, § 244 Rn 83 f.; LR-*Becker*, § 244 Rn 114; SK-*Frister*, § 244 Rn 57, alle m. w. N.

98 Hat der Angeklagte keinen Verteidiger, so rechtfertigt seine eigene Zustimmung nur eine Ersetzung nach § 251 II Nr. 3 StPO.

bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen beantragen kann. Soweit der Angeklagte den Zeugen oder Sachverständigen im bisherigen Verfahren noch nicht befragen konnte, hat der Vorsitzende ihm außerdem gemäß § 250 II 2 AE zu erläutern, dass er sich nur durch einen solchen Antrag die Möglichkeit zur Befragung des betreffenden Zeugen oder Sachverständigen verschaffen kann und er – wenn er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht – auf die Wahrnehmung seines Konfrontationsrechts und das sich aus dessen Verletzung ergebende Beweisverwertungsverbot (vgl. § 253 AE) verzichtet.

Im Hinblick auf die hohen formalen Anforderungen an Beweisanträge hat der Arbeitskreis darüber hinaus erwogen, den Vorsitzenden explizit zu verpflichten, auf eine sachgerechte Antragstellung von Angeklagten ohne Verteidiger hinzuwirken. Da jedoch das allgemeine Beweisantragsrecht keine solch ausdrückliche Regelung enthält, hätte dies zu dem Missverständnis Anlass geben können, dass eine derartige Verpflichtung nur oder zumindest in besonderem Maße in den Fällen des § 250 I 2 AE bestehe. Aufgrund seiner prozessualen Fürsorgepflicht ist der Vorsitzende jedoch allgemein dazu verpflichtet, auf eine sachgerechte Antragstellung von Angeklagten ohne Verteidiger hinzuwirken.[99] Soweit dies erforderlich ist, hat er deshalb auch bei der Formulierung von Beweisanträgen Hilfe zu leisten. Auf eine spezielle Regelung dieser generellen Verpflichtung für den Antrag nach § 250 I 2 AE hat der Entwurf deshalb verzichtet.

XIII. § 251 Art und Weise der Ersetzung durch eine frühere Aussage

1. Gesetzestext

§ 251 Art und Weise der Ersetzung durch eine frühere Aussage

(1) Bei der Ersetzung einer Vernehmung durch eine frühere Aussage nach § 250 Abs. 1 Satz 1 ist von mehreren für die Einführung in die Hauptverhandlung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten in folgender Rangfolge Gebrauch zu machen:

1. Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Aussage (§ 249a);
2. Verlesung einer Niederschrift über die frühere Aussage (§ 249);
3. Vernehmung einer anderen Person über den Inhalt der früheren Aussage.

(2) [1]Mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten und seines Verteidigers kann eine nachrangige Form der Einführung verwendet werden, wenn dies zur Erforschung der Wahrheit ausreicht. [2]Die ergänzende Verwendung einer nachrangigen Form ist stets zulässig.

99 Vgl. LR-*Becker*, § 238 Rn 8; SK-*Frister*, § 238 Rn 10, beide m. w. N.

2. Begründung

§ 251 AE regelt, in welcher Weise die frühere Aussage eines Zeugen oder Sachverständigen in die Hauptverhandlung einzuführen ist. Prinzipiell kann dies durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung,[100] die Verlesung einer Niederschrift der Vernehmung oder durch eine Zeugenaussage des damaligen Vernehmungsbeamten oder einer sonstigen bei der Vernehmung anwesenden Person geschehen. Diese verschiedenen Möglichkeiten sind jedoch nicht in gleichem Maße dazu geeignet, die frühere Aussage zuverlässig und originalgetreu wiederzugeben. Im Interesse der Wahrheitserforschung verpflichtet § 251 I AE deshalb das Gericht, von den bestehenden Möglichkeiten in einer bestimmten Rangfolge Gebrauch zu machen.

Da Bild-Ton-Aufzeichnungen sowohl den Wortlaut als auch die Gestik und Mimik von Aussagen originalgetreu wiedergeben, sind frühere Aussagen gemäß § 251 I Nr. 1 AE in erster Linie durch die Vorführung von ihnen angefertigter Bild-Ton-Aufzeichnungen in die Hauptverhandlung einzuführen. Sofern keine solche Aufzeichnung angefertigt worden ist, sieht § 251 I Nr. 2 AE in zweiter Linie die Verlesung der Niederschrift der früheren Vernehmung vor. Von der Möglichkeit der Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten oder einer anderen bei der Vernehmung anwesenden Person ist gemäß § 251 I Nr. 3 AE erst als letztes Mittel, d. h. vorbehaltlich der in § 251 II AE geregelten Ausnahmen nur in den seltenen Fällen Gebrauch zu machen, in denen auch eine Niederschrift der Vernehmung nicht zur Verfügung steht.

Der Vorrang der Verlesung der Niederschrift gegenüber der Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten beruht auf der Überlegung, dass erstere gerade die Funktion hat, die Aussage des Zeugen oder Sachverständigen zu dokumentieren, ihre Richtigkeit dementsprechend von dem Zeugen oder Sachverständigen durch seine Unterschrift bestätigt wird und der Vernehmungsbeamte sich bei einer Vernehmung als Zeuge über den Inhalt der früheren Aussage aufgrund fehlender spontaner Erinnerung typischerweise ohnehin auf sie beziehen wird. Der Tatsache, dass ein Vernehmungsbeamter als Zeuge unter Umständen auch über Vernehmungsumstände Auskunft geben kann, die der Niederschrift nicht zu entnehmen sind, trägt der Entwurf durch die in § 251 II 2 AE vorgesehene Möglichkeit der ergänzenden Vernehmung Rechnung. Ob das Gericht von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, hat es nach dem Maßstab des § 244 II StPO zu entscheiden.

§ 251 II 1 AE räumt dem Gericht die Möglichkeit ein, mit dem Einverständnis der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten und seines Verteidigers von der in

100 Eine auch im geltenden Recht nicht enthaltene besondere Regelung für die Einführung einer früheren Aussage durch eine bloße Tonaufzeichnung erscheint in Anbetracht der Tatsache, dass eine Bildaufzeichnung heute keinen besonderen technischen Aufwand mehr erfordert, entbehrlich. Wenn im Einzelfall wegen eines technischen Fehlers nur die Aufzeichnung des Tones gelungen ist, ist aber in entsprechender Anwendung des § 251 AE auch einer solchen Aufzeichnung gegenüber der Verlesung einer Niederschrift und der Vernehmung einer anderen Person über den Inhalt der Aussage der Vorrang einzuräumen.

§ 251 I AE vorgesehenen Rangfolge abzuweichen. Diese Regelung soll vor allem dem Umstand Rechnung tragen, dass die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Auch wenn sich dieser Aufwand bei einer heutzutage schon mit vergleichsweise bescheidenen finanziellen Mitteln zu realisierenden angemessenen technischen Ausstattung der Sitzungssäle sowie einer entsprechenden Einweisung der Richter in Grenzen hält, kann es aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll sein, unumstrittenen Aussagen lediglich durch Verlesung der Niederschrift und damit ggf. auch im Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung einzuführen. Auf das Erfordernis einer Zustimmung des Nebenklägers zu der Abweichung von der vorgesehenen Rangfolge, das aufgrund der enumerativen Aufzählung in § 397 I 3 StPO einer besonderen Regelung bedurft hätte, hat der Entwurf ebenfalls aus Gründen der Verfahrensökonomie verzichtet.

Die Vorrangregelung des § 251 AE gilt nur für die Ersetzung der Vernehmung durch Aussagen, die bei einer früheren amtlichen Vernehmung gemacht wurden. Sonstige Erklärungen, die gemäß § 250 I 1 AE ebenfalls eine Vernehmung in der Hauptverhandlung ersetzen können, sind von ihr bewusst nicht erfasst. Hinsichtlich der schriftlichen Erklärungen erklärt sich dies daraus, dass diese der Natur der Sache nach gemäß § 249 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Bei mündlichen Erklärungen gibt es zwar unter Umständen ebenso wie bei früheren Aussagen mehrere Einführungsmöglichkeiten. Ein abstrakter Vorrang privat angefertigter Protokolle oder Bild-Ton-Aufzeichnungen vor dem Zeugenbeweis wäre hier jedoch aufgrund fehlender Garantien für deren Zuverlässigkeit nicht angemessen. Das Gericht hat deshalb im Einzelfall nach dem Maßstab der Amtsaufklärungspflicht (§ 244 II StPO) zu entscheiden, auf welche Weise es solch mündliche Erklärungen in die Hauptverhandlung einführt.

XIV. § 252 Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung nach früherer Aussage

1. Gesetzestext

§ 252 Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung nach früherer Aussage

(1) [1]Die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis nach § 52 zu verweigern, Gebrauch macht, darf nicht durch die Einführung einer früheren Aussage des Zeugen ersetzt werden. [2]Dies gilt auch dann, wenn der Zeuge einer solchen Ersetzung zustimmt. [3]Die Aussage darf auch anderen Personen nicht vorgehalten werden.

(2) Ist der zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigte Zeuge nach § 52 Abs. 4 richterlich vernommen worden, so darf das Ergebnis dieser Vernehmung nach Maßgabe des § 251 in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

2. Begründung

Die Neugestaltung des § 252 StPO soll ermöglichen, dass der nach § 52 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigte Zeuge bis zur ersten richterlichen Vernehmung frei über seine Rechtsausübung entscheiden kann und dass er – i. V. m. der neuen Regelung über die richterliche Vernehmung bei Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen nach § 52 IV AE – anders als nach bisherigem Recht darüber informiert wird, dass seine frühere Aussage vor einem Richter verwertet werden kann, auch wenn er später in der Hauptverhandlung von seinem Recht Gebrauch macht, das Zeugnis zu verweigern.

In *Absatz 1 S. 1* wird der Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten, denen das Privileg eines Verwertungsverbots bei später Zeugnisverweigerung eingeräumt wird, auf die Fälle beschränkt, in denen der Gewissenskonflikt des Zeugen bis zum letzten Augenblick höher zu bewerten ist als das Interesse der Allgemeinheit an effektiver Sachverhaltsaufklärung. Eine sorgfältige Abwägung der Interessen ergibt, dass ein Verwertungsverbot für frühere Zeugenaussagen nur in den Fällen der Zeugnisverweigerung aus persönlichen Gründen nach § 52 StPO gerechtfertigt ist. Für das Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO wird dies schon von der bisher h.M. abgelehnt,[101] teilweise auch für § 54 StPO,[102] während die §§ 53, 53 a StPO meist ohne nähere Begründung dem § 52 StPO gleichgestellt werden.[103] Letzteres ist jedoch nicht gerechtfertigt, weil allein das Ziel der Wiederherstellung oder Erhaltung des Familienfriedens ein Verwertungsverbot rechtfertigt.

Der Ausschluss des § 54 StPO aus dem Verlesungs- und Verwertungsverbot gemäß § 252 I 1 AE beruht darauf, dass es hier ausschließlich um die Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Amtsverschwiegenheit und dem ebenfalls öffentlichen Strafverfolgungsinteresse geht, nicht um eine persönliche Vertrauensbeziehung. Es gibt keinen überzeugenden Grund, die Entscheidung in diesem Interessenkonflikt bis zur Hauptverhandlung offen zu halten oder gar widerruflich zu gestalten.

Schwieriger ist die Entscheidung beim Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen. Gibt es über die bereits durch die §§ 53, 53 a StPO respektierte beruflich bedingte Vertrauensbeziehung hinaus noch ein schützenswertes Interesse daran, eine im Ermittlungsverfahren gemachte Aussage zugunsten einer Aussageverweigerung in der Hauptverhandlung zu korrigieren? Im Gegensatz zu den wechselhaften persönlichen Beziehungen in den Fällen des § 52 StPO, bei denen § 252 StPO vor allem dazu dient, persönliche Aussöhnungen nicht zu sabotieren, ist die Entscheidung des Pflichtenwiderstreites zwischen Vertrauensschutz und Strafverfolgungsbelangen in den Fällen des § 53 StPO unabhängig von zeitlichen

101 BGHSt 6, 211; 17, 350; KK-*Diemer*, § 252 Rn 7; *Meyer-Goßner*, § 252 Rn 5; a.A. *Rengier*, Zeugnisverweigerungsrechte, S. 236; AK-*Meier*, § 252 Rn 10; SK-*Velten*, § 252 Rn 10.

102 KK-*Diemer*, § 252 Rn 8; AK-*Meier*, § 252 Rn 10; SK-*Rogall*, Bd. 1, 2014, § 54 Rn 8; a.A. OLG Celle MDR 1959, 414; *Meyer-Goßner*, § 252 Rn 5; SK-*Velten*, § 252 Rn 9.

103 BGHSt 17, 246; 18, 148; *Meyer-Goßner*, § 252 Rn 3; KK-*Diemer*, § 252 Rn 6; SK-*Velten*, § 252 Rn 8.

Entwicklungen in der Beziehung zwischen dem Berufsgeheimnisträger und dem Beschuldigten. Die Entscheidungen des *BGH*, die für die Einbeziehung der §§ 53, 53 a StPO zitiert werden, eignen sich nicht zum Beweis des Gegenteils, da dort über die hier relevante Frage der Anwendbarkeit des § 252 StPO letztlich nicht entschieden worden ist. In BGHSt 17, 245 ging es um die Ablehnung des § 55 StPO, wobei die §§ 53, 53 a StPO nur formelhaft im Zusammenhang mit § 52 StPO erwähnt werden.[104] In BGHSt 18, 146 wurde die Frage der Einbeziehung des § 53 StPO ausdrücklich offengelassen, weil es auf sie wegen einer früheren Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht nicht mehr ankam. Bisher sind also keine Fälle bekannt geworden, in denen ein Bedürfnis für ein Verwertungsverbot bei späterer Zeugnisverweigerung durch einen Berufsgeheimnisträger erkennbar geworden wäre.

Wenn der Berufsgeheimnisträger zum Zeitpunkt seiner ersten Vernehmung von der Schweigepflicht entbunden war, kann der Pflichtenwiderstreit zwischen Wahrheitspflicht und Schweigepflicht, auf den § 252 StPO Rücksicht nimmt, eigentlich nicht mehr auftreten.[105] Denn das Recht der von der Schweigepflicht geschützten Person beschränkt sich auf die Entbindung von der Schweigepflicht; sie hat kein Recht darauf, dass der Berufsgeheimnisträger nach einem Widerruf der Entbindung die Aussage verweigert und das Gericht die frühere Aussage nicht verwertet.[106] Dasselbe gilt, wenn er ohne Entbindung von der Schweigepflicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet hatte, weil er bei der Interessenabwägung im Rahmen des § 203 StGB wegen eines materiellen Rechtfertigungsgrundes (z. B. § 34 StGB) zur Aussage befugt war.[107] Selbst eine unbefugte und gemäß § 203 StGB strafbare Offenbarung im Rahmen der ersten Zeugenaussage ändert nichts an deren prozessualer Verwertbarkeit, da der Angeklagte keinen verfahrensrechtlichen Anspruch darauf hat, dass der Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht.[108] Außerdem kann das Gericht in der Regel nicht feststellen, ob der Zeuge unbefugt i. S. des § 203 StGB aussagt.[109] Auch aus dem Blickwinkel des § 53 StPO wird also deutlich, dass es kein legitimes Bedürfnis für die Gleichstellung mit den Fällen des familiären Zeugnisverweigerungsrechts (§§ 52, 252 StPO) gibt.

In *Absatz 1 S. 1* wird in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und Literatur klargestellt, dass die Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung gemäß § 252 StPO nicht nur ein Verlesungsverbot, sondern auch ein Verwertungsverbot zur Folge hat.[110] Das Verwertungsverbot bezieht sich nur auf Angaben, die der verweigerungsberechtigte Zeuge in einer förmlichen Vernehmung gemacht hat; die Vernehmung von Zeugen, denen sich der Zeugnisverweigerungsberechtigte außerhalb einer Vernehmung offenbart hat, bleibt zulässig.

104 BGHSt 17, 246.

105 BGH NStZ 2012, 281 m. Anm. *Geppert*.

106 BGHSt 18, 147; a.A. SK-*Velten*, § 252 Rn 8.

107 BGHSt 1, 368.

108 BGHSt 9, 61; 18, 147 f.; 50, 79; LR-*Ignor/Bertheau*, § 53 Rn 12; SK-*Rogall*, § 53 Rn 20 ff.; KK-*Senge*, § 53 Rn 8; *Meyer-Goßner*, § 53 Rn 6; a.A. *Rengier*, Zeugnisverweigerungsrechte, S. 331 ff.

109 *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn 45.

110 Vgl. *Roxin/Schünemann*, § 46 Rn 29 f.; SK-*Velten*, § 252 Rn 3; *Meyer-Goßner*, § 252 Rn 12 f.; AK-*Meier*, § 252 Rn 1; im Prinzip auch die Rechtsprechung seit BGHSt 2, 105.

In *Absatz 1 S. 2* wird die umstrittene Rechtsprechung[111] zum Verzicht des Zeugen auf die Sperrwirkung seiner Zeugnisverweigerung für die Verwertung früherer Aussagen korrigiert. Sie beruht auf der verfehlten Annahme, § 252 StPO diene nur den persönlichen Belangen des Zeugen und sei daher für ihn disponibel.[112] Das trifft aber nicht zu, denn das § 252 StPO zugrunde liegende Verwertungsverbot dient auch der Zuverlässigkeit der Wahrheitsfindung und soll die Umgehung des Unmittelbarkeitsprinzips durch Vernehmung von Verhörspersonen, die ja nur Zeugen vom Hörensagen sind und damit geringeren Beweiswert haben, möglichst verhindern. Es widerspräche der Struktur der auf die richterliche Verfahrensherrschaft ausgerichteten Hauptverhandlung, wenn der Zeuge durch Verzicht auf die Schutzwirkung des § 252 StPO dem Gericht anstelle des unmittelbaren Beweismittels ein bestimmtes mittelbares Beweismittel aufzwingen könnte. In den meisten Fällen würde dies auch gegen das von Art. 6 III lit. d) EMRK geforderte Konfrontationsrecht des Beschuldigten verstoßen, da in der Regel weder er noch sein Verteidiger an der früheren Vernehmung teilnehmen konnte.[113] Schließlich ist die Vermeidung einer belastenden Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung in Gegenwart eines Angehörigen auch nicht Schutzzweck des § 252 StPO. Vielmehr würde eine Verwertung der Zeugenaussage trotz Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechtes die seit 1998 existierenden Zeugenschutzregelungen der Strafprozessordnung unterlaufen, die dazu dienen, die unmittelbare Begegnung des Zeugen mit dem Angeklagten zu vermeiden oder abzumildern.[114] Möglicherweise hat der *BGH* in seiner ersten Entscheidung vom 23.9.1999 zur Dispositionsbefugnis des Zeugnisverweigerungsberechtigten diesen Widerspruch noch nicht erkannt, weil das Zeugenschutzgesetz erst kurz zuvor am 1.12.1998 in Kraft getreten war und im Verfahren vor dem Landgericht noch keine Rolle spielen konnte.

Absatz 1 S. 3 soll verhindern, dass das Verwertungsverbot des § 251 I 1 AE durch Vorhalte gegenüber anderen Personen in der Hauptverhandlung umgangen wird.[115]

Das Verwertungsverbot soll – über die bisherige Rechtsprechung hinaus – im Prinzip auch für die Vernehmung des früheren Richters gelten, da sich die Belehrung des Zeugen bei richterlichen und nichtrichterlichen Vernehmungen seit der Einführung des § 163 III StPO im Jahr 1965 nicht mehr unterscheidet und auch das Vertrauen in die höhere Qualität der richterlichen Vernehmung empirisch nicht belegbar ist.[116] Dies gilt jedenfalls für die routinemäßig durchgeführten Vernehmungen der oft überlasteten Ermittlungsrichter, die sich meist in einer bloßen Wiederholung der vorangegangenen polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen erschöpfen. Der neue *§ 252 II i. V. m. § 52 IV AE* soll jedoch dysfunktionale Konsequenzen des § 252 StPO in Beweisnotfällen[117] beseitigen. Die Vorschrift soll verhindern, dass die von § 252 StPO beabsichtigte Schonfrist zugunsten einer freien Gewissensentscheidung des Zeugen von skrupellosen Tätern oder deren sozialem Umfeld zur Einschüchterung des Zeugen und zur Verfahrenssabotage missbraucht wird. Solche Pressionen, die oft schwer beweisbar sind und die auch nicht durch präventiven polizeilichen Schutz verhindert werden können, nehmen oft mit zunehmender Auflösung der familiären Bindungen zu. Sie können bis zu körperlicher Gewalt oder Todesdrohungen reichen. Den Tätern kommt dabei die formale Struktur der Zeugnisverweigerungsrechte zugute, die ja nicht von einer materiellen Vertrauensbeziehung abhängig sind.

111 BGHSt (4. Senat) 45, 206; BGH (1. Senat) NStZ 2007, 652; skeptisch dazu der 3. Senat (BGHSt 49, 75; BGH NJW 2003, 2692: Entscheidung offen gelassen).
112 Kritisch dazu *Roxin*, FS-Rieß, S. 453 ff.; *Roxin/Schünemann*, § 46 Rn 32; *Beulke*, Strafprozessrecht, § 21 Rn 420a; *Fezer* JR 2000, 341; *Keiser* NStZ 2000, 458; für Verwertung aber *Meyer-Goßner*, § 252 Rn 16a; LR-*Sander/Cirener*, § 252 Rn 22.
113 *Roxin*, FS-Rieß, S. 457 f.
114 *Roxin*, FS-Rieß, S. 458 f.
115 Zum Charakter und zur Problematik des Vorhalts siehe unten die Begründung zu § 254 III AE.
116 *Roxin/Schünemann*, § 46 Rn 29.

Dies ist das berechtigte Anliegen der von der Rechtsprechung bisher praktizierten Einschränkung des Verwertungsverbots bei Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung durch Vernehmung richterlicher Vernehmungspersonen.[118] Diese wurde nämlich vor allem anhand von Sexual- und Gewaltdelikten im familiären Bereich entwickelt.[119] Daneben erfordert die verfassungsrechtlich gebotene Wirksamkeit der Strafrechtspflege bei erheblichen Straftaten eine Einschränkung des durch § 252 StPO geschaffenen Privilegs des Zeugen, bis zur Hauptverhandlung frei darüber entscheiden zu können, ob eine frühere Aussage verwertet werden darf.

Das in der Literatur[120] – entgegen der ständigen Rechtsprechung – teilweise geforderte totale Verwertungsverbot einer früheren Zeugenaussage bei Zeugnisverweigerung in der Hauptverhandlung ist daher sowohl aus Gründen des Zeugenschutzes als auch aus Gründen der Verfahrensökonomie rechtspolitisch nicht gerechtfertigt. Es hätte zur Folge, dass trotz optimaler Vorbereitung der Hauptverhandlung – z. B. durch richterliche Vernehmung und Videoaufzeichnung der Vernehmung bei besonders sensiblen Zeugen – Strafverfahren noch in fortgeschrittenem Stadium und oft nach längerer Untersuchungshaft des Beschuldigten mit einem Freispruch enden müssten, nur weil der Zeuge dem Druck des Täters oder seines sozialen Umfeldes nicht standhält oder aus anderen – rechtlich nicht höherwertigen – Interessen zu seiner früheren Aussage nicht stehen kann oder will. In § 252 II AE wird daher versucht, in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung, aber unter engeren und transparenten Voraussetzungen, dem Ziel der Wahrheitsfindung im Strafverfahren unter Berücksichtigung der Konfliktsituation des Zeugnisverweigerungsberechtigten Rechnung zu tragen.

Der mit der Sicherstellung einer frühen Aussage verbundene Nachteil, dass eine eventuelle Aussöhnung zwischen dem Beschuldigten und dem Verletzten nicht mehr verfahrensrechtlich über die Unverwertbarkeit der Zeugenaussage

117 *Rengier*, Zeugnisverweigerungsrechte, S. 93.
118 BGHSt 2, 99; 11, 338; 17, 324; 21, 218; 26, 281; 27, 231.
119 Z. B. BGHSt 2, 99; 26, 281; 49, 72.
120 *Roxin/Schünemann*, § 46 Rn 29 ff.; SK-*Velten*, § 252 Rn 3 f.; *Meyer-Goßner*, § 252 Rn 12 f.; AK-*Meier*, § 252 Rn 10 f.

berücksichtigt werden kann, wird relativ selten relevant. Ein Freispruch aus Mangel an Beweisen wegen der Zeugnisverweigerung ist in solchen Fällen jedenfalls rechtssystematisch unbefriedigend. Denn der richtige Ort für die Berücksichtigung eines gelungenen Täter-Opfer-Ausgleichs nach Einleitung eines Strafverfahrens ist nicht die Zeugnisverweigerung und der Freispruch des Täters, sondern die Strafmilderung oder in besonderen Fällen das Absehen von Strafe nach materiellem Strafrecht. Entsprechende Vorschläge hat der Arbeitskreis 1992 im Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung vorgelegt (§§ 1–9 AE-WGM), die vom Gesetzgeber 1994 teilweise in § 46a StGB übernommen worden sind.

Der *Verweis auf § 251 AE* bedeutet, dass neben der von der Rechtsprechung schon bisher zugelassenen Vernehmung des Richters auch die Bild-Ton-Aufzeichnung der richterlichen Vernehmung vorgeführt sowie das Protokoll über seine frühere Aussage verlesen werden können. Die Videoaufzeichnung einer richterlichen Vernehmung dokumentiert nämlich die wörtliche Aussage des Zeugen »einschließlich der nonverbalen Aussageinhalte und der erfolgten Interaktionen sehr viel genauer, als der auf der Grundlage seiner Erinnerung aussagende Richter es könnte«.[121] Nach bisherigem Recht ist deren Vorführung aber unzulässig, denn die Vorführung der Videoaufzeichnung folgt gemäß § 255a I StPO den Regeln für die Verlesung von Vernehmungsniederschriften (§ 251 StPO); durch den ausdrücklichen Verweis auf § 252 StPO stellt das Gesetz klar, dass dies auch im Fall des § 252 StPO gelten soll. Damit gibt es nach geltendem Recht einen Wertungswiderspruch: Nach dem Gesetz ist die Verwertung des qualitativ höherwertigen Beweismittels »Videoaufzeichnung« untersagt, während der Rückgriff auf das weniger zuverlässige Beweismittel »Richtervernehmung« – jedenfalls nach ständiger Rechtsprechung – zulässig ist. Der *BGH* hat ausdrücklich betont, dass eine Korrektur dieses mit Blick auf die Qualität der Beweismittel widersprüchlichen Ergebnisses dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben müsse.[122]

Nicht erfasst werden von der Ersetzungsmöglichkeit nach § 252 II AE diejenigen Fälle, in denen das Zeugnisverweigerungsrecht erst nach der früheren Vernehmung entstanden ist.[123] Der Schutz einer neu entstandenen Vertrauensbeziehung ist in solchen Fällen so dominant, dass die Entscheidung des Zeugen auch dann respektiert werden muss, wenn dies zur Folge hat, dass ein langwieriges Strafverfahren ohne Klärung des Tatvorwurfs endet. Immerhin lässt die Rechtsprechung aber für die Fälle einer sog. unlauteren Verfahrensmanipulation (z. B. durch ein Scheinverlöbnis oder eine Scheinheirat) eine Einschränkung des Verwertungsverbots aus § 252 StPO zu.[124] In Fällen solcher unlauterer Manipulationen des Verfahrens gebührt dem Grundsatz der Wahrheitserforschung, der zum Schutz der Allgemeinheit die Aufklärung, Verfolgung und gerechte Ahndung von Straftaten unter Verwendung aller verfügbaren Beweismittel fordert, Vorrang.[125]

121 Zutreffend BGHSt 49, 78.
122 BGHSt 49, 79.
123 Vgl. BGHSt 22, 219; 27, 231.
124 BGHSt 45, 347 f.
125 BGHSt 45, 348.

Die in der Literatur geäußerte Kritik an dieser Korrekturmöglichkeit[126] überzeugt nicht, da es sich um evidente Fälle des Rechtsmissbrauchs handeln muss, der auch sonst in der Rechtsordnung zur Korrektur rein formaler Rechtspositionen herangezogen wird.

XV. § 253 Verletzung des Konfrontationsrechts

1. Gesetzestext

§ 253 Verletzung des Konfrontationsrechts

(1) Hatte im bisherigen Verfahren weder der Angeklagte noch sein Verteidiger Gelegenheit, einen Zeugen zu befragen, und können sie eine solche auch durch einen Beweisantrag nach § 250 Abs. 1 Satz 2 nicht erlangen, so dürfen frühere Aussagen oder sonstige schriftliche oder mündliche Erklärungen des Zeugen zum Zweck der Beweiserhebung oder des Vorhalts nur mit Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

(2) [1]Der Zustimmung bedarf es nicht, wenn der Angeklagte oder eine nicht gegen seinen Willen handelnde Person den Zeugen für den Fall einer belastenden Aussage bedroht.

(3) [1]Der Zustimmung bedarf es auch nicht, wenn im bisherigen Verfahren Gelegenheit zur Befragung des Zeugen nicht gegeben werden konnte oder dazu kein Anlass bestand, weil zu erwarten war, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung für eine Befragung zur Verfügung steht. [2]Jedoch dürfen die Angaben des Zeugen in diesen Fällen nicht als alleinige oder maßgebliche Grundlage eines Urteils verwertet werden.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten für Sachverständige und Mitangeklagte entsprechend.

2. Begründung

§ 253 AE ist inhaltlich neu und dient der möglichst effektiven Gewährleistung des Konfrontationsrechts des Beschuldigten nach Art. 6 III lit. d) EMRK; die bisher in § 253 StPO getroffene Regelung wird durch § 250 AE obsolet. Der Entwurf sichert das Recht des Beschuldigten, Belastungszeugen zu befragen, in erster Linie dadurch, dass ihm § 250 I 2 AE die Möglichkeit gibt, die Vernehmung eines Belastungszeugen in der Hauptverhandlung zu beantragen. Soweit der Zeuge für eine Aussage in der Hauptverhandlung zur Verfügung steht, hat das Gericht einem solchen Antrag nach § 250 I 3 AE zu entsprechen, so dass der Angeklagte und sein Verteidiger auf diesem Wege die Möglichkeit erhalten, den Zeugen in der Hauptverhandlung nach Maßgabe der §§ 240–242 StPO zu befragen.

Einer ergänzenden Regelung bedarf es deshalb nur für die Fälle, in denen der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht

126 *Beulke*, Strafprozessrecht, § 21 Rn 420a m. w. N.

Gebrauch macht oder der Antrag auf Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung abgelehnt wird oder werden müsste, weil der Zeuge unerreichbar oder seine Vernehmung unzulässig ist. Sofern der Angeklagte oder sein Verteidiger nicht schon vor der Hauptverhandlung gemäß § 163a Ia AE die Gelegenheit hatte, den Zeugen zu befragen, bleibt dem Angeklagten in diesen Fällen die in Art. 6 III lit. d) EMRK gewährleistete Möglichkeit zur Befragung des Belastungszeugen verwehrt. Damit stellt sich die Frage, ob und inwieweit die frühere Aussage oder Erklärung des Zeugen gleichwohl für eine Verurteilung des Angeklagten verwendet werden darf.

Nach der Rechtsprechung des *EGMR* ist zunächst von Bedeutung, ob die Justizorgane alles Zumutbare unternommen haben, um den Zeugen in die Hauptverhandlung zu laden und diese Ladung auch durchzusetzen. War das nicht der Fall, so ist nach dieser Rechtsprechung dem Angeklagten kein faires Verfahren gewährt worden, wenn sich seine Verurteilung auf die Aussagen der nicht von ihm zu befragenden Zeugen stützt.[127] Auch der *BGH* stellt auf die »Zurechnung« der fehlenden Befragungsmöglichkeit zum Verhalten der Justiz ab. Nach seiner Auffassung begründet zwar auch die Verweigerung einer Befragungsmöglichkeit durch Organe der Justiz kein Verwertungsverbot, sondern hat nur eine Minderung des Beweiswerts der Aussage des unbefragten Zeugen zur Folge.[128] Das Ausmaß der Minderung soll aber davon abhängen, ob das Fehlen der Befragungsmöglichkeit der Justiz zuzurechnen ist.[129] Wenn sich die Justiz in ausreichendem Maße darum bemüht hat, dem Angeklagten eine konfrontative Befragung des Zeugen zu ermöglichen, sei eine Verurteilung aufgrund der Angaben eines nicht befragten Zeugen bei äußert sorgfältiger Beweiswürdigung möglich, solange das Urteil nicht allein auf diesen Angaben beruht.[130] Ist die fehlende Befragungsmöglichkeit dagegen auf nicht ausreichende Bemühungen der Justiz zurückzuführen, so dürfe eine Verurteilung nur erfolgen, wenn die Angaben des Zeugen durch andere wichtige Gesichtspunkte außerhalb der Aussage bestätigt würden.[131]

Auch der Entwurf differenziert nach der Verantwortlichkeit für das Fehlen der Befragungsmöglichkeit. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung des *BGH* erachtet er aber in dem Fall, dass die Verletzung des Rechts auf konfrontative Befragung der Justiz zuzurechnen ist, eine bloße Minderung des Beweiswerts nicht für ausreichend.[132] Wenn die Justizbehörden entgegen ihrer in § 163a Ia 2 AE festgelegten Verpflichtung dem Beschuldigten nicht die Gelegenheit zur Befragung eines Belastungszeugen eingeräumt haben, obwohl zu erwarten war, dass dieser in der Hauptverhandlung für eine Befragung nicht zur Verfügung

127 Siehe zuletzt EGMR, Khairov v. Ukraine, no. 19157/06, Urt. v. 15.11.2012, §§ 91 f.; Nechto v. Russia, no. 24893/05, Urt. v. 24.1.2012, § 127.
128 BGHSt 46, 103 ff.; 51, 154 ff.
129 BGHSt 51, 155 f.
130 BGHSt 51, 155.
131 BGHSt 46, 103 ff.; 51, 155 f.
132 Für den EGMR ist die prospektive Frage eines Beweisverwertungsverbots nicht von Bedeutung, da er nur retrospektiv die Gesamt-Fairness des Verfahrens gegenüber dem verurteilten Beschwerdeführer zu beurteilen hat.

stehen wird, sollen frühere Aussagen oder sonstige Erklärungen des Zeugen nur mit Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen. Diese scharfe Rechtsfolge rechtfertigt sich aus der großen Bedeutung des Konfrontationsrechts für die Verteidigung des Angeklagten. Wenn die Justizbehörden dem Angeklagten bewusst oder fahrlässig die Möglichkeit nehmen, sich gegen eine ihn belastende Aussage durch eine kritische Befragung des Zeugen zu verteidigen, greifen sie in so schwerwiegender Weise in dessen Verteidigungsrechte ein, dass diese Aussage im Urteil nicht berücksichtigt werden darf, es sei denn, der Beschuldigte ist damit einverstanden.

War dagegen die Unmöglichkeit, den Zeugen in der Hauptverhandlung zu befragen, auch bei angemessener Sorgfalt nicht vorherzusehen, so soll seine frühere Aussage auch gegen den Willen des Angeklagten durch ein Surrogat in die Hauptverhandlung eingeführt werden können; ihr Beweiswert ist allerdings gemindert.

Zur Umsetzung der skizzierten Konzeption statuiert § 253 I AE zunächst das grundsätzliche Verbot, die frühere Aussage oder Erklärung eines Zeugen, der vom Angeklagten oder seinem Verteidiger im Verfahren nicht befragt werden konnte, ohne Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung einzuführen. Die Geltung des Verbots ist wegen der Schwierigkeit einer Differenzierung zwischen Entlastungs- und Belastungszeugen[133] formell nicht auf letztere beschränkt. Sie steht aber zur Disposition des Angeklagten, der die Einführung entlastender Zeugenaussagen in aller Regel durch seine Zustimmung ermöglichen wird. Stimmt der Angeklagte der Einführung einer Aussage zu, so kann diese vom Gericht jedoch uneingeschränkt und damit ggf. auch zum Nachteil des Angeklagten verwertet werden.

Das Verbot, die Aussage eines vom Angeklagten nicht befragten Zeugen ohne Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung einzuführen, bezieht sich auch auf die Variante des Vorhalts. Denn auch wenn die frühere Aussage des abwesenden Zeugen einem anderen Zeugen oder dem Angeklagten selbst in der Hauptverhandlung vorgehalten wird, um die Aussageperson zu einer Stellungnahme zu veranlassen, kann jene Aussage schon bei ambivalenter Reaktion der Aussageperson zur Urteilsgrundlage werden. Insbesondere der Angeklagte kann durch einen solchen Vorhalt in eine schwierige Lage gebracht werden, da eine Verweigerung der Stellungnahme zu der früheren Zeugenaussage unter Umständen als »Teilschweigen« zu seinem Nachteil gewürdigt werden kann.

Die Fälle, in denen die fehlende Befragungsmöglichkeit nicht der Justiz zuzurechnen ist, werden als Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot des Absatzes 1 in § 253 II und III AE geregelt. Absatz 2 knüpft an die Rechtsprechung des *EGMR* an, die Einschränkungen des Konfrontationsrechts anerkennt, wenn der

133 Die Unterscheidung von Belastungs- und Entlastungszeugen entstammt dem angloamerikanischen Parteiprozess, wo ohne weiteres zwischen Zeugen der Anklage und Zeugen der Verteidigung unterschieden werden kann. Ihre Übertragung auf das deutsche Strafprozessrecht bereitet insofern Schwierigkeiten, als hier die Zeugen in der Regel »Zeugen des Gerichts« sind und sich erst nach ihrer Aussage endgültig beurteilen lässt, ob sie den Angeklagten belastet oder entlastet haben.

Angeklagte oder mit ihm verbundene Personen den Zeugen für den Fall einer Aussage vor Gericht bedroht haben.[134] Der Entwurf geht insofern einen kleinen Schritt weiter, als er bereits die bewusste Duldung einer durch andere Personen erfolgenden Bedrohung als Verzicht des Angeklagten auf das Konfrontationsrecht fingiert. Damit soll unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der persönlichen Verstrickung des Angeklagten vorgebeugt werden.

§ 253 III 1 AE StPO regelt die sonstigen Fälle, in denen die fehlende Befragungsmöglichkeit der Justiz nicht zuzurechnen ist. Die erste Alternative erfasst den Fall einer rechtmäßigen Sperrung des Zeugen durch die Exekutive und ist außerdem für den relativ seltenen Fall gedacht, in dem ein Zeuge im Ermittlungsverfahren sofort vernommen werden muss und die Hinzuziehung des Angeklagten oder seines Verteidigers zu einem Beweisverlust führen würde. Die zweite Alternative betrifft den nicht vorhersehbaren Ausfall des Zeugen. § 163a Ia 2 AE gebietet die Hinzuziehung des Beschuldigten und/oder seines Verteidigers, sobald konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung für eine Befragung nicht mehr zur Verfügung stehen könnte.[135] Wenn solche Anhaltspunkte fehlen, aber der Zeuge – etwa durch seinen plötzlichen Tod – dennoch später nicht mehr in der Hauptverhandlung zur Verfügung steht, soll seine frühere Aussage durch ein Surrogat in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.

In beiden Fällen ist allerdings der Beweiswert der früheren Angaben wegen der fehlenden Befragungsmöglichkeit gemindert. Die Angaben des nicht konfrontierten Zeugen dürfen daher nicht die alleinige oder maßgebliche Grundlage einer verurteilenden Entscheidung sein (Absatz 3). Mit letzterem Maßstab nimmt der Entwurf die Rechtsprechung des *EGMR* (»sole and decisive evidence«)[136] auf. Der Entwurf nimmt um der erstrebenswerten Übereinstimmung mit der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des *EGMR* willen hin, dass er einerseits eine Beweiswürdigungsregel einführt, die dem Prinzip der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) widerspricht, und dass diese Regel andererseits schwierige Einzelfallentscheidungen (Wann ist ein Beweismittel »maßgeblich«?) notwendig macht.

Die in *§ 253 IV AE* vorgesehene entsprechende Anwendung der getroffenen Regelung auf Mitangeklagte ist insofern notwendig, als Mitangeklagte im Fall belastender Aussagen nach der Rechtsprechung des *EGMR* als Belastungszeugen i. S. von Art. 6 III lit. d) EMRK zu qualifizieren sind.[137] Sofern solche belastenden Aussagen von (künftigen) Mitangeklagten zu erwarten sind, haben die Strafverfolgungsbehörden in jedem Fall die Befragung schon vor der Hauptverhandlung zu ermöglichen, weil stets damit zu rechnen ist, dass Angeklagte in der Hauptverhandlung von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen. Die in Absatz 4 ebenfalls vorgesehene entsprechende Anwendung auf Sachverständige dürfte in der Praxis keine große Bedeutung erlangen, erscheint aber systematisch stimmig.

134 Vgl. EGMR, Doorson v. Netherlands, no. 20524/92, Urt. v. 26.3.1996, § 70; van Mechelen et al. v. Netherlands, no. 21363/93, Urt. v. 30.10.1997, § 53 (Zeugen dürfen anonym bleiben, wenn sie vom Angeklagten bedroht wurden).

135 Vgl. für den Fall eines bestehenden Zeugnisverweigerungsrechts grundlegend BGHSt 46, 93. Einen umfassenden Überblick über weitere Fallkonstellationen gibt *Gerdemann*, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigungen des Fragerechts des Beschuldigten, 2010, S. 127 ff. m. w. N.

136 Siehe etwa EGMR, P.S. v. Germany, no. 33900/96, Urt. v. 20.12.2001, § 30; Zentar v. France, no. 17902/02, Urt. v. 13.4.2006, §§ 29–31; Al-Khawaja and Tahery v. UK, no. 26766/05 (Grand Chamber), Urt. v. 15.12.2011, § 141.

137 EGMR, Lucà v. Italy, no. 33354/96, Urt. v. 27.2.2001, § 41.

XVI. § 254 Einführung früherer Angaben des Angeklagten

1. Gesetzestext

§ 254 Einführung früherer Angaben des Angeklagten

(1) [1]Angaben, die der Angeklagte bei einer früheren Vernehmung in einem Strafverfahren gemacht hat, dürfen zum Zweck der Beweiserhebung in der Regel nur mit seiner Zustimmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. [2]Ohne Zustimmung des Angeklagten dürfen sie in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn

1. die Vernehmung durch einen Richter durchgeführt wurde;
2. bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war;
3. der Angeklagte vor der Vernehmung auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat und von der Vernehmung eine Bild-Ton-Aufzeichnung angefertigt wurde.

[3]In den Fällen des Satzes 2 ist die Einführung nur zulässig, wenn der Angeklagte vor Beginn der Vernehmung über die Möglichkeit der späteren Verwendung in der Hauptverhandlung belehrt worden ist. [4]Die Einführung erfolgt gemäß § 251; in dem Fall von Satz 2 Nr. 3 darf jedoch nur die Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung zum Zweck der Beweiserhebung verwendet werden.

(2) In den Fällen des Absatzes 1 sind das Mittel der Einführung der früheren Aussage sowie ihr Grund auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeklagten in das Protokoll aufzunehmen.

(3) [1]Hat der Angeklagte zur Sache ausgesagt, so dürfen ihm frühere Angaben auch dann vorgehalten werden, wenn sie nach Absatz 1 zum Zweck der Beweiserhebung nicht eingeführt werden dürfen. [2]Ein solcher Vorhalt darf nicht durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung erfolgen. [3]Anderen Personen dürfen Angaben des Angeklagten, die zum Zweck der Beweiserhebung nicht eingeführt werden dürfen, nicht vorgehalten werden.

2. Begründung

Die Möglichkeit, Angaben, die der Angeklagte im Laufe des Ermittlungsverfahrens oder sonst in einem Strafverfahren gemacht hat, in die Hauptverhandlung einzuführen, ist in § 254 StPO derzeit nur fragmentarisch und mangelhaft geregelt. Die Praxis hat alle denkbaren Beschränkungen eines Rückgriffs auf frühere Aussagen des Angeklagten dadurch unterlaufen, dass sie die Zeugenvernehmung eines Beamten, der den Angeklagten früher vernommen hat, ohne Einschränkung

zulässt, sofern nicht aus anderen Gründen – etwa gemäß § 136a III 2 StPO – ein Verwertungsverbot besteht. Folglich nützt es dem Angeklagten nichts, in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen, wenn er sich zu irgendeinem früheren Zeitpunkt zur Sache geäußert hat. Außerdem ist der Unmittelbarkeitsgrundsatz in Bezug auf Angaben des Angeklagten praktisch außer Kraft gesetzt.[138]

Gegenüber diesem unbefriedigenden Rechtszustand verfolgt der Entwurf das Ziel, das Schweigerecht des Angeklagten zu stärken, indem die Übertragbarkeit seiner Aussagen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung stark limitiert wird. Aussagen aus solchen früheren Vernehmungen sollen nur noch dann in die Hauptverhandlung eingebracht werden dürfen, wenn eine gesteigerte Gewähr dafür besteht, dass der Angeklagte sie ohne Druck gemacht hat und dass das Beweismittel die Aussage korrekt und vollständig reproduziert. Der Entwurf beseitigt auch Zweifel hinsichtlich der Rechtsnatur und der Verwertbarkeit von Bild-Ton-Aufzeichnungen einer Vernehmung des Beschuldigten. Teilweise wird angenommen, dass solche Aufzeichnungen ohne weiteres im Wege des *Augenscheinbeweises* in die Hauptverhandlung eingeführt werden können.[139] Dem wird jedoch mit Recht entgegengehalten, dass damit die Restriktionen des § 254 der geltenden StPO leicht unterlaufen werden könnten.[140] Durch § 249a AE sowie durch § 254 i. V. m. § 251 AE wird klargestellt, dass Bild-Ton-Aufzeichnungen ihren festen Platz in der Hierarchie der Beweissurrogate haben.

Eine differenzierende Regelung enthält der Entwurf in § 254 III AE zur Frage des Vorhalts einer zum Zweck der Beweiserhebung nicht verwendbaren früheren Aussage des Angeklagten.

a) § 254 I AE

Um den Kurswechsel gegenüber dem bisherigen Rechtszustand und die Orientierung an der Aussagefreiheit des Angeklagten deutlich zu machen, erklärt *§ 254 I 1 AE*, dass Angaben des Angeklagten aus früheren (förmlichen) Vernehmungen in einem Strafverfahren[141] grundsätzlich nur dann in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen, wenn der Angeklagte damit einverstanden ist. Durch diese Regelung soll die autonome Stellung des Angeklagten im Strafverfahren gestärkt werden. Da die Zustimmungserklärung eine prozessuale Bewirkungshandlung ist, muss sie ausdrücklich und zweifelsfrei abgegeben werden;[142] ein bloßes Schweigen des Angeklagten auf eine Anordnung oder einen »Vorschlag« des Vorsitzenden kann daher keinesfalls als konkludente Zustimmung zur Einführung seiner früheren Aussage gewertet werden. Sein Einverständnis wird der Angeklagte in der Regel nur dann geben, wenn er sich von seinen früheren Angaben eine entlastende Wirkung verspricht, während er der Einführung von (vermeintlich) selbstbelastenden Äußerungen widersprechen wird. Da die Entscheidung über die Möglichkeit der Beweiserhebung auf den Angeklagten selbst verlagert wird,[143] erübrigt sich eine objektive – und praktisch sehr schwer zu handhabende – Differenzierung zwischen »Geständnissen«[144] und anderen Angaben, wie sie § 254 StPO trifft.

§ 254 I 2 AE enthält die Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot, in der Hauptverhandlung über frühere Vernehmungen des Angeklagten Beweis zu erheben. Der gemeinsame Grundgedanke der Ausnahmen liegt darin, dass unter bestimmten Voraussetzungen davon ausgegangen werden kann, dass der Inhalt der früheren, unter freiheitssichernden Kautelen erfolgten Aussage so verlässlich dokumentiert ist, dass ohne rechtsstaatliche Bedenken auf sie zurückgegriffen werden kann.

Diese Voraussetzung ist zunächst immer dann erfüllt, wenn die Vernehmung durch einen *Richter* durchgeführt wurde (*§ 254 I 2 Nr. 1 AE*).[145] In diesem Fall werden nicht nur bei der Vernehmungsperson Sachkunde, Neutralität und Objektivität vorausgesetzt, sondern es sind auch formale Bedingungen gegeben (Protokollierungspflicht nach § 168 StPO, Anwesenheitsrecht eines Verteidigers nach § 168c I StPO[146]), die die Erwartung rechtfertigen, dass die festgehaltenen Aussagen des Angeklagten auf seinem freien Willen beruhen und zutreffend wiedergegeben sind.[147]

Bei Vernehmungen durch Staatsanwälte oder Polizeibeamte kann es sein, dass die genannten günstigen Bedingungen nicht oder nicht vollständig erfüllt sind. Deshalb dürfen die Angaben, die der Angeklagte bei solchen Vernehmungen gemacht hat, ohne seine Zustimmung nur dann in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn bei der (gesamten) Vernehmung ein Verteidiger anwesend war *(§ 254 I 2 Nr. 2 AE)*.[148] Ist dies der Fall, so kann angenommen werden, dass der Beschuldigte bei seiner Entscheidung über das »Ob« und ggf. das »Wie« seiner Äußerung sachkundig beraten war, dass Unklarheiten durch ergänzende Fragen des Verteidigers beseitigt wurden, dass dieser jeden etwaigen Versuch einer unangemessenen Beeinflussung des Beschuldigten unterbunden hat und dass er schließlich dafür gesorgt hat, dass die Angaben seines Mandanten ordnungsgemäß und vollständig protokolliert wurden.[149]

138 Zur Kritik des gegenwärtigen Zustandes siehe *Grünwald*, Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, S. 128 ff.; SK-*Velten*, § 254 Rn 2.
139 So u. a. LR-*Mosbacher*, § 254 Rn 10 m. w. N.
140 *Hanack*, in: Hamm/Matzke (Hrsg.), Festschrift für Schmidt-Leichner, 1977, S. 83 (96) m. w. N.
141 Dabei kann es sich auch um ein anderes als das laufende Strafverfahren handeln.
142 Siehe ausführlich LR-*Kühne*, Einl. K, Rn 13, 16 ff.; LR-*Lüderssen/Jahn*, Einl. M, Rn 10.

143 Im Einzelfall mag es für den Angeklagten schwer zu erkennen sein, ob der Inhalt einer Vernehmung für ihn insgesamt eher entlastend oder belastend wirkt. Dennoch wird man es ihm nicht gestatten können, seine Zustimmung nur auf bestimmte Teile einer einheitlichen Vernehmung zu beschränken. Die ihn entlastenden Umstände, die er bei seiner früheren Vernehmung vorgebracht hat, kann er ja auch unmittelbar in der Hauptverhandlung vortragen.
144 Zu dem schillernden Begriff wegweisend *Dencker* ZStW 102 (1990), 51. Erledigt ist damit auch die streitige Frage, ob das »Geständnis« eines Angeklagten auch zu Lasten eines Mitangeklagten verlesen und verwertet werden darf; siehe hierzu *Meyer-Goßner*, § 254 Rn 5 m. w. N.
145 Hierzu bereits *Jahn*, FS-Wolter, S. 974.
146 In Fällen unterhalb der Schwelle des § 140 StPO muss dem Beschuldigten allerdings für eine richterliche Vernehmung im Ermittlungsverfahren nicht zwingend ein Verteidiger bestellt werden. Dieser Schönheitsfehler müsste im Zusammenhang des § 140 StPO beseitigt werden.
147 Vgl. *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn 857; *Paulus* JuS 1988, 873 (878); *Schneidewin* JR 1951, 481 (485).
148 *Jahn*, FS-Wolter, S. 973 f.
149 Zu den Aufgaben des Verteidigers als Beistand des Beschuldigten siehe LR-*Lüderssen/Jahn*, Vorb. § 137 Rn 73. Zur höheren Beweiskraft von Protokollen, die in Anwesenheit eines Verteidigers erstellt wurden, siehe auch *Jahn* ZStW 115 (2003), 815 (836).

Das Vernehmungsergebnis darf nur dann nach § 254 I 2 Nr. 2 AE in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn ein Verteidiger *tatsächlich* bei der gesamten Vernehmung anwesend war. Es reicht also für die Verwertbarkeit der Aussage nicht aus, dass dem Verteidiger nur die *Gelegenheit* zur Teilnahme an der Vernehmung gegeben wurde, und zwar auch dann nicht, wenn der Verteidiger von dem Vernehmungstermin frühzeitig informiert wurde. Denn nur bei tatsächlicher Präsenz des Verteidigers ist gewährleistet, dass die Vernehmung unter Bedingungen stattfindet, die eine Verlässlichkeit ihrer Ergebnisse erwarten lassen. Dass der Verteidiger durch sein Fernbleiben eine spätere Einführung des Vernehmungsergebnisses in die Hauptverhandlung verhindern kann, ist angesichts des ohnehin bestehenden Schweigerechts des Beschuldigten hinzunehmen.

Schließlich darf eine frühere (nicht-richterliche) Aussage des Angeklagten nach *§ 254 I 2 Nr. 3 AE* auch dann in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn der Angeklagte vor seiner Vernehmung ausdrücklich auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat und wenn die Vernehmung vollständig in Bild und Ton festgehalten worden ist. In diesem Fall ist allerdings nur die Verwendung der Bild-Ton-Aufzeichnung selbst als Beweismittel zulässig; eine (bloße) Verlesung des Protokolls der Vernehmung oder die Zeugenvernehmung einer Verhörsperson kommt nicht in Betracht (§ 254 I 4, 2. HS. AE). Diese Regelung beruht auf der Erwägung, dass es bei Ermittlungen wegen eines wenig schwerwiegenden Tatverdachts unverhältnismäßig großen Aufwand bedeuten kann, für die polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Vernehmung des Beschuldigten einen (unter Umständen letztlich von dem Beschuldigten zu bezahlenden) Verteidiger einzuschalten, wenn der Beschuldigte dies nicht wünscht. Verzichtet der Beschuldigte auf den Beistand eines Verteidigers, so fehlt es zwar an den Sicherungen für die Wahrung der Aussagefreiheit und die Richtigkeit der Protokollierung, die die Verwertung der Aussage in den Fällen der Nummern 1 und 2 rechtfertigen; aber die Dokumentation der gesamten Vernehmung in Ton und Bild bietet ein hinreichendes Äquivalent, da sich das Gericht und die Verfahrensbeteiligten dann in der Hauptverhandlung selbst ein Bild davon machen können, wie die Vernehmung abgelaufen ist. Letzteres ist allerdings auch die Mindestvoraussetzung für eine Einführung der Aussage in die Hauptverhandlung. Kann oder will die Staatsanwaltschaft die Bild-Ton-Aufzeichnung nicht vorlegen, sondern bietet sie nur ein Protokoll oder eine Aussage des Vernehmungsbeamten an, so fehlt es an nachprüfbaren Sicherheiten für die Ordnungsgemäßheit der Vernehmung und der Dokumentation ihres Ergebnisses.

Die Voraussetzungen für eine Bild-Ton-Aufzeichnung ergeben sich aus § 136 IV AE. Danach muss die Vernehmung aufgezeichnet werden, wenn der Beschuldigte dies verlangt; bei Vergehen steht sie im Ermessen des Vernehmenden, bei Verdacht eines Verbrechens soll aufgezeichnet werden. Die Aufzeichnung kann auch ohne den Willen des Beschuldigten vorgenommen werden; dieser ist dadurch geschützt, dass er sich auf sein Schweigerecht zurückziehen kann, wenn er mit der Konservierung seiner Angaben nicht einverstanden ist. Deshalb trägt die Belehrung darüber, dass die angefertigte Bild-Ton-Aufzeichnung in einer

späteren Hauptverhandlung vorgeführt werden darf (§§ 136 V, 163 a V, 254 I 3 AE), den Rechten des Beschuldigten ausreichend Rechnung.

§ 254 I 4 AE nimmt hinsichtlich der Art und Weise der Einführung früherer Aussagen auf § 251 AE Bezug. Dies bedeutet, dass die früheren Angaben primär durch eine Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung, bei deren Fehlen durch Protokollverlesung und erst in letzter Linie durch die heute übliche Vernehmung der Verhörsperson einzuführen sind. Damit würden auch die praktischen Erschwernisse beseitigt, die gegenwärtig durch die routinemäßige Ladung von Vernehmungsbeamten als Zeugen verursacht werden.

In allen Fällen der Einführung von früheren Aussagen in die Hauptverhandlung besteht die Voraussetzung, dass der Angeklagte bei seiner Beschuldigtenvernehmung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist *(§§ 136 V, 163 a V, 254 I 3 AE)*. Dies verlangt der Respekt vor dem Schweigerecht des Beschuldigten: Dieser kann sich nur dann frei für eine Aussage entscheiden, wenn ihm die Konsequenzen dieser Entscheidung bekannt sind.

b) § 254 II AE

Die Tatsache der Einführung der früheren Aussage sowie das Mittel der Einführung sind schon nach § 273 I StPO zu protokollieren.[150] Zusätzlich ist hier auch der Grund für die Einführung (§ 254 I 1 oder § 254 I 2 Nr. 1–3 AE) anzugeben, wenn die Staatsanwaltschaft oder der Angeklagte dies beantragen. Durch diesen Vorschlag wird die jetzige Regelung des § 255 StPO über die Verlesung auf § 254 II AE übertragen. Der Zweck dieser Vorschrift ist es, das Gericht durch die Protokollierung zu einer genauen Prüfung der Voraussetzungen von § 254 I AE zu veranlassen. Gleichzeitig erhalten die Verfahrensbeteiligten für den Fall der Missachtung der Voraussetzungen der §§ 253, 254 StPO die Möglichkeit, Beweis für ein späteres Revisionsverfahren zu sichern.[151]

c) § 254 III AE

In § 252 I 3 und § 253 I AE wird in Bezug auf Zeugenaussagen, die zum Zweck der Beweiserhebung nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen, auch deren Verwendung zum Zweck des Vorhalts ausgeschlossen. Die Situation im Fall zum Zweck der Beweiserhebung nicht verwertbarer Angaben des Angeklagten ist insofern eine andere, als hier nicht nur der Vorhalt einer nicht verwertbaren Aussage gegenüber anderen Personen regelungsbedürftig ist, sondern sich auch die Frage stellt, ob dem Angeklagten seine eigenen früheren Angaben in der Hauptverhandlung vorgehalten werden dürfen. § 254 III AE trifft deshalb für den Vorhalt von Angaben, die der Angeklagte früher in einem strafrechtlichen Verfahren gemacht hat, eine differenzierende Regelung.

Der Vorhalt früherer Aussagen ist nach richtiger Auffassung kein eigenes Beweismittel, sondern ein bloßer Vernehmungsbehelf: Nur das, was der Angeklagte oder Zeuge auf den Vorhalt hin äußert, kann Grundlage des Urteils werden.

150 Vgl. zur derzeitigen Rechtslage LR-*Mosbacher*, § 255 Rn 2 m. w. N.
151 LR-*Mosbacher*, § 255 Rn 1, 2.

Auch bei dieser Betrachtung bestehen gegen die Möglichkeit des Vorhalts grundsätzliche Bedenken, die nicht gänzlich von der Hand zu weisen sind. Denn zumindest Laienrichter können die fehlende Beweiskraft der vorgehaltenen früheren Aussage als solcher nicht immer erkennen, sondern mögen sie als selbstständiges Beweismittel ansehen. Dieses Problem kann jedoch dadurch gelöst werden, dass der Vorsitzende den Laienrichtern in der Beratung die begrenzte Bedeutung dieses Vernehmungsbehelfs eingehend erläutert. Da mit Hilfe des Vorhalts früherer Aussagen nicht nur die Erinnerung von Aussagepersonen aufgefrischt, sondern auch die für die Glaubhaftigkeit relevante Konstanz der Aussage überprüft werden kann, ist ein völliger Verzicht auf diesen Vernehmungsbehelf nicht angezeigt.[152] Dies gilt insbesondere für Angaben des Angeklagten: Wenn dieser sich in der Hauptverhandlung zur Sache äußert, so kann es angezeigt sein, seine Einlassung mit früheren Äußerungen zu vergleichen, um festzustellen, ob die aktuelle Einlassung möglicherweise eine bloße Schutzbehauptung ist.

Daher gestattet es § 254 III AE – entsprechend der bisherigen Praxis[153] – grundsätzlich, dem Angeklagten auch gegen seinen Willen seine früheren Aussagen vorzuhalten, und zwar auch dann, wenn diese nicht zum Zweck der Beweiserhebung in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürften, wenn es sich also beispielsweise um polizeiliche Aussagen handelt, von denen keine Bild-Ton-Aufzeichnung existiert. Diese Regelung beruht darauf, dass die vorgehaltenen Angaben selbst keine Beweisqualität haben und daher dem Urteil nicht zugrunde gelegt werden können. Die Möglichkeit des Vorhalts früherer Angaben besteht allerdings nur dann, wenn sich der Angeklagte wenigstens teilweise zur Sache eingelassen hat. Schweigt hingegen der Angeklagte vollständig, so soll nicht mittels eines Vorhalts versucht werden können, ihn zu einer Aussage zu drängen. In diesem Fall wäre auch die Gefahr b sonders groß, dass die vorgehaltene Aussage subkutan als Anzeichen für die Schuld des Angeklagten gewertet und damit der *nemo-tenetur*-Grundsatz unterlaufen wird.

Um einer etwaigen Suggestivwirkung effektiv entgegenzuwirken, ist es nach § 254 III 2 AE außerdem in jedem Fall verboten, den Vorhalt im Wege der Vorführung einer Bild-Ton-Aufnahme der früheren Aussage durchzuführen.

Gegenüber Zeugen darf eine frühere Aussage des Angeklagten nach § 254 III 3 AE andererseits nur dann für einen Vorhalt verwendet werden, wenn sie auch nach § 254 I AE zum Zweck der Beweiserhebung benutzt werden darf, wenn also eine erhöhte Richtigkeitsgewähr besteht.[154] Der Grund dafür besteht in der Gefahr, dass Zeugen durch den Vorhalt einer ihnen bisher unbekannten und aufgrund ihrer mangelnden Verlässlichkeit nicht als Beweismittel verwendbaren früheren Aussage des Angeklagten beeinflusst und dass ihre eigenen Angaben so in eine falsche Richtung gelenkt werden. Außerdem bestünde die Gefahr einer Umgehung der Beschränkungen des § 254 I AE.

152 Vgl. nur *Meyer-Goßner*, § 69 Rn 7.
153 Hierzu bereits *Jahn*, FS-Wolter, S. 977.
154 Hierzu bereits *Jahn*, FS-Wolter, S. 977.

XVII. § 255a Vorführung der Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung

1. Gesetzestext

§ 255a Vorführung der Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung

Die Vorschrift wird aufgehoben.

2. Begründung

Die Aufhebung des § 255a StPO ist die Konsequenz aus der Neufassung der der Vorschriften über die Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen nach den §§ 250, 251 AE.

XVIII. § 325 Erneute Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen

1. Gesetzestext

§ 325 Erneute Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen

[1]Soweit das Gericht die in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs vernommenen Zeugen oder Sachverständigen nicht erneut geladen hat, ist ein Antrag nach § 250 Abs. 1 Satz 2 nur zulässig, wenn die Ladung der Zeugen oder Sachverständigen rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt worden war. [2]Im Übrigen gelten für die Einführung der in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs gemachten Aussagen die allgemeinen Vorschriften.

2. Begründung

Die vorgeschlagene Neufassung des § 325 StPO ist eine Folge der Umgestaltung der §§ 250–256 StPO. Da die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen gemäß § 250 I 1 AE in den Grenzen des § 244 II StPO generell durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der betreffenden Person ersetzt werden kann, wird die in dem bisherigen § 325 StPO getroffene Sonderregelung zur Verlesbarkeit der Protokolle der im ersten Rechtszug durchgeführten Vernehmungen weitgehend obsolet. Soweit die erneute Vernehmung der Zeugen oder Sachverständigen zur Wahrheitserforschung in der Berufungshauptverhandlung nicht erforderlich ist, kann sie bereits nach der allgemeinen Vorschrift des § 250 I 1 AE durch die Verlesung des Protokolls einer im ersten Rechtszug durchgeführten Vernehmung ersetzt werden. Dies gilt auch dann, wenn dieses Protokoll nach Maßgabe von § 323 II 2–6 StPO anhand eines Tonbandmitschnitts erstellt worden ist.

Der § 325 AE verweist deshalb für die Einführung der in der Hauptverhandlung des ersten Rechtszugs gemachten Aussagen in seinem Satz 2 auf die allgemeinen Vorschriften, übernimmt aber in seinem Satz 1 aus dem geltenden Recht den Gedanken, dass die Ladung erstinstanzlich bereits vernommener und vom Berufungsgericht in Anwendung des § 323 II 1 StPO nicht erneut geladener

Zeugen und Sachverständigen rechtzeitig vor der Hauptverhandlung beantragt werden muss. Ohne einen solch' rechtzeitigen Antrag soll der Verfahrensbeteiligte nicht mehr die Möglichkeit haben, die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen auch gegen die Einschätzung des Berufungsgerichts mittels eines Beweisantrags zu erzwingen. Dies gilt nach der Konzeption des AE nicht nur für den Angeklagten, sondern in gleicher Weise für die Staatsanwaltschaft sowie für einen etwaigen Nebenkläger.

Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)

Heft 1, 161. Jahrgang, 2014, Seiten 1–72

Inhalt

**Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme)
Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE)**

vorgelegt von

Albin Eser, Helmut Frister, Frank Höpfel, Barbara Huber, Matthias Jahn, Heike Jung, Bernd-Dieter Meier, Henning Radtke, Rudolf Rengier, Peter Rieß, Frank Riklin, Klaus Rolinski, Claus Roxin, Heinz Schöch, Torsten Verrel, Thomas Weigend 1–72

Betr.: Expertenkommission zur Reform des Strafverfahrens 2014/15

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor **Januar 2015**

Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung.

Stellungnahme zu den Vorschlägen des Alternativ-Entwurfs Beweisaufnahme über die Ersetzung einer Vernehmung,

vorgetragen von Prof. Dr. Matthias Jahn, RiOLG

A. Inhalt der Vorschläge

Der vom Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer im Jahre 2014 vorgelegte „Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme" (GA 2014, ff.) schlägt – in Durchbrechung des herkömmlichen Unmittelbarkeitsgrundsatzes – unter bestimmten Voraussetzungen einen „Beweisstransfer" vom Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung vor, d.h. die Möglichkeit der Einführung von Bekundungen von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung ohne persönliche Vernehmung mittels bestimmter Surrogate (z.B. Videovernehmung).

Der Entwurf fasst seine Vorschläge wie folgt zusammen (GA 2014, 25 f.):

1. Die einerseits starren, andererseits unsystematischen und inkonsistenten Regelungen über die materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in den §§ 250-256 der geltenden StPO sollen durch ein flexibles Modell für die Auswahl der Beweismittel bezüglich der Bekundungen von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen ersetzt werden. Maßgeblich für die Wahl zwischen einer unmittelbaren Vernehmung der Beweisperson und der Einführung einer früheren Bekundung sollen sein

   - die Aufklärungspflicht des Gerichts,
   - der Wille der Verfahrensbeteiligten,
   - die Eignung des jeweiligen Beweismittels zur verlässlichen Wiedergabe des Gesagten.

2. Die Beweisperson ist unmittelbar in der Hauptverhandlung zu vernehmen, wenn die Aufklärungspflicht dies gebietet oder wenn ein Verfahrensbeteiligter die Vernehmung nach den Regeln von § 244 Abs. 3 bis 6, § 245 StPO beantragt hat.

3. Wenn keine dieser Voraussetzungen gegeben ist, kann das Gericht die Angaben der Beweisperson durch ein Surrogat in die Hauptverhandlung einführen. Vorhandene Surrogate sind gemäß folgender Rangfolge zu verwenden:

   a) Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung;

   b) Protokoll einer Vernehmung;

   c) Zeugenvernehmung der Person , die den Zeugen vernommen hat.4

4. Bei der Einführung und Verwertung von Angaben, die den Angeklagten belasten, ist in größtmöglichem Umfang die Wahrnehmung seines Konfrontationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. d) EMRK zu gewährleisten. Belastende Angaben von Zeugen, die weder der Angeklagte, noch sein Verteidiger befragen konnte, dürfen nicht die einzige oder ausschlaggebende Grundlage einer verurteilenden Entscheidung des Gerichts sein. Wenn es die Justizbehörden oder Gerichte zu verantworten haben, dass ein Zeuge vom Beschuldigten oder seinem Verteidiger nicht befragt werden kann, so sind die Angaben insgesamt unverwertbar.

5. Die von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit, die früheren Angaben eines Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, durch Vernehmung eines Richters, der den Zeugen früher vernommen hat, einzuführen, wird ausdrücklich geregelt und durch das Erfordernis einer qualifizierten Belehrung des Zeugen ergänzt.

B. Bewertung/ Kritik

I. Zur den vorgeschlagenen Regelungen über die Ersetzung einer Vernehmung (§§ 250, 251 AE)

1. Verminderung des kritischen Potentials der herkömmlichen Hauptverhandlung

Das *„Gegenkonzept"* zum geltenden Recht beruht m.E. auf einer Verkennung der Funktion der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung. Bezeichnend hierfür ist, dass *Jahn* als *„Schwäche"* der §§ 249 ff. StPO – und damit als Regelungsanlass für das Gegenkonzept – an erster Stelle die *„Doppelung der Beweisaufnahme"* im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung nennt (S.7; vgl. GA 2014, 1, 3).

Die Doppelung der Beweisaufnahme (streng genommen ist die Erkenntnisgewinnung im Ermittlungsverfahren keine Beweisaufnahme, s. Stellungnahme *Caspari*, S. 7) ist m.E. keine Schwäche, sondern der eigentliche Sinn der Hauptverhandlung, denn sie ermöglicht eine kritische Überprüfung des Verlaufs und der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens. Sie bildet damit eine Sicherung der Wahrheitsfindung.

Der entscheidende Grund hierfür besteht darin, dass dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung das gesamte Ermittlungsmaterial vorliegt. Sie sind damit in die Lage versetzt, die Anklagehypothese umfassend und die einzelnen Beweismittel mit Blick auf die jeweils anderen zu prüfen und – z.B. durch Vorhalte und Fragen – buchstäblich zu hinterfragen.

Die Möglichkeit der kritischen Überprüfung und Würdigung wird verstärkt durch den diesbezüglichen Diskurs der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts, den die StPO in gewissem Umfang vorsieht. Die Verfahrensbeteiligten können Erklärungen zur Beweisaufnahme abzugeben (§ 257 StP0), weitere Beweiserhebungen beantragen (§ 244 StPO) und darüber jeweils Rede und Gegenrede führen. Das Gericht kann von sich aus oder auf Antrag Auskunft über seine Einschätzung der Beweislage geben und diese mit den Verfahrensbeteiligten erörtern (§ 257b StPO). Hierbei können die Akteure wegen des Unmittelbarkeitsprinzips - nur das zählt, was in der Hauptverhandlung zur Sprache kommt - davon aus gehen, dass sie alle über dieselben relevanten Informationen verfügen, was die Grundvoraussetzung eines sinnvol-

len Diskurses ist. Selbst wenn das Gericht zu einer Erörterung nicht bereit ist, können die Verfahrensbeteiligten mittelbar aus der Gestaltung der Beweisaufnahme, insbesondere aus Befragungen des Angeklagten, der Zeugen und Sachverständigen seitens des Gerichts sowie aus Begründungen von Beschlüssen Aufschluss über die Sicht des Gerichts gewinnen und auf die Beweisaufnahme im Interesse der Wahrheitsfindung einwirken.

Insgesamt lässt sich von einem spezifischen kritischen Potential der dem Unmittelbarkeitsprinzip folgenden Hauptverhandlung sprechen, mittels dessen - oftmals erst im Nachhinein feststellbare - tatsächliche und rechtliche Mängel des Ermittlungsverfahrens im Interesse der Wahrheitsfindung und der Rechtmäßigkeit des Verfahrens aufgespürt und beseitigt werden können.

Die prozedurale Sicherung der Wahrheitsfindung, die demgegenüber der AE Beweisaufnahme anstelle der *„Doppelung"* der Beweisaufnahme vorsieht, namentlich die Sicherung der Authentizität der Angaben von Beschuldigten und Zeugen insbesondere durch Videoaufzeichnungen und/oder die Anwesenheit des Verteidigers (s. §§ 251, 254 StPO-AE) sowie die Stärkung des Konfrontationsrechts des Beschuldigten (§ 253 StPO-AE), vermögen dieses Potential nicht zu ersetzen, weil sie nicht in vergleichbarer Weise eine kritische Prüfung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ermöglichen. Die Praxis zeigt, dass oftmals erst in Anbetracht der gesamten Ermittlungen oder gar erst der Entwicklung der Beweislage in der Hauptverhandlung Anlass besteht, Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens zu hinterfragen, ggf. Ergebnisse in Zweifel zu ziehen oder gar zu verwerfen bzw. zum Anlass für weitere Beweiserhebungen zu nehmen. Demgegenüber zielt der AE Beweisaufnahme geradezu auf eine Konservierung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ab.

Die vom AE Beweisaufnahme angestrebte Auflösung der konzentrierten Beweisaufnahme vor Gericht in individuelle Selbstlese- und *„Selbstseh"*-Verfahren (§ 249a Abs. 2 StPO-AE) außerhalb des Gerichts lässt die Zunahme sowohl von Perseveranzeffekten als auch von Wahrnehmungsdefiziten befürchten, abgesehen davon, dass jede Kontrolle darüber entfällt, dass alle am Verfahren Beteiligten alle relevanten Beweismittel überhaupt zur Kenntnis nehmen. (Diese schon jetzt beim Selbstleseverfahren bestehende Gefahr in Bezug auf Urkunden wird faktisch dadurch gemindert, dass vom Gericht für besonders relevant erachtete Urkunden

i.d.R. verlesen oder zum Gegenstand von Vorhalten gemacht werden.) Praktisch bedeutet das nicht zuletzt, dass es am Ende des Prozesses - bei der Urteilsfindung und –begründung - mehr denn je auf die Sicht des Urteilsverfassers ankommen wird.

Schließlich sein angemerkt, dass durch den vom AE Beweisaufnahme vorgeschlagenen Beweistransfer auch der Öffentlichkeitsgrundsatz und der hierfür unverzichtbare Mündlichkeitsgrundsatz in hohem Maße beeinträchtigt werden würden. Ohne die mündlichen Bekundungen insbesondere von Zeugen und Sachverständigen würde der Prozess für Außenstehende weitgehend unverständlich werden. Darunter würde nicht nur die kritische Funktion, die der Anwesenheit der Öffentlichkeit beigemessen wird, empfindlich leiden, sondern auch die Bedeutung des gerichtlichen Strafprozesses für die Bildung von Rechtsbewusstsein und Rechtskultur (vgl. Stellungnahme des Verf. zu den Vorschlägen von *Schmengler*, *Radtke*, *Müller* unter B. II. 7.). Die Öffentlichkeit würde das Interesse an Strafprozessen schnell verlieren. Deren Funktion als Verkörperung und Schule des Rechts ginge verloren.

2. Keine Beschleunigungseffekte

Die Einschränkung des § 250 StPO-AE, wonach die Ersetzung von Bekundungen von Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung durch Surrogate nur dann zulässig sein soll, wenn die unmittelbare Vernehmung nicht möglich oder *„zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich"* ist, vermag den Verlust der Sicherung der Wahrheitsfindung durch die herkömmliche Hauptverhandlung nicht aufzufangen, sondern wird voraussichtlich für unerquickliche Verzögerungen sorgen. Die Formulierung dürfte so zu verstehen sein, dass die Beurteilung der Erforderlichkeit der persönlichen Vernehmung im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts stehen soll. Mit dieser Klippe werden die bestehenden Möglichkeiten, einzelnen Bekundungen von Zeugen und Sachverständigen unter geringeren Zulässigkeitsvoraussetzungen kritisch nachzugehen - bspw. im Wege des Vorhalts oder durch Nachfragen - beseitigt. An ihre Stelle tritt die Möglichkeit der Beweisantizipation seitens des Gerichts.

Zwar sollen die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte gem. § 250 Abs. 1 S. 2 und 3 StPO-AE *„sowohl zur Bestätigung als auch zur Widerlegung einer in einer früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache"* die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen nach Maßgabe des Beweisantragsrechts „erzwingen" können (so die Erläuterungen, GA 2014, 1, 18 f., 49 f.). Die Probleme der Anwendung dieser Vorschrift sind jedoch vorprogrammiert. Was soll das Beweisthema eines solchen Antrags sein? Die *„Bestätigung"* oder *„Widerlegung"* einer bereits bekundeten Tatsache? Ob das eine oder andere der Fall ist, ist doch eine Frage der Beweiswürdigung, die typischerweise nicht dem Beweisantrag zugänglich ist. Sollen *neue* Tatsachenbekundungen des Zeugen oder Sachverständigen mit dem Beweis*ziel* der Bestätigung oder Widerlegung der bisherigen Bekundungen unter Beweis gestellt werden dürfen? Wenn ja, ist die Darlegung dieser Bekundungen und eines etwaigen Konnexes zwischen Bekundung und Beweisziel erforderlich? Dass die Vorschrift dazu berechtigen soll, ohne jede weitere Tatsachenbehauptung die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen, hinsichtlich dessen sich das Gericht mit einem Vernehmungssurrogat begnügen möchte, mit der bloßen Behauptung zu „erzwingen", die persönliche Vernehmung werde die durch das Surrogat vermittelte Tatsache *„bestätigen"* oder *„widerlegen"*, scheint kaum beabsichtigt zu sein. Anderenfalls ergäbe der Hinweis auf das *„Beweisantragsrecht"* (nebenbei: eine ungewöhnliche Verweisung) keinen Sinn, und überhaupt würde dadurch die Möglichkeit der Ersetzung überhaupt in Frage gestellt.

Es ist abzusehen, dass die Vorschrift in der Praxis zu zahllosen Anträgen, zahllosen Ablehnungen, zahllosen Revisionsrügen sowie zahllosen BGH-Entscheidungen und letztlich zu einer Kasuistik führen würde, welche die von den Verfassern des AE beklagte *„Unübersichtlichkeit"* des gegenwärtigen Systems der Beweisaufnahme (vgl. GA 2014, 1, 3f.; *Jahn*, S. 7) in den Schatten stellen würde. Etwaige Beschleunigungseffekte durch mögliche Vernehmungssurrogate würden durch Auseinandersetzungen über die Erforderlichkeit und Erzwingbarkeit einer zusätzlich unmittelbaren Beweisaufnahme aufgezehrt werden.

3. Zusätzliche Kosten für die Verteidigung/ Verschärfung der Zwei-Klassen-Verteidigung

Die Regelungen des AE-StPO würden konsequenter Weise dazu führen, dass der Verteidiger schwerpunktmäßig außerhalb der Hauptverhandlung tätig werden müsste, indem er sich mit den vorhandenen Vernehmungssurrogaten befasst (z.B. Video-Aufzeichnungen von Vernehmungen ansieht), Erklärungen hierzu formuliert und Anträge auf persönliche Vernehmung formuliert (s.o.). Da bislang die Tätigkeit im Hauptverfahren nach Hauptverhandlungstagen vergütet wird, müsste eine Umstellung erfolgen. Diese dürfte unmöglich derart geringe Vergütungen vorsehen, wie sie de lege lata für einzelne Tätigkeiten im Ermittlungsverfahren bestehen, weil sich Verteidigung dann nicht nur nicht „lohnen" würde, sondern für einen Rechtsanwalt schlechterdings nicht auskömmlich wäre.

Zudem wäre in einem größeren Maße als bisher die Beiordnung geboten, nämlich grundsätzlich bei jeder Hauptverhandlung, weil die aufgezeigten Rechtsprobleme des Transfers von einem Laien schlechterdings nicht erfasst und nicht thematisiert werden könnten. Dies gilt auch mit Blick auf die Vorschrift des § 250 Abs. 2 StPO-AE, wonach der nicht verteidigte Angeklagte selbst das Recht haben soll, *„zur Bestätigung oder Widerlegung einer in einer früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen zu beantragen"*. Hier stellen sich dieselben schwierigen Fragen wie bei Absatz 1 (s.o.). Dass ausweislich der Vorschrift der Vorsitzende den Angeklagten über dieses Recht zu belehren und ausweislich der Begründung auf eine sachgerechte Antragsstellung hinzuwirken hat, ja sogar bei der Formulierung Hilfe leisten soll (GA 2014, 1, 53), vermag einen Verteidiger nicht zu ersetzen. Man würde vom Vorsitzenden ein geradezu schizophrenes Verhalten verlangen, wenn er dazu helfen soll, eine Beweiserhebung zu erzwingen, die er bzw. das Gericht gerade nicht für erforderlich hält. Ohne die Gewährleistung eines Verteidigers kann ein Beweistransfer nicht statuiert werden.

Im Ergebnis würde die Staatskasse durch die Realisierung der vom AK Beweisaufnahme vorgeschlagenen Neuregegelungen daher weniger entlastet als belastet werden.

Würde der Staat indes von der Erweiterung der Beiordnung und der Anhebung der Vergütung für Tätigkeiten außerhalb der Hauptverhandlung absehen, würde er die ohnehin schon bestehende Zwei-Klassen-Verteidigung noch verschärfen.

II. Generell

Generell bin ich der Auffassung, dass die Realisierung des vom AK Beweisaufnahme vorgeschlagenen Beweistransfers

1. einen Bedeutungsverlust der öffentlich-mündlichen Hauptverhandlung und damit einen Rückschritt ins alte Inquisitionsverfahren und dessen Probleme sowie eine Preisgabe von Rechtskultur bedeuten würde (vgl. meine Stellungnahme zu den Vorschlägen von *Schmengler*, *Radtke*, *Müller* unter B. II. 2.),

2. unvereinbar wäre mit der Stellung und Funktion der Strafgerichte, die das Grundgesetz (§ 97 GG) nach der Auffassung des BVerfG den Strafgerichten zuweist (vgl. vorgenannte Stellungnahme unter B. II. 4),

und dass

3. einer bestehenden oder drohenden Überlastung der Strafjustiz (zw. angesichts des permanenten Rückgangs von Kriminalität) nicht mit einer Aushöhlung der Hauptverhandlung zu begegnen ist, sondern mit einer ohnehin gebotenen Reform des materiellen Strafrechts (insb. Entkriminalisierung).

Stefan Caspari
Vorsitzender Richter am Landgericht

Landgericht Dessau-Roßlau
Willy-Lohmann-Straße 29
06844 Dessau-Roßlau

Dessau-Roßlau, im Mai 2015

- Deutscher Richterbund -

Sitzung der
Expertenkommission des
Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz
zur
effektiveren und praxistauglicheren
Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens
und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Sechste Sitzung
am 11. und 12. Mai 2015
in Berlin

Referat
„Reformvorschläge für die Anbringung und Entscheidung
von Befangenheitsgesuchen“

I. Problemdarstellung

Sowohl das Stellen von Befangenheitsanträgen wie auch deren Bescheidung führen in der Praxis aus den unterschiedlichsten Gründen, deren Darstellung an dieser Stelle entbehrlich ist, zu teils unnötigen Verfahrensverzögerungen.

Neben den nachvollziehbaren Gründen, einen Befangenheitsantrag zu stellen, wird jenes Instrument auch dazu genutzt, dem querulatorischen Treiben von Angeklagten zu dienen, oder dazu, als Instrument zur Verfahrensverzögerung benutzt zu werden.

Daneben soll nicht verschwiegen werden, dass insbesondere einem Angeklagten gelegentlich auch die Gründe für die Zurückweisung von Befangenheitsanträgen nur schwerlich vermittelbar sind. Dies gilt etwa, wenn sich der Angeklagten sagen lassen muss, dass ein „vernünftiger Angeklagter, mit geistig gesunden Vorstellungen ausgestattet und bei voller Vernunft befindlich, kein Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters hätte, wenn jener den Sachverhalt einer ihm zumutbaren ruhigen Prüfung unterzöge“. Auch die Begründung, dass eine Vorbefassung des Richters, möglicherweise sogar bei einer vorausgehenden Urteilsfindung in derselben Sache, ihn nicht befangen mache, weil er sich von einer früheren Überzeugung ohne weiteres wieder lösen könne, dürften für einen Angeklagten teils nur schwer nachvollziehbar sein. Schließlich kann die Identität derer, die über ein Befangenheitsgesuch anstelle des abgelehnten Richters mit zu entscheiden haben, mit denen, die bei einer Stattgabe des Befangenheitsgesuchs als Vertreter für den abgelehnten Kollegen nachrücken, Anlass geben, an der Objektivität jener Richter zu zweifeln.

Nicht alle diese Probleme sollen aber im Rahmen dieses Referats einer Lösung zugeführt werden, zumal eine Ausweitung der gesetzlichen Ablehnungsgründe mit einer umfangreichen Diskussion über die einzelnen Ablehnungsgründe einhergehen würde. Zudem würde eine Reform der Vertretungsregelungen für die Entscheidung über ein Befangenheitsgesuch tief in die Regelungen über die Geschäftsverteilung der Gerichte eingreifen, wobei dem jedoch keine nennenswerten Effektivierungsfolgen entgegen stünden.

Vorgeschlagen werden sollen hingegen einige Änderungen, die die Rechte der Verfahrensbeteiligten zur Ablehnung eines Richters nicht beschneiden, die aber die Möglichkeiten beschränken, das Anbringen von Befangenheitsgesuchen zu verfahrensfremden Zwecken zu nutzen. Die Vorschläge dienen insbesondere nicht dazu,

rechtzeitig gestellte Befangenheitsgesuche unter erleichterten Voraussetzungen ablehnen zu können.

II. Problemdarstellungen und Lösungsvorschläge im Einzelnen

1. Das Befangenheitsgesuch unmittelbar vor dem Beginn der Hauptverhandlung

Die Ablehnung eines Richters wegen des Besorgnisses der Befangenheit ist gemäß § 25 Abs. 1 StPO bis zum Beginn der Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse unabhängig davon zulässig, wann dem Angeklagten der von ihm angebrachte Ablehnungsgrund bekannt geworden ist.

Gemäß § 29 Abs. 1 StPO und im Umkehrschluss aus § 29 Abs. 2 StPO darf der abgelehnte Richter zudem bei einem vor dem Beginn der Hauptverhandlung (mit dem Aufruf der Sache, § 243 Abs. 1 Satz 1 StPO) angebrachten Ablehnungsgesuch nur solche Handlungen vornehmen, die keinen Aufschub gestatten. Mithin darf er insbesondere nicht die Anklage verlesen lassen.[1] Zwar wird es regelmäßig keine erfolgreiche Revisionsrüge begründen können, wenn die Anklageschrift gleichwohl verlesen wird.[2] Voraussehbar wird sich allerdings ein Vorsitzender, der „sehendes Auges“ gegen die Wartepflicht verstößt, damit eines neuerlichen und aus diesem Grund möglicherweise auch begründeten Befangenheitsgesuchs aussetzen.

Die Rechtslage wird gelegentlich für die sogenannten „5 vor 9 - Ablehnungen“ genutzt, um mit unmittelbar vor dem Beginn der Hauptverhandlung gestellten Ablehnungsgesuchen die Verlesung der Anklageschrift jedenfalls vorläufig zu verhindern, was zumindest zu einer Verfahrensverzögerung führt. Auch wenn die Ansicht vertreten wird, bei dieserart kurzfristig gestellten Anträgen vor dem Beginn der Hauptverhandlung gelte § 29 Abs. 2 StPO entsprechend mit der Folge, dass die Anklage verlesen werden und über den Antrag bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages entschieden werden könne[3], sollte insoweit eine gesetzliche Klarstellung erfolgen, schon um weitere Diskussionen in der betroffenen Hauptverhandlung zu vermeiden und nicht weitere Befangenheitsanträge zu provozieren (vgl. dazu das unter Ziffer 2 genannte Beispiel!).

---

[1] BGHSt. 48, 264.
[2] Ebd..
[3] Meyer-Goßner, StPO, 47. Auflage, § 29, Rn.8; offen gelassen in BGHSt. 48, 264.

Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum bei der Kenntnis von vermeintlichen Befangenheitsgründen vor dem Beginn der Hauptverhandlung dem Angeklagten die Möglichkeit eingeräumt werden müsste, den Beginn der Hauptverhandlung zu verzögern. Es kann von ihm vielmehr verlangt werden, bei frühzeitiger Kenntnis von vermeintlichen Befangenheitsgründen diese entweder auch frühzeitig als Anlass für ein Befangenheitsgesuch zu nehmen und ein solches Gesuch anzubringen oder aber auf die Entscheidung über den Antrag über den Beginn der Hauptverhandlung hinaus zuzuwarten, zumal ihm durch das Zuwarten auf die Entscheidung kein Rechtsnachteil entsteht.

Vor diesem Hintergrund kommen zwei Änderungen in Betracht:

a) Der Angeklagte könnte verpflichtet werden, bei Kenntnis von vermeintlichen Befangenheitsgründen nach der Bekanntgabe der Gerichtsbesetzung jene Befangenheitsgründe innerhalb einer gesetzlich zu bestimmenden Frist („… bis zum Ablauf des (zweiten, dritten o.ä.) auf die Kenntnisnahme des Umstandes, auf welchen die Ablehnung gestützt wird, folgenden Tages…“) geltend zu machen.

   Dieser Vorschlag hätte den Vorteil, dass über die Befangenheitsgesuche in der Regel mit einem ausreichenden Vorlauf vor dem Beginn der Hauptverhandlung entschieden werden könnte. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass es sich um eine Frist handeln muss, die eine ausreichende Beratung der eventuellen Ablehnung zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger ermöglicht. Zudem ist vorhersehbar, dass Streitigkeiten darüber entstehen werden, wann jener Umstand dem Angeklagten bekannt geworden ist. Auch würde durch eine solche Fristsetzung ein unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung angebrachtes Befangenheitsgesuch mit den genannten verzögernden Wirkungen nicht verhindert werden, wenn der vermeintliche Ablehnungsgrund erst innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist vor dem Beginn der Hauptverhandlung bekannt geworden ist.

b) Vorzugswürdig und weder die Rechte des Angeklagten beschränkend noch eine ungebührlich schnelle Tätigkeit des Verteidigers bei Kenntnis von einem möglichen Ablehnungsgrund verlangend erscheint daher eine zweite Möglichkeit, die darin liegt, § 29 StPO in einem neuen Absatz 2 etwa wie folgt zu ergänzen:

   „Wird ein erkennender Richter vor dem Beginn der Hauptverhandlung abgelehnt und würde die Entscheidung über die Ablehnung (§§ 26a, 27) eine Aufschiebung des Beginns der Hauptverhandlung erfordern, so kann die Hauptverhandlung begonnen und solange

fortgesetzt werden, bis eine Entscheidung über die Ablehnung ohne Verzögerung der Hauptverhandlung möglich ist; über die Ablehnung ist spätestens bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages und stets vor Beginn der Schlussvorträge zu entscheiden.“ (Es folgt Satz 2 und 3 des bisherigen Absatzes 2; Absatz 2 Satz 1 wird Absatz 3 Satz 1; Absatz 3 Satz 2 lautet dann: „Im Übrigen gilt Absatz 2 Satz 2 und 3.“)

2. Das mündliche Stellen von Befangenheitsgesuchen

Ein weiteres Verzögerungspotential bieten die Regelungen über die Anbringung von Befangenheitsgesuchen dadurch, dass § 26 Absatz 1 Satz 2 StPO die Anwendung von § 257a StPO (Verweis auf die schriftliche Antragstellung) für Ablehnungsgesuche ausschließt. Dem einen Richter ablehnenden Angeklagten oder seinem Verteidiger bleibt es daher unbenommen, ein Ablehnungsgesuch und dessen Begründung in der Hauptverhandlung mündlich vorzutragen oder eine entsprechende vorgefertigte Schrift zu verlesen.

Aus der gerichtlichen Praxis aus Baden-Württemberg ist hierzu beispielhaft Folgendes mitgeteilt worden:

„So hat in der o.g. Strafsache beispielsweise ein Verteidiger mehrere, zunehmend längere Befangenheitsgesuche zu demselben ursprünglichen Anlass, nämlich einer angeblich unzutreffenden Handhabung der Fortsetzungsmöglichkeiten des § 29 Abs. 2 StPO, angebracht. Nach jeder weiteren Entscheidung des Gerichts wurden die Berufsrichter erneut abgelehnt, und zwar unter wörtlicher Wiedergabe der zuvor jeweils gestellten Anträge und Entscheidungen sowie weiterer, teilweise umfangreicher Entscheidungen, die für die Argumentation des Gesuchs brauchbar gemacht wurden. Schließlich umfasste das letzte Gesuch 273 Seiten. Da andere Verteidiger das Verlesen der Begründung des Gesuchs durch sonstige Anträge, die jeweils vorab zu entscheiden waren, zusätzlich verzögerten, erstreckte sich die Verlesung letztlich über mehrere Sitzungstage, obwohl die Kammer die mündliche Wiedergabe von Schriftstücken, die bereits im Zusammenhang mit vorangegangenen Gesuchen verlesen worden waren, durch eine nur beschränkte Erteilung des Wortes an den Verteidiger verhindert hatte.“

In jenem Verfahren entstanden pro Sitzungstag allein Verteidigergebühren von mehr als 20.000,00 Euro.

In einem weiteren Verfahren aus Baden-Württemberg wurde von einem verlesenen Befangenheitsantrag berichtet, dessen Begründung über 600 Seiten umfasst hat.

Derartige Verfahrensweisen seitens eines Angeklagten oder dessen Verteidigung lassen sich nicht ohne Weiteres mit einer Wortbeschränkung oder einer frühzeitigen Ablehnung des Gesuchs als unzulässig begegnen, da sich die „Offensichtlichkeit“ einer Verfahrensverzögerung oder eines Rechtsmissbrauchs in der Regel erst nach einer Kenntnisnahme der vollständigen Begründung des Gesuchs feststellen lassen wird. Es soll an dieser Stelle zudem nicht darum gehen, dem das Gesuch anbringenden Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit seines Gesuchs und der Bescheidung darüber nach vollständiger Kenntnisnahme der Gesuchsbegründung durch das Gericht zu nehmen. Verfahrensrechtlich nicht notwendig erscheint es aber, dem Angeklagten oder seiner Verteidigung dafür die Möglichkeiten einer verfahrensverzögernden Anbringung des Gesuchs einräumen zu müssen.

Die bisherige Regelung des § 257a StPO zeigt des Weiteren, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der öffentlichen Begründung von Anträgen und Anregungen durch einen Verfahrensbeteiligten nicht als Ausprägung des Öffentlichkeits- und Mündlichkeitsprinzips ansieht. Dem ist beizutreten, weil sich - unabhängig von der Öffentlichkeit der Antrags- oder Gesuchsbegründung - deren wesentliche Aspekte regelmäßig aus den Gründen der dazu ergehenden und stets öffentlich zu verkündenden Entscheidung ergeben und der Öffentlichkeit dadurch bekannt werden.

Zudem zeigt der heutige Umgang mit der Möglichkeit des § 257a StPO, dass der Verweis auf die schriftliche Antragsstellung nicht die Regel ist, obwohl sie das Gesetz erlaubt. Meist werden Beweisanträge in der Hauptverhandlung mündlich gestellt oder verlesen und nur in Ausnahmefällen deren schriftliche Anbringung verlangt.

Die in § 257a StPO geschaffene Verweismöglichkeit eröffnet aber dort Spielräume, wo die Antragstellung aus Gründen der Verfahrensverzögerung mit besonderer Langatmigkeit in der Begründung versehen wird oder die Begründung zur Verunglimpfung anderer Verfahrensbeteiligter oder aus Gründen der Öffentlichkeitswirksamkeit genutzt wird. Diese Verweismöglichkeit sollte durch eine Streichung des § 26 Abs. 1 Satz 2 StPO, gegebenenfalls noch ergänzt um die Formulierung „… Anträge, Gesuche und Anregungen zu Verfahrensfragen …“ in § 257a Satz 1 StPO, auch für Befangenheitsgesuche geschaffen werden.

Es bestünde dann die Möglichkeit, Befangenheitsgesuche und deren Begründung wie sonstige Anträge und deren Begründung über § 257a Satz 3 i.V.m. § 249 Abs. 2 StPO im

Selbstleseverfahren einzuführen, was insbesondere eine erhebliche Zeitersparnis mit sich brächte, ohne die Rechte des Angeklagten zu beschränken.

Allerdings müsste eine Neuregelung in dieser Art zusätzlich noch dem Umstand Rechnung tragen, dass das Befangenheitsgesuch nach § 25 Abs. 2 Nr. 2 StPO unverzüglich anzubringen ist. Der Verweis auf die schriftliche Gesuchsanbringung wäre daher zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen wenig wirkungsvoll, wenn der Angeklagte für die Verschriftlichung des Gesuchs eine mehrstündige oder gar mehrtägige Unterbrechung verlangen könnte. Es erscheint daher überdenkenswert, etwa in § 26 einen neuen Absatz 3 einzufügen mit dem Inhalt:

„Gibt das Gericht einem Verfahrensbeteiligten auf, das Befangenheitsgesuch und seine Begründung schriftlich zu stellen, so hat es dem Verfahrensbeteiligten auf dessen Antrag hin hierfür eine angemessene Frist zu setzen. Der abgelehnte Richter gilt erst mit Eingang der Gesuchsbegründung als abgelehnt.“

Stefan Caspari
Vorsitzender Richter am Landgericht

Landgericht Dessau-Roßlau
Willy-Lohmann-Straße 29
06844 Dessau-Roßlau

Dessau-Roßlau, im Januar 2015

- Deutscher Richterbund -

Sitzung der
Expertenkommission des
Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz
zur
effektiveren und praxistauglicheren
Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens
und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Vierte Sitzung
am 12. und 13. Januar 2015
in Berlin

Referat
„Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren -
Ausweitung der §§ 254, 255a StPO“

„Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren -
Ausweitung der §§ 254, 255a StPO“

Inhaltsübersicht:

I. Einführung…….. 3
1. Gutachtengegenstand…… 3
2. Die von einem Beweistransfer berührten Verfahrensprinzipien des Strafprozesses…….. 4
a) Unmittelbarkeit…….. 4
b) Öffentlichkeit…….....5
c) Mündlichkeit……...7
II. Beweistransfer de lege lata……..7
1. Die mehrfache „Beweisaufnahme“……...7
2. Vorteile der mehrfachen „Beweisaufnahme“…….. 8
3. Nachteile der mehrfachen „Beweisaufnahme“…….. 9
4. Die gesetzlich geregelten Beweistransfers…….....10
5. Gesetzgeberischer Hintergrund…… 13
a) Verfahrensvereinfachung…… 13
b) Zeugenschutz…… 13
6. Gesetzessystematik für die Zulässigkeit des Beweistransfers……. 14
III. Beweistransfer de lege ferenda……..... 14
1. Vorteile einer Erweiterung der Transfermöglichkeiten…….....14
2. Nachteile einer Erweiterung der Transfermöglichkeiten……...15
3. Denkbare Erweiterungen……16
4. Generelle Bewertung möglicher Erweiterungen……..16
5. Konkrete Bewertung der Erweiterungsmöglichkeiten……17
a) Bei unveränderter Teilhabe der Verfahrensbeteiligten im Ermittlungsverfahren……17
b) Bei veränderter Teilhabe der Verfahrensbeteiligten im Ermittlungsverfahren……21
c) Erweiterungen der Transfermöglichkeiten entsprechend dem AE-Beweisaufnahme……22
IV. Schlussbemerkungen……...27

I. Einführung

1. Gutachtengegenstand

Das Gutachten soll sich - vornehmlich aus der Sicht eines Praktikers - befassen mit den Möglichkeiten und der Sinnhaftigkeit einer Erweiterung des Beweistransfers aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung. Neben den von der Aufgabenstellung vorgegebenen Erwägungen zu den Möglichkeiten von Ausweitungen der §§ 254 (Verlesung von Geständnisprotokollen) und 255a (Vorführung von Bild-Ton-Aufzeichnungen von Zeugenvernehmungen) werden dabei auch die übrigen, bereits heute in der Strafprozessordnung vorgesehenen Transfermöglichkeiten auf die Sinnhaftigkeit einer Erweiterung hin beleuchtet. Dabei wird auch auf § 256 StPO (Verlesung von Erklärungen von Behörden, Sachverständigen, Ärzten und Strafverfolgungsbehörden) eingegangen. Dies erfolgt, obwohl es sich dabei nicht um einen Beweistransfer im eigentlichen Sinn handelt, da die Verlesung der in jener Norm erwähnten Urkunden nicht dazu dient, eine wiederholte Vernehmung der beurkundenden Person entbehrlich zu machen, sondern vielmehr erlaubt, jene Person überhaupt nicht vernehmen zu müssen. Wegen der Nähe zu einem Beweistransfer aufgrund des vergleichbaren Absehens von der unmittelbaren Befragung des Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung und der gesetzlich gestatteten Ausnahme von der Unmittelbarkeit, Öffentlichkeit und Mündlichkeit soll die Norm hier indes dennoch mit berücksichtigt werden.

Bei den nachfolgenden Ausführungen wird zudem Bezug und Stellung genommen auf die Reformvorschläge in dem Alternativentwurf (AE)-Beweisaufnahme[1] zu den in diesem Referat behandelten Fragen.

In den nachfolgenden Ausführungen werden begriffliche Ungenauigkeiten in der Bezeichnung des „Beweistransfers“ in Kauf genommen: Zum einen gehört die Einlassung des Angeklagten und damit auch das, was an die Stelle einer Einlassung tritt oder diese ergänzt, nicht zu den Beweismitteln im eigentlichen Sinn (§ 244 Abs. 1 StPO), zum anderen macht jede Form des „Transfers“ einer Bekundung eines Zeugen oder Sachverständigen aus dem Zeugenbeweis einen Urkunds- oder Augenscheinsbeweis.[2] Dies mag weitestgehend ohne verfahrensrechtliche Konsequenzen bleiben, sollte indes nicht gänzlich aus den Augen verloren werden. So sieht etwa § 222 StPO vor, dass geladene Zeugen dem Angeklagten rechtzeitig namhaft gemacht werden müssen, jedoch ist das Gericht (bislang) nicht

[1] GA 2014, 1 ff..
[2] Zur Problematik der Beweismitteleinordnung einer vernehmungsersetzenden Bild-Ton-Aufzeichnung auch AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1, 48 f..

verpflichtet, die Verlesung von vernehmungsersetzenden Protokollen mit gleichem Vorlauf vorab bekannt zu geben.[3] Bestünde daher die Möglichkeit eines „überraschenden", insbesondere von der Zustimmung des Angeklagten unabhängigen Beweistransfers von Zeugenaussagen aus dem Ermittlungsverfahren, bliebe insoweit wohl allenfalls die Möglichkeit eines Unterbrechungsantrages nach §§ 246 Abs. 2, 265 StPO analog oder aus dem Gebot des fairen Verfahrens. Zudem hat die Öffentlichkeit das Recht und der Angeklagte grundsätzlich die Pflicht, einer Zeugenaussage beizuwohnen (§ 231 Abs. 1 Satz 1 StPO), und die Möglichkeiten eines Ausschlusses der Öffentlichkeit (§§ 171a ff. GVG) oder des Angeklagten (§ 247 StPO) sind eng umgrenzt. Bei einer als Vernehmungsersetzung erfolgenden Einführung eines früheren Vernehmungsprotokolls besteht jedoch über § 249 Abs. 2 StPO (Selbstleseverfahren) die Möglichkeit, den Inhalt der Zeugenaussage gänzlich der öffentlichen Kenntnisnahme zu entziehen. Auch der Angeklagte ist nicht dazu verpflichtet, das Vernehmungsprotokoll bei Anordnung des Selbstleseverfahrens tatsächlich zu lesen und den Aussageinhalt zur Kenntnis zu nehmen.

2. Die von einem Beweistransfer berührten Verfahrensprinzipien des Strafprozesses

Unabhängig von den bereits heute vorgesehenen Möglichkeiten eines Beweistransfers sind alle in Betracht zu nehmenden eventuellen Erweiterungen stets auf ihre Vereinbarkeit mit den Verfahrensprinzipien des Strafverfahrens zu überprüfen beziehungsweise bedarf es der Abwägung, ob eine Einschränkung dieser Prinzipien durch die jeweils anzudenkende Erweiterung verantwortbar erscheint.

Es sollen daher eingangs jene Verfahrensprinzipien in Erinnerung gerufen und ihre Beeinträchtigungen durch einen Beweistransfer ausschnitthaft aufgezeigt werden:

a) Unmittelbarkeit

> ***§ 250 StPO***
> *Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.*

[3] Der AE-Beweisaufnahme sieht eine solche Mitteilungspflicht in § 222 Abs. 3 StPO-AE vor.

> ***§ 261 StPO***
> *Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.*
>
> ***§ 264 StPO***
> *(1) Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt.*
>
> *(2) (…)*

Jeglicher Beweistransfer in der Form der Übertragung einer Beschuldigten- oder Zeugenaussage aus dem Ermittlungsverfahren in das Hauptverfahren ebenso wie jede Ersetzung der Vernehmung in der Hauptverhandlung durch die Verlesung einer schriftlichen Erklärung beeinträchtigt die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Der Transfer und die Ersetzung dienen gerade dazu, die im Ermittlungsverfahren vernommene Person in der Hauptverhandlung nicht erneut beziehungsweise die Auskunft gebende Person überhaupt nicht zu vernehmen, sondern ihre erneute Aussage durch das Verlesen eines früheren Vernehmungsprotokolls oder durch das Abspielen einer Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Befragung beziehungsweise ihre Aussage überhaupt durch das Verlesen einer schriftlichen Erklärung zu ersetzen.

b) Öffentlichkeit

> ***§ 169 GVG***
>
> *Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse ist öffentlich. (…)*

Das Verfahrensprinzip der Öffentlichkeit wird durch einen Beweistransfer einer Beschuldigten- oder Zeugenaussage aus dem Ermittlungsverfahren insoweit beeinträchtigt, als dass durch die Einführung des entsprechenden Verfahrensteils zwar öffentlich bekannt gemacht wird, was der jetzige Angeklagte oder Zeuge im Ermittlungsverfahren ausgesagt hat, bereits dies aber schon eingeschränkt dadurch, dass nur bekannt gemacht wird, was als dessen Aussage aufgezeichnet worden ist. Dies muss nicht zwingend dem tatsächlich Ausgesagten inhaltlich und in vollem Umfang entsprechen, insbesondere, wenn es sich nicht um die Wiedergabe einer Bild-Ton-Aufzeichnung der Aussage handelt. Zudem wird nicht,

zumindest nicht bei einer Einführung anders als durch das Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung, Gegenstand der öffentlichen Verhandlung, wie die Aussage zustande gekommen ist, insbesondere ob die aufgezeichnete Aussage eine wörtliche Wiedergabe oder nur eine - vermeintlich treffende - Zusammenfassung des Gesagten oder Gemeinten darstellt. Selbst bei der Wiedergabe einer Bild-Ton-Aufzeichnung werden zudem nur die aufgezeichneten Teile der Vernehmung öffentlich, die unmittelbaren Momente vor und nach der Beginn der aufgezeichneten Aussage bleiben indes der Öffentlichkeit verborgen. Verborgen bleibt der Öffentlichkeit auch der unmittelbare Eindruck von der Auskunftsperson, der auch bei der Bild-Ton-Aufzeichnung auf den aufgenommenen Bildausschnitt beschränkt ist. Selbst bei einer derartigen Dokumentation kann zudem nur ein Eindruck von der vernommenen Person in der Situation der Befragung im Ermittlungsverfahren vermittelt werden, nicht aber in der Situation einer Vernehmung durch das Gericht in einer Hauptverhandlung und - soweit es den Transfer einer Zeugenaussage betrifft - bei Konfrontation mit der angeklagten Person.

Dies erscheint unter zwei Gesichtspunkten bedenklich:

Zum Ersten ist zu berücksichtigen, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz neben dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit auch dazu dient, dass das staatliche Strafverfahren durch die Öffentlichkeit überwacht und dadurch der Angeklagte vor staatlicher Willkür geschützt wird. Die Öffentlichkeit nimmt insoweit eine nicht zur Disposition des Angeklagten stehende Wächterfunktion ein, der sie nur umso eingeschränkter nachkommen kann, je mehr an Informationen - auch zum Zustandekommen einer Zeugenaussage -, die zur Grundlage des Urteils gemacht werden (können), ihr vorenthalten werden.[4]

Zum Zweiten wird das Informationsinteresse und die Wächterfunktion gegebenenfalls noch weitergehender beeinträchtigt, wenn das zu transferierende Ermittlungsergebnis oder die vernehmungsersetzende Erklärung gemäß § 249 Satz 2 StPO im Wege des Selbstleseverfahrens in die Hauptverhandlung eingeführt und der Inhalt damit der Öffentlichkeit insgesamt vorenthalten wird. [5] Dies erscheint insbesondere vor dem Hintergrund der Betonung der Transparenz des Strafverfahrens durch den Gesetzgeber, den Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der

[4] Dazu auch die Ausführungen im AE-Beweisaufnahme, a.a.O., 14.

[5] Für das Abspielen einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung sieht der AE-Beweisaufnahme auch eine Einführung außerhalb der Hauptverhandlung durch ein „Selbstsehverfahren“ vor, § 249a Abs. 2 StPO-AE, womit eine weitere Beschränkung der Öffentlichkeit erfolgen könnte. Mit der damit und der mit dem weiterhin zulässigen Selbstleseverfahren zusätzlich einhergehenden Möglichkeit der Beschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes setzt sich der AE-Beweisaufnahme nur am Rande auseinander, erachtet diese aber vor dem Hintergrund von Effizienzerwägungen jedenfalls für verantwortbar, a.a.O., 22 f., 45, 49.

Gesetzgebung und verfassungsrechtlichen Überprüfung des Verständigungsgesetzes [6] bedenklich.

c) Mündlichkeit

Dieses Verfahrensprinzip ergibt sich nur mittelbar aus der Zusammenschau der beiden vorgenannten Prinzipien, weshalb insoweit und zu den denkbaren Beeinträchtigungen darauf verwiesen wird.

II. Beweistransfer de lege lata

1. Die mehrfache „Beweisaufnahme“

Mit dem mehrstufigen Verfahrensaufbau des Ermittlungs- und Strafverfahrens geht einher, dass Beweise in der Regel mindestens doppelt erhoben werden (die Erkenntnisgewinnung im Ermittlungsverfahren durch die Strafverfolgungsbehörden wird hier zur Vereinfachung ebenfalls, wenn auch verfahrensbegrifflich unzutreffend, als „Beweiserhebung“ bezeichnet), namentlich im Ermittlungsverfahren, teils ergänzend im Zwischenverfahren, und in der Hauptverhandlung. Gelegentlich machen sich innerhalb eines Verfahrensabschnittes mehrfache Erhebungen von Beweisen erforderlich, etwa bei der mehrfachen Befragung eines Zeugen, sei es wegen ergänzender Nachfragen, die sich erst im weiteren Verlauf der Ermittlungen nach einer früheren Vernehmung ergeben, sei es zur Sicherung der Aussage, etwa durch eine richterliche Vernehmung, oder zur Prüfung der Glaubhaftigkeit seiner Aussage, etwa durch die Befragung durch einen Sachverständigen im Rahmen einer Glaubhaftigkeitsbegutachtung.

Es darf zudem nicht aus dem Blick verloren werden, dass Befragungen von Zeugen im Ermittlungsverfahren aufgrund des Zeitpunktes ihres Erfolgens eher prospektiven Charakter besitzen, während die Befragung im Hauptverfahren eher retrospektiv ausgerichtet ist. Was ein Zeuge im Ermittlungsverfahren aussagen wird, ist dem Befragenden in der Regel vorab nicht bekannt, die Befragung entwickelt sich im Laufe der Vernehmung. In der Hauptverhandlung ist indes in der Regel eine Aussage des Zeugen aus dem Ermittlungsverfahren bereits bekannt und wird in weiten Teilen zur Einführung in die Hauptverhandlung abgefragt. Dies mag zunächst dafür sprechen, den Transfer einer Aussage aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung großzügig zuzulassen, da dies lediglich das förmliche Abfragen durch das Gericht überflüssig macht. Andererseits

[6] BVerfG, Urteil v. 19. März 2013, 2 BvR 2628/10 u.a., Rz. 67 m.w.N..

bedarf es der Berücksichtigung, dass die prospektive Befragung im Ermittlungsverfahren sich nicht auf das beziehen kann, was erst nach der Befragung bekannt wird und von dem befragten Zeugen unerwähnt bleibt. Der Transfer des Ergebnisses jener Befragung ist daher immer nur der Transfer einer Aussage zu einem bestimmten Zeitpunkt und vor dem Hintergrund des damaligen Ermittlungsstandes, was die Gefahr begründen kann, dass der Zeuge zu bestimmten Umständen, die erst nach seiner Befragung offenbar wurden, ungefragt bleibt.

Davon abgesehen bietet die mehrfache Beweisaufnahme beziehungsweise die Beweisaufnahme in unterschiedlichen Verfahrensstationen unabhängig davon, dass die oben genannten Verfahrensprinzipien der strafrechtlichen Hauptverhandlung sie grundsätzlich erforderlich machen, sowohl Vor- als auch Nachteile:

2. Vorteile der mehrfachen „Beweisaufnahme“

Vorteile einer mehrfachen Befragung von Zeugen bieten sich in folgender Weise:

- durch die fehlende Konfrontation mit dem Beschuldigten bei der Aussage im Ermittlungsverfahren kann die Bereitschaft zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage erhöht werden;

- die mehrfache Befragung von Zeugen lässt eine Prüfung der Aussagekonstanz als einen wesentlichen Aspekt für die Glaubhaftigkeitsprüfung zu;

- durch die Konfrontation mit dem Angeklagten in der Hauptverhandlung kann die Bereitschaft zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage erhöht werden;

- die unmittelbare Befragung eines Zeugen durch das Gericht lässt über die bloße Befragung hinaus auch die unmittelbare Beobachtung non-verbaler Mitteilungen des Zeugen in Form von Gestik und Mimik durch das Gericht zu;

- Aussagen eines Zeugen mit einem gewissen zeitlichen Abstand zu dem Geschehen, über das ausgesagt wird, können aufgrund des zeitlichen Abstandes zu mehr Besinnung und Neutralität bei der Aussage führen;

- eine falsche Aussage eines Zeugen vor Gericht ist strafbar, was geeignet ist, das Bemühen um eine wahrheitsgemäße Aussage des Zeugen im Vergleich zu einer Aussage bei den Strafverfolgungsbehörden zu erhöhen.

3. Nachteile der mehrfachen „Beweisaufnahme“

Nachteile einer mehrfachen Befragung von Zeugen ergeben sich in folgender Weise:

- durch die fehlende Konfrontation mit dem Beschuldigten bei der Aussage im Ermittlungsverfahren kann die Bereitschaft zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage gesenkt werden;

- ein im Ermittlungsverfahren erhobenes, aber nur unzureichend gesichertes Beweismittel oder -ergebnis kann bis zur Hauptverhandlung verloren gehen;

- die wiederholte Zeugenbefragung in der Hauptverhandlung kann einen vermeidbaren Zeitaufwand für das Gericht mit sich bringen, sei es dafür, den Zeugen herbei zu schaffen, sei es dafür, den Zeugen zu befragen;

- die Vernehmung eines Zeugen durch das Gericht in der Hauptverhandlung kann im Einzelfall mit erheblichen Kosten verbunden sein;

- die Notwendigkeit einer Aussage vor dem Gericht kann einen erheblichen Aufwand für den Zeugen bedeuten;

- die wiederholte Zeugenbefragung kann bei einem Zeugen psychische Belastungen (insbesondere bei tatsächlichen Opferzeugen) oder Unverständnis hervorrufen, was zu einer „Flucht in den Vorhalt“ bis hin zu einer Abwehrhaltung gegenüber den Fragen des Gerichts oder der Verfahrensbeteiligten führen kann;

- der Vorrang der Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung vor seiner Aussage im Ermittlungsverfahren kann, insbesondere bei einer längeren zwischenzeitlich vergangenen Zeit, zu einer Einschränkung der Wahrheitsfindung führen;

- durch die Konfrontation mit dem Angeklagten kann die Bereitschaft zu einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage in der Hauptverhandlung gesenkt werden.

4. Die gesetzlich geregelten Beweistransfers

Derzeit lassen sich in der StPO folgende zulässige Transfermöglichkeiten finden:

§ 232 StPO

(1) Die Hauptverhandlung kann ohne den Angeklagten durchgeführt werden, wenn er ordnungsgemäß geladen und in der Ladung darauf hingewiesen worden ist, dass in seiner Abwesenheit verhandelt werden kann, und wenn nur Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Fahrverbot, Verfall, Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung, allein oder nebeneinander, zu erwarten ist. Eine höhere Strafe oder eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf in diesem Verfahren nicht verhängt werden. Die Entziehung der Fahrerlaubnis ist zulässig, wenn der Angeklagte in der Ladung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist.

(2) (…)

(3) Die Niederschrift über eine richterliche Vernehmung des Angeklagten wird in der Hauptverhandlung verlesen.

(4) (…).

§ 251 StPO

(1) Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten kann durch die Verlesung einer Niederschrift über eine Vernehmung oder einer Urkunde, die eine von ihm stammende schriftliche Erklärung enthält, ersetzt werden,
1. wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat und der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte damit einverstanden sind;
2. wenn der Zeuge, Sachverständige oder Mitbeschuldigte verstorben ist oder aus einem anderen Grunde in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann;
3. soweit die Niederschrift oder Urkunde das Vorliegen oder die Höhe eines Vermögensschadens betrifft.

(2) Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten darf durch die Verlesung der Niederschrift über seine frühere richterliche Vernehmung auch ersetzt werden, wenn

1. dem Erscheinen des Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen;

2. dem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann;

3. der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte mit der Verlesung einverstanden sind.

(3) Soll die Verlesung anderen Zwecken als unmittelbar der Urteilsfindung, insbesondere zur Vorbereitung der Entscheidung darüber dienen, ob die Ladung und Vernehmung einer Person erfolgen sollen, so dürfen Vernehmungsniederschriften, Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke auch sonst verlesen werden.

(4) In den Fällen der Absätze 1 und 2 beschließt das Gericht, ob die Verlesung angeordnet wird. Der Grund der Verlesung wird bekanntgegeben. Wird die Niederschrift über eine richterliche Vernehmung verlesen, so wird festgestellt, ob der Vernommene vereidigt worden ist. Die Vereidigung wird nachgeholt, wenn sie dem Gericht notwendig erscheint und noch ausführbar ist.

§ 254 StPO

(1) Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll enthalten sind, können zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden.

(2) Dasselbe kann geschehen, wenn ein in der Vernehmung hervortretender Widerspruch mit der früheren Aussage nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder behoben werden kann.

§ 255a StPO

(1) Für die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung gelten die Vorschriften zur Verlesung einer Niederschrift über eine Vernehmung gemäß §§ 251, 252, 253 und 255 entsprechend.

(2) In Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 bis 184g des Strafgesetzbuches) oder gegen das Leben (§§ 211 bis 222 des Strafgesetzbuches), wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen (§ 225 des Strafgesetzbuches) oder wegen Straftaten gegen die persönliche Freiheit nach den §§ 232 bis 233a des Strafgesetzbuches kann die Vernehmung eines Zeugen unter 18 Jahren durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ersetzt werden, wenn der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an dieser mitzuwirken. Dies gilt auch für Zeugen, die Verletzte einer dieser Straftaten sind und zur Zeit der Tat unter 18 Jahre alt waren. Das Gericht hat bei seiner Entscheidung auch die schutzwürdigen Interessen des Zeugen zu berücksichtigen und den Grund für die Vorführung bekanntzugeben. Eine ergänzende Vernehmung des Zeugen ist zulässig.

§ 256 StPO

(1) Verlesen werden können

1. die ein Zeugnis oder ein Gutachten enthaltenden Erklärungen

a) öffentlicher Behörden,

b) der Sachverständigen, die für die Erstellung von Gutachten der betreffenden Art allgemein vereidigt sind, sowie

c) der Ärzte eines gerichtsärztlichen Dienstes mit Ausschluss von Leumundszeugnissen,

2. ärztliche Atteste über Körperverletzungen, die nicht zu den schweren gehören,

3. ärztliche Berichte zur Entnahme von Blutproben,

4. Gutachten über die Auswertung eines Fahrtschreibers, die Bestimmung der Blutgruppe oder des Blutalkoholgehalts einschließlich seiner Rückrechnung und

5. Protokolle sowie in einer Urkunde enthaltene Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen, soweit diese nicht eine Vernehmung zum Gegenstand haben.

(2) Ist das Gutachten einer kollegialen Fachbehörde eingeholt worden, so kann das Gericht die Behörde ersuchen, eines ihrer Mitglieder mit der Vertretung des Gutachtens in der Hauptverhandlung zu beauftragen und dem Gericht zu bezeichnen.

5. Gesetzgeberischer Hintergrund

a) Verfahrensvereinfachung

Soweit die Strafprozessordnung schon heute die dargestellten Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsprinzips zulässt, können die Gründe für diese Ausnahmen insbesondere unter dem übergeordneten Ziel der Verfahrensvereinfachung wie folgt zusammengefasst werden:

- die zu transferierende Aussage wird von den Verfahrensbeteiligten insoweit nicht in Frage gestellt, als dass die Aussage als solche nicht angezweifelt wird; eine weitere Sachaufklärung oder ein Erkenntnisgewinn hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Aussage oder der Glaubwürdigkeit des Aussagenden ist auch bei einer unmittelbaren Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht zu erwarten; auch in diesen Fällen müssen die Verfahrensbeteiligten jedoch darüber hinaus dem Transfer zustimmen;

- der Fortgang oder Abschluss des Verfahrens ist ohne den Transfer des Beweises gefährdet, weil die unmittelbare Befragung mit einem angemessenen Aufwand nicht möglich ist;

- der Beweistransfer dient ausschließlich der Feststellung, dass im Ermittlungsverfahren etwas (nicht) gesagt wurde, ohne dass damit ein Beweis für die Tatsache geführt werden soll, über die im Ermittlungsverfahren „Beweis erhoben“ worden ist;

- die vernehmungsersetzende Verlesung dient zwar zum Beweis einer erheblichen Tatsache, die jedoch nur von untergeordneter Bedeutung ist;

- der Aussteller der vernehmungsersetzend zu verlesenden Urkunde erscheint grundsätzlich glaubhaft.

b) Zeugenschutz

Neben der Verfahrensvereinfachung lässt der Gesetzgeber noch aus einem weiteren Grund, namentlich dem des Zeugenschutzes, einen Beweistransfer in die Hauptverhandlung zu. So macht der nach § 255a Abs. 2 StPO zulässige Beweistransfer eine erneute Vernehmung des vermeintlichen Opfers unter den dort genannten Voraussetzungen verzichtbar.

6. Gesetzessystematik für die Zulässigkeit des Beweistransfers

Die Zulässigkeit und die Zielsetzung des Beweistransfers als Ausnahme vom Unmittelbarkeitsprinzip und die dahinter stehende Abwägung und Gewichtung der Vor- und Nachteile führen dazu, dass von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme Ausnahmen zugelassen werden, die aber ihrerseits teils wieder - mehrstufig - beschränkt werden.[7] Damit wird der Wahrung der Verfahrensprinzipien einerseits und andererseits der Zulässigkeit von Ausnahmen aus vom Gesetzgeber als rechtfertigend angesehenen Effizienzgesichtspunkten Rechnung getragen, dies jedoch für den Preis einer teils unübersichtlichen Regel-/Ausnahmeverschachtelung.

Probleme für die Justizpraxis haben sich vor diesem Hintergrund in der Vergangenheit insbesondere dadurch ergeben, dass

- Auslegungs- und Normanwendungsprobleme offenbar geworden sind, wenn sich die Frage gestellt hat, ob es sich bei dem Beweistransfer überhaupt um eine ersetzende oder eine ergänzende Einführung in die Hauptverhandlung gehandelt hat[8] oder

- die Grenzen der zulässigen Heranziehung als ersetzendes Beweismittel überschritten wurden[9].

Diese Schwierigkeiten lassen sich zusammengefasst darauf zurück führen, dass zum einen das Regel-/Ausnahmeverhältnis nicht bis in die letzte Stufe beachtet und zum anderen der enge Kreis der zugelassenen Ausnahmen nicht hinreichend berücksichtigt worden ist.

III. Beweistransfer de lege ferenda

1. Vorteile einer Erweiterung der Transfermöglichkeiten

Als Vorteil einer Erweiterung der Beweistransfermöglichkeiten liegen insbesondere Effizienzaspekte auf der Hand, wobei hier die Effizienz aufwandsbezogen verstanden wird.

---

[7] Vgl. dazu die Ausführungen im AE-Beweisaufnahme, a.a.O., 3 f., und die Darstellung bei Jahn in der Präsentation für die vierte Sitzung der Expertenkommission, S. 8.

[8] Vgl. dazu die Nachweise bei Meyer-Goßner, StPO, 57. Auflage, 2014, § 250, Rn. 12; ausführlich dazu Mosbacher, NStZ 2014, 1 m.w.N..

[9] Vgl. dazu insbesondere die in der Kommentarliteratur umfangreich aufgeführte revisionsrechtliche Rechtsprechung zu § 256 StPO.

Jeder nicht mehr neu in der Hauptverhandlung zu vernehmende Zeuge muss nicht geladen und vernommen werden, was Kosten (für Ladung, Auslagen, neue Termine bei Ausbleiben des Zeugen) und Zeit (für Nachforschungen bei vorläufiger Unerreichbarkeit, Dauer der Vernehmung) für die Justiz und auch Kosten und Zeit für den Zeugen erspart.

Insgesamt könnte mit einer Erweiterung der Transfermöglichkeiten den unter II. 3. dargestellten Nachteilen entgegen gewirkt werden, wozu es allerdings möglicherweise einer entsprechend ergänzten Belehrung der vernommenen Peron über die Verwendungsmöglichkeiten ihrer aufgezeichneten Aussage, möglicherweise auch noch einer zusätzlichen strafrechtlichen Absicherung der Pflicht eines Zeugen zu einer wahrheitsgemäßen und vollständigen Aussage bedürfte.

2. Nachteile einer Erweiterung der Transfermöglichkeiten

Dem Gewinn an aufwandsbezogener Effizienz steht bei zunehmenden Beweistransfers gegenüber, dass der Angeklagte bei jedem transferierten Beweis darauf angewiesen ist, dass dieser Beweis - in seiner Abwesenheit - ordnungsgemäß von den Strafverfolgungsbehörden erhoben worden ist. Je nach Ausgestaltung eines transferbezogenen zusätzlichen Beweisantragsrechtes des Angeklagten hat dieser keine Möglichkeit, den Zeugen selbst zu befragen und etwa zu verlangen, dass der Zeuge seine belastenden Angaben auch in seiner Gegenwart wiederholt.

Zudem wird der Angeklagten mit einem zunehmenden Beweistransfer dem Schutz durch die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung und der damit einhergehenden Möglichkeit der Überwachung der Beweiserhebung entzogen. Dies mag ihm im Einzelfall durchaus entgegen kommen, etwa wenn transferierte Zeugenaussagen im Selbstleseverfahren eingeführt werden und dadurch der Öffentlichkeit Umstände verborgen bleiben, an deren Bekanntwerden auch der Angeklagte kein Interesse hat. Es soll aber hier wiederholt darauf hingewiesen werden, dass es Ausdruck des Rechtsstaats ist, dass die Strafverfahren „unter den Augen der Öffentlichkeit“ abgehalten werden, um den Angeklagten vor staatlicher Willkür zu schützen. Dieser nicht der Dispositionsfreiheit des Angeklagten unterliegende Schutz wird, unabhängig davon, welches Maß an Öffentlichkeit dem Angeklagten genehm sein mag, reduziert.

Zudem besteht bei einer Beweisaufnahme mit einem hohen Anteil an transferierten Beweisen die Gefahr der fehlenden oder zumindest eingeschränkten Transparenz des Verfahrens für die Öffentlichkeit, was dessen Informationsinteresse beeinträchtigen kann.

Insgesamt könnten mit einer Erweiterung der Transfermöglichkeiten die unter II. 2. dargestellten Vorteile einer mehrfachen Beweisaufnahme verloren gehen.

3. Denkbare Erweiterungen

Um die zuvor in der Vergangenheit aufgetretenen Schwierigkeiten in der Justizpraxis im Umgang mit den zulässigen Beweistransfers künftig zu vermeiden, zugleich die Effektivität des Verfahrens durch neue Beweistransfermöglichkeiten zu steigern und dabei dennoch die Verfahrensprinzipien nicht mehr, als es rechtsstaatlich verantwortbar erscheint, zu beschränken, lassen sich mehrere Lösungen denken:

- die schon derzeit zulässigen Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz könnten unter Beachtung insbesondere der Sachverhalte, in denen diese Ausnahmen in der Vergangenheit fehlerhaft angenommen beziehungsweise angewendet worden sind, für zusätzliche Einzelfälle zugelassen, also das System unter Beibehaltung der heutigen, zwar schwierigen, von der Rechtspraxis aber weitgehend beherrschten Regel-/Ausnahmesystematik punktuell erweitert werden;

- das System könnte insgesamt dahingehend umgestellt werden, dass das Regel-/Ausnahmeverhältnis weitestgehend umgekehrt wird, wie es im Ergebnis dem Vorschlag des AE-Beweisaufnahme entspricht, also der Beweistransfer weitgehend zugelassen und nur in bestimmten Fällen ausgeschlossen werden;

- als drittes schließlich ist eine Kombination beider Lösungen denkbar.

4. Generelle Bewertung möglicher Erweiterungen

Für die erstgenannte Änderung könnte die Beibehaltung des grundsätzlich Bewährten sprechen, dem aus Praktikersicht ein gewisser „Wert an sich“ zukommt. Eine generelle Systemumkehr sollte daher nur dann in Erwägung gezogen werden, wenn sich dadurch derart erhebliche Vorteile für die Praxis ergeben, dass diese die Systemumkehr trotz der bewährten Praxis, mit eventuellen punktuellen Änderungen, rechtfertigen.

Für die zweitgenannte Änderung spricht, dass eine generelle Umkehr des Regel-/Ausnahmeverhältnisses den Vorteil bietet, nicht wegen jeder in der Justizpraxis künftig neu auftretenden Fallgruppe, die an eine Ausnahmeregelung vom Unmittelbarkeitsprinzip denken

lässt, eine Ergänzung der geregelten Ausnahmen vornehmen zu müssen. Zudem bietet eine generelle Umstellung den Vorteil, dass zumindest mittelfristig und nach einer Umstellungsphase ein insgesamt einfacheres System auch für die Justizpraktiker einfacher handhabbar sein könnte.

Entsprechend dieser Variante sieht etwa der Vorschlag des AE-Beweisaufnahme vor, zwar die unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung weiterhin als die Regel auszugestalten, die Ersetzung aber generell zuzulassen, wenn sich die unmittelbare Vernehmung nicht erforderlich macht, und als Korrektiv dazu ein Beweisantragsrecht des Angeklagten zuzulassen, um die persönliche Vernehmung des Zeugen zu erzwingen.

Die oben genannten Vorteile eines Beweistransfers werden durch diesen AE-Vorschlag aufgegriffen. Durch das Beweisantragsrecht werden auch die Nachteile einer Erweiterung der Transfermöglichkeiten teilweise ausgeglichen, allerdings sieht der Entwurf kein Korrektiv dahingehend vor, dass auf dem Weg eines weitgehenden Beweistransfers eine Beweisaufnahme bei entsprechendem Konsens zwischen Verfahrensbeteiligten und Gericht nahezu vollständig der Öffentlichkeit entzogen werden kann.

Für die drittgenannte Änderung könnten sich nur dann zusätzliche Vorteile ergeben, wenn die generelle Umkehr entsprechend der zweitgenannten Änderungen nicht auch die Fälle des heutigen § 256 StPO umfassen sollte. Dann ließen sich neben einer generellen Neuregelung der Beweistransfermöglichkeiten für Zeugenvernehmungen noch punktuelle Ergänzungen für die Regelungen über die vernehmungsersetzende Verlesung von Erklärungen bestimmter Auskunftspersonen in § 256 StPO andenken.

5. Konkrete Bewertung der Erweiterungsmöglichkeiten

a) Bei unveränderter Teilhabe der Verfahrensbeteiligten im Ermittlungsverfahren

Ausgehend davon, dass über eine Erweiterung der Transfermöglichkeiten nachgedacht werden soll, ohne dass gleichzeitig eine Änderung der Teilhaberechte des Beschuldigten und/oder seines Verteidigers im Ermittlungsverfahren erfolgt, lassen sich allenfalls punktuelle Erweiterungen der Transfer- oder Ersetzungsregelungen in Erwägung ziehen. Da hier nicht vorgeschlagen werden soll, ein auch nur in Teilen unterschiedliches Transfersystem für erstinstanzliche Verfahren vor dem Amtsgericht und vor dem Landgericht/Oberlandesgericht zu schaffen, dürften Erweiterungen nur dort erfolgen, wo dadurch auch die Rechte des unverteidigten Angeklagten nicht wesentlich beschränkt werden, oder dort, wo der Transfer

oder die Ersetzung auch von der Zustimmung des Verteidigers des Angeklagten - unabhängig von dem funktionell zuständigen Gericht - abhängig gemacht wird.

Vor diesem Hintergrund bedarf es der Überlegung, ob es punktuelle Änderungen und Erweiterung geben sollte, die auf bislang in der Praxis aufgetretene Probleme reagieren.

Entsprechend der bisherigen Gesetzessystematik erscheint insoweit denkbar, die Verlesungsmöglichkeiten nach § 251 Abs. 1 StPO auch auf Fälle der fehlenden Zustimmung des verteidigten oder auch unverteidigten Angeklagten oder auf Fälle der Zustimmung des unverteidigten Angeklagten mit der vernehmungsersetzenden Einführung einer früheren Zeugenaussage maßvoll zu erweitern.[10]

Insoweit ist insbesondere zu denken an die Aussagen von Geschädigten in Verfahren, in denen die Zeugen bei dem verfahrensgegenständlichen Sachverhalt typischerweise mit dem Täter keinen Kontakt hatten und sich ihre Auskünfte auf einen eng umgrenzten Sachverhalt beschränken, wie es typischerweise in vielen Fällen der Internetkriminalität mit teils hunderten oder gar tausenden von Geschädigten der Fall ist. In jenen Verfahren sind derzeit die Zeugen grundsätzlich[11] sämtlichst persönlich zu vernehmen, wenn der Angeklagte beziehungsweise sein Verteidiger einer Verlesung schriftlicher Auskünfte nicht zustimmen. Gleichwohl beschränken sich die den Geschädigten typischerweise nur möglichen Angaben darauf, wie sie im Internet den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt vollzogen haben und wann sie welchen Geldbetrag wohin gezahlt beziehungsweise überwiesen haben. Insoweit erscheint es verantwortbar, für solche Angaben von Zeugen die Verlesung schriftlicher Auskünfte - auch ohne die Zustimmung des Angeklagten und seines Verteidigers - zuzulassen. Dem Angeklagten steht insoweit das Beweisantragsrecht zur Seite, das ihn vor dem Absehen wesentlicher Beweiserhebungen durch das Gericht schützt, wenn er die Ansicht vertritt, dass die schriftlichen Angaben der Zeugen nicht erschöpfend sind.

Zudem könnte es sich anbieten, in § 251 Abs.1 StPO eine vernehmungsersetzende Einführung einer früheren Zeugenaussage auch bei der Zustimmung eines unverteidigten Angeklagten zuzulassen, wenn der Angeklagte geständig ist und die einzuführende Zeugenaussage nur der Bestätigung des Geständnisses dient. Grenzen hinsichtlich des Tatvorwurfs, in denen dieses Verfahren zulässig werden könnte, könnten dabei gezogen werden.

---

[10] Für eine entsprechende Öffnung in Verfahren gegen unverteidigte Angeklagte spricht sich im Grundsatz auch der AE-Beweisaufnahme aus, vgl. §§ 250 Abs. 2, 253 Abs. 1 StPO-AE.

[11] Zur neueren Rechtsprechung des BGH zur erforderlichen Beweiserhebung bei Massenbetrugsverfahren vgl. allerdings BGH 1 StR 314/14 m.w.N..

In wie weit schon eine punktuelle Erweiterung der Verlesungsmöglichkeiten nach § 251 StPO mit der denkbaren Kombination des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO zu einer nennenswerten Beeinträchtigung des Öffentlichkeitsprinzips führen könnte, bedarf der weiteren Diskussion. Um jene Beeinträchtigung möglichst gering zu halten, könnte jedenfalls eine Regelung angedacht werden, wonach der Vorsitzende bei einer Einführung von Protokollen von Zeugenaussagen im Selbstleseverfahren deren wesentlichen Inhalt anschließend in der Hauptverhandlung bekannt gibt. Orientierung könnte insoweit § 247 Satz 4 StPO bieten wie auch die schon heute von der Rechtsprechung[12] zugelassene Möglichkeit, die Verlesung von Urkunden durch einen Bericht des Vorsitzenden über deren wesentlichen Inhalt zu ersetzen.

Ebenfalls erscheint es überlegenswert, die Verlesungsmöglichkeiten des § 256 Abs. 1 StPO jedenfalls in zwei Fällen zu erweitern:

Im Fall des § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO dahingehend, dass sich die Verlesungsmöglichkeit künftig daran orientiert, was mit der Verlesung konkret bewiesen werden soll, und nicht mehr daran, was Gegenstand des Tatvorwurfs ist (betrifft § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO). Schon heute bedarf es in einer Vielzahl von Verfahren der Ladung und Vernehmung von Ärzten allein zu dem Zweck, dass sie in der Hauptverhandlung Angaben dazu machen, welche körperlichen Beeinträchtigungen sie an einer bestimmten Person zu einem bestimmten Zeitpunkt festgestellt haben. In einer Vielzahl dieser Fälle geben die ärztlichen Zeugen in jenen Fällen dann aus Mangel an Erinnerung an den früheren Patienten das wieder, was sie zuvor in einem Attest bereits schriftlich niedergelegt hatten. Es ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, warum diese Bekundung zwar zulässig ist, wenn der Anklagegegenstand ein Körperverletzungsdelikt mit Ausnahme einer schweren Körperverletzung ist, nicht aber dann, wenn die attestierte Verletzung im Zusammenhang mit einem anderen Delikt steht. Der einem Arzt typischerweise mögliche Aussageinhalt ist von dem Delikt, das im Zusammenhang damit verhandelt wird, gänzlich unabhängig (z.B. Hämatome im Zusammenhang mit dem Vorwurf einer Vergewaltigung oder eines Raubes). Es ist daher nicht ersichtlich, welcher zusätzliche Erkenntnisgewinn in diesen Fällen nur durch die persönliche Vernehmung des Arztes erfolgen können sollte, zumal die Verlesung des Attestes zum Beweis des Zustandekommens einer Verletzung ohnehin unzulässig ist und dazu regelmäßig ein rechtsmedizinischer Sachverständiger befragt wird.

[12] Meyer-Goßner, a.a.O., § 249, Rn. 26 f..

Eine weitere maßvolle Erweiterung der Verlesungsmöglichkeiten bietet sich im Fall des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO an. Jene Norm erlaubt zwar derzeit, Erklärungen von Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen zu verlesen, wenn diese keine Vernehmungen zum Gegenstand haben. Praktische Probleme ergeben sich hier jedoch daraus, dass der Begriff der „Vernehmung“ weit zu fassen ist und in den Fällen, in denen in einem Ermittlungsvermerk auch das Ergebnis einer Befragung von Personen niedergelegt ist, der gesamte Vermerk „vergiftet“ ist. Nicht verlesbar sind daher solche Vermerke auch dann, wenn damit an sich nur etwa das Ergebnis einer Durchsuchung festgestellt werden soll, in dem Vermerk aber beispielsweise auch niedergelegt ist, was anlässlich der Durchsuchung von einem Wohnungsnachbar bekundet worden ist. Da es aber, wie aus der Gesetzgebungsgeschichte ersichtlich, nur ausgeschlossen werden sollte, dass mittels der Verlesung solcher Vermerke die Vernehmungen von Zeugen und die Regelungen des § 251 StPO umgangen werden[13], erscheint es angezeigt, dies im Gesetz entsprechend zu regeln. Es ist nicht notwendig, die Verlesbarkeit solcher Vermerke auszuschließen, wenn diese zwar auch Vernehmungen zum Gegenstand haben, die Verlesung aber nicht der Ersetzung der Vernehmung dienen soll. Vielmehr genügt insoweit eine Klarstellung im Gesetz, indem etwa der 2. Halbsatz des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO dahingehend abgeändert wird, dass es im Anschluss an „Ermittlungshandlungen“ künftig sinngemäß lautet:

> *„; Erklärungen oder Teile von Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden, die das Ergebnis von Vernehmungen zum Inhalt haben, dürfen (unbeschadet der Verlesbarkeit nach anderen Bestimmungen) nicht verlesen werden“.*

Es erscheint jedoch bedenklich, bei einer unveränderten Teilhaberegelung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren das Beweistransfersystem grundlegend dahingehend umzustellen, dass der Transfer von Zeugenaussagen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung grundsätzlich zugelassen wird. Denn eine Hauptverhandlung, in der der Angeklagte überwiegend mit verlesenen oder durch Abspielen von Bild-Ton-Aufzeichnungen eingeführten Zeugenaussagen konfrontiert wird, dürfte sich als grundsätzliche Gestalt einer strafrechtlichen Hauptverhandlung nur dann rechtfertigen lassen, wenn der Angeklagte spätestens in der Hauptverhandlung anwaltlich vertreten ist und daher durch einen Verteidiger dahingehend beraten werden kann, ob auf eine ergänzende unmittelbare Beweiserhebung in der Hauptverhandlung hingewirkt werden soll und wie dies gegebenenfalls geschehen kann. Ohne dies mit konkreten Zahlen belegen zu können, geht der Verfasser indes davon aus, dass nach wie vor die höhere Zahl der Strafverfahren vor den Amtsgerichten und ohne einen Verteidiger verhandelt wird und die Mitwirkung eines

[13] BT-Drucks. 15/1508, S. 26.

Verteidigers wegen der Geringfügigkeit des Tatvorwurfs und der fehlenden Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage auch nicht erforderlich erscheint. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht angezeigt, ein neues Regel-/Ausnahmeverhältnis für den Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren zu schaffen, bei dem als Regel von einem verteidigten Angeklagten ausgegangen wird, obwohl dies tatsächlich nicht die Regel ist. Dies oder auch die alternative Überlegung einer vermehrten Beiordnung von Pflichtverteidigern in amtsgerichtlichen Verfahren bedarf zumindest einer vertieften Erörterung, auch wenn dem genannten Bedenken entgegen gehalten werden könnte, dass die Verfahren, die gegen unverteidigte Angeklagte vor dem Amtsgericht verhandelt werden, nicht solche sind, in denen die heutigen Beschränkungen der Beweistransfermöglichkeiten zu den wesentlichen Problemen führen.

Andererseits böte eine Änderung etwa des § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO dahingehend, nur in bestimmten Ausnahmefällen einen Beweistransfer auch in Verfahren gegen unverteidigte Angeklagte zuzulassen, gerade in den einfach gelagerten Fällen, die etwa gegen einen geständigen Angeklagten vor dem Amtsgericht verhandelt werden, den Vorteil, dass die Glaubhaftigkeit des Geständnisses durch die vernehmungsersetzende Verlesungen eines wesentlichen Zeugen geprüft werden könnte, ohne dass es dazu der Bestellung eines Verteidigers oder der Ladung und Vernehmung des Zeugen bedürfte.

b) Bei veränderter Teilhabe der Verfahrensbeteiligten im Ermittlungsverfahren

Am zweiten Sitzungstag der Expertenkommission wurde darüber diskutiert, ob eine Erweiterung der Teilhaberechte des Beschuldigten beziehungsweise seines Verteidigers im Ermittlungsverfahren angezeigt erscheint. Sofern dies befürwortet wird, könnte sich daran die Überlegung anschließen, ob sich bei einer verstärkten Teilhabe/Teilhabemöglichkeit des Beschuldigten beziehungsweise des Verteidigers im Ermittlungsverfahren schon deshalb ein Beweistransfer leichter rechtfertigen ließe.

Dies ließe sich deshalb bejahen, weil im Fall etwa der Schaffung einer Teilnahmemöglichkeit des Verteidigers bei Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren die kontradiktorische Befragung möglich wäre, was zumindest die Befragung des Zeugen aus diesem Grund in der Hauptverhandlung entbehrlich machen würde. Es bliebe dann allerdings noch zu klären, ob ein Beweistransfer in diesen Fällen schon bei bestehender Teilhabemöglichkeit erlaubt sein soll oder nur dann, wenn von dem Teilhaberecht auch tatsächlich Gebrauch gemacht worden ist. Zudem bliebe dann noch die Frage des Beweistransfers bei einem Verteidigerwechsel zu erörtern sowie die Frage, nach welchen Regelungen sich das Antragsrecht des Angeklagten gestalten soll, wenn dieser den Zeugen trotz einer dem

Transfer zugänglichen (kontradiktorischen) Befragung im Ermittlungsverfahren im Hauptverfahren erneut befragen will.

Nach hier vertretener Ansicht sollte aber auch im Fall einer Erweiterung der Teilhabemöglichkeiten des Beschuldigten beziehungsweise des Verteidigers dies nicht zwingend für den Preis einer von der Zustimmung des Angeklagten unabhängigen generellen Transfermöglichkeit erfolgen. Denn die Erweiterung der Teilhabemöglichkeiten soll, wenn die Kommission sie befürworten sollte, den ordnungsgemäßen Ablauf des Ermittlungsverfahrens sichern und die Informationsrechte des Beschuldigten stärken, nicht aber seine Rechte in der Hauptverhandlung einschränken.

Zudem:

Der für die Hauptverhandlung geltende Unmittelbarkeitsgrundsatz soll sichern, dass sich das Gericht sein Urteil auf der Grundlage von vor ihm selbst erhobenen Beweisen bildet. Ausnahmen werden in den oben dargestellten Gründen in eng umgrenzten Fällen zugelassen. Insoweit erscheint eine Verbesserung der Teilhaberechte deshalb diskutabel, weil dies dazu führen könnte, dass die derzeit schon zu transferieren zugelassenen Beweise verlässlicher gewonnen werden. Dass eine Verbesserung der Teilhabe aber dazu herangezogen werden kann, das Gericht in umfangreicherem Maße aus seiner Pflicht zu entlassen, sich anhand der ihm grundsätzlich zur Verfügung stehenden Beweismittel eine eigene unmittelbare Überzeugung zu bilden, erscheint nicht angezeigt. Dies würde vielmehr dazu führen, dass sich das Gericht in zunehmender Weise „in die Hand“ der an der Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren beteiligten Personen begibt und sich künftig statt in der Beweiserhebung nur noch in einer Beweisverwertung zu üben hätte.

Der Öffentlichkeitsgrundsatz wird gleichfalls unabhängig von den Teilhabemöglichkeiten im Ermittlungsverfahren beschränkt. Insoweit würde die Teilhabeverbesserung allerdings dazu führen, dass sich durch die Verbesserung der Kontrollmöglichkeiten durch die Mitwirkung eines Verteidigers in dem Ermittlungsverfahren eine Beschränkung der Wächterfunktion der Öffentlichkeit rechtfertigen lassen könnte.

c) Erweiterungen der Transfermöglichkeiten entsprechend dem AE-Beweisaufnahme

Der AE-Beweisaufnahme geht, was wegen der obigen Differenzierung ausdrücklich vorweg zu schicken ist, inhaltlich davon aus, dass dem Beschuldigten beziehungsweise seinem Verteidiger künftig erweiterte Teilhaberechte im Ermittlungsverfahren eingeräumt werden.

Dies zeigt sich etwa in dem vorgesehenen Befragungsrecht von Zeugen im Ermittlungsverfahren nach § 163a StPO-AE und darin, dass in § 253 Abs. 1 StPO-AE ausdrücklich von der Möglichkeit der Befragung eines Zeugen „im bisherigen Verfahren“ die Rede ist.

Eine eingehende Diskussion innerhalb der Kommission über diese Teilhabemöglichkeit erfolgte bereits an andere Stelle und soll hier nicht wiederholt werden.

Die in dem AE-Beweisaufnahme angedachte weitgehende Möglichkeit eines Beweistransfers ließe sich jedenfalls nach der hier vertretenen Einschätzung nur mit jener Erweiterung der Teilhaberechte im Ermittlungsverfahren rechtfertigen.

Unabhängig davon:

Sollte trotz der bestehenden Bedenken wegen der Gefahren, dass die Beweisaufnahme schwerpunktmäßig aus der Hauptverhandlung in das Ermittlungsverfahren vorverlagert und der Inhalt der Beweisaufnahme für die Öffentlichkeit intransparent wird sowie die unter II. 2. genannten Vorteile einer wiederholten Vernehmung von Zeugen in der Hauptverhandlung beeinträchtigt werden, der Vorschlag einer grundlegenden Umstellung der Transfermöglichkeiten weiter verfolgt werden, sollte dies auch nach der hier vertretenen Ansicht auf der Grundlage des AE-Beweisaufnahme diskutiert werden.

Punktuell sollten jedoch Änderungen des AE-Beweisaufnahme erwogen werden:

So bliebt in dem Entwurf unklar, warum nach § 251 Abs. 1 StPO-AE eine Reihenfolge (Video-Verlesung-Vernehmung des Vernehmungsbeamten) für die Art und Weise des Transfers gesetzlich vorgeschrieben und insoweit in die Verhandlungsführung des Vorsitzenden und auch in die freie Beweiswürdigung durch das Gericht gemäß § 261 StPO eingegriffen werden soll. Auch wenn sachliche Gesichtspunkte, insbesondere die Überprüfbarkeit des Zustandekommens der Aussage und die Verlässlichkeit der Protokollierung, für eine gewisse Reihenfolge sprechen mögen, erscheint eine gesetzliche Vorgabe für die Reihenfolge der Beweiserhebung nicht notwendig.[14] Hier sollte daher eher anstelle der in § 251 Abs. 2 StPO-AE vorgeschlagenen Zustimmungslösung eine Regelung angedacht werden, nach der der Vorsitzende auch ohne Zustimmung der Verfahrensbeteiligten von der gegebenenfalls als Soll-Regelung auszugestaltenden

[14] Eine nähere Begründung, warum eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung des Gerichts geboten erscheint, fehlt in den Ausführungen in dem AE-Beweisaufnahme, a.a.O., 5, 24 f., 54 f..

Reihenfolge abweichen kann, wenn es dafür sachgerechte Gründe gibt, sich etwa erst im Lauf der Hauptverhandlung erweist, dass die verschriftlichten Angaben eines Zeugen im Ermittlungsverfahren bedeutsam sind und diese ohne Weiteres verlesen werden können, sich das Abspielen der entsprechenden Bild-Ton-Aufzeichnung aber als aufwändig erweist. Abgesehen davon, dass sich bei Fehlen sachgerechter Gründe für ein Abweichen von einer Soll-Reihenfolge das Gericht der Gefahr der Aufklärungsrüge aussetzt und schon deshalb von einer anderen Reihenfolge nur sparsam Gebrauch machen wird, könnte anstelle einer Zustimmungs- hier eher an eine Widerspruchslösung gedacht werden, wie sie heute gesetzlich etwa in § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO bei der Anordnung des Selbstleseverfahrens schon in einer vergleichbaren Konstellation (Wahl der Einführung eines Beweismittels in die Hauptverhandlung durch den Vorsitzenden) vorgesehen ist.

Unklar ist des Weiteren, ob das Abweichen von der nach dem AE-Beweisaufnahme zwingenden Ersetzungsreihenfolge einen Revisionsgrund darstellen soll und ob für den Transfer jeweils auch eine ausschnitthafte Einführung der verfahrensrelevanten Passagen möglich sein soll.

Nicht vollkommen unwidersprochen soll auch die Einschätzung in der AE-Beweisaufnahme belieben, dass die unmittelbare Vernehmung eines Zeugen oder des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Einführung einer früheren Vernehmung mittels Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung nicht mehr prinzipiell überlegen sei.[15]

Durch das Abspielen bleibt es jedenfalls bei der nur einmaligen Befragung, die Art und Weise der Befragung ist aus dem Ermittlungsverfahren vorgegeben, es bleibt bei jener Befragung in der Atmosphäre eines Polizeireviers, ohne den Eindruck der Hauptverhandlung auf den Zeugen, Widersprüche in den Zeugenangaben, die bei mehrfacher Befragung als Zeichen mangelnder Glaubhaftigkeit zu Tage treten könnten, können nicht auftreten u.s.w.[16]. Das erleichterte Beweisantragsrecht des § 250 Abs. 1 Satz 2 StPO-AE hilft insoweit auch nicht erschöpfend weiter, weil etwa ein mangels erneuter Vernehmung nicht auftretender Widerspruch keinen Anlass für erneute Nachfragen bieten kann.

Die in § 252 Abs. 1 StPO-AE vorgesehene Regelung, wonach die früheren Aussagen eines in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machenden Zeugen auch im Fall seines entsprechenden Einverständnisses nicht verwertet werden dürfen, überzeugt nicht. Der AE-Beweisaufnahme begründet dies damit, dass mit der

[15] AE-Beweisaufnahme, a.a.O., 5, 18 f..
[16] Vgl. oben II. 2..

heutigen Regelung dem entsprechenden Zeugen die Möglichkeit gegeben wird, die Beweisaufnahme zu manipulieren. Dies überzeugt deshalb nicht, weil dem entsprechenden Zeugen heute auch die Möglichkeit offen steht, bei der Beantwortung einzelner Fragen von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen. Darin wird eben so wenig eine Manipulationsmöglichkeit gesehen wie in der Möglichkeit, in der Hauptverhandlung das Zeugnis zu verweigern und somit die Angaben in einer vormaligen richterlichen Vernehmung unergänzt und unnachfragbar zum Gegenstand der Beweisaufnahme werden zu lassen, was § 252 Abs. 2 StPO-AE auch weiterhin zulassen will.[17]

Ein gewisser Widerspruch dürfte zudem darin zu sehen sein, dass in § 253 Abs. 1 StPO-AE vorgesehen ist, dass die Erklärungen eines Zeugen, der zuvor nicht vom Angeklagten oder seinem Verteidiger befragt werden konnte, mit Zustimmung des Angeklagten (mithin auch des unverteidigten Angeklagten) zu Beweiszwecken in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann, es zu einer Abweichung von der Reihenfolge der Einführungsmöglichkeiten (Video-Verlesen-Vernehmung des Vernehmungsbeamten) aber der Zustimmung des Angeklagten *und* seines Verteidigers bedürfen soll. Dass es folglich zwar nicht für die ersetzende Einführung, wohl aber für die Abweichung von jener Reihenfolge der Beiordnung eines Verteidigers bedürfte, erscheint nicht einsichtig. Sollte die Regelung dahingehend zu verstehen sein, dass es der Zustimmung des Verteidigers nur dann bedarf, wenn ein Verteidiger an der Hauptverhandlung mitwirkt, sollte dies klargestellt werden.

Als nicht hinreichend deutlich erweist sich zudem der AE-Beweisaufnahme in § 253 Abs. 1 StPO-AE. Im Umkehrschluss jener vorgesehenen Regelung können frühere Angaben eines Zeugen, den der Angeklagte oder sein Verteidiger noch nicht befragen konnten, auch ohne Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn der Angeklagte oder sein Verteidiger die Gelegenheit zu einer konfrontativen Befragung mit einem Beweisantrag nach § 250 Abs. 1 Satz 2 StPO-AE erlangen könnte. Es ist insoweit nicht ersichtlich, welche hypothetische Prüfung das Gericht hinsichtlich der Möglichkeit eines - erfolgreichen - Beweisantrages nach § 250 Abs. 1 Satz 2 StPO-AE vornehmen muss, bevor sie *ohne* Zustimmung des Angeklagten eine frühere Aussage einführen kann. Unklar ist insbesondere, ob das Gericht die vernehmungsersetzende Einführung einer früheren Aussage bereits dann ohne die Zustimmung des Angeklagten vornehmen darf, wenn dieser, nach ordnungsgemäßer Belehrung gemäß § 250 Abs. 2 StPO-AE, von einem entsprechenden Beweisantrag absieht, oder ob das Gericht vorab - selbst bei Fehlen eines entsprechenden Beweisantrages - hypothetisch prüfen und ausschließen muss, dass bei

[17] Hierin sieht der AE-Beweisaufnahme kein Problem der Manipulation oder des „Aufzwingens eines bestimmten mittelbaren Beweismittels“, a.a.O., 58.

einem entsprechenden Beweisantrag der tatsächlichen Befragung nicht etwa eine dauerhafte Abwesenheit des Zeugen, dessen Unerreichbarkeit innerhalb der möglichen Unterbrechungsfristen nach § 229 Abs. 1 und 2 StPO oder dessen Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht entgegen stünde. Denn auch in jenen Fällen könnte der Angeklagte selbst dann, wenn er einen Beweisantrag stellen würde, die konfrontative Befragung nicht erreichen.[18]

Schließlich bestehen erhebliche Bedenken gegen die Beschränkung der Verwertbarkeit früherer Angaben des Angeklagten durch den neu gefassten § 254 StPO-AE. Dass, bei allem Wohlwollen für eine Stärkung konsensualer Elemente in der Hauptverhandlung, jede noch so detaillierte, im Zustand völliger Willensfreiheit des damaligen Beschuldigten und im Bewusstsein über alle seine Rechte als Beschuldigter abgegebene geständige Einlassung vor der Polizei oder einem Staatsanwalt selbst bei einem ausdrücklichen Verzicht auf die Anwesenheit eines Verteidigers absolut unverwertbar sein soll, wenn die Vernehmung nicht mittels (der auch nach dem AE nicht als zwingend vorgesehenen[19]) Bild-Ton-Aufzeichnung dokumentiert worden ist und der jetzige Angeklagte der Einführung in die Hauptverhandlung nicht ausdrücklich zustimmt, lässt sich schwerlich akzeptieren. Geständige Einlassungen bei der polizeilichen Vernehmung oder auch Vernehmungen noch am Tatort, die einer Bild-Ton-Aufzeichnung nicht zugänglich wären, stünden selbst bei ansonsten ordnungsgemäßer Belehrung immer unter dem Damoklesschwert der absoluten Unverwertbarkeit, wenn sich der Beschuldigte später „eines Besseren besinnt“ und der Verwertung in der Hauptverhandlung nicht zustimmt.

Dass etwa jeder Angeklagte einen im Wesentlichen auf der Basis einer nicht Bild-Ton-dokumentierten geständigen Einlassung ergangenen Strafbefehl dadurch „zu Fall bringen“ könnte, dass er Einspruch gegen den Strafbefehl einlegt und in der nachfolgenden Hauptverhandlung der Einführung seiner in den Akten befindlichen geständigen Einlassung vor der Polizei oder der Staatsanwaltschaft nicht zustimmt, lässt sich kaum nachvollziehen. Konsequenterweise müsste dann wohl auch, um ein rechtsstaatliches Gleichgewicht zwischen dem Strafbefehlsverfahren und einer Hauptverhandlung zu wahren, vor der Beantragung oder dem Erlass des Strafbefehls bei dem Beschuldigten angefragt werden, ob er die früheren Angaben weiterhin gegen sich (!) verwertet wissen will.

---

[18] Angesprochen wird dieses Problem in dem AE-Beweisaufnahme, a.a.O., 19 f., ohne aber die Frage zu beantworten, ob das Gericht - von der Offensichtlichkeit der Erfolglosigkeit eines entsprechenden Beweisantrages abgesehen - zu einer hypothetischen Prüfung des Erfolges eines Beweisantrages, wenn er denn gestellt werden sollte, vor einer zustimmungslosen Einführung einer früheren Aussage verpflichtet sein soll. Bejahendenfalls müsste das Gericht, wenn der Angeklagte die Zustimmung verweigert, sich möglicherweise darum bemühen, einen Zeugen zu erreichen, den das Gericht nicht (!) laden will.

[19] § 136 Abs. 4 StPO-AE.

Der Verfasser sieht vielmehr einen erheblichen Unterschied zwischen der Freiheit des Beschuldigten, sich nicht selbst zu belasten, und seiner im AE-Beweisaufnahme zugebilligten Freiheit, sich aus einer frei verantwortlich erfolgten Selbstbelastung im Ermittlungsverfahren (gegenüber Polizei oder Staatsanwaltschaft) in der Hauptverhandlung durch schlichtes Schweigen wieder entziehen zu können. Es ist damit zu rechnen, dass eine solche Regelung zu einer erheblichen Erhöhung der Anträge der Staatsanwaltschaft auf eine richterliche Vernehmung des im Ermittlungsverfahren geständigen unverteidigten Beschuldigten führen wird.[20]

Zudem müsste dem „erfahrenen" Beschuldigten künftig verteidigerseits stets geraten werden, sich bei fehlender Anwesenheit eines Verteidigers und selbst bei bestehender Einlassungswilligkeit einer Aufzeichnung der Einlassung bei der Polizei oder einem Staatsanwalt zu verweigern, weil der Beschuldigte dann in einem späteren Hauptverfahren jederzeit die Möglichkeit hätte, durch eine Verweigerung der Zustimmung zur Einführung seine nicht-aufgezeichnete Einlassung vor den Strafverfolgungsbehörden unverwertbar werden zu lassen.

IV. Schlussbemerkungen

Die Hauptverhandlung ist, trotz der bereits gesetzlich geregelten Möglichkeiten des Beweistransfers und der Möglichkeit, bestimmte Geschehnisse aus dem Ermittlungsverfahren über die Vernehmung der Ermittlungsbeamten in die Hauptverhandlung einzuführen, nach wie vor das Kernstück des Strafprozesses. Nach dem rechtsstaatlichen Leitbild soll hier in Anwesenheit des bestmöglichst verteidigten Angeklagten die Wahrheit erforscht und ein gerechtes Urteil gefunden werden.[21]

Ein neu gefasstes Strafverfahrensrecht mit einer weitgehenden Zulässigkeit eines Beweistransfers mindert den Wert dieses Kernstücks in erheblicher Weise, da davon auszugehen ist, dass die Praxis von den neuen Möglichkeiten eines Beweistransfers Gebrauch machen wird, unter dem Druck mangelhafter personeller Ressourcen in der Justiz aus Effizienzgründen auch Gebrauch machen muss. Andererseits erscheint es naheliegend, dass vor dem Hintergrund einer entsprechenden Regelung die personellen und finanziellen

[20] Der AE-Beweisaufnahme scheint der richterlichen Vernehmung des Beschuldigten weiterhin eine Gewähr für Sachkunde, Neutralität und Objektivität beimessen zu wollen, a.a.O., 67, bezweifelt allerding an anderer Stelle ausdrücklich die höhere Qualität einer richterlichen Vernehmung eines Zeugen und betont die häufige, einer Überlastung geschuldete routinemäßige und wohl auch oberflächliche ermittlungsrichterliche Vernehmungspraxis, a.a.O., 58 f..

[21] Meyer-Goßner, a.a.O., Vor § 226, Rn. 1 m.w.N..

Ressourcen der Polizei weiter gestärkt werden, um das Ermittlungsverfahren zunehmend darauf auszurichten, transferfähige Ermittlungsergebnisse zu schaffen. Mittelfristig ist mit einer zunehmenden Verlagerung der Beweiserhebung aus der Hauptverhandlung in das Ermittlungsverfahren zu rechnen. Dabei übersieht der Verfasser nicht, dass derartige Gefahren schon heute bestehen, wenn von §§ 251 Abs. 1, 256, 249 Abs. 2 StPO umfangreich Gebrauch gemacht würde, dies aber - zumindest nach den Erfahrungen des Verfassers - nicht festzustellen ist. Allerdings dürfte hierfür die derzeitige Gesetzesfassung mit verantwortlich sein, nach der die Beweisaufnahme anhand von Vernehmungssurrogaten die Ausnahme darstellt und deshalb auch als solche behandelt wird. Ein gesetzlich anders betontes Regel-/Ausnahmeverhältnis würde dies zur Überzeugung des Verfassers ändern, insbesondere dann, wenn auch der Umfang der durch die Einführung von Surrogaten ersetzbaren Beweismittel bedeutend erhöht werden würde.

Diese Risiken lassen sich nur dann eingehen, wenn sich eine grundlegende Änderung der Beweistransfermöglichkeiten gegenüber der heutigen Rechtslage als deutlich überlegen und vorzugswürdig erweisen würde.

Diese Überlegenheit vermag der Verfasser nicht zu erkennen. Soweit sich unter Anwendung des heutigen Verfahrensrechts Mängel in der Justizpraxis feststellen lassen, sollte diesen durch punktuelle Änderungen entgegen gewirkt werden. Vorschläge dazu wurden unter III. 5. a) unterbreitet.

Ein Bedürfnis für eine (erweiternde oder einschränkende) Änderung der Möglichkeiten, Angaben des Angeklagten aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung einzuführen, sieht der Verfasser nicht.

Eben so wenig wird ein Anlass für eine Änderung des § 255a StPO für nötig erachtet. Die Frage, ob künftig im Ermittlungsverfahren verstärkt von der Möglichkeit einer Bild-Ton-Aufzeichnung von Vernehmungen Gebrauch gemacht werden sollte oder werden muss, ist nicht im Rahmen dieses Gutachtens zu beantworten. Wenn es künftig verstärkt zu entsprechenden Aufzeichnungen kommen sollte, erscheint für die Verwertung der Aufzeichnungen die Regelung in § 255a StPO aber jedenfalls weiterhin sachgerecht.

Keine Frage des Beweistransfers ist es, ob in der StPO eine eigenständige Regelung vorgesehen werden sollte, die Vorführung von Bild-Ton-Aufzeichnungen zur Prüfung zuzulassen, wenn der Zeuge oder der Angeklagte eine fehlerhafte Protokollierung oder eine

fehlerhafte Wiedergabe der Aussage der vernommenen Person behauptet. Dies sollte allerdings unabhängig von der Thematik eines Beweistransfers angedacht werden.

Stefan Caspari
Vorsitzender Richter am Landgericht

Landgericht Dessau-Roßlau
Willy-Lohmann-Straße 29
06844 Dessau-Roßlau

Dessau-Roßlau, im März 2015

- Deutscher Richterbund -

Sitzung der
Expertenkommission des
Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz
zur
effektiveren und praxistauglicheren
Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens
und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Fünfte Sitzung
am 16. und 17. März 2015
in Berlin

Referat
„Einschränkung des Zustimmungserfordernisses des Angeklagten
bei Erhebung einer Nachtragsanklage“

I. Problemdarstellung

Gemäß § 266 Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung die Anklage auf weitere Straftaten des Angeklagten erstrecken. Das Gericht kann die weiteren Straftaten in das Verfahren einbeziehen, wenn es für sie zuständig ist und der Angeklagte zustimmt.

Gemäß § 266 Abs. 3 StPO kann die Hauptverhandlung daraufhin durch den Vorsitzenden oder auf nicht mutwilligen oder mit dem Ziel der Verfahrensverschleppung gestellten Antrag des Angeklagten unterbrochen werden.

Dass bei einer Verweigerung der Zustimmung des Angeklagten zur Nachtragsanklage keine Möglichkeit der Erstreckung in dem laufenden Verfahren besteht, hat zur Folge, dass etwa bei Serientaten des Angeklagten, zu denen nach Beginn der Hauptverhandlung sich noch weitere Tatverdachte ergeben, aber auch in Verfahren mit einem einzelnen Tatvorwurf, während dessen sich ein weiterer Tatvorwurf gegen den selben Angeklagten ergibt, diese/r selbst dann nicht mit verhandelt werden kann/können, wenn noch mehrere weitere Hauptverhandlungstermine anberaumt worden sind oder unter Ausnutzen der Fristenbestimmung in § 229 Abs. 1 und 2 StPO anberaumt werden können.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Fehlen der Zustimmung, wie es herrschende Meinung ist, ein in jeder Lage des Verfahrens zu beachtendes Verfahrenshindernis ist[1], oder, wie eine Mindermeinung meint, die fehlende Zustimmung zu einem von Amts wegen zu beachtenden Befassungsverbot führt[2]. Denn nach beiden Ansichten hat die fehlende Zustimmung des Angeklagten zur Folge, dass die Befassung mit den einbezogenen Tatvorwürfen zumindest mit der Ungewissheit der späteren Revisionsrüge, der ein Erfolg auch unter dem Hinweis auf ein Missbrauchsverbot nicht zu versagen sein dürfte[3], behaftet ist. Das Verfahren ist dann einzustellen.

Erfolgt keine Erstreckung auf die neuen Tatvorwürfe im Wege der Nachtragsanklage, könnten diese neuen Tatvorwürfe aber von der Staatsanwaltschaft gesondert angeklagt und nach Ablauf der Stellungnahmefrist des § 201 StPO und der Ladungsfristen nach §§ 217 Abs. 1, 218 S. 2 StPO parallel zu der bereits laufenden Hauptverhandlung verhandelt werden, ohne dass der Angeklagte dies verhindern könnte.

---

[1] Vgl. etwa BGH NStZ-RR, 1999, 303, OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2001, 209.
[2] Etwa Meyer-Goßner, StPO, 57. Auflage, § 266, Rn. 14.
[3] Vgl. Jahn/Schmitz, Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger Mitwirkungshandlungen?, Wistra 2001, 328 ff..

Ein sachlicher Grund dafür, dass der Angeklagte durch die Verweigerung seiner Zustimmung zur Erhebung einer Nachtragsanklage ein solches weiteres Verfahren „erzwingen“ kann, war zwar noch gegeben, als die Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO bis zum 1. JuMoG 2004 bei maximal 10 Tagen lag. Zu jener Zeit konnte sich der Angeklagte darauf einstellen, dass - jedenfalls wenn nicht ohnehin mehrere Hauptverhandlungstermine über einen längeren Zeitraum anberaumt worden waren - keine neuen Tatvorwürfe innerhalb des Zeitraums ab Beginn der Hauptverhandlung bis zu deren Abschluss nach einer Unterbrechung von maximal 10 Tagen verhandelt werden. Dies konnte er in dem laufenden Verfahren dadurch verhindern, dass er der Nachtragsanklage nicht zustimmte, und in einem neuen Verfahren, indem er dort nicht auf die Einhaltung der Ladungsfrist verzichtete. Eine zügige Verhandlung auch des neuen Tatvorwurfs forderte daher dem Angeklagten ein Opfer in der Form ab, dass er jedenfalls auf die Einhaltung einer ihm gesetzlich zustehenden Frist verzichten musste.

Dass dieser Verzicht auf gesetzlich verankerte Rechte der Grund dafür war, die Nachtragsanklage von seiner Zustimmung abhängig zu machen, zeigt sich noch deutlicher, wenn man sich die insoweit in Betracht zu nehmenden Vorschriften der StPO von 1877/1879 vor Augen hält:

Die Nachtragsanklage war geregelt in

> ***§ 265***
> *Wird der Angeklagte im Laufe der Hauptverhandlung noch einer anderen That beschuldigt, als wegen welcher das Hauptverfahren wider ihn eröffnet worden, so kann dieselbe auf Antrag der Staatsanwaltschaft und mit Zustimmung des Angeklagten zum Gegenstande derselben Aburtheilung gemacht werden.*
> *Diese Bestimmung findet nicht Anwendung, wenn die That als ein Verbrechen sich darstellt oder die Aburtheilung derselben die Zuständigkeit des Gerichts überschreitet.*

Die Unterbrechungsfrist war geregelt in

> ***§ 228***
> *Eine unterbrochene Hauptverhandlung muß spätestens am vierten Tage nach der Unterbrechung fortgesetzt werden, widrigenfalls mit dem Verfahren von neuem zu beginnen ist.*

Wenn der Angeklagte hingegen die Zustimmung zur Nachtragsanklage verweigerte und stattdessen ein weiteres Verfahren betrieben werden musste, war schon damals eine Stellungnahmefrist zur Erklärung zu der Anklage einzuräumen

> ***§ 199***
> *Der Vorsitzende des Gerichts hat die Anklageschrift dem Angeschuldigten mitzutheilen und ihn zugleich aufzufordern, sich innerhalb einer zu bestimmenden Frist zu erklären, ob er eine Voruntersuchung oder die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung beantragen, oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorbringen wolle.*
> *Hat eine Voruntersuchung stattgefunden, so ist die Aufforderung entsprechend zu beschränken.*
> (…)

und nach der Eröffnung des Hauptverfahrens eine Ladungsfrist zu beachten gemäß

> ***§ 216***
> *Zwischen der Zustellung der Ladung (§ 215) und dem Tage der Hauptverhandlung muß eine Frist von mindestens einer Woche liegen.*
> *Ist diese Frist nicht eingehalten worden, so kann der Angeklagte die Aussetzung der Verhandlung verlangen, so lange mit der Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht begonnen ist.*

Dieser historische Rückblick zeigt, dass zurzeit der ursprünglichen Regelung der Nachtragsanklage die Zustimmung des Angeklagten ein besonderes Opfer im Wege des Fristenverzichts verlangt hat.

Mit der Verlängerung der Unterbrechungsfrist des § 229 Abs. 1 StPO auf drei Wochen kann sich der Angeklagte hingegen nicht mehr darauf verlassen, dass neue Tatvorwürfe gegen ihn innerhalb dieser Frist nicht verhandelt werden. Er kann durch die Verweigerung seines Einverständnisses zu einer Nachtragsanklage allenfalls verhindern, dass sie in dem bereits laufenden Verfahren verhandelt werden, nicht aber, dass sie bei schnellstmöglicher Terminierung durch das Gericht noch im selben Zeitraum parallel verhandelt werden.

Zwar hat der BGH ausgeführt:

„In einer derartigen Verfahrenssituation war es den Angeklagten, da sie sich auf eine auch insoweit umfassende Verteidigung nicht hatten einstellen müssen, freigestellt, ob sie der Einbeziehung derart neu erkannter Taten in die andauernde Hauptverhandlung im Wege der Nachtragsanklage zustimmen wollten. Gerade im Falle umfassenden Bestreitens der Tatvorwürfe, wie vorliegend, wird eine Verweigerung der Zustimmung kein fernliegendes - jedenfalls ohne weitergehende Besonderheiten auch nicht rechtsmißbräuchliches - Verteidigungsverhalten sein.“ [4]

Diese Ausführungen können aber nur dann Geltung beanspruchen, wenn der Angeklagte nicht innerhalb der gesetzlichen Fristen auch in einem Parallelverfahren seine Verteidigung auf die neuen Tatvorwürfe einstellen müsste.

II. Vorschlag

Es wird vorgeschlagen, in § 266 Abs. 1 StPO den letzten Teilsatz „*und der Angeklagte zustimmt*“ zu streichen und in § 266 Abs. 3 StPO einen neuen Satz 2 einzufügen mit folgendem Wortlaut:

„*Hat der Angeklagte der Nachtragsanklage nicht zugestimmt und beantragt er in zulässiger Weise eine Unterbrechung, beträgt auf sein Verlangen die Unterbrechungsfrist mindestens zwei Wochen*.“

Damit wird die Möglichkeit eröffnet, weitere Tatvorwürfe in eine bereits laufende Hauptverhandlung auch ohne die Zustimmung des Angeklagten einzubeziehen, ohne dass dem Angeklagten dadurch Rechte beschnitten werden. Insbesondere hat der Angeklagte schon de lege lata weder ein Recht darauf noch einen Vertrauensschutz dahingehend, dass gegen ihn bei Erhebung einer neuen Anklage anstelle der Einbeziehung im Wege der Nachtragsanklage nicht innerhalb derselben Frist in einem Parallelverfahren verhandelt wird, mag der Beginn einer Hauptverhandlung zwei Wochen nach Zustellung der Anklageschrift auch nicht üblich sein. Möglicherweise verlängert sich durch die Erstreckung des bereits laufenden Hauptverfahrens auf neue Tatvorwürfe jenes Verfahren; dem gegenüber muss sich der Angeklagte aber keinem zweiten Verfahren stellen. Zudem erübrigt sich eine zumindest in Teilen doppelte Beweisaufnahme, etwa die Beweisaufnahme zu den zu

[4] BGH NStZ-RR 1999, 303.

treffenden Feststellungen zur Person oder eine Beweisaufnahme durch Sachverständigengutachten in Fällen einer forensisch-psychiatrischen Begutachtung. Darüber hinaus lässt es die einheitliche Aburteilung zu, alle - auch die neuen Tatvorwürfe - bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, auch soweit sie bei der Bemessung der Einzelstrafen in einem gegenseitigen Bezug stehen (z.B. Berücksichtigung der neuen Tatvorwürfe als Nachtatverhalten zu den schon zuvor verfahrensgegenständlichen Taten).

Dies wäre zwar auch ohne eine Erstreckung im Wege der Nachtragsanklage möglich, allerdings bedürfte es dann gegebenenfalls einer doppelten Beweisaufnahme, einmal in dem laufenden Verfahren zur Berücksichtigung bei der Rechtsfolgenbestimmung und ein weiteres Mal in einem neuen Verfahren zur dortigen eigenständigen Aburteilung der neuen Tatvorwürfe.

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor / RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer

Vorschlag zur Begrenzung der Revisionsmöglichkeiten bei erweiterten Aufzeichnungen von Hauptverhandlungen

I. Ausgangslage

Die Referate zum Thema „Aufzeichnung der Hauptverhandlung“ haben sich mit guten Gründen für eine Erweiterung der bestehenden Möglichkeiten ausgesprochen.

Bedenken wurden weniger gegen Aufzeichnungen als solche und die damit verbundenen Vorteile vorgebracht als wegen der möglichen Folgen für die Revision. Würden erst einmal die Aufzeichnungsmöglichkeiten über § 273 Abs. 2 S. 2 StPO hinaus erweitert, so ließe sich deren Verwendung zur Begründung von Revisionen nicht grundsätzlich ausschließen. Selbst bei einer Beschränkung der Revisionsmöglichkeit auf die Verletzung von Verfahrensmängeln (so der Vorschlag des Strafrechtsausschusses der BRAK) bestehe die Gefahr, dass im Wege der (Verfahrens-) Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) und der „Inbegriffsrüge“ (§ 261 StPO) das „Rekonstruktionsverbot“ unterlaufen werden und Staatsanwaltschaften und Gerichte mit der Überprüfung der Richtigkeit des Tatsachenvortrags zeitlich überfordert sein könnten.

Mit der „Inbegriffsrüge“ kann beanstandet werden,

- dass im Urteil festgestellte Umstände nicht prozessordnungsgemäß zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht wurden oder dass die Urteilsfeststellungen vom Inhalt der Hauptverhandlung abweichen (vgl. *Sander* in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 261 Rn. 171 ff.)

- dass im Urteil wichtige Beweisergebnisse fehlen, obwohl sich nach der Sachlage eine Auseinandersetzung damit aufdrängte (Ausschöpfung des Inbegriffs; vgl. *Sander* a.a.O Rn. 176 m.w.N.)

- dass eine Schlussfolgerung nicht auf einer hinreichenden Tatsachengrundlage im Urteil beruht (vgl. BGH, Beschl. v. 24.1.2008 – 3 StR 486/07).

Voraussetzung für eine erfolgreiche Inbegriffsrüge ist, dass sich ein Rechtsfehler im genannten Sinn mit unzweifelhaft gegebenen objektiven Umständen belegen lässt, d.h. das Revisionsgericht den Beweisinhalt ohne Eingriff in den Beweiswürdigungsvorgang des Gerichts und ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung feststellen kann, nämlich durch eine Urkunde oder eine wörtliche Protokollierung, eine Augenscheinsobjekt oder eine in die Hauptverhandlung eingeführte Videoaufzeichnung einer Vernehmung (vgl. *Sander* a.a.O. Rn. 174 m.w.N.).

Weitet man die Möglichkeiten der Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnungen der Hauptverhandlung aus, so schafft man ein weiteres Mittel, mit dem sich der Inhalt einer Beweiserhebung einschließlich der Angaben des Angeklagten zuverlässig und ohne Eingriff in die Beweiswürdigung des Tatgerichts feststellen lässt. Es wäre deshalb kein Systembruch, sondern folgerichtig, zur Begründung der Inbegriffsrüge darauf zurückzugreifen.

Die Abgrenzung zwischen Feststellungsfehlern und Beweiswürdigungsfehlern und die Bewältigung eines komplexen Beweisstoffs sind keine Besonderheiten der Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnung, sondern schon jetzt notwendig, etwa bei umfangreichen Urkundeninhalten (TKÜ-Protokolle, umfangreiche verlesene Vernehmungsniederschriften oder Gutachten).

II. Lösung

Den o.g. Befürchtungen lässt sich durch eine geeignete Eingrenzung der Rügemöglichkeiten begegnen.

1. Die Verwertung der (Ton- oder Bild-Ton-) Aufzeichnungen kann auf die Prüfung der *wesentlichen* Verfahrensförmlichkeiten und auf *offensichtliche* Abweichungen zwischen Urteil und Aufzeichnung *in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt* (vgl. § 338 Nr. 8 StPO) beschränkt werden.

2. Außerdem könnte bestimmt werden, dass sich die Verfasser des Urteils, die am besten wissen, wie das Urteil zustande gekommen ist, zu der behaupteten Abweichung dienstlich zu erklären haben. Auf diese Weise würden die Staatsanwaltschaft und das Revisionsgericht von der Überprüfung der behaupteten Mängel wesentlich entlastet werden.

Im Zusammenhang damit sind folgende Neuregelungen sinnvoll bzw. geboten:

3. Die Aufzeichnung der Hauptverhandlung sollte nur für bestimmte Hauptverhandlungen (z.B. Hauptverhandlungen beim Landgericht) vorgesehen werden.

4. Um Probleme im Hinblick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu vermeiden (vgl. § 58a Abs. 2 StPO), könnten (zunächst) nur Tonaufzeichnungen vorgesehen werden. Dies ist schon jetzt fakultativ möglich, s. § 273 Abs. 2 Satz 2.

5. Die Aufzeichnung sollte verpflichtend sein. Von einer nur fakultativen Regelung würde voraussichtlich nur wenig Gebrauch gemacht werden. Außerdem würden ungleiche Rügemöglichkeiten bestehen.

6. Die Verwendung der Aufzeichnung im laufendenden Verfahren kann auf das Revisionsverfahren beschränkt werden, unbeschadet der Möglichkeit des Gerichts, intern darauf zurückzugreifen. Für spätere Verfahren sollte die Aufzeichnung bei Bestehen eines berechtigten Interesses einschränkungslos zur Verfügung stehen.

7. Der Revisionsführer sollte verpflichtet sein, vollständig schriftlich vorzutragen. Schon daraus wird sich – gerade auch vor dem Hintergrund der dienstlichen Erklärungen der Tatrichter - ergeben, ob die Rüge schlüssig ist. Ein Abhören der Tonaufzeichnung selbst wird nur ausnahmsweise erforderlich sein.

8. Der erforderliche Vortrag kann sehr aufwändig sein. Zu erwägen ist eine Anpassung der bislang starren Revisionsbegründungsfrist des § 345 Abs. 1 StPO an die flexible Urteilsabfassungsfrist in § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO.

C. Gesetzvorschläge

1. § 273 Abs. 2a StPO-neu

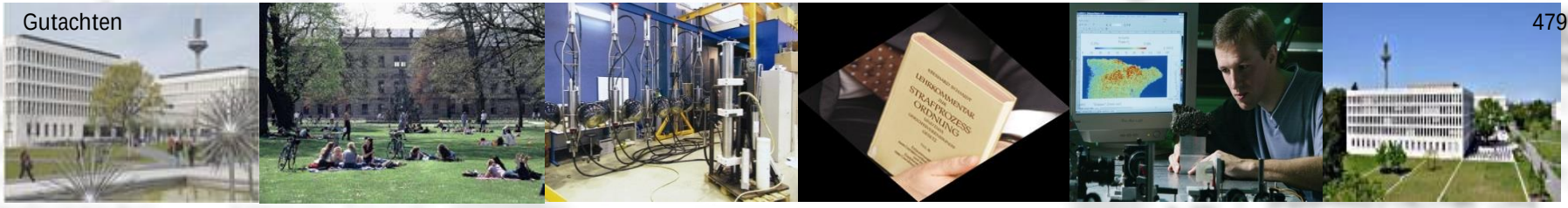
Findet die Hauptverhandlung vor einer Strafkammer beim Landgericht statt, ist sie auf Ton- Träger aufzuzeichnen. Die Verwendung im Verfahren ist nur nach Maßgabe des § 344 zulässig.

2. § 344 Abs. 2 Satz 3 StPO-neu

Hierbei kann die Tonträger-Aufzeichnung der Hauptverhandlung zur Prüfung der wesentlichen Verfahrensförmlichkeiten und nach Maßgabe von Abs. 3 verwendet werden.

3. § 344 Abs. 3 StPO-neu

Gegenstand der Anfechtung des Urteils kann eine Abweichung zwischen dem Inhalt der Hauptverhandlung (Beweisaufnahme einschl. der Angaben des Angeklagten) und den Feststellungen hierzu im Urteil sein, wenn der Inhalt zuverlässig und vollständig durch sachliche Beweismittel (Urkunde, Augenschein, wörtliche Protokollierung, Ton- oder Bild-Ton-Träger) schriftlich nachgewiesen wird und es sich um eine offensichtliche Abweichung in einem für die Schuldfrage oder die Rechtsfolgen der Tat (§ 263 Abs. 1) wesentlichen Punkt handelt. Die Richter, die das Urteil unterschrieben haben, erklären sich hierzu schriftlich.



4. Sitzung der Expertenkommission
zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung

nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme

Prof. Dr. *Matthias Jahn*
Goethe-Universität, Richter am OLG Frankfurt

Montag/Dienstag, 12./13. Januar 2015

I. Einführung

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

IV. Ein konkretes Beispiel: § 254 StPO-AE

V. Zusammenfassung

I. Einführung

► **16 Strafrechtslehrer** aus 3 deutschsprachigen Ländern

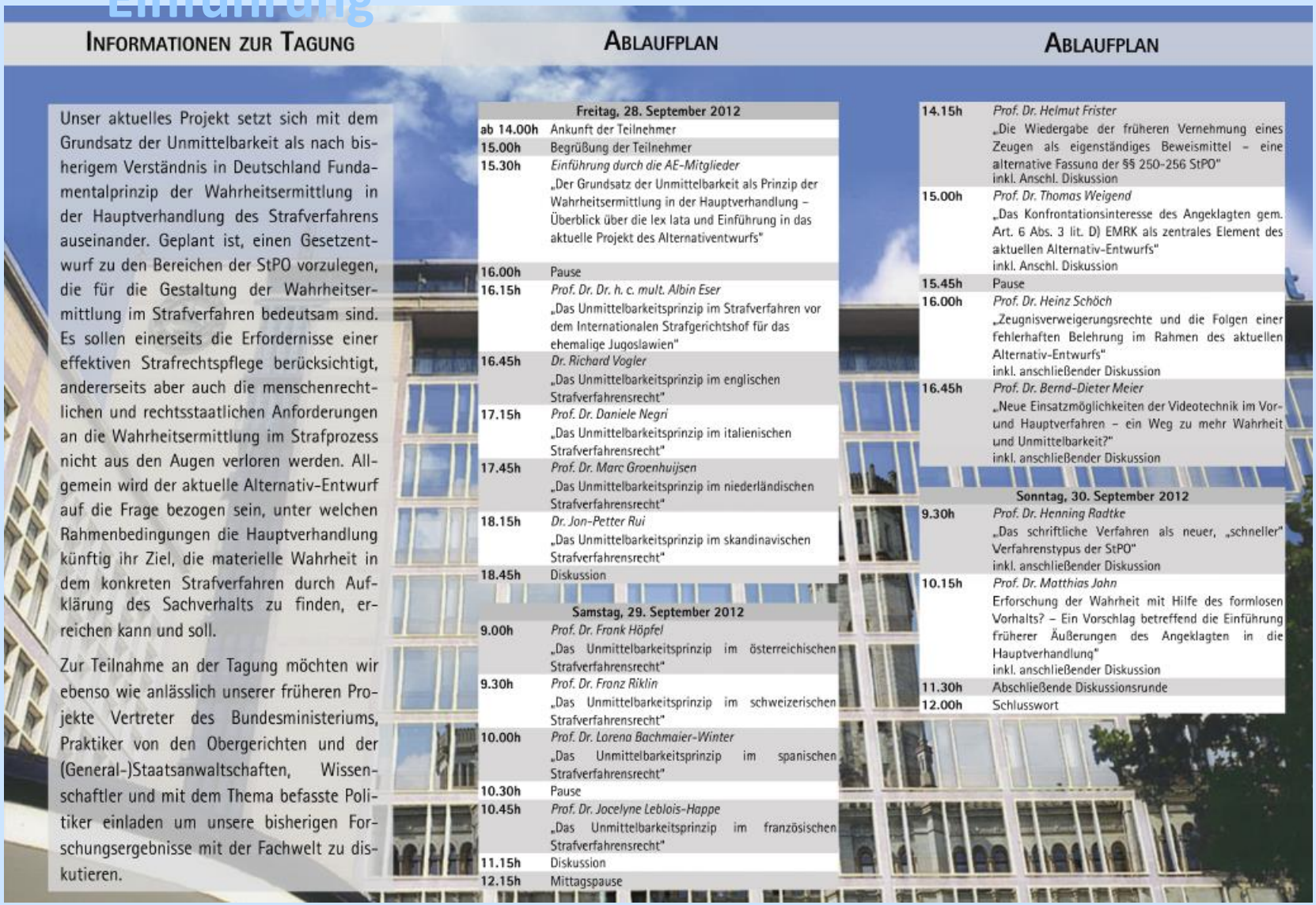
► **16 Arbeitssitzungen** à 2 Tage und

► 1 internationale Tagung

in 5 Jahren zwischen Dezember 2008 und Dezember 2013

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

I. Einführung



Informationen zur Tagung

Unser aktuelles Projekt setzt sich mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit als nach bisherigem Verständnis in Deutschland Fundamentalprinzip der Wahrheitsermittlung in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens auseinander. Geplant ist, einen Gesetzentwurf zu den Bereichen der StPO vorzulegen, die für die Gestaltung der Wahrheitsermittlung im Strafverfahren bedeutsam sind. Es sollen einerseits die Erfordernisse einer effektiven Strafrechtspflege berücksichtigt, andererseits aber auch die menschenrechtlichen und rechtsstaatlichen Anforderungen an die Wahrheitsermittlung im Strafprozess nicht aus den Augen verloren werden. Allgemein wird der aktuelle Alternativ-Entwurf auf die Frage bezogen sein, unter welchen Rahmenbedingungen die Hauptverhandlung künftig ihr Ziel, die materielle Wahrheit in dem konkreten Strafverfahren durch Aufklärung des Sachverhalts zu finden, erreichen kann und soll.

Zur Teilnahme an der Tagung möchten wir ebenso wie anlässlich unserer früheren Projekte Vertreter des Bundesministeriums, Praktiker von den Obergerichten und der (General-)Staatsanwaltschaften, Wissenschaftler und mit dem Thema befasste Politiker einladen um unsere bisherigen Forschungsergebnisse mit der Fachwelt zu diskutieren.

Ablaufplan

Freitag, 28. September 2012

ab 14.00h	Ankunft der Teilnehmer
15.00h	Begrüßung der Teilnehmer
15.30h	*Einführung durch die AE-Mitglieder* „Der Grundsatz der Unmittelbarkeit als Prinzip der Wahrheitsermittlung in der Hauptverhandlung – Überblick über die lex lata und Einführung in das aktuelle Projekt des Alternativentwurfs"
16.00h	Pause
16.15h	*Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Albin Eser* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im Strafverfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien"
16.45h	*Dr. Richard Vogler* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im englischen Strafverfahrensrecht"
17.15h	*Prof. Dr. Daniele Negri* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im italienischen Strafverfahrensrecht"
17.45h	*Prof. Dr. Marc Groenhuijsen* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im niederländischen Strafverfahrensrecht"
18.15h	*Dr. Jon-Petter Rui* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im skandinavischen Strafverfahrensrecht"
18.45h	Diskussion

Samstag, 29. September 2012

9.00h	*Prof. Dr. Frank Höpfel* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im österreichischen Strafverfahrensrecht"
9.30h	*Prof. Dr. Franz Riklin* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im schweizerischen Strafverfahrensrecht"
10.00h	*Prof. Dr. Lorena Bachmaier-Winter* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im spanischen Strafverfahrensrecht"
10.30h	Pause
10.45h	*Prof. Dr. Jocelyne Leblois-Happe* „Das Unmittelbarkeitsprinzip im französischen Strafverfahrensrecht"
11.15h	Diskussion
12.15h	Mittagspause

Ablaufplan

14.15h	*Prof. Dr. Helmut Frister* „Die Wiedergabe der früheren Vernehmung eines Zeugen als eigenständiges Beweismittel – eine alternative Fassung der §§ 250-256 StPO" inkl. Anschl. Diskussion
15.00h	*Prof. Dr. Thomas Weigend* „Das Konfrontationsinteresse des Angeklagten gem. Art. 6 Abs. 3 lit. D) EMRK als zentrales Element des aktuellen Alternativ-Entwurfs" inkl. Anschl. Diskussion
15.45h	Pause
16.00h	*Prof. Dr. Heinz Schöch* „Zeugnisverweigerungsrechte und die Folgen einer fehlerhaften Belehrung im Rahmen des aktuellen Alternativ-Entwurfs" inkl. anschließender Diskussion
16.45h	*Prof. Dr. Bernd-Dieter Meier* „Neue Einsatzmöglichkeiten der Videotechnik im Vor- und Hauptverfahren – ein Weg zu mehr Wahrheit und Unmittelbarkeit?" inkl. anschließender Diskussion

Sonntag, 30. September 2012

9.30h	*Prof. Dr. Henning Radtke* „Das schriftliche Verfahren als neuer, „schneller" Verfahrenstypus der StPO" inkl. anschließender Diskussion
10.15h	*Prof. Dr. Matthias Jahn* Erforschung der Wahrheit mit Hilfe des formlosen Vorhalts? – Ein Vorschlag betreffend die Einführung früherer Äußerungen des Angeklagten in die Hauptverhandlung" inkl. anschließender Diskussion
11.30h	Abschließende Diskussionsrunde
12.00h	Schlusswort

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

I. Einführung

- AE-Beweisaufnahme veröffentlicht in GA 2014, 1 und Materialheft Strafverteidigertag 2014, S. 7-40

Alle Rechte vorbehalten

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

► **Regelungsziel:** Neuregelung der **materiellen Unmittelbarkeit**

► und damit der inhaltlichen **Gestaltung der Beweisaufnahme in der HV** in Abhängigkeit von den Ergebnissen des EV (GA 2014, 25 f.)

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

► **Regelungsanlass: 3 Schwächen** der **§§ 249 ff. StPO** (GA 2014, 3 f.):

❶ **Doppelung** der Beweisaufnahme (EV + HV) und

❷ Gefahr des **Beweis(mittel)verlusts** bis HV und

❸ **unübersichtliches System** von Grundsatz, Ausnahme, Rückausnahme, Rück-Rückausnahme:

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

Tortengleichnis zum Urkunden- und Personalbeweis

§ 249 StPO

§ 250 Ersetzungsverbot

§ 251 Ersetzungserlaubnis

§ 252 Ersetzungsverbot

§ 252 nach richterlicher Zeugenvernehmung und Bel.

§ 252 bei richterlicher Beschuldigtenvernehmung

§ 253 Förmlicher Vorhalt

§ 254 Geständnisprotokoll

§ 325 Ersetzung in Berufungshauptverhandlung

© RA Prof. Dr. Rainer Hamm

Alle Rechte vorbehalten

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

► **AE-Gegenkonzept** (GA 2014, 5 ff.):

❶ Amtsaufklärung

insbes. Verzichtbarkeit der persönlichen Vernehmung, wenn nach Auffassung des Gerichts zur Wahrheitserforschung „nicht erforderlich“, § 250 Abs. 1 S. 1 StPO-AE

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

► **AE-Gegenkonzept** (GA 2014, 49 ff.):

§ 250 Ersetzung einer Vernehmung

(1) [1]Soweit es nicht möglich oder zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist, einen Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu vernehmen, kann die Vernehmung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der betreffenden Person ersetzt werden.

...

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

► AE-Gegenkonzept (GA 2014, 5 ff.):

Grund: Unmittelbare **Vernehmung in HV** ist z.B. Vorführung von AV-Aufnahme aus EV (für Zeugen: § 58a StPO-AE, für Beschuldigten: § 136 Abs. 4 StPO-AE) heute **nicht mehr prinzipiell überlegen**

Alle Rechte vorbehalten

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

► **AE-Gegenkonzept** (GA 2014, 5 ff.):

❷ **Beweisantragsrecht** (§ 250 Abs. 1 S. 2, 3 StPO-AE) als Korrektiv **statt** bisheriger **„Unmittelbarkeit“**

Alle Rechte vorbehalten

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

► AE-Gegenkonzept (GA 2014, 49 ff.):

§ 250 Ersetzung einer Vernehmung

(1) … [2]Die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und der Verteidiger können sowohl zur Bestätigung als auch zur Widerlegung einer in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen beantragen. [3]Insoweit gilt das Beweisantragsrecht mit der Maßgabe, dass die § 244 Abs. 4 und 5 … nicht anzuwenden sind.

Alle Rechte vorbehalten

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

3 Pfeiler:

► ❶ Grds. zwingende **Reihenfolge** der Nutzung der Beweissurrogate **nach „Wertigkeit“** (§ 251 Abs. 1 StPO-AE):

⇨ **V**ideo

⇨ **V**erlesung

⇨ **V**ernehmung (i.d.R. der Verhörsperson), hier insbesondere mit qualifizierter Belehrung (z.B. § 52 Abs. 4 StPO-AE analog Vorlagebeschl. *2. Senat* NStZ 2014, 596 m. Anm. *Jahn* JuS 2014, 1138, 1140 zu §§ 52 Abs. 1 Nr. 3, 252 StPO)

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

► **AE-Gegenkonzept** (GA 2014, 53 ff.):

§ 251 Art und Weise der Ersetzung durch eine frühere Aussage

(1) Bei der Ersetzung einer Vernehmung durch eine frühere Aussage … ist von mehreren … Möglichkeiten in folgender Rangfolge Gebrauch zu machen:

1. … Bild-Ton-Aufzeichnung … (§ 249a);
2. Verlesung … (§ 249);
3. Vernehmung einer anderen Person über den Inhalt …

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

► AE-Gegenkonzept (GA 2014, 53 ff.):

§ 251 Art und Weise der Ersetzung durch eine frühere Aussage

(1) …

(2) [1]Mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten und seines Verteidigers kann eine nachrangige Form der Einführung verwendet werden, wenn dies zur Erforschung der Wahrheit ausreicht. [2]Die ergänzende Verwendung einer nachrangigen Form ist stets zulässig.

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

► ❷ **Stärkung** des **Konfrontationsrechts** über Mindeststandard des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK hinaus (§ 253 Abs. 1 StPO-AE) **und** von ***nemo tenetur*** (z.B. § 254 StPO-AE)

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

§ 253 Verletzung des Konfrontationsrechts

(1) Hatten im bisherigen Verfahren weder der Angeklagte noch sein Verteidiger die Gelegenheit, einen Zeugen zu befragen, und können sie eine solche auch durch einen Beweisantrag nach § 250 Abs. 1 Satz 2 AE nicht erlangen, so dürfen frühere Aussagen oder … Erklärungen des Zeugen zu Beweiszwecken oder zum Zweck des Vorhalts nur mit Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden. …

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

► ❸ **sowie Zustimmungslösung bei Einführung von Beweismitteln in die HV** (z.B. §§ 253 Abs. 1, 254 StPO-AE)

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

IV. Ein konkretes Beispiel: § 254 StPO-AE (vgl. GA 2014, 65 ff.; *Jahn* FS-Wolter, 2013, S. 963 ff.)

§ 254 [Verlesung von Geständnissen und bei Widersprüchen]

(1) Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll enthalten sind, können zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden.

(2) Dasselbe kann geschehen, wenn ein in der Vernehmung hervortretender Widerspruch mit der früheren Aussage nicht auf andere Weise ohne Unterbrechung der Hauptverhandlung festgestellt oder behoben werden kann.

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

§ 254 StPO-AE. Einführung früherer Angaben des Angeklagten (GA 2014, 65 ff.)

(1) [1]Angaben, die der Angeklagte bei einer früheren Vernehmung in einem Strafverfahren gemacht hat, dürfen zum Zweck der Beweiserhebung in der Regel nur mit seiner Zustimmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. [2]Ohne Zustimmung des Angeklagten dürfen sie in die Hauptverhandlung eingeführt werden, wenn

1. die Vernehmung durch einen Richter durchgeführt wurde;
2. bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war;
3. der Angeklagte vor der Vernehmung auf die Mitwirkung eines Verteidigers verzichtet hat und von der Vernehmung eine Bild-Ton-Aufzeichnung angefertigt wurde.

Alle Rechte vorbehalten

IV. Ein konkretes Beispiel: § 254 StPO-AE

§ 136 StPO-AE. Erste Vernehmung (GA 2014, 31 ff.)

(…)

(5) Der Beschuldigte ist bei Beginn der ersten Vernehmung auch darüber zu belehren, dass seine Äußerungen zum Zwecke der Beweiserhebung in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

IV. Ein konkretes Beispiel: § 254 StPO-AE

§ 163a StPO-AE. Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Beschuldigtenvernehmung (GA 2014, 34 ff.)

(…)

(5) Ist bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend oder wird diese auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet, so gilt § 136 Abs. 5 *[StPO-AE]* entsprechend.

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

V. **Zusammenfassung** (GA 2014, 25 f.)

2 Kernpunkte:

❶ Starre, unsystematische und inkonsistente Regelungen über materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in §§ 250–256 sollen durch **flexibleres Modell** für die Auswahl der Beweismittel bezüglich der Bekundungen von Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen ersetzt werden

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

V. Zusammenfassung (GA 2014, 25 f.)

❷ **Maßgeblich** für Wahl zwischen unmittelbarer Vernehmung der Beweisperson und Einführung einer früheren Bekundung sind

⇨ gerichtliche **Aufklärungspflicht** (Kompatibilität mit Leitlinien von *BVerfGE* 133, 168, 197 Tz. 53 ff.)

⇨ **Wille der Verfahrensbeteiligten** (konsensuales Element)

⇨ **Eignung** des jeweiligen Beweismittels zur verlässlichen Wiedergabe des Gesagten.

Prof. Dr. Matthias Jahn
Alle Rechte vorbehalten

Prof. Dr. Matthias Jahn, Richter am Oberlandesgericht
Goethe-Universität Frankfurt am Main
Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie
Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS)

Anschrift und Kontakt:
Campus Westend (RuW 4.122)
Grüneburgplatz 1
D-60323 Frankfurt a.M.

Tel.: 069/798-34336 (Sekretariat Heike Brehler)
Fax: 069/798-34521
E-Mail: sekretariat-jahn@jura.uni-frankfurt.de
Web: http://www.jura.uni-frankfurt.de/jahn

Alle Rechte vorbehalten

aus: Recht und Politik 2012, S. 222-228

Zustimmung statt Widerspruch bei Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren

Von Reinhold Schlothauer, Bremen/Matthias Jahn, Erlangen-Nürnberg

I. Einleitung

Die von der Rechtsprechung kreierte sog. „Widerspruchslösung", wonach im Strafverfahren der verteidigte Angeklagte der Verwertung eines Beweises bei einem zu seinen Gunsten vorliegenden Beweisverwertungsverbot widersprechen muss, ist von Anbeginn an auf erhebliche Kritik gestoßen. Diese hat sich in dem Maße intensiviert, wie die Judikatur zunehmend artifizielle Anforderungen an den Inhalt und die Begründung eines solchen Widerspruchs stellt und durch verschärfte Fristerfordernisse seine Geltendmachung in zeitlicher Hinsicht präkludiert. Damit werden die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten im Erkenntnis- und Rechtsmittelverfahren nachhaltig beschnitten. Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer[1] hat deshalb diesem *extra legem* entstandenen Konzept nunmehr ein gesetzliches Regelungsmodell entgegengestellt, nach dem der Angeklagte im Falle der beabsichtigten Verwertung dieser ausdrücklich zustimmen muss. Damit wird nicht nur wieder die Verantwortung für die Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens und die Beachtung der Schranken der Wahrheitsfindung in die Hände der Justiz gelegt, sondern auch die Rolle des Angeklagten als Verfahrenssubjekt insofern gestärkt, als ihm nicht mehr das mit der Erhebung eines Widerspruchs verfahrenspsychologisch verbundene Odium der Obstruktion anhaftet. Der begründete Gesetzesvorschlag wird im Folgenden vorgestellt.

II. Kritik an der Widerspruchslösung in ihrer gegenwärtigen Gestalt

1. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 27.02.1992 (BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463) verknüpft der *BGH* die Anwendung des im Hinblick auf die unterbliebene Belehrung des Beschuldigten über sein Schweigerecht bestehenden Beweisverwertungsverbotes mit der Erklärung eines Widerspruchs durch den verteidigten Angeklagten. In der Folgezeit hat der *BGH* das Widerspruchserfordernis auf andere Beweisverwertungsverbote erstreckt, die aus der Verletzung von Verfahrensvorschriften resultieren, die die Grundrechte und insbesondere Verteidigungspositionen eines Beschuldigten schützen. Der Angeklagte hat in diesen Fällen der Beweisverwertung in der Hauptverhandlung spätestens bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt zu widersprechen. Dem verteidigten Angeklagten steht nach dieser Konzeption ein Angeklagter gleich, der vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs unterrichtet worden ist.

2. In der praktischen Ausgestaltung wird das Widerspruchserfordernis heute von den Obergerichten zum Nachteil der Rechte des Beschuldigten extensiv ausgelegt, ohne dass dieser Auslegung dogmatisch zwingende Argumente zugrunde liegen; dies vor allem deshalb, weil das Widerspruchserfordernis im Wortlaut des Gesetzes keine Erwähnung findet. Ohne jeden Rückhalt in der Vorschrift des § 257 StPO, sondern den Sinn des durch die Vorschrift gewährleisteten Erklärungsrechts in sein Gegenteil verkehrend, fordern die Gerichte seit längerem nicht nur die Erklärung des Widerspruchs gegen eine Beweisverwertung, sondern auch eine inhaltliche Begründung, die die Angriffsrichtung des Vorbringens erkennen lassen müsse.[2]

Gleichzeitig wird das Rechtzeitigkeitsgebot extensiv interpretiert. Die Rügepräklusion trete bei einem ausschließlich während des Ermittlungsverfahrens erhobenen Widerspruch ebenso ein[3] wie im Falle eines Freispruchs, dem nicht vorauseilend ein Widerspruch beigegeben worden sei. Seine erstmalige

Einlegung – häufig im Anschluss an einen Verteidigerwechsel – nach Aufhebung und Zurückverweisung in der neuen Hauptverhandlung[4], in der Berufungsinstanz trotz erstinstanzlichen Freispruchs[5] oder nach Aussetzung des Verfahrens[6] komme daher zu spät. Damit erhält die Widerspruchslösung primär eine revisionsrechtliche Bedeutung. Denn auch im Revisionsverfahren muss die Angriffsrichtung des Vorbringens vom Rechtsmittelführer mitgeteilt werden, wobei allerdings hier in Form des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO eine Rechtsgrundlage vorhanden ist, die für die Widerspruchslösung fehlt. Deshalb ist die Rechtsprechung zur Rügepräklusion nur vor revisionsrechtlichem Hintergrund verständlich. Damit werden die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten im Erkenntnisverfahren nachhaltig beschnitten: Bringt der Angeklagte zum Ausdruck, dass er der Verwertung eines bestimmten Beweises widerspricht, bedarf es dafür weder der Bezeichnung einer Angriffsrichtung noch deren Konkretisierung. Es wäre ausreichend, dass er sich der Verwertung des kontaminierten Beweises widersetzt.

Die Situation des in einer Hauptverhandlung mit bestimmten Beweiserhebungen konfrontierten Verteidigers ist auch nicht mit derjenigen im Revisionsverfahren vergleichbar. Den Ablauf und die Reihenfolge der Aufnahme der Beweise bestimmt in der Hauptverhandlung der Vorsitzende und nicht der Verteidiger (§ 238 Abs. 1 StPO). Die Anforderungen der Widerspruchslösung kann der Verteidiger in der Hauptverhandlung spontan vielfach nicht erfüllen. Dies gilt umso mehr, als die zeitliche Präklusion für die Erhebung des Widerspruchs nicht erst nach der abschließenden Behandlung des betreffenden Beweisthemas eintritt[7] und sich der Verteidiger zunächst Gewissheit über die Berechtigung seiner Intervention verschaffen konnte. Die Forderung, der Verteidiger müsse „mindestens vorsorglich" nach Einführung des ersten von mehreren das Beweisthema betreffenden Beweismitteln Widerspruch erheben, ist zusätzlich insofern inkonsequent, als nicht das Beweismittel, sondern das auf diese Weise in die Hauptverhandlung transponierte Beweisergebnis Gegenstand des Beweisverwertungsverbots ist.[8]

Die Widerspruchslösung dient darüber hinaus bei einem *verteidigten* Angeklagten allein dazu, das Gericht von seiner Verantwortung für die Durchführung eines gesetzmäßigen Verfahrens in einem für einen rechtstaatlichen Strafprozess fundamentalen Punkt („keine Wahrheitsfindung um jeden Preis") freizustellen und diese dem verteidigten Angeklagten zu überbürden. Lediglich in den Fällen eines unverteidigten Angeklagten bleibt es nach der Rechtsprechung des BGH die ureigene Aufgabe des Gerichts, den Angeklagten darüber zu belehren, dass er der Verwertung eines rechtswidrig erhobenen Beweises widersprechen könne.[9] Dies setzt aber gerade voraus, dass die in der Hauptverhandlung eingeführten Beweismittel seitens des Gerichts auf ihre Verwertbarkeit geprüft werden. Es ist kein Grund ersichtlich, sich dieser Aufgabe bei einem verteidigten Angeklagten zu dessen Lasten zu entledigen.

Soweit es sich um zu Gunsten des Beschuldigten bestehende Beweisverwertungsverbote handelt, die im Zusammenhang mit disponiblen Verfahrensrechten des Beschuldigten stehen, lassen sich die mit der Widerspruchslösung verbundenen rechtsstaatlichen Unzuträglichkeiten mittels einer Zustimmungslösung vermeiden.

III. Gesetzentwurf für die Einführung einer Zustimmungslösung als Alternative

1. In § 261 StPO wird folgender Satz 2 eingefügt:

„Beweise, die einem zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dürfen dem Urteil nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung zugrunde gelegt werden."

a. Allgemeines

Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil ist nach neuerer Auffassung des *BVerfG*[10] § 261 StPO. § 261 StPO begründet danach die Verpflichtung des Gerichts, bei der für die Urteilsfindung erforderlichen Überzeugungsbildung alles zu berücksichtigen, was ordnungsgemäß in die Hauptverhandlung eingeführt worden

ist. Das „Ausschöpfungsgebot" ist die Kehrseite der gerichtlichen Aufklärungspflicht.[11] Unverwertbare, in der Hauptverhandlung erlangte Informationen müssen allerdings bei der Urteilsfindung unberücksichtigt bleiben.[12] Beweisverbote existieren sowohl in Form von Beweiserhebungsverboten, die die Aufklärung bestimmter Sachverhalte untersagen, als auch in Form von Beweisverwertungsverboten, die bestimmte Beweisergebnisse von der Berücksichtigung bei der Beweiswürdigung ausschließen. Da beide Kreise nicht deckungsgleich sind, es im vorliegenden Zusammenhang aber um die Frage der Verwertung von Beweisen bei der Urteilsfindung geht, ist das Zustimmungsmodell als Alternative zur sog. Widerspruchslösung auf Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung dogmatisch schlüssiger in § 261 StPO als in § 244 Abs. 2 StPO zu verorten.[13] Die Anbindung des Zustimmungsmodells an § 261 StPO ist jedoch nicht nur systematischen Erwägungen geschuldet. Sie trägt auch zur inhaltlichen Klärung des Zustimmungsmodells und der sich daraus ergebenden weiteren prozessualen Konsequenzen im Erkenntnis- und Revisionsverfahren bei.

b. Erkenntnisverfahren

aa. Im Erkenntnisverfahren sind Beweisverwertungsverbote von Amts wegen zu berücksichtigen.[14] Dementsprechend unterliegt es der Aufklärungspflicht des Gerichts nach § 244 Abs. 2 StPO, die tatsächlichen Voraussetzungen von Beweisverwertungsverboten (nach den Grundsätzen des Freibeweises) festzustellen.[15] Liegen diese vor, darf der Beweis auch dann nicht zu Lasten des Angeklagten[16] bei der Urteilsfindung berücksichtigt werden, wenn der betreffende Beweisstoff Gegenstand der Beweisaufnahme und damit Inbegriff der Verhandlung war. Dies gilt unabhängig davon, ob der Angeklagte in der Hauptverhandlung von sich aus auf das Eingreifen des Beweisverwertungsverbotes hingewiesen bzw. der Beweisverwertung widersprochen hat. Dies ist unstrittig der Fall sowohl bei ausdrücklichen Beweisverwertungsverboten wie denen gemäß §§ 252 und 136a StPO oder § 51 Abs. 1 BZRG als auch bei solchen, die aus der StPO entwickelt worden sind: Beispielsweise aus dem Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO oder dem Untersuchungsverbot bei Zeugen jenseits der Beschränkungen des § 81c Abs. 1 StPO. Schon gar nicht bedarf es zur Begründung der gerichtlichen Pflicht, Beweisverwertungsverbote im Erkenntnisverfahren zu berücksichtigen, der Beanstandung der Unzulässigkeit der Beweiserhebung durch den Angeklagten, wenn diese vom Vorsitzenden angeordnet worden war (§ 238 Abs. 2 StPO).

bb. Bei Beweisverwertungsverboten, die aus einer Verletzung individualschützender Vorschriften resultieren, ist anerkannt, dass der betroffene Rechtsgutsträger in die Verwertung des mit einem Verfahrensfehler behafteten Beweises einwilligen kann. So darf beispielsweise das Ergebnis der körperlichen Untersuchung eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen trotz unterbliebener Belehrung über sein Untersuchungsverweigerungsrecht (§ 81c Abs. 3 S. 2 StPO) verwertet werden, wenn der Zeuge hierzu nachträglich seine den Erfordernissen des § 81c Abs. 3 StPO genügende Einwilligung erteilt hat.[17] Das Gros der zur Disposition stehenden Beweisverwertungsverbote betrifft allerdings Verfahrensvorschriften, die die Grundrechte und insbesondere Verteidigungspositionen des Beschuldigten schützen. Dogmatisch wird dessen Dispositionsbefugnis im Umkehrschluss aus § 136a Abs. 3 S. 2 StPO abgeleitet, weil diese Bestimmung die Vorstellung des Gesetzgebers erkennen lasse, dass im Allgemeinen auch rechtswidrig erlangte und deswegen unverwertbare Ermittlungsergebnisse bei Einwilligung des Angeklagten gleichwohl verwertet werden dürften.[18]

Praktische Relevanz hat die Dispositionsbefugnis deshalb erlangt, weil Grund- und Verfahrensrechte des Beschuldigten verletzende Beweiserhebungen „mehr als bisher nicht nur einen einseitigen (belastenden), sondern auch einen zweiseitigen (auch entlastenden) ambivalenten Beweiswert haben" können.[19] Das geht mittlerweile aufgrund neuer Ermittlungsmethoden (Einsatz technischer Mittel und Verdeckter Ermittlung) über den ursprünglichen Kern der Magna Charta rechtsstaatlicher

Beschuldigtenrechte (Aussageverweigerungs- und Verteidigerkonsultationsrecht mit entsprechenden Belehrungspflichten; Teilhaberecht bei richterlichen Beweiserhebungen gemäß §§ 168c Abs. 2, 168d, 223, 225 StPO) und dem Schutz vor nicht verdeckten („offenen") Grundrechtseingriffen dienenden Vorschriften (§ 81a StPO im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG; § 105 StPO im Hinblick auf Art. 13 GG) weit hinaus. Die heimliche Überwachung der Telekommunikation, des nicht-öffentlich gesprochenen Wortes und weiterer Verhaltensweisen des Beschuldigten kann zu Beweisergebnissen führen, deren Verwertung unabhängig von der Rechtswidrigkeit ihrer Gewinnung wegen ihres entlastenden Beweiswertes für ihn von Interesse ist. Ein Verzicht auf den Grundrechtsschutz ist durch den Grundrechtsträger innerhalb bestimmter Grenzen zulässig.[20] Auch dadurch ist die Befugnis des Beschuldigten zur Disposition über ihn schützende Beweisverwertungsverbote eröffnet.

cc. Die Einwilligung in die Verwertung eines mit einem Verfahrensfehler behafteten Beweises, der Verzicht auf den Grundrechtsschutz durch den betroffenen Grundrechtsträger stellen die Ausnahme von der Regel eines ansonsten eingreifenden Beweisverbotes dar. Deshalb bedarf es bei zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverboten seiner Zustimmung dazu, dass der in der Hauptverhandlung erhobene kontaminierte Beweis gleichwohl bei der Urteilsfindung verwertet werden darf. Ist die Zustimmung erteilt, muss der betroffene Beweis bei der gerichtlichen Überzeugungsbildung berücksichtigt werden. Die Annahme, dass das Gericht unabhängig von der erklärten Zustimmung davon absehen dürfe, den betreffenden Beweis bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen, würde im Widerspruch zur Dispositionsbefugnis des betroffenen Angeklagten und dem „Ausschöpfungsgebot" des § 261 StPO stehen. Die einzuführende Zustimmungslösung entspricht damit auch der geltenden Rechtslage in denjenigen Fällen, in denen vorbehaltlich der Zustimmung bzw. Einwilligung des Betroffenen die Verwertung bzw. Verwendung sogar zulässig erhobener Beweise gesetzlich ausgeschlossen ist.[21] Umgekehrt ist es in diesen Fällen dem Gericht nicht freigestellt, ob es bei erteilter Zustimmung den erhobenen Beweis der Urteilsfindung zugrunde legt oder nicht. Vielmehr müssen im Falle der Zustimmung zur Verwertung bzw. Verwendung die betreffenden Beweise Berücksichtigung finden.

dd. Mit dem Zustimmungserfordernis entfällt die im Gefolge der Widerspruchslösung von der Rechtsprechung postulierte Pflicht, die Angriffsrichtung des gegen die Beweisverwertung gerichteten Widerspruchs zu bezeichnen und die dafür maßgeblichen Gründe in einer den Anforderungen an den Tatsachenvortrag gemäß § 344 Abs. 2 S. 2 StPO angenäherten Weise zu konkretisieren. Die mit der Ausgestaltung als Zustimmungserfordernis verbundene Festschreibung des Regel- (Beweisverbot)/Ausnahme- (Verwertbarkeit) Verhältnisses vermeidet ferner, dass dem Angeklagten die Verantwortung für die Beachtung von Schranken der Wahrheitsfindung zugewiesen wird, wie es bei der Widerspruchslösung der Fall ist.

ee. Wird keine Zustimmung zu der Beweisverwertung bis zum Schluss der Beweisaufnahme erklärt, darf das Gericht den kontaminierten Beweis bei der Urteilsfindung nicht berücksichtigen. Dies gilt auch, wenn eine zunächst erteilte Zustimmung bis zum Schluss der Beweisaufnahme widerrufen wird. Im Falle einer ausgesetzten Hauptverhandlung, im Berufungsverfahren und nach Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht, ist das erkennende Gericht in der erneuerten bzw. Berufungs-Hauptverhandlung gehalten, erneut die Zustimmung des Angeklagten einzuholen, wenn es die Verwertung des kontaminierten Beweises beabsichtigt. Die erteilte Zustimmung entfaltet keine über die Dauer derjenigen Hauptverhandlung hinausreichende Bindungswirkung, in der sie erteilt worden ist.

ff. Die Anbindung der Zustimmungslösung an § 261 StPO ermöglicht auch die Beantwortung der Frage, wie zu verfahren ist, wenn kontaminierte Beweise in einem Verfahren gegen mehrere Angeklagte verwertet werden sollen. Sind durch den ein Beweisverwertungsverbot begründenden

Verfahrensfehler die Verteidigungs- oder Grundrechte mehrerer Angeklagter betroffen[22], ist im Falle unterbliebener Zustimmung sämtlicher Betroffener eine Verwertung nur in Bezug auf denjenigen Angeklagten zulässig und geboten, der seine Zustimmung zur Verwertung erteilt hat. Bezüglich derjenigen Angeklagten, die der Verwertung nicht zugestimmt haben, müssen die kontaminierten Beweise unberücksichtigt bleiben.

Diese „gesplittete" Beweiswürdigung entspricht der Situation in solchen Fällen, in denen es zur Wahrunterstellung von Tatsachen gekommen ist, die nur zur Entlastung eines von mehreren Angeklagten dienen, oder in denen es sogar zu wechselbezüglichen Wahrunterstellungen gekommen ist, durch die alternativ einzelne Angeklagte jeweils be- bzw. entlastet werden.[23] Eine vergleichbare Situation besteht in Fällen, in denen die wechselbezügliche Anwendung des Zweifelsgrundsatzes bei mehreren Angeklagten zu nicht miteinander zu vereinbarenden Urteilsgründen führt, weil zu Gunsten eines Angeklagten getroffene Feststellungen nicht zum Nachteil eines anderen Angeklagten verwendet werden dürfen.[24]

c. Revisionsverfahren

aa. Es begründet einen revisiblen Verfahrensfehler, wenn das Urteil auf einem Beweis beruht, der einem zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverbot unterlag, ohne dass der Angeklagte der Verwertung zugestimmt hatte. Dies betrifft zum einen die Fälle, in denen das erkennende Gericht den einem Verwertungsverbot unterliegenden Beweis bei der Urteilsfindung berücksichtigt hat, obwohl der dafür um Zustimmung ersuchte Angeklagte keine Erklärung abgegeben oder die Zustimmung sogar ausdrücklich verweigert hat. Betroffen sind zum anderen die Fälle, in denen das Gericht einen in der Hauptverhandlung erhobenen Beweis ohne Zustimmung des Angeklagten verwertet bzw. diesen nicht um Zustimmung ersucht hat, obwohl dem Gericht Umstände bekannt waren, die es zur Aufklärung der ein Beweisverwertungsverbot begründenden Tatsachen hätten drängen müssen. Solche Umstände können sich aus den Akten und/oder dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme ergeben. Von Bedeutung sind insoweit auch Beweisanregungen des Angeklagten, denen das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht nach den Grundsätzen des Freibeweises hätte nachgehen müssen.[25] Der dem Gericht als Verletzung des § 261 S. 2 StPO-E anzulastende Fehler besteht mithin darin, dass es unterlassen wurde, die Zustimmung des Angeklagten zur Verwertung des zu seinen Gunsten bestehenden Beweisverbotes einzuholen bzw. die dafür maßgeblichen Voraussetzungen aufzuklären.

Mit anderen Worten: Gibt es für das Gericht keine Anhaltspunkte für das Eingreifen eines zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Beweisverbotes, kann die Beweisverwertung nicht deshalb zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden, weil die möglicherweise gebotene Zustimmung des Angeklagten nicht eingeholt wurde. Es ist dementsprechend bei solchen Sachverhalten Sache des Angeklagten, das Gericht auf die ein Beweisverwertungsverbot begründenden Umstände aufmerksam zu machen (insbesondere in Form von Beweisanregungen), die dem Gericht ansonsten nicht bekannt waren bzw. bekannt sein konnten.

bb. Es begründet umgekehrt eine Verletzung des § 261 S. 1 StPO, wenn das Gericht bei der Urteilsfindung einem Verwertungsverbot zu Gunsten des Angeklagten unterliegende Beweise unberücksichtigt lässt, obwohl der Angeklagte seine Zustimmung zur Verwertung erteilt hat. Unterlässt es das Gericht, die Zustimmung des Angeklagten zur Verwertung solcher für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch erheblichen Beweise einzuholen, die einem zu seinen Gunsten bestehenden Beweisverwertungsverbot unterliegen, und bleiben diese bei der Urteilsfindung unberücksichtigt, obwohl sie Gegenstand der Beweisaufnahme waren, wird auch insoweit § 261 S. 1 StPO verletzt. Das Gericht darf mithin den Angeklagten nicht mit der Annahme eines Beweisverwertungsverbots überraschen, das seiner Disposition unterliegt.

II. Für das Ermittlungsverfahren, die Anordnung von Zwangsmaßnahmen und die Anklageerhebung

ist die Zustimmungslösung bei der Disposition des Beschuldigten unterliegenden Beweisverwertungsverboten in § 160 Abs. 1 StPO zu verorten. In § 160 Abs. 1 StPO ist folgender Satz 2 einzufügen:

„Beweise, die einem zu Gunsten des Beschuldigten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dürfen zu Beweiszwecken nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung verwendet werden."

Insbesondere bei der Anordnung von Zwangsmaßnahmen, aber auch bei Anklageerhebung darf der dafür erforderliche Tatverdacht nicht auf Beweise gestützt werden, die einem Verwertungsverbot unterliegen.[26] Andererseits kann ein Beschuldigter ein Interesse daran haben, dass Erkenntnisse, die einem seiner Disposition unterliegenden Beweisverwertungsverbot unterliegen, in die Verdachtsprüfung mit einbezogen werden, so dass auch hier die Zustimmungslösung zum Tragen kommen muss.

III. Ähnlich verhält es sich bei der gerichtlichen Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens.[27] Deshalb ist für das Zwischenverfahren § 203 StPO um folgenden Satz 2 zu ergänzen:

„Beweise, die einem zu Gunsten des Angeschuldigten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dürfen der Eröffnungsentscheidung des Gerichts nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung zugrunde gelegt werden".

Es ist weder dem Gericht noch dem Angeklagten zuzumuten, dass es zu einer Hauptverhandlung kommt, in der es in Folge einer nicht erteilten Zustimmung des Angeklagten in die Verwertung von zu seiner Disposition stehenden Beweisen zu keiner Verurteilung kommen kann, obwohl aus diesem Grunde bereits im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung keine Verurteilungswahrscheinlichkeit bestand. Auch hier muss aber für den Angeschuldigten die Möglichkeit bestehen, mittels Zustimmung zur Verwertung von ansonsten einem Beweisverbot unterliegenden Erkenntnissen die Sachverhaltsgrundlage für die Eröffnungsentscheidung des Gerichts in seinem Sinne zu erweitern, um ggfs. auf diese Weise eine Hauptverhandlung zu vermeiden.

Anmerkungen

1 Auf seiner 212. Tagung Ende Februar 2012 hat der Strafrechtsausschuss der BRAK unter Vorsitz von Rechtsanwalt Professor Dr. Dr. *Alexander Ignor* in Aachen einen Gesetzentwurf verabschiedet, der hier einer breiteren, rechtspolitisch interessierten Öffentlichkeit vorgestellt wird. Als Berichterstatter haben an dem Gesetzentwurf die Mitglieder Rechtsanwalt Dr. *Jan Bockemühl* und Rechtsanwalt Prof. Dr. *Reinhold Schlothauer* sowie als Gäste Richter am OLG Prof. Dr. *Matthias Jahn* und Rechtsanwalt Prof. Dr. *Ralf Neuhaus* mitgewirkt.
2 Erstmalig in dieser Deutlichkeit *BGHSt* 52, 38 = NJW 2007, 3587 = JuS 2008, 82 (*Jahn*). Dem *BGH* folgen die Obergerichte insbes. bei Verletzung des Richtervorbehalts in Fällen der Blutprobenentnahme gem. § 81a StPO, vgl. nur *OLG Hamm* StV 2009, 462; *OLG Frankfurt* StV 2011, 611.
3 *BGH* StV 2006, 396 m. abl. Anm. *Schlothauer.*
4 *BGH* StV 2006, 339.
5 *OLG Frankfurt* NStZ-RR 2011, 46 m. abl. Bespr. *Kudlich,* HRRS 2011, 114; generell für das Berufungsverfahren *OLG Stuttgart* StV 1997, 341.
6 *OLG Stuttgart* StV 2001, 388.
7 *BGHSt* 39, 349 (352 f.) = NJW 1994, 334.
8 Der *BGH* (StV 2004, 57) betont insoweit auch die Notwendigkeit eines „beweisthemenbezogenen" und nicht nur „beweismittelbezogenen" Verwertungswiderspruchs, ohne sich zur Inkohärenz seiner zum Zeitpunkt bzw. zum Inhalt des Widerspruchserfordernisses vertretenen Auffassungen zu verhalten.
9 *BGHSt* 38, 214 (226) = NJW 1992, 1463.
10 Zuletzt *BVerfG,* NJW 2012, 907 (910 Tz. 120 ff.) = JuS 2012, 266 (*Jahn*) m.w.N.
11 *Beulke,* Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rdnr. 454.
12 *Gollwitzer,* in: *Löwe/Rosenberg,* StPO, 25. Aufl. (2001), § 261 Rdnr. 14; *Meyer-Goßner,* StPO, 55. Aufl. (2012), § 261 Rdnr. 6; *Schoreit,* in: KK-StPO, 6. Aufl. (2008), § 261 Rdnr. 34 m.w.N.
13 So der ursprüngliche Vorschlag von *Jahn,* Gutachten für die strafrechtliche Abteilung, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, 2008, Band I, S. C 112; ausführlicher *ders.,* Festschr. f. Stöckel, 2010, S. 259 (275 f.); *ders.,* StraFo 2011, 117 (123). Dieses Modell wurde auch vom Plenum der strafrechtlichen Abteilung des Deutschen Juristentages 2008 mehrheitlich angenommen (40:23:7), vgl. Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, 2008, Band II/1, S. L 68.
14 *Gössel,* in: *Löwe/Rosenberg,* StPO, 26. Aufl. (2006), Einl. L Rdnr. 117.
15 *BGH* StV 2012, 3.
16 Der Frage, ob eine Beweisverwertung zu Gunsten des Angeklagten bei nicht zu seiner Disposition stehenden Beweisverwertungsverboten zulässig ist (dazu *Jahn,*

DJT-Gutachten [o. Fußn. 13], S. C 112 ff.), braucht hier nicht nachgegangen zu werden.

17 *BGH* StV 1996, 195; *Senge*, in: KK-StPO (o. Fußn. 12), § 81c Rdnr. 13.

18 *J.-P. Becker*, Referat auf dem 67. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages (o. Fußn. 13), Band II/1, S. L 52.

19 *Nack*, StraFo 1998, 366 (367).

20 Allgemein *Hömig/Antoni*, Grundgesetz, 9. Aufl. 2010, Vor Art. 1 Rn. 13; speziell für das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis *Hömig/Hömig*, aaO., Art. 10 Rn. 9.

21 Vgl. § 97 Abs. 1 InsO, § 19 Abs. 8 MarkenG, § 101 Abs. 8 UrhG. Den Verwendungsverboten der §§ 100d Abs. 5 Nr. 1 und Nr. 3, 161 Abs. 2 und 477 Abs. 2 StPO unterfallende Beweise dürfen ebenso nur ausnahmsweise mit Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Person zu Beweiszwecken im Strafverfahren verwendet werden.

22 Dies sind bspw. Fälle, in denen rechtsfehlerhaft die Benachrichtigung mehrerer Beschuldigten von dem Termin einer richterlichen Zeugenvernehmung unterblieben ist, sowie Fälle, in denen mehrere Beschuldigte Betroffene einer rechtsfehlerhaft durchgeführten Wohnungsdurchsuchung (§ 105 Abs. 1 StPO) waren, oder Fälle, in denen mehrere Beschuldigte von der Überwachung einer zwischen ihnen stattgefundenen (Tele-)Kommunikation (§§ 100a, 100c, 100f StPO) betroffen waren. Siehe dazu *BGH* St 57, 71 = NJW 2012, 945 (946 Tz. 20 ff.) unter Bezugnahme auf *Jahn*, Gutachten (o. Fußn. 13), S. C 114 f.; zusf. *Jahn/Geck* JZ 2012, 561 (566).

23 Vgl. *Becker*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, 26. Aufl. (2010), § 244 Rdnr. 300.

24 Vgl. *Meyer-Goßner* (o. Fußn. 12), § 261 Rdnr. 29 a.E.

25 *BGH* StV 2012, 3.

26 Vgl. für Zwangsmaßnahmen, deren Anordnung einen dringenden Tatverdacht erfordert, *BGHSt* 36, 396 (Anordnung der Untersuchungshaft) und *LG Zweibrücken* VRS 88 (1995), 436; *AG Offenbach* StV 1993, 123 (vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis).

27 Zur Bedeutung von Beweisverwertungsverboten im Ermittlungs- und Zwischenverfahren *Schlothauer*, Festschr. f. Lüderssen, 2002, S. 761 ff.

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

hier: Beweisantragsrecht / Präklusion

I.
Hintergrund

In einem Beschluss vom 25. Januar 2005 hat der Bundesgerichtshof - 3 StR 445/04 - (NStZ 2005, 341) auf die Problematik teilweise rechtsmissbräuchlich gestellter Ablehnungs- und Beweisanträge hingewiesen und Folgendes ausgeführt:

"Die Möglichkeiten der Strafjustiz müssen aber auf Dauer an ihre Grenzen stoßen, wenn die Verteidigung in Strafverfahren, wie der Senat zunehmend beobachtet, zwar formal korrekt und im Rahmen des Standesrechts geführt wird, sich aber dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsfindung in einem prozessordnungsgemäßen Verhalten nicht mehr verpflichtet fühlt und die weiten und äußersten Möglichkeiten der Strafprozessordnung in einer Weise nutzt, die mit der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, den Angeklagten vor einem materiellen Fehlurteil oder (auch nur) einem prozessordnungswidrigen Verfahren zu schützen, nicht mehr zu erklären ist.“

In einer weiteren Entscheidung vom 14. Juni 2005 - 5 StR 129/05 - (NStZ 2005, 648 f.) hat der Bundesgerichtshof zudem in Bezug auf die geltenden Bestimmungen zum Beweisantragsrecht ausdrücklich auf einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf zur "Änderung des derzeitigen - einen verfahrensverzögernden Missbrauch ermöglichenden - Rechtszustands" hingewiesen.

Dieser Befund führte zu der mit Beschluss der Herbstkonferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 15. November 2012 in Berlin zunächst zurückgestellten Überlegung einer gesetzlichen Regelung zur Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen im Strafprozess. Die Zurückstellung war mit der an die damalige Bundesministerin der Justiz herangetragenen Bitte verbunden, zunächst durch eine rechtstatsächli-

che Untersuchung die Frage des Bestehens eines hinreichenden Bedürfnisses für ein gesetzgeberisches Handeln zu klären.

II.
Empfehlung

Sollte ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im vorstehenden Sinne auf der Grundlage der erbetenen rechtstatsächlichen Untersuchung zu bejahen sein, könnte dies zu der Erwägung führen, in § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO nach dem Wort „Antrag“ die Wörter „nach der freien Würdigung des Gerichts“ einzufügen.

III.
Begründung

Mit der zur Erörterung gestellten Ergänzung würde die bereits in Artikel 3 Nr. 4 Buchstabe a des Entwurfs eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (BT-Drs. 12/1217), in Artikel 2 Nr. 24 des Entwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (strafrechtlicher Bereich; BT-Drs. 13/4541), in Artikel 2 Nr. 22 des Entwurfs eines Gesetzes zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz (Justizbeschleunigungsgesetz; BT-Drs. 15/1491) sowie in Artikel 1 Nr. 4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens (BT-Drs. 16/3659) vorgesehene Erleichterung der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht vorgenommen.

Der Vorschlag zu § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO dient der Klarstellung, dass das Tatgericht gerade den Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht selbst zu würdigen hat, was sich auf die Begründungsanforderungen auswirkt. Ansatzpunkt ist, dass die revisionsgerichtlichen Anforderungen an die Begründung eines tatrichterlichen Ablehnungsbeschlusses wegen Verschleppungsabsicht zu streng erscheinen. Mit der zur Erörterung gestellten Fassung würde zum Ausdruck gebracht, dass das Revisionsgericht auf die Prüfung beschränkt sein soll, ob der Tatrichter rechtlich einwandfrei zu seiner Überzeugung gekommen ist, dass Verschleppungsabsicht vorliegt. Die Beschränkung rechtfertigt sich aus den

Besonderheiten dieses Ablehnungsgrundes, der in besonderem Maß die Würdigung von Indizien für ein inneres Faktum verlangt.

Dies ermöglichte eine zielgerichtete Führung des Strafprozesses zur Wahrheitserforschung vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Anliegens einer funktionstüchtigen Strafverfolgung.

Transparenz der Hauptverhandlung.
Anmerkungen „aus Praktikersicht“

Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin[1]

I.
Vorbemerkung:

Dem Protokoll der 3. Sitzung der Kommission am 17. und 18.11.2014 in Berlin entnehme ich, dass zu dem Thema „Transparenz der Hauptverhandlung“ meine Anmerkungen in erster Linie als solche „aus Praktikersicht“ gefragt sind. Aus einer tabellarischen Übersicht über „weiterverfolgte“ und „zurückgestellte“ Themen, die sich im gleichen Protokoll findet, ergibt sich, dass unter der Überschrift „Transparenz der Hauptverhandlung“ die folgenden Unterthemen erörtert werden sollen:

- Wortprotokoll;
- Offenlegung der vorläufigen Bewertung des Gerichts;
- kommunikative Verhandlungsführung;
- formelles Tat- und Schuldinterlokut.

Ich notiere im Folgenden skizzenhaft Anmerkungen „aus Praktikersicht“ zu den verschiedenen Teilaspekten der Thematik. Die Reihenfolge habe ich aus systematischen Erwägungen umgestellt:

Die Unterthemen „Offenlegung der vorläufigen Bewertung des Gerichts“ und „Kommunikative Verhandlungsführung“ sind zusammengefasst unter der Überschrift „offenes Verhandeln“. Beide Aspekte sind zwei Seiten derselben Medaille. Danach befasse ich mich mit dem „Wortprotokoll“. Eine verbesserte Dokumentation der Beweisaufnahme ist eine wichtige Bedingung offenen Verhandelns. Denn werden vorläufige Bewertungen von Beweiserhebungen offengelegt, wird es auch zu Differenzen darüber kommen, was Zeugen ausgesagt oder Sachverständige ausgeführt haben. Die Differenzen lassen sich durch eine zweifelsfreie Dokumentation ausräumen.

1 mit Unterstützung durch die RA´innen Dr. von Galen, Berlin, Dr. Sandkuhl, Potsdam, und RAe Prof. Dr. Hamm, Frankfurt/M. und Dr. Norouzi, Berlin.

Ein Wortprotokoll im Sinne einer stenografischen Mitschrift der Verhandlung erscheint mir allerdings weder zeitgemäß noch für eine nachhaltige Effektivierung der Sachverhaltserforschung in der Hauptverhandlung ausreichend. Ein dritter Abschnitt widmet sich dem „formellen Tat- oder Schuldinterlokut[2]“. Dabei handelt es sich nach meinem Verständnis um eine speziell formalisierte Facette offenen Verhandelns.

Obwohl meine Anmerkungen zum Thema, jedenfalls in erster Linie, „aus Praktikersicht“ gefragt sind, erlaube ich mir vorab ein paar grundsätzliche Anmerkungen:

Offenes Prozedieren ist eine wesentliche Voraussetzung der Verwirklichung des Grundrechts des Angeklagten auf rechtliches Gehör und seines Menschenrechts auf einen fairen Prozess[3]. Damit ist es auch eine Gewährleistung für eine gerechte Entscheidung. Der Angeklagte ist nämlich erst dann in der Lage, alle für seine Verteidigung beachtlichen Argumente und vorzubringen und, wo erforderlich, mit Beweismitteln zu belegen, wenn er – frühzeitig – erfährt, wie das Gericht den Gang der Beweisaufnahme rezipiert. Der Gesetzgeber der RStPO, ging von der Vorstellung aus, der Angeklagte sei durch die Anklage über die entscheidungserheblichen Tatsachen und deren rechtliche Bewertung informiert und bewege sich durch seine Teilnahme an der Hauptverhandlung auf dem gleichen Informationsniveau wie das Gericht und die übrigen Verfahrensbeteiligten. Eine Verpflichtung des Gerichts, ihn auf veränderte tatsächliche Gesichtspunkte hinzuweisen, hat er deswegen nicht vorgesehen[4]. Die Rechtsprechung des BGH hat Hinweispflichten zwar auch in Fällen konstituiert, in denen Merkmale der gesetzlichen Tatbestände in Tatsachen gefunden werden, die in der Anklage nicht bezeichnet werden[5]. Die Annahme einer Verpflichtung, den Angeklagten über das Verständnis des Gerichts von den Ergebnissen der Beweiserhebungen zu informieren, ist jedoch auf grundsätzliche Ablehnung gestoßen[6].

2 Nicht Tat- *und* Schuldinterlokut. Beide Begriffe gelten alternativ.
3 Vgl. dazu *Wachsmuth,* Das Recht des Angeklagten auf Orientierung, Diss. 2008, 81 ff.
4 *Hahn,* Materialien zur Strafprozessordnung, Abt.1, 2. Auflage, 1885, 209; vgl. dazu auch *Wachsmuth*, 149
5 Vgl. dazu die Nachweise bei *Wachsmuth*, 151 ff.
6 BGHSt 43, 212-216 mit zust. *Herdegen*, JZ 1998, 54 ff. und abl. Anm. *König*, StV 1998, 113 ff..

Andererseits hat das BVerfG die Notwendigkeit, ja Selbstverständlichkeit offenenen Prozedierens in seiner Entscheidung zur Verständigung im Strafverfahren hervorgehoben, wo es heisst:

> *„Eine offene, kommunikative Verhandlungsführung kann der Verfahrensförderung dienlich sein und ist daher heute selbstverständliche Anforderung an eine sachgerechte Prozessleitung. So begegnen etwa Rechtsgespräche und Hinweise auf die vorläufige Beurteilung der Beweislage oder die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.“*[7]

Was hierunter konkret zu verstehen ist, namentlich welche Pflichten des Gerichts und welche Rechte des Angeklagten sowie weiterer Verfahrensbeteiligter hieraus resultieren, wird nicht ausgeführt.

Zwischen den Berufsverbänden von Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten besteht schon seit Langem grundsätzlicher Konsens darüber, dass offenes Verhandeln ein wesentliches Element einer – wünschenswerten - „Streitkultur im Strafverfahren“ bedeutet. In einer 1997 veröffentlichten gemeinsamen Erklärung von Deutschem Richterbund und Deutschem Anwaltverein sind dazu auch konkretere Vorstellungen entwickelt worden:

> *„Zur Offenheit gehört, daß der Verteidiger seine Ziele darlegen kann und von dieser Möglichkeit Gebrauch macht. Je früher dies geschieht, desto wirksamer wird er zur Konzentration und Beschleunigung beitragen. Nach Verlesung der Anklageschrift und nach Belehrung des Angeklagten sollte dem Verteidiger die Gelegenheit gegeben werden, durch Darlegung seiner Zielvorstellungen eine Konzentration des Verfahrensstoffes auf das wesentliche zu ermöglichen. („Verteidigungssatz versus Anklagesatz“ oder opening statement) Das Gericht sollte während einer laufenden Hauptverhandlung – in der Regel auf Anregung der Verfahrensbeteiligten – geeignete Abschnitte der Beweisaufnahme zum Anlaß nehmen, in sachlicher Form seine vorläufige Beurteilung des jeweiligen Verfahrensstandes in*

7 BVerfG Urteil vom 19.03.2013, 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 106.

> *tatsächlicher und rechtlicher Bewertung bekanntzugeben. Diese Bekanntgabe setzt – wie jede richterliche Bewertung – rechtliches Gehör voraus. Sie darf nicht mißbraucht werden, um Druck auf Verfahrensbeteiligte auszuüben. Selbstverständlich stehen Hinweise des Gerichts unter dem Vorbehalt besserer Erkenntnisse im weiteren Verlauf des Verfahrens. Siedienen dazu, den Verteidiger und den Staatsanwalt bei deren Entscheidungen über das weitere Prozeßverhalten zu unterstützen. Allein wegen ihres vorläufigen Inhalts erwecken solche Hinweise nicht den Anschein der Befangenheit.*
>
> *Um die Verfahrensbeteiligten vor überraschenden Entscheidungen zu schützen, bedarf es bei geänderter Beurteilung jeweils neuer Hinweise und der Gelegenheit, sich darauf einzustellen. Auf diese Weise können Probleme, Tatkomplexe oder zentrale Beweisfragen informell, das heißt, noch ohne verfahrensrechtliche Verbindlichkeit, abgeschichtet werden."*[8]

Der Transparenz dient auch eine möglichst genaue und objektive Dokumentation des Ganges der Beweisaufnahme, die, wenn es im Rahmen offener Kommunikation über das Ergebnis der Beweiserhebungen zu Meinungsverschiedenheiten über den Wortlaut von Zeugenaussagen oder Äußerungen von Sachverständigen kommt, eine Überprüfung ermöglicht.

Kommunikative Verhandlungsführung ist gelegentlich als ein Element eines konsensual orientierten Verfahrens, als eine bloße Vorstufe zur Verständigung missverstanden worden. Sie *kann* zu einem Konsens führen, z.B. wenn dadurch deutlich wird, in welchen Punkten die Ansichten der Verfahrensbeteiligten übereinstimmen. Ebenso können aber die gegenteiligen Auffassungen verdeutlicht werden. Das spricht nicht gegen offenes Verhandeln. Im Gegenteil: es hilft, den Konflikt zu rationalisieren und auf die wesentlichen Punkte zu konzentrieren.

Eine Erörterung und (mögliche) Kritik der Transparenzvorschriften, die im Zusammenhang mit der g*esetzlichen Regelung der Verständigung* in das Gesetz aufgenommen wurden, und der dazu bislang ergangenen höchstrichterlichen

8 Deutscher Richterbund und Deutscher Anwaltverein: Für Streitkultur im Strafverfahren, AnwBl. 1997, 664 f.

Rechtsprechung soll dagegen nicht erfolgen. Ich bin allerdings der Überzeugung, dass eine kommunikative Verhandlungsführung in vielen Fällen entlastende Auswirkung auf das Verständigungsverfahren hat bzw. haben wird.

II.

Offenes Verhandeln[9]:

Eine offene, transparent geführte Verhandlung enthält stets ein kommunikatives Element. Sie kann keine reine Verkündungsveranstaltung sein. Dazu gehört vielmehr, den übrigen Beteiligten Gelegenheit zur Darlegung ihrer Standpunkte zu geben, die der Richter in seine Überzeugungsbildung aufnimmt. Daraus ergeben sich für die Hauptverhandlung folgende Konsequenzen:

1. Eröffnungserklärung – Opening Statement. Sachstandsbericht.

Die Hauptverhandlung beginnt nach geltendem Recht mit der Darstellung des Standpunktes der Staatsanwaltschaft durch Verlesung des Anklagesatzes. Danach erhält der Angeklagte Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Ein *Recht der Verteidigung*, auf die Anklage zu erwidern, sieht die StPO nicht vor. In der Praxis sind Eröffnungserklärungen der Verteidigung häufiger in umfangreichen (nicht nur Wirtschafts-) Strafverfahren anzutreffen. Der Umgang der Gerichte damit ist unterschiedlich. Es gibt Vorsitzende, die solche Erklärungen der Verteidigung nicht zulassen oder nur in ganz konzentrierter Weise gestatten. Andere nehmen sie hin, weitere sind daran interessiert, möglichst frühzeitig zu erfahren, in welche Richtung und mit welchen Argumenten die Verteidigung des Angeklagten geführt werden soll[10].

Der „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“ von Februar 2004[11], der sich programmatisch der „Förderung eines transparenten Verfahrensstils“ verpflichtet sah[12], schlug eine Ergänzung des § 243 Abs. 3 im folgenden Satz vor:

9 Der Begriff ist der Monographie von *Pohl*, Praxis des Strafrichters, 1.A., 1987, dort 92 ff., entlehnt.

10 Zum „Opening Statement“ vgl. *Krause* in Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, § 7 Rn. 108 ff.; *Eschelbach* in Beck-OK StPO, Stand 08.09.2014, § 257 Rn. 14.

11 Hier zit.n. http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/15_wp/StrafverfahrensRefG/DiskE.pdf

> *„Die Verteidigung erhält Gelegenheit, sich um Anklagesatz zu erklären; § 257 Abs. 3 gilt entsprechend.“*[13]

Zur Begründung wurde ausgeführt:

> *„Nach derzeitiger Rechtslage ist ein Erklärungsrecht für den Verteidiger erst nach Vernehmung des Angeklagten und im Rahmen der Beweisaufnahme vorgesehen (§ 157 Abs. 2 StPO). Zukünftig soll der Verteidigung das Recht eingeräumt werden, zu Beginn der Hauptverhandlung darzulegen, auf welche Weise dem Anklagevorwurf entgegengetreten werden soll. Das Recht der Verteidigung, nach Verlesung des Anklagesatzes eine Eingangsstellungnahme abzugeben, trägt zu mehr Offenheit im Umgang der Verfahrensbeteiligten miteinander bei.“*[14]

Ergänzend ist zur Notwendigkeit und auch zur Sinnhaftigkeit einer Eröffnungserklärung zu sagen: Es ist auch dann, wenn der Angeklagte sich selbst zur Sache geäußert hat, für die Konzentration der Hauptverhandlung sinnvoll und förderlich, wenn die Verteidigung frühzeitig Gelegenheit hat, die Anklage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu kritisieren und ggf. aus ihrer Sicht notwendige Beweiserhebungen zu thematisieren.

Schweigt der Angeklagte, so entsteht nach der Verlesung des Anklagesatzes auf seiner Seite ein Vakuum und schon dadurch ein Übergewicht der Anklage, das insbesondere

---

12 Diskussionsentwurf, S. 23: „In allen Verfahrensabschnitten sollen die Gesprächsmöglichkeiten zwischen den Beteiligten erweitert und dadurch eine neue Kommunikationskultur verankert werden. … Ein solcher Verfahrensstil, wenn er sachgerecht eingesetzt, fördert das Verfahren insgesamt, nämlich sowohl die effektiv gestaltete umfassende Sachaufklärung als auch die Wahrung der berechtigten Interessen aller Verfahrensbeteiligten.“

13 Diskussionsentwurf , 8.

14 Diskussionsentwurf, 38.

für die Laienrichter, aber auch für die Öffentlichkeit, soweit sie sich für das Verfahren interessiert, den Eindruck entstehen lässt, der Angeklagte habe dem erhobenen Vorwurf nichts entgegenzusetzen. In Verfahren mit größerem Publikumsinteresse muss die Verteidigung schon aus Gründen der Waffengleichheit in der Lage sein, insbesondere in Fällen einseitiger öffentlicher Berichterstattung, die eine einseitige Beeinflussung der ehrenamtlichen Richter besorgen lässt, unmittelbar nach Verlesung des Anklagesatzes zu reagieren. Wird ihr dieses Recht nicht zugestanden, muss sie zwangsläufig in Erklärungen gem. § 257 Abs. 2 StPO und/oder in die unter Umständen ausführliche Begründung von Beweisanträgen ausweichen, um sich Gehör zu verschaffen. Das belastet den Gang der Hauptverhandlung, birgt überflüssiges Konfliktpotential und liegt nicht im Interesse der Verfahrensbeteiligten.

Nach dem Opening Statement der Verteidigung soll nicht sogleich in die Beweisaufnahme eingetreten werden. Das Gericht soll zunächst Gelegenheit haben, in einem Sachstandbericht seine aufgrund des Akteninhalts, der Einlassung des Angeklagten (soweit er sich geäußert hat) und der Eröffnungserklärung („Opening Statement“) der Verteidigung gewonnenen vorläufigen Bewertung der erhobenen Vorwürfe und des aus seiner Sicht ggf. bestehenden Beweiserhebungsbedarfs darzulegen. Das Gericht hat sich zwar durch die Eröffnungsentscheidung insoweit positioniert, als es angesichts des aktenkundigen Ergebnisses der Ermittlungen von einer Verurteilungswahrscheinlichkeit ausgegangen ist. Diese Entscheidung erfolgt aber in aller Regel ohne Begründung und u. U. auch in Unkenntnis der Einlassung des Angeklagten und der Position seiner Verteidigung, sofern diese erstmals in der Hauptverhandlung zu Gehör gebracht werden. Durch den Sachstandsbericht erhalten die Verfahrensbeteiligten davon Kenntnis, wonach es nach vorläufiger Einschätzung des Gerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ankommt. Der Angeklagte und seine Verteidigung (aber auch die übrigen Verfahrensbeteiligten) erhalten Gelegenheit, sich zielgenau in ihren Anträgen und Erklärungen auf die vom Gericht offengelegte vorläufige Position einzurichten. Damit werden komplizierte Umwege über Beweis- und andere Anträge ebenso vermieden wie ein Prozessieren an der Sache vorbei, in dem zeitaufwändig Nebenkriegsschauplätze eröffnet und beharkt werden.

Es werden daher die folgenden Ergänzungen von § 243 Abs. 3 und 4 vorgeschlagen:

> § 243 Abs. 3 wird um einen 3. Satz ergänzt, der lautet: *„**Die Verteidigung erhält Gelegenheit, sich zur Anklage zu erklären.“***[15]

> *Abs. 4 wird um einen 3. Satz ergänzt, der lautet: „**Der Vorsitzende oder der Berichterstatter trägt den Sachbericht vor. Auf Verlangen ist dem Staatsanwalt und der Verteidigung Gelegenheit zu geben, sich hierzu zu erklären.“***

2. Rechtsgespräch

Die kommunikative Hauptverhandlung lebt vom Rechtsgespräch. Es wurde schon hingewiesen auf die Ansicht des BVerfG, offene, kommunikative Verhandlungsführung könne der Verfahrensförderung dienlich sein und sei daher heute selbstverständliche Anforderung an eine sachgerechte Prozessleitung. Ausgeführt wurde auch, dass Regularien für das Rechtsgespräch in der Hauptverhandlung nur in Ansätzen entwickelt sind. Die „weichen“ Regeln in §§ 257 b, 273 Abs. 1 S. 2 StPO reichen nicht aus, bei weitem nicht. Der Deutsche Anwaltverein hatte durch den Strafrechtsausschuss bereits in seiner Kritik am Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens von 2004, der den Vorschlag für den mit dem Gesetz über die Verständigung im Strafverfahren normierten § 257 enthielt, Folgendes ausgeführt:

> *„§ 257 b StPO in der Fassung des Diskussionsentwurfs versucht eine Regelung offener Kommunikation in der Hauptverhandlung. Sie ist missglückt.*

15 Die im Diskussionsentwurf vorgesehene entsprechende Geltung des § 257 Abs. 3 StPO ist nicht sachdienlich. § 257 Abs. 2 StPO regelt punktuelle Erklärungen zu einzelnen Beweiserhebungen. Mit der Eröffnungserklärung erwidert die Verteidigung auf den Anklagesatz und legt ihr Verteidigungskonzept dar. Im Interesse einer Konzentration des Verfahrens muss dabei auch Gelegenheit zu einer ausführlichen Darstellung gegeben werden. Die Grenzen zu einem Plädoyer sind hier schwer zu ziehen. Dieser Halbsatz sollte daher wegfallen.

Sie ist schon deswegen missglückt, weil sie – leider – nicht mehr als eine Ermutigung zu offener Kommunikation enthält. Damit ist gar nichts gewonnen. Dass ein Gericht 'in geeigneten Fällen ... in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Beteiligten erörtern (kann)', lässt sich auch nach dem geltenden Verfahrensrecht formulieren.

Wünschenswert, überhaupt nur sinnvoll ist eine Regelung, wonach das Gericht auf Antrag des Angeklagten oder seiner Verteidigung zu einer Offenlegung einer vorläufigen Bewertung des Ergebnisses der Beweisaufnahme - nach Anhörung aller am Verfahren Beteiligten – verpflichtet ist. Ein solches Recht müsste auch dem Angeklagten und seiner Verteidigung vorbehalten bleiben, um zu verhindern, dass die Offenlegung dieser vorläufigen Bewertung als Druckmittel gegen den Angeklagten eingesetzt wird. In der vorgeschlagenen Form bleibt offene Kommunikation gönnerhafte Geste. Das ist zu wenig. Der Regelungsvorschlag enthält auch keine Verpflichtung des Gerichts, vor Offenbarung seiner vorläufigen Einschätzung den Verfahrensbeteiligten rechtliches Gehör zu gewähren. Es würde Praxis, was Salditt befürchtet (ZStW 2003, 574 ff., 579): 'Wollen wir, dass die Verteidigung beflissen um Erleuchtung bittet, statt darum, über ihre Argumente zu befinden?'[16]

Die in dieser Stellungnahme wiedergegebene Auffassung ist im Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins nicht unumstritten. Es wird die Befürchtung eingewandt, eine Verpflichtung des Gerichts zur Offenlegung vorläufiger Bewertungen könne es zu frühzeitiger, voreiliger Festlegung veranlassen und damit Verteidigungsoptionen abschneiden. Überdies sei es unmöglich, ein Gericht zu einer auch nur vorläufigen Einschätzung zu zwingen. Der Antrag auf Offenlegung vorläufiger Bewertungen liefe dann ins Leere, wenn er lediglich zu der Mitteilung führe, das Gericht sei noch nicht zu einer – auch nur vorläufigen – Bewertung einzelner Beweiserhebungen bzw. der Beweisaufnahme gelangt.

16 Stellungnahme Nr. 43/2004, 31

Zu bevorzugen ist daher ein abgestuftes Konzept, das aus folgenden Elementen besteht:

a. Erweitertes Erklärungsrecht. Hinweispflicht bei wesentlichem Dissens im Verständnis von Beweisergebnissen.

Es beruht zum einen auf der Überlegung, dass dort, wo im Rahmen offener Kommunikation Bewertungen von Beweiserhebungen seitens verschiedener Verfahrensbeteiligter erfolgen, das Gericht verpflichtet sein muss, auf *wesentliche* Abweichungen vorgetragener Bewertungen von seiner eigenen *hinzuweisen.* Gleichzeitig sollte das Erklärungsrecht von der Fokussierung auf eine einzelne vorausgegangene Beweiserhebung gelöst werden, um den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zu geben, in eine weitergehende Kommunikation einzutreten, wenn eine Beweiserhebung aus Sicht eines/r Beteiligten dazu Anlass bietet.

Eine Verpflichtung des Gerichts, *erkannte* Missverständnisse der Verteidigung in Hinblick auf Ergebnisse der Beweisaufnahme auszuräumen, wie sie von dem Gericht verstanden werden, wird von der Rechtsprechung BGH derzeit nur unter engen Voraussetzungen anerkannt.[17] Nur die deutlich erkennbar abweichende Bewertung des Beweisergebnisses *kann* nach Auffassung des BGH eine gerichtliche Hinweispflicht begründen[18]. Das scheint mir zu vage. Hier ist eine *gesetzliche Klarstellung und Pointierung* erforderlich. Der nach der gegebenen Rechtsprechung bestehende Rechtszustand ist unter dem Gesichtspunkt fairen Prozessieren und auch zur Gewährleistung einer offenen Kommunikation in der Hauptverhandlung unbefriedigend. Er ist im Ergebnis auch *uneffektiv,* weil durch ein Aneinander-Vorbei-

17 Vgl. dazu BGHR StPO § 244 VI Beweisantrag 30 und BGH bei *Kusch*, NStZ 1993, 228; dazu *Basdorf*, StV 1995, 310, 319. *Basdorf* spricht bei einer solchen ausnahmsweisen Hinweispflicht im „*Umfeld von Beweisanträgen*" von einem „*zarten Pflänzchen*" und warnt vor einer „*allzu exzessiven Berufung auf diese Rechtsprechung in Verfahrensrügen"*. Das Pflänzchen ist seither nicht besonders gediehen.

18 Vgl. BGH NStZ-RR 2003, 147; in diesem Sinne bereits BGHSt 43, 212 mit abl. Anm. *König*, StV 1998, 113 ff und zust. Anm. *Herdegen* JZ 1998, 54 ff..

Reden und -Prozessieren das Verfahren verzögert und mit vermeidbaren Konflikten belastet wird.

Es wird daher eine Änderung des § 257 Abs. 2 StPO vorgeschlagen mit folgendem Wortlaut:

> *(2) Auf Verlangen ist auch dem Staatsanwalt und dem Verteidiger nach der Vernehmung des Angeklagten und nach jeder einzelnen Beweiserhebung Gelegenheit zur Abgabe von Erklärungen zu geben. Ergibt sich aus der Erklärung nach Satz 1 eine deutlich von derjenigen des Gerichts abweichende Beurteilung der Beweis- oder Rechtslage, so erteilt der Vorsitzende darüber einen Hinweis.*

b. Anspruch auf ein Rechtsgespräch. Schärfere Konturierung des § 257b StPO.

Aus den dargelegten Gründen bestehen Bedenken gegenüber der Einführung einer *Verpflichtung* des Gerichts, auf Antrag des Angeklagten (oder auch anderer Verfahrensbeteiligter) seine vorläufige Bewertung von den Ergebnissen der Beweisaufnahme offenzulegen. Andererseits reicht es nicht aus, lediglich die – ohnehin gegebene – *Möglichkeit* zum Rechtsgespräch zu normieren, wie es im geltenden § 257 b StPO geschehen ist.

Ich schlage daher folgende Regelung vor:

> ***§ 257 b StPO-E***
>
> *(1) Das Gericht kann in der Hauptverhandlung jederzeit den Stand des Verfahrens, insbesondere die vorläufige Bewertung einzelner Beweiserhebungen oder der durchgeführten Beweisaufnahme und die vorläufige Bewertung einzelner Umstände des Falles in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit den Verfahrensbeteiligten erörtern.*

(2) Auf Antrag des Angeklagten oder seiner Verteidigung ist das Gericht verpflichtet, Erörterungen nach Abs. 1 durchzuführen.[19]

Die vorgeschlagene Formulierung der Norm *verpflichtet* das Gericht nicht, eine *vorläufige Bewertung abzugeben*, wo es zu einer solchen (noch) nicht gelangt ist. Es wird lediglich die Möglichkeit für den Angeklagten oder seine Verteidigung geschaffen, eine Diskussion über die Ergebnisse der Beweiserhebungen zu eröffnen. Das Gericht wird verpflichtet, unter diesen Voraussetzungen *Erörterungen* durchzuführen. In vielen Fällen wird es eigene (vorläufige) Wertungen einbringen. Gezwungen ist es dazu nicht. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit, ihre eigenen Bewertungen dem Gericht zu Gehör zu bringen. Das Recht, Erörterungen zu beantragen, soll jedoch dem Angeklagten oder seiner Verteidigung vorbehalten bleiben, um zu verhindern, dass andere Verfahrensbeteiligte – z.B. Staatsanwaltschaft oder Nebenklage – die Erörterungen dazu herbeiführen, um den Angeklagten unter Druck zu setzen, etwa eine bestreitende Verteidigung aufzugeben.

Die Einschränkung in der geltenden Fassung von § 257b StPO erscheint entbehrlich, wonach Erörterungen nur erfolgen sollen, „soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern“. Hierdurch wird lediglich Selbstverständliches normiert. Überflüssige, aus seiner Sicht dem Verfahren nicht förderliche Erörterungen wird das Gericht ohnehin nicht anstellen. Das wäre auch mit dem Beschleunigungsgrundsatz nicht vereinbar. Im Übrigen wäre die Einschränkung in Hinblick auf den vorgeschlagenen Abs. 2 nicht praktikabel. (Dazu unten).

Die vorgeschlagene Formulierung „Umstände des Falles“ ist aus § 257 c Abs. 3 StPO übernommen.

Wo Transparenz und Verfahrensförderung durch offene Kommunikation gewollt ist, muss sie weitreichend gestaltet werden. Sie kann nicht auf Initiativen des Gerichts beschränkt bleiben. Abs. 2 wird dem praktischen Bedürfnis gerecht, Fragestellungen,

19 Vgl. den ähnlichen Vorschlag von *Wachsmuth,* 202, die überdies eine Erörterung nach § 257b Abs. 1 StPO nur *mit Zustimmung des Angeklagten* zulassen will.

die – möglicherweise nur – aus der Perspektive des Angeklagten oder seiner Verteidigung von Bedeutung sind, frühzeitig mit dem Gericht zu erörtern und aufwendige Beweisaufnahmen zu einem Aspekt zu vermeiden, zu dem eine für den Angeklagten nicht erkennbare einvernehmliche Einschätzung der Sach- und Rechtslage besteht. Auch die Konzentration auf einzelne strittige Punkte der Beweisaufnahme kann durch ein Erörterungsgespräch erreicht werden.

Es liegt auf der Hand, dass die Erörterung der entsprechenden Fragestellungen im Fall des hier vorgeschlagenen Abs. 2 nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass sie „geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern". Gerade die Einschätzung, was der Förderung des Verfahrens dient, kann unter den Verfahrensbeteiligten divergieren, und die Frage, was der Förderung des Verfahrens dienen kann und was nicht, kann – ggf. muss – Gegenstand der Erörterungen sein.

§ 273 Abs. 1 S. 2 StPO, der die Protokollierung von Inhalt und wesentlichem Ablauf von Erörterungen nach § 257 b StPO vorschreibt, muss bestehen bleiben.

3. **Erweiterte Hinweispflichten in § 265 StPO**

Es besteht im Grunde Einigkeit,[20] dass die Hinweispflichten des geltenden § 265 Abs. 1 und 2 StPO, die eine Veränderung der rechtlichen Bewertung der verfahrensgegenständlichen Tat voraussetzen, unzureichend sind, um den eigentlichen Schutzzweck der Vorschrift (nämlich: Sicherstellung einer sachgerechten Verteidigung des Angeklagten) umzusetzen.[21] Wie eine andere rechtliche Subsumtion kann es die Verteidigungsinteressen beeinträchtigen, wenn sich die Sachlage hinsichtlich der tatsächlichen Umstände (etwa – aber nicht nur – hinsichtlich mutmaßlicher Tatzeit, angenommenem Tatort oder möglichem Tatopfer), die den Tatbestand begründen sollen, oder wenn sich die Verfahrenslage geändert hat. Nicht zuletzt angesichts der dem Gericht im Rahmen

---

20 Nachweise auch zur Rechtsprechung etwa bei *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rdn. 73 oder *Radtke*, in: ders./Hohmann, § 265 Rdn. 67. Vgl. auch *Eschelbach in* Beck OK-StPO, Stand 08.09.2014, § 265 Rn. 12 unter Verweis auf *Niemöller,* Die Hinweispflicht des Strafrichters bei Abweichungen vom Tatbild der Anklage 1988, 51 ff und *Gillmeister* StraFo 1997, 8 ff.

21 *Alsberg* (JW 1922, 811) nannte dies bereits *„eine der bedenklichsten Lücken der StPO"*.

seiner Kognitionsmacht (vgl. § 264 StPO) erlaubten Umgestaltung der Strafklage[22] gilt eine Anpassung der die Interessen des Angeklagten in diesem Kontext schützenden Hinweispflicht als dringend geboten. Allerdings bestehen über die Rechtsgrundlage dessen (§ 265 StPO analog? Art. 103 Abs. 1 GG? Art. 6 Abs. 3 Buchst. a und b MRK?) ebenso Uneinigkeit wie über ihre Voraussetzungen, ihren Umfang und die Art und Weise ihrer Erteilung. All das ist *„ist kein akademisches Glasperlenspiel“*,[23] sondern hat wegen der je nach Rechtsgrundlage bestehenden Protokollierungspflicht und wegen der unterschiedlichen Informationswege (förmlich durch den Vorsitzenden oder sachlich durch den Gang der Hauptverhandlung?) mit Blick auf § 274 StPO und auf § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO Konsequenzen für die Beweisbarkeit und den Sachvortrag im Revisions-verfahren. Die Rechtsprechung zeigt sich indes geprägt von einer Kasuistik, die *„klare Leitlinien … vermissen“* lässt[24] und sich dem Vorwurf ausgesetzt sieht, rein ergebnis-bezogen zu bewerten, ob es im Einzelfall eines förmlichen und protokollierungspflich-tigen Hinweises bedurfte oder nicht.

Der hier unterbreitete Vorschlag (s.u.) sieht die Rechtsgrundlage der Hinweispflicht in § 265 StPO verankert – mit den hieraus resultierenden Folgen hinsichtlich Art der Hinweiserteilung und Protokollierungspflicht. Dies ist nicht nur dem Gebot der Transparenz geschuldet. Es soll dem Angeklagten ermöglichen, an der Bewertung und – insbesondere hinsichtlich des oben vorgeschlagenen Sachberichts nach § 243 Abs. 4 Satz 3 StPO-neu – an Bewertungs*änderungen* des Gerichts teilzunehmen und seine Verteidigung darauf einzurichten. Die erweiterte Hinweispflicht dient auch einer effektiven Verteidigung im Revisionsverfahren. Die Verneinung eines protokollierungs-pflichtigen Hinweises bedingt die Nachprüfbarkeit bloß im Freibeweisverfahren, ohne auf die negative Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls vertrauen zu können. Diese Rüge steht strukturell in Widerspruch zum sog. Verbot der Rekonstruktion der

22 Dazu *Radtke* aaO. § 264 Rdn. 71 ff.
23 So zutreffend *Radtke* aaO. § 265 Rdn. 67.
24 So *Radtke* aaO., § 265 Rdn. 123.

Hauptverhandlung und lässt Schwierigkeiten bei der Beweisbarkeit zulasten des Angeklagten ausschlagen.[25]

Aufgegeben werden sollte bei Gelegenheit einer Reform des § 265 StPO auch die bis heute nicht überzeugend begründete Ausnahme von Nebenstrafen und Nebenfolgen von der Hinweispflicht in § 265 Abs. 2 StPO.[26]

Der Gesetzgebungsvorschlag für einen neu gefassten § 265 Abs.2 und 2a StPO-E lautet:

> ***§ 265 StPO-E***
>
> (...)
>
> *(2) Ebenso ist zu verfahren, wenn sich erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung* ***oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge*** *rechtfertigen.*
>
> ***(2a) Dem Angeklagten ist durch das Gericht ein Hinweis zu erteilen, wenn sich die für die rechtliche Bewertung erheblichen tatsächlichen Umstände geändert haben oder wenn das Gericht von einer von ihm offengelegten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Beweislage, insbesondere des Sachberichts nach § 243 Abs. 4 Satz 3 oder einer im Rahmen einer Erörterung nach § 257b Abs.2 mitgeteilten vorläufigen Bewertung, abzuweichen gedenkt. Dem Angeklagten ist Gelegenheit zu gegeben, seine Verteidigung hierauf einzurichten.***

25 Ändern mag sich das bei Einführung einer audio-visuellen Dokumentation der Hauptverhandlung. Damit wäre dann aber auch nur die revisionsrechtliche Problematik – vielleicht - gelöst.

26 In diesem Sinne auch *Stuckenberg* aaO., § 265 Rdn. 72; *Radtke* aaO., § 265 Rdn. 87.

(...)

4. Wortprotokoll. Audiovisuelle Dokumentation

Es wurde schon einleitend ausgeführt, dass eine möglichst genaue und objektive Dokumentation der Hauptverhandlung (auch) bei offener Kommunikation erforderlich ist, namentlich um Kontroversen über die Ergebnisse von Zeugen- oder Sachverständigenvernehmungen beizulegen. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass ein Wortprotokoll im Sinne einer stenografischen Mitschrift nicht ausreicht. Es ist selbst fehleranfällig und steht für die Verfahrensbeteiligten erst mit zeitlichem Verzug zur Verfügung. Eine Protokollierung des Hauptverhandlung muss daher mittels audio-visueller Aufzeichnung erfolgen. Hieran besteht aus Verteidigersicht ein erhebliches Interesse, namentlich in Verfahren mit nur einer Tatsacheninstanz.

Das hat im Wesentlichen zwei Gründe:

a.
(Nicht nur) bei langen Hauptverhandlungen, wie sie häufig vor großen Strafkammern oder vor Strafsenaten der OLGe stattfinden, kommt es immer wieder zu Unsicherheiten und auch zu Kontroversen über die Ergebnisse durchgeführter Beweisaufnahmen, insbesondere von Zeugenvernehmungen. Bei offener Kommunikation über die vorläufige Bewertung der Ergebnisse der Beweisaufnahme wird sich dieses Problem, wie ausgeführt, möglicherweise vermehrt stellen. Solche Kontroversen gefährden die Effektivität des Verfahrens, da sie zu Verzögerungen führen. Auch die Überzeugungskraft der Entscheidung leidet, wenn sie auf zweifelhafter oder auch nur angezweifelter Tatsachengrundlage beruht.

b.
Das Sitzungsprotokoll erweist sich in der Revision gelegentlich als unzureichend für den Nachweis der Einhaltung wesentlicher Förmlichkeiten. Das gilt gleichermaßen für

das Fehlen einer Dokumentation beachteter Förmlichkeiten (z. B. Verlesung der Anklage, Anwesenheit von Verfahrensbeteiligten) wie für die Protokollierung von Vorgängen, die in Wahrheit gar nicht stattgefunden haben. Die Berichtigung des Protokolls erweist sich als fehleranfällig und zeitaufwendig und häufig ist die Erinnerung der für das Protokoll Verantwortlichen entweder unzuverlässig oder nicht mehr vorhanden.

c.

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat den „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik“ vorgelegt[27]. Der Entwurf schlägt sowohl Regelungen für eine audiovisuelle Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren als auch für die – hier allein interessierende – audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung vor.

Bei den insoweit einschlägigen Normen, deren Änderung bzw. Einfügung der Strafrechtsausschuss der BRAK vorschlägt, handelt es sich um die §§ 273, 273 a und 352 Abs. 1 StPO-E. Sie sollen den folgenden Wortlaut erhalten:

§ 273 wird wie folgt geändert:

a) Nach dem Absatz 1a wird folgender Absatz 2 eingefügt:

„(2) Die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht ist unbeschadet des § 271 auf Bild-Tonträger aufzuzeichnen. Die Bild-Ton-Aufzeichnung ist zu den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle mit den Akten aufzubewahren. § 147 ist entsprechend anzuwenden, mit der Maßgabe, dass den zur Akteneinsicht Berechtigten Kopien der Aufzeichnung überlassen werden können. Die Kopien dürfen weder vervielfältigt noch weitergegeben werden.“

27 BRAK-Stellungnahme in RS-Nr.. 1/2010. An der Erarbeitung des Entwurfs hat Verf., ständiger Gast des Strafrechtsausschusses der BRAK, als Berichterstatter mitgewirkt.

b) Die bisherigen Absätze 2 bis 4 werden Absätze 3 bis 5.

Nach § 273 wird folgender § 273a eingefügt:

„§ 273a

Unrichtigkeiten des Protokolls können nach Anhörung der Beteiligten berichtigt werden. Der Nachweis der Unrichtigkeit kann auch durch die Bild-Ton-Aufzeichnung geführt werden. Die Berichtigung ist mit Gründen zu versehen und wird auf dem Protokoll vermerkt. Der Vermerk ist zu unterschreiben; § 271 gilt entsprechend.“

Dem § 352 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Die Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung nach § 273 Abs. 2 kann nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden.“[28]

Zur Begründung der Notwendigkeit wird u. a. ausgeführt:

„ Die Beweiskraft des schriftlichen Hauptverhandlungsprotokolls entsprach zur„Postkutschenzeit“ dem damaligen Stand der Dokumentationstechnik. Das Protokoll war noch kurz, weil die Hauptverhandlungen kaum länger als einen Tag dauerten und nur wenige Förmlichkeiten zu beachten waren. Das schriftliche Protokoll konnte unter diesen Voraussetzungen den Gang der Hauptverhandlung noch zuverlässig dokumentieren. Heute dauern die erstinstanzlichen tatrichterlichen Hauptverhandlungen vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht oft zahlreiche Tage und auch dieVerfahrensvorgänge sind komplexer. Das hat zur Folge, dass das oftmals viele Seitenumfassende schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll fehleranfällig ist, ja fast sein muss (vgl. nur BGHSt 51, 88; BGH NJW 2006,

28 BRAK-Stellungnahme, 10 f.

3582). Hinzu kommt, dass nach der Rechtsprechung zunehmend mehr Förmlichkeiten protokolliert werden müssen, genannt seien nur die Hinweispflichten. Eine gesetzliche Protokollierungspflicht besteht nunmehr auch für die näheren UmstŠnde einer Verständigung im Strafverfahren (vgl. § 273 Abs. 1Satz 2, Abs. 1 a StPO); sie unterliegen der revisionsgerichtlichen Kontrolle. Die von der Rechtsprechung entwickelte Möglichkeit der Protokollberichtigung ist nichtgeeignet, das Problem der Fehleranfälligkeit zu lösen, weil sie ihrerseits zahlreichen Fehlern zugänglich ist. Überdies bringt sie häufig zeitaufwändige Erhebungen und ggf. Auseinandersetzungen zwischen den Verfahrensbeteiligten mit sich, neuerdings auch noch im Revisionsverfahren nach erhobenen Verfahrensrügen (vgl. BGHSt 51, 298).“[29]

d.

Der Entwurf liefert ein in einiger Hinsicht geeignetes Modell zur Lösung der eingangs genannten Probleme:

Die Berichtigung eines unrichtigen Protokolls kann durch Rückgriff auf die audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung erfolgen, die hohe Richtigkeitsgewähr biete.

Bei Unsicherheiten oder Meinungsverschiedenheiten über Ergebnisse der Beweisaufnahme kann *innerhalb* der Hauptverhandlung auf die Aufzeichnung zurückgegriffen werden, die eine zuverlässige Dokumentation bietet. Das zeigen auch Erfahrungen mit audiovisuellen Aufzeichnungen von Hauptverhandlungen in anderen Rechtssystemen. Ich habe vor Kurzem darüber mit dem deutschen Richter am ICTY, Christoph *Flügge,* gesprochen. Er berichtete mir, er sei vor seiner Tätigkeit als Richter an diesem Gerichtshof ein entschiedener Gegner der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung gewesen. Seine praktischen Erfahrungen mit solchen Aufzeichnungen hätten ihn aber inzwischen zu einem ebenso entschiedenen Befürworter gemacht. Das Gericht würde bei internen Differenzen über die Ergebnisse

29 BRAK-Stellungnahme, 14 f.

der Beweisaufnahme immer wieder auf die Aufzeichnung der Zeugenvernehmungen zurückgreifen und dabei die Feststellung machen, dass die Wahrnehmung dessen, was Zeugen bekundet haben und was nicht, auch bei erfahrenen Richtern fehleranfällig sei. Die Aufzeichnung erlaube es, solche Fehler zu korrigieren.

Probleme können sich allerdings in der Revision ergeben, soweit der Versuch unternommen wird, mit Hilfe der Dokumentation die Tatsachenfeststellungen des Urteils anzugreifen. Der Entwurf will das ausschließen durch die oben zitierte Formulierung des § 352 StPO-E. Die gelegentlich zu hörende Befürchtung, dass sich durch die audiovisuelle Aufzeichnung und die damit geschaffene „Rekonstruierbarkeit" von einzelnen Hauptverhandlungsinhalten auch der Charakter der Revision ändern könnte, dürfte mit der ausdrücklichen Begrenzung auf die Überprüfung von Verfahrensrügen eingegrenzt sein.

Zwar kann von dem allseitigen Wissen um die Existenz der Video-Dokumente eine Versuchung zur Lockerung des „Rekonstruktionsverbots" ausgehen[30]. Dem dürfte aber die Aussicht entgegenstehen, dass künftig auch viele Behauptungen über Diskrepanzen oder fehlende Übereinstimmungen zwischen dem Urteilsinhalt und den Ergebnissen der Beweisaufnahme (§ 261 StPO) nicht mehr aufgestellt werden, weil auch das Wissen um die Widerlegbarkeit auf alle Beteiligten disziplinierend wirken wird.

Das verbleibende „Restrisiko", dass doch die Zahl der Bezugnahmen auf das Videodokument in Revisionsbegründungen ansteigen könnte, sollte in zweierlei Weise begrenzt werden:

- Es ist davon auszugehen, dass die revisionsgerichtliche Rechtsprechung zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen entsprechender Rügen die Obliegenheit zählen wird, auch die Negativaussage aufzustellen, dass sich der betreffende Vorgang im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung nicht in anderer Weise geklärt hat.

30 Dem durch die Aufzeichnung auch *faktisch* zum großen Teil die Grundlage entzogen würde.

- Es sollte mit der Gesetzesänderung zur besseren (audiovisuellen) Dokumentation der Hauptverhandlung bei entsprechenden Rügen auch die Gegenerklärung nach § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO in der Weise aufgewertet werden, dass sich das Revisionsgericht nur mit den in der Revisionsbegründung und der Gegenerklärung mitgeteilten Verfahrenstatsachen zu befassen hat und dass die genauen Fundstellen zum Zwecke der begrenzten Nachprüfung mitzuteilen sind. Bei dieser Gelegenheit sollte auch die selten eingehaltene Frist zur Gegenerklärung der Urteilsabsetzungsfrist des § 275 StPO angepasst werden - ebenso wie die Revisionsbegründungsfrist.

e.
Zwei weitere Gesichtspunkte, die einer audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung entgegenstehen könnten, sind zu diskutieren:

- Es wird die Befürchtung eingewandt, Zeuginnen und Zeugen, aber auch Angeklagte könnten in ihrer Aussagebereitschaft durch das Vorhandensein von Aufzeichnungsgeräten bzw. den Hinweis, dass ihre Aussage audiovisuell dokumentiert wird, gehemmt werden. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Zum einen ist – insbesondere in alten Gerichtssälen – die gesamte Kulisse, in der sich der Zeuge bei seiner Aussage wiederfindet, darauf angelegt, ihn einzuschüchtern – sei es durch eine imposante, gelegentlich furchteinflößende Gerichtsarchitektur, sei es durch den Umstand, dass Richter und weitere Verfahrensbeteiligte (Staatsanwälte, Rechtsanwälte) wie Priester gewandet um ihn herumsitzen und auf ihn einreden. Überdies gehen die meisten Zeugen, wie die Erfahrung zeigt, davon aus, dass ihre Aussage von einem oder einer Protokollführer/in wörtlich mitgeschrieben werde, wie sie es aus amerikanischen Gerichtsfilmen kennen. Verbleibende Hemmungen können durch die Aufklärung des Zeugen darüber beseitigt werden, dass die Aufzeichnung auch seinem eigenen Interesse dient, u.U. auftretende Missverständnisse auszuräumen. Hinzu kommt, dass in spektakulären Verfahren sich Zeuginnen und Zeugen einem *präsenten* Publikum ausgesetzt finden, dessen Anwesenheit einen wesentlich einschüchterenden Eindruck hinterlässt als das anonyme technische Aufzeichnungsgerät.

- Zu berücksichtigen ist auch, dass durch die audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Richterinnen und Richter sowie der übrigen Verfahrensbeteiligten und auch der Zeuginnen und Zeugen sowie Sachverständigen, die gehört werden, eingegriffen wird.

Hier ist zu differenzieren zwischen den amtlich bzw. professionell Verfahrensbeteiligten (Berufsrichterinnen und -richter, Schöffinnen und Schöffen, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in verschiedenen Funktionen) und Angeklagten, Nebenkläger(innen), Zeuginnen und Zeugen, Sachverständigen auf der anderen Seite.

Zu den professionell Beteiligten hat das Bundesverfassungsgericht[31] bereits entschieden, dass Personen, die infolge ihres öffentlichen Amtes und in anderer Position als Organe der Rechtspflege im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehen, nicht in gleichem Maße Anspruch auf Schutz ihrer Privatsphäre haben, wie eine von dem Verfahren betroffene Privatperson[32]. Was für eine *Veröffentlichung* in Bezug auf die Privatsphäre gilt, muss erst recht für eine lediglich die Sozialsphäre tangierende Aufzeichnung gelten, deren Veröffentlichung nicht vorgesehen ist, wie es bei der av-Aufzeichnung der Fall ist.

f.
Bei den Zeugen, die nicht in amtlicher Eigenschaft vor Gericht auftreten, und auch beim Angeklagten sind andere Gesichtspunkte in die Abwägung einzustellen.

Der Schutz der von Bild- und Tonaufzeichnungen betroffenen Beschuldigten und Zeugen hat die Expertenkommission bereits bei der (noch nicht abgeschlossenen) Erörterung einer audio-visuellen Dokumentation *im Ermittlungsverfahren* beschäftigt. Frau Prof. Dr. *Swoboda* ist in ihrem Gutachten hierauf ausführlich eingegangen und hat diesen Eingriff nur dort als legitimiert angesehen, wo entweder das häufige Auftreten von Vernehmungs- und Wiedergabefehlern empirisch belegt (sog.

31 NJW 2008, 977, 979.
32 BVerfGE 119, 302, 329; NJW 2008, 977, 979.

Erfahrungsargument) oder künftig mit häufigerem Auftreten von Fehlern, Missverständnissen und unklaren Aussagegeneseprozessen bei Vernehmungen zu rechnen sei (sog. *Prognoseargument*, auch unter europarechtlichen Gesichtspunkten). Dabei hält sie das Prognoseargument insbesondere in Hinblick auf die zu erwartende Umsetzung der Europäischen Ermittlungsanordnung und der Etablierung einer Europäischen Staatsanwaltschaft für „besonders wirkmächtig".[33]

Hinsichtlich des „*Prognoseargument*s" gibt es naturgemäß unterschiedliche Sichtweisen auf Richter- und auf Verteidigerseite. In vielen Verfahren werden die Inhalte von Zeugenaussagen von Richtern und Verteidigern unterschiedlich aufgenommen. In Verteidigungshandbüchern finden sich Empfehlungen zur „Festschreibung von Beweisergebnissen" um der Gefahr von Entstellungen zu steuern.[34] Auch geben Verteidiger den Angeklagten häufig die Empfehlung, für den Fall, dass sie sich einlassen wollen, eine schriftliche Erklärung zu verlesen oder durch den Verteidiger verlesen sowie zu Protokoll reichen zu lassen, um eine ihrem Inhalt nicht entsprechenden Wiedergabe in den Urteilsgründen zu verhindern. Was immer der Nutzen solcher Empfehlungen sein mag, die Erfahrung, dass sich in den Urteilsgründen nicht selten aus Verteidigersicht verzerrte Wiedergaben von Zeugen- und Angeklagtenaussagen finden, teile ich.

Das Problem einer europaweiten Verkehrsfähigkeit von Zeugen- und Beschuldigtenaussagen stellt sich in der Hauptverhandlung dagegen allenfalls eingeschränkt. Hier sind dagegen andere Gesichtspunkte zu beachten, die ich im Folgenden zusammen zu fassen versuche:

- Bei Zeuginnen und Zeugen wird – anders als bei den amtlich bzw. professionell Verfahrensbeteiligten - durch ihre Aussage – insbesondere bei mutmaßlichen Opfern von Straftaten – auch ihre Privatsphäre tangiert sein. Erst Recht gilt das für den

33 Gutachten *Swoboda*, S. 5 ff.

34 Vgl. etwa das so überschriebene Kapitel von *Widmaier/Norouzi* im MAH Strafverteidigung, 2014, § 9 Rn. 104, wo es einleitend heisst: *„Hier geht es um den Bereich, in dem sich die Verteidiger in besonderer Weise der unkontrollierten (Eigen-)Macht des Gerichts ausgesetzt fühlen. Immer wieder begegnet man der Klage, dass die schriftlichen Urteilsgründe den wirklichen Inhalt der Hauptverhandlung unvollständig und verzerrt, manchmal unmittelbar falsch wiedergeben (zusammengefasst in dem Satz: „Ich glaube, ich war in einem anderen Film"".*

Angeklagten. Auf der anderen Seite ist das öffentliche Interesse an der Erforschung des wahren Sachverhalts und einer richtigen Entscheidung zu sehen. Die Fehleranfälligkeit der Wahrnehmung der Zeugenaussage und auch der Einlassung des Angeklagten durch das Gericht in der Hauptverhandlung kann überdies größer sein als bei einer Vernehmung im Ermittlungsverfahren. Denn während der im Ermittlungsverfahren vernehmende Ermittlungsbeamte, Staatsanwalt oder Ermittlungsrichter lediglich die Aussage zu dokumentieren hat, ist der in der Hauptverhandlung den Angeklagten anhörende und die Zeugen vernehmende oder der dem beiwohnende Richter zugleich Entscheider und dadurch geneigt, ihren (vermeintlichen) Inhalt in ein sich dynamisch entwickelndes Entscheidungsgebäude einzufügen, das sich gelegentlich als Prokustesbett erweist. Weiter hat die Aussage in der Hauptverhandlung für die Entscheidung größeres Gewicht. Denn nur auf sie, nicht auf den Inhalt der Aussage im Ermittlungsverfahren darf die Entscheidung gestützt werden (§ 261 StPO). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen in der Hauptverhandlung ebenso wie die Einlassung des Angeklagten in der Regel in öffentlicher Sitzung stattfinden, so dass der durch die Aufzeichnung erfolgende zusätzliche Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Angeklagten und Zeugen geringer ist als in den Fällen, in denen die Vernehmung in einem vor den Blicken der Öffentlichkeit abgeschirmten Vernehmungszimmer stattfindet. Bei dem Angeklagten kommt dessen Interesse hinzu, gegen Missverständnisse oder Entstellungen seiner Angaben, aber auch derjenigen von Zeugen und Sachverständigen durch deren Rekonstruktion zumindest innerhalb der Hauptverhandlung geschützt zu werden.

All dies rechtfertigt es, das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Angeklagten, Zeugen und Sachverständigen hinter dem öffentlichen Interesse an objektiver Sachverhaltsaufklärung und an einer gerechten Entscheidung zurücktreten zu lassen.

g.

Mit der Einführung der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung kann der Gesetzgeber auch den in letzter Zeit wieder verstärkt erhobenen Forderung nach Lockerung des § 169 S. 2 GVG insoweit entgegenkommen, soweit dort als Argument

geltend gemacht wird, dass bei historisch und politisch bedeutsamen Prozessen ein Bedürfnis bestehe, der künftigen Forschung authentisches Material an die Hand zu geben. Weil es nicht zu verantworten wäre, diese Aufgabe den freien Medien als Reflexwirkung auf „Court TV“ zu überlassen, sollte auch diese Funktion des audiovisuellen Protokolls genutzt werden. Zur Wahrung der von strafprozessualen Hauptverhandlungen betroffenen Persönlichkeitsrechte sollte das amtliche Videodokument bis zum Abschluss des Verfahrens ausschließlich den akteneinsichtsberechtigten Verfahrensbeteiligten zur Verfügung stehen. Danach muss es innerhalb einer gesetzlich zu bestimmenden Frist (auch für eventuelle Wiederaufnahmeverfahren) aufbewahrt unter Verschluss gehalten werden. Nach Ablauf der Frist sollten die Regeln der Archivgesetze gelten, die auch die Öffnung für Forschungszwecke regeln.

II.
Tat – oder Schuldinterlokut. Formelle Zweiteilung der Hauptverhandlung

Beim Tat- oder Schuldinterlokut handelt es sich um ein besonders formalisiertes Modell offener Kommunikation durch eine zweigeteilte Hauptverhandlung. Beim sog. *Tat*interlokut erfolgt die Zweiteilung in eine Beweisaufnahme, in der es (nahezu) ausschließlich um die Frage geht, ob der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat begangen hat. Kommt das Gericht am Ende dieses Teils zu dem Ergebnis, dass der Angeklagte nicht verurteilt werden kann, endet das Verfahren mit einem auf Freispruch oder Einstellung lautenden Urteil. Sonst erlässt das Gericht im Beschlusswege einen sog. Zwischenentscheid, der nicht isoliert anfechtbar ist. Die enthaltenen tatsächlichen Feststellungen können – bei konsequenter Umsetzung des Modells - im weiteren Verfahren nicht durch Beweisanträge angegriffen werden . Im zweiten Teil, der sog. Rechtsfolgenverhandlung, geht es, um die Frage, welche Sanktionen oder Maßregeln als Reaktion auf die festgestellte Tat notwendig sind. Das *Schuld*interlokut unterscheidet sich vom *Tat*interlokut dadurch, dass es auch Fragen der Schuld*fähigkei*t im ersten Teil

der zweigeteilten Hauptverhandkung für erörterungsfähig und (soweit der Sachverhalt dazu Anlass gibt) auch -bedürftig hält.[35]

1. Historisches

Die RStPO kannte in den §§ 276 ff. i.V.m §§ 79 ff. GVG ein Schuldinterkolut im Verfahren vor den (durch die Emminger-Reform 1924 abgeschafften) Schwurgerichten, die als Geschworenengerichte tagten. In ihnen entschieden die Geschworenen über die Schuldfrage, die Berufsrichter über die Strafe[36]. Das JGG enthält noch heute Elemente einer Zweiteilung in Schuldfeststellung und Sanktionsentscheidung, z.B. in §§ 27, 30, 62 JGG.

Die Diskussion über eine formelle Zweiteilung der Hauptverhandlung[37] wurde in der Bundesrepublik seit Ende der 60er bis in die 90er Jahre hinein mit großer Intensität und weit verbreitetem Zuspruch für ein solches Verfahrensmodell geführt. Eine Vielzahl von Wissenschaftlern sprach sich dafür aus.[38] Berufsverbände von Richtern, Staatsanwälten und Rechtsanwälten befürworteten es.[39] Es wurden praktische Erprobungen durchgeführt und wissenschaftlich – mit ermutigenden Ergebnissen – ausgewertet.[40] Das wohl konsequenteste Modell eines *Tat*interlokuts haben die sog. Alternativprofessoren 1985 in ihrem „Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozessordnung. Reform der Hauptverhandlung“ vorgelegt. Es sieht eine strikte

35 Vgl. zu diesem Modell u.a. *Dahs* sen., NJW 1970, 1705 ff., und Arbeitskreis AE, Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozeßordnung. Reform der Hauptverhandlung, 1985, (im Folgenden Alternativ-E), jeweils mit weiteren Nachw..

36 § 81 GVG a.F. : „Die Schwurgerichte bestehen aus drei richterlichen Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden und aus zwölf zur Entscheidung der Schuldfrage berufenen Geschworenen.“

37 Auch ein *informelles* Schuldinterlokut auf der Grundlage der geltenden StPO wurde vorgeschlagen, z.B. von *Kleinknecht* in dessen Kommentierung zur StPO, 29. A., § 243 Rn. 5.; grds. befürwortend auch *Meyer-Goßner*, StPO, 57.A., § 258 Rn. 17.

38 Vgl. die Nachweise bei *Dahs* sen., Fn.3 und Arbeitskreis AE, 53.

39 Die Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes 1975, die ständige Strafrechtskommission der Fachgruppe Richter und Staatsanwälte in der ÖTV 1975, hier zit. n. Arbeitskreis AE; Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Rundschreiben Nr. 37/67 v. 10.7.1967, zit.n. *Dahs* sen. Fn. 4.

40 Vgl. dazu die Untersuchungen von *Dölling*, Die Zweiteilung der Hauptverhandlung, Eine Erprobung vor Einzelrichtern und Schöffengerichten, 1978; *Schöch/Schreiber,* Ist die Zweiteilung der Hauptverhandlung praktikabel? Erfahrungen mit der Erprobung eines informellen Schuldinterlokuts, ZRP 1978, 63 ff.; *Schunck,* Die Zweiteilung der Hauptverhandlung. Die Erprobung des informellen Tatinterlokuts bei Strafkammern, 1982; vgl. auch zu den Ergebnissen der Untersuchungen Alternativ-E, 57 f.

Trennung zwischen der Verhandlung über die sog. Tatfeststellung (Tatverhandlung) und der Verhandlung über die Rechtsfolge (Rechtsfolgenverhandlung; vgl. § 239 Abs.1 StPO-AE) vor. Nur ausnahmsweise, „soweit es zur Feststellung der Tatbegehung unerlässlich ist, beschließt das Gericht, dass Tatsachen, die Schuldfähigkeit (§ 20 Strafgesetzbuch), die verminderte Schuldfähigkeit (§ 21 Strafgesetzbuch) oder persönliche und soziale Verhältnisse des Angeklagten betreffen, in die Tatverhandlung einzubeziehen.“[41] Unter den gleichen engen Voraussetzungen sollte auch der modus operandi früherer Taten des Angeklagten zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden dürfen.[42]

Der nach der Tatverhandlung (soweit sie nicht zu Freispruch oder Einstellung führt) ergehende Zwischenbescheid (§ 240 StPO-AE) sollte weitreichende Bindungswirkung entfalten. „Beweisanträge, die sich gegen die dem Zwischenbescheid zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen richten, sind unzulässig“, hieß es in § 240 Abs.1 des Entwurfs, wovon Abs.2 und 3 nur in engen Voraussetzungen Ausnahmen zugunsten und zuungunsten des Angeklagten zulassen wollten.[43]

Der Gesetzgeber hat die Vorschläge, die die breit geführte Diskussion hervorgebracht hat, bislang nicht aufgenommen. *Dahs* erklärt das (in Hinblick auf das StPÄG 1964, in das das Schuldinterlokut habe aufgenommen werden sollen) damit, das „übergroße Programm der Novelle (habe) eine weitere Belastung damals nicht vertragen“ können.[44]

Im Lehrbuch zum Strafverfahrensrecht von *Roxin* wird noch in dessen 25. Auflage (1998) die Auffassung vertreten, eine Zweiteilung der Hauptverhandlung sei „im Prinzip dringend zu befürworten“.[45] Das wird zum Einen mit der zu vermeidenden Bloßstellung des Angeklagten begründet, die durch seine Persönlichkeit betreffende Ermittlungen in der öffentlichen Hauptverhandlung eintritt, bevor seine Schuld

41 § 239 Abs.2 S.1 StPO-E
42 § 239 Abs.2 S.2 StPO-E
43 Alternativ-E 63 ff.
44 *Dahs* sen., NJW 1970, 1705. Lediglich der „Vertreter der Anwaltschaft“ in der Anhörung im Rechtsausschuss habe das Thema dort „zur Sprache bringen“ können. Der Ausschuss habe jedoch entschieden, „dass die Zeit für die Einführung des Schuldinterlokuts noch nicht gekommen sei“. (unter Verw. Auf BT-Drucks. IV/1020, 6) *Dahs* fährt fort: „Diese ist jetzt gekommen.“
45 *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25.A., 1998, § 42 Rz. 60.

erwiesen ist. Hierdurch könne auch der Richter „in der Schuldfrage befangen“ gemacht werden. Zum anderen mache die erwünschte Hinwendung zu einem konsequenten Resozialisierungsstrafvollzug und zu sozialtherapeutischen Maßnahmen es erforderlich, der Rechtsfolgenentscheidung einen eigenen Verfahrensabschnitt zu widmen. Seit der 26. Auflage, die von *Schünemann* mitverantwortet wird, ist diese Auffassung aufgegeben und der Ansicht gewichen, das Scheitern des spezialpräventiven Strafvollzugs, die (Rückkehr zu) Tatproportionalität und Rückfallverschärfung als zentralen Zumessungsparametern sowie die epidemische Verbreitung der Urteilsabsprachen hätten das Schuldinterlokut bedeutungslos werden lassen.[46]

Der deutsche Anwaltverein hat das Schuldinterlokut in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (Stand: 18.05.2006)[47] als ein Gegenmodell zum Entwurf des Verständigungsgesetzes wieder in die Diskussion gebracht. Das ist mit der Überlegung geschehen, hierdurch könne sich das unheilvolle Junktim zwischen Kommunikation über die Schuldfrage und Vorbereitung des Rechtsfolgenausspruchs auflösen lassen.[48]

---

46 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26.A., 2009, § 44 Rn. 62 f..

47 Stellungnahme Nr. 46/2006.

48 Danach sollte § 257 StPO-E die folgenden Abs.3 bis 5 erhalten:

„(3)Erklären der Angeklagte, seine Verteidigung und die Staatsanwaltschaft übereinstimmend, dass nach ihrer Beurteilung aufgrund der Beweislage ein Schuldspruch sachgerecht und eine weitere Beweiserhebung dazu unter Beachtung des § 244 nicht erforderlich ist, so teilt das Gericht nach Beratung durch Beschluss mit, ob es diese Einschätzung teilt und wie gegebenenfalls der Schuldspruch lauten wird (Schuldinterlokut).

(4) Enthält der Beschluss gemäß Abs. 3 die Mitteilung, dass das Gericht bei vorläufiger Bewertung der bisher durchgeführten Beweisaufnahme beabsichtigt, den Angeklagten schuldig zu sprechen, erhalten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme über den noch bestehenden Beweisbedarf zu Fragen des Rechtsfolgenausspruchs. Hierbei können auch die gegenseitigen Zielvorstellungen über angemessene Sanktionen erörtert werden. Der Vorsitzende leitet das Rechtsgespräch und gibt – nach Beratung - die vorläufige Bewertung des Gerichts bekannt. Die Mitteilung ergeht durch Beschluss und soll unter Bezeichnung der noch beabsichtigten Klärung von Strafzumessungstatsachen eine Obergrenze der zu verhängenden Strafe enthalten. Das Gericht kann auch eine Strafuntergrenze benennen. An diese Grenzen ist das Gericht, außer in den Fällen des Abs. 5 bei der Urteilsfindung gebunden.

(5) Treten im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung neue Beweismittel oder Tatsachen hervor, die dem Beschluss nach Abs. 3 zwingend entgegenstehen, bleiben alle im Rahmen des Rechtsgespräch abgegebenen Erklärungen der Verfahrensbeteiligten und Mitteilungen des Gerichts bei der Urteilsfindung unberücksichtigt. Dies ist nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten durch Beschluss des Gerichts vor dem Schluss der Beweisaufnahme festzustellen. Dasselbe gilt, wenn das Gericht erkennt, dass dem von ihm mitgeteilten Sanktionsrahmen zwingende Rechtsgründe entgegenstehen.“

Erneut ist der Gedanke einer Zweiteilung der Hauptverhandlung durch den DAV in Zusammenhang mit seinem Vorschlag für eine Reform der Tötungsdeliktsnormen aufgegriffen worden.[49]

Hier ergibt sich die Notwendigkeit der Einführung einer Zweiteilung der Hauptverhandlung bei Tötungsvorwürfen aus dem im DAV-Vorschlag enthaltenen weiten Strafrahmen von 5 Jahren bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe, der eine besonders sorgfältige Strafzumessung(sverhandlung) notwendig macht. Ein konkreter Gesetzesvorschlag ist hierzu bislang nicht unterbreitet worden.

Aus den Diskussionen, die im Strafrechtsausschuss des DAV in Hinblick auf die Befassung der Expertenkommission mit der Idee eines Tat- oder Schuldinterlokuts geführt wurden, ist der Vorschlag einer Ergänzung von § 257 StPO hervorgegangen, der sich an den in der Stellungnahme Nr. 46/2006 enthaltene Vorschlag anlehnt, jedoch befreit ist vom „Verständigungsbalast“. Es handelt sich um ein im Verhältnis zum Vorschlag der Alternativ-Professoren eher „weiches“ Modell, das weder eine strikte Zweiteilung in Verhandlungen (allein) zur Tatfrage und – soweit notwendig – zur Rechtsfolgenfrage vorsieht noch eine Bindungswirkung des Schuldinterlokuts. Der Vorschlag ist noch nicht zu Ende diskutiert, so dass ich von einer Wiedergabe absehe. Im Rahmen einer Stellungnahme aus „Praktikersicht“ ist die Vorstellung eines abgeschlossenen Regelungsmodells nicht möglich.

2. Eigene Anmerkungen

Zu dem Gedanken einer Zweiteilung der Hauptverhandlung durch ein Tat- oder Schuldinterlokut ist aus meiner Sicht folgendes anzumerken:

Für ein solches Modell offener Kommunikation – ggf. verbunden mit den oben referierten Vorschlägen zur Normierung eines transparenteren Verfahrensmodells – spricht vieles. Einige Argumente sind bereits in Zusammenhang mit der Darstellung der Diskussion seit den 60er Jahren dargestellt worden.

49 Stellungnahme Nr. 01/2014.

a. Ausweg aus dem „Antragsdilemma“?

Aus Verteidigersicht verspricht das Modell einen Ausweg aus dem (von *Dahs* sen. a.a.O. sog.) „Antragsdilemma“. Es stellt sich dort, wo der Angeklagte eine Freispruchsverteidigung führt, die in aller Regel zum weitgehenden Verzicht auf den Vortrag von Strafzumessungsargumenten und deren Unterstützung durch Beweisanträge geführt wird, ja gelegentlich geführt werden muss, um nicht der „Haupt“richtung der Verteidigung durch „Hilfs“vorbringen und -beweisanträge die Spitze abzubrechen. Zwar ist auch nach einem Tat- oder Schuldinterlokut zu seinen Lasten der Angeklagte nicht gehindert, die erhobenen Vorwürfe weiter zu bestreiten und – je nach Reichweite der Bindungswirkung einer formellen oder informellen Zwischenentscheidung – sich in diese Richtung weiter zu verteidigen. Es wird aber auch in solchen Fällen leichter fallen, sich – sei es auch hilfsweise – auf eine Erörterung von Rechtsfolgengesichtspunkten einzulassen. In vielen Fällen ist auch davon auszugehen, dass der Angeklagte in Ansehung einer den Anklagevorwurf bestätigenden Entscheidung seine Freispruchverteidigung als gescheitert ansehen und auf eine Strafzumessungsverteidigung „umschwenken“ wird.[50]

b. Gründe für eine Abkehr von der Idee einer Zweiteilung?

Die von *Schünemann*[51] vorgebrachte Erklärung für die in den letzten Jahren eingetretene Rezession des Interesses an einer Zweiteilung der Hauptverhandlung sprechen nicht gegen deren Berechtigung. Zwar trifft es zu, dass der Verhandlung über die Strafzumessung in vielen Verfahren – das ist jedenfalls mein Eindruck aus (Verteidigungs-)“Praktikersicht“ - wenig Bedeutung beigemessen wird und sich in den Urteilen dazu nicht selten textbausteinartige Wendungen (*„nach nochmaliger Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechende Umstände hält die Kammer eine Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von …. für angemessen.“*) finden. Das spricht aber

50 Zum „Verteidigungsdilemma“ des Angeklagten und zum „Antragsdilemma“ der Verteidigung vgl. auch *Dahs* sen., NJW 1970, 1707 f.; vgl. auch *König*, MAH Strafverteidigung, 2.A., 2014, § 8 Plädoyer Rn. 58 – 61.

51 Vgl. Fußnote 46.

nicht gegen eine Zweiteilung der Hauptverhandlung sondern eher dafür, um der Erörterung der Rechtsfolgen der Tat den Raum zu geben, den sie nach der Vorstellung des Gesetzes haben muss. Jedenfalls dort muss das gelten, wo erhebliche Strafzumessungsspielräume offen stehen (z.B. bei §§ 249 Abs.1 und 252 StGB: ein Jahr bis fünfzehn Jahre).

c. Zusätzlicher Aufwand?

Bedenken, die bei der Zweiteilung der Hauptverhandlung erheblichen zusätzlichen Zeit-, Kosten- und Organisationsaufwand durch u.U. erforderliche mehrfache Vernehmung von Zeugen sehen, sind nicht stichhaltig. Zum einen hat die Erprobung eines informellen Schuldinterlokuts in der von *Schunck* ausgewerteten Studie zumindest bei Verhandlungen vor Strafkammern keine Verzögerungen mit sich gebracht.[52] Zum anderen hängt das davon ab, wie konsequent (oder radikal) die Zweiteilung durchgeführt wird. Es spricht aus meiner Sicht nichts dagegen, auch im ersten Teil der Hauptverhandlung zur Tatfrage geladene Zeugen z.B. danach zu befragen, ob der von ihnen beobachtete Angeklagte Anzeichen einer Beeinträchtigung seiner Schuldfähigkeit aufwies. Eine zweimalige Vernehmung der gleichen Zeugen – einmal zur Tat- und dann ggf. noch zur Schuldfrage – ist lediglich bei einer so konsequenten Umsetzung des Zweiteilungsgedankens notwendig, wie sie der Alternativ-E enthält. Ich halte ein „weicheres“ Modell für vorzugswürdig.[53]

Es ist also – auch jenseits der Diskussion über die Reform der Tötungsdeliktsnormen – lohnenswert, die brachliegende, jedoch nicht beendete Diskussion über ein Tat- oder Schuldinterlokut wieder aufzunehmen und ggf. zu einem Gesetzgebungsvorschlag zu führen. Auch hierdurch lässt sich eine Effektivierung des Verfahrens durch Konzentration auf das Wesentliche und insbesondere durch das Herbeiführen gerechterer Entscheidungen erreichen.

52 *Schunck* (Fn.40), 230, 240, zit. n. Alternativ-E, 57.

53 *Dahs* (NJW 1970, 1709) schlägt im zweiten Verhandlungsteil eine „begrenzte Zulassung des Freibeweises“ bei der Ermittlung von Strafzumessungstatsachen vor. Solange das auf die den Angeklagten entlastenden beschränkt bleibt, scheint mir auch diese Überlegung diskutabel.

Dr. Matthias Krauß
Bundesanwalt b. BGH

Expertenkommission des BMJV zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Vierte Sitzung am 12./13. Januar 2015

Die Videodokumentation der Hauptverhandlung

Das Gutachten beleuchtet die Frage, ob durch eine Videodokumentation der Hauptverhandlung eine höhere Transparenz zwischen den Verfahrensbeteiligten geschaffen und dadurch ein Beitrag zu einem effektiveren und praxistauglicheren Strafverfahren geleistet werden kann. Nach einem Überblick über die gegenwärtige Rechtslage (I.) werden die vielfach vor allem von Verteidigerseite geäußerten Defizite des Status quo (II.) und die hieraus resultierenden Forderungen nach einer effizienteren Dokumentation (III.) dargestellt, insbesondere der Gesetzentwurf der BRAK zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik aus dem Jahr 2010. Im vierten Abschnitt werden die Auswirkungen einer Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung unter verschiedenen Einzelaspekten bewertet.

I. Dokumentation der Hauptverhandlung nach gegenwärtiger Rechtslage

1. Das Verlaufsprotokoll gem. § 273 Abs. 1 StPO

Die Dokumentation der Hauptverhandlung ist im Wesentlichen in §§ 271-274 StPO geregelt. Gemäß § 271 StPO ist über die Hauptverhandlung ein schriftliches Protokoll aufzunehmen. Dieses muss nach Maßgabe der §§ 272, 273 StPO den Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung im Wesentlichen wiedergeben und die Beachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich machen. Zweck des Protokolls ist somit, die Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens zu belegen, um im Revisionsverfahren die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit des Gangs der Hauptverhandlung überprüfen zu können. Das Hauptverhandlungsprotokoll stellt mithin keine vollständige Dokumentation der Hauptverhandlung und der erhobenen Beweise dar. Zur Vermeidung schwieriger und oftmals fruchtloser Beweiserhebungen in den höheren Instanzen über die Verfahrensvorgänge in den Vor-

gängerinstanzen und darauf zielender Verfahrensrügen schränkt § 274 StPO in den dort genannten Grenzen zudem den Freibeweis und die freie Beweiswürdigung bei der Behauptung von Verfahrensmängeln ein und macht stattdessen die formelle Wahrheit des Protokolls verbindlich.[1] Mit dieser Entscheidung des Gesetzgebers für ein grundsätzliches Verbot aller Beweismittel außer dem Hauptverhandlungsprotokoll hinsichtlich des Nachweises der Verletzung von Verfahrensförmlichkeiten geht zwangsläufig eine „Entfernung von der materiellen Wahrheit“[2] einher, die wie bei weiteren Förmlichkeiten des Revisionsrechts wie die Bindung an die tatrichterlichen Feststelllungen, dem Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung oder der Beruhensfiktion bei absoluten Revisionsgründen um anderer Ziele willen hingenommen wird. Die Ausgestaltung und Funktion des Hauptverhandlungsprotokolls als reines Formalienprotokoll entspricht schon der Regelung in der RStPO vom 1.2.1877 (RGBl. 1877, 253). Die dortigen Regelungen der §§ 270 bis 274 wurden von der am 1.10.1950 in Kraft getretenen Strafprozessordnung identisch übernommen.[3]

Die starre Beweisregel des § 274 StPO wird in der Praxis durch mehrere „Umgehungsstrategien“[4] abgemildert. Zu nennen sind die enge Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung der („wesentlichen) Förmlichkeit“, der Wegfall der Beweiskraft bei Lückenhaftigkeit oder Widersprüchlichkeit des Protokolls mit der Folge der Eröffnung des Freibeweises und vor allem die Anerkennung der nachträglichen Berichtigung des Sitzungsprotokolls nebst deren Beachtung im Rechtsmittelzug.[5]

2. Das Inhaltsprotokoll gem. § 273 Abs. 2 StPO

Eine Sonderregelung für die Hauptverhandlung vor dem Strafrichter und dem Schöffengericht enthält § 273 Abs. 2 StPO.[6] Danach sind auch die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen des Angeklagten, der Zeugen und der Sachverständigen in das Protokoll aufzunehmen. Dadurch soll die Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz erleichtert und beschleunigt werden, da die Niederschrift über die Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen unter den Voraussetzungen des § 325 StPO in der Berufungshauptverhandlung verlesen werden kann. Da nur der wesentliche Inhalt der Aussagen, nicht der Wortlaut, in

---

1 Vgl. BGHSt 2, 125, 126: „Der in der Niederschrift beurkundete Sachverhalt bildet nach dem Gesetz ohne Rücksicht auf die wirklichen Vorkommnisse in der Hauptverhandlung die Grundlage des Verfahrens; BGHSt 26, 281, 283; 36, 354, 358; siehe aber auch BGHSt 51, 88, 95; 51, 298, 310; zur Entstehungsgeschichte von § 274 StPO vgl. Schäfer, FS 50 Jahre BGH, S. 707 ff.; Schumann, JZ 2007, 927, 928 ff.

2 Löwe/Rosenberg/Stuckenberg § 271 Rn. 63.

3 Zur Geschichte der Protokollierungsvorschriften s. Leitner, Videotechnik im Strafverfahren in: Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V., Bd. 35, 2012, S. 18 ff.

4 Löwe/Rosenberg/Stuckenberg § 274 Rn. 5.

5 Vgl. hierzu Schäfer, FS 50 Jahre BGH, S. 707 ff.; zur Zulässigkeit der Rügeverkümmerung s. die Entscheidung des Großen Senats, BGHSt 51, 298 und BVerfGE 122, 248, 257 ff.

6 Die durch das Strafprozessänderungsgesetz (StPÄG) vom 19.12.1964 (BGBl. I, 1067) eingeführte Erweiterung des § 273 Abs. 2 StPO, der ein Inhaltsprotokoll bei allen Tatsacheninstanzen vorsah, wurde durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) vom 9.12.1974 (BGBl. I, 3393) wegen des geringen Beweiswerts des Inhaltsprotokolls und des erheblichen Arbeitsaufwands für die Erstellung der Protokolle wieder beseitigt; vgl. hierzu Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 29 ff.

knapper Form protokolliert werden muss und die Verfahrensbeteiligten kein Antragsrecht besitzen und nur Anregungen geben können, ist der Beweiswert des schriftlichen Inhaltsprotokolls gering. Die Beweiskraft des Sitzungsprotokolls (§ 274 StPO) erstreckt sich im Fall des Inhaltsprotokolls nur auf die Tatsache der Einvernahme, nicht auf den in das Protokoll aufgenommenen wesentlichen Inhalt des Vernehmungen.[7]

Die Dokumentationsmöglichkeiten wurden durch das 1. Opferrechtsreformgesetz vom 24.6.2004 (BGBl. I 1354) erweitert, als der Vorsitzende gemäß § 273 Abs. 2 Satz 2 StPO anordnen kann, dass anstelle der Aufnahme der wesentlichen Vernehmungsergebnisse in das Protokoll einzelne Vernehmungen im Zusammenhang auf Tonträger aufgezeichnet werden. Der Gesetzgeber versprach sich davon neben einer Effektivierung des Opferschutzes eine „erhebliche Qualitätsverbesserung der Dokumentation“,[8] weil Vernehmungen vollständiger und zuverlässiger als bisher erfasst werden können. Von einer Einführung des Tonbandprotokolls bei Hauptverhandlungen vor dem Land- und Oberlandesgericht wurde allerdings bewusst abgesehen, weil zu befürchten sei, dass der Einsatz moderner Kommunikationstechnologien in erstinstanzlichen Verhandlungen vor dem Land- und Oberlandesgericht im Revisionsverfahren zu einer Zunahme von Verfahrensrügen nach § 261 StPO führen würde.[9]

3. Das Wortprotokoll gemäß § 273 Abs. 3 StPO

Die Dokumentation des Wortlauts einer Aussage, einer Äußerung oder eines Vorgangs im Hauptverhandlungsprotokoll ermöglicht § 273 Abs. 3 StPO. Zwar lässt sich mit dem Wortprotokoll nach § 273 Abs. 3 StPO im Revisionsverfahren der Gegenbeweis gegen die Urteilsfeststellungen führen.[10] Da ein Protokollierungsbedürfnis jedoch nur anerkannt wird, wenn es nicht lediglich auf den Inhalt, sondern auf den genauen Wortlaut der Aussage ankommt,[11] kommt dieser Norm nur Ausnahmecharakter zu.[12] Außerdem bleibt die fehlerhafte Ablehnung eines Antrags auf vollständige Niederschrift revisionsrechtlich im Ergebnis ohne Bedeutung, weil das Urteil nach h.M. auf der Ablehnung des Antrags nicht beruhen kann.[13]

4. Aufzeichnung der Vernehmung gemäß § 247a Satz 4 StPO

§ 247a StPO lässt die audiovisuelle Vernehmung eines Zeugen zu, um einen Zeugen vor schwerwiegenden Beeinträchtigungen seines Wohls zu schützen, die ihm aus der Erfüllung

---

7 BGH bei Dallinger MDR 1973, 557; Löwe/Rosenberg/Stuckenberg § 273 Rn. 44.
8 Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7.11.2003, BR-Drs. 829/03 und BT-Drs. 15/2536, S. 15.
9 BR-Drs. 829/03, S. 27 f.; BT-Drs. 15/1976, S. 12 f., krit hierzu: Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins zum Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens Nr. 43/2004, S. 36.
10 BGHSt 38, 14 m.w.N.
11 Meyer-Goßner StPO § 273 Rn. 22; a.A. E. Müller, FS Volk, S. 485, 492.
12 Vgl. auch die empirischen Befunde bei E. Müller, FS Volk, S. 485, 487 f.
13 Vgl. BGH NStZ 1994, 25; 3 StR 49/93 vom 9.6.1993.

seiner Zeugenpflicht in der Hautverhandlung erwachsen können. Außerdem eröffnet § 247a StPO dem erkennenden Gericht die Möglichkeit der audiovisuellen Vernehmung in Fällen, in denen Zeugen am Erscheinen in der Hauptverhandlung verhindert sind oder auf deren körperliche Anwesenheit verzichtet wird. Wird der Zeuge in diesen Fällen audiovisuell vernommen, erlaubt die Sollvorschrift des § 247a Satz 4 StPO die Aufzeichnung der audiovisuell übertragenen Aussage des Zeugen, wenn zu besorgen ist, dass der Zeuge in einer künftigen Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann. Die Aufzeichnung wird somit – anders als in § 58a Abs. 1 StPO – nicht generell zugelassen, sondern mit Blick auf den Eingriff der Aufzeichnung in das Persönlichkeitsrecht des Zeugen nur, wenn es notwendig ist, sie als Beweismittel für eine künftige Hauptverhandlung zu sichern.

Die Entscheidung über die Anordnung oder Ablehnung der audiovisuellen Vernehmung des Zeugen ist gemäß § 247a Satz 2 StPO unanfechtbar; sie kann auch nicht mit der Revision angegriffen werden (§ 336 Satz 2 StPO).[14]

5. § 255a StPO

Ein weiteres audiovisuelles Element in der Hauptverhandlung enthält § 255a StPO, der die unmittelbare Vorführung von Bild-Ton-Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung regelt.

6. Gerichtliche Ton- oder Filmaufnahmen

Nach § 169 Satz 2 GVG sind für die Öffentlichkeit bestimmte Ton- und Filmaufnahmen der Hauptverhandlung verboten. Dies schließt gerichtliche Ton- und Filmaufnahmen für justizinterne Zwecke und für Zwecke der Verteidigung nicht aus. In Betracht kommen insbesondere Tonbandaufnahmen von Aussagen der Angeklagten, Zeugen und Sachverständigen oder Filmaufnahmen von der Einnahme eines Augenscheins. Sie dürfen als Gedächtnisstütze für den Vorsitzenden bei der Verhandlungsleitung, für das Gericht in der Beratung, für Vorhalte, die Herstellung des Protokolls, zur Vorbereitung der mündlichen Urteilsbegründung oder als Gedächtnisstütze für die Urteilsabsetzung benutzt werden. Nach OLG Bremen NStZ 2007, 481 können sie auch vorsorglich zur Verwendung in einem Parallelverfahren angefertigt werden, um dort einen Ausschluss des Richters nach § 22 Nr. 5 StPO zu vermeiden. Die gerichtliche Tonaufzeichnung kann ohne Zustimmung der Beteiligten aufgenommen werden. Etwas anderes gilt wegen des ungleich intensiveren Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht des Aufgenommenen bei einer Videoaufnahme zu justizinternen Zwecken.[15] Verfahrensbeteiligte haben keinen Anspruch darauf, dass das Gericht Ton- oder Videoaufzeichnungen anfertigen lässt oder die Aufzeichnung durch den Verteidiger gestattet.

---

[14] Zur der ausnahmsweise zugelassenen Rüge der Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes oder der Aufklärungspflicht s. Löwe/Rosenberg/Becker § 247a Rn. 32 ff.

[15] Meyer-Goßner § 169 GVG Rn. 13; KK-Diemer § 247a Rn. 19 a.E.; a.A. KK-Fischer Einl. Rn. 74.

Werden Ton- oder Videoaufnahmen aufgrund Anordnung des Vorsitzenden gefertigt, kann damit keine Revisionsrüge begründet werden, weil ein solches Vorbringen auf eine – regelmäßig unzulässige – Rüge der Aktenwidrigkeit hinausliefe. Danach kann etwa die Sachrüge, das Gericht habe eine für die Entscheidung maßgebliche Zeugenaussage unzutreffend verstanden, wiedergegeben und gewürdigt, auch dann keinen Erfolg haben, wenn sich aus einer zulässig angefertigten Tonaufzeichnung ergibt, dass der Zeuge das Gegenteil dessen ausgesagt hat, was das Gericht in seinem Urteil zugrunde gelegt hat.[16]

II. Kritik an der gegenwärtigen Rechtslage

Die langandauernde Kritik an der dargestellten Regelung der Dokumentation der Hauptverhandlung betrifft im Wesentlichen zwei Aspekte. Bemängelt wird zum einen die systematische Entscheidung des Gesetzgebers für ein bloßes Formalprotokoll (1.), zum anderen richtet sich die Kritik gegen die Unzuverlässigkeit der Dokumentation aufgrund der Schriftform (2.). Die Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zur „unwahren" Verfahrensrüge[17] und des Großen Strafsenats des Bundesgerichtshofs zur Protokollberichtigung zum Nachteil des Beschwerdeführers vom 23. April 2007,[18] die vom BVerfG gebilligt wurde,[19] hat die Forderung nach einer verlässlicheren Dokumentation der Hauptverhandlung mittels moderner Technik wieder neu in den Blickpunkt gerückt.

1. Die systematische Kritik an der bisherigen Dokumentationsform betrifft den Umstand, dass es sich bei dem Hauptverhandlungsprotokoll um ein bloßes Formalprotokoll handelt und Verfahrensinhalte, insbesondere Zeugenaussagen, nicht protokolliert werden.

   a) Aufgrund der fehlenden wörtlichen bzw. visuellen Reproduktion der Hauptverhandlung beruhten die tatrichterlichen Feststellungen oftmals nicht auf dem wirklichen Inbegriff der Hauptverhandlung. Der Richter sei durch die Verhandlungsführung, die Abfolge der Zeugenbefragungen, durch die zu fertigenden Notizen in seiner akustischen und optischen Aufmerksamkeit vielfach gleichzeitig beansprucht, weshalb das von ihm Wahrgenommene zwangsläufig Lücken aufweise. Aus diesem Grund sei der Richter besonders anfällig für unbewusste Ergänzungen und Veränderungen.[20] Hinzu komme, dass immer dann, wenn eine Untersuchung eines Geschehens auf der Grundlage einer bestimmten Hypothese vorgenommen werde, nach dem Prinzip der selektiven Informationssuche be-

---

16 KK-Fischer Einl. Rn. 76.

17 BGH Urteil vom 11.8.2006 – 3 StR 284/05, StV 2006, 627; vgl. hierzu Lindemann/Reichling, StV 2007, 152; Gaede StraFo 2007, 29, Meyer-Mews StraFo 2007, 195.

18 BGHSt 51, 298; vgl. hierzu auch Schlothauer, FS Hamm, S. 655; Ziegert, FS Volk, S. 901 ff.; Hamm NJW 2007, 3166; Momsen, FS Egon Müller, S. 457 ff.

19 BVerfG NJW 2009, 1469.

20 Salditt StraFo 1990, 54, 59.

vorzugt nach bestätigenden Informationen gesucht werde,[21] weshalb das inquisitorische Modell der Wahrheitsfindung im deutschen Strafprozess zu einer systematischen Verzerrung der Informationsverarbeitung in der Hauptverhandlung zu Lasten des Angeklagten tendiere.[22] In einer 1989 durchgeführten Befragung seiner Mitglieder durch die Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins zum Zeugenbeweis bejahten 72,1 Prozent, dass die Strafgerichte Zeugenaussagen in vielen Fällen falsch aufnehmen, missverstehen oder sonst unrichtig verarbeiten; 3,8 Prozent bejahten dies für die Mehrzahl der Fälle.[23] Ursache dieses von Salditt als „Angst des Verteidigers vor der spurlos verwehenden Sprache der Hauptverhandlung“[24] bezeichneten Phänomens sei der Alleinvertretungsanspruch des Tatgerichts, die Beweise in der Hauptverhandlung in Gestalt der Urteilsgründe zutreffend festgestellt zu haben.[25] Dies führe oftmals dazu, dass in der Darstellung der Urteilfeststellungen der Inhalt der Beweisaufnahme nicht wiederzuerkennen sei.[26] Zum Teil würden die Gerichte das Beweisergebnis – entgegen der Wahrheit – auch bewusst so hindrehen, dass das Urteil „revisionssicher“ abgefasst sei.[27]

Dieses „zentrale Problem des Strafverfahrens“[28] wird nach Auffassung der Kritiker dadurch verstärkt, dass es wegen der fehlenden Dokumentation der Beweisergebnisse keine Möglichkeit gebe, fehlerhaft zustande gekommene tatrichterliche Feststellungen in der Revisionsinstanz überprüfen zu lassen, weil sich der Angeklagte mit seiner Rüge, Beweisstoff sei von den Richtern missverstanden, übersehen oder zu Unrecht übergangen worden, grundsätzlich nur auf die Urteilsgründe stützen könne.

Da die Strafprozessordnung keine Regeln zur verbindlichen Herstellung einer intersubjektiven Überprüfbarkeit des entscheidungsrelevanten Sachverhalts enthalte, greife die Verteidigung in der erstinstanzlichen Verhandlung aus purer Verzweiflung oft zu Notbehelfen, um Aussageinhalte vorsorglich „festzuschreiben“,[29] etwa durch Stellung von Verfahrensanträgen oder schriftliche Fixierung der Einlassung des Angeklagten. Dies wiederum belaste und verzögere die Hauptverhandlung.

---

21 Vgl. Nestler, FS Lüderssen, S. 727, 729; zum aus der sozialwissenschaftlichen Forschung bekannten sogenannten inertia-Effekt – einem Mechanismus der Selbstbestätigung von Hypothesen, der dazu führt, dass Informationen, die eine zuvor schon einmal für richtig gehaltene Hypothese bestätigen, systematisch überschätzt, während entgegengesetzte, zu der ursprünglich akzeptierten Hypothese dissonante Informationen systematisch unterschätzt werden, vgl. Schünemann StV 2000, 159; Meyer-Mews NJW 2002, 103, 104.

22 Nestler, FS Lüderssen, S. 730.

23 Salditt StraFo 1990, 54, 59.

24 Salditt, FS Bemmann, S. 614, 620.

25 Nestler, FS Lüderssen, S. 731; Salditt, FS Bemmann, S. 614, 620; Malek JZ 2011, 559, 564.

26 Egon Müller, FS Volk, S. 485, 490 f.

27 Vgl. Deckers in: 18. Strafverteidigertag 1994, Tatsachenerfassung, Verteidigung und erweiterte Anwaltsaufgaben im Strafprozeß, S. 131 ff.; Leitner StraFo 2004, 306, Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 135; krit. zu dem Vorwurf Uetermeier NJW 2002, 2298, 2299.

28 Nestler, FS Lüderssen, S. 731.

29 Salditt StraFo 1990, 54, 59; ders., FS Bemmann, S. 614, 620; Nestler, FS Lüderssen, S. 733; Malek StV 2011, 559, 560; Deckers, Tatsachenerfassung, Verteidigung und erweiterte Anwaltsaufgaben im Strafprozeß, S. 131, 133; Pfordte, FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, S. 519, 537; vgl. auch BGHSt 43, 212, 215.

b) Die Notwendigkeit der Dokumentation ergebe sich im Übrigen daraus, dass auch im Strafverfahren vor der Kammer oder dem Senat „protokolliert“ werde. Berichterstatter oder Vorsitzender hielten den Gang und Inhalt der Beweisaufnahme regelmäßig schriftlich fest. In Zwischen- und Schlussberatungen werde auf diese Mitschriften zurückgegriffen. Diese informelle Handhabung habe aber gravierende Nachteile. Halte der Vorsitzende den Inhalt der Beweisaufnahme fest, lenke das von Verhandlungsleitung und der Vernehmung ab. Nehme der Berichterstatter diese Aufgabe wahr, werde dieser von der Wahrnehmung nicht verbal vermittelter Vorgänge abgelenkt; außerdem könne der Vorsitzende die Verlässlichkeit dieser Dokumentation nicht überprüfen. Schließlich blieben die Mitschriften ein Internum und es könnte von den Verfahrensbeteiligten nicht kontrolliert werden, wie der Verfasser die Zeugenaussage verstanden habe.[30]

Dass die bisherige Dokumentation große Schwächen aufweise und ein Bedarf an zuverlässigerer Dokumentation bestehe, zeige im Übrigen, dass Tonband- und Videoaufnahmen für justizinterne Zwecke als zulässig erachtet und z.T. auch gefertigt würden.

c) Auch der Vergleich zum Zivilprozess zeige, dass dort eine von Gesetzes wegen umfassendere Protokollierungspflicht als im Strafprozess bestehe. Dort würden gem. § 160a Abs. 1 ZPO Aussagen der Zeugen, Sachverständigen und vernommenen Parteien zumindest auf einem Tonträger vorläufig aufgezeichnet. Auch wenn kein Wortprotokoll erstellt werde, gebe der Richter zu erkennen, wie er die Aussage des Zeugen verstanden habe und mache dadurch dieses Verständnis kritisierbar.[31] Dies diene einer sachgerechteren Findung einer Entscheidungsgrundlage und damit letztlich auch der Wahrheitsfindung und müsse wegen der vergleichsweise drastischen Rechtsfolgen erst recht in Strafverfahren gelten.

2. Der zweite Kritikpunkt betrifft die Art der Dokumentation des Gangs der Hauptverhandlung und der wesentlichen Förmlichkeiten und die sich daran anknüpfende fingierte Beweiskraft in Form einer Beweisregel für die Beachtung der wesentlichen Förmlichkeiten gem. § 274 StPO.

Das in § 271 ff. StPO vorgesehene schriftliche Protokoll habe zu vordigitalen Zeiten dem damaligen Stand der Dokumentationstechnik entsprochen. Aufgrund der heute oft viel längeren Hauptverhandlungen, die oft zahlreiche Tage umfassen, der komplexeren Verfahrensvorgänge und der Zunahme von protokollierungspflichtigen Förmlichkeiten (Hinweispflichten, Umstände einer Verständigung) sei der sichere Nachweis von Verfahrens-

30 Mertens, FS Grünwald, S. 267, 372 f.; Gesetzentwurf des Strafrechtsausschusses des DAV zur Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung in Strafsachen, AnwBl. 1993, 328.

31 Mertens, FS Grünwald, S. 367, 371; Meyer-Mews NJW 2002, 103, 107.

vorgängen in der Hauptverhandlung allein durch das schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll nicht mehr gewährleistet. Insbesondere in umfangreichen, komplexen Verfahren sei das schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll zwangsläufig fehleranfällig.[32] Dazu trage auch eine Protokollierungspraxis bei, die bei wesentlichen Förmlichkeiten, die sich im Alltag strafgerichtlicher Hauptverhandlungen unzählige Male wiederholen, auf Formularvordrucke oder Textbausteine in Textverarbeitungsprogrammen zurückgreift. Hier könne schon das Unterlassen einer gebotenen Streichung zu einer unzutreffenden Protokollierung führen, die den Urkundspersonen wegen der Standardisierung des Vorgangs nicht bewusst werde und deshalb einer Protokollberichtigung im Wege stehe.[33] Dadurch würden die Revisionsverfahren mit unnötigem Streit über behauptete Verfahrensfehler belastet, die bei medialer Aufzeichnung des Protokolls so nicht entstehen würden.

Die Möglichkeit der Protokollberichtigung wird nicht als ausreichend erachtet, das Problem der Fehleranfälligkeit des Protokolls zu beheben, weil sie ihrerseits Fehlern zugänglich sei und zeitaufwändige Erhebungen und gegebenenfalls Auseinandersetzungen zwischen den Verfahrensbeteiligten mit sich bringe.[34]

III. Reformvorschläge

Um den dargestellten Missständen abzuhelfen und das zentrale Anliegen des Strafprozesses, eine möglichst wahre, mit der Wirklichkeit übereinstimmende Sachverhaltsfeststellung als Entscheidungsgrundlage zu erarbeiten, wird seit vielen Jahren der verstärkte Einsatz von Bild-Ton-Aufzeichnungen zur Dokumentation der Hauptverhandlung vorgeschlagen.[35]

1. Bereits auf dem 41. Deutschen Juristentag 1955 sprach sich die Mehrheit der Diskussionsteilnehmer zum Thema „Das Protokoll im Strafprozess“ für eine Tonbandaufnahme der Hauptverhandlung aus.[36]

   Der Gesetzentwurf des Strafrechtsausschusses des DAV zur Tonaufzeichnung der Hauptverhandlung in Strafsachen aus dem Jahr 1993[37] hat die Einführung eines § 274a StPO vorgeschlagen. Dieser sah vor, dass der Vorsitzende die Aufzeichnung der Hauptverhandlung nach Verlesung des Anklagesatzes mit einem Tonaufnahmegerät anzuordnen habe, wenn Angeklagter oder Staatsanwaltschaft dies beantragen. Das schriftliche

---

32 BRAK-Stellungnahme Nr.1/2010, S. 13; Nack/Park/Brauneisen, NStZ 2011, 313, vgl. auch schon Rassow NJW 1958, 653.
33 Schlothauer, FS Hamm, S. 665.
34 Nack/Park/Brauneisen, NStZ 2011, 313; Pfordte, FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, S. 519, 529.
35 Vgl. die Übersicht bei Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 111 ff.
36 Vgl. JZ 1955, 653 ff.; Mertens, FS Grünwald, S. 375 m.w.N.
37 AnwBl. 1993, 328 f.; Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 111 f.

Sitzungsprotokoll sollte unverändert bestehen bleiben und die Tonaufzeichnung nicht zum Inhalt des Sitzungsprotokolls werden. Die Tonaufzeichnungen sollten bei der Geschäftsstelle mit den Akten aufbewahrt und Staatsanwaltschaft und Verteidiger befugt sein, die Tonaufzeichnungen auf der Geschäftsstelle abzuspielen.

Im Eckpunktepapier der Bundesregierung zur Reform des Strafverfahrens (2001)[38] wurde in eher allgemeiner Form der Wunsch nach verbesserter Dokumentation von Vernehmungsinhalten durch vermehrten Einsatz technischer Mittel dargelegt.

2. Der jüngste Reformvorschlag stammt vom Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer.[39] Der Gesetzesvorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch den verstärkten Einsatz von Bild- und Tontechnik vom Februar 2010 sieht vor, die tatrichterliche Hauptverhandlung (nur) vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht im ersten Rechtszug mittels einer stationären Videokamera aufzuzeichnen (sogenanntes Videoprotokoll, § 273 Abs. 2 Satz 1 StPO-E). Das Videoprotokoll soll nicht verschriftet werden, das bisherige schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll nach §§ 271 ff. StPO wird unverändert beibehalten (§ 273 Abs. 2 Satz 1 StPO-E).

   Durch Rückgriff auf das Videoprotokoll kann in Zweifelsfällen das Hauptverhandlungsprotokoll berichtigt werden (§ 273a StPO-E). Auf eine Abschaffung der Beweiskraftregel des § 274 StPO wird wegen der Tiefe des Eingriffs in das geltende Recht verzichtet. Die Beweiskraft des § 274 StPO kommt dem anhand der Videoaufzeichnung berichtigten, neu gefassten Protokoll zu.

   Zur Überprüfung eines Verfahrensfehlers kann das Revisionsgericht anhand des Videoprotokolls den Tatsachenvortrag einer Verfahrensrüge freibeweislich prüfen. Eine Rekonstruktion der tatrichterlichen Beweisaufnahme bleibe verwehrt, weil das Videoprotokoll nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden könne (§ 352 Abs. 1 Satz 2 StPO-E).

   Die vorgeschlagene Neufassung lautet wie folgt:

   § 273 StPO-E
   (1) unverändert
   (1a) unverändert

---

38 StV 2001, 314 ff.
39 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010.

(2) **Die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht ist unbeschadet des § 271 auf Bild-Tonträger aufzuzeichnen. Die Bild-Ton-Aufzeichnung ist zu den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle mit den Akten aufzubewahren. § 147 ist entsprechend anzuwenden, mit der Maßgabe, dass den zur Akteneinsicht Berechtigten Kopien der Aufzeichnung überlassen werden können. Die Kopien dürfen weder vervielfältigt noch weitergegeben werden.**

(3) bisheriger Absatz 2
(4) bisheriger Absatz 3
(5) bisheriger Absatz 4

§ 273a StPO-E
Unrichtigkeiten des Protokolls können nach Anhörung der Beteiligten berichtigt werden. Der Nachweis der Unrichtigkeit kann auch durch die Bild-Ton-Aufzeichnung geführt werden. Die Berichtigung ist mit Gründen zu versehen und wird auf dem Protokoll vermerkt. Der Vermerk ist zu unterschreiben; § 271 gilt entsprechend.

§ 352 StPO-E
(1) Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die gestellten Revisionsanträge und, soweit die Revision auf Mängel des Verfahrens gestützt wird, nur die Tatsachen, die bei Anbringung der Revisionsanträge bezeichnet worden sind. **Die Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung nach § 273 Abs. 2 kann nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden.**

(2) unverändert

Die Begründung des Gesetzesvorschlags sieht aufgrund der Neuregelung drei maßgebliche Verbesserungen für das Revisionsverfahren: Gerügte Verfahrensvorgänge ließen sich im Streitfall zuverlässiger aufklären als bei einem schriftlichen Hauptverhandlungsprotokoll. Unnötiger Streit werde vermieden, weil kaum noch zu erwarten sei, dass zu Unrecht behauptet werde, Förmlichkeiten des Verfahrens seien nicht beachtet worden. Außerdem ließen sich nicht protokollierungspflichtige, für eine Verfahrensrüge aber relevante Verfahrensvorgänge rekonstruieren. Schließlich könnte auf das Videoprotokoll als zuverlässigerem Beweis bei Strafverfahren wegen Aussagedelikten, die in einer anderen Hauptverhandlung begangen wurden, und zur Überprüfung von Aussagen von Zeugen

und des Angeklagten in anderen Strafverfahren zur Prüfung der Aussagekonstanz zurückgegriffen werden.[40]

IV. Stellungnahme

Die Einführung der Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung berührt eine Vielzahl von rechtlichen und praktischen Einzelaspekten, die ihm Rahmen dieses Gutachtens nicht vollständig abgehandelt werden können. Folgende Punkte dürften aber für die Frage der Einführung einer neuen Dokumentationsform von maßgeblichem Interesse sein:

1. Verbesserung der Dokumentation

Der Erfassung der Hauptverhandlung durch eine Videoaufnahme kommt ein größerer Beweiswert über das zu, was in der Hauptverhandlung geschehen ist und was gesagt worden ist. Weder das Schriftprotokoll über den Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung gemäß § 273 Abs. 1 StPO noch das Inhaltsprotokoll gemäß § 273 Abs. 2 StPO noch das in der Praxis seltene Wortprotokoll gemäß § 273 Abs. 3 StPO kommen in ihrer Aussagekraft digitalen Medien gleich, die die Vorgänge in der Hauptverhandlung in allen Einzelheiten und Facetten zu dokumentieren in der Lage sind. Die Nutzbarkeit der Videoaufnahme gilt für die laufende Hauptverhandlung und für Rechtsmittelverfahren.

Auch wenn es auf den ersten Blick verlockend erscheint, eine genaue Dokumentation insbesondere von den Aussagen der Zeugen, Sachverständigen und des Angeklagten zu erhalten, liegt darin zugleich eine große Schwachstelle gegenüber dem schriftlichen Protokoll. Sie vermittelt keine Zusammenfassung der oft wenig strukturierten Abläufe und der häufig diffusen und konfusen Zeugenaussagen. Selbst von Befürwortern der technischen Dokumentation der Hauptverhandlung wird konstatiert, dass selbst dann, wenn Indexierungen der Videobänder erstellt werden, die Verfahrensbeteiligten sich nur ungern und nur bei sich aufdrängender Notwendigkeit der Qual unterziehen, in die Bänder hineinzuhören.[41] Schünemann hat auf dem 50. Deutschen Juristentag bezüglich der Forderung nach einem Tonbandprotokoll der Hauptverhandlung auf das „Möbelwagenproblem“ hingewiesen, das darin bestehe, dass insbesondere nach einer länger dauernden Hauptverhandlung Möbelwagen voller Tonbänder existieren, in denen sich niemand mehr auskenne und bei welchen es unmöglich sei, alles zu rekapitulieren.[42]

---

40 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 18 f.; Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 135 ff.; Pfordte, FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, S. 519, 531.

41 Nestler, FS Lüderssen, S. 737; vgl. auch Schünemann, Warnungen vor Holzwegen der Strafprozessreform in Sicherheit durch Strafe?, 28. Strafverteidigertag Mainz 2002, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2003), S. 273.

42 Vgl. Sitzungsbericht K zum 50. DJT, S. 186.

Ob sich deshalb alle Verfahrensbeteiligte anhand des Videoprotokolls jederzeit, schnell und mit möglichst geringem Aufwand ein genaues Bild von dem verschaffen können, was sich in der Hauptverhandlung ereignet hat, und der Berichterstatter auf Mitschriften weitgehend verzichten kann,[43] darf bezweifelt werden. Und ob sich das Gericht im Rahmen der Urteilsberatungen tatsächlich mit stundenlangen Videodokumentationen auseinandersetzt, um sich zu vergewissern, ob seine Wahrnehmungen und Erinnerungen an die Zeugenaussagen sich mit dem tatsächlichen Inhalt der Aussagen decken, erscheint ebenfalls fraglich.

2. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Die Videodokumentation stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Verfahrensbeteiligten – Recht am eigenen Bild, Recht am eigenen Wort – dar.[44] Artikel 2 Abs. 1 GG schützt den Einzelnen vor erzwungenen filmischen Aufnahmen sowie gegen die Verbreitung solcher Aufnahmen durch Träger öffentlicher Gewalt.[45] Im Vergleich zu Wortprotokollen oder reinen Tonaufnahmen wird das Persönlichkeitsrecht bei einer filmischen Aufnahme der Aussageperson stärker betroffen, weil die Videodokumentation über den Wortlaut des Bekundeten hinausgehend die unmittelbare Betroffenheit des Aussagenden in einer Weise wiedergibt, die stärker als jede schriftliche Fixierung oder auch akustische Aufnahme Persönlichkeit und Intimsphäre preisgibt.[46] Dies gilt vor allem dann, wenn nicht nur eine Rundumkamera installiert ist, sondern eine Kamera – ggf. mit der Möglichkeit des „Zoomens“ - speziell auf den Aussagenden gerichtet ist. Die Digitalisierung der Aufnahme lässt die Analyse und Evaluierung der Aussage und damit des Aussagenden in einem Umfang zu (z.B. die mimische Lügenerkennung), die über die Bearbeitungsmöglichkeiten analoger Medien weit hinausgeht.[47] Außerdem kann die Situation der Videovernehmung die Erinnerung des Aussagenden an Traumata auslösen, was insbesondere bei Opfern sexueller Gewalt der Fall ist, die bei der Tat fotografiert oder gefilmt wurden.[48] Schließlich kann im Hinblick auf den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen die Missbrauchsgefahr nicht unberücksichtigt bleiben, die darin besteht, dass das Videoband – möglicherweise sinnentstellend neu zusammengeschnitten - der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.[49]

---

43 So Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 136.

44 Löwe/Rosenberg/Becker § 247a Rn. 23; Meyer-Goßner StPO § 247a Rn. 11; Mertens, FS Grünwald, S. 375; Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 141; a.A. Praml MDR 1977, 14, 15 für die Tonbandaufnahme für justizinterne Zwecke.

45 V. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz Bd. 1, Art. 2 Abs. 1 Rn. 92.

46 Vgl. Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und FDP zum Zeugenschutzgesetz, BT-Drs. 13/7165, S. 7 (zu § 58a StPO).

47 Vgl. Buckow, ZIS 2012, 551, 554.

48 Buckow, ZIS 2012, 551, 554.

49 Vgl. BGHSt 19,193, 194 für das Tonbandprotokoll.

Die Eingriffsmöglichkeiten des Staates in das Recht am eigenen Bild zum Zwecke der Strafverfolgung sind im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch Güterabwägung zu ermitteln, wobei zu prüfen ist, ob das verfolgte öffentliche Interesse generell und nach Gestaltung des Einzelfalls den Vorrang verdient, ob der beabsichtigte Eingriff in die Privatsphäre nach Art und Reichweite durch dieses Interesse gefordert wird und im angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht.[50] Nach der Lehre vom Gesetzesvorbehalt einer Eingriffsermächtigung erfordert eine gesetzliche Regelung zum Schutz des Persönlichkeitsrechts insbesondere von Zeugen, die zur Aussage verpflichtet sind, klare Regelungen über das Akteneinsichtsrecht, die Vervielfältigung von Aufzeichnungen und deren Vernichtung. Solche Regelungen können allerdings - je nachdem, wie weit man diesen Schutz ausbaut, zu einer Beschneidung von Verteidigungsrechten führen.

a) Nach h.M. hat der Zeuge sowohl bei der Aufzeichnung seiner Vernehmung auf Bild-Ton-Träger im Ermittlungsverfahren gem. § 58a StPO als auch bei der Aufzeichnung seiner audiovisuellen Vernehmung in der Hauptverhandlung gem. § 247a Satz 4 StPO die Videoaufzeichnung zu dulden;[51] einer Einwilligung des zu Vernehmenden in den Eingriff in das Recht am eigenen Bild ist in diesen Fällen nicht erforderlich. Nichts anderes wird für die Videodokumentation der Hauptverhandlung gelten können, zumal die Aufnahme nicht zur öffentlichen Verbreitung, sondern grundsätzlich nur für den Gerichtsgebrauch bestimmt und gegen unbefugte Verwendung durch §§ 201 ff. StGB und § 353d StGB geschützt ist.

b) Lässt man die Videodokumentation zu, bedarf es einer Verwendungsregelung, wenn die Videoaufnahme in anderen Strafverfahren (z.B. wegen Aussagedelikten oder zur Überprüfung der Konstanz einer Aussage), oder in anderen Verfahren (etwa vor dem Familiengericht oder Jugendamt oder zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen) verwendet werden soll. Die Verwendung des Videobandes außerhalb eines Strafverfahrens wird man – entsprechend der Regelung des § 58a Abs. 2 StPO - vom Einverständnis des Zeugen abhängig machen müssen.

c) Der durch die Videoaufnahme erfolgende Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Vernommenen erfordert eine Regelung zur Vervielfältigung der Videoaufnahme und zum Akteneinsichtsrecht der Beteiligten, also des Verteidigers (§ 147 StPO), des anwaltlichen Nebenklägervertreters (§ 406e Abs. 1 StPO) sowie des Rechtsanwalts, der den Verletzten vertritt.

---

50 Vgl. BVerfGE 35, 202, 221 zur Berichterstattung über schwere Straftaten.

51 Vgl. KK-Senge StPO § 58a Rn. 8; Meyer-Goßner StPO § 58a Rn. 8.

Insoweit kann auf die Regelung des § 58a Abs. 2, Abs. 3 StPO und auf die Diskussionen zur Verbesserung der Persönlichkeitsrechte von Zeugen bei der Aufzeichnung ihrer Vernehmungen auf Bild-Ton-Träger gem. § 58a StPO durch das Opferrechtsreformgesetz vom 24.6.2004 (BGBl. I 1354) verwiesen werden. Das Opferrechtsreformgesetz hat die Möglichkeit der zur Akteneinsicht Berechtigten, Kopien der Video-Aufzeichnung zu erhalten, aus Gründen des Opferschutzes eingeschränkt. Aufgrund einer Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses wurde 2004 § 58a Abs. 3 StPO eingefügt, der ein Widerspruchsrecht des Zeugen hinsichtlich der Vervielfältigung der Aufnahme und die dann erforderliche Übertragung in ein schriftliches Protokoll vorsieht.[52] Die Übertragung dieses Regelungsgehalts auf die Videodokumentation der Hauptverhandlung würde zwar den Interessen der aufgenommenen Zeugen am besten entsprechen. Ob aber die regelmäßig äußerst aufwändige Verschriftung des Videoprotokolls im Hinblick auf die Möglichkeit zahlreicher Widersprüche von in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen ein praxistauglicher Weg ist, erscheint fraglich. Der BRAK-Entwurf trägt dem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Aufgenommenen dadurch Rechnung, dass zwar den zur Akteneinsicht Berechtigten Kopien der Aufzeichnung überlassen werden können, diese aber weder vervielfältigt noch weitergegeben werden dürfen (§ 273 Abs. 2 Satz 4 StPO-E). Eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts im Falle des Widerspruchs des Zeugen ist danach nicht vorgesehen. Eine solche Regelung stünde allerdings im Widerspruch zur derzeit geltenden Regelung des § 58a Abs. 3 StPO.

3. Missbrauchgefahren

Unabhängig vom Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Aufgenommenen birgt die Videoaufnahme die Gefahr, dass aufgrund der Weitergabe des Videobandes noch nicht vernommene Zeugen anhand des bisherigen Ergebnisses der Beweisaufnahme präpariert oder sensible Informationen, etwa Staatsgeheimnisse in einer unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelten Staatsschutzsache preisgegeben werden. Diese Missbrauchsgefahr existiert allerdings auch ohne Videodokumentation; sie hat ihren Grund darin, dass überhaupt Staatsgeheimnisse in der Hauptverhandlung zur Sprache kommen und dass Zeugen nacheinander vernommen werden. Gleichwohl wird man davon ausgehen können, dass durch die Zulassung der Videodokumentation eine bereits bestehende Missbrauchsgefahr intensiviert wird.

4. Beeinträchtigung des Beweiswerts von Aussagen

Infolge der Technisierung der Vernehmung kann es zu Auswirkungen auf den Beweiswert von Aussagen kommen, weil sich eine suggestive Wirkung auf die Auskunftsperson nicht

---

52 BT-Drs. 15/3062; vgl. Löwe/Rosenberg/Ignor/Bertheau § 58a Rn. 33 ff.

bestreiten lässt. Der Betroffene, der nicht weiß, wann die konservierte Aufnahme erneut abgespielt werden wird und welche und wie viele Beobachter ihn auf dem Bildschirm dann sehen werden, setzt sich anders in Szene als derjenige, der nur einer Konfrontation ohne technische Übertragungs- und Konservierungsmittel ausgesetzt wird.[53] Mit der Aufzeichnung der Hauptverhandlung in Wort und Bild wäre jedenfalls die Unbefangenheit der Zeugen und meisten Verfahrensbeteiligten dahin.[54]

Ob der Wahrheitsgehalt von Aussagen durch eine Videodokumentation tatsächlich beeinträchtigt würde, kann mangels Kenntnis über die rechtstatsächlichen und aussagepsychologischen Wirkungen der Videoaufnahme auf das Aussageverhalten an dieser Stelle nicht zuverlässig beurteilt werden. Die Befürworter der Videodokumentation stellen darauf, dass die besondere Situation der Videovernehmung den Aussagenden nicht berechtigt, sanktionslos eine unwahre Aussage zu machen.[55] Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass die formale Vernehmungssituation bei einer Videoaufzeichnung auch einen positiven disziplinarischen Effekt habe, weil sich sowohl Vernehmender als auch Vernommener (und der Dolmetscher) der Kontrollfunktion der Videoaufnahme bewusst seien.[56]

5. Verschriftung und Verhältnis zum schriftlichen Protokoll

a) Verschriftung

Eine Verschriftung des Videoprotokolls begegnet gravierenden praktischen Schwierigkeiten. Zunächst müssten allgemein verbindliche Regeln zur Transkription in der Rechtswissenschaft und –praxis erarbeitet werden. Die Übertragung der Videodateien in die Schriftform bedeutet bereits eine Interpretation und Reduktion der Daten, die sich auf eine spätere Auswertung und Beweiswürdigung auswirken kann.[57] Insbesondere wäre zu klären, ob und wie der sprachliche Überhang einer Vernehmung (Zögern des Aussagenden, Stottern u.ä.) in einem schriftlichen Protokoll festzuhalten ist.

Ungeachtet der Frage des Transkriptionssystems stellt der Zeitaufwand der Transkription ein ganz maßgebliches Problem dar. Bei Tonträgern entspricht die Transkriptionsdauer selbst bei Verwendung einer modernen Übertragungssoftware einem Verhältnis von 1 zu 5 bis 1 zu 10, d.h. eine Stunde Vernehmung entspricht mindestens fünf Stunden Übertragungszeit.[58] Eine Stunde Aufnahme ergibt ca. 25-60 Seiten schriftliche Übertragung.[59]

---

53 Wasserburg, FS Richter II, S. 547, 551.
54 Sieß NJW 1982, 1625, 1628.
55 Vgl. Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 313; s.a. Nack/Park/Brauneisen NStZ 2011, 310, 314.
56 Vgl. Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 313.
57 Buckow ZIS 2012, 551, 552.
58 Buckow ZIS 2012, 551, 553 m.w.N.

Dieser Aufwand ist - auch angesichts dessen, dass oft nur Teile der Videodokumentation verfahrensrelevant sind - kaum vertretbar. Hinzu kommt die wegen des Umfangs und der fehlenden Übersichtlichkeit oft schwierige Lesbarkeit solcher Verschriftungen.

Der Gesetzentwurf der Bundesrechtsanwaltskammer sieht deshalb aus gutem Grund keine Verschriftung der Videodokumentation vor.

b) Verhältnis zum schriftlichen Hauptverhandlungsprotokoll

Die Zulassung der Videoaufnahme macht das schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll nicht überflüssig, vor allem wenn keine Verschriftung der Videodokumentation erfolgt. Auch nach dem Gesetzesentwurf der BRAK soll das schriftliche Protokoll unverändert beibehalten werden und die Videoaufzeichnung „praktisch unauffällig nebenherlaufen".[60]

Das Videoprotokoll ist, gerade in über viele Tage andauernden Hauptverhandlungen, nicht geeignet, sich in angemessener Zeit und mit vertretbarem Aufwand einen Überblick über die wesentlichen Vorgänge in der Hauptverhandlung zu verschaffen. Um zu vermeiden, dass die gesamte Videoaufnahme angeschaut werden muss, müsste jedenfalls ein elektronisches oder schriftliches Verzeichnis gefertigt werden, an welcher Stelle auf dem Videoband ein gesuchter Vorgang zu finden ist. Damit entsteht automatisch ein Protokoll über den Gang der Hauptverhandlung und die wesentlichen Förmlichkeiten, weshalb ein maßgeblicher Einspareffekt gegenüber der bisherigen Protokollierung nach § 273 Abs. 1 StPO nicht eintritt.[61]

6. Beweiskraft des schriftlichen Protokolls gem. § 274 StPO

Nach dem Gesetzentwurf der BRAK soll die absolute Beweiskraft des Protokolls in der Form des § 274 StPO trotz Einführung der Videodokumentation unverändert beibehalten werden. Dies begegnet Zweifeln.

Lässt man den Gegenbeweis gegen die objektive Richtigkeit des Protokolls anhand des Videoprotokolls zu, erscheint fraglich, ob sich dieser auf das Verfahren der Selbstkorrektur im Wege der Berichtigung beschränken lässt.

Vielmehr wird man dem Revisionsführer - etwa im Falle des Scheiterns einer Berichtigung - ermöglichen müssen, den Nachweis der Unrichtigkeit des Protokolls auch vor dem Revisionsgericht zu führen. Bereits nach gegenwärtiger Rechtsprechung kommt dem be-

---

59 Buckow ZIS 2012, 551, 553 m.w.N.
60 BRAK-Stellungnahme Nr.1/2010, S. 27.
61 Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 137 f.

richtigten Teil des Protokolls nicht die Beweiskraft des § 274 StPO zu, vielmehr kann das Revisionsgericht die Berichtigungsentscheidung im für die Revisionsinstanz üblichen Freibeweisverfahren überprüfen.[62] Ungeachtet dessen entfällt die Beweiskraft des Protokolls, wenn dieses erkennbare Fehler wie offensichtliche Lücken, Unklarheiten oder Widersprüche aufweist. Die offensichtliche Unrichtigkeit des Protokolls, die dem Revisionsgericht die Möglichkeit eröffnet, im Wege des Freibeweises zu klären, wie der entsprechende Verfahrensabschnitt tatsächlich stattgefunden hat, wurde in der Vergangenheit zunehmend auch in Fällen bejaht, in denen sich die Mangelhaftigkeit des Protokolls nicht aus diesem selbst erschloss.[63] Bei Einführung der Videodokumentation liegt es nahe, das Videoband als Beweismittel außerhalb des Protokolls für die Prüfung der offensichtlichen Mangelhaftigkeit des Protokolls durch das Revisionsgericht heranzuziehen, zumal dieses im Zeitpunkt der Einreichung der Revisionsschrift bereits aktenkundig ist. Dies hätte zwar den Vorteil, dass nach dem Prinzip der Waffengleichheit der Prozessbeteiligten auch dem Revisionsführer nach Ablehnung einer zu seinen Gunsten beantragten Protokollberichtigung durch die Urkundspersonen die Möglichkeit eröffnet wäre, der absoluten Beweiskraft des Protokolls entgegenzutreten. Erkauft wird dies aber mit einer Aushöhlung des vom Gesetzgeber in § 274 StPO normierten Prinzips der absoluten Beweiskraft der Sitzungsniederschrift, die grundsätzlich keiner Beweiserhebung zugänglich sein soll.[64] Damit wäre der gesetzgeberische Zweck der formellen Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls, der darin liegt, im anhängigen Verfahren die Prozessbeteiligten in den höheren Instanzen vor Beweisschwierigkeiten zu bewahren und dem Rechtsmittelgericht die oft mit einem großen Unsicherheitsfaktor belastete zeitraubende Beweiserhebung über Verfahrensvorgänge in den Vorinstanzen zu ersparen,[65] weitgehend ausgehöhlt.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob bei Einführung der Videodokumentation der seinem Sinn und Zweck beraubte § 274 StPO nicht ganz zu streichen oder die absolute Beweiskraft wenigstens dadurch zu relativieren ist, dass die Richtigkeit und Vollständigkeit des Protokolls nur bis zum Nachweis des Gegenteils vermutet wird.[66]

7. Auswirkungen auf das amtsgerichtliche Verfahren

Würde die Videoaufzeichnung auch für das amtsgerichtliche Verfahren gelten, könnte auf das Inhaltsprotokoll gem. § 273 Abs. 2 Satz 2 StPO verzichtet und dadurch eine Entlastung des Protokollführers beim Amtsgericht erreicht werden.

---

62 BGHSt 51, 298.
63 Vgl. etwa BGHSt 16, 306, NStZ 1999, 424.
64 Vgl. Tepperwien, FS Meyer-Goßner, S. 595, 608.
65 BGHSt 36, 354, 358; Tepperwien, FS Meyer-Goßner, S. 595, 596; Gollwitzer, FS Gössel, S. 543, 555.
66 In diesem Sinne Gollwitzer, FS Gössel, S. 543, 559; Schäfer, FS 50 Jahre BGH, S. 707, 728.

Dies erscheint mir allerdings kein allzu starkes Argument für die Einführung der Videodokumentation. Die Entlastung des Protokollführers könnte unabhängig von der Einführung der Videodokumentation auch durch die Streichung des § 273 Abs. 2 StPO erreicht werden.[67] Da das Inhaltsprotokoll von der vernommenen Person nicht autorisiert ist, hat es äußerst geringen Beweiswert. In der Berufungsverhandlung werden Zeugen, auf deren Aussage es entscheidend ankommt, ohnehin nochmals gehört, im Übrigen genügt meist die Verlesung früherer Aussagen nach §§ 251, 256 StPO. Zur Entscheidung über die Annahme der Berufung nach § 313 StPO oder zur Vorbereitung des Berufungstermins dürfte der Richter in der Regel auf das Urteil und nicht auf das Protokoll zurückgreifen.[68]

8. Auswirkungen auf die Berufungshauptverhandlung

Es erscheint fraglich, ob die Videodokumentation der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zu einer Straffung und Verkürzung von Berufungshauptverhandlungen führen würde. Wichtige Zeugen, auf deren Aussage es ankommt, wird das Berufungsgericht in persona vorladen und befragen. Um dem Angeklagten oder dem Zeugen eine Abweichung zu seiner früheren Aussage nachzuweisen oder etwaige Erinnerungslücken aufzufüllen, liegt es nahe, dass das Videoprotokoll der erstinstanzlichen Vernehmung vorgehalten und die Aussage im Berufungsverfahren ständig mit der Videoaufzeichnung verglichen wird. Es wird zu einem Hin und Her von Vorhalten kommen, die das Berufungsverfahren umständlich machen und zeitlich erheblich verzögern.[69] Da sich eine Berufungsverhandlung auch nicht in der Wiederholung der amtsgerichtlichen Beweisaufnahme erschöpft, macht die Dokumentation der Beweisaufnahme des amtsgerichtlichen Verfahrens die Berufungsverhandlung auch nicht überflüssig.[70]

9. Auswirkungen auf das Revisionsverfahren

Die Entscheidung über die Einführung der Videotechnik in der Hauptverhandlung hängt ganz maßgeblich davon ab, welche Auswirkungen der Einsatz der neuen Technik auf das Revisionsverfahren hat. Die Grenzen der revisionsgerichtlichen Nachprüfung werden maßgeblich durch die Art der gewählten Rügen bestimmt (§ 352 Abs. 1 StPO). Dabei führt die umfassend erhobene Sachrüge grundsätzlich zur Überprüfung des ganzen Urteils in materiell-rechtlicher Hinsicht, jedoch unter Bindung an den Urteilsinhalt und ohne die Möglichkeit zu eröffnen, Beweise zur Schuld- oder Straffrage zu erheben. Dagegen kann das angefochtene Urteil auf eine Verfahrensrüge hin nur insoweit geprüft werden, als die Tatsachen, die nach Ansicht des Beschwerdeführers den Verfahrensfehler erge-

---

67 Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 137.
68 Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 137.
69 Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 140 f.
70 Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 141.

ben, nicht nur gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO dargelegt, sondern auch bewiesen sind. Zu diesem Zweck kann und muss das Revisionsgericht unter Umständen auch Beweise erheben, wobei es allerdings nicht an die Regeln des förmlichen Beweisverfahrens gebunden ist, sondern sich der Möglichkeiten des Freibeweises bedienen kann. Aufgrund dieser unterschiedlichen Voraussetzungen und Verfahrensweisen unterscheidet die nachfolgende Darstellung der Auswirkungen der Ton-Bild-Aufzeichnung auf das Revisionsverfahren zwischen Sach- und Verfahrensrüge.

a) Kontrolle der Tatsachenfeststellungen und der Beweiswürdigung im Urteil durch das Revisionsgericht im Rahmen der Sachrüge

aa) Entsprechend dem Grundsatz der prozessualen Arbeits- und Verantwortungsteilung zwischen Tatrichter und Revisionsrichter eröffnet die Sachrüge eine Nachprüfung des angefochtenen Urteils nur in rechtlicher, nicht in tatsächlicher Hinsicht. Das bedeutet, dass das Revisionsgericht an die tatrichterlichen Feststellungen, sofern sie rechtsfehlerfrei getroffen wurden, gebunden ist, und zwar auch dann, wenn diese auf Schlussfolgerungen beruhen, die nicht zwingend, sondern nur denkgesetzlich möglich sind. Der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterliegt somit nicht, ob die Tatsachenfeststellungen im Urteil als solche richtig oder falsch sind. Das Revisionsgericht kann keine Beweise zur Schuldfrage erheben, so etwa darüber, ob ein Zeuge in der Hauptverhandlung anders ausgesagt hat, als im Urteil festgestellt ist; der festgestellte Sachverhalt ist vielmehr grundsätzlich ohne Rücksicht auf mögliche Abweichungen vom Akteninhalt oder auf anders lautende Aufzeichnungen von Prozessbeteiligten so hinzunehmen, wie ihn die Urteilsfassung wiedergibt.[71]

Seine dogmatische Begründung findet diese eingeschränkte Überprüfungsmöglichkeit im sogenannten Rekonstruktionsverbot. Dieses besagt, dass dem Revisionsgericht eine inhaltliche Rekonstruktion der Beweisaufnahme verwehrt ist, weil andernfalls die gesetzliche Aufgabenteilung – Tatsachenfeststellung in der Instanz, Rechtskontrolle durch das Obergericht – unterlaufen würde.[72] Dementsprechend werden Angriffe auf die Urteilsfeststellungen und die Beweiswürdigung vom Revisionsgericht regelmäßig wie folgt zurückgewiesen:

> „Das Ergebnis der Aussage eines Zeugen, wie überhaupt das Ergebnis der Hauptverhandlung, festzustellen und zu würdigen, ist allein Sache des Tatrichters; der dafür bestimmte Ort ist das Urteil. Was in ihm über das Ergebnis der Verhandlung zur Schuld- und Straffrage festgehalten ist, bindet das Revisionsgericht. Darüber ist kein Gegenbeweis zulässig.“[73]

---

71 Vgl. BGHSt 38, 14, 16; Diemer NStZ 2002, 17.
72 Vgl. hierzu KK-Ott § 261 Rn. 78 ff.
73 BGHSt 21, 149, 151; 29, 18, 20; 38, 14, 15.

Die Bindung des Revisionsgerichts an den vom Tatrichter festgestellten Sachverhalt setzt allerdings voraus, dass die getroffenen Feststellungen geeignet sind, die Entscheidung zu tragen. Nach der Rechtsprechung muss die Darstellung des geschichtlichen Vorgangs, der der tatrichterlichen Entscheidung zugrunde liegt, so beschaffen sein, dass dem Revisionsgericht die rechtliche Prüfung möglich ist. Als rechtsfehlerhaft gilt die Sachdarstellung insbesondere, wenn die Darstellung und Würdigung des festgestellten Sachverhalts Lücken, Widersprüche oder Unklarheiten oder Denkfehler enthält oder Erfahrungssätze missachtet (sogenannte Darstellungsrüge).[74] Ebenso wenig tragfähig sind solche Feststellungen, die auf einer rechtlich fehlerhaften tatrichterlichen Beweiswürdigung beruhen.[75]

Darstellungsmängel, die häufig im Zusammenhang mit der Kontrolle der Beweiswürdigung stehen, führen auf die Sachrüge zur Aufhebung des Urteils. Der Bundesgerichtshof hat die Revisibilität der Darstellung der Feststellungen im Wege der Sachrüge (Darstellungsrüge) in der Vergangenheit stark ausgebaut. Die intensivierte Kontrolle erstreckt sich auch auf mittelbar relevante Feststellungen – Feststellungen im Allgemeinen und im kriminalistischen Vorfeld der konkreten Rechtsanwendung.[76] Ein mit der Sachbeschwerde angreifbarer Mangel der Beweiswürdigung kann auch darin liegen, dass – wie sich aus dem Urteil ergibt – vorhandene Beweismittel nicht ausgeschöpft worden sind, oder das Tatgericht es unterlassen hat, sich mit nahe liegenden Möglichkeiten auseinanderzusetzen, die nach Sachlage mit den sonst festgestellten Beweistatsachen nicht weniger gut zu vereinbaren sind als die von ihm für erwiesen erachtete Möglichkeit.[77]

bb) Die Überprüfung der Darstellung der Urteilsfeststellungen und der Beweiswürdigung im Rahmen der Sachrüge erlaubt dem Tatrichter mithin bereits nach heutiger Praxis einen direkten Zugriff auf die tatrichterlichen Feststellungen. Damit wird die zur Legitimation des Rekonstruktionsverbots geltend gemachte strikte Aufgabentrennung zwischen Tat- und Revisionsgericht und die Tatsachenbindung des Revisionsgerichts jedenfalls mittelbar unterlaufen.[78] Die Kritiker dieser „erweiterten“ Revision bemängeln hieran vor allem die Unberechenbarkeit der Praxis, da das Ergebnis letztlich von der forensischen Erfahrung und dem Lebensverstand des Revisionsrichters abhänge und deswegen Grenzüberschreitungen vorprogrammiert seien.[79]

---

74 Vgl. hierzu Löwe/Rosenberg/Franke § 337 Rn 94 ff.; KK-Gericke § 337 Rn. 4.

75 Vgl. hierzu Schäfer StV 1995, 147; KK-Gericke § 337 Rn. 29 f.

76 Vgl. Löwe/Rosenberg/Franke § 337 Rn. 117.

77 Vgl. KK-Gericke § 337 Rn. 30 m.w.N.

78 Vgl. hierzu Barton StV 2004, 332; Norouzi, Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung, S. 215, 219.

79 Vgl. Löwe/Rosenberg/Franke § 337 Rn. 103 m.w.N.; Barton StV 2004, 332, 334; Norouzi S. 215, 219; vgl. auch Schünemann, Warnungen vor Holzwegen der Strafprozessreform in Sicherheit durch Strafe?,

Es stellt sich deshalb die Frage, ob dem richterlichen Bemühen, die Revision, wenn auch auf der abstrakten Grundlage der Urteilsurkunde, im Interesse einer richtigen Entscheidung zur Kontrolle der tatrichterlichen Feststellungen nutzbar zu machen, konsequenterweise nicht durch die Einführung der Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung und ihre Verwertbarkeit im Revisionsverfahren Rechnung getragen werden sollte. Damit wäre eine Möglichkeit geschaffen, Tatsachenfeststellungen und Beweiswürdigung des Gerichts im Urteil zuverlässiger als bisher im Revisionsverfahren zu überprüfen, insbesondere, ob eine Aussage vom Tatgericht zutreffend erfasst ist, sich die Urteilsfeststellungen mit den Aussagen der vernommenen Personen tatsächlich decken und die Würdigung dieser Aussagen die vom Tatgericht getroffenen Wertungen zulassen.

Für eine solche Änderung der Prüfungskompetenz des Revisionsgerichts könnte die bereits bestehende Möglichkeit ins Feld geführt werden, mit der Inbegriffs- oder Aufklärungsrüge Tatsachenfeststellungen und die Beweiswürdigung erfolgreich anzugreifen, wenn die festgestellten Tatsachen so dokumentiert sind, dass ohne jede Rekonstruktion der Hauptverhandlung der Nachweis geführt werden kann, dass die Tatsachen unzutreffend oder gar nicht wiedergegeben oder gewürdigt worden sind.[80] So etwa, wenn - wie in BGHSt 38, 14 - eine Aussage eines Zeugen gemäß § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO im Protokoll wörtlich niedergeschrieben, verlesen und genehmigt worden ist. Da sich das erstinstanzliche Urteil mit dieser beurkundeten Aussage nicht auseinandergesetzt hatte, hat der BGH (im Rahmen der Prüfung einer wirksam erhobenen Verfahrensrüge) einen Erörterungsmangel bejaht, weil die Würdigung der Aussage im Urteil im Hinblick auf die vollständige Erfassung des relevanten Beweisstoffes und die inhaltliche Richtigkeit der Feststellungen geboten gewesen wäre. Es bestehe entweder eine erörterungsbedürftige Diskrepanz zwischen Urteilsgründen und der in ihrem Wortlaut protokollierten Aussage, oder die Beweiswürdigung weise eine Lücke auf, die sie als unvollständig und – unter dem Aspekt des Beruhens – ihr Ergebnis als fragwürdig erscheinen lasse. Einen Konflikt mit dem Rekonstruktionsverbot hat der BGH verneint: Der hohe Beweiswert der nach § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO angeordneten Beurkundung schließe es aus, unter Berufung auf den Grundsatz, dass es allein Sache des Tatrichters sei, die Ergebnisse der Beweisaufnahme festzustellen und zu würdigen, die Diskrepanz oder Lücke hinzunehmen.[81]

---

28. Strafverteidigertag Mainz 2002, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (2003), S. 273: „ …die einem Lotteriespiel gleichende Darstellungsrüge …“; Schäfer StV 1995, 147, 153.

80 Vgl. hierzu Diemer NStZ 2002, 16 ff.

81 BGHSt 38, 14, 17; Im Ergebnis ebenso Löwe/Rosenberg/Stuckenberg § 274 Rn. 15.

Wenn der BGH es unter Berufung auf den hohen Beweiswert der nach § 273 Abs. 3 StPO protokollierten Aussage ohne Verstoß gegen das Rekonstruktionsverbot für zulässig erachtet, dass bei einem Widerspruch zwischen den schriftlichen Urteilsgründen und der wörtlichen Niederschrift im Hauptverhandlungsprotokoll die Urteilsfeststellungen entkräftet werden können, liegt der Schluss nahe, dies auch dann zuzulassen, wenn die Aussagen in der Hauptverhandlung in einer Videodokumentation festgehalten sind. Der Beweiswert einer solch technischen Dokumentation der Aussage ist nicht geringer als die schriftlich in ihrem Wortlaut protokollierte Aussage.[82] Damit würde der Darstellungsrüge ein ganz neues Anwendungsfeld eröffnet.[83] Meyer-Goßner prognostiziert, dass es sich mit Sicherheit nicht durchführen lasse, den Inhalt einer Videoaufzeichnung zu negieren, wenn dadurch gerade Unrichtigkeiten der Urteilsfeststellungen oder der Beweiswürdigung nachgewiesen werden sollen. Wenn man diese Möglichkeit habe, eine fehlerhafte Feststellung oder Beweiswürdigung aufgrund einer Videodokumentation zu entkräften, könne man davor ebenso wenig die Augen verschließen wie vor einem schriftlich vorliegenden Wortprotokoll.[84]

cc) Damit würde aber ein völlig neues Revisionsrecht geschaffen. Dem Revisionsgericht würden Aufgaben übertragen, die es bisher nicht hatte.[85] Die bisherige Aufgabenverteilung - Tatsachenfeststellung in der Instanz, Rechtskontrolle durch das Obergericht – würde obsolet. Ein tragender Pfeiler des Revisionsrechts - das Rekonstruktionsverbot - würde zum Einsturz gebracht, was einen grundlegenden Bruch mit dem bisherigen System des Revisionsverfahrens bedeuten würde. Denn der eigentliche Vorgang der Beweiserhebung und –würdigung müsste vom Revisionsgericht im Rahmen jeder Sachrüge nachvollzogen werden, und zwar nicht unter dem Gesichtspunkt formaler Ordnungsmäßigkeit, sondern unter dem materieller Gerechtigkeit. Dies würde einen revisionsrechtlich überprüfbaren – also normativen und normierten – Wahrheitsbegriff voraussetzen. Damit würde man den Begriff der materiellen Wahrheit und mit diesem verknüpft den der materiellen (Einzelfall-)Gerechtigkeit als prozessrechtliches und revisionsrechtlich nachprüfbares Gesetzmäßigkeitskriterium in das Strafprozessrecht einführen, obwohl dieser Bereich der Revision verschlossen bleiben soll.[86] Das Revisionsgericht würde dadurch zu einem minderen Berufungsgericht, weil es anhand der Videoaufzeichnung, also „aus zweiter Hand“ die erstinstanzliche Hauptverhandlung nachzuvollziehen hätte und wie ein Berufungsgericht gefor-

---

82 Vgl. Wasserburg, FS Richter II, S. 547, 557; a.A. Hofmann StraFo 2004, 303 im Hinblick auf die urkundliche Fixierung und die damit verbundene Genehmigung nach § 273 Abs. 3 Satz 2 StPO.

83 Wasserburg, FS Richter II, S. 547, 558.

84 Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 147.

85 Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 148.

86 Momsen GA 1998, 488, 496.

dert wäre eine Entscheidung zu treffen, die Sache aber an die Vorinstanz zurückweisen müsste.[87]

Ungeachtet dieser systematischen Bedenken dürfte eine entsprechende Kontrolle durch das Revisionsgericht auf der Grundlage der bisherigen Personalausstattung nicht leistbar sein. Im Hinblick auf die zahlreichen dem Bundesgerichtshof vorliegenden Umfangsverfahren, insbesondere Wirtschafts- und Staatsschutzstrafverfahren, mit oft monatelangen Hauptverhandlungen und angesichts von durchschnittlich über 600 Revisionsverfahren pro Senat des Bundesgerichtshofs im Jahr würde die Leistungsfähigkeit des Bundesgerichtshofs schnell an seine Grenzen stoßen, müsste er stundenlange Videoaufnahmen ansehen,[88] zumal es ein „diagonales" Lesen, bei dem der geübte Richter durch Überfliegen der Aktenseiten sehr schnell die gesuchte Stelle findet, bei einer Videoaufnahme nicht gibt.[89]

Außerdem würde die Verpflichtung des Revisionsgerichts, sich anhand des Videomaterials selbst von der Richtigkeit der Urteilsfeststellungen und der Beweiswürdigung zu überzeugen, dem (für Verfahrensrügen geltenden) Grundgedanken des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zuwiderlaufen. Danach hat der Gesetzgeber aus Praktikabilitätsgründen grundsätzlich dem Beschwerdeführer die Aufgabe übertragen, in tatsächlicher Hinsicht darzulegen, durch welche der Verfahrenshandlungen er Unrecht erlitten zu haben glaubt. Denn dem Revisionsgericht soll es nicht zugemutet werden, Sitzungsprotokoll und Akten auf mögliche Verfahrensverstöße durchzuarbeiten bzw. im Wege des Freibeweises aus den Akten nicht ersichtlichen Fehlermöglichkeiten nachzugehen.[90] Dieser Grundgedanke würde unterlaufen, ließe man Angriffe auf die Darstellung der tatrichterlichen Feststellungen bzw. die Beweiswürdigung unter Berufung auf die Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung im Rahmen der Sachrüge zu. Zutreffend weist Norouzi darauf hin, dass der Bundesgerichtshof kein Filmclub ist.[91]

b) Kontrolle (nur) von Verfahrensfehlern

Lehnt man es aus den dargestellten Gründen ab, eine Überprüfung der tatrichterlichen Feststellungen und der Beweiswürdigung anhand der Videoaufzeichnung der

87 Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 149.

88 So auch Norouzi, Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung, S. 222. Auf die Überforderung des Revisionsgerichts hat bereits Glanzmann auf dem 41. Deutschen Juristentag 1955 hingewiesen, JZ 1955, 654.

89 So schon Röhl JZ 1956, 592 zum Tonbandprotokoll.

90 Schlothauer, FS Hamm, S. 659; Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 148.

91 Norouzi, Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung, S. 222; ähnlich Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 148 f. („abwegige Vorstellung, dass der Revisionsrichter, also ein – jedenfalls der Idee nach – stets hochqualifizierter Jurist, seine Zeit damit verbringt, stundenlang Filme anzuschauen und seine Eindrücke mit den schriftlichen Urteilsgründen zu vergleichen").

Hauptverhandlung bereits auf die Sachrüge hin zuzulassen, bleibt zu prüfen, ob eine Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung wenigstens zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden könnte, wie es § 352 Abs. 1 Satz 2 StPO-E der BRAK vorgeschlagen hat. Nimmt man die Videodokumentation der Hauptverhandlung ernst, wäre dies nur konsequent.

aa) Die Befürworter dieser Lösung erhoffen sich damit, die „Sinnkrise“ der Revision zu überwinden oder zumindest abzumildern. Die unzureichende Dokumentation der Hauptverhandlung erschwere die wirksame Revisionsverteidigung bei der Erhebung von Verfahrensrügen, da das jederzeit korrigierbare Protokoll keine Gewähr für den prozessualen Sachverhalt als Gegenstand des Revisionsverfahrens darstelle und die Verletzung bestimmter Verfahrensnormen, die den Inhalt der Beweisaufnahme reglementieren (vor allem § 261 StPO und § 244 Abs. 2 StPO), nur eingeschränkt gerügt werden könne.[92] Der Rückgriff auf Ton- oder Bildaufzeichnungen sei sachgerecht, weil es keine Form der Dokumentation gebe, die näher an der Unmittelbarkeit sei.[93] Das richterrechtlich entwickelte Modell der Protokollberichtigung des Großen Strafsenats sei fehleranfällig und führe zu zeitaufwändigen Erhebungen und Auseinandersetzungen zwischen den Verfahrensbeteiligten.

Wenn die Videoaufzeichnung nur zur Überprüfung von Verfahrensmängeln herangezogen werden könne, werde sich auch an der Funktion des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nichts ändern, weil der Revisionsführer nicht von seiner Pflicht entbunden werde, einen konkreten, vollständigen und richtigen Tatsachenvortrag zu erstatten. Auch die Aufgabenteilung zwischen Revisions- und Tatrichter ginge nicht verloren, weil der Tatrichter die Beweise eigenständig würdigt und diesem durch die vollständige Dokumentation der Beweisaufnahme lediglich eine höhere Darlegungslast abverlangt werde.[94]

bb) Die dargelegten Konsequenzen der vermittelnden Lösung - Einführung einer Videodokumentation mit der Maßgabe, diese nur zur Begründung von Verfahrensrügen verwenden zu dürfen – zeichnen m.E. ein unvollständiges Bild.

aaa) Lässt man die Überprüfung von Verfahrensmängeln aufgrund einer Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung zu, kann mit der Verfahrensrüge gem. § 261 StPO gerügt werden, dass bei der audiovisuellen Vernehmung etwas anderes gesagt worden sei als in den Urteilsgründen festgestellt wurde. Außerdem könnte die Rüge der

92 Norouzi, Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung, S. 226.

93 Leitner StraFo 2004, 306, 308.

94 Norouzi, Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung, S. 222 f.

Nichtausschöpfung des Beweismittels gem. § 244 Abs. 2 StPO auf die Videoaufzeichnung gestützt werden, weil diese eindeutig wiedergibt, ob und welche Fragen an den Zeugen gestellt worden sind. Es wären somit Verfahrensrügen zulässig, durch die die „Aufzeichnungswidrigkeit“ der Urteilsgründe geltend gemacht wird, insbesondere mit dem Vorbringen, der Tatrichter habe

- den Inhalt der audiovisuellen Zeugenvernehmung unrichtig bewertet, insbesondere die Aussage in ihr Gegenteil verkehrt,
- die audiovisuelle Vernehmung bei der Beweiswürdigung ganz oder teilweise unberücksichtigt gelassen oder
- die audiovisuelle Vernehmung nicht ausgeschöpft, weil notwendige Fragen oder Vorhalte unterlassen wurden.[95]

Im Hinblick auf § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO wäre zunächst die Verteidigung gezwungen, gegebenenfalls tagelang Videoaufzeichnungen von Vernehmungen anzusehen und diese dann ganz oder teilweise in der Revisionsbegründung schriftlich wiederzugeben (ob die Angabe der laufenden Nummer auf dem Videoband mit der in Bezug genommenen Zeugenaussage ausreicht, erscheint im Hinblick auf die strenge Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Verfahrensrügen fraglich). Das Revisionsgericht wäre zur Prüfung der Zulässigkeit und Begründetheit solcher Rügen ebenfalls gezwungen, die Videoaufnahme der gerügten Vernehmung anzusehen. Selbst wenn nur einzelne Passagen der audiovisuellen Zeugenvernehmung gerügt werden, müsste das Revisionsgericht die gesamte Aufnahme abspielen, um zu prüfen, ob der Zeuge den gerügten Aussagenteil in der Vernehmung relativiert, eingeschränkt oder gar widerrufen hat.[96] Würden Rügen gem. § 261 und § 244 Abs. 2 StPO bezüglich zahlreicher in der Hauptverhandlung vernommener Zeugen und/oder Sachverständigen erhoben, müsste sich das Revisionsgericht in einer höchst umfangreichen und aufwändigen Arbeit mit allen Aussagen anhand der Videodokumentation auseinandersetzen. Im Falle der Notwendigkeit von Übersetzungen der Vernehmungen würde sich der Aufwand noch erhöhen. Dies würde die Arbeit des Revisionsgerichts lahmlegen. Dieses Problem wird auch von den Befürwortern der Videodokumentation der Hauptverhandlung nicht verkannt.[97]

Im Ergebnis würde deshalb die Zulassung der Verwendung der Videoaufzeichnung für die Begründung von Verfahrensrügen darauf hinauslaufen, die Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren zulassen. Dies hat der Bundesgerichtshof mit guten Gründen bislang zu vermeiden versucht. So hat es der 1. Strafsenat des

---

95 Vgl. Schäfer, StV 1995, 147, 154.
96 So bereits Röhl, JZ 1956, 591.
97 Vgl. Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, S. 139.

Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 15. April 2003[98] unter Berufung auf das Rekonstruktionsverbot in Fällen einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a StPO abgelehnt, sich die Videoaufzeichnung anzusehen. Dort hatte die Verteidigung eine ergänzende Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung unter anderem mit der Begründung beantragt, dass dem Zeugen im Rahmen der vorgeführten aufgezeichneten Vernehmung bestimmte Fragen nicht gestellt und bestimmte Vorhalte nicht gemacht worden seien. Die Nichtstatthaftigkeit der erhobenen Verfahrensrüge hat der 1. Strafsenat wie folgt begründet:

> „Es widerstritte der Aufgabenverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht, wäre das Revisionsgericht in solchen Fällen gehalten, sich die Aufzeichnung selbst anzusehen und etwa daraufhin zu bewerten, ob die Person dieses oder jenes so oder anders gesagt, ausgedrückt oder gemeint hat, und ob die vorangegangene Frage in diese oder jene Richtung geht. Es liegt auf der Hand, dass damit oft auch tatsächliche Wertungen zur Beweiswürdigung verlangt wären, die vorzunehmen nicht Aufgabe des Revisionsrichters ist“.[99]

Die Bewertung einer Aussage aufgrund einer Videodokumentation ist auch nicht mit den Fällen des einfachen Durchlesens einer Urkunde oder dem einfachen Betrachten eines Lichtbildes vergleichbar. Bereits nach heutiger Rechtsprechung sind Verfahrensrügen nach § 261 StPO oder § 244 Abs. 2 StPO ausnahmsweise unter Rückgriff auf die Akten dann nicht wegen Verstoßes gegen Rekonstruktionsverbot unzulässig, wenn das Revisionsgericht allein mit den Mitteln des Revisionsrechts das Beweisergebnis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung aufgrund der Aktenlage, nämlich durch Rückgriff auf Urkunden, feststellen kann.[100] Dies wurde etwa bejaht bei urkundlicher Fixierung von Zeugenaussagen gem. § 273 Abs. 3 StPO oder bei verlesenen Vernehmungsprotokollen oder sonstigen verlesenen und in den Akten befindlichen Urkunden.[101]

Im Gegensatz zum Verlesen einer Urkunde handelt es sich aber bei der Videoaufzeichnung einer Zeugenvernehmung um ein dynamisches Augenscheinsobjekt, das einen sich vielfach über lange Zeit wechselhaft hinziehenden Vernehmungsvorgang

---

98 BGHSt 48, 268 ff.; zustimmend Hofmann StraFo 2004, 303.

99 BGHSt 48, 268 ff.

100 Vgl. Diemer NStZ 2002, 16, 18.

101 Vgl. BGHSt 29, 18, 21; 43, 212, 214; BGH StV 1991, 549; 1993 115; NStZ 1997, 296; BGHR StPO § 261 Inbegriff 6, 22, 30. Ob sich diese Rechtsprechung des Bundesgerichthofs zu Ausnahmen vom revisionsrechtlichen Rekonstruktionsverbot der Beweisaufnahme auch auf Videoaufzeichnungen der Hauptverhandlung etwa nach § 247a StPO übertragen lässt, ist umstritten und noch nicht abschließend geklärt. Während dies wegen der Vergleichbarkeit der Videoaufnahme mit Wortprotokollen gem. § 273 Abs. 3 StPO (Schlothauer StV 1999, 47, 50; Beulke ZStW 113, 709, 731 f.; Wasserburg, FS Richter II, S. 547, 557) oder der Vergleichbarkeit mit in der Hauptverhandlung verlesenen Urkunden (Diemer NStZ 2002, 16, 18 ff.) bejaht wird, verstößt dies nach anderer Auffassung gegen das Rekonstruktionsverbot (Hofmann StraFo 2004, 303).

dokumentiert,[102] dessen Bewertung den Revisionsrichter in eine quasi tatrichterliche Rolle schlüpfen ließe. Im Gegensatz zu einem verlesenen Vernehmungsprotokoll kann nämlich eine audiovisuelle Aufzeichnung nicht auf ihren wörtlichen Teil reduziert werden. Die Bewertung der Aussage muss das nonverbale Aussageverhalten, etwa ob der Zeuge bei der Aussage gezittert oder geschwitzt, auf Fragen unsicher oder zögerlich geantwortet hat oder ob er rot angelaufen oder bleich geworden oder regungslos auf seinem Stuhl sitzen geblieben ist, miteinbeziehen und klären, wie sich dieses mit dem verbalen Inhalt der Zeugenaussage verknüpfen lässt.[103] Dies betrifft aber den Kernbereich der tatrichterlichen Beweiswürdigung, die dem Revisionsgericht nach der gesetzlichen Strukturierung des Revisionsverfahrens bislang verschlossen ist. Eine Differenzierung danach, ob die Nachprüfung nonverbaler Äußerungen durch das Revisionsgericht rein kognitiv, also durch bloßes optisches Erkennen erfolgen kann, oder ob sich der Beweisgehalt erst durch eine darüber hinaus gehende Wertung erschließen lässt,[104] erscheint fraglich, weil das bloße optische Erfassen immer mit einer Wertung verbunden ist.[105] Wäre das Revisionsgericht gezwungen, sich mit entsprechenden Videoaufzeichnungen auseinanderzusetzen und diese zu bewerten, würde das Revisionsgericht zu einer Tatsacheninstanz auf kupierter Tatsachen- und Beweisgrundlage umfunktioniert. Damit verschiebt sich die Gewichtung des Strafverfahrens von der Hauptverhandlung in das Revisionsverfahren.

Hinzu kommt, dass eine Wiederholung der Beweisaufnahme im Revisionsverfahren mit dem Ziel einer Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatrichters häufig nicht zu brauchbaren Ergebnissen führt. Ergibt eine solche Beweiswiederholung einen Widerspruch zu dem vom Tatrichter im Urteil festgestellten Beweisgehalt, ist nämlich noch längst nicht entschieden, wie der Beweisgehalt sich in der Beweisaufnahme des Tatrichters dargestellt hat und warum ein vom Revisionsgericht festgestellter anderer Beweisgehalt richtiger sein sollte, als der vom Tatrichter festgestellte. Einzelne Beweiserhebungen einer Hauptverhandlung können nämlich nicht isoliert, sondern müssen vor dem Hintergrund eines sehr komplexen Beweisgefüges gesehen werden,[106] das allein durch die Videoaufzeichnung nicht abgebildet werden kann.

Die dargelegten Auswirkungen auf das Revisionsverfahren waren letztlich auch ausschlaggebend dafür, dass der Gesetzgeber im Jahr 2004 bei der Einführung des Tonbandprotokolls vor dem Amtsgericht (§ 273 Abs. 2 Satz 2 StPO) davon abgese-

---

102 Hofmann StraFo 2004, 304; NStZ 2002, 569.
103 Hofmann StraFo 2004, 304; vgl. auch Uetermeier NJW 2002, 2298, 2299.
104 So Diemer NStZ 2002, 16, 19.
105 Albrecht, Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren, Max-Planck-Institut (2002), S. 495.
106 Schäfer StV 1995, 147, 154.

hen, dieses Verfahren auch bei Hauptverhandlungen vor dem Land- und Oberlandesgericht einzuführen:

> „Es ist zu befürchten, dass der Einsatz moderner Kommunikationstechnologien in erstinstanzlichen Verhandlungen vor dem Land- und Oberlandesgericht im Revisionsverfahren zu einer Zunahme von Verfahrensrügen nach § 261 StPO führen würde. Zwar kann grundsätzlich die Revision nicht darauf gestützt werden, ein Zeuge habe in der Hauptverhandlung etwas anders bekundet, als im Urteil festgestellt wurde, oder das Tatgericht habe sich mit einer im Urteil nicht enthaltenen Aussage einer Beweisperson nicht auseinander gesetzt. Von diesem Grundsatz macht jedoch die Rechtsprechung eine Ausnahme, wenn eine Aussage wörtlich niedergeschrieben und nach § 273 Abs. 3 StPO genehmigt worden ist (…) oder wenn Vernehmungsniederschriften oder Urkunden verlesen worden sind (…), weil dann ohne Rekonstruktion der Beweisaufnahme allein aufgrund der Aktenlage der Nachweis geführt werden kann, dass die im Urteil getroffenen Feststellungen nicht durch die in der Hauptverhandlung benutzten Beweismittel gewonnen werden konnten oder das Gericht Beweismittel unbeachtet gelassen habe.
>
> Überträgt man diese Rechtsprechung auf Bild- und Tonaufnahmen, deren weitgehende Gleichstellung nach § 255a StPO angestrebt ist, wäre zu erwarten, dass auch Tonbandaufzeichnungen im landgerichtlichen Verfahren eine Verfahrensrüge nach § 261 StPO begründen können. (…)“[107]

bbb) Die dargestellten Auswirkungen der Videodokumentation der Hauptverhandlung auf das Revisionsverfahren werden regelmäßig auch bei Verfahrensrügen, die nicht die Beweiswürdigung als solche angreifen, eintreten.

Vergegenwärtigt man sich die umfangreiche Kasuistik zur § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ist der Tatsachenvortrag zu Verfahrensrügen in bestimmten Fällen nach Anforderungen der Rechtsprechung[108] schlichtweg nicht leistbar, ohne zum Inhalt der Beweisaufnahme etwas zu sagen.[109] So kann beispielsweise im Zusammenhang mit der Frage der Belehrung nach § 52 Abs. 1 Satz 1 StPO von maßgeblicher Bedeutung sein, ob der Zeuge bei seiner Vernehmung ein Verlöbnis bestätigt oder verneint hat. Dies wiederum hätte zur Folge, dass sich das Revisionsgericht anhand der Videoaufnahme mit dem Inhalt der Zeugenvernehmung auseinandersetzen müsste.

---

107 BR-Drs. 829/03, S. 27 f.; BT-Drs. 15/1976, S. 12 f.; Leitner StraFo 2004, 306.

108 Vgl. Pauly, FS Hamm, S. 557, 560.

109 Norouzi, Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung, S. 215, 219.

Schließlich sind auch die Formerfordernisse des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht geeignet, den Aufwand des Revisionsgerichts in erträgliche Bahnen zu lenken. Auch wenn der Revisionsführer gem. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genau die Stellen bezeichnen muss, in denen sich der beanstandete Vorgang befindet, ist damit nicht gesagt, dass der Revisionsführer vollständig vorgetragen hat. Die Erfahrungen des Verf. mit der Bearbeitung von Revisionen zeigen, dass der Tatsachenvortrag in den Revisionsbegründungsschriften oftmals Verfahrensabläufe, die für die Beurteilung der Begründetheit der Revision maßgeblich sind, etwa weil aus ihnen hervorgeht, dass der gerügte Verfahrensfehler gar nicht besteht oder im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung geheilt worden ist, nicht enthält. Das Revisionsgericht wird deshalb nicht umhin können, die gesamte Videoaufzeichnung im Hinblick auf die Vollständigkeit des Vortrags zu überprüfen.[110] Soweit dem unter Hinweis auf die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft der Tatsacheninstanz, diese Aufgabe im Rahmen ihrer Gegenerklärung zu übernehmen, widersprochen wird,[111] überzeugt dies nicht. Die Verlagerung der in der Praxis kaum zu leistenden Arbeit auf die Staatsanwaltschaft der Tatsacheninstanz beseitigt das Problem nicht, sondern verschiebt es nur. Außerdem sind die Gegenerklärungen der Staatsanwaltschaften nicht immer von einer Qualität, die eine eigene Prüfung des Revisionsgerichts überflüssig macht.[112]

10. Kosten

Zu den Kosten der Videodokumentation der Hauptverhandlung (Ausstattung der Gerichtssäle mit Videotechnik, Pflege der Technik, Speicherung der Aufzeichnungen) können keine zuverlässigen Angaben gemacht werden, weshalb auf das Kostenargument hier nicht näher eingegangen wird. Digitale Aufzeichnungen des Gesamtverfahrens werfen die Frage nach einer Umstellung der konventionellen Aktenführung auf Datenbanknetze auf.

Um eine zuverlässige Dokumentation zu gewährleisten müssten zwei Kameras zum Einsatz gebracht werden. Eine sollte alle im Gerichtssaal anwesenden Personen aufnehmen. Eine weitere Kamera würde benötigt, um Details der Hauptverhandlung wie Inaugenscheinnahmen, Vorhalte von Skizzen, Plänen oder Lichtbildern oder Zeugenvernehmungen festzuhalten.

Außerdem wird man klären müssen, wer die Verantwortung für die ordnungsgemäße Errichtung des „audiovisuellen Protokolls“ übernimmt. Will man dies nicht dem Richter

110 Hofmann, StraFo 2004, 304; Meyer-Goßner, FS Fezer, S. 146.
111 Norouzi, Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung, S. 222.
112 Vgl. auch Röhl JZ 1956, 591.

überlassen, der sich auf die Verhandlungsleitung konzentrieren soll, und auch nicht dem Urkundsbeamten, der die schriftliche Protokollierung mitverantwortet, wird man damit einen „Techniker“ beauftragen müssen, dessen rechtliche Einordnung geklärt werden müsste (Urkundsbeamter der Geschäftsstelle?).

Die Kosten der Einführung der Videotechnik hängen auch maßgeblich davon ab, ob eine Verschriftung des Videoprotokolls für erforderlich gehalten wird.

Zusammenfassung:

1. Eine Schwachstelle der Videodokumentation der Hauptverhandlung liegt in der fehlenden Verdichtung oft komplexer Vorgänge. Gleichwohl ist sie grundsätzlich geeignet, eine höhere Transparenz, insbesondere eine Überprüfbarkeit der tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung sowohl in der Tatsachen- als auch in der Revisionsinstanz herbeizuführen. Wesentliche, die Schuldfrage betreffende Tatsachen, die „durch das Netz tatrichterlicher Aufklärung oder Beweiswürdigung gefallen sind“,[113] können anhand einer Videodokumentation der revisionsrechtlichen Kontrolle zugeführt werden. Letztlich kann dadurch die Herstellung materieller Wahrheit in der Revisionsinstanz befördert werden.

2. Mit der Einführung der Videodokumentation der Hauptverhandlung wäre eine Weichenstellung verbunden, die in ihrer grundsätzlichen Tragweite für die Struktur des Verfahrens nicht zu unterschätzen ist. Dem geltenden formalisierten Rechtsmittelverfahren der Revision liegt der Grundsatz der formellen und gerade nicht der materiellen Wahrheit zugrunde. Dies gilt insbesondere für die Prüfung, ob der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt prozessordnungsgemäß festgestellt wurde.[114] Die Formenstrenge ist im Revisionsverfahren besonders ausgeprägt, um die erforderliche Konzentration auf die Aufgabe der materiellen und verfahrensrechtlichen Rechtskontrolle zu gewährleisten.[115] Mit der Bezugnahme auf die inhaltliche Wahrheit als maßgeblichem Kriterium einer Verfahrensrüge und der Relativierung der absoluten Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls würde das Revisionsgericht in Widerspruch zu seiner gesetzlichen Ausgestaltung in seinem Charakter grundlegend verändert. Die Mitglieder des Revisionsgerichts müssten einen erheblichen Teil ihrer Zeit vor Videogeräten zubringen, um Verfahrensfehler und die tatrichterliche Beweiswürdigung zu kontrollieren. Ob sich diese veränderte Aufgabenstellung

---

113 Deckers in: 18. Strafverteidigertag 1994, Tatsachenerfassung, Verteidigung und erweiterte Anwaltsaufgaben im Strafprozeß, S. 131, 132.

114 Ziegert, FS Volk, S. 901, 902; Momsen, FS Egon Müller, S. 457, 464, 466.

115 Tepperwien, FS Meyer-Goßner, S. 595, 603 f.

so in Formerfordernisse strukturieren lässt, dass sie nicht zur unzumutbaren Plage für die Strafrechtspflege wird, erscheint zweifelhaft.

Dr. Matthias Krauß
Bundesanwalt b. BGH

Expertenkommission des BMJV zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Sechste Sitzung am 11./12. Mai 2015

Beweisantragsrecht/Präklusion

I. Befund

Das bestehende Beweisantragsrecht gehört zum Kernbereich der durch das Rechtsstaatsgebot, zusätzlich aber auch durch die Menschenwürde verfassungsrechtlich geschützten Mitwirkungsrechte eines Angeklagten. Sein Recht, das Ergebnis der Beweisaufnahme durch eigene Anträge zu beeinflussen, bewirkt neben anderen Errungenschaften des modernen Strafprozesses seine Emanzipation vom Objekt der gerichtlichen Untersuchung hin zum Prozesssubjekt.[1] Aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung in § 246 Abs. 1 StPO darf eine Beweiserhebung nicht deshalb abgelehnt werden, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache zu spät vorgebracht worden sei. Alle Beweisanträge, selbst wenn sie nach Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms, nach Schluss der Beweisaufnahme oder sogar noch kurz vor oder gar während der Urteilsbegründung[2] gestellt worden sind, sind grundsätzlich einer begründeten Entscheidung des gesamten Tatgerichts vor dem Schluss der Beweisaufnahme zuzuführen (§ 244 Abs. 6 StPO). Gegebenenfalls ist wieder in die Beweisaufnahme einzutreten. Dieser im internationalen Vergleich einzigartige Mechanismus stellt den Abschluss der Hauptverhandlung letztlich in das Belieben der Verfahrensbeteiligten.[3] Bedient sich der Verteidiger des Beweisantragsrechts in dysfunktionaler Weise zur Verfolgung prozesswidriger Zwecke, wird das Gericht als „Getriebener der Verteidigung“ auf die Übernahme der rein reaktiven Rolle reduziert, Beweisanträge entgegen zu nehmen und zu bescheiden.[4]

1 BGHSt 21, 118, 124; BGH NStZ 1989, 334, 335; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 410; Fezer, FS 50 Jahre BGH, S. 847, 861; Trüg, StV 2010, 528, 534.

2 Vgl. Meyer-Goßner § 244 Rn. 33.

3 Tully, ZRP 2014, 45, 46.

4 Schneider, FS Eisenberg, S. 607, 611.

In der Praxis wird die ganz überwiegende Zahl der Verfahren ohne missbräuchliche Inanspruchnahme der beweisrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten in angemessener Zeit zu einem Urteil geführt. Allerdings gibt es auch eine nicht unbeträchtliche Zahl von Strafverfahren, vor allem Wirtschaftsstrafverfahren und Staatsschutzsachen, in denen es zu einem exzessiven Gebrauch des Beweisantragsrechts kommt, entweder weil der Angeklagte oder Verteidiger in Antragswellen jeweils eine gebündelte Vielzahl von Beweisanträgen (mitunter hunderte oder gar tausende) stellt oder nach Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms oder noch nach Schluss der Beweisaufnahme (§ 258 Abs. 1 StPO) wiederholt schubweise neue Beweiserhebungen beantragt.[5] Dies führt regelmäßig zu einer Überforderung der Arbeitskapazität des Gerichts und zu einer erheblichen Verzögerung oft entscheidungsreifer Verfahren. In vielen Fällen drängt sich der Verdacht auf, dass es dem Antragsteller nicht darum geht, durch die beantragten Beweiserhebungen den Nachweis für die Richtigkeit seiner Behauptungen zu führen, sondern es ihm vielmehr allein darauf ankommt, den Abschluss des Verfahrens zu vereiteln, zu verzögern oder das Gericht unter Druck zu setzen, damit es sich zu einer ihm günstigen Verständigung über das Verfahrensergebnis bereitfindet.[6]

II. Bisherige Lösungsansätze

Zur Abwehr von solchen Anträgen hat die höchstrichterliche Rechtsprechung in der Vergangenheit verschiedene Methoden und Lösungen entwickelt, die im Ergebnis nicht befriedigend sind.

1. Der Versuch, Anträgen ihre Beweisantragsqualität und die damit nach § 244 Abs. 6 StPO angeordnete Bescheidungspflicht abzusprechen, löst das Problem nicht, führt zu einer schwer überschaubaren Differenzierung und Komplizierung des Beweisantragsrechts (Konnexität im engeren und weiteren Sinne, Beweisbehauptung „ins Blaue hinein“, negative Formulierung der Beweisbehauptung) und benachteiligt den unzureichend oder gar nicht Verteidigten.[7]

2. Die unter Rückgriff auf das allgemeine strafprozessuale Missbrauchsverbot für zulässig erachtete Möglichkeit, dem Angeklagten in Fällen des extremen Missbrauchs prozessualer Befugnisse zu untersagen, selbst weitere Beweisanträge zu stellen und diese nur noch über den Verteidiger einzureichen,[8] hilft nicht weiter in Fällen, in denen nicht der Angeklagte, sondern der Verteidiger eine Vielzahl offensichtlich unbegründeter Anträge mit verfahrensfremder oder verfahrenswidriger Zielrichtung stellt.

5 Vgl. Schneider, FS Eisenberg, S. 607, 608; Niemöller, JR 2010, 332; Fezer, FS 50 Jahre BGH, S. 872; Tully, ZRP 2014, 45, 46; Bünger, NStZ 2006, 305, 307.

6 Vgl. auch BGH NStZ 2005, 341.

7 Tully, ZRP 2014, 45, 46.

8 BGHSt 38, 111; BGH v. 3.8.2010 – 4 StR 192/10.

3. Die vom 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zur Lösung des Problems hinsichtlich des Ablehnungsgrunds der Prozessverschleppung entwickelte Fristenlösung[9] geht zwar in die richtige Richtung, erscheint aber insgesamt nicht ausreichend, um den Tatgerichten ein effektives Instrumentarium an die Hand zu geben, welches sie in die Lage versetzt, einer Flut von am Ende der Beweisaufnahme in sukzessiver Abfolge gestellten, sachlich meist unberechtigten Beweisanträgen effektiv zu begegnen und damit unvertretbar lange Hauptverhandlungen zu vermeiden. Nach BGHSt 52, 355 hat der Vorsitzende aufgrund seiner Sachleitungsbefugnis das Recht, durch Fristsetzung für Beweisanträge das Verfahren nach regelmäßig zehn Verhandlungstagen zu fördern, wenn die vom Gericht für geboten gehaltene Beweiserhebung abgeschlossen ist. Werden Anträge nach Ablauf der Frist gestellt, so ergeben sich daraus – so der BGH - signifikante Indizien für eine Verschleppungsabsicht des Antragstellers, falls dieser die Gründe der verspäteten Antragstellung nicht nachvollziehbar und substantiiert darlegt und auch die Aufklärungspflicht nicht zur Beweiserhebung drängt.

   Ungeachtet der Frage, ob diese Rechtsprechung sich noch in den Grenzen dessen bewegt, was eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung des § 244 Abs. 3 Satz 2, § 246 Abs. 1 StPO noch zu legitimieren vermag,[10] weist die Fristenlösung des BGH folgende Schwächen auf:

   Sie befreit den Richter nicht von der Notwendigkeit, die unscharfe „Verschleppungsabsicht“ jeweils aufgrund eines Gerichtsbeschlusses (§ 244 Abs. 6 StPO) im Einzelnen festzustellen.[11] Verschleppungsabsicht liegt nur vor, wenn eine Verzögerung eintreten würde, wobei schon unklar ist, ob es sich um eine wesentliche[12] oder nicht unerhebliche Verzögerung handeln muss[13] oder ob jede Verzögerung ausreicht.[14] Außerdem setzt die Antragsablehnung voraus, dass das Gericht der

9 BGH v. 23.9.2008 – 1 StR 484/08, BGHSt 52, 355; vgl. auch BGH v. 9.5.2007 – 1 StR 32/07, BGHSt 51, 333; v. 19.6.2007 – 3 StR 149/07, NStZ 2007, 716; v. 10.11.2009 – 1 StR 162/09, NStZ 2010, 161; zustimmend LR/Becker § 244 Rn. 273; Fahl, DRiZ 2009, 291; ablehnend Gaede, NJW 2009, 605; Eidam, JZ 2009, 318; König, StV 2009, 171; Hamm, FS Hassemer, S. 1017; Schlothauer, StraFo 2011, 459, 465; Kempf, StraFo 2010, 316, 320; Niemöller, JR 2010, 332, 334 m.w.N.

Siehe hierzu auch BGH v. 14.6.2005 – 5 StR 129/05, in dem Senat in einem Sonderfall massenhaft gestellter Beweisanträge, die erkennbar darauf abzielten, das Tatgericht allein schon durch die notwendige Bescheidung der Anträge und nicht durch Beweiserhebungen am Abschluss des Verfahrens zu hindern, es erwogen hat, dass den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Entgegennahme von Beweisanträgen gesetzt und mit eingehender Begründung die pauschale Ablehnung nach Fristablauf gestellter Anträge wegen Verschleppungsabsicht vorab beschlossen werden könne.

10 Ablehnend Eidam, JZ 2009, 318; Fezer, HRRS 2009, 17, Habetha/Trüg, GA 2009, 427; Jahn, StV 2009, 667; König, StV 2009, 171; Meyer-Goßner § 244 Rn. 69c. Das Bundesverfassungsgericht, NJW 2010, 592; 2036, hat gegen diese Rechtsprechung keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben.

11 Vgl. BGH v. 20.7.2011 – 3 StR 44/11, NJW 2011, 2821.

12 Vgl. BGH v. 18.09.2008 – 4 StR 358/08, NStZ-RR 2009, 21.

13 Vgl. BGHSt 51, 333.

14 Vgl. BGHSt 51, 333 (obiter dictum), zust. BGH StraFo 2007, 509, Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 423; anders aber BGH StV 2009, 5; offen gelassen von BGH NStZ 2011, 646.

Überzeugung ist, dass die Beweiserhebung nichts zugunsten des Antragstellers ergeben wird,[15] der Antragsteller sich dessen bewusst ist und ausschließlich die Verzögerung des Verfahrens bezweckt. Das Gericht darf den Antrag nur ablehnen, wenn es nach Art eines Indizienbeweises die Verschleppungsabsicht des Antragstellers auf Grund der äußeren Umstände sicher nachweisen kann. Die für und gegen die Verschleppungsabsicht sprechenden Umstände müssen für jeden einzelnen Beweisantrag und für jede einzelne Beweisfrage gegeneinander abgewogen werden.[16] Der zu leistende Begründungsaufwand ist beträchtlich.[17] Bereits die Unerlässlichkeit individueller Prüfung und Bescheidung jedes Antrags geht mit einer erheblichen Verzögerung einher.[18] Das Gericht kann den Missbrauch nur punktuell verwalten. Hinzu kommt, dass der 5. Strafsenat ausdrücklich betont hat, dass die Fristenlösung „vorsichtiger und zurückhaltender Handhabung" bedarf und eine Fristsetzung überhaupt nur in Betracht kommt bei bestimmten Anzeichen für Verschleppungsabsicht im bisherigen Verteidigungsverhalten, was vom Vorsitzenden im Zusammenhang mit der entsprechenden Anordnung ausdrücklich zu bezeichnen sei (§ 273 Abs. 3 StPO).[19] Ob diese Rechtsprechung der Fristenlösung „praktisch den Garaus macht",[20] mag dahinstehen. Jedenfalls verwundert es nicht, dass die Anforderungen an den Gebrauch des Ablehnungsgrundes der Prozessverschleppung insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der Verschleppungsabsicht von der Praxis überwiegend nach wie vor als hoch und schwer praktikabel eingeschätzt werden und die Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht im Hinblick auf die revisionsgerichtliche Kontrolle häufig als Wagnis angesehen wird.[21]

III. Empfehlung

Unter besonderer Berücksichtigung des Gebots der Beschleunigung von Strafverfahren (Art. 6 Abs. 1, Art. 5 Abs. 3 MRK, Art. 2 Abs. 2 GG) und der Gewährleistung einer dem Gleichheitsgedanken verpflichteten funktionsfähigen Strafrechtspflege erscheint es vor dem Hintergrund von begrenzten Ressourcen der Strafjustiz geboten, das dargestellte Problem durch Einführung einer maßvollen Präklusionsregelung im Beweisantragsrecht, die die gerichtliche Aufklärungspflicht nicht einschränkt, einer gesetzlichen Lösung zuzuführen. Sie beugt der Gefahr vor, dass durch sukzessive Beweisantragstellung der Abschluss des Verfahrens hinausgezögert wird und ermöglicht eine zielgerichtete Führung des Strafprozesses. Damit würde dem verfassungsrechtlichen Anliegen einer

15 BGH NStZ 2011, 230.

16 Meyer-Goßner § 244 Rn. 68 m.w.N.; Habetha/Trüg, GA 2009, 406, 425; BGH NStZ-RR 2009, 21.

17 Vgl. Bünger, NStZ 2006, 305, 310.

18 Niemöller, JR 2010 332, 335

19 Urteil v. 9.7.2009 – 5 StR 263/08, BGHSt 54, 39.

20 Tully, ZRP 2014, 45, 46.

21 Vgl. Bünger, NStZ 2006, 305, 308.

funktionstüchtigen Strafverfolgung Rechnung getragen. Eine Ordnung des Strafverfahrens, die auch die Verteidigung in Formen einbindet, ist aus Verfassungsgründen unerlässlich, weil im Gerechtigkeitsinteresse eine Effektivität des Strafverfahrens zu erstreben ist.[22] Dazu gehört eine gleichmäßige und möglichst zügige Rechtsdurchsetzung. Ernstliche Gründe, die ein weiteres Zurückhalten von Beweisanträgen über die gesetzte Frist hinaus als legitim oder gar geboten erscheinen ließen, sind kaum finden.[23] Müsste das Gericht allen Anträgen und Anregungen des Angeklagten auf weitere Sachaufklärung nachgehen, in denen ein konkreter Zusammenhang zur Wahrheitsermittlung nicht aufgezeigt ist, gewänne der Angeklagte einen Einfluss auf Umfang und Dauer des Verfahrens, der über das zu seiner Verteidigung Gebotene hinausginge und dazu führen könnte, dass die – auch im Interesse des Beschuldigten – rechtsstaatlich geforderte Beschleunigung des Strafverfahrens ernstlich gefährdet wäre.[24]

Der Gesetzgeber sollte deshalb erwägen, dem Vorsitzenden jenseits der Frage eines Missbrauchs von Verfahrensrechten das Recht einzuräumen, nach Abschluss der nach § 244 Abs. 2 StPO erforderlichen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zu bestimmen, nach deren Ablauf weitere Beweisanträge nach den Vorgaben des § 244 Abs. 3 bis 5 StPO mit dem Urteil beschieden werden können. Dadurch würde das Recht, Beweisanträge zu stellen, als solches nicht beschnitten, sondern lediglich die weitere Bescheidung in der Hauptverhandlung abgelehnt und der Urteilsbegründung vorbehalten. Zu naheliegenden, sich aufdrängenden Beweiserhebungen ist der Tatrichter schon durch die Amtsaufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO verpflichtet, weshalb die Gefahr, neben missbräuchlichen Beweisbegehren auch valide Beweisersuchen zu unterdrücken, wirkungsvoll gebannt werden kann. Eine vollständige Überprüfung der Ablehnungsentscheidung durch das Revisionsgericht bliebe erhalten. Außerdem kann die Verletzung der Aufklärungspflicht beanstandet werden.[25] Als Ausnahmetatbestand könnte ein Recht auf Wiedereintritt in die Beweisaufnahme geregelt werden, wenn die Stellung des Beweisantrags nach Fristablauf genügend entschuldigt ist, z.B. wenn sich erst aus den Schlussvorträgen die Notwendigkeit ergibt, einen zunächst nicht für erforderlich gehaltenen Beweisantrag zu stellen. Der Vorteil einer Präklusionslösung – die dem Strafprozessrecht nicht fremd ist (vgl. §§ 6a, 25, 222b StPO) – läge darin begründet, dass sie nicht auf die subjektive Zielrichtung einer Verschleppungsabsicht abstellt, sondern allein auf objektive zur Verfahrensverzögerung führende Umstände.

22 Basdorf, StV 1997, 488, 489.

23 Basdorf,StV 1995, 310, 314; a.A. Trüg, StV 2010, 528, 536: Einschränkung der Wahrheitsfindung.

24 So ausdrücklich BVerfG NStZ 2010, 155, 156.

25 Nach Tully, ZRP 2014, 45 liegt es sehr nahe, dass eine entsprechende Regelung zu einer Renaissance der ihrer Zielrichtung nach hochvernünftigen Aufklärungsrüge beitragen würde.

Ich schlage deshalb vor, § 244 Abs. 6 StPO um einen zweiten Satz wie folgt zu ergänzen:

> *Nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme kann der Vorsitzende eine angemessene Frist bestimmen, nach deren Ablauf weitere Beweisanträge mit dem Urteil beschieden werden können. Dies gilt nicht, wenn die verspätete Stellung eines Beweisantrags genügend entschuldigt ist.*

Dr. Matthias Krauß
Bundesanwalt b. BGH

Expertenkommission des BMJV zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Sechste Sitzung am 11./12. Mai 2015

Bündelung der Nebenklagevertretung

Aufbauend auf den durch das Opferschutzgesetz vom 18.12.1986 in §§ 397a, 406g getroffenen Regelungen wurde durch die Neufassung des § 397a Abs. 1 StPO durch das Zeugenschutzgesetz vom 30. April 1998 (BGBl. I S. 820) die Möglichkeit geschaffen, bei bestimmten schweren Nebenklagedelikten dem Verletzten unabhängig von den wirtschaftlichen Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe einen Rechtsanwalt auf Staatskosten zu bestellen. Die Beiordnung eines anwaltlichen Beistands ist seitdem mehrfach ausgeweitet worden (vgl. Art. 1 Nr. 12 OpferRRG, Art. 2 Nr. 7 des 37. StrÄndG, StORMG).

Für die Bestellung eines Rechtsanwalts verweist § 397a Abs. 3 Satz 2 StPO auf § 142 Abs. 1 StPO, wonach der Vorsitzende den vom Antragsteller bezeichneten Rechtsanwalt bestellt, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht. Dies führt in der Regel zur individuellen Bestellung eines Rechtsbeistands für jeden Nebenkläger.

Diese Praxis stößt an die Grenzen des prozessual Machbaren, wenn Verfahren mit vielen Nebenklägern und entsprechenden Rechtsbeiständen verhandelt werden (vgl. Strafverfahren wegen des NSU-Komplexes vor dem OLG München mit 93 Nebenklägern und –innen, die von 62 Rechtsbeiständen vertreten werden). Verfahren mit einer solch hohen Anzahl von Nebenklägervertretern – zu denken ist auch an Unglücksfälle bei Massenveranstaltungen (Love-Parade), Völkermordverfahren oder gravierende Terroranschläge (11. September 2001) – begegnen nicht nur Bedenken im Hinblick auf die Waffengleichheit zwischen Verteidigung und Anklage/Nebenklage (die statistische Wahrscheinlichkeit eines Freispruchs sinkt in Verfahren mit Nebenklage um 50%, vgl. Barton StraFo 2011, 161). Die Möglichkeit der Ausübung der weitgefassten Verfahrensrechte durch die Nebenklage gerät in solchen Konstellationen auch in Konflikt mit dem Beschleunigungsgebot und einer effektiven Strafrechtspflege. Außerdem darf die nicht unerhebliche finanzielle Belastung entweder des verurteilten Angeklagten oder – bei Mittellosigkeit des Verurteilten - der Staatskasse nicht außer Betracht bleiben.

In der Rechtsprechung ist zwar auch unter Berufung auf die mit einer Gruppenvertretung verbundene Kostenreduzierung vereinzelt zugelassen worden, in Fällen gleichgelagerter

Interessen zahlreicher Nebenkläger die Bestellung jeweils eigener Rechtsbeistände für die Nebenkläger abzulehnen, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis oder ein anderer sachlicher Grund für die Bestellung eines bestimmten Rechtsanwalts nicht ersichtlich ist (vgl. OLG Hamburg NStZ-RR 2013, 153). Nach anderer, einschränkender Auffassung sollen aber fiskalische Erwägungen für die Frage der Beiordnung eines Rechtsbeistands keine Rolle spielen dürfen und ist im Falle des Bestehens eines besonderen Vertrauensverhältnisses regelmäßig der Vertrauensanwalt zu bestellen (vgl. OLG Köln StV 2014, 277).

Die Schaffung einer sinnvollen Balance zwischen Verfahrensrechten des Angeklagten und der Nebenklage unter Berücksichtigung der Verfahrensdauer und –effizienz erscheint jedenfalls in Verfahren mit einer überproportional hohen Anzahl von Nebenklägern allein auf der Grundlage der Ermessensvorschrift des § 142 StPO nicht mehr gewährleistet. Es ist deshalb überlegenswert, die Entscheidung über das Recht der Nebenklage auf einen beigeordneten Rechtsbeistand von § 142 StPO abzukoppeln und bei § 397a Abs. 3 StPO anzusiedeln.

Dabei sollte es im Grundsatz bei der individuellen Bestellung eines Rechtsbeistands verbleiben. Als Ausnahme sollte es dem Vorsitzenden im Rahmen einer Ermessensvorschrift ermöglicht werden, Fallgruppen von Opfern zu bilden und diesen einen Gruppenrechtsbeistand für die Vertretung in der Hauptverhandlung beizuordnen, wenn der Umfang des Falles und die Anzahl der Nebenkläger dieses erforderlich erscheinen lassen, um Verfahrenseffizienz und –fairness nicht zu gefährden. Dadurch könnten Nebenklageinteressen konzentrierter vorgetragen werden, die Überrepräsentation von Geschädigten entfiele. Aufgabe dieser Gruppenrechtsbeistände wäre die Vertretung der Opferinteressen während der Ermittlungen, bei der Vorbereitung und während der Hauptverhandlung. Das Anwesenheitsrecht der Nebenkläger in der Hauptverhandlung würde dadurch nicht eingeschränkt, sondern nur das Anwesenheitsrecht der individuellen Rechtsbeistände. Eine Pflicht zur Anhörung der Betroffenen vor Entscheidung über die Beistandsbeiordnung könnte sicherstellen, dass individuelle Interessen ausreichend berücksichtigt werden. Um zu gewährleisten, dass Nebenkläger in allen Fällen in der Lage sind, das Verfahrensprozedere nachzuvollziehen und ihre Verfahrensrechte effizient auszuüben, könnte in besonderen Fällen neben dem gerichtlichen Gruppenbeistand ein außergerichtlicher Beistand bestellt werden.

Die Erfahrungen mit Gruppenvertretungen beim IStGH und in Norwegen, wo vor dem Breivik-Verfahren mit 175 individuellen Beiständen und 785 Geschädigten § 107h StPO eingeführt wurde, der zur Bestellung von drei koordinierenden Rechtsbeiständen für die Hauptverhandlung führte, können insoweit fruchtbar gemacht werden (vgl. hierzu Pues, StV 2014, 304 ff.).

LMR Dr. Jochen Müller
Hessisches Ministerium der Justiz
Luisenstraße 13, 65187 Wiesbaden

Ausweitung der Besetzungsreduktion
(Unterbringungsverfahren, Wirtschaftsstrafkammern)

[Kurz-Gutachten zur 6. Sitzung der Expertenkommission des BMJV am 11./12. Mai 2015]

I.

Berolina locuta, causa finita ?

Die Bereitschaft, die Diskussion um das Thema der Besetzungsreduktion in Großen Strafkammern, wieder zu eröffnen, dürfte nicht sonderlich groß sein, hat doch der Gesetzgeber erst mit dem GVerfÄndG vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I, 2554) nach aufwändiger empirischer Untersuchung[1], ausführlichen Gutachten[2] und Stellungnahmen[3] ein Machtwort gesprochen. Wozu also noch einmal eine neue Diskussion führen?

Der äußere Anlass ist bekannt. Aufgabe der Expertenkommission ist es, das Strafverfahren insgesamt, also auch unter Einschluss der Gerichtsverfassung als organisatorischem Rahmen, auf Ziele seiner Effektivierung zu untersuchen und dies durch strukturelle Verbesserungen des Systems zu erreichen. Immer wenn es um Fragen von Effektivierung der Justiz geht, kommt man nicht umhin, auch den Einsatz von Personal in den Blick zu nehmen. Pebb§y ist nur ein Beispiel hierfür, die Frage der Besetzung ein anderes. Personal ist teuer und sein Einsatz ist nur dann zu rechtfertigen, wenn die Aufgabe es wirklich erfordert. Genau an dieser Stelle lohnt es, die scheinbar abgeschlossene Diskussion um die Besetzungsreduktion nochmals zu eröffnen. Der bisherigen Diskussion liegt als implizite Voraussetzung zugrunde, dass eine Entscheidungsfindung mit sechs Augen einer mit vier Augen prinzipiell überlegen ist. Genau diese These soll nachfolgend hinterfragt werden (II.), bevor hieraus Vorschläge für eine weitergehende Flexibilisierung der Besetzungsregeln nochmals aufgegriffen und vertieft werden.

---

[1] *Dölling/Feltes/Hartmann/Hermann/Laue/Pruin* Die Besetzungsreduktion bei den großen Straf- und Jugendkammern – Evaluierung der §§ 76 Abs.2 GVG und 33b Abs.2 JGG

[2] Insb. das in 2009 vorgelegte Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes zum Thema „Besetzungsreduktion bei der Großen Strafkammer und Änderung bei der Besetzung der erstinstanzlichen Spruchkörper?; ferner *Meyer-Goßner* ZRP 2011, 129f.

[3] Z.B. Stellungnahme 63/2011 des Deutschen Anwaltsvereins durch den Strafrechtsausschuss aus dem Dezember 2011; Pressemitteilung der NRV vom 13.Juli 2011; *Heß/Wenske* DRiZ 2010, 262ff.

Die Antithese lautet kurz: Wenn es richtig ist, dass mit weniger Personaleinsatz („Zweierbesetzung“) qualitativ gleichwertige Ergebnisse erzielt werden können, gibt es keinen Grund und keine Rechtfertigung für einen weitergehenden Personaleinsatz. Gleichzeitig könnten durch Erschließen dieser Ressourcen strukturelle Veränderungen an den Verfahrensabläufen, insbesondere Eingriffe in Beschuldigtenrechte, vermieden werden.

II.

1) Rückblick

Die Zweierbesetzung war in ihrer Genese der Personalknappheit in den neuen Bundesländern geschuldet. Ähnlich wie bei dem Solidaritätszuschlag ist dieser Konnex aber durch Zeitablauf obsolet geworden und wäre es folgerichtig gewesen, zu der alten bis zu, 1993 geltenden Regelung wieder zurückzukehren. Gleichwohl – und das hat schon das Gesetzgebungsverfahren gezeigt – ist der Gedanke ressourcenschonender Personalverwendung doch überdauernd. Der einzige Unterschied besteht darin, dass damals das auf die Schnelle benötigte Personal nicht zu Verfügung stand und heute in Zeiten der Schuldenbremse die Mittel für benötigtes weiteres Personal nicht zur Verfügung stehen. Diese Entwicklung mag man beklagen, für falsch halten, sie dürfte aber nicht zu ändern sein.

2) Mehr-Augen-Prinzip

a) Der (Rück-)Blick auf die deutsche Wiedervereinigung dürfte ein wenig den Blick dafür verstellt haben, wobei es der Frage der Besetzung(-sreduktion) eigentlich geht. Die Frage von vier oder sechs Augen ist zunächst einmal ein Prinzip der Entscheidungsfindung. Hier fällt nun auf, wenn man einmal für einen kurzen Moment über den justiziellen Tellerrand hinausschaut, dass in vielen anderen Bereichen, wo es um in ihren Auswirkungen ganz erhebliche Entscheidungen, gar um Leben oder Tod geht, ein Mehr-Augen-Prinzip ebenfalls verankert ist, aber in der Regel eben doch nur als Vier-Augenprinzip. Das trifft vor allem auf weite Bereiche der insbesondere operativen Medizin, aber auch (horrible dictu!) für die Luftfahrt (Cockpit-Besatzung) und die Entscheidungsprozesse in Wirtschaftsunternehmen zu. Anders als in der Justiz gibt es jedoch – prima vista – mit Ausnahme der Transplantationsmedizin keinen Bereich, bei dem für die konkrete Entscheidungsfindung sechs statt vier Augen als Regel oder gar verbindlich vorgeschrieben sind.

Wenn diese Beobachtung richtig ist, drängt sich als erste Feststellung auf, dass die Justiz, deren Entscheidungen in diesem Vergleich vielleicht nicht ganz so folgenschwer wie bei isolierter Betrachtung erscheinen, möglicherweise mit ihrem Personaleinsatz ein wenig verschwenderisch umgeht.

b) Nähert man sich dem Thema vier oder sechs Augen von der empirischen Seite, sprechen jedenfalls die in jüngster Zeit als Justizirrtümer bekannt gewordenen Fälle (die – wenn ich das recht sehe – alle in Dreierbesetzung entschieden wurden) *Mollath, Arnold, Würz, Rupp, Montgazon* nicht dafür, dass das Sechs-Augen-Prinzips dem Vier-Augen-Prinzip grundsätzlich qualitativ überlegen ist. Auch die an dieser Stelle als Beleg für die Überlegenheit des Sechs-Augen-Prinzips oftmals zitierte Beobachtung der früheren Vorsitzenden des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs[4], die Besetzungsreduktion habe im Hinblick auf die Arbeitsfähigkeit der Strafkammern und der Effizienz ihrer Rechtsprechung zu spürbaren Nachteilen geführt, die sich im vermehrten Auftreten von Flüchtigkeitsfehlern und rechtlichen Fehlleistungen wiederspiegelten, erscheint nicht nur wegen ihrer revisionsrechtlichen Ferne nicht besonders valide, sondern dürfte eher das Ergebnis einer Zuschreibung sein. Denn die mit Sicherheit zu Recht beklagten Umstände können wohl kaum monokausal allein auf die Besetzung zurückgeführt werden, sondern auch andere Ursachen wie insbesondere zunehmenden Erledigungsdruck, höhere Komplexität und Umfang der Verfahren oder auch mangelnde strafrechtliche Erfahrungen der zur Entscheidungsfindung berufenen Richter und Richterinnen haben. Auch die vom BMJ(V) in Auftrag gegebene Evaluation scheint eher gegen einen signifikanten Einfluss der Besetzung auf die Entscheidungsfindung zu sprechen. Auch wenn bei der Evaluation nach dem Auftrag das „Ob“ und „Wann“ der Besetzungsreduktion im Vordergrund stand, und nicht deren Folgen Untersuchungsgegenstand war, findet sich jedoch die Feststellung, dass die Besetzung nach den Ergebnissen von kategorialen Regressionsanalysen keinen Einfluss auf die Häufigkeit und den Erfolg von Revisionen hat[5].

Insgesamt - und das ist der zweite Befund zu dem Mehr-Augen-Prinzip – dürfte bislang kein ausreichendes empirisches Wissen vorliegen, das einen Vorrang der sechs vor den vier Augen rechtfertigt.

c) Als inhaltliches Argument gegen das uneingeschränkte Vertrauen in die Überlegenheit des Sechs-Augenprinzips lässt sich das Phänomen der Verantwortungsdiffusion anführen. Damit ist gemeint, dass eine Aufgabe, die offensichtlich zu tun ist, trotz genügender Anzahl und Aufmerksamkeit dafür geeigneter Stellen oder Personen nicht angenommen oder ausgeführt wird. Die eigene Verantwortung für die Entscheidung nimmt umso mehr ab, desto mehr Personen daran beteiligt sind. Populistisch gewendet entspricht dies dem Bild des dritten Richters als „Beischläfer“, der zwar körperlich anwesend ist, zur Entscheidungsfindung aber nichts beitragen kann, weil er wesentliche Teile der Hauptverhandlung nicht wahrgenommen hat.

[4] *Rissing-van Saan* Die Besetzungsreduktion der großen Strafkammer nach § 76 Abs. 2 GVG, 33b Abs.2 JGG – als Dauerlösung tauglich in :Festschrift für Krey , 431ff.
[5] *Dölling et alt.* a.a.O., 190

Auch wenn man dem das der Realität wohl doch noch eher entsprechende idealtypische Bild eines zweiten Beisitzers gegenüberstellt, der die Belastungen, denen der Vorsitzende durch die Sitzungsleitung und der Berichterstatter durch die Anfertigung von Sitzungsniederschriften für die spätere Urteilsberatung ausgesetzt sind, ausgleichen und die für Kollegialitätsentscheidungen nützliche Distanz sichern soll[6], vermag diese Überlegung auch auf normativer Ebene nicht zwingend den Vorrang der Dreierbesetzung zu begründen.

Es fragt sich bereits, ob ein solches Korrektiv „teilnehmender Beobachtung" oder gar von „Supervision" für die Entscheidungsfindung tatsächlich einen solchen Mehrwert besitzt. Als Absicherung stehen hierfür bereits die Schöffen und die übrigen Verfahrensbeteiligten – vor allem Staatsanwalt und Verteidiger – zur Verfügung, die mit entsprechenden Anträgen jederzeit darauf hinwirken können, dass Vorverständnisse und zu frühe Festlegungen verhindert werden können. Die insinuierte Distanz des zweiten Beisitzers geht zudem schnell verloren, wenn er aktiv in das Verfahren durch Ausübung seines Fragerechts in das Verfahren eingreift und es selbst mitgestaltet. Schließlich scheint dieses Argument eher generell für ein anderes Entscheidungsmodell, in dem die Zuständigkeit für Verhandlung und Entscheidung institutionell getrennt werden, als für ein Aufstocken von vier auf sechs Augen zu sprechen. Ferner bleibt natürlich zu sehen, dass auch der idealtypische Beisitzer im Hinblick auf seine originären Aufgaben gerade in Zeiten hoher Belastung auf die Schonung seiner personellen Ressourcen bedacht sein muss.

Im Übrigen besteht, soweit es die Qualität und die Grundlagen der Entscheidungsfindung angeht, auch ein Zusammenhang mit dem bereits diskutierten Thema einer audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung. Eine entsprechende Dokumentation könnte gerade den Berichterstatter von der Last möglichst wörtlicher Mitschriften befreien und mehr Zeit und Raum geben, die dem zweiten Beisitzer zugeschriebene Funktion wahrzunehmen.

Als dritter vorläufiger Befund bleibt damit festzuhalten, dass die Dreierbesetzung auch normativ jedenfalls nicht zwingend mit einer Qualitätssteigerung begründet werden kann. Der Gesichtspunkt „teilnehmender Beobachtung" behält allerdings gleichwohl eine eigene Bedeutung für das Heranführen strafrichterlicher Berufsanfänger an die Arbeit in einer Strafkammer.

d) Ein weiteres kommt hinzu[7]. Die Dreierbesetzung macht Verfahren in ihrer Durchführung ineffektiver. Die Schwierigkeiten, Termine abzustimmen, nehmen wegen anderweitiger dienstlicher Aufgaben, Urlauben und sonstiger Abwesenheiten des zweiten Besitzers deutlich zu. Hauptverhandlungen können erst später beginnen, dauern wegen notwendiger Unterbrechungen häufig länger, das Ausfallrisiko steigt. Vor allem bleibt dem zweiten

[6] Zu diesem Gesichtspunkt *Schlothauer* Strafverteidiger 2012, 749 sowie unter Bezugnahme auf das Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes *SK-Degener,* GVG, 4. Aufl. § 76 Rn.4

[7] Die nachfolgenden Ausführungen gehen auf den Beitrag von *Erhard* Strafverteidiger 2014, 655, 657 zurück

Beisitzer deutlich weniger Zeit für die Vorbereitung der eigenen Berichterstattungen. Die Folge ist, dass die Qualität eher weiter sinkt statt wie erhofft zu steigen. Als vierter und vorläufig letzter Befund kann man also hinzufügen, dass die Dreierbesetzung qualitativ kontraproduktiv wirken und zu mehr Ineffektivität des Verfahrens beitragen kann.

III.

Was folgt nun aus diesen Befunden für die eingangs gestellte Frage?

1) Für die Dreierbesetzung genügt jedenfalls nicht das eher schlichte Argument, dass sechs Augen, wenn sie denn wach sind, mehr als vier Augen sehen. Das ist nicht mehr als ein nicht eingelöstes Versprechen oder eine bloße Hoffnung. Es müssten dann auch die Voraussetzungen geschaffen werden, die eine wirkliche Steigerung der Qualität der Entscheidungsfindung erwarten lassen. Eine solche Verbesserung wäre nur dann zu erreichen, wenn ähnlich wie in den Fällen der Doppelbegutachtung jedenfalls in kritischen Verfahren die Berichterstattung doppelt (blind?) vorgenommen wird, was wiederum voraussetzen würde, dass auch der zweite Besitzer volle Aktenkenntnis hat. Auch der zweite Beisitzer müsste sich dann aktiv an der Vorbereitung der Hauptverhandlung beteiligen. Fälle, in denen ein solches Verfahren zum Tragen kommen könnte, können in der Beweiswürdigung schwierige Verfahren sein, in denen Aussage gegen Aussage steht oder die Beweisführung ausschließlich auf Indizien beruht.

Der eigentliche Schwerpunkt für eine Dreierbesetzung dürfte jedoch eher bei den quantitativ umfangreichen Verfahren liegen und dem Prinzip der Arbeitsteilung folgen. Insbesondere bei verschiedenen aufteilbaren Tatkomplexen oder materiell oder prozessual abtrennbaren Verfahrensabschnitten oder –fragen (wie z.B. zu Nebenentscheidungen wie Verfall und Einziehung, Entscheidungen zur Öffentlichkeit, zivilrechtlichen Nebenentscheidungen im Adhäsionsverfahren usw.) dürfte sich eine Aufteilung der Berichterstattung anbieten. Auch kann dem zweiten Beisitzer in Umfangverfahren allein die Aufgabe zugewiesen werden, den Vorsitzenden in der prozessleitenden Funktion unterstützen und die entsprechenden prozessualen Beschlüsse und Verfügungen vorzubereiten, damit es nicht zu Verfahrensfehlern kommt.

2) Das geltende Recht entspricht diesen Kriterien nur bedingt, und zwar nur in Bezug auf die Regelung des § 76 Abs.2 S.3 Nr.3 GVG, die die Dreierbesetzung fakultativ vorschreibt, wenn nach dem Umfang oder der Schwierigkeit der Sache die Mitwirkung eines dritten Richters notwendig erscheint. Die zur Konkretisierung in § 76 Abs.3 GVG eingeführten Regelbeispiele der voraussichtlichen Länge der Hauptverhandlungsdauer oder der Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammer hingegen schränken dieses Beurteilungsermessen zu stark ein.

Die Länder bzw. der Bundesrat haben seinerzeit in dem Gesetzgebungsverfahren (BT-Drs. 17/7276) in Bezug auf die Wirtschaftsstrafkammern darauf hingewiesen, dass es nicht erforderlich ist, die Besetzung mit drei Berufsrichtern gesondert als Regelfall vorzusehen. Aber auch die geplante Dauer der Hauptverhandlung erscheint allenfalls ein Indiz für Umfang und Schwierigkeit zu sein, kann aber auch rein organisatorischen Umständen wie der terminlichen Verfügbarkeit der Verfahrensbeteiligten geschuldet sein.

Erst recht erscheinen die zwingenden, allein auf der Rechtsfolgenerwartung gründenden Vorgaben des § 76 Abs. 2 S. 3 Nr.1 und 2 GVG zu der Dreierbesetzung vor dem hier geschilderten Hintergrund zumindest diskussionswürdig. Dies gilt sowohl für Delikte, die in die Zuständigkeit des Schwurgerichts fallen, als auch für die dort genannten Maßregeln der Sicherungsverwahrung und der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Soweit es die Zuständigkeit des Schwurgerichts angeht, gibt es jedenfalls im Bereich der versuchten Tötungsdelikte Überschneidungen mit den „nur“ vorsätzlichen - dann im Regelfall gefährlichen - Körperverletzungen, die in einer Zweierbesetzung verhandelt werden und rechtlich und tatsächlich gleich schwierig sind und sich nur in der Annahme des Tötungsvorsatzes unterscheiden.

Die Anordnung der Maßregeln des § 76 Abs.2 S.3 Nr.2 GVG wiederum stellen Momentaufnahmen dar, die im weiteren Verlauf der Vollstreckung regelmäßig der Überprüfung bedürfen. Dieses Mehr an nachgelagerter Kontrolle könnte es erlauben, auch eine größere Flexibilität bei der Entscheidungsfindung zuzulassen, soweit es um die Frage der Besetzung geht. Gerade im Bereich des § 63 StGB dürfte es in den praktisch zahlreichen Fällen gesicherter schizophrener Erkrankungen, die ihren strafrechtlichen Niederschlag gefunden haben, völlig ausreichend sein, diese an sich nicht streitigen Fälle in einer Zweierbesetzung zu verhandeln. Die Entscheidung wird durch das Hinzuziehen eines zweiten Beisitzers nicht unbedingt valider, allenfalls kann so die Verantwortung auf eine weitere Schulter verteilt werden. Vor allem aber ist für diesen Bereich zu sehen, dass für die Richtigkeit der Rechtsfolgenentscheidung mit dem gerichtlich bestellten Sachverständigen ein weiteres Korrektiv vorhanden ist, das für eine gewisse Qualität der Entscheidung quasi von Amts wegen bürgt. Für die Überprüfung des Gutachtens erscheint das Vier-Augen-Prinzip ebenfalls ausreichend.

3) Insgesamt sollte den Großen Strafkammern damit eine größere Flexibilität in der Entscheidung über die Besetzung eingeräumt werden, die auch die Frage des Zeitpunktes der Entscheidung umfassen sollte, der von dem des Eröffnungsbeschlusses auf den der Terminierung verlagert werden sollte.

Wenn man die Schwurgerichte wegen ihrer historischen Entwicklung und der Bedeutung des Rechtsgutes Leben ausnimmt, erscheint es jedoch in allen anderen Fällen ausreichend, wenn für die Entscheidung über Besetzungsreduktion allein auf die Generalklausel des § 76 Abs.2

S.3 Nr.3 GVG abgestellt wird. § 76 Abs. 2 S.3 Nr. 2 GVG wäre damit ebenso wie § 76 Abs. 3 GVG zu streichen. Um der Sorge Rechnung zu tragen, dass als alleiniger Beisitzer nicht unerfahrene Berufsanfänger mitwirken, könnte vorgesehen werden, dass bei Verwendung von Richtern auf Probe im ersten Jahr nach ihrer Ernennung die Dreierbesetzung zwingend ist[8].

Kompensatorisch könnte schließlich daran gedacht werden, in § 192 GVG eine Klarstellung aufzunehmen, dass im Falle einer Zweierbesetzung zur Absicherung aller Eventualitäten auch der andere Beisitzer der Strafkammer als Ergänzungsrichter nach § 192 GVG hinzugezogen werden kann[9]. Damit könnte Belastungen vermieden werden, die durch die Hinzuziehung eines vierten Richters für die Kollegenschaft des Gerichts entstehen.

[8] Vgl. die Regelungen in § 23b Abs.3 S.2 GVG und § 23c Abs.2 S. 2 GVG für Familien- und Betreuungsgerichte
[9] S. hierzu nochmals *Erhard* aaO

Prof. Dr. Thomas Rönnau

Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht
und Strafprozessrecht
Bucerius Law School, Hamburg

Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
Tel. (040) 30 70 6-211
Fax: (040) 30 70 6-215
E-Mail: thomas.roennau@law-school.de

BMJuV-Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Gutachten/Diskussionspapier für die Vierte Sitzung der Kommission am 12./13. Januar 2015 in Berlin

zum Thema: "Transparenz der Hauptverhandlung (Offenlegung der vorläufigen Beweiswürdigung des Gerichts / kommunikative Verhandlungsführung)"

I. Problemaufriss

1. Zur Transparenz

Transparenz steht – laut Duden – für „Durchsichtigkeit/Lichtdurchlässigkeit" bzw. „Deutlichkeit/Verstehbarkeit". Der Begriff wird schillernd, wenn man ihn mit anderen verknüpft. Je nach Kontext löst er dann positive wie auch negative Assoziationen aus. Der transparente (gläserne) Mensch, wie ihn *Dave Eggers* in seinem 2014 erschienenen Roman „Der Circle" als möglichen Endpunkt einer (schon) laufenden Entwicklung in der datensammelwütigen Informationsgesellschaft zeichnet, erscheint (mir) als Horrorvision, während ein transparentes (nicht heimliches, gut nachvollziehbares) Verfahren grundsätzlich erstrebenswert ist. Auch in der Kombination **„Transparenz der Hauptverhandlung"** – dem heutigen Thema – schwingt viel Positives mit. Was sollte schon dagegen sprechen, wenn sich die Akteure eines Strafprozesses in einer *öffentlichen* Hauptverhandlung möglichst intensiv – wenngleich mit durchaus unterschiedlichen Interessen – über den Verfahrensstoff austauschen und dabei auch Teile ihres „Sonderwissens", namentlich die vorläufige Einschätzung von Beweis- und Rechtsfragen, of-

fenlegen? Hier scheinen die Potenziale von „Kommunikation“, „Dialog“ und „Rechtsgespräch“ auf, die die Suche nach einem sachgerechten Ergebnis in der Hauptverhandlung erleichtern können und im Rahmen von Verständigungen heute vielfach fruchtbar gemacht werden. Insoweit gibt es zwischen einem transparenten Verhandlungsstil, der auf (begrenzte) Zusammenarbeit ausgerichtet ist und Zwischenwürdigungen von Beweis- und Rechtslage einbezieht, und einer konsensualen Verfahrenserledigung enge Verknüpfungen. Offener Meinungsaustausch macht vielfach aber auch dann Sinn, wenn er nicht auf Verständigung i.S. von § 257c StPO zielt, sondern im Rahmen streitig geführter Verfahren erfolgt.[1] Diese zweite, von der ergebnisorientierten Urteilsabsprache unabhängige Kommunikationsschiene soll im Mittelpunkt der nachfolgenden Betrachtung stehen.

Allerdings haben Zusammenarbeit und Kommunikation in einem institutionell angelegten Interessenkonflikt wie dem Strafprozess *Grenzen*, die – ohne das hier näher ausführen zu können – maßgeblich vom jeweils kodifizierten Verfahrenstyp (in Deutschland: „Akkusationsprinzip mit inquisitorischer Hauptverhandlung“)[2] und den dort festgeschriebenen Rollen der Verfahrensbeteiligten gezogen werden.[3] Es lässt sich einfach nicht wegdiskutieren: Am Ende des Verfahrens steht ein Machtspruch des Gerichts! Sicher ist daneben, dass unverrückbare Eckpfosten eines Dialogs auf Seiten des Gerichts das Beratungsgeheimnis (§ 43 DRiG) sowie auf der Seite des Strafverteidigers seine (strafrechtlich gem. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB abgesicherte) Schweigepflicht gegenüber dem Mandanten sind.

2. Kommunikative Elemente in der StPO

Kommunikative Elemente, über die hier in einem Teilausschnitt zu verhandeln ist, gab es im gesetzgeberischen Programm der StPO in Ansätzen zwar schon immer. Der Informationsaustausch zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten war am Anfang aber noch streng formalisiert (diktiert durch die jeweiligen rollenspezifischen Mitteilungspflichten, Antrags-/Fragerechte und Entscheidungsbe-

[1] *Kempf* (StraFo 2014, 105, 107) und auch *Hamm* (FS Dahs [2005], S. 267, 270) gehen davon aus, dass eine einforderbare Kommunikation einen Großteil des Bedürfnisses nach Absprachen erledigt hätte.
[2] *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. (2014), § 17 Rn. 6.
[3] „Eine ungezwungene Sprechgemeinschaft in gelungener Kommunikation kann der Strafprozess nicht werden“, so *H.L. Schreiber,* Die Bedeutung des Konsenses der Beteiligten im Strafprozess, in: Rechtsgeltung und Konsens (1976), S. 71, 80; aufgegriffen von *Salditt*, in: FS Tolksdorf (2014), S. 377, 394.

fugnisse). Vereinzelte Versuche (von *Arndt*[4] und *Dahs*[5]*)*, aus dem Verfassungsgebot des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) eine Art Pflicht des Gerichts zum Rechtsgespräch (einschließlich einer einforderbaren Zwischenstellungnahme zu Rechts- und Beweisfragen) abzuleiten, verliefen im Sande.[6] Erst durch das *Verständigungsgesetz* aus dem Jahre 2009[7] hat der Gesetzgeber seinen Willen umgesetzt, eine „Kultur des offenen Rechtsgesprächs" zu propagieren. Mit dem Ziel einer Stärkung der kommunikativen Elemente des Strafverfahrens und der Förderung frühzeitiger Verständigung im Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren fügte er mit Wirkung v. 4.8.2009 die §§ 160b S. 1, 202a S. 1, 212, 257b in die StPO ein.[8] Der Gedanke einer neuen „Kommunikationskultur" im Sinne eines offeneren Umgangs der Verfahrensbeteiligten miteinander war zwar schon im Entwurf eines *Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz)* v. 7.11.2003 enthalten, wurde dann aber zunächst doch nicht verwirklicht.[9] Die durch das Verständigungsgesetz neu geschaffenen Vorschriften ermöglichen den Verfahrensbeteiligten *Erörterungen* über den Stand und den Fortgang des Verfahrens, soweit sie geeignet erscheinen, das Verfahren zu fördern.[10] Der Gesetzgeber holt mit der ausdrücklichen Normierung von Erörterungsmöglichkeiten in den einzelnen Verfahrensstadien nur nach, was verbreitet schon gerichtliche Alltagspraxis war und schafft damit die Basis für einen kommunikativeren Strafprozess – daraus sollte (da nicht mehr beabsichtigt war) ihm kein Vorwurf gemacht werden.[11]

---

[4] *Arndt*, NJW 1959, 6, 8; vertiefend *ders.*, NJW 1959, 1297, 1299 f.; Andeutungen auch bei BGH NJW 1960, 2106.

[5] *Dahs,* NJW 1961, 1244 ff.; *ders.*, Das rechtliche Gehör im Strafprozess (1965) (Dissertation).

[6] Näher dazu (in Form einer „kleinen Geschichte des Rechtsgesprächs") *Hamm*, in: FS Dahs, S. 267 ff.; auch *Salditt*, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat. 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (hrsg. von der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins), 2009, S. 794 ff.

[7] *Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren* v. 29.7.2009 (BGBl. I S. 2353).

[8] Zur Systematik des Verständigungsgesetzes im kritischen Überblick *Heller,* Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – No big Deal?, 2012, S. 149 ff. Zu Vorläuferüberlegungen s. Nr. 8 der Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens (Beschluss der BReg. v. 6.4.2001), StV 2001, 314, 316 und DiskE für eine Reform des Strafverfahrens. v. 18.2.2004, StV 2004, 228, 231, 237.

[9] BR-Drs. 829/03, S. 2, 17, 22; *Schlothauer*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, Kommentar, 2010, Teil B, § 160b Rn. 1 ff.

[10] Das Initiativrecht steht nach Wortlaut zwar nur der Staatsanwaltschaft (§ 160b StPO) oder dem Gericht (§§ 202a, 212, 257b StPO) zu; Erörterungen können nach allgemeiner Meinung aber auch von den anderen Verfahrensbeteiligten angestoßen werden, vgl. nur *Schlothauer*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Teil B, §§ 160b Rn. 9, 202a Rn. 13, 212 Rn. 1, 257b Rn. 7; *König/Harrendorf*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 257b Rn. 3.

[11] So aber *Velten*, in: SK-StPO, 4. Aufl. (2012), § 257b Rn. 1 (die einen Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf ein Rechtsgespräch fordert): „bewusst unverbindliche Pro-

Der Gegenstand der Erörterung ist abhängig vom jeweiligen Verfahrensstadium, in dem derartige Gespräche stattfinden,[12] besteht aber nicht zwingend in einer einvernehmlichen Verfahrenserledigung.[13] Erörterungen können nach der Gesetzesbegründung mit sehr unterschiedlichen Zielrichtungen geführt werden. In Betracht kommen Besprechungen von Verfahrenseinstellungen (§§ 153 f. StPO) und Verfahrensbeschränkungen (§§ 154 f. StPO) sowie die Vorbereitung eines Täter-Opfer-Ausgleichs ebenso wie Diskussionen zu Ablauf und Strukturierung des weiteren Verfahrens oder auch zur Einleitung einer Verständigung (gem. § 257c StPO).[14] § 257b StPO ermöglicht innerhalb der Hauptverhandlung auch eine vorläufige Bewertung von Zeugenaussagen und anderen Beweiserhebungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht.[15] Mit dieser Vorschrift wird zudem klargestellt, dass sich das Gericht allein mit der Durchführung von Erörterungen über den Stand des Verfahrens nicht dem Vorwurf der Befangenheit aussetzt.[16]

Einvernehmen besteht darüber, dass Gesprächen nach den angeführten Kommunikationsvorschriften – anders als bei einer Verständigung gem. § 257c StPO – keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt.[17] Sofern der Beschuldigte bereits eine Vorleistung erbracht hat, soll er jedoch für das enttäuschte Vertrauen eine Kompensation erhalten.[18]

Das *BVerfG* wertet in seinem Urteil zu den Verständigungen im Strafprozess vom 19.3.2013 einen kommunikativen Verhandlungsstil ebenfalls positiv: „Demgegenüber (hier: einem „Vergleich“ im Gewande eines Urteils, T.R.) steht das Grundgesetz unverbindlichen Erörterungen der Beurteilung der Sach- und Rechtslage zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten nicht entgegen. Eine offene, kommunikative Verhandlungsführung kann der Verfahrensförderung dienlich sein und ist daher heute selbstverständliche Anforderung einer sachge-

---

grammnorm“, die „nichts wesentlich Neues regelt“; *Eschelbach,* in: BeckOK-StPO, § 257b Rn. 2.3; *Ignor,* in: SSW-StPO, § 237b Rn. 11; *weitere* Nachw. zu krit. Stimmen bei *Heller*, S. 151.

[12] *Schlothauer/Weider*, StV 2009, 600, 606; *Heller*, S. 150.

[13] *Wenske*, in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 257b Rn. 2.

[14] BT-Drs. 16/12310, S. 11 f.; *Schlothauer*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Teil B, § 160b Rn. 19 f., § 202a Rn. 10 ff., § 212 Rn. 4, § 257b Rn. 5 ff.; *Heller*, S. 150; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. (2013), § 257b Rn. 10 m.w.Nachw.

[15] BT-Drs. 16/12310, S. 12 f.; *Schlothauer*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Teil B, § 257b Rn. 5; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 257b Rn. 10; *Ignor*, in: SSW-StPO (2014), § 257b Rn. 14.

[16] BT-Drs. 16/12310, S. 13; *Wenske*, in: KK-StPO, § 257b Rn. 2 m.w.N.

[17] Statt vieler *Heller*, S. 151, *Schneider,* in: KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 202a Rn. 6 und *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO (Stand: 8.9.2014), § 257b Rn. 8 – alle m.w.Nachw.

rechten Prozessleitung. So begegnen etwa Rechtsgespräche und Hinweise auf die vorläufige Beurteilung der Beweislage und die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Solche Formen der kommunikativen Verhandlungsführung stellen insbesondere nicht die Unvoreingenommenheit des Gerichts in Frage, so lange sie transparent bleiben und kein Verfahrensbeteiligter hiervon ausgeschlossen ist.“[19]

Neben dem gesetzgeberischen Appell zu mehr Kommunikation hat das Verständigungsgesetz auch Vorschriften gebracht, die Dokumentationspflichten (§§ 160b S. 2, 202a S. 2, 212, 267 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 2 StPO), Mitteilungspflichten (§ 243 Abs. 4 StPO) und Protokollierungspflichten (§ 273 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a StPO) enthalten und auf diese Weise das Kommunikations-/ Verständigungsverhalten transparenter machen wollen.[20] Dieser Themenblock wird hier insgesamt ausgespart. Denn die Fragestellung, inwieweit die Transparenz der Hauptverhandlung durch audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung (Wortprotokoll) erhöht werden kann, ist Gegenstand des Referats von Herrn Dr. *Krauß*, dem hier nicht vorgegriffen werden soll.

3. Informationsdefizite als Auslöser der gutachtenspezifischen Fragestellung

Kennzeichen sämtlicher durch das Verständigungsgesetz 2009 eingeführter Kommunikationsnormen ist, dass sie als *Ermessensvorschriften* ausgestaltet sind, die die Aufnahme von Gesprächen („Erörterungen“) an Kriterien knüpfen, die einen erheblichen Interpretationsspielraum eröffnen. Danach „kann“ das Gericht (§§ 202a, 212, 257b StPO) oder die Staatsanwaltschaft (§ 160b StPO) „den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern“. Diese rechtliche Ausgangslage für fruchtbare (verfahrensfördernde) Gespräche mit der Gegenseite halten viele Diskutanten gerade aus dem Kreis der Strafverteidiger für unbefriedigend. Sie melden ein erheblich größeres Bedürfnis nach einforderbarer Kommunikation mit dem Gericht an, das regelmäßig in Forderungen nach einer Offenlegungspflicht des Gerichts

[18] So *Schlothauer*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider, Teil B, § 160b Rn. 26 m.w.Nachw. – allerdings streitig, vgl. *Wenske*, in: KK-StPO, § 257c Rn. 44 f.
[19] BVerfG NJW 2013, 1058, 1068 Rn. 106. Nach *Bittmann* (NJW 2013, 3017, 3019 f.) zeigt das BVerfG hier eine „dritte Spur“ der Verfahrensführung auf, die zwischen einem patriarchalisch-konfrontativ ausgerichteten und einem auf (verbindliche) Verständigungen zielenden Strafprozess hindurchführt und von ihm präferiert wird: Das Gericht beschränkt sich darauf, „im selbstbestimmten Maß Rechtsgespräche anzubieten und Hinweise auf den jeweils aktuellen Stand seiner Erkenntnisse zu erteilen.“
[20] Dazu im Überblick *Heller*, S. 149, 152 ff. m.w.N.

(insbesondere hinsichtlich seiner vorläufigen Würdigung der Beweis- und Rechtslage) oder in eine Pflicht zum Rechtsgespräch mündet.[21] Nicht wenige sehen in der Offenlegungsproblematik schon lange ein „zentrales Problem des Strafverfahrens."[22]

Inwieweit diesem Begehren nachgegangen werden sollte oder gar eine Umsetzung der Forderung (jenseits von Verständigungen i.e.S.) im Verfahrensrecht erfolgen muss, ist im anschließenden Text zu diskutieren. Dabei ist zunächst der Befund zu den gesetzlichen und richterrechtlichen Informationspflichten zu erheben, bevor diesbezüglich vorfindliche Reformansätze kritisch beleuchtet werden und die Arbeit mit einem Fazit abschließt. Ausgeklammert bleibt damit – in Absprache mit der Kommission – das Thema der konsensualen Verfahrenserledigung, das natürlich starke Bezüge zur Kommunikation und Transparenz in der Hauptverhandlung aufweist, seit der Entscheidung des BVerfG vom 19. März 2013 aber unter besonderer Beobachtung dieses Gerichts steht und vom BMJuV gesondert evaluiert werden wird. – Sehr hilfreich bei der Aufarbeitung der Fragestellung war eine Dissertation von Frau *Ingmarie Wachsmuth* aus dem Jahre 2008 zum Thema: „Das Recht des Angeklagten auf Orientierung", die von der Kollegin *Edda Weßlau* betreut wurde.

II. Bestandsaufnahme zu den gesetzlichen und richterrechtlichen Informationspflichten

Die genaue Kenntnis des strafrechtlichen Vorwurfs ist notwendige Bedingung für eine wirkungsvolle Verteidigung.[23] Je genauer der Angeklagte die gerichtliche Bewertung der Sach- und Rechtslage einschätzen kann, desto zielgerichteter kann er sich – ggf. mit Hilfe eines Verteidigers – gegen den Tatvorwurf wehren.[24] Vor diesem Hintergrund ist die immer wieder erhobene Forderung, mehr Trans-

[21] Zuletzt *Kempf*, StraFo 2014, 105, 109 f. (in Reaktivierung eines Vorschlags des Strafrechtsausschusses des DAV, vgl. DAV Stellungnahme Nr. 46/2006, S. 14 f.); w. Nachw. später.
[22] *Pars pro toto König*, StV 1998, 113.
[23] *Velten,* in: SK-StPO, § 265 Rn. 6: „Ohne Information ist Verteidigung ein Kampf gegen einen unsichtbaren, gestaltlosen Gegner"; *Hamm,* in: FG Peters (1984), S. 169, 170: Für eine effektive Verteidigung ist die Wahrnehmung der jeweiligen vorläufigen Beweiswürdigung des Gerichts in jeder Lage der Hauptverhandlung „geradezu lebenswichtig"; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. (2012), § 265 Rn. 1.
[24] *Schlothauer,* StV 1986, 213, 214; *Gillmeister*, in: FG Friebertshäuser (1997), S. 211, 223 (= StraFo 1997, 8 ff.); *Hamm,* in: FG Peters, S. 169, 170; *Wachsmuth,* Das Recht des Angeklagten auf Orientierung, 2008, S. 29.

parenz in der Hauptverhandlung zu schaffen, nicht überraschend.[25] Die nachfolgende Bestandsaufnahme zu den gesetzlichen und richterrechtlichen Informationspflichten soll noch einmal vor Augen führen, welche Informationen das Gericht dem Angeklagten vor der Urteilsverkündung mitteilen muss und ein mögliches Informationsdefizit aufzeigen, das Triebfeder der Reformvorschläge ist.

1. Informationsstand bei Beginn der Hauptverhandlung

Bis zum Beginn der Hauptverhandlung sieht die StPO zwei Informationspflichten vor.[26] *Die Mitteilung der Anklageschrift* setzt den Angeschuldigten über den Tatvorwurf der Hauptverhandlung in Kenntnis (§ 201 Abs. 1 S. 1 StPO). Der Angeschuldigte erfährt, wie die *Staatsanwaltschaft* die Tat rechtlich wertet und mit welchem Ergebnis sowie – bei Vorliegen eines wesentlichen Ermittlungsergebnisses – aus welchen Gründen sie das ermittelte Beweismaterial in einer bestimmten Weise gewürdigt hat.[27] Die erste *gerichtliche*[28] Einschätzung des Tatvorwurfs erhält der Angeklagte mit der *Zustellung des Eröffnungsbeschlusses* (§ 215 S. 1 StPO).[29] Dieser informiert den Angeklagten darüber, dass das Gericht die Klage – eventuell teilweise (§ 204 StPO) oder unter Änderungen (§ 207 Abs. 2 StPO) – zugelassen hat. In der Praxis ergeht der Eröffnungsbeschluss meist als Formularbeschluss ohne Begründung.[30] Der Angeklagte erfährt hierdurch lediglich, dass ihn das Gericht in der Zusammenschau von Anklageschrift und Verfahrensakten (§ 199 StPO) für hinreichend tatverdächtig hält.[31] Damit bleibt die Anklageschrift meist die wichtigste Orientierungsquelle des Angeklagten für das Hauptverfahren.[32]

---

[25] *Kempf*, StraFo 2014, 105, 107; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 4; *Schünemann*, GA 1978, 161, 183; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO (Stand: 8.9.2014), § 265 Rn. 3; *Wachsmuth*, S. 188 f.; *König,* in: FG Friebertshäuser, S. 211, 221; *Gräfin von Galen/Wattenberg,* ZRP 2001, 445, 449; DAV Stellungnahme Nr. 46/2006, S. 14.

[26] *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 2; *Wachsmuth*, S. 110. Begrenzte Informationspflichten gegenüber dem Beschuldigten enthalten auch die §§ 136 Abs. 1 und 163a StPO.

[27] *Wachsmuth*, S. 112.

[28] Dabei handelt es sich in der Regel um das Tatgericht. Etwas anderes gilt nur, wenn das Gericht das Verfahren vor einem Gericht niedrigerer Ordnung eröffnet (§§ 209 Abs. 1, 210 Abs. 3 StPO). Zudem ist einschränkend darauf hinzuweisen, dass das Gericht bei dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses meist anders besetzt ist als in der Hauptverhandlung (vgl. §§ 30 Abs. 2, 76 Abs. 1 S. 2, 122 Abs. 2 S. 1 GVG).

[29] *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 2.

[30] *Wachsmuth*, S. 115; näher zur Kritik *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 257b Rn. 1.2 ff.

[31] Kritisch auch zu diesem Schluss unter Verweis auf die geringe Nichteröffnungsquote *Wachsmuth*, S. 116 m.w.N.

[32] *Gillmeister*, in*:* FG Friebertshäuser, S. 221, 228.

Nach der Konzeption des Gesetzes informieren die Anklageschrift und der Eröffnungsbeschluss den Angeklagten ausreichend über den Verfahrensgegenstand der Hauptverhandlung.[33] Vor dessen Vernehmung zur Sache bringt der Staatsanwalt den Tatvorwurf durch die *Verlesung des Anklagesatzes* (§ 243 Abs. 3 S. 1 StPO) zur Kenntnis. Der Angeklagte erhält, abgesehen von etwaigen Klarstellungen, dadurch keine neuen Informationen. Die Verlesung fasst lediglich verbindlich zusammen, was dem Angeklagten vorgeworfen wird.[34] Dieser Informationsstand ist auch für das Gericht von entscheidender Bedeutung, denn die rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen der *gerichtlich zugelassenen Anklage* bilden den Maßstab für die gesetzlichen und richterrechtlichen Unterrichtungs- und Hinweispflichten in der Hauptverhandlung.[35] Ergänzt wird die Orientierung des Angeklagten durch § 243 Abs. 4 S. 1 StPO, wonach dieser teilweise über die prozessuale Vorgeschichte (Ob und bejahendenfalls mit welchem Inhalt haben Verständigungsgespräche stattgefunden?) zu informieren ist.

2. Hinweispflichten / Recht auf Erörterung

Bis zur Verkündung des Urteils sind Hinweispflichten die letzte Informationsquelle des Angeklagten über die gerichtliche Einschätzung des Verfahrens.[36] Das Gericht muss den in der Anklage umschriebenen Lebenssachverhalt selbständig auf bedeutende Tatsachen untersuchen (§ 244 Abs. 2 StPO) und ist an die in der Anklage zum Ausdruck gebrachte Rechtsauffassung nicht gebunden (§§ 155 Abs. 2, 264 Abs. 2 StPO). In der Hauptverhandlung können neue rechtliche und tatsächliche Gesichtspunkte auftreten, die Schuldspruch und Strafmaß beeinflussen.[37] Auf Grund der Weite des prozessualen Tatbegriffes kann der Verfahrensgegenstand erheblichen Änderungen unterliegen, ohne dass die Staatsanwaltschaft eine Nachtragsanklage gem. § 266 StPO erheben muss. Um dem Angeklagten eine effektive Verteidigung zu ermöglichen, ist er also auf rechtliche und tatsächliche Veränderungen hinzuweisen.[38] In den Blick kommt hier zunächst § 265 StPO.

[33] *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 2.
[34] *Wachsmuth*, S. 117.
[35] *Wachsmuth*, S. 116.
[36] *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 2; *Wachsmuth*, S. 117.
[37] *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 2.
[38] *Schlothauer*, StV 1986, 213, 214; *Radtke*, in: Radtke/Hohmann (2011), § 265 Rn. 1; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 5.

a) Die Hinweispflichten nach § 265 Abs. 1 und 2 StPO

aa) Voraussetzungen der Hinweispflichten

§ 265 StPO dient der Sicherstellung einer effektiven Verteidigung und damit einem fairen Verfahren.[39] Zur Verwirklichung dieses Regelungsziels verpflichten § 265 Abs. 1 und 2 StPO das Gericht, den Angeklagten auf Veränderungen des Prozessgegenstandes in der Hauptverhandlung hinzuweisen. Sofern erforderlich ermöglichen § 265 Abs. 3 und 4 StPO dem Angeklagten, sich auf die Verteidigung angemessen vorzubereiten. Unter dem Gesichtspunkt der Transparenz sind allein die Hinweispflichten aus § 265 Abs. 1 und Abs. 2 StPO interessant. Sie sollen eine umfassende Information des Angeklagten über die Bewertung des Gerichts sichern. Im Folgenden wird der Anwendungsbereich beider Informationspflichten kurz umschrieben und sodann der Inhalt des zu erteilenden Hinweises näher beleuchtet.

Nach § 265 Abs. 1 StPO muss das Gericht dem Angeklagten einen Hinweis erteilen und diesem Gelegenheit zur Verteidigung geben, wenn es den Angeklagten „auf Grund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes“ verurteilten will. Unerheblich ist, ob sich die Beurteilung wegen einer anderen Interpretation des Rechts oder wegen neuer tatsächlicher Umstände ändert.[40] Mit Blick auf den Normzweck wird heute unter dem Begriff des „anderen Strafgesetzes“ jede Strafbestimmung verstanden, die zum notwendigen Inhalt des Anklagesatzes gehört und in irgendeiner Weise den Schuldspruch beeinflussen kann.[41] Der klassische Fall eines Hinweises nach Absatz 1 ist ein Wechsel im Deliktstyp, also bei Verurteilung aus einem Straftatbestand, der keinen gemeinsamen Grundtatbestand mit den in der Anklage aufgeführten Straftatbeständen aufweist (z.B. Betrug statt Diebstahl).[42] Weitere Anwendungsfälle betreffen Änderungen bei der Normsubsumtion aus dem Bereich des Allgemeinen Teils (etwa Versuch statt Vollendung, Tun statt Unterlassen usw.)[43] und nach herrschender Meinung den Wechsel der deliktischen Begehungsweise

[39] *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 58. Aufl. (2015), § 265 Rn. 2; *Schlothauer*, StV 1986, 213, 214; *Radtke*, in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 1; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 1; zur Grundkonzeption der gesetzlichen Hinweispflichten knapp *Wachsmuth*, ZRP 2006, 121 f.
[40] *Schlothauer*, StV 1986, 213, 214; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 15.
[41] BGHSt 29, 124, 127; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 23; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 15; *Wachsmuth*, S. 130.
[42] *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 16; *Wachsmuth*, S. 131.

innerhalb eines Straftatbestandes (mit mehreren Tatvarianten), sofern der Angeklagte beim Wechsel zu einer anderen Begehungsform auch seine Verteidigung umstellen muss.[44]

§ 265 Abs. 2 StPO betrifft Fälle, in denen sich erst in der Verhandlung Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung rechtfertigen. Nach allgemeiner Meinung besteht eine Hinweispflicht, wenn in der Hauptverhandlung Tatsachen festgestellt werden, die nicht bereits in der Anklageschrift enthalten sind.[45] Ob dagegen eine Hinweispflicht nach Absatz 2 ausgelöst wird, wenn Tatsachen erst in der Hauptverhandlung als besondere unvorhergesehene Umstände *erkannt* werden, ist umstritten. Die Rechtsprechung differenziert zwischen Umständen, welche die Anordnung einer Maßregel rechtfertigen, und straferhöhenden Umständen. Sie legt § 265 Abs. 2 StPO nur bei ersteren weit aus.[46] Die Literatur weist die Differenzierung zurück und plädiert auch in diesem Fall für eine Hinweispflicht.[47]

bb) Inhalt des Hinweises

Nach dem Wortlaut verlangt § 265 Abs. 1 StPO einen Hinweis „auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes". Absatz 2 ist entsprechend so zu lesen, dass er einen Hinweis auf die vom Strafgesetz vorgesehenen „erschwerenden Umstände" fordert. Der Hinweis muss die einschlägige Rechtsnorm genau bezeichnen.[48] Bleibt unklar, auf welche Tatsachen sich die mitgeteilte Veränderung stützen soll, muss das Gericht auch die relevanten Tatsachen klarstellen.[49] Das gilt nach herrschender Meinung erst Recht, wenn die neue rechtliche Bewertung auf das Auftauchen neuer Tatsachen zurückzuführen ist. Dann muss das Gericht regelmäßig neben dem Hinweis auf die abstrakte Rechtsnorm auch auf die kon-

[43] *Radtke*, in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 33; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 10; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 17; *Wachsmuth*, S. 132.
[44] BGHSt 2, 371, 372; 23, 95, 96; *Stuckenberg* in Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 25; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 9; ausführlich *Wachsmuth*, S. 133 ff.; mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung und kritisch gegenüber dem Abgrenzungskriterium der herrschenden Meinung *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 18 ff.
[45] *Radtke*, in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 44; *Schlothauer*, StV 1986, 213, 222; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 23.
[46] BGHSt 2, 85, 87; 18, 288, 289; eine Hinweispflicht für die erstmalige Beurteilung von Tatsachen als die Strafbarkeit erhöhende Umstände ablehnend BGHSt 29, 274, 279.
[47] *Radtke*, in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 44; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 22 ff. u. 40; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 23; *Wachsmuth*, S. 140; *dies.*, ZRP 2006, 121, 122 f.
[48] *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 6.
[49] BGH NStZ 2011, 475, 476; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 6.

kreten Tatsachen aufmerksam machen, die der neuen Bewertung zu Grunde liegen.[50]

Zu weiteren Ausführungen ist das Gericht nicht verpflichtet: Es muss nicht begründen, *warum* es zu einer bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Einschätzung gelangt.[51] Ferner muss das Gericht Hinweise nicht in Form eines Rechtsgesprächs erteilen, bei dem über die Rechtslage debattiert wird.[52] Auch zwingt die Hinweispflicht das Gericht grundsätzlich nicht, seine vorläufige Beweiswürdigung offenzulegen, sich also zu Inhalt und Ergebnis einzelner Beweiserhebungen zu erklären.[53]

cc) Die Hinweispflichten in gesetzlich nicht geregelten Fällen

Der kurze Blick über den Anwendungsbereich der gesetzlichen Hinweispflichten zeigt, dass das gesetzliche Informationskonzept der Hauptverhandlung einen Hinweis nur bei Änderungen rechtlicher Gesichtspunkte vorsieht.[54] Ursache dafür ist eine Fehleinschätzung des Gesetzgebers.[55] Der historische Gesetzgeber hielt eine darüber hinausgehende Hinweispflicht des Gerichts für entbehrlich, weil sich der Angeklagte durch seine ununterbrochene Anwesenheit in der Verhandlung über alle erheblichen Tatsachen unterrichten könne.[56] Heute hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die bloße Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung nicht genügt, um sich über alle relevanten Tatsachen zu informieren.[57] Vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 1 GG besteht mittlerweile weitgehend Einigkeit darüber, dass ein Gericht den Angeklagten über das Vorliegen neuer, für die rechtliche Bewertung relevanter Tatsachen nicht im Unklaren

[50] *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 6; *Kuckein*, in: KK StPO, § 265 Rn. 17; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 62; ausführlich *Wachsmuth*, S. 145 ff.; *Radtke*, in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 61 ff.
[51] *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 265 Rn. 7a; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 33; *Radtke*, in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 64; *Kuckein*, in: KK-StPO, § 265 Rn. 17.
[52] *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 265 Rn. 7a m.w. Rspr.-Nachw.; *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 33.
[53] Grundlegend BGHSt 43, 212, 214 f. (später ausführlicher zur Rspr.); weiterhin *Meyer-Goßner,* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 265 Rn. 7a; *Velten,* in: SK-StPO, § 265 Rn. 33; *Radtke,* in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 64; *Kuckein,* in: KK-StPO, § 265 Rn. 17; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 27.
[54] *Radtke,* in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 67; *Schlothauer,* StV 1986, 213, 222.
[55] *Radtke,* in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 67; *Wachsmuth*, S. 149; auch *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 5.
[56] *Stuckenberg,* in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 73; *Wachsmuth*, S. 149.
[57] *Wachsmuth*, S. 81.

lassen darf.[58] Will das Gericht den Tatvorwurf auf andere Tatsachen stützen, in denen nunmehr Tatbestandsmerkmale gesehen werden oder durch die sich Tatrichtung, Tatort, Tatopfer, Tatbeteiligte oder Tatzeit wesentlich ändern, muss es einen Hinweis erteilen.[59] Im Einzelnen ist umstritten, wie die Informationspflichten dogmatisch zu begründen und welche Anforderungen an die Erteilung des Hinweises zu stellen sind.[60] Zu Details soll und kann hier aber nicht weiter ausgeführt werden. Denn die ungeschriebenen Informationspflichten schließen zwar eine vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 1 GG bestehende Informationslücke, sie verlangen aber keine über die bloße Mitteilung der Erheblichkeit neuer Tatsachen hinausgehende Erörterung mit dem Angeklagten.

dd) Informationsdefizite bis zur Urteilsverkündung

Grob zusammengefasst: Die gesetzlichen und auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhenden Hinweispflichten gem. § 265 StPO sichern die genaue Bezeichnung der einschlägigen Vorschriften und eine Unterrichtung über die relevanten Tatsachen. Da sie die letzte Informationsquelle des Angeklagten über die gerichtliche Einschätzung des Verfahrens sind, lässt sich nun feststellen, welche Informationen dem Angeklagten bis zur Verkündung des Urteils vorenthalten bleiben: Er erfährt bisher nicht, wie das Gericht im Laufe der Hauptverhandlung Beweismittel oder Tatsachen würdigt.[61] Auch hat er keinen Anspruch darauf, die Rechtsauffassung des Gerichts zu erfahren oder sie in einem Rechtsgespräch zu diskutieren.[62]

Durch diese Einschränkungen sehen viele Stimmen in der Literatur erhebliche Informationsdefizite begründet, die eine effektive Verteidigung erschweren und vielfach nur unnütze Beweiserhebungen provozieren.[63] Sie fordern – mit im Einzelnen unterschiedlicher Gestaltung – in bestimmten Situationen eine Verpflich-

[58] *Stuckenberg,* in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 73; *Radtke,* in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 67 m. zahlr. Rspr.-Nachw.; *Schlothauer,* StV 1986, 213, 222 ff.; ausführlich *Wachsmuth*, S. 148 ff.
[59] *Velten,* in: SK-StPO, § 265 Rn. 62.
[60] *Radtke,* in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 67 ff.; *Stuckenberg,* in: Löwe-Rosenberg, § 265 Rn. 73; *Wachsmuth*, S. 143.
[61] *Meyer-Goßner,* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 265 Rn. 7a; *Velten,* in: SK-StPO, § 265 Rn. 33; *Radtke,* in: Radtke/Hohmann, § 265 Rn. 64; *Kuckein,* in: KK-StPO, § 265 Rn. 17.
[62] *Meyer-Goßner,* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 265 Rn. 7a; *Velten,* in: SK-StPO, § 265 Rn. 33.
[63] Statt vieler *Eschelbach,* in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 3.

tung des Gerichts zur Erörterung der Sach- und Rechtslage oder sogar einen Anspruch des Angeklagten auf ein Rechtsgespräch mit dem Gericht.[64]

b) Mitteilungspflichten

Die gesetzliche Mitteilungspflicht i. S. v. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO gilt auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu Beginn der Hauptverhandlung ergeben haben.

c) Kein Anspruch auf Erörterung nach § 257b StPO

Auch § 257b StPO beseitigt die benannten Informationsdefizite nicht. Zwar kann die vorläufige Beweiswürdigung sowie die rechtliche Einschätzung des Gerichts Gegenstand einer Erörterung nach § 257b StPO sein.[65] Der Gesetzgeber hat – wie bereits erwähnt – die Aussprache aber in das (pflichtgemäße) Ermessen des Gerichts gestellt[66] und zusätzlich an die Voraussetzung gebunden, dass eine Erörterung „geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern". Nach der Lesart der herrschenden Meinung, die den Sinn der Erörterungsvorschriften (allein) in der erleichterten Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten und dem Schutz vor Befangenheitsanträgen anlässlich der Führung solcher Gespräche sieht, kann es keinen Anspruch des Angeklagten auf eine Erörterung des Verfahrensstandes geben.[67] Eine *Ermessensreduzierung auf Null* mit der Folge einer Erörterungspflicht kann danach – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, namentlich, wenn das Gericht gegenüber Mitangeklagten in Erörterun-

[64] Jüngst *Kempf,* StraFo 2014, 105, 107; schon früh *Arndt und Dahs* (s. Fn.4 und 5); weiterhin etwa *Schünemann*, GA, 1978, 161, 177 ff.; *ders.,* ZStW, 114 (2002), 1, 52; *König*, StV 1998, 113, 114 f. (vorsichtiger noch *ders.*, in: FG Friebertshäuser, S. 211, 222: Bekanntgabe*recht* des Vorsitzenden [nach einem neuformulierten § 238a StPO]); *ders.*, GA 2010, 293, 295; *Gräfin v. Galen/Wattenberg*, ZRP 2001, 445, 449; DAV Stellungnahme Nr. 46/2006, S. 14 f.; *Velten,* in: SK-StPO, § 265 Rn. 4. Sympath. *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 265 Rn. 3; guter Überblick zum Meinungsstand bei *Wachsmuth*, S. 190 ff. und eigenem Vorschlag (S. 202).

[65] *Velten,* in: SK-StPO, § 257b Rn. 4.

[66] OLG Nürnberg StV 2011, 750, 751 (zu § 202a S. 1 StpO). Für einen Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf die Begründung der Entscheidung des Gerichts plädieren *Velten*, in: SK-StPO, § 257b Rn. 2; *Ignor*, in: SSW-StPO, § 257b Rn. 11; *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 257b Rn. 12.

[67] *Wenske,* in: KK-StPO, § 257b Rn. 8; *Meyer-Goßner,* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 257b Rn. 3; *v. Heintschel-Heinegg,* in: KMR, 56. EL (November 2009), § 257b Rn. 10; *Stuckenberg,* in: Löwe-Rosenberg, § 257b Rn. 6; *Schlothauer,* in: Niemöller/Schlothauer/Weider, § 257b Rn. 7; *Huttenlocher*, Dealen wird Gesetz – die Urteilsabsprache im Strafprozess und ihre Kodifizierung, 2007, Rn. 553 f., 811.

gen eingetreten ist (Art. 3 Abs. 1 GG) oder wenn Missverständnisse oder gravierende Wertungsunterschiede für das Gericht erkennbar werden.[68]

d) Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG

Eine Pflichtenerweiterung (§ 265 StPO) oder Pflichtenentstehung (§ 257b StPO) könnte sich vielleicht aus einer *verfassungskonformen Auslegung* vorgenannter Normen ergeben. Dann müsste der in Art. 103 Abs. 1 GG gewährte Anspruch auf rechtliches Gehör auch ein Rechtsgespräch zwischen Angeklagtem und Gericht umfassen. Wenige Stimmen in der Literatur befürwortet dies.[69] In der Interpretation des BVerfG sowie der h.M. folgen aus dem Prozessgrundrecht Informationspflichten, Äußerungsrechte und die Pflicht des Gerichts, die Argumente der Betroffenen zu beachten.[70] Der Anspruch auf rechtliches Gehör löst dagegen keine umfassenden Frage-, Aufklärungs- und Informationspflichten des Gerichts aus, insbesondere nicht im Hinblick auf dessen Rechtsansicht.[71] Grundsätzlich muss das Gericht weder Hinweise auf seine Rechtsauffassung geben noch Rechtsgespräche führen.[72] Nur wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör ansonsten leerliefe, entsteht für das Gericht ein Hinweisgebot.[73] Das BVerfG nimmt dies nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen[74] an und beschränkt Art. 103 Abs. 1 GG auf sein „Kernelement“,[75] das Verbot von Überraschungsentscheidungen.

---

[68] So Teile der Literatur, etwa *Velten*, in: SK-StPO, § 257b Rn. 2; *König/Harrendorf*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 257b Rn. 3; *Ignor*, in: SSW-StPO, § 257b Rn. 11; sympath. *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 257b Rn. 12 („Anspruch […] besteht bisher bedauerlicherweise nicht“) – § 257 StPO gewährt nach Wortlaut nur den Rahmen zu *einseitiger Kommunikation*, indem nach der Vernehmung des Angeklagten bzw. Mitangeklagten und nach jeder einzelnen Beweiserhebung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird.

[69] Schon früh *Arndt,* NJW 1959, 6, 8; weitere Nachweise bei *Velten,* in: SK-StPO, § 265 Rn. 5 m. Fn. 18 und *Schmidt-Aßmann,* in: Maunz/Dürig, 27. Lfg. (Nov. 1988), Art. 103 Abs. 1 Rn. 78 m. Fn. 55.

[70] BVerfGE 69, 145, 148; 67, 39, 41; 60, 1, 5; w. Nachw. bei *Velten*, in: SK-StPO, § 265 Rn. 5 m. Fn. 17.

[71] BVerfGE 67, 90, 96; BVerfG NJW 1996, 45, 46 und 3202 – jew. m.w.N.; *Pieroth,* in: Jarass/Pieroth, 13. Aufl. (2014), Art. 103 Rn. 22; *Schmahl,* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 13. Aufl. (2014), Art. 103 Rn. 31; *Schmidt-Aßmann,* in: Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 1 Rn. 78; *Degenhart,* in: Sachs, 6. Aufl. (2011), Art. 103 Abs. 1 Rn. 16.

[72] *Pieroth,* in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 22; *Schmahl,* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 103 Rn. 31; *Schmidt-Aßmann,* in: Maunz/Dürig, Art. 103 Rn. 78; *Degenhart,* in: Sachs, Art. 103 Rn. 16.

[73] *Schmahl,* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 103 Rn. 31.

[74] *Pieroth,* in: Jarass/Pieroth, Art. 103 Rn. 22; *Degenhart,* in: Sachs, Art. 103 Rn. 16; ausführlich zu solchen Ausnahmefällen *Schmahl,* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 103 Rn. 32.

[75] *Schmidt-Aßmann,* in: Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 1 Rn. 78.

Damit bleibt festzuhalten, dass sich das benannte Informationsdefizit auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung von § 265 StPO oder § 257b StPO beseitigen lässt. Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht nicht, mit dem Beschuldigten ein Rechtsgespräch zu führen. Die Preisgabe seiner Rechtsansicht ist nur zur Vermeidung von Überraschungsentscheidungen geboten.

e) Fair-trial-Grundsatz

Aus dem Gebot der Verfahrensfairness, wie es im Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG (i.V.m. dem allgemeinen Freiheitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG) sowie in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verankert ist,[76] lässt sich ebenfalls kein Anspruch auf ein Rechtsgespräch ableiten.[77] Das auf die Einhaltung von Mindeststandards in der Verfahrensgestaltung ausgerichtete Fairnessprinzip erfordert im hier interessierenden Kontext vornehmlich, dass alle Verfahrensbeteiligten auf die Rechtslage und Äußerungen des Gerichts sowie die dadurch geschaffene Verfahrenslage vertrauen können.[78] Damit ist vor allem im Strafverfahren jegliche bewusste Täuschung und Irreführung durch staatliche Organe unvereinbar. Unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes und aus Fürsorgegründen können besondere Umstände das Gericht verpflichten, durch Hinweise und Belehrungen auf eine sachgemäße Rechtswahrung hinzuwirken und erkannte Irrtümer richtig zu stellen (so etwa bei nachträglicher Abweichung von einer kundgegebenen Ansicht). Der Anspruch (ggf. auf Antrag des Angeklagten), ein verpflichtendes Rechtsgespräch mit dem Gericht im Prozessrecht zu installieren, lässt sich daraus aber nicht ableiten.[79]

f) Stand der Rechtsprechung/Leitentscheidung (BGHSt 43, 212)

Die Rechtsprechung unter Führung des BGH steht Gesprächspflichten über die Beweis- und Rechtslage während der laufenden Hauptverhandlung seit langem sehr reserviert gegenüber.[80] Der BGH ist der Ansicht, dass Tatgerichte *grundsätz-*

[76] Zur Herleitung knapp *Wachsmuth*, S. 88, die sich auf den Seiten 91 ff. auch mit dem Beschuldigteninteresse an möglichst frühzeitiger Orientierung (spezielle Ausprägung des Fairnessgebots für das Strafverfahren gem. Art. 6 Abs. 3 lit. a und b EMRK) befasst.
[77] So ausdrücklich (allerdings ohne Begründung und w. Nachw.) *Meyer-Ladewig,* in: NK-EMRK, 3. Aufl. (2011), Art. 6 Rn. 106.
[78] Hierzu und zum Folgenden *Esser*, in: Löwe-Rosenberg, Bd. 11, 26. Aufl. (2012), EMRK, Art. 6 Rn. 241 m.w.Nachw.; EGMR NJW 1999, 3545; BGHSt 48, 221, 228; KG StV 2013, 491; auch *Wachsmuth*, S. 88 ff.
[79] In der Sache auch *König*, GA 2010, 293, 294.
[80] Als „zurückhaltendes, wenn nicht autoritäres Verständnis von richterlichen Hinweispflichten“ kritisiert etwa von *Kempf*, StraFo 2014, 105, 108.

lich nicht verpflichtet sind, eigeninitiativ oder auf Antrag ihre vorläufige Beweiswürdigung offenzulegen oder in Rechtsgespräche mit anderen Verfahrensbeteiligten (insbesondere der Verteidigung) einzutreten. Ein solches Gebot folge – wie er in seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 1997 deutlich macht – nicht aus den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen, insbesondere auch nicht aus dem Prinzip des fairen Verfahrens. Denn eine solche Verpflichtung „läuft darauf hinaus, dass der Verteidiger innerhalb der Hauptverhandlung ein – weitgehend schriftliches – Zwischenverfahren veranlassen könnte, in dem der Tatrichter zu klären hätte, wie er den Inhalt einer Beweiserhebung aufgenommen und wie er das Ergebnis der Verwendung eines einzelnen Beweismittels – hier einer Zeugenvernehmung – verstanden hat. Solches würde den in der Vorschrift des § 261 StPO geregelten Prinzipien und dem Grundsatz der Mündlichkeit der Hauptverhandlung widersprechen. Der Tatrichter hat – erst – in der Urteilsberatung darüber zu befinden, wie er die einzelnen verwendeten Beweismittel einschätzt."[81]

In *Ausnahmefällen* lockert der BGH sein strenges Verständnis vom Eingreifen richterlicher Hinweispflichten. So gaben ihm in einer anderen Entscheidung Missverständnisse über Beweisergebnisse und ihre Grundlagen Anlass hervorzuheben, dass „Gerichte im Rahmen ihrer Verpflichtung zu fairer Verfahrensgestaltung gehalten sind, erkannte Missverständnisse der Verteidigung durch entsprechende Hinweise aufzuklären."[82] In restriktiver Handhabung der Ausnahmen – so *Kempf* – verlangt er dafür aber einen „besonders gelagerten prozessualen Sachverhalt":[83] „Anders als ein erkanntes […] Missverständnis begründet nicht etwa jede deutlich erkennbare abweichende Bewertung des Ergebnisses der Beweisaufnahme durch die Verteidigung eine gerichtliche Hinweispflicht aus Gründen fairer Verfahrensgestaltung. Dies gilt – nicht anders als im Fall bewusster unrichtiger Behauptung über Ergebnisse der Beweisaufnahme – jedenfalls auch bei Fehlbewertungen der Verteidigung aufgrund von Uneinsichtigkeit oder nachhaltiger Unaufmerksamkeit."[84]

[81] BGHSt 43, 212, 215 = NJW 1997, 3182 = NStZ 1998, 51 = StV 1997, 561 m. krit. Anm. *König* = JZ 1998, 53 m. zust. Anm. *Herdegen.* Diese Rechtsprechung bestätigend (in zeitlicher Abfolge) BGH StV 2001, 387 f.; StraFo 2003, 95; BGHSt 48, 221, 228; BGH NStZ-RR 2005, 259 m.w.Nachw.; NStZ-RR 2008, 180, 181; StraFo 2009, 73; KG StV 2013, 491.
[82] BGHR StPO § 244 VI Beweisantrag 30; s. auch BGH NStZ-RR 2003, 147, 148; dazu *Basdorf*, StV 1995, 310, 319; weiterhin KG StV 2013, 491, 492.
[83] BGH NStZ-RR 2003, 147, 148.
[84] BGH NStZ-RR 2003, 147, 149; auch BGH bei Kusch, NStZ 1993, 228.

Als *Ergebnis* ist damit festzuhalten, dass sich die Gerichte auf Basis des geltenden Rechts nur sehr eingeschränkt als verpflichtet ansehen, ihre (vorläufige) Einschätzung von Beweismitteln oder der Rechtslage den anderen Prozessbeteiligten mitzuteilen. Auf die Gründe und ihr Gewicht ist bei der Diskussion der Reformansätze unter **III.** noch gesondert einzugehen.

3. Verteidigungsaktivitäten zur Erlangung vorläufiger richterlicher Einschätzung

Dass es den Gerichten *erlaubt* ist, mit den Verfahrensbeteiligten (häufig auf Wunsch des Angeklagten oder der Verteidigung) den Verfahrensstand zu erörtern und dabei auch vorläufige Einschätzungen zum Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme abzugeben, war schon vor Einführung der Kommunikationsnormen durch das Verständigungsgesetz anerkannt.[85] Als Grenze fungieren hier allein die Befangenheitsregelungen (§§ 24 ff. StPO). Das Gericht darf bei der Zwischenwürdigung nicht den Eindruck erwecken, sich schon endgültig entschieden zu haben.[86]

Sperrt sich aber das Gericht gegen ein offenes Rechtsgespräch, weil es den Richtern widerstrebt, sich vorläufig festzulegen, in einem Kollegialgericht die Meinungsbildung noch nicht weit genug fortgeschritten ist oder die Richter ihre Einschätzung der Beweis- oder Rechtslage als „Verhandlungsmasse“ für eine Verständigung nicht frühzeitig preisgeben wollen,[87] besteht nach der bisherigen Analyse nur in Ausnahmefällen eine gerichtliche Hinweispflicht. In dieser misslichen Situation hat die Strafverteidigung im Zuge ihrer Professionalisierung verschiedene Instrumente entwickelt, mit denen sie versucht, das Gericht zur Offenlegung von vorläufigen Einschätzungen zur Beweis- und Rechtslage zu zwingen und dabei gleichzeitig ihr günstige Sachverhalte für die Revisionsinstanz zu konservieren oder gar erst zu schaffen.[88]

Die wohl gebräuchlichste Verteidigungstaktik, um einen „Blick ins Beratungszimmer“ (*Widmaier)* vor Urteilsverkündung zu werfen, bedient sich dabei des

[85] *König/Harrendorf*, in: Dölling/Duttge/Rössner, § 257b Rn. 1 m.w.Nachw.
[86] Statt vieler *König*, in: FG Friebertshäuser, S. 211, 215 und *Gillmeister*, in: FG Friebertshäuser, S. 223, 237 f. – beide m.w.Nachw.
[87] Näher zu möglichen Hindernissen bei der Herstellung offener Kommunikation *Wachsmuth*, S. 184 f.
[88] Ausführlich zu affirmativen (Hilfs-)Beweisanträgen, die als „das wichtigste und durchsetzungsstärkste Instrument“ gelten, um Verhandlungsergebnisse „revisionsgeeignet zu konservieren“, *Widmaier*, in: Münchener Anwaltshandbuch. Strafverteidigung (2006), § 9 Rn. 163 ff.

Beweisantragsrechts.[89] Bekanntlich darf das Gericht formelle Beweisanträge nur unter engen, für nicht-präsente Beweismittel in § 244 Abs. 3 - 5 StPO abschließend aufgezählten Gründen ablehnen. Die Ablehnung eines Beweisantrages erfordert einen Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 StPO), der gem. § 34 StPO zu begründen ist. Entschieden werden muss über den Beweisantrag spätestens bis zum Abschluss der Beweisaufnahme (Ausnahme: echte Hilfs- oder Eventualbeweisanträge).[90] Die Begründung des Ablehnungsbeschlusses soll den Antragsteller in die Lage versetzen, sich in seiner Verteidigung auf die neue Prozesssituation einzustellen.[91] Bei einigen der Ablehnungsgründe gem. § 244 Abs. 3 StPO hat das Gericht dementsprechend zumindest einen Teil seiner Beweiswürdigung offenzulegen:[92] So lässt sich ohne Würdigung der bisherigen Beweisaufnahme nicht darlegen, dass eine Tatsache „schon erwiesen" ist. Ebenfalls nur im Kontext einer Einschätzung des Gesamtgeschehens lässt sich beurteilen, ob eine Beweisbehauptung „für die Entscheidung ohne Bedeutung" ist oder „eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr".

Gleichwohl kann auch das Beweisantragsrecht das Interesse des Angeklagten, Informationen über die gerichtliche Einschätzung der Beweislage zu erhalten (und ggf. seine Verteidigungsstrategie darauf einzustellen), nur begrenzt befriedigen. Denn auf den Zeitpunkt der Bescheidung des Beweisantrages hat er keinen Einfluss, so dass bei Ablehnung des Antrags erst kurz vor Schluss der Beweisaufnahme sein Versuch, durch verändertes Verteidigungsvorbringen das Gericht noch zu einem Umdenken zu bewegen, möglicherweise ins Leere läuft.[93] Auch ist zu beachten, dass jedenfalls das primäre Ziel von Beweisanträgen darin besteht, den Sachverhalt weiter aufzuklären und nicht, etwas über die Einschätzung des Gerichts hinsichtlich bestimmter Beweismittel zu erfahren.[94] Diesem Erkenntnisinteresse kann sich das Gericht ohnehin durch Anordnung der Beweiserhebung entziehen.[95] Als weitere Mechanismen zur „Früherkennung" und Festschreibung

[89] Diese "Erkenntnismethode" erwähnen etwa *Schünemann,* GA 1978, 161, 183; *König,* in: FG Friebertshäuser, S. 211, 213; *Gillmeister*, in: FG Friebertshäuser, S. 223, 238; *König*, StV 1998, 113, 114; *Ignor/Matt*, StV 2002, 102, 104; *Erhard*, StV 2013, 655, 659; *Kempf*, StraFo 2014, 105, 107.
[90] *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn. 44a.
[91] *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 244 Rn. 41a m. w. Nachw.
[92] *Wachsmuth*, S. 186 f.; näher zum Informationsgewinn *Widmaier*, in: Münchener Anwaltshandbuch. Strafverteidigung, § 9 Rn. 83.
[93] *Wachsmuth*, S. 187.
[94] In der Sache wird hier das Beweisantragsrecht – aus Sicht der Verteidigung notgedrungen – ein Stück weit zweckentfremdet.
[95] *Wachsmuth*, S. 187.

von Sachverhalten werden etwa Anträge auf Aufhebung des Haftbefehls (§ 117 StPO)[96] oder Beanstandungen der Sachleitung des Gerichts (§ 238 Abs. 2 StPO)[97] diskutiert.[98]

Diese Umwege, möglichst frühzeitig etwas über die Einschätzung des Gerichts zu erfahren, mögen im Einzelfall einen begrenzten Erkenntnisgewinn bringen. Eine vollständige Beseitigung der Informationsdefizite garantieren sie allerdings nicht.

III. Reformansätze nebst Kritik

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, dass nach geltendem Recht das Gericht nur in besonderen Fällen eine Pflicht trifft, seine Sicht der Dinge (hier: die vorläufige Einschätzung von Beweis- und Rechtslage) offenzulegen[99] – obwohl im Strafprozess und gerade in einem konfrontativ geführten Verfahren der Angeklagte und sein Verteidiger ein großes Interesse an entsprechender Information haben. Denn eine effektive Verteidigung ist darauf angewiesen, „frühzeitig Orientierung zu erlangen, um die relevanten Verteidigungsvorbringen (das Entlastungsmaterial) zeitlich wirksam zu platzieren.“[100] In der Literatur finden sich daher schon seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts Reformvorschläge, die hier Abhilfe schaffen könnten, aber – da unterschiedliche Interessen berührend – natürlich nicht ohne Kritik geblieben sind. Im Fokus stehen nachfolgend Modelle der *zwingenden* Unterrichtung über die vorläufige Beweiswürdigung des Gerichts. Nicht untersucht werden Ansätze im Umfeld der Absprachediskussion, die „nur“ zur Stärkung kommunikativer Elemente im Strafprozess dienen, da hier – wie gezeigt – durch das Verständigungsgesetz 2009 in den §§ 160b, 202a, 212, 257b StPO bereits vieles umgesetzt wurde.

[96] Vgl. *Kempf*, StraFo 2014, 105, 107. Angesprochen sind Fälle, in denen das Gericht die Frage des Vorliegens eines dringenden Tatverdachts klären muss und in diesem Zusammenhang Beweise zu würdigen hat.
[97] *König*, StV 1998, 113, 114.
[98] *Hamm* (FG Peters, S. 169, 171 ff.) skizziert drei Fallgruppen, die für eine „Früherkennung“ richterlicher Beweiswürdigung in Betracht kommen.
[99] Nach *König* (StV 1998, 113, 115) bewegt sich das Verteidigungsbegehren „zwischen zwei Polen: Es liegt außerhalb des von der StPO positiv konstituierten Kommunikationsfeldes von Anträgen und darauf ergehender Entscheidungen *auf der einen Seite*. Es bewegt sich *andererseits* aber noch nicht in dem Bereich, in dem das Gericht nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ausnahmsweise (zur Vermeidung einer Überraschungsentscheidung) *von sich aus* verpflichtet wäre, seine Auffassung zur Sach- und/oder Rechtslage vor Urteilsverkündung offenzulegen“.
[100] *Wachsmuth*, S. 190.

1. Darstellung der Reformansätze nebst Kernargumenten

In der Reformdebatte sind verschiedene Vorschläge entwickelt worden, die Gerichte über das bestehende – vom Gesetz bzw. der Richterdogmatik vorgegebene – Maß hinaus zur Aufdeckung ihrer vorläufigen Beweiswürdigung oder Rechtsmeinung während der Hauptverhandlung zu verpflichten.[101]

a) Regelungsvorschläge im Einzelnen

- Schon 1978 hat *Schünemann* gefordert: „Die *Kommunikation* zwischen den Verfahrensbeteiligten muss *weiter verbessert* werden!“[102] – und diese Forderung unmittelbar aus den Erfordernissen der materiellen Wahrheitsfindung (als dem für jede Hauptverhandlungskonstruktion verbindlichen Leitprinzip) abgeleitet. Denn eine Hauptquelle von Dissens und Irrtum sei die Uneinigkeit über den Inhalt einer Zeugenaussage.[103] Sein Verbesserungsvorschlag setzt – wie auch andere Modelle – bei den *einzelnen Beweiserhebungsakten* an.[104] Nach jeder Beweiserhebung (insbesondere im Anschluss an Zeugenvernehmungen) muss nach diesem Vorschlag der Vorsitzende im Rahmen eines Diktats den wesentlichen Inhalt des Beweisergebnisses im Hauptverhandlungsprotokoll zusammenfassen (und etwa von Zeugen genehmigen lassen); daraufhin haben die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, Ergänzungswünsche anzumelden und Missverständnisse aufzuklären.[105] Auf diesem Wege schaffe man eine konzentrierte, von allen Beteiligten akzeptierte Interpretation des wesentli-

[101] Darstellung in Anlehnung an *Wachsmuth*, S. 191 f.
[102] *Schünemann*, GA 1978, 161, 177.
[103] *Schünemann*, GA 1978, 161, 178.
[104] *Schünemann*, GA 1978, 161, 177 (insbesondere 179); *ders.*, ZStW 114 (2002), 1, 52; weiterhin *Sailer*, NJW 1977, 24, 25; w. Nachw. bei *Wachsmuth*, S. 191 m. Fn. 665.
[105] Gesetzesvorschlag zur Ergänzung der StPO bei *Schünemann,* GA 1978, 161, 183 mit folgendem Wortlaut:
„§ 273 Abs. 2: Außerdem sind die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen in das Protokoll aufzunehmen und von dem Vernommenen zu genehmigen. Meinungsverschiedenheiten über vom Vorsitzenden für erforderlich gehaltene Zusätze entscheidet das Gericht.
§ 257 Abs. 4: Das Gericht hat den Staatsanwalt, den Verteidiger und den Angeklagten rechtzeitig vor Schluss der Beweisaufnahme durch einen oder mehrere Beschlüsse auf die wesentlichen qualitativen Gesichtspunkte für die Würdigung der Beweise hinzuweisen. Eine Veränderung dieser Gesichtspunkte ist ebenfalls durch Gerichtsbeschluss mitzuteilen.“
Weiterhin *Schünemann*, ZStW 114 (2002), 1, 53; auch *Roxin/ders.*, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 81 (nunmehr mit dem Hinweis, dass nach massiver Aufwertung des Ermittlungsverfahrens „die Reform der Hauptverhandlung nicht mehr das dringendste Problem des Strafverfahrens bildet“).

chen Inhalts einer (*in concreto* ja häufig diffusen und konfusen) Zeugenaussage. Die derart gewonnene Dokumentation stehe nunmehr auch für die Schlussberatung des Gerichts oder das Schlussplädoyer des Verteidigers zur Verfügung und trage so mittelbar zur Zuverlässigkeit der Feststellungen bei.[106]

- Nicht ganz so weit geht ein Vorschlag, den der Strafrechtsausschuss des DAV 2006 anlässlich einer Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren in diesem Zusammenhang gemacht hat.[107] In Ergänzung zum bestehenden § 257 Abs. 2 StPO soll es in einem anzufügenden Satz 2 danach heißen:

  > „Erkennt das Gericht in der Erklärung nach Satz 1 eine deutlich von der eigenen abweichende Beurteilung der Beweis- oder Rechtslage, so erteilt der Vorsitzende darüber einen Hinweis.“[108]

  Die Verfasser knüpfen mit ihrer Regelung an die schon nach bisheriger BGH-Rechtsprechung anerkannten erweiterten Hinweispflichten (bei vom Gericht erkannten Missverständnissen und gravierenden Wertungsunterschieden über Beweisergebnisse) an und erstrecken die Pflicht zum Dialog auf Meinungsverschiedenheiten über Rechtsfragen.[109]

- Andere Diskutanten wollen losgelöst von einzelnen Beweiserhebungen eine Pflicht des Gerichts zur Erörterung des Verfahrensstandes („Rechtsgespräch“) installieren – entweder auf Antrag des Angeklagten,[110] von Amts wegen in Form von „Beweisstatements“[111] oder entsprechend der zivilprozessualen Regelung in § 278 ZPO.[112]

---

[106] *Sailer*, NJW 1977, 24, 25; auch *Mertens*, in: FS Grünwald (1999), S. 367, 374.
[107] DAV Stellungnahme Nr. 46/2006. Anders als mit dem Referentenentwurf des BMJ vom 18.5.2006 sowie mit dem Vorschlag des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer vom September 2005 beabsichtigt bestand das Ziel des DAV-Gegenvorschlags im Kern darin, durch möglichst geringfügige Eingriffe in das geltende Recht rechtsstaatlich bedenkliche Urteilsabsprachen zu vermeiden, auch und gerade durch Einführung eines formellen Tat- und Schuldinterlokuts (vgl. DAV Stellungnahme Nr. 46/2006, S. 8 ff.); ausführlich (und kritisch) dazu *Huttenlocher*, Rn. 735 ff.
[108] DAV Stellungnahme Nr. 46/2006, S. 14 mit Erläuterungen auf den S. 9, 11; Forderung bekräftigt von *König*, GA 2010, 293, 295 und jüngst von *Kempf,* StraFo 2014, 105, 110.
[109] DAV Stellungnahme Nr. 46/2006, S. 14 m. Fn. 1.
[110] *Gräfin von Galen/Wattenberg*, ZRP 2001, 445, 449.
[111] Nachw. bei *Wachsmuth*, S. 192.
[112] Nachw. bei *Wachsmuth*, S. 192.

- Den jüngsten Regelungsvorschlag unterbreitete 2008 *Wachsmuth* in ihrer Dissertation, nachdem sie zuvor überaus gründlich das Recht des Angeklagten auf Orientierung aufgearbeitet und dabei (auf den S. 46 ff.) auch in erhellender Weise die richterliche „Überzeugungsbildung als menschlicher Erkenntnisprozess“ behandelt hat. Ihrer Ansicht nach ist der § 257b StPO des BMJ-Referentenentwurfs vom 18.5.2006[113] wie folgt zu modifizieren:

  „(1) Das Gericht kann in der Hauptverhandlung *mit Zustimmung des Angeklagten* den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern.
  (2) *Auf Antrag des Angeklagten soll die Erörterung erfolgen, soweit sich eine vorläufige Überzeugung bereits abzeichnet.“*[114]

b) Kernargumente der Befürworter

Die Protagonisten von Hinweis- und Unterrichtungspflichten (oder zumindest einer entsprechenden Soll-Vorschrift) stützen ihre Forderung im Wesentlichen auf folgende Argumente:

Zunächst einmal versprechen sich die Anhänger einer Offenlegungspflicht eine *verbesserte Qualität der Wahrheitsfindung*: Indem das Gericht schon *vor* dem Urteil zu erkennen geben muss, welche Aspekte der Beweiserhebung nach seiner Ansicht für die Glaubwürdigkeitsbeurteilung und die Beweiswürdigung (überhaupt) relevant sind, bietet sich der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung die Möglichkeit, Verzerrungseffekten durch gezielte Herausarbeitung entlastender Gesichtspunkte entgegen zu wirken.[115] Wer weiß, worauf es dem Gericht ankommt, kann punktgenauer agieren;[116] die Chance auf (rechtzeitige) Korrektur etwaiger Fehler steigt.[117]

[113] § 257b StPO des RefE stimmt wörtlich überein mit dem seit 2009 geltenden § 257b StPO, er lautet(e) also: „Das Gericht kann in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern.“.
[114] *Wachsmuth*, S. 202.
[115] *Schünemann*, GA 1978, 161, 178; *ders.*, ZStW 114 (2002), 1, 52; s. auch *Mertens,* in: FS Grünwald, S. 367, 373.
[116] *Kempf*, StraFo 2014, 105, 107.
[117] *Wachsmuth*, S. 201.

Durch eine Intensivierung des (Meinungs-)Austausches über Beweis- und Rechtsfragen könne zudem die *Subjektstellung des Angeklagten* ausgebaut und gleichzeitig die Gewährung rechtlichen Gehörs über die verfassungsrechtliche Mindestgarantie hinaus effektiviert werden.[118] Aus einer einseitigen Stellungnahmemöglichkeit (wie bisher) würde ein Gespräch auf Augenhöhe, das auch das Gericht in die Lage versetzt, an den beanstandeten Punkten weiter aufzuklären. Auf die Akzeptanz des späteren Urteils könne sich das nur positiv auswirken.

Für das Modell einer obligatorischen „Zwischenwürdigung" (durch das Gericht) spricht nach Auffassung vieler auch die *Verfahrensökonomie*: Sind sich die Verfahrensbeteiligten nach Offenlegung einig darüber, welche Tatsachen als faktisch unstreitig keiner aufwändigen Beweisaufnahme bedürfen und hinsichtlich welcher Teile des Verfahrensstoffes unterschiedliche Einschätzungen vorliegen, könnte die Hauptverhandlung auf die aus Sicht von Gericht und sonstigen Verfahrensbeteiligten entscheidungserheblichen Kernfragen konzentriert und damit erheblich abgekürzt werden.[119] Eine Vielzahl von Beweis- und Verfahrensanträgen, die Überraschungsentscheidungen vermeiden sollen (sog. „Umwegmethode"), wären dann überflüssig. Das sich in der Geheimniskrämerei um die Sicht des Gerichts manifestierende autoritäre (auf Dezision ausgerichtete) Element des deutschen Strafprozesses würde zugunsten einer kommunikativen Verhandlungskultur verblassen.[120]

Schließlich wird für eine Offenlegungspflicht die Vorschrift des *§ 139 ZPO* („Materielle Prozessleitung") ins Feld geführt, die schon im (grundsätzlich von der Parteimaxime beherrschten) Zivilprozess strenge Anforderungen an die gerichtlichen Hinweispflichten stellt. Dies müsse erst Recht im Strafprozess gelten, indem das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären hat.[121]

---

[118] *Gräfin von Galen/Wattenberg,* ZRP 2001, 445, 449; *König*, StV 1998, 113, 115; *Wachsmuth*, S. 203; *Kempf*, StraFo 2014, 105, 108.

[119] *Gräfin von Galen/Wattenberg,* ZRP 2001, 445, 449; *König*, in: FG Friebertshäuser, S. 211, 213, 220; *Kempf*, StraFo 2014, 105, 107; *Velten*, in: SK-StPO, § 257b Rn. 3.

[120] Vgl. *König*, in: FG Friebertshäuser, S. 211, 212; ebenso *Kempf,* StraFo 2014, 105, 108.

[121] *Gräfin von Galen/Wattenberg,* ZRP 2001, 445, 449; *Kempf*, StraFo 2014, 105, 109; auch *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 257b Rn. 3. – Als *Nebenfolge* eines verbindlichen Anspruchs auf Hinweise sieht man zudem einen „gewissen Schutz gegen das Drohen mit der Sanktionsschere im Zusammenhang mit Absprachen", da eine „realistischere Lageeinschätzung durch den anwaltlich vertretenen Angeklagten möglich wäre" (*Kempf,* StraFo 2014, 105, 110), aber auch die Gefahr der Einführung von Präklusionsvorschriften für den Fall, dass nach vorweggenommener Beweiswürdigung durch das Gericht die Verteidigung Beweisanträge nicht sogleich, sondern erst wesentlich später stellt (so *König*, in:

2. Allgemeine Kritik

Unübersehbar sind aber auch die Probleme und Schwächen, die mit den skizzierten Reformvorschlägen einhergehen.

Schon die in Aussicht gestellte *Zeitersparnis* durch eine gestraffte Hauptverhandlung wird von den Gegnern einer Reform in Abrede gestellt. Sie befürchten vielmehr das Gegenteil: Diskussion und Dokumentation der wesentlichen Beweisergebnisse würden die Hauptverhandlung in die Länge ziehen, insbesondere dann, wenn es Streit über das Ergebnis der Beweisaufnahme gäbe.[122] Überdies droht – nach *Herdegen* – ein „Metabeweisverfahren" über Beweisaufnahmen und ihr Ergebnis", das sich mit einem geordneten Verfahrensgang nicht vereinbaren lasse.[123] Dass Vorwegdiskussionen und ihre Fortentwicklung zu Beweiserhebungen den Strafprozess *missbrauchsanfälliger* machen, wird von ihm ebenfalls betont.[124] „Unseriöse" bzw. „illoyale" Verteidiger könnten die zusätzlichen Informationen dazu nutzen, immer neue Beweisanträge zu stellen und den Prozess dadurch schlimmstenfalls verschleppen.

Überaus bedeutsam für die kritische Würdigung der Reformvorschläge ist auch der *Grundsatz der freien Beweiswürdigung gem. § 261 StPO* (als Leitmaxime des deutschen Strafprozesses). Danach hat das Gericht seine Überzeugung (auch von den Ergebnissen der Beweiserhebungen) aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung – also erst in der Urteilsberatung – zu schöpfen.[125] Die geforderten Zwischenwürdigungen verändern aber – worauf *Wachsmuth* nachdrücklich hinweist – den Erkenntnisprozess: „Eine vorläufige Würdigung und erst Recht deren sprachliche Äußerung können nicht mit den gedanklich ohnehin ablaufenden Wahrnehmungs- und Verarbeitungsprozessen gleichgesetzt werden. Zwischenwürdigungen erfordern nämlich zusätzliche kognitive Verarbeitungsprozesse, die

FG Friebertshäuser, S. 211, 221 mit der Bemerkung: „Das eine kann also das andere nach sich ziehen."

[122] *Mertens,* in: FS Grünwald, S. 367, 374. *Sieß*, NJW 1982, 1625 geht bei wörtlicher Protokollierung mindestens von einer „Verdreifachung" des Zeitaufwandes aus.

[123] *Herdegen*, JZ 1998, 54, 55.

[124] *Herdegen*, JZ 1998, 54, 55. Begegnet werden könne dem – so *Ahlf,* Alsberg-Tagung (1999), S. 113, 127 – durch eine „behutsame Modifizierung" der Ablehnungsgründe für Beweisanträge; ebenso *Schünemann,* GA 1978, 161, 179 f.

[125] Vgl. BGHSt 43, 212, 215. Die von der Revision aus dem Fairnessgrundsatz abgeleiteten Bescheidungspflicht läuft nach dem BGH auf ein – weitgehend schriftliches – Zwischenverfahren hinaus, das den in § 261 StPO geregelten Prinzipien sowie dem Münd-

wiederum die nachfolgende Wahrnehmung der Hauptverhandlung beeinflussen. Die Verbalisierung bildet die Überzeugung unter Umständen überhaupt erst heraus. Und die Bekanntgabe der vorläufigen Einschätzung in öffentlicher Hauptverhandlung stellt eine weitere ‚Zäsur' dar: Sie erzeugt nämlich *Commitment* und erhöht daher ihren Änderungswiderstand im Sinne der Dissonanztheorie. Die Äußerung bleibt dann Ausgangspunkt und Maßstab aller weiteren Überlegungen. Eine Pflicht zur Offenlegung von Teilen oder der gesamten vorläufigen Würdigung des Gerichts könnte daher zwar auf der einen Seite die Korrektur von Fehlentwicklungen ermöglichen, auf der anderen Seite aber auch selbst zur Fehlerquelle werden." [126] Die Gefahr, die im Austausch vorläufiger Würdigungen liegen kann, habe auch der Gesetzgeber erkannt und die Verfahrensbeteiligten zur Vorbeugung verfrühter Festlegungen in § 257 Abs. 3 StPO auf die Schlussvorträge verwiesen. Im Ergebnis – so *Wachsmuth* – bergen daher Vorschriften, die das Gericht zu einer (Teil-)Offenlegung zwingen, „mehr Gefahren für die Wahrheitsfindung als sie bannen."[127]

Die hier beim Gericht unterstellte Ergebnisoffenheit halten einige Diskutanten für „idealtypisch" [128] (und letztlich naiv), seien doch die (Berufs-)Richter durch die Aktenlektüre und verschiedene Verfahrensakte (Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens, Erlass des Haftbefehls usw.) ohnehin vorgeprägt.[129] Der damit angesprochene Inertia- oder Perseveranzeffekt[130] ist mittlerweile weitgehend anerkannt; allerdings stellt m. E. die „Zwischenfestlegung" in der *öffentlichen* Hauptverhandlung schon einen besonderen psychologischen Akt dar, der unter Umständen ein stärkeres Beharrungsvermögen entstehen lässt.[131]

---

lichkeitsgrundsatz widerspreche (zutr. gegen letzteren Aspekt *König*, StV 1998, 113, 114; *Kempf*, StraFo 2014, 105, 108).

[126] *Wachsmuth*, S. 194 m. w. Nachw. Vgl. auch *Gillmeister*, in: FG Friebertshäuser, S. 223: „[…] Und so muss der Richter seine Gedanken für sich behalten, nicht nur, um den Eindruck der Befangenheit zu vermeiden, sondern auch um sich selbst die Freiheit zu erhalten, die Bausteine für sein Gedankengebäude immer wieder neu zusammenzusetzen."

[127] *Wachsmuth*, S. 194.

[128] *König,* GA 2010, 293, 295; *ders.* schon in StV 1998, 113, 114 (Überzeugung vom Ergebnis einzelner Beweiserhebungen überkommt Tatrichter „nicht erst in der Urteilsberatung anfallsartig"); auch *Kempf* , StraFo 2014, 105, 108 („Richter wird nicht vom Blitz der Erkenntnis getroffen") und *Hamm*, in: FG Peters, S. 169, 170.

[129] *König*, GA 2010, 293, 295.

[130] Nachw. dazu bei *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 16; weiterhin *Eschelbach*, in: Beck-OK-StPO, § 257b Rn. 6 f.

[131] S. auch *Salditt*, StV 2001, 311, 312 f.: „Da es zu den Grundregeln richterlicher Dignität gehört, dass der einmal eingeschlagene Kurs stetig durchgehalten werden muss („stare decisis"), handelt es sich trotz aller Vorläufigkeit um einstweilige Festlegungen. Der selbstverständliche Vorbehalt ist eine bloße Floskel und bürdet faktisch den Verfahrens-

„Zwischenwürdigungen“ im Rahmen des dynamischen Prozesses der richterlichen Entscheidungsfindung erzeugen zudem unter dem Gesichtspunkt der „Flexibilität des Verfahrens“ spezifische Probleme. Schon die „Herstellung“ einer von allen Beteiligten akzeptierten Interpretation des wesentlichen Inhalts von Beweisergebnissen kann die Flexibilität erheblich beeinträchtigen.[132] Aushandlungsprozesse dieser Art können viel Zeit beanspruchen und sind möglicherweise völlig überflüssig, wenn spätere Beweismittel das bisher errichtete Beweisgebäude wieder zum Einsturz bringen. Zu beachten ist auch, dass mit der – wenngleich vorläufigen – Einschätzung der Beweis- oder Rechtslage gleichzeitig eine Art *Vertrauenstatbestand* geschaffen wird, der bei geplanten Abweichungen aus Gründen der Verfahrensfairness schon nach bisheriger Rechtsprechung Hinweispflichten auslöst, um die Verteidigung neu justieren zu können.[133] Ist ein *Kollegialgericht* (mit Schöffenbeteiligung) zur Entscheidung aufgerufen, muss regelmäßig eine *Zwischenberatung* des Spruchkörpers erfolgen, um den Inhalt der Zwischenwürdigung oder das Ergebnis einer Abweichung zu besprechen.[134] Hier drohen gerade im Falle dysfunktionaler Verteidigung Beweisaufnahmen *ad infinitum* und damit (überspitzt formuliert) „Dauerunterrichtungs- und Hinweispflichten“. Dass pauschale Forderungen nach einem unbegrenzten „Rechtsgespräch“ ins Leere gehen, da allein das Gericht mit der Macht ausgestattet ist, Tat- und Rechtsfragen zu entscheiden und deshalb irgendwann der Dialog abgebrochen werden muss, versteht sich von selbst.[135]

3. Bewertung der Einzelreformvorschläge

Ist das Bedürfnis von Angeklagten und Verteidigern auch grundsätzlich gut nachvollziehbar, mehr über die gerichtliche Informationsverarbeitung zu erfahren, bereitet doch die Formulierung der Voraussetzungen, die eine Hinweis-/Unterrichtungspflicht auslösen soll, größte Schwierigkeiten.

---

beteiligten die Last auf, Gründe zu finden oder einzuführen, um den Hinweis umzustoßen.“

[132] Zu dieser Kritik *Wachsmuth*, S. 193.

[133] Dazu BGHSt 48, 221, 228; auch BGH NJW 2011, 2463. In der Sache entsteht hier bis zum Änderungshinweis eine gewisse Selbstbindung des Gerichts.

[134] So im Hinblick auf die Erörterung gem. § 257b StPO etwa *König/Harrendorf,* in: Dölling/Duttge/Rössner, § 257b Rn. 2 und *Eschelbach,* in: BeckOK-StPO, § 257b Rn. 8 – beide m. w. Nachw.

[135] *Wachsmuth*, S. 193 m. w. Nachw.

Der Vorschlag von *Wachsmuth* kann – wie *König* richtig herausgearbeitet hat – nicht überzeugen.[136] Er leidet schon an dem Mangel, dass die Voraussetzungen der (abgeschwächten) Erörterungspflicht („soll") in Form einer sich abzeichnenden „vorläufigen Überzeugung" widersprüchlich sind. Eine „vorläufige" Einschätzung verträgt sich nicht mit einer „gereiften Überzeugung". Außerdem bleibt offen, wann genau die Pflicht ausgelöst wird. Steine statt Brot gibt die Verfasserin schließlich den Berechtigten, wenn sie die Feststellung des Zeitpunkts, der für die Geltendmachung des Anspruchs maßgeblich sein soll, in die Hände des Gerichts legt (und damit verflüchtigt). Da die Erörterung nur „auf Antrag des Angeklagten" erfolgen soll, kann es schließlich Probleme bei mehreren Angeklagten (mit ggf. gegenläufigen Interessen) geben.

Der Vorschlag des DAV in seiner Stellungnahme Nr. 46/2006, S. 14 ist da schon griffiger formuliert. Er knüpft teilweise an bestehende BGH-Rechtsprechung an[137] und erstreckt die Pflicht zum Dialog zudem auf Meinungsverschiedenheiten über Rechtsfragen. Allerdings hat auch dieser Vorschlag klare Schwächen.

So bleibt auch hier unklar, wann genau die Hinweispflicht eingreifen soll. Die geforderte „deutliche" Abweichung (von der Gerichtsmeinung) ist als hoch normativer Begriff sehr dehnbar. Er bedürfte – wie *Kempf* in Interpretation des Vorschlags richtig ausführt – der Konkretisierung durch Rechtsprechung.[138] Dass eine Ausdehnung der Hinweispflicht auf „erkennbare" (und nicht nur – wie im Wortlaut des Vorschlags fixiert – vom Gericht „erkannte") Missverständnisse und gravierende Wertungsunterschiede über Beweisergebnisse von den Befürwortern zumindest gewünscht ist, ergibt sich schon aus dem Begleittext zum Vorschlag auf S. 14 m. Fn. 1.[139] Das Gericht soll also möglichst weitgehend in die Pflicht genommen werden. In der bisherigen Rechtsprechung wird die – gesetzliche Vorgaben überschießende – Aufklärungspflicht aber vornehmlich an aktives Tun des Gerichts (Zusagen, Irreführung usw.) geknüpft. Warum auch ein Schweigen (= Unterlassen) eine Handlungspflicht des Gerichts auslösen soll, wäre erst einmal zu begründen.[140] Ob hierfür das Fairnessprinzip und die allgemeine Fürsor-

[136] *Wachsmuth,* S. 202; dazu kritisch *König*, GA 2010, 293, 295 (der ansonsten sehr positiv rezensiert).
[137] BGH NStZ-RR 2003, 147 m. w. Nachw.
[138] *Kempf*, StraFo 2014, 105, 110.
[139] DAV Stellungnahme Nr. 46/2006.
[140] *König* (StV 1998, 113, 115) meint hier, dass „durch das Schweigen des Gerichts prozessuales Vertrauen geschaffen (wird), das nicht enttäuscht werden darf" – und zwar (anlässlich der Besprechung vom BGHSt 43, 212) „jedenfalls dort, wo *wesentliche*, d.h. entscheidungserhebliche Differenzen zwischen der von Angeklagtem und/oder Verteidiger

gepflicht des Gerichts (als Garant) ausreichen, ist zweifelhaft,[141] wenngleich in extremen Fällen nicht unplausibel.[142]Bei alledem ist immer mitzudenken, dass die Verletzung einer Hinweispflicht, die nicht nur in eine Ordnungsvorschrift gekleidet wird, grundsätzlich auch als (relativer) Revisionsgrund gem. § 337 StPO in Betracht kommt.[143] Ausufernden Aufklärungspflichten könnte (nach *Kempf*) etwa dadurch begegnet werden, dass gerichtliche Erklärungspflichten nicht an einzelne Beweismittel gebunden werden, „sondern – bei inhaltlich zusammenhängenden Beweismitteln wie bspw. Zeugenaussagen zu einer bestimmten Frage – an das letzte Beweismittel eines zusammenhängenden Themenkomplexes."[144] Hier werden der Rechtsprechung schon Hilfestellungen gegeben, die sich nicht aus dem vorgeschlagenen Gesetzestext ergeben. Mir scheint auch die praktische Handhabbarkeit der Einschränkung angesichts möglicher komplexer Prozesssituationen nicht unbedingt gewährleistet zu sein, etwa wenn Zeugen ausbleiben.

Hinter dem DAV-Vorschlag stecken aber noch weitere Probleme. Damit „das Gericht" eine „deutliche" Abweichung der Erklärung der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung von der eigenen Beurteilung erkennen kann, muss es sich selbst (Wer eigentlich: alle Richter oder reichen einzelne Richter aus?) erst einmal eine Meinung zur Beweis- oder Rechtsfrage gebildet haben (was wiederum bei Kollegialgerichten eine Zwischenberatung erforderlich machen würde). Das Gericht kann (vor dem Hintergrund des § 261 StPO) aber nicht dazu gezwungen werden, während der laufenden Hauptverhandlung überhaupt ein Zwischenergebnis zu formulieren, sondern kann die Würdigung der Beweis- und Rechtslage bis zur Urteilsberatung nach den Schlussplädoyers aufschieben. Damit ließe sich eine et-

---

artikulierten Wahrnehmung des Ergebnisses der Beweiserhebung(en) und derjenigen des Gerichts zutage treten" mit der Folge einer gerichtlichen Hinweispflicht, „wenn Angeklagter und/oder Verteidiger durch Bitte um entsprechenden Hinweis zu erkennen geben, dass sie ihre Verteidigung auf die erklärte Sicht der Beweisergebnisse ausrichten wollen."

[141] Der BGH führt in diesem Kontext aus: „Allzu weitgehenden Eingriffs- und Reaktionspflichten des Gerichts auf Wahrnehmung von Verfahrensrechten durch die Verteidigung stünde letztlich der Grundsatz entgegen, dass die Verteidigung bei deren Ausübung prozessrechtlich eigenverantwortlich handelt (NStZ-RR 2003, 147, 149 m. w. Nachw.). Im Hintergrund der Problematik steht die schon von *Dahs* in seiner Dissertation 1965 (S. 32) angesprochene fragile Balance, die zwischen der „Prozessverantwortung der Gehörberechtigten" und der „Verpflichtung zur Gehörgewährung" zu finden ist.

[142] Zu denken ist an Situationen, in denen das Gericht den Angeklagten / die Verteidigung „sehenden Auges" in die Irre laufen lässt und so eine effektive Verteidigung erheblich beeinträchtigt. Dieser Fall ist aber wohl schon durch BGH NStZ-RR 2003, 147 (mit Folgeentscheidungen) erfasst, so dass sich die Frage stellt, ob eine zusätzliche *gesetzliche* Verankerung notwendig ist. Schon bei von den Richtern nur „erkennbaren Missverständnissen" kann sich die Verantwortungszuweisung wieder ganz anders darstellen (s. dazu auch die Fn. 141).

[143] § 338 Nr. 8 StPO scheidet mangels Beschlusses des Gerichts regelmäßig aus.

[144] *Kempf*, StraFo 2014, 105, 110; so schon *Schünemann*, GA 1978, 161, 179.

waige Offenlegungspflicht einfach unterlaufen: Das Gericht müsste nur erklären, es könne derzeit zur Einschätzung des Beweismittels noch nichts sagen.

Die Argumentation unter Rückgriff auf die zivilprozessualen Hinweispflichten gem. § 139 ZPO überspielt die Unterschiede zwischen den Prozessordnungen. § 139 ZPO verfolgt (in der Neufassung) das Ziel, die „Mitverantwortung des Gerichts für eine umfassende tatsächliche und rechtliche Klärung des Streitstoffs" hervorzuheben.[145] Die Gerichte sollen durch eine intensivere materielle Prozessleitung auf einen vollständigen und konzentrierteren Vortrag hinwirken. Dies musste geregelt werden, weil grundsätzlich die Beibringung des Prozessstoffes gemäß der im Zivilprozess geltenden Verhandlungsmaxime Sache der Parteien ist.[146] Ganz anders stellt sich die Situation im Strafprozess nach der StPO dar. Dort gehört es zu den Kernaufgaben des Strafgerichts, „zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf die Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind" (vgl. § 244 Abs. 2 StPO). Das Gericht ist hier also aufgefordert, selbst aktiv zu werden; auf die Mitwirkung der „Parteien" (wie im Zivilprozess) ist es bei der Sachverhaltsaufklärung nicht angewiesen. Damit stellen sich auch die Hinweispflichten in einem anderen Licht dar.

IV. Fazit

Trotz passabler Argumente für eine (begrenzte) Offenlegungspflicht sprechen doch die besseren Argumente gegen einen solchen Ausbau der Informationsrechte. Die Schwierigkeiten, eine sämtliche betroffenen Interessen angemessen berücksichtigende Vorschrift zu gestalten, konnten jedenfalls von mir nicht überwunden werden.[147] Die Rechtsprechung ist hier aufgefordert, durch behutsame Fortentwicklung der Dogmatik im Einzelfall den berechtigten Bedürfnissen des Angeklagten und der Verteidigung entgegen zu kommen. Das relativ neue Umfeld der Kommunikationsnormen kann hierfür den entsprechenden Rahmen bieten.

[145] BT-Drs. 14/4722, S. 77.
[146] Näher zur Bedeutung der Norm *Greger*, in: Zöller ZPO, 30. Aufl. (2014), § 139 Rn. 1 m. w. Nachw.
[147] Vgl. auch in früheren Beiträgen zum Thema schon *König*, StV 1998, 113, 115 („Die Grenzen, jenseits derer das Gericht zum Hinweis verpflichtet ist, sind […] schwer konkretisierbar"); ähnlich *Gillmeister*, in: FG Friebertshäuser, S. 223, 239 („Die Grenzen der richterlichen Pflicht, die eigene Rechtsauffassung darzulegen, wird sich nicht generell ziehen lassen").

Ulf Thiele
Backhauskoppel 7 22175 Hamburg
Neue Richtervereinigung

Keine Ausweitung der Besetzungsreduktion sondern vermehrte Dreierbesetzungen

Kurz-Stellungnahme zur 6. Sitzung der Expertenkommission des BMJV am 11./12. Mai 2015

Der Rückblick

Bevor der Gesetzgeber mit dem GVerfÄndG vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I, 2554) die jetzige Rechtslage herstellte, bestand eine befristete nur der Wiedervereinigung geschuldete „Spar- und Billigversion“ bei den Großen Strafkammern und Großen Jugendkammern, um die vorübergehende Personalnot in den östlichen Bundesländern besser ausgleichen zu können. Wäre der Gesetzgeber 2011 untätig geblieben, so wäre ab dem 1. Januar 2012 sowohl in der großen Strafkammer als auch in der großen Jugendkammer zwingend und ohne Ausnahme wieder, wie in den Jahrzehnten zuvor, mit drei Berufsrichtern und zwei (Jugend-)Schöffen zu verhandeln gewesen. Dies war vom Gesetzgeber noch 1993 gewollt. Er beschloss die Billigvariante bewusst nur befristetet bis zum 31. Dezember 2011 aufgrund der damalige „Notsituation der Justiz in den neuen Ländern“. Diese Notsituation der Justiz war 2011 überwunden. Es waren weder 2011, noch sind heute nachvoll-ziehbaren Gründe ersichtlich, warum nicht entsprechend dem ursprünglichen gesetzgeberischen Willen die mit einer dreier Besetzung verbundenen Qualität der Justiz wieder hergestellt wird. In dem gesamten Gesetzgebungsverfahren 2011, wie auch heute macht niemand ernsthaft geltend, dass eine zweier Besetzung der Strafkammern verglichen mit einer dreier Besetzung eine Qualitätsverbesserung sein soll. Entsprechen wurde auch beim Berichterstattergespräch im Oktober 2011 zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung eine Besetzungsreduktion von keinem der angehörten Sachverständigen und Verbänden befürwortet.

Der Gesetzgeber hat dennoch im Wesentlichen ohne Auseinandersetzung mit diesen Bedenken, die jetzige Rechtslage beschlossen, um zu Lasten der Judikative geringe Sparerfolge zu erzielen, die zu den dadurch verursachten Qualitätseinbußen in keinem Verhältnis stehen.

Überlegungen

Seit 2011 hat sich die Sachlage für die die Justiz nicht verändert. Die Haushaltlage des Bundes und der Länder hat sich hingegen verbessert.

Die Fortschreibung des gegenwärtigen Zustandes und natürlich noch weniger bei einer Ausweitung des einer Besetzungsreduktion sind nicht geeignet die notwendige Qualität der Justiz sicher zu stellen.
a) Jeder Abkehr von der Ursprungsrechtslage der Dreierbesetzung liegen allein haushalterische Erwägungen zugrunde. Diese Motivationslage geht jedoch zu Lasten der Qualität der Justiz und kann daher nicht tragend sein. Dies zumal die Einsparungen in keinem Verhältnis zu den Qualitätsverlusten stehen. Jeder weitere Schritt zu einer „Billig Justiz“ ist zu verhindern.

Auch die hier im Fokus stehende Frage nach einer verbesserten Effektivität, führt zu keinem anderen Ergebnis. Effektivität ist eine Frage nach einem gesteigertem Maß für Wirksamkeit, - einer besseren inhaltlichen Qualität und nicht, ein Aufruf zu strukturellen und inhaltlichen Veränderungen, zwecks Einsparung von Personal.

b) Eine Reduktion auf eine Kammerbesetzung in Zweierbesetzung führt zu einer Verschlechterung der richterlichen Entscheidungskultur und zementiert eine Verdichtung richterlicher Entscheidungsprozesse die geeignet ist, die Qualität der Urteilsfindung zu beeinträchtigen. Der juristische Diskurs bedarf aber der Übung. Er erfordert die regelmäßige - auch kontrovers geführte - sachbezogene Auseinandersetzung zu der entweder drei oder aber zumindest zwei gleichwertige Berufsrichter gehören.

c) Eine Reduktion auf eine Kammerbesetzung in Zweierbesetzung nimmt der Justiz eine weitere wichtige Möglichkeit, sich selbst zu reproduzieren und unerfahrene Richter durch das Sammeln von Erfahrung mit größeren Verfahren und konfliktfreudigen Anwälten fortzubilden, ihr Diskursvermögen zu schulen und sie Erfahrungen etwa im Umgang mit schwierigen Verhandlungssituationen sammeln zu lassen. Dies hat insbesondere zur Folge, dass auf die Stellen der amtsgerichtlichen Schöffengerichte RichterInnen eingesetzt werden müssen, die keine Erfahrungen mit größeren Strafsachen und aus strafrechtlichen Kollegialgerichten mitbringen.

d) Die Reduktion der Spruchkörperbesetzung steht im Widerspruch zu der steigenden Komplexität der an den Strafrichter gestellten Anforderungen. Neue Ermittlungstechnologien, komplexere Lebenssachverhalte und Sorgfaltspflichten (das materielle Recht und das Verfahrensrecht nehmen ebenso in der Regelungsdichte zu, wie die zu beachtende Rechtsprechung), die deutlich verstärkte Einbeziehung von Erfahrungswissenschaften unter Beteiligung von Gutachtern und die damit verbundenen Auseinandersetzungen sowie das ansteigende Engagement der Verteidigung stellen für die Richterschaft bereits bei normalen Verfahren höhere Anforderungen dar als dies in der Vergangenheit der Fall war.

e) Mit einer Reduktion auf eine Kammerbesetzung in Zweierbesetzung besteht bei allen außerhalb der Hauptverhandlung zu treffenden Entscheidungen faktisch eine Alleinentscheidungskompetenz des/der Vorsitzenden. Gemäß § 196 Abs. 4 GVG gibt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag, weshalb er sich immer durchsetzen könnte. Dem beisitzenden Richter wird nach dem vorliegenden Entwurf keine Möglichkeit eingeräumt, mit einer abweichenden Meinung durchzudringen. Dies betrifft vor allem wichtige Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung, wie z. B. Haftentscheidungen oder prozessleitende Anordnungen wie etwa die Einholung eines Gutachtens im Zwischenverfahren oder auch die für das Revisionsverfahren wichtige konkrete Ausformulierung des schriftlichen Urteils.

f) Zudem sollte die Reduzierung auf die Zweierbesetzung engen Grenzen unterworfen werden. Beurteilungsspielräume durch unbestimmte Voraussetzungen einer Reduktion, die missbräuchlich genutzt werden können sind zu vermeiden. Bereits die Rechtslage vor der Neufassung in 2011 veranlasste den BGH festzustellen „dass die Rechtspraxis, soweit ersichtlich, den gebotenen sensiblen Umgang der großen Strafkammer mit der Besetzungsreduktion derzeit nicht widerspiegelt; anders ist ihre oftmals überwiegende, bei manchen Landgerichten ausschließliche Inanspruchnahme nicht erklärlich.“

Forderung: Statt Ausdehnung der Besetzungsreduktion, die Rückkehr der Dreierbesetzung aller Strafkammern als Regelfall mit neuen, engeren Ausnahmefällen!

Außerhalb der Schwurgerichtskammern und wenn keine Unterbringung nach § 63 StGB (Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus) oder §§ 66 ff StGB (Unterbringung in der Sicherungsverwahrung) in Betracht kommt, sollte nur in gesetzlich genau bestimmten Ausnahmefällen eine Zweierbesetzung gewählt werden. Diese Ausnahmefälle sind abschließend:

a) Eine anwaltlich vorgetragene geständige Einlassung des Angeklagten in Übereinstimmung mit dem Ergebnis der Ermittlungen liegt vor oder

b) es ist eine Verhandlungsdauer von drei Tagen zu erwarten.

Begründung

Sinnvoll ist grundsätzlich eine ausnahmslose verpflichtende Rückkehr zu einer Dreierbesetzung sowohl für die große Strafkammer als auch für die Jugendkammer und damit für die Rückkehr zur ursprünglichen Gesetzeslage, wie sie bis zu ihrer Änderung im Jahr 1993 bestand. Da allerdings andererseits zu berücksichtigen ist, dass eine Rückkehr zur ausnahmslosen Dreierbesetzung vereinzelt auch einen unnötigen Personaleinsatz mit sich bringen könnte, sind die benannten Ausnahmen sinnvoll. Danach darf – soweit es weder um einen Schwurgerichtsfall geht noch die Anordnung einer der Sicherungsverwahrung oder der Unterbringung in der Psychiatrie im Raum steht - von einer zwingenden Dreierbesetzung nur abgewichen werden, wenn entweder eine anwaltlich vorgetragene geständige Einlassung des Angeklagten vorliegt, die mit dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen übereinstimmt oder wenn eine Verhandlungsdauer von lediglich drei Tagen zu erwarten ist. Diese Ausnahmen lassen sich – gerade noch - wie folgt begründen:

Bei einem in Übereinstimmung mit dem Ergebnis der Ermittlungen stehenden voll geständigen Angeklagten lässt sich in der Regel auch zu zweit eine sachgerechte Entscheidung erzielen, zumal strittige Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung in diesen Fällen deutlich reduziert sind. Eine Dreierbesetzung bleibt jedoch auch in diesen Fällen wegen der Eingriffsintensität erforderlich, wenn es sich um ein Verfahren der Schwurgerichtskammer handelt oder eine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder in der Psychiatrie in Betracht kommt.

Weiter gehören Hauptverhandlungen bis zu drei geplanten Verhandlungstagen zu den gewöhnlich sowohl vom Umfang her als auch von der Sache her nicht schwierigen Verfahren. Entsprechend knüpft § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO gleichfalls an diese Frist von drei Verhandlungstagen an und billigt erst bei mehr Verhandlungstagen eine verlängerte Frist für die Abfassung des schriftlichen Urteils zu, da ab dem 4. Verhandlungstag eine schwierigere Verhandlung auch eine längere Abfassungsdauer erfordert. Ferner ist die Festlegung auf drei Tage weniger missbrauchs- und fehleranfällig als die vorgesehen zehn Tage.

Thiele

E.
Rechtsmittel und Wieder-aufnahme

HAMMPARTNER
RECHTSANWÄLTE

Expertenkommission des BMJV zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

- Sitzung vom 16./17. März 2015 -

Rainer Hamm[1]

Zum Reformbedarf des Rechtsmittels der Revision in Strafsachen

I. Vorbemerkungen

Die Kommission hat die Aufgabe, Vorschläge zu erarbeiten, in welcher Weise das Strafverfahrensrecht durch den Gesetzgeber effizienter und praxistauglicher gestaltet werden kann. Dies legt es nahe, auf dem Gebiet des Revisionsrechts zuerst danach zu fragen,

- inwieweit durch die geltenden Normen der §§ 333 bis 358 StPO, aber auch durch jene Verfahrensvorschriften, deren Einhaltung durch die Tatgerichte auf entsprechende Rügen hin von den Revisionsgerichten zu überprüfen ist, ein effizienter Rechtsschutz gewährt wird und

- bei welchen für die Revision maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften die Praxis sich vom Wortlaut und vom ursprünglichen Gesetzeszweck entfernt hat.

Da das Revisionsverfahren allein der Rechtskontrolle dient, stellt sich hier die Effizienzfrage nicht unter dem Aspekt der optimalen Verbrechensbekämpfung, sondern allein unter dem des wirksamen Rechtsschutzes für die jeweiligen Beschwerdeführer. Deshalb sollte auch dies das entscheidende Kriterium für die Evaluierung des geltenden Rechts sein.

[1] Diese stellvertretend für Rechtsanwalt Stefan König abgefasste Stellungnahme wurde mit ihm und einzelnen weiteren Mitgliedern des Strafrechtsausschusses des DAV inhaltlich und in Teil IV von Herrn Rechtsanwalt *Ali Norouzi* auch redaktionell vorbereitet. Sie gibt die persönliche Meinung vorbehaltlich den Ergebnissen der Beratungen in der Kommission wieder.

Prof. Dr. Rainer Hamm · Dr. Regina Michalke · Dr. Wolfgang Köberer
Jürgen Pauly · Dr. Stefan Kirsch · Bea Rath
FACHANWÄLTE FÜR STRAFRECHT

Thomas Richter · Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Winfried Hassemer †
RECHTSANWÄLTE

HammPartner Rechtsanwälte (GbR) · Wolfsgangstraße 92 · 60322 Frankfurt am Main
Telefon +49 (0) 69. 9591900 · Telefax +49 (0) 69. 558400
e-mail buero@hammpartner.de · Internet www.HammPartner.de

Dabei muss freilich gerade beim Revisionsrecht als Ausgangsbefund konstatiert werden, dass in mehrfacher Hinsicht die Praxis der Revisionsgerichte (namentlich des BGH) eine Art Eigengesetzlichkeit entwickelt hat, die mit den entsprechenden Normen der StPO, zumindest wenn man von deren Wortlaut ausgeht, eigentlich nicht vereinbar ist. Dies betrifft sowohl den materiellen Prüfungsstoff als auch das Revisionsverfahren i.e.S., also die Regeln bzw. Übungen, nach denen die Revisionsentscheidungen gefunden werden.

II. Grundsätzliches zur Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage als Abgrenzungskriterium von Tatsacheninstanz und Revision

Der Gegenstand der revisionsgerichtlichen Kontrolle ist nach wie vor das angefochtene tatrichterliche Urteil, dessen Begründungsteil bereits auf die allgemeine Sachrüge und dessen Zustandekommen auf konkrete Verfahrensrügen geprüft wird. Dabei ist schon die Unterscheidung, was der sachlich-rechtlichen und was der verfahrensrechtlichen Sphäre zuzurechnen ist, keineswegs eindeutig. Darüber, dass die Pflicht des Tatrichters, überhaupt Urteilsgründe zu schreiben und sie fristgerecht zu den Akten zu bringen, eine solche des Prozessrechts ist (§§ 275, 338 Nr. 7 StPO), kann man sich sehr schnell verständigen. Soweit aber die Revisionsgerichte auch darüber wachen, ob diese Gründe vollständig, widerspruchsfrei und lückenlos sind, wird dies vielfach – nach meiner Meinung zu Unrecht – als sachlich-rechtliche Frage gewertet. Es geht dabei aber nicht um die zutreffende oder fehlerhafte Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter das materielle Strafrecht, sondern um die Qualität der Rechenschaftslegung des Tatrichters über seine Wahrnehmungen in der Beweisaufnahme, seine Gedankengänge bei der Beweiswürdigung und seine Ermessensausübung bei der Festsetzung der Strafe innerhalb der regelmäßig sehr weiten gesetzlichen Strafrahmen.

Das Missverständnis ist dadurch entstanden, dass der BGH zwar mit Recht für alle Begründungsmängel, die der auf die Sachrüge ohnehin zur Kenntnis zu nehmende vollständige Urteilsinhalt aus sich selbst heraus verrät, keine gesonderte Rüge verlangt, er dann aber regelmäßig formuliert, das Urteil könne „auf die Sachrüge“ keinen Bestand haben, was aber noch lange nicht heißt, dass es sich bei dem Fehler auch um einen sachlich-rechtlichen Fehler gehandelt haben muss.[2] Diese scheinbar nur semantisch formale Unterscheidung erklärt

[2] Vgl. dazu im einzelnen *Hamm* in FS für Rissing von Saan, 2011, S. 195 ff.

auch die Emanzipation der Rechtsprechung von den ursprünglichen Intentionen und dem nach wie vor geltenden Wortlaut derjenigen Norm, die den Urteilsinhalt regelt: § 267 StPO, der in seiner heutigen Bedeutung nur zu verstehen ist, wenn man die historische Entwicklung berücksichtigt:

Mit der Abschaffung der klassischen Schwurgerichte durch die Emminger'sche Reform 1924 wurde erstmals eine Begründungspflicht für die Tat- und Schuldfrage im tatrichterlichen Urteil eingeführt. Dies eröffnete der „reinen Rechtsinstanz" erst die Möglichkeit und damit zugleich die Pflicht, auch diese Gründe auf ihre Rechtskonformität hin zu überprüfen. Dabei hielt sich einige Jahrzehnte noch die Vorstellung, es gäbe zwischen der Verfahrensrüge und der Sachrüge keine „Schnittmenge", weil man letztere nur in dem Sinne verstand, dass es ausschließlich um die Überprüfung des Urteils daraufhin gehe, ob die Subsumtion des „unangreifbar festgestellten" Sachverhalts unter die Vorschriften des materiellen Strafrechts zutreffend war.

Erst mit der allmählich setzte sich in der Folgezeit bei den Revisionsgerichten unter der Bezeichnung „erweiterte Revision"[3] die Erkenntnis durch, dass auch der Vorgang der Bewertung der Beweisaufnahme rechtlich überprüfbar sein muss, weil die Vokabel „Beweis" eben auch ein Rechtsbegriff ist, dessen Grenzen unter- oder auch überschritten werden können. Die Entwicklung dieser Rechtsprechung ist vielfach – teils kritisch[4], teils erläuternd zustimmend[5] - registriert und kommentiert worden. Es fällt aber auf, dass anders als bei sonstigen durch die Rechtsprechung vorbereiteten oder auch bis über die Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung hinaus betriebenen Veränderungen der Strafprozesspraxis[6] zur Revisibilität der Beweiswürdigung (und der Strafzumessung) der Gesetzgeber diese Entwicklung bisher nicht aufgegriffen und klarstellend oder korrigierend normiert hat. Das ist insofern un-

[3] Zu ihrer Entwicklung grundlegend *Fezer,* Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit (1974) und *Hamm*, Beweis als Rechtsbegriff und seine revisionsrechtliche Kontrolle. In: Festschrift für Gerhard Fezer, 2008, S. 393 ff.

[4] u.a. *Foth*, NStZ 1992, 444 mit dem ironischen Vorschlag, der Gesetzgeber möge die Rechtsprechung durch die Vorschrift legalisieren: "Die Tatgerichte erheben die Beweise. Deren tatsächliche und rechtliche Würdigung sowie die Festsetzung der Strafe obliegt den Revisionsgerichten".

[5] Grundlegend *Herdegen* Bemerkungen zur Beweiswürdigung, NStZ 1987, 193 (199); ders., Die Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen durch das Revisionsgericht auf Grund der Sachrüge, StV 1992, 527 (533); *ders*., StraFo 2008, 137 (140); *ders*., Die Revisibilität der Beweiswürdigung, Strafverteidigung im Rechtsstaat – 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV S. 553 (566)

[6] Beispiele sind die durch den 4. Strafsenat und dann den Großen Senat vorbereitete Gesetzgebung zur Verständigung in § 257c StPO, die derzeit diskutierte und durch BGHSt 52, 355 = NJW 2009, 605 vorbereitete Befristung für Beweisanträge usw.

schädlich, als kaum noch jemand die Entwicklung bremsen oder gar zurückdrehen möchte. Die von der Rechtsprechung inzwischen einheitlich praktizierte revisionsgerichtliche Überprüfung auch dieser Teile des tatrichterlichen Urteils „dem Grunde nach“ wird nicht mehr in Zweifel gezogen.

Andererseits sollte man die Gelegenheit einer ohnehin beabsichtigten Reform des Strafverfahrens nicht verstreichen lassen, ohne die große Distanz zwischen den Anforderungen an die Urteilsgründe, wie sie in § 267 Abs. 1 StPO formuliert sind, und den Anforderungen der Rechtsprechung zu verringern. Satz 1 verpflichtet nämlich nur zur Angabe der den Straftatbestand ausfüllenden Tatsachen,[7] während die sog. Indiztatsachen nach Satz 2 nur angegeben werden „sollen“, ohne dass auch deren Wertung und Gewichtung nach dem Gesetzeswortlaut einer Erörterung bedürften. Der BGH beanstandet aber in ständiger, freilich immer noch eher kasuistischen Rechtsprechung auch die Nichterörterung „naheliegender Sachverhaltsalternativen“, ohne eine geradlinige und voraussehbare Grenzlinie zwischen z.B. den gerade noch tolerierten und den zur Urteilsaufhebung führenden Darstellungsmängeln als abstrakten Rechtssatzes zu markieren.

Größer noch als bei § 267 Abs. 1 StPO ist der Abstand der von den Revisionsgerichten aufgestellten Anforderungen an die Begründung eines aus tatsächlichen Gründen freisprechenden Urteils zur gesetzlichen Norm. Nach dem Wortlaut des § 267 Abs. 5 StPO müsste der Tatrichter bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen eigentlich überhaupt keine Rechenschaft darüber ablegen, weshalb er Zweifel an der Täterschaft/Schuld des Angeklagten hatte und diese nicht überwunden werden konnten:

> „*Wird der Angeklagte freigesprochen, so müssen die Urteilsgründe ergeben, ob der Angeklagte für nicht überführt oder ob und aus welchen Gründen die für erwiesen angenommene Tat für nicht strafbar erachtet worden ist.“*

Der Passus „*und aus welchen Gründen*“ fehlt bei der Alternative „*nicht überführt*“ völlig. Und der Querverweis in § 267 Abs. 5 Satz 3 auf Abs. 4 Satz 3 *(„Den weiteren Inhalt der Urteilsgründe bestimmt das Gericht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach seinem Ermessen.“*) liest sich durchaus so, als sei dies einer revisionsgerichtlichen Kontrolle völlig entzogen. Dabei dürfte dem historischen Gesetzgeber die psychologische Erkenntnis

[7] „Wird der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden.

vor Augen gestanden haben, dass ein Zweifel als subjektives Erlebnis oft keiner rationalen Begründung zugänglich ist.

Dass gleichwohl die Rechtsprechung des BGH vom Tatrichter jetzt durchweg verlangt, durch entsprechende Ausführungen im Urteil eine Überprüfung durch das Revisionsgericht zu ermöglichen, ob bei der Beweiswürdigung nicht „überspannte Anforderungen“ angelegt wurden,[8] sollte den Gesetzgeber, der gerade dabei ist, den Strafprozess effizienter und praxistauglicher zu gestalten, herausfordern, sich entweder zum einen oder zum anderen zu bekennen. Das könnte in der Weise geschehen, dass auch bei einem Freispruch die auf eine Täterschaft und Schuld hindeutenden Tatsachen festzustellen und den dagegen sprechenden Indizien gegenüber zu stellen sind, damit das Revisionsgericht erkennen kann, dass unter Beachtung der Amtsaufklärungspflicht der Anklagevorwurf überprüft wurde und eine Überführung schon objektiv nicht möglich war (oder sogar die Unschuld erwiesen wurde). Der stets verbleibende subjektive „Rest“ der tatrichterlichen Beweiswürdigung (also beim Freispruch die verbliebenen Zweifel) sollte dann einer revisionsgerichtlichen Überprüfung entzogen sein.

Dies sollte sowohl mit Blick auf die gesetzlichen Anforderungen an die Beweiswürdigung bei Schuldsprüchen nach Abs. 1 als auch bei Freisprüchen nach Abs. 5 gesetzlich klargestellt werden.

III. Änderungen des Revisionsverfahrens

Auch im Revisionsverfahren sind gravierende Differenzen zwischen den gesetzlichen Regelungen und den eingefahrenen praktischen Handhabungen zu verzeichnen, die der Gesetzgeber beseitigen sollte. Außerdem legen auch Veränderungen in der Rechtswirklichkeit der Verfahren der Tatsacheninstanz Reaktionen des Gesetzgebers nahe, um die damit verbundenen Verkürzungen des Rechtsschutzes zu vermeiden. Dabei sind namentlich die Besonderheiten von sog. „Umfangsverfahren“ mit Hauptverhandlungen mit vielen Verhandlungstagen und die Strategien zu ihrer Vermeidung (insbesondere nach § 257c StPO) zu beachten.

Im Zusammenhang mit der Thematik der Urteilsabsprachen werden auch die von der neuesten Rechtsprechung des BVerfG und des BGH begründeten Dokumentations-, Mitteilungs- und Protokollierungspflichten über Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung Auswirkun-

[8] St. Rspr. Z.B. BGH NStZ-RR 2011, 82 m. Anm. Bittmann NJW 2011, 96

gen auf den für die Revision so wichtigen Charakter der Sitzungsniederschrift haben . Dies gilt auch (aber nicht nur) mit Blick auf die Vorschläge zur Einführung der elektronischen Strafakte und (auch unabhängig davon) der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung.

1. Anpassung der Revisionsbegründungsfrist (§ 345 StPO) an § 275 StPO?

Dringend notwendig ist eine gesetzliche Beseitigung des Ungleichgewichts zwischen der Urteilsabsetzungsfrist, die je nach Dauer der Hauptverhandlung in 2-Wochen-Schritten gestaffelt und „nach oben offen“ verlängert wird (§ 275 StPO), während auch in Verfahren, in denen die Hauptverhandlung viele Monate oder gar mehrere Jahre gedauert hat (mit entsprechend umfangreichem Protokoll) und das Urteil hunderte von Seiten umfasst, nach dessen Zustellung die Revisionsbegründungsfrist ohne Möglichkeit der Verlängerung einen Monat beträgt. Entscheidet in einem solchen Fall – wie meist in der Praxis - der Vorsitzende, dass die Sitzungsniederschrift der Verteidigung erst gleichzeitig mit der Zustellung des Urteils zur Verfügung gestellt wird, läuft dies faktisch auf eine Verkürzung des Rechtswegs hinaus, weil in der dann verbleibenden Zeit in Umfangsverfahren die verantwortliche Prüfung auf Verfahrensfehler hin schlicht unmöglich ist.

So etwas kommt sogar in OWi-Verfahren vor, wenn z.B. im Kartellrecht Bescheide des Bundeskartellamtes angefochten werden und dann über Bußgelder von mehreren Hundertmillionen Euro nach einer mehrjährigen Hauptverhandlung entschieden wird und gegen das Urteil dann entsprechend den StPO-Vorschriften über die Revision die Rechtsbeschwerde betrieben wird. Nach einer 3-jährigen Hauptverhandlung vor einem Kartellsenat des OLG Düsseldorf[9] wurde am 15.04.2013 das Urteil verkündet, im Februar (28 Tage!) 2014 wurden die 487 Seiten umfassenden Urteilsgründe zugestellt. Das Protokoll umfasst ohne die umfangreichen Anlagenbände 4.981 Seiten. Eine mehrfach schriftlich und fernmündlich geäußerte Bitte an den Senatsvorsitzenden, das Protokoll zur Prüfung auf Verfahrensrügen hin deutlich vor der Urteilszustellung der Verteidigung zugänglich zu machen, schlug er unter ausdrücklicher Hervorhebung nicht weiter bezeichneter „guter Gründe“ aus.

Es sollte deshalb § 345 StPO in der Weise geändert werden, dass auch die Revisionsbegründungsfrist von der Dauer der Hauptverhandlung abhängig gemacht wird. Dabei muss die

[9] Aktenzeichen Vl-4 Kart 2 -.6/10 OWi. Die am 17. März 2014 eingereichten Rechtsbeschwerdebegründungen sind im März (inzwischen kann ergänzt werden: auch Ende August) 2015 noch nicht auf dem Weg zum Kartellsenat des BGH, weil die Gegenerklärung der StA noch nicht vorliegt.

Revisionsbegründungsfrist nicht mechanisch an die Urteilsabsetzungsfrist angeglichen werden, wenn sichergestellt wird, dass durch eine gesetzlich angeordnete unverzügliche Fertigstellung der Sitzungsniederschrift dem Beschleunigungsgrundsatz auch in der Weise Rechnung getragen werden kann, dass die Arbeit der Richter an den Urteilsgründen und die Arbeit der Verteidigung an der Prüfung der Verfahrensrügen zeitlich parallel stattfinden kann. Dass in der gegenwärtigen Praxis häufig die Endredaktion und Unterzeichnung des Protokolls bis zum Zeitpunkt der Urteilsfertigstellung aufgeschoben wird, kann nur als Missstand bezeichnet werden, dem der Gesetzgeber entgegenwirken sollte. Damit könnte auch der fatale Eindruck vermieden werden, dass nicht das Urteil auf dem Inbegriff der (ordnungsgemäß und zeitnah protokollierten) Hauptverhandlung beruht, sondern das Protokoll auch inhaltlich dem Urteils angepasst werden soll. Dabei sollte auch vorgeschrieben werden, dass bei mehrtägigen Hauptverhandlungen über jeden Verhandlungstag spätestens nach einer Woche ein Protokoll zu erstellen ist. Die häufig zu hörende Erklärung, bei der Sitzungsniederschrift, die noch nicht mit einem Fertigstellungsvermerk und den Unterschriften versehen ist, handele es sich nur um einen „Entwurf“, der noch nicht zu den Akten zu nehmen sei, ist eher geeignet, den Missbrauch der Gestaltungsmacht des Vorsitzenden zwecks Verkürzung des Rechtsschutzes noch zu verbrämen. Ein legitimes Bedürfnis dafür, nur über die gesamte Hauptverhandlung erst nach deren Abschuss und zeitnah zur Urteilsabsetzung ein Protokoll zu erstellen, ist ebenso wenig erkennbar wie die Chance, dass der „Entwurf“ mit längerem Zeitablauf noch in eine zuverlässigere Dokumentation des dann eben auch weiter zurückliegenden Prozessgeschehens einmünden könnte.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass jener suspekten Synchronisation der Urteils- und der Protokollherstellung der geltende § 273 Abs. 4 StPO („Bevor das Protokoll fertiggestellt ist, darf das Urteil nicht zugestellt werden“) in gewisser Weise Vorschub leistet, weil er dahin missverstanden werden kann, als dürfe die Fertigstellung sehr wohl bis nach der Abfassung des Urteils aufgeschoben werden, solange dann nur mit der Zustellung des Urteils noch bis zur Anbringung des Fertigstellungsvermerks unter der Sitzungsniederschrift gewartet wird. Umso mehr ist eine gesetzlich zwingende Abkopplung des Protokollierungsvorgangs von dem Niederschreiben der Urteilsgründe geboten.

Soweit gegen eine von der Verhandlungsdauer abhängige gesetzliche Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist eingewandt wird, damit werde der Beschleunigungsgrundsatz

verletzt,[10] sei daran erinnert, dass dieses Bedenken in gleicher Weise gegen die völlige Unbegrenztheit der Urteilsabsetzungsfrist seine Berechtigung hätte. Deshalb sollte die „nach oben offene Richterskala“ des § 275 StPO angemessen „gedeckelt“ werden.

Um dem Beschleunigungsgrundsatz ebenso wie den Belangen der Tatgerichte und dem Rechtschutzbedürfnis der Beschwerdeführer gerecht zu werden, sollten also die Abläufe zwischen der Urteilsverkündung, der Versendung der Urteilsgründe und dem letztmöglichen Zeitpunkt der Revisionsbegründung wie folgt neu geregelt werden:

- Unter grundsätzlicher Beibehaltung der Fristenstaffelung in § 275 StPO sollte auch nach Hauptverhandlungen mit mehr als 40 Verhandlungstagen die Frist zur Urteilsabsetzung (z.B. auf drei Monate) begrenzt werden.

- In § 273 Abs. 4 StPO sollte die Pflicht zur Fertigstellung des Protokolls unverzüglich nach dem Ende eines jeden Hauptverhandlungstages ausdrücklich mit einer Befristung (z.B. von jeweils einer Woche) geregelt werden.

- Die Frist zur Revisionsbegründung sollte - wie bisher - mit der Zustellung des Urteils beginnen und für den Regelfall einen Monat betragen, aber in allen Fällen, in denen die Urteilsabsetzungsfrist wegen der Dauer der Hauptverhandlung mehr als fünf Wochen beträgt, verlängert sich die Frist um die Zeitspanne zwischen der Möglichkeit der Einsichtnahme in das letzte Tagesprotokoll und der Urteilszustellung.

2. Praktikablere Anforderungen an die Verfahrensrügen

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO ist eine sinnvolle Vorschrift, weil und soweit ihre Beachtung durch den Revisionsführer dem Revisionsgericht ohne eigene Suche in den Akten vor Augen führen soll, aufgrund welcher Verfahrenstatsachen welcher Gesetzesverstoß beanstandet wird. Über diesen Sinn und Zweck hinaus hat aber die Rechtsprechung schon sehr früh die Anforderungen an die Darstellung der Verfahrenstatsachen in einer Weise verschärft, dass häufig der Eindruck entsteht, die Anforderungen dienten in erster Linie der Abwehr sonst begründeter Verfahrensbeanstandungen, deren Erfolg dazu führen würde, im Ergebnis als „goldrichtig“ empfundene Urteile aufheben zu müssen. So werden auch dort, wo die Bezeichnung der den Mangel enthaltenden Tatsachen mehr summarisch in indirekter Rede den Verfahrens-

[10] Vgl. zu diesem Grundsatz und seiner Bedeutung im strafrechtlichen Revisionsverfahren BVerfG NJW 2009, 1469 ff., 1474 Tz. 73.

fehler zutreffend bezeichnen würde, die jeweils vollständige und wörtliche Wiedergabe aller maßgeblichen Dokumente verlangt, wobei auch eine Bezugnahme auf außerhalb der Revisionsbegründungsschrift befindliche Aktenteile (z.B. das Hauptverhandlungsprotokoll oder parallel eingereichte Revisionsbegründungen anderer Beschwerdeführer) die Rüge unzulässig machen soll. Darüber hinaus verlangt der BGH auch über die positive Angabe der „den Mangel enthaltenden Tatsachen“ hinaus häufig auch noch den Vortrag sog. „Negativtatsachen“, also Verfahrensvorgänge, deren Vorliegen oder Fehlen dem Verdikt des Rechtsfehlers entgegenstehen könnte.

Diese hohen und nicht immer vorhersehbaren Rügeanforderungen führen in der Praxis oft dazu, dass in dem Bemühen, allen Eventualitäten gerecht zu werden, geradezu monströs aufgeblähte Schriftsätze gefertigt werden, wobei dies bei einer Mehrzahl von Beschwerdeführern mit gleicher Interessenlage zu einer Vervielfachung des Umfangs der immer noch als „Senatshefte“ bezeichneten Akte des Revisionsgerichts führt.

Dieses sehr formalistische Verständnis des geltenden Rechts ist mit dem Zweck der Rechtsüberprüfungsinstanz nicht mehr zu rechtfertigen und sollte durch klarstellende Zusätze im Gesetz beseitigt werden. So könnte etwa eine ausdrückliche Erlaubnis zur Bezugnahme auf Anlagen oder auf in derselben Sache parallel eingereichte Revisionsbegründungen als § 344 Abs. 2 Satz 3 StPO eingefügt werden.

Auch das Erfordernis des Vortrags von „Negativtatsachen“ sollte praxistauglicher geregelt werden. Jedenfalls in den Fällen, in denen das „Hinzudenken“ einer rügevernichtenden Tatsache die Begründetheit berührt (Extremfall: Der Beweisantrag, dessen Nichtbescheidung gerügt wird, wurde zurückgenommen, was die Revision aber verschweigt), sollte die Überprüfung durch das Revisionsgericht nicht an § 344 Abs. 2 S. 2 StPO scheitern. Vielmehr sollte es künftig Aufgabe der Gegenerklärung nach § 347 StPO sein, einen solchen Einwand unter Darlegung der Quelle (im Beispiel durch Zitat aus dem Protokoll) geltend zu machen.

3. Aufwertung der staatsanwaltschaftlichen Gegenerklärung nach § 347 StPO

Der zuletzt genannte Aspekt steht im Zusammenhang mit einem weiteren Reformbedarf, der an die im geltenden Recht durchaus schon angelegten Elemente eines parteiverfahrensrechtlichen Rechtsmittels anknüpft: Die Rolle der staatsanwaltschaftlichen Gegenerklärung nach Eingang der für den Angeklagten eingereichten Revisionsbegründung.

Die Vorschrift, wonach es nach Zustellung der Revisionsbegründungsschrift „dem Gegner (!) frei(steht), binnen einer Woche eine schriftliche Gegenerklärung einzureichen“ wird in der Praxis der Landesstaatsanwaltschaften sehr unterschiedlich gehandhabt und führt, auch gerade weil die Wochenfrist gewöhnlich nicht ernst genommen wird und ihre Überschreitung auch rechtlich folgenlos ist, zu einer ungerechten faktischen Chancenverzerrung: Während die Staatsanwaltschaft bei einer Revision der Verteidigung bis zur Fertigstellung ihrer Gegenerklärung über die Akten verfügt und somit bei keiner noch so großen Fristüberschreitung einen Rechtsverlust riskiert[11],' muss die Verteidigung bei ihrer Erwiderung auf eine u.U. sehr umfangreiche Revisionsbegründung der Staatsanwaltschaft darauf bedacht sein, vor der Versendung der Akten an das Revisionsgericht (§ 347 Abs. 2 StPO) ihre Einwände gegen die erhobenen Rügen jedenfalls so rechtzeitig vorzubringen, dass sie noch Einfluss auf die Entscheidung der Landesstaatsanwaltschaft haben können, ob die Revision durchgeführt oder wieder zurückgenommen werden soll.[12]

Deshalb bietet es sich an, die „Ordnungsvorschrift“ der Frist in § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO (in Angleichung an die Urteilsabsetzungsfrist des § 275 StPO[13]) in eine zwingende Vorschrift umzuwandeln, mit je nach Verhandlungsdauer gestaffelten Ausschlussfristen. Dabei kann die „Sanktion“ für die Fristüberschreitung freilich nicht – wie bei § 338 Nr.7 StPO – die Urteilsaufhebung sein, und auch die Berechtigung des Revisionsgerichts, Freibeweis über die in der Revisionsbegründung behaupteten Verfahrenstatsachen zu erheben, wird man nicht einschränken können. Aber die Frage, ob dazu von Amts wegen mehr oder weniger Anlass besteht, könnte durchaus davon abhängig gemacht werden, ob die Gegenerklärung dem jeweiligen Verfahrenssachvortrag der Revision etwas entgegengesetzt hat.

Dies sollte insbesondere dann gelten, wenn nach Einführung der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung die Revision sich zur Unterstützung einer Verfahrensrüge auf

[11] Dies zumal die Revision der StA ja auf dem Weg zum Revisionsgericht zwei Filter durchläuft: Die Generalstaatsanwaltschaft kann noch in eigener Machtvollkommenheit die Revision wieder zurücknehmen und die Bundesanwaltschaft kann der Landesstaatsanwaltschaft die Rücknahme empfehlen oder auch – wenn dies nicht geschieht – die Revision nicht vertreten und ihre Verwerfung beantragen.
[12] Auch hierbei kommt der manchmal durchaus wirksamen Filterfunktion der Generalstaatsanwaltschaft vor der Weiterleitung an den GBA eine nicht zu vernachlässigende Bedeutung zu
[13] Die Frist zur Fertigstellung der Urteilsgründe betrug ursprünglich 3 Tage und später eine Woche. Erst im Zuge des 1. StRG v.. 9. 12. 1974 (BGBl I, 3393) wurden die Fristaffelungen in 2-Wochenportionen, beginnend mit 5 Wochen, die auch bei Hauptverhandlungen von nur einer Stunde Dauer gilt, bei gleichzeitiger Absicherung durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 7 StPO eingeführt. Zur Diskussion vor der Entscheidung des Gesetzgebers vgl. m.w. Nachw. Rieß, NJW 1975, 87 f. und dann Rieß in NStZ 1982, 441 ff..

eine bestimmte Stelle des Videodokuments stützt und deren Überprüfung durch die ja auch mit eigenen Wahrnehmungen ausgestattete Staatsanwaltschaft keinen Einwand gegen die Darstellung der Verteidigung hervorgebracht hat. In diesen Fällen sollte eine Art Anscheinsfreibeweis jede weitere Beweiserhebung durch das Revisionsgericht entbehrlich machen, sodass im Regelfall der Revisionsvortrag insoweit als feststehend behandelt werden kann.

Diese Lösung erscheint auch als Preis dafür sachgerecht, dass mit der gesetzlichen Einführung der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung keine Abstriche an dem tradierten Rekonstruktionsverbot hinsichtlich aller für den Schuld- und Strafausspruch maßgeblichen Inhalte der tatrichterlichen Beweisaufnahme verbunden sein sollen. Allein verfahrensrechtlich relevante Vorgänge aus der Hauptverhandlung müssen – etwa bei der Überprüfung der Amtsaufklärungspflicht – stets auch dem Revisionsgericht zugänglich, von ihm feststellbar und auch auf Rechtsfehler überprüfbar sein. Innerhalb des so „formalisierten Dialogs" zwischen dem Beschwerdeführer und der Staatsanwaltschaft (und bei deren Revision der Verteidigung) kann das Schweigen des Rechtmittelgegners durchaus als wichtige Erkenntnisquelle nutzbar gemacht werden.[14]

IV. Zur Reformbedürftigkeit des Entscheidungsprozesses im Revisionsverfahren[15]

1. Ausgangsbefund zur Reformbedürftigkeit dieses Teils der Revision

> *„Die Zukunft der Revision hängt wohl auch mit davon ab, daß hier eine insgesamt tragfähige und systematisch schlüssige Lösung gefunden wird. Sie läßt sich freilich nicht dadurch gewinnen, daß man die Rückkehr zum Rechtszustand von 1877 postuliert."*[16]

Mit „hier" meinte *Rieß* die Vorschrift des § 349 StPO und die sich aus ihr ergebenden Probleme im Verhältnis von Beschluss- und Urteilsverfahrens. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden. So gilt es, den Fokus auf die Stellschrauben des Revisionsverfahrens zu richten. Gemeint ist *Revisionsverfahren im engeren Sinne*, also jene Normen, die die Mechanismen betreffen, nach denen über eine Revision entschieden wird. Konkret geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen

[14] Vgl. hierzu meine Vorschläge für ein geregeltes Freibeweisverfahren zur Verwendung der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung vom 7.7.2015 im **Anhang** zu diesem Gutachten.
[15] Dieser Abschnitt wurde primär von Rechtsanwalt *Ali Norouzi* redaktionell bearbeitet.
[16] *Rieß*, in: FS Hanack (1999), S. 397, 416.

- das Revisionsgericht im schriftlichen Beschlussverfahren oder durch Urteil nach einer Revisionshauptverhandlung entscheidet,
- sich der Revisionssenat als Kollegialorgan Kenntnis über den Inhalt der Revisionsbegründung verschaffen muss, ob also der Vortrag des Berichterstatters genügt oder alle Senatsmitglieder den Inhalt der Revisionsbegründung und des schriftlichen Urteils durch Eigenlektüre kennen müssen (schlagwortartig als „Vier"- oder „Zehn-Augen-Prinzip"[17] bezeichnet),
- und das Revisionsgericht die Revision ohne weitere Begründung verwerfen darf.

Diese Fragenkomplexe hängen inhaltlich miteinander zusammen.

2. Sinn und Zweckmäßigkeit einer Revisionshauptverhandlung – eine stets umgangene Frage

a) Historischer Rückblick

Die gesetzliche Entwicklung belegt eine bis heute nicht durch den Gesetzgeber korrigierte, wohl aber durch die praktische Übung der Revisionsgerichte und Revisionsstaatsanwaltschaften umgangene falsche Weichenstellung in der StPO. Schaut man sich die beiden Änderungen an, die die maßgebliche Vorschrift des § 349 StPO (ursprünglich: § 389 RStPO) seit ihrem Inkrafttreten 1877 erfahren hat, so fällt auf, dass der (Reform-)Gesetzgeber sowohl 1922 als auch 1964 einer entscheidenden Frage ausgewichen ist: *Welchen Sinn und Eigenwert kann in einem auf Rechtsfragen beschränkten, durch umfängliche schriftliche Eingaben gekennzeichneten Rechtsmittelverfahren, in dem nur rechtskundige Akteure mitwirken sollen, eine mündliche Verhandlung haben?*

Obgleich den Vätern der Reichsjustizgesetze wohl bewusst war,

> *„daß nach der Natur eines nur den Rechtspunkt betreffenden, eine schriftliche Begründung erfordernden Rechtsmittels der mündlichen Ausführung der Beschwerdegründe vor dem Richter der höheren Instanz keine wesentliche Bedeutung beiwohnt",*[18]

[17] Beim OLG-Senat müsste es präzise „Sechs-Augen-Prinzip" heißen.
[18] *Hahn,* Die gesamten Materialien zu StPO (1880), Bd. III 1, S. 256.

gingen sie, wohl getragen von der für die Reform der tatrichterlichen Beweisaufnahme damals maßgebenden *„Mündlichkeitsideologie“*[19], davon aus, dass auch in der Rechtsmittelinstanz eine Hauptverhandlung mit anschließender Urteilsverkündung der Normalfall sein müsse. Durch Beschluss konnte das Revisionsgericht nur *unzulässige* Revisionen, also insbesondere solche, die den Form- und Fristerfordernissen nicht entsprachen, weil sie keine Begründung oder keinen ausreichenden Antrag enthielten, verwerfen (s. heute § 349 Abs. 1 StPO). Ansonsten musste *jede* Revision *durch Urteil* beschieden werden.

Diese Diskrepanz zwischen den praktischen Bedürfnissen im Arbeitsablauf eines Rechtsmittelgerichts und dem gesetzlichen Anspruch, gleichwohl eine nicht zwingend zur besseren Rechtserkenntnis notwendige Revisionshauptverhandlung durchzuführen, blieb nicht folgenlos. Allmählich und schrittweise gingen die Strafsenate schon des Reichsgerichts dazu über, auch solche Revisionen, die zwar fristgerecht und formal korrekt mit Antrag und Begründung versehen waren, sich aber ihrer Angriffsrichtung nach allein in dem damals[20] von vornherein für die Rechtsinstanz unbeachtlichen Versuch erschöpften, die tatrichterliche Beweiswürdigung zu beanstanden, als „unzulässig“ zu verwerfen. Weil dies einerseits mit dem Gesetzeswortlaut nicht im Einklang stand, andererseits die Zweckmäßigkeit dieser Vorgehensweise nicht in Abrede gestellt werden konnte, anerkannte der Gesetzgeber im Jahre 1922 den Nachbesserungsbedarf. Mit der *lex Lobe*, benannt nach jenem Senatspräsidenten am Reichsgericht, der sich als Vater dieses Gesetzes sah,[21] wurde die Praxis des Reichsgerichts legalisiert, indem die Möglichkeit geschaffen wurde, auch *„offensichtlich unbegründete“* Revisionen durch Beschluss zu verwerfen.

Was aber gedacht war, um allein dem damaligen „Ist-Zustand“ der reichsgerichtlichen Praxis eine gesetzliche Grundlage zu geben, entwickelte eine Eigendynamik, die weit über die gesetzgeberische Intention hinausschoss.

Nicht die Aussonderung der *offensichtlich* unbegründeten, also trotz ihrer (Schein-) Begründung unstatthaften Revisionen leitete die Praxis der Beschlussverwerfung, sondern die an sich gesetzesfremde Zweckmäßigkeitsfrage nach der Notwendigkeit (oder auch nur Zweckmäßigkeit) einer Revisionshauptverhandlung im Einzelfall. Schien dem Senat der Misserfolg der Revision im Ergebnis nach Beratungslage sicher, so wurde sie auch dann im Be-

[19] So treffend *Rieß* in: FS Hanack (1999) S. 397, 413.
[20] Die „erweiterte Revision“ (s.o.) gab es noch nicht.
[21] *Lobe* JW 1925, 1612.

schlusswege verworfen, wenn sich über einzelne tragende Rechtsfragen noch streiten ließ. So trat zunehmend an die Stelle der (materiellen) Offensichtlichkeit (formelle) Einstimmigkeit im Senat als entscheidendes Merkmal für eine Beschlussentscheidung. Damit entfernte sich die Beschlussverwerfungspraxis zunehmend von den gesetzlichen Anforderungen, die nun einmal bis heute die Offensichtlichkeit neben der Einstimmigkeit verlangen. Stattdessen wurde die Einstimmigkeit mit der Offensichtlichkeit gleichgesetzt.

Dies führte zu einem Anstieg der Quote der Verwerfungsbeschlüsse auf über 50 %, der nicht nur von der Anwaltschaft in den 50iger Jahren zunehmend beklagt wurde.[22] Die Kritik richtete sich nicht allein gegen den inflationären Gebrauch der auch der anwaltlichen Ehre widerstrebenden Disqualifikation der eignen Arbeit als *„offensichtlich“* unzureichend;[23] vielmehr wurden die fehlenden Sicherungsmechanismen des § 349 Abs. 2 StPO beanstandet, da das allein noch übrige Merkmal der Einstimmigkeit in einem jedenfalls für den Beschwerdeführer völlig intransparenten Verfahren hergestellt wurde.

Die Frage nach der Notwendigkeit der Revisionshauptverhandlung, welche nach der gesetzlichen Systematik immer noch als Normalfall galt, stellte der zur Reform aufgerufene Gesetzgeber im Jahre 1964 abermals nicht. Es erschien ihm vielmehr bei der bis heute geltenden Neufassung des § 349 StPO als Königsweg, die Einbindung der Revisionsstaatsanwaltschaft zur formalen Bedingung einer Verwerfung im Beschlusswege zu machen. So setzte er ihren begründeten Antrag voraus, auf den der Beschwerdeführer die Gelegenheit zur Erwiderung haben sollte, ehe eine Revision als „offensichtlich unbegründet“ verworfen werden durfte.

Indes, die Erwartung, hierdurch die Zahl der Beschlussverwerfungen zu reduzieren, *„erwies sich in der Folgezeit als völlig abwegig“*[24]*.* Dass die vorab mitgeteilten Gründe für den OU-Antrag eher zu einem Anstieg als zu einer Reduzierung der Beschlussverwerfungen führen würden, hat niemand vorausgesehen.[25] Die verwundert weil der Senat (und auch ein einzelnes Mitglied) selbst dann noch, wenn er dem OU- Antrag nur im Ergebnis, aber nicht in der

[22] Dazu etwa von *Stackelberg* NJW 1960, 505; *Wimmer* NJW 1950, 201.
[23] Deutliche Worte aus revisionsrichterlicher Sicht findet *Sarstedt* JR 1960, 1 gegenüber der geleisteten Tätigkeit der Verteidiger, bleibt aber unkritisch, was den richterlichen Umgang mit dem Wortlaut des § 349 StPO anbelangt.
[24] So von *Stackelberg,* in: FS Dünnebier (1982), S. 365, 367, der selbst im Vorfeld der Reform (AnwBl. 1959, 190, 203) für die Einführung des Antragserfordernisses geworben hatte.
[25] Vgl. dazu *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 1368 mwN.

Begründung dem Antrag folgen will, keine Neigung verspürt, allein deshalb den Aufwand einer Hauptverhandlung zu betreiben.

b) Gegenwärtige Praxis

In der heutigen Revisionspraxis dominiert das Beschlussverfahren. Während die Strafsenate des Bundesgerichtshofs in den 50er Jahren noch etwa 1.000 Urteile im Jahr verkündeten, ist die Zahl der Verfahren, die durch Urteil entschieden werden, in den letzten acht Jahren fast immer bei konstant weniger als 150 geblieben.[26] Darunter sind aufgrund der geübten Antragspraxis des Generalbundesanwalts, der bei Revisionen der Staatsanwaltschaft stets einen Terminsantrag zu stellen pflegt,[27] staatsanwaltschaftliche Revision überproportional vertreten.

Der Verwerfungsantrag der Revisionsstaatsanwaltschaft ist die Regel bei der Angeklagtenrevision, und zwar unabhängig vom Wortlaut der Norm auch in solchen Verfahren, die grundlegende Rechtsfragen betreffen.[28] Revisionsstaatsanwälte geben im Zwiegespräch offen zu, mit ihrem Antrag weniger die eigene sachliche Bewertung der Revision als „offensichtlich" zu antizipieren als der Arbeitsweise „ihres" Revisionssenats gerecht werden zu wollen. Beim Revisionsgericht sind, auch das ist ein offenes Geheimnis, Aufhebungsanträge äußerst unbeliebt, weil sie den Revisionssenat dazu „zwingen", in eine Revisionshauptverhandlung zu gehen, wenn er dem Antrag nicht folgen möchte.

Der Verwerfungsantrag lässt dem Senat dagegen grundlegende Freiheit, ob und in welche Richtung – zum Nachteil oder vielleicht doch zugunsten des Beschwerdeführers – das Beschlussverfahren zur Anwendung kommt, oder ob nicht doch ausnahmsweise eine Revisionshauptverhandlung anberaumt werden soll. Der Filter des staatsanwaltschaftlichen Antrags erweist sich daher als eine Formalie, ohne tragenden Schutzwert für den Angeklagten. So zeigt sich, dass (abermals) allein die Umgehung der Revisionshauptverhandlung, welche

[26] Vgl. nur *Barton* StRR 2014, 404.
[27] Zu den Hintergründen aufschlussreich die Stellungnahme des Generalbundesanwalts in BVerfGE 112, 185, 201
[28] Um *„Einzelfälle"* (so aber *Rieß* in: FS Hanack [1999], S. 397, 415) handelt es sich hierbei nicht. Schaut man sich die amtliche Sammlung in BGHSt an, so besteht kein Zweifel, dass selbst grundlegende Entscheidungen in der Mehrzahl im Beschlusswege ergehen: Im aktuell letzten vollständigen Band BGHSt 58 finden sich 28 Entscheidungen auf Angeklagtenrevisionen, von denen die Mehrzahl (nämlich 15) durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 und 4 StPO entschieden wurde, wobei bei den übrigen 13 Revisionsurteilen auch solche Verfahren sind, die schon wegen der parallel anhängigen Revision der Staatsanwaltschaft terminiert werden mussten.

nach der Gesetzessystematik nach wie vor den Regel- und Normalfall darstellen soll, die Praxis der Gesetzesanwendung bestimmt.

Dass die revisionsstaatsanwaltschaftliche Zuleitungsschrift die Verwerfung der Revision ohne nähere Darlegungen rechtfertigt, weil sie für den Beschwerdeführer gewissermaßen als „Begründungsersatz" dienen soll, ist ein häufig, auch von höchster Stelle,[29] geäußertes, gleichwohl nicht sehr überzeugendes Argument. Einmal kann grundsätzlich eingewandt werden, die *„strafprozessuale Gewaltentrennung"*[30] stehe normativ der Legitimierung einer *gerichtlichen* Entscheidung durch die *Behörde* Revisionsstaatsanwaltschaft entgegen.[31] In der Praxis kommt hinzu, dass die Antragsbegründungen zuweilen (zu) schwach sind, um die Verwerfung der Revision zu erklären, und nach der, auch vom Bundesverfassungsgericht gebilligten, herrschenden Auslegung, das Revisionsgericht nur die offensichtliche Unbegründetheit im Ergebnis, nicht aber in der Darlegung der Staatsanwaltschaft teilen muss.[32] Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer in seiner zwar nicht obligatorischen, aber zwingend binnen der Zweiwochenfrist abzuwartenden Erwiderung den staatsanwaltschaftlichen Ausführungen mit nennenswerten Argumenten entgegengetreten oder etwa eine bis dato nur allgemein erhobene Sachrüge näher ausgeführt haben kann. In allen diesen Fällen versagt das Argument vom „Begründungsersatz" völlig.

c) Konsequenzen

Will man diesen Zustand der institutionalisierten Gesetzesumgehung reformieren, so sollte man zunächst drei Punkte eingestehen.

Erstens: Das Beschlussverfahren (oder besser: die Verwerfungspraxis) des Bundesgerichtshofs, der im Jahr fast 4.000 Revisionen zu entscheiden hat, ist ein Instrumentarium,

[29] S. nur zuletzt BVerfG NJW 2014, 2563.
[30] *Peters* in: FS Dünnebier (1982), S. 53, 67.
[31] Darauf weist *Fezer* StV 2007, 40, 44 hin.
[32] BGH, Beschl. vom 08.04.2009 - 5 StR 40/09 = NStZ-RR 2009, 252 („Das Revisionsgericht muss sich dem Verwerfungsantrag nur im Ergebnis, nicht aber in allen Teilen der Begründung anschließen (BVerfG - Kammer - NJW 2002, 814, 815 m.w.N.). Der Revisionsführer muss deshalb gewärtigen, dass das Revisionsgericht Zusätze zur Begründung der eigenen Rechtsauffassung beifügt (BVerfG aaO). Für diese dem Beschlussverfahren immanente Entscheidungsvariante wird dem Revisionsführer nur ein allgemeines, indes kein spezielles auf das einzelne rechtliche Argument bezogenes Gehör gewährt …. Dies begegnet vor dem Hintergrund der Kumulation des Antrags- und Einstimmigkeitserfordernisses keinen Bedenken …. Nur eine solche Praxis gewährleistet die rechtsstaatlich ebenfalls gebotene Effektivität des Beschlussverfahrens."). Kritisch dazu *Hamm*, Revision in Strafsachen, 7. Aufl. Rn. 1377.

dessen Notwendigkeit zur *Gewährleistung der Arbeitsfähigkeit* des Bundesgerichtshofs kaum in Abrede gestellt werden kann. In Anbetracht der das Revisionsverfahren dominierenden juristischen Argumentation kann es auch grundsätzlich zu sachgerechten Ergebnissen führen.

Zweitens: Die Verwerfungspraxis im Beschlusswege ist nicht allein und auch nicht in erster Linie (dazu gleich) dadurch bedingt, dass das Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO die Möglichkeit eröffnet, die Revision ohne eigene Begründung des Revisionsgerichts zu verwerfen.

Drittens: Für die hohe Misserfolgsquote im Revisionsrecht sind *mehrere Faktoren* ursächlich, die

- teils mit der strukturell auf die ergebnisbezogene (vgl. § 337 StPO) Kontrolle von Rechtsfehlern beschränkten Eigenart des Rechtsmittels zusammenhängen,
- teils dem Umstand geschuldet sind, dass Beschwerdeführer trotz anwaltlicher Vertretung Ziele verfolgen, die mit dem Rechtsmittel nicht bzw. nicht unmittelbar erreicht werden können (wie etwa den Beweis ihrer Unschuld oder eine im Ergebnis mildere Bestrafung, ohne dass die Beweiswürdigung des Tatgerichts bzw. die Strafzumessung einen Rechtsfehler aufweisen),
- teils aber auch auf eine nicht zu vernachlässigende Anzahl an schlechterdings unzureichend begründeten Revisionen zurückgehen.[33]

Vor diesem Hintergrund stellt sich umso mehr die Frage nach dem Mehrwert einer Revisionshauptverhandlung in allen Fällen, in denen nicht die zu entscheidenden grundsätzlichen Rechtsfragen einen mündlichen Meinungsaustausch nahelegen.

3. Reformvorschläge

a) Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses auch de jure

Ausgehend von der Erkenntnis, dass eine Rückkehr zum Rechtszustand von 1877 jedenfalls keine Lösung sein kann und die nicht nur statistische Rechtstatsache, wonach die Revisionshauptverhandlung nur noch in Ausnahmefällen sinnvoll ist und stattfindet, komme ich

[33] Darauf stellt *Sarstedt* JR 1960, 1 ab.

auch aus der Perspektive der Revisionsverteidiger nicht umhin, dem Gesetzgeber vorzuschlagen, hier einen Beitrag zu einer ehrlichen Lösung zu leisten. Dabei geht es nicht um so etwas wie die resignative Unterwerfung unter die „normative Kraft des Faktischen“, sondern – wie dargelegt – um die Beseitigung des strukturell von Anfang an bestehenden Widerspruchs zwischen der normativen Scheindominanz des Mündlichkeitsprinzips auch dort, wo Schriftlichkeit die größere Chance auf Vollständigkeit und erschöpfende Behandlung aller Einzelfacetten komplexer Sachverhalte und Verfahrensvorgänge bieten kann. Während in der tatrichterlichen Hauptverhandlung die Mündlichkeit in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Unmittelbarkeit (etwa von Zeugenvernehmungen), der Amtsaufklärungspflicht und der Regel des § 261 StPO für die Beweiswürdigung steht, hat sich von jeher die revisionsgerichtliche Hauptverhandlung darin erschöpft, dass der wechselseitige schriftliche Vortrag noch einmal rhetorisch ausgetauscht und zum Gegenstand eines Rechtsgesprächs mit den Senatsmitgliedern gemacht werden kann.

Ein solcher zusätzlicher mündlicher Diskurs hat nach wie vor seinen eigenständigen Wert für die Klärung von streitigen Rechtsfragen, bis hin zu der Überbrückung unterschiedliche Auffassungen über Mängel des angefochtenen Urteils im Rahmen der erweiterten Revision im Einzelfall. Aber es lässt sich durchaus vertreten, dass bei der Mehrheit der Revisionen die rhetorische Verstärkung der zuvor bereits schriftlich gewechselten Meinungen keinen Qualitätszuwachs der Entscheidungen bewirken würde.

Deshalb sollte das ohnehin bereits seit fast hundert Jahren de facto praktizierte Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen schriftlichem Norm-Verfahren und mündlicher Erörterung auch de jure legalisiert werden, indem auch eine nur mehrheitlich beschlossene Aufhebung des Urteils nach § 349 Abs. 4 StPO im schriftlichen Verfahren zugelassen wird, sodass Abs. 5 nur noch wirklich für die Ausnahmefälle, in denen eine Hauptverhandlung notwendig erscheint, das Urteilsverfahren vorschreibt.

b) Wann sollte es noch eine Revisionshauptverhandlung geben?

Es bleibt die Frage, ob auch die Gründe, bei deren Vorliegen ausnahmsweise eine Revisionshauptverhandlung stattfinden soll, auch gesetzlich geregelt werden können und sollten.

Sie könnte einmal allein dem Ermessen des Revisionsgerichts überantwortet bleiben, aber auch von einem materiellen Kriterium oder von formalen Gegebenheiten im konkreten Fall, wie der Uneinigkeit im Senat abhängig gemacht werden.

Wir schlagen eine Mischung vor, nämlich ein rechtlich gebundenes Ermessen des Revisionsgerichts zur Durchführung der Revisionshauptverhandlung im Rahmen einer *Soll-Vorschrift* unter folgenden Voraussetzungen:

- Als materielles Kriterium schlagen wir einmal vor, dass es sich um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, also um eine, deren Beantwortung in einem Leitsatz oder in einem Urteil erforderlich ist, das gegebenenfalls in die amtliche Sammlung aufgenommen werden soll.

- Weiter soll das Revisionsgericht Termin ansetzen, wenn der Senat der Auffassung ist, dass die konkreten Rechtsfragen, auch bedingt durch den Einzelfall, am Besten im Rahmen eines mündlichen Meinungsaustauschs gelöst werden können, somit seiner Einschätzung nach das mündliche Rechtsgespräch einen weiteren Erkenntnisgewinn verspricht.

- Daneben sollte wie bislang daran festgehalten werden, dass bei Uneinigkeit eine Revisionshauptverhandlung zwingend erforderlich bleibt.

c) Verzicht auf das Offensichtlichkeitsmerkmal

Eine Reform des Revisionsverfahrens kann unter den noch zu bezeichnenden Bedingungen auch den Wortlaut des § 349 Abs. 2 StPO ändern und die praktisch obsolete „Offensichtlichkeit“ im Tatbestand streichen. Sie taucht im Tenor der Beschlüsse des Bundesgerichtshofs ohnehin nicht mehr auf, was aber die in der Praxis stattfindende Gesetzesumgehung unehrlich verbrämt.[34] Die bisherige Praxis, wonach faktisch die Einstimmigkeit die Offensichtlichkeit indiziert, kann unter den folgenden Voraussetzungen legalisiert werden:

aa) Kenntnis aller Mitglieder des Revisionssenats vom vollständigen angefochtenen Urteil und allen bis zur Beratung gewechselten Schriftsätze

Einstimmigkeit im Senat verlangt nach einer verlässlichen Kenntnis des Revisionsvortrags und des zur Überprüfung stehenden Urteils. In der bisherigen Praxis hat sich ein Mechanismus durchgesetzt, der vom Gesetz zwar nicht vorausgesetzt wird, sich aber nach Auffassung der Revisionsgerichte bewährt hat. Danach liegt im Beschlussverfahren die Vorbereitung und Beratungsleitung in den Händen des Vorsitzenden und des Berichterstatters („Vier-

[34] Treffend *Fezer* StV 2007, 40, 45.

Augen-Prinzip“). Nur sie kennen regelmäßig die Revisionsunterlagen. Dass damit die dem gesamten Kollegialorgan überantwortete Entscheidung über die Unbegründetheit oder Begründetheit der Revision, über den Eintritt der Rechtskraft einer existenzvernichtenden, mitunter lebenslänglichen Freiheitsstrafe oder die Aufhebung des Urteils mit der Perspektive einer neuen Beweisaufnahme vor einem anderen Gericht, dass diese ungeheure Entscheidungsmacht faktisch in den Hände von zwei Senatsmitgliedern liegt und dabei ganz entscheidend dem Berichterstattervortrag abhängt, ist schon früh, nämlich vor 65 Jahren und nicht von anwaltlicher Seite, bemerkt worden:

> *„Der Berichterstatter entscheidet durch seinen von den Prozeßbeteiligten nicht kontrollierten Sachvortrag beinahe schon das Schicksal der Revision.“*[35]

Die Debatte um die Sachgemäßheit dieses Vorgehens hat sich anlässlich eines (wohl unbeabsichtigten) Nebensatzes im Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsgemäßheit des Doppelvorsitzes zweier Strafsenate [36] in einer mit Verbalinjurien nicht geizenden Kontroverse neu entfacht, in der bislang Bundesrichter auf der einen wie der anderen Seite wortführend sind.[37] Dabei scheint sich die befürchtete Einflussnahmemöglichkeit des Berichterstatters und seines Sachvortrags auf die Entscheidung des Spruchkörpers statistisch belegen zu lassen.[38]

Weil die mit der informationellen Dominanz zweier Senatsmitglieder notwendig verbundene Verfälschung des Entscheidungsergebnisses allein durch die Auswahl bzw. geschäftsordnungsmäßige Bestimmung des Berichterstatters [39] mit dem Sinn des Kollegialprinzips, Rechtserkenntnis durch Diskurs und durch Einbindung unterschiedlicher Perspektiven zu gewinnen, ebenso wenig vereinbar erscheint wie mit dem Anspruch des Einzelnen auf effektiven und willkürfreien Rechtsschutz einerseits und dem Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) andererseits, muss hier der Gesetzgeber Vorkehrungen treffen. Die Verwerfung einer Revision im Beschlusswege darf nur dann statthaft sein, wenn eine

[35] Richter am Obersten Gerichtshof *Wimmer* NJW 1950, 201, 203.
[36] BVerfG NJW 2012, 2334, 2336.
[37] *Fischer/Eschelbach/Krehl* StV 2013, 425; Fischer*/Krehl* StV 2012, 550; dagegen scharf *Basdorf u. a.* (5. Strafsenat) NStZ 2013, 563; s. ferner affirmativ zur bisherigen Praxis *Mosbacher* NJW 2014, 124; schließlich mit einem „Vorschlag zur Güte“ *Hamm/Krehl* NJW 2014, 903.
[38] Dazu *erhellend* und besorgniserregend *Fischer* NStZ 2013, 430; s. ferner zur statistischen Berechnung *Brodowski* HRRS 2013, 409; *Barton* StRR 2014, 404, 409.
[39] Auch hier gibt es Unterschiede bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs, wie der für den konkreten Einzelfall zuständige Berichterstatter bestimmt wird.

verlässliche Kenntnisnahme der Senatsmitglieder vom Revisionsgegenstand gewährleistet ist. Dabei mag man es mit dem BVerfG als Bestandteil der richterlichen Unabhängigkeit ansehen, auf welchem Wege sich das einzelne Senatsmitglied jene volle Kenntnis vom Streitstoff verschafft, die erforderlich ist, um die volle Verantwortung als eines von fünf Senatsmitgliedern mit zu übernehmen.[40] Dass diese vollständige Information aller Revisionsrichter spätestens dann unabdingbar ist, wenn – wie hier vorgeschlagen – das Beschlussverfahren de jure zur Regel wird und die objektive Offensichtlichkeit nicht mehr erforderlich ist, erscheint auch zur Sicherung eines verfassungskonformen Berufsbildes von Richtern, die in einer einzigen Rechtsmittelinstanz über mehrjährige bis lebenslange Freiheitsstrafen endgültig zu entscheiden haben, seinerseits offensichtlich.

bb) Begründungspflicht

Zur Absicherung des Zehn-Augen-Prinzips sollte eine Begründungspflicht auch für Verwerfungsbeschlüsse gesetzlich verankert werden. Dies ist eine alte Forderung,[41] für die mehrere Gründe streiten. Einmal leidet das Vertrauen des Betroffenen in die Arbeitsweise und Gründlichkeit der Prüfung des Revisionsgerichts, wenn die mitunter umfänglichen Ausführungen seines rechtskundigen Anwalts mit nur einem Satz erledigt werden. Der Verdacht, der Revisionssenat wolle lieber auf eine Begründung verzichten, ehe er eine schwache und in der Fachliteratur angreifbare Begründung schreiben müsste, lässt sich nicht von der Hand weisen und es gibt eine Reihe von Beispielen, in denen später vom BVerfG im selben Verfahren oder sogar vom BGH selbst in Folgeverfahren aufgegebene Rechtspositionen Grundlage der OU-Anträge des GBA waren und diese in begründungslosen Beschlüssen verborgen geblieben sind. Die Begründungspflicht diszipliniert und bietet „eine größere Garantie für die Sorgfalt der Beratung“.[42] Begründete Entscheidungen können zum Gegenstand der Diskussion

[40] BVerfG NJW 2012, 2334, 2336; „*Hierzu enthalten weder das Verfahrens- noch das Verfassungsrecht nähere Vorgaben. Die Entscheidung, ob der Spruchkörper sich mit Blick auf die Arbeitsteilung im Kollegium darauf beschränkt, durch den Berichterstatter über den maßgeblichen Sach- und Streitstand informiert zu werden, oder die Vollständigkeit und Richtigkeit des Berichterstattervortrags … dadurch sichert und verstärkt, dass ein, mehrere oder alle Mitglieder des Spruchkörpers sich den Streitstoff aus den Akten selbst erarbeiten, ist ihm überlassen und insoweit Ausfluss der richterlichen Unabhängigkeit.“*

[41] Siehe etwa *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer* Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß (1971), S. 56 f.

[42] *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer***,** aaO.; *Krehl* GA 1987, 162, 170: *„Der sich aus der Begründungspflicht ergebende Zwang zu gründlicherem Vorgehen, verbunden mit einer sonst in dieser Form nicht gewährleisteten Selbstkontrolle birgt die Möglichkeit in sich, daß die Entscheidung anders ausfällt als ohne die diesen Prozeß auslösende Begründungspflicht.“*

(und Kritik) in der Fachöffentlichkeit gemacht werden, die bisherigen OU-Beschlüsse dagegen nicht.[43]

Aber nicht nur Gründe zum Wohl des Einzelnen streiten für eine Begründungspflicht, sondern auch die objektiven Zwecke der Revision für die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung zu sorgen. Einmal kann vermieden werden, dass sich klandestine Rechtssprechungsdivergenzen zwischen den Senaten einschleichen. Auch werden Rechtsstandpunkte klargestellt, bei denen der Senat zwar nicht der Antragsbegründung der Revisionsstaatsanwaltschaft folgt, sondern nur die Unbegründetheit im Ergebnis teilt. So könnte etwa der in der Praxis häufig zu beobachtenden (Un-)Sitte der Revisionsstaatsanwaltschaft, jeder Verfahrensrüge zunächst einmal „rein prophylaktisch" die Zulässigkeit im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO abzusprechen, eingedämmt werden, indem das Revisionsgericht in seiner Begründung zumindest darlegt, warum der von der Staatsanwaltschaft vermisste Rügevortrag nicht erforderlich im Sinne des Gesetzes ist. Das würde zu einer für das Rechtspublikum kalkulierbaren Handhabung dieser Norm beitragen.

Dem Einwand, dem Revisionsgericht könne nicht zugemutet werden, auf die noch so absonderlichsten Rügen dezidiert einzugehen, kann Rechnung getragen werden, weil das Revisionsgericht, sich die entsprechenden Ausführungen der Revisionsstaatsanwaltschaft ausdrücklich durch „Einrücken" oder in indirekter Rede zu Eigen machen kann. Dann ist wenigstens klargestellt, dass sein Verwerfungsbeschluss auf eben diesen zitierten Gründen beruht. Die bloß floskelhafte Bezugnahme auf die Ausführungen in der Zuleitungsschrift sollte jedoch unterbleiben.

Ist der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Gegenerklärung den Ausführungen der Revisionsstaatsanwaltschaft dezidiert entgegengetreten, so lässt es sich nicht vermeiden, dass das Revisionsgericht hierauf wenigstens kurz eingeht. Den häufig anzutreffenden Versuchen von Beschwerdeführern, die eigene Beweiswürdigung in revisionsfremder Art und Weise an die Stelle der des Tatgerichts zu rücken, wird das Revisionsgericht, wie bislang schon, kurz und knapp bescheiden können. So geschieht es regelmäßig in Beschlüssen auf Anhörungs-

[43] Meine früheren Versuche, daran etwas dadurch zu ändern, dass ich auch die Revisionsbegründungen und die OU-Anträge veröffentlichen wollte (z.B. *Hamm* StV 1981, S. 315), konnten nicht fortgeführt werden, nicht wegen des originelle Einwandes des damaligen Generalbundesanwalts, der „urheberrechtliche Bedenken" gegen die Veröffentlichung der Anträge aus seiner Behörde geltend machen wollte, sondern letztlich deshalb, weil sich im BGH die Auffassung verfestigte, dass der nicht mit Gründen versehene Beschluss keineswegs eine Übernahme der Begründung aus der Antragsschrift bedeute (s.o.)

rügen nach § 356 a StPO, mit denen der Beschwerdeführer geltend macht, sein Vorbringen sei nicht hinreichend berücksichtigt worden. Hier sehen sich die Senat durchaus in der Lage, kurz und knapp die wesentlichen Erwägungen ihrer Entscheidung mitzuteilen.

V. Zusammenfassung und Regelungsvorschläge

Ein Regelungsbedarf im Recht der strafrechtlichen Revision folgt aus den bestehenden Differenzen zwischen den geltenden Vorschriften und der Praxis der Revisionsgerichte sowohl hinsichtlich des Prüfungsstoffs als auch beim prozeduralen Prüfungsprogramm und der Entscheidungsprozesse. Außerdem sollte dem Missverhältnis entgegengewirkt werden, das dadurch entstanden ist, dass ausgerechnet im Zuge der „Beschleunigungsgesetze“ der letzten Jahrzehnte die Fristen für die Tatgerichte immer weiter ausgedehnt wurden (§§ 229, 275 StGB), was faktisch zu immer umfangreicheren (streitigen) Hauptverhandlungen und Urteilsabsetzungszeiträumen geführt hat, während der Revisionsbegründungsfrist auch in Fällen einer extrem langen Hauptverhandlung und entsprechend großer zeitliche Distanz zur Urteilszustellung immer noch unverlängerbar einen Monat beträgt. Schließlich muss der Gesetzgeber auch dem verbreiteten Missstand entgegenwirken, dass auch die Protokolle nicht unverzüglich nach der Beendigung der Hauptverhandlung, sondern erst zeitnah zur Urteilsabsetzung fertiggestellt werden.

Die Frist des § 275 StPO sollte unter Beibehaltung der von der Verhandlungsdauer abhängigen Staffelung auf 13 Wochen begrenzt werden. Dagegen sollten die Revisionsbegründungsfrist (§ 345 StPO) und die bisher als reine Ordnungsvorschrift gehandhabte Frist zur Gegenerklärung nach § 347 StPO ebenfalls abhängig von der Dauer der Hauptverhandlung verlängert und letztere als zwingende Vorschrift ausgestaltet werden.

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen der Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung und der Beschlussentscheidung bei Einstimmigkeit sollte unter Wegfall des Offensichtlichkeitserfordernisses auch de jure umgekehrt werden. Dabei sollten das „Zehn-Augenprinzip“ (bei den OLG-Senaten „Sechs-Augenprinzip“) hinsichtlich aller revisionsrelevanten Unterlagen und eine Begründungspflicht für Verwerfungsbeschlüsse gesetzlich verankert werden.

Regelungsvorschläge:

- In § 267 Abs. 1 StPO die Angabe und Bewertung der Indiztatsachen anstelle der bisherigen Soll-Vorschrift als zwingend vorzuschreiben.

- In § 267 Abs. 5 StPO bei Freisprüchen aus tatsächlichen Gründen vorzuschreiben, dass der Sachverhalt, soweit er feststellbar war, im Urteil darzustellen und bei Anwendung des Zweifelssatzes die offen gebliebenen Beweisfragen zu benennen sind.

- § 275 StPO dahin zu ändern, dass auch bei Hauptverhandlungen mit mehr als 40 Verhandlungstagen die Frist 3 Monate beträgt.

- § 271 Abs. 1 Satz 2 StPO sollte folgende Fassung erhalten: *„Das Protokoll für jeden Hauptverhandlungstag ist spätestens nach einer Woche fertigzustellen und auf Verlangen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung zur Verfügung zu stellen.“* Der bisherige Satz 2 sollte als Satz 3 folgende Fassung erhalten: *„Der Tag der Fertigstellung ist jeweils in den Tagesprotokollen anzugeben.“*

- § 273 Abs. 4 StPO soll folgende Fassung erhalten: *„Bevor die Protokolle aller Verhandlungstage nicht fertiggestellt und im Falle der Urteilsanfechtung dem Beschwerdeführer nicht zugänglich gemacht sind (§ 271 Abs. 1), darf das Urteil nicht zugestellt werden.“*

- § 345 StPO sollte dahin geändert werden, dass die unveränderte Monatsfrist zur Revisionsbegründung nur noch dann mit der Zustellung des Urteils beginnt, wenn §§ 271 Abs. 1 und 273 Abs. 4 nF beachtet wurden. Ist dies nicht der Fall, verlängert sich die Frist um die Zeitspanne zwischen der Möglichkeit der Einsichtnahme in das Protokoll und der Urteilszustellung.

- § 347 StPO dahin zu ändern, dass die Gegenerklärung spätestens nach einem dem § 275 StPO entsprechenden Zeitablauf nach Eingang der Revisionsbegründung abzugeben ist. Bei unterlassener oder verspäteter Stellungnahme gegen Verfahrensrügen soll das Revisionsgericht nicht verpflichtet (aber berechtigt) sein, Freibeweis über die vorgetragenen Tatsachen zu erheben.

- **Vorschlag für Neufassung des § 349 StPO**

  (1) Mit der Zuleitung der Akte an das Revisionsgericht stellt die Staatsanwaltschaft einen Antrag, der zu begründen ist. Die Staatsanwaltschaft teilt den Antrag mit den Gründen dem Beschwerdeführer mit. Der Beschwerdeführer kann binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen.

  (2) Erachtet das Revisionsgericht die Vorschriften über die Einlegung der Revision oder die über die Anbringung der Revisionsanträge nicht für beobachtet, so kann es das Rechtsmittel durch Beschluss als unzulässig verwerfen.

  (3) Auch über eine zulässige Revision entscheidet das Revisionsgericht durch Beschluss, wenn es mehrheitlich die Revision für begründet oder einstimmig die Revision für unbegründet hält. Der Beschluss ist in jedem Falle zu begründen. Entsprechen die Gründe der Antragsschrift der Staatsanwaltschaft, genügt der Hinweis darauf.

  (4) Liegen die Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Beschluss nicht vor oder hält der Senat zur Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen eine Hauptverhandlung für angezeigt, so entscheidet er über das Rechtsmittel durch Urteil.

Soweit hier einzelne Gesetzesformulierungen vorgeschlagen werden, soll dies nicht das jeweils weiter oben dargelegte Reformziel auf diesen Text einengen. Auch soweit ich auf einen Formulierungsvorschlag verzichtet habe, sollte die Kommission über entsprechende „Eckpunkte“ beraten.

Anhang:

Was wird aus dem Rekonstruktionsverbot nach Einführung der audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung?

Die folgenden Thesen 1. bis 11. und der Regelungsvorschlag unter 12. dienen dazu, den spezifisch revisionsrechtlichen Besorgnissen der Gegner einer Einführung audiovisueller Dokumentation der strafrechtlichen Hauptverhandlung Argumente entgegenzusetzen, die dem richtig verstandenen Rekonstruktionsverbot ebenso gerecht werden wie dem evtl. gesetzlich zu modifizierenden Freibeweisverfahren bei der Prüfung von Verfahrensrügen:

1. Da eine zeitgemäße, d.h. durch die heute verfügbaren Technologien mögliche Dokumentation des Geschehens in der strafrechtlichen Hauptverhandlung eindeutige Vorteile gegenüber dem herkömmlichen Protokoll brächte, dürfen die mit den Grenzen der Revisibilität zusammenhängenden Probleme der Verwertbarkeit der Aufzeichnungen nicht als Gegenargument gegen die Einführung dienen.

2. Bereits nach dem geltenden Recht ist es zulässig und wird auch in umfangreichen Hauptverhandlungen praktiziert, dass entweder die gesamte Hauptverhandlung durch das Gericht auf Tonträger aufgezeichnet (so im Oppenheim-Prozess beim LG Köln) oder durch z.B. durch von der Verteidigung beauftragte Stenografen im vollständigen Wortlaut mitgeschrieben und anschließend als Wortprotokolle den Beteiligten zur Verfügung gestellt wird (so im Mannesmann-Prozess beim LG Düsseldorf und im Deutsche Bank-Verfahren beim LG München) . Auch die dadurch entstehenden Dokumente sind den Formalprotokollen nach §§ 171 ff. StPO als Mittel zur Rekonstruktion des tatsächlichen Geschehensauflaufs in der Hauptverhandlung weit überlegen und können im Wege des Freibeweises verwendet werden.

3. Das von der Rechtsprechung aus dem gesetzgeberischen Konzept der „Arbeitsteilung“ zwischen Tatrichter und Revisionsrichter abgeleitete Verbot, zur rein rechtlichen Überprüfung eines tatrichterlichen Urteils die ihm zugrunde liegende Beweisaufnahme zu „rekonstruieren“ (also auch nur partiell zu wiederholen oder über ihren Ablauf Beweis zu erheben), kann den Revisionsrichter nur soweit binden wie die Alleinverantwortung des Tatrichters reicht. Dies betrifft nur die Beweiserhebungen und Beweiswürdigung hinsichtlich der den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch tragenden Tatsachen. Soweit Inhalten der tatrichterlichen Hauptverhandlung (auch) eine Verfahrensrelevanz zukommt, ist das Revisionsgericht gehalten, mit allen verfügbaren Mitteln eine entsprechende Behauptung (§ 344 Abs. 2 S.2 StPO) auf ihre Beweisbarkeit hin zu überprüfen.

4. Der Revisionsrichter wird nicht dadurch zum „Tatrichter hinter dem Tatrichter“, dass er ohne eigene Würdigung der einzelnen HV-Inhalte auf ihren Beweiswert hinsichtlich der Schuld- und Rechtsfolgenfrage prüft, ob bestimmte Vorgänge überhaupt Gegenstand der Verhandlung waren (BGHSt 22, 26).

5. Dies gilt namentlich für die durch entsprechende Verfahrensrügen angestoßene Prüfung, ob das angefochtene Urteil auf einer Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) oder auf der Verwertung von Beweismitteln beruht, die nicht Gegenstand der Hauptverhandlung waren (§ 261 StPO).

6. Soweit an der Grenze zwischen schuldrelevanten und verfahrensrelevanten Hauptverhandlungsinhalten Überschneidungen vorkommen (z. B. ein Zeuge beruft sich zur Unterstreichung seiner Aussage über Wahrnehmungen am Tatort auf das Zeugnis einer weiteren Person, die dann aber unter Verletzung der Aufklärungspflicht nicht geladen und vernommen wurde), darf diese Doppelrelevanz nicht den Erfolg der Verfahrensrüge gefährden.

7. Auch bei der Prüfung, ob das angefochtene Urteil auf einem geltend gemachten Verfahrensfehler beruht, muss sich der Revisionsrichter bis zu einem gewissen Grad, „den Kopf des Tatrichters zerbrechen“, weil sich eine Kausalität nur durch hypothetisches Unterstellen eines ordnungsgemäßen Verfahrens und das „Hineinversetzen“ in die Situation des beweiswürdigenden Tatgerichts ausschließen lässt. Die hierbei von den Revisionsgerichten regelmäßig angewendete Prüfungsmethode der (nur in Ausnahmefällen widerleglichen) Vermutung für das Beruhen, sollte auch als Regel für die Überprüfung des Tatsachenvortrags im Freibeweisverfahren gelten, wenn diese sich auf doppelrelevante und nicht von § 274 StPO erfasste Vorgänge der Hauptverhandlung beziehen.

8. Dieser „Beweislast des Staates“**44** für die Widerlegung als verfahrensfehlerhaft geltend gemachter Tatsachen kann die Staatsanwaltschaft mit allen verfügbaren Mitteln zur Rekonstruktion des betreffenden Teils der Hauptverhandlung nachkommen. Das folgt schon nach geltendem Recht aus dem Wesen des Freibeweises, der die Vorlage handschriftlicher Aufzeichnungen ebenso gestattet wie die Heranziehung stenografischer Mitschriften oder die Auswertung von Tonträgeraufzeichnungen.

9. Nach der Einführung einer audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung würde sich an dieser Rechtslage nur soviel ändern, dass die Recherche nach den betreffenden verfahrensrelevanten Vorgängen quantitativ vermehrt und dann unzumutbar erschwert würde, wenn nicht ein gesetzlich geregeltes Verfahren zur Verwendung der Aufzeichnung im Rahmen des Revisionsverfahrens dem Revisionsgericht eigene Sucharbeit ersparte.

10. Eine solche „Freibeweisordnung“ sollte Elemente eines parteiprozessualen Darlegung- und Beibringungsprinzips enthalten, wie sie ja auch schon in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO angelegt sind. Dabei wäre vorzusehen, dass

    - die Zulässigkeit einer entsprechenden Rüge, die auf Positivtatsachen gestützt ist, von der exakten Bezeichnung der audiovisuellen Fundstelle (Zeitlaufwerk) in der Aufzeichnung abhängig gemacht wird, während bei Negativtatsachen deren schlichte Behauptung ausreicht;

[44] So zutreffend für die Inbegriffsrüge nach § 261 StPO *Bartel*, Das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, 2014, S. 350

- es Aufgabe der Gegenerklärung i.S.d. § 347 StPO ist, etwaige Gegenbehauptungen – wiederum unter genauer Angabe und Zitierung – der audiovisuellen Quelle zu belegen und

- das Revisionsgericht seine Entscheidung über die Begründetheit der Verfahrensrüge auf das so gefundene Verfahrensbeweisergebnis ohne weitere eigene Recherchen zu stützen hat.

11. Prognostisch ist davon auszugehen, dass unabhängig von der Verwertbarkeit der audiovisuellen Aufzeichnung bei der Prüfung von Verfahrensrügen allein das Wissen um die Existenz der Wort- und Bilddateien eine präventive Wirkung auf alle Verfahrensbeteiligten ausüben dürfte. Gerade die jederzeitige Überprüfbarkeit von etwa verfälschenden oder missverständlich aufgenommenen Vorgängen der Hauptverhandlung wird eine falsche Wiedergabe in Urteilen ebenso verhindern wie unwahre Behauptungen in Revisionsbegründungen und Gegenerklärungen. So dürften auch die von den Gegnern der Einführung der audiovisuellen Aufzeichnung ins Feld geführten Friktionen mit dem Rekonstruktionsverbot in der Praxis eher bedeutungslos bleiben.

12. Regelungsvorschlag

a. BRAK-Entwurf 2010

Der von der Bundesrechtsanwaltskammer im Februar 2010 nach Abstimmung mit dem Strafrechtsausschuss des Deutschen AnwaltVereins als BRAK-Stellungnahme 1/2010 vorgelegte Gesetzentwurf beschreibt die Vorzüge und Notwendigkeit der obligatorischen Einführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung zutreffend und versucht auch durch die Beschränkung ihrer Verwertung im Revisionsverfahrens auf „*die Überprüfung von Mängeln des Verfahrens*“ in § 352 Satz 2 StPO-E den Befürchtungen im Hinblick auf das Rekonstruktionsverbot gerecht zu werden. Insoweit sieht der Entwurf folgende auch von uns nach wie vor für sinnvoll angesehenen Änderungen der StPO vor:

In § 273 StPO soll folgender Absatz 2 eingefügt werden:

> *„(2) Die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht ist unbeschadet des § 271 auf Bild-Tonträger aufzuzeichnen. Die Bild-Ton-Aufzeichnung ist zu*

den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle mit den Akten aufzubewahren. § 147 ist entsprechend anzuwenden, mit der Maßgabe, dass den zur Akteneinsicht Berechtigten Kopien der Aufzeichnung überlassen werden können. Die Kopien dürfen weder vervielfältigt noch weitergegeben werden.“

Die bisherigen Absätze 2 bis 4 sollen Absätze 3 bis 5 werden.

Nach § 273 soll folgender § 273a eingefügt werden:

„Unrichtigkeiten des Protokolls können nach Anhörung der Beteiligten berichtigt werden. Der Nachweis der Unrichtigkeit kann auch durch die Bild-Ton- Aufzeichnung geführt werden. Die Berichtigung ist mit Gründen zu versehen und wird auf dem Protokoll vermerkt. Der Vermerk ist zu unterschreiben; § 271 gilt entsprechend.“

Schließlich soll in § 352 folgender Satz 2 angefügt werden:

„Die Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung nach § 273 Abs. 2 kann nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden.“

b. Beweisführung bei Verfahrensrügen auf Basis der Aufzeichnung

Um die in der Diskussion der Expertenkommission gleichwohl noch aus dem Rekonstruktionsverbot geltend gemachten Bedenken auszuräumen, könnten die in der obigen These 10 skizzierten Regeln für den Freibeweis zu den auf die Bild-Ton-Aufzeichnungen gestützten Verfahrenstatsachen wie folgt formuliert werden:

In § 344 Abs. 2 wird folgender Satz 3 eingefügt:

„Soweit diese allein auf die Bild-Ton-Aufzeichnung gemäß § 273 Abs. 2 gestützt werden sollen, ist daraus unter Angabe der digitalen Fundstelle (z.B. der Zeitlaufwerkdaten) im Wortlaut zu zitieren.“

§ 347 Absatz 1 erhält folgende neue Fassung:

„(1) [1]Ist die Revision rechtzeitig eingelegt und sind die Revisionsanträge rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form angebracht, so ist die Revisionsschrift dem Gegner des Beschwerdeführers zuzustellen. [2]Diesem steht frei, binnen einer Frist von ....[45] eine schriftliche Gegenerklärung einzureichen. [3]Der Angeklagte kann letztere auch zu Protokoll der Geschäftsstelle abgeben. [4]In der Gegenerklärung zu einer auf die Bild-Ton-Aufzeichnung (§ 173 Abs. 2) gestützten Verfahrensrüge (§ 352 Satz 2) sind unter Angabe der betreffenden Zitatfundstellen die dem Revisionsvortrag entgegenstehenden Tatsachen zu benennen, wenn geltend gemacht werden soll, dass die von der Revision benannten Tatsachen (§ 344 Abs. 2 Satz 3) nicht zutreffen. Unterbleibt eine solche Gegendarstellung, so ist das Revisionsgericht an das Rügevorbringen gebunden.“

07.07.2015 Rainer Hamm

[45] Insoweit verweise ich auf meine Stellungnahme zur 5. Sitzung der Expertenkommission im März 2015

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

hier: Einstellung nach § 153a StPO im Revisionsverfahren

I.
Empfehlung

Es wird vorgeschlagen, in § 153a Abs. 2 Satz 1 die Wörter „bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können," zu streichen.

II.
Begründung

Die vorgeschlagene Änderung des § 153a Abs. 2 StPO zielt darauf ab, dass die Vorschrift auch in der Revisionsinstanz anwendbar und damit für das Revisionsgericht die Möglichkeit geschaffen wird, Verfahren gegen Auflagen einstellen zu können. Damit greift der Entwurf die in Artikel 2 Nr. 14 Buchstabe b des Bundesratsentwurfs eines Zweiten Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (strafrechtlicher Bereich; BT-Drs. 13/4541), aber auch in Artikel 2 Nr. 14 des Entwurfs eines Gesetzes zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz (Justizbeschleunigungsgesetz; BT-Drs. 15/1491) und in Artikel 1 Nr. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens (BT-Drs. 16/3659) enthaltenen Vorschläge auf.

Nach Erhebung der Klage kann das Verfahren bisher nur noch vom erstinstanzlichen oder dem Berufungsgericht, nicht aber vom Revisionsgericht nach § 153a StPO eingestellt werden. Für diese Begrenzung, die sich in § 153 StPO nicht findet, gibt es keinen zwingenden Grund. Sie sollte deshalb entfallen.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan König

Überlegungen zur

Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens

A. Zur Aufgabenstellung:

Es geht mir im Folgenden um die Erörterung von Möglichkeiten einer Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens *zugunsten* des Verurteilten. Eine Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten *zuungunsten* des Freigesprochenen, wie zuletzt im Gesetzentwurf des Bundesrates für ein „Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts“[1] vorgeschlagen, ist – wie in dem der Expertenkommission bereits im März 2015 vorgelegten Kurzgutachten von *Radtke* zutreffend ausgeführt – aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 1 Abs. 1, 103 Abs. 3 GG) einer einfachgesetzlichen Regelung nicht zugänglich. Der erwähnte Gesetzentwurf des Bundesrats ist u.a. deshalb auch gescheitert.

B. Kritik am geltenden Wiederaufnahmerecht und Vorschläge zu dessen Modifizierung.

1.

Die Notwendigkeit einer Überprüfung von Urteilen, gegen die als ordentliches Rechtsmittel nur die Revision zulässig ist, auch in tatsächlicher Hinsicht beschäftigt die Diskussion über die Ausgestaltung des reformierten Strafprozesses in Deutschland, seitdem unterschiedliche Rechtszüge für schwere und weniger schwere Vergehen bzw. Verbrechen vorgesehen sind. So zitiert *Alsberg*[2] die Motive zum revidierten Entwurf der Strafprozessordnung für den preußischen Staat aus dem Jahr 1841, wo es hieß:

1 BT-Drucks. 16/7957
2 Justizirrtum und Wiederaufnahme, zit.n. *Taschke* (Hrsg.) Max Alsberg, 2. Aufl., S. 283 ff., 311

> *„Daß dem Inquisiten eine Appellation verstattet werde, ist eine unabweichliche Anforderung der Gerechtigkeit, mit welcher es füglich nicht vereinbar ist, die wichtigsten Güter des Menschen, Leben, Ehre und Freiheit, der Ansicht und dem Urteil eines einzigen Gerichtshofs zu überlassen, während für unerhebliche Gegenstände des Vermögens drei Instanzen zulässig sind."*

Auch die Motive zur Reichsstrafprozessordnung bezeichnen die Wiederaufnahme als Ersatz für die fehlende Berufungsinstanz[3].

Mit Recht weist *Radtke* in seinem Gutachten darauf hin, dass eine Wiederaufnahmemöglichkeit auch in Hinblick auf solche Urteile besteht, die durch ein Berufungsgericht gefällt wurden. Allerdings differenzierte die Strafprozessordnung in früherer Zeit hinsichtlich der Voraussetzungen der Wiederaufnahme *propter nova* zugunsten des Veurteilten danach, ob die im Wiederaufnahmeverfahren angegriffene Entscheidung das Resultat von zwei Tatsacheninstanzen war oder ob lediglich eine Tatsacheninstanz der Rechtskraft vorausging[4]. Beide Varianten beruhten auf der Einsicht in die Notwendigkeit, materiell gerechte Entscheidungen auch dort – wenn auch unter Einschränkungen (vgl. etwa § 363 StPO) – herbeizuführen, wo bereits ein rechtskräftiges (Fehl)Urteil gesprochen war. Dass dieses Bedürfnis bei nur einer Tatsacheninstanz in besonderem Maße gegeben ist, lässt sich schwerlich bestreiten. Die Möglichkeit einer solchen Korrektur müssen *effektiv und praxistauglich* ausgestaltet werden. Insoweit besteht an verschiedenen Stellen des geltenden Wiederaufnahmerechts Korrekturbedarf.

Eine Reform des Wiederaufnahmerechts wurde bereits in den Beratungen zum 1. StVRG für „dringend geboten"[5] gehalten. Sie sollte seinerzeit bis zum Abschluss der „erforderlichen Rechtstatsachenforschung und Sachprüfung" zurückgestellt werden[6]. Auch wenn heute, nachdem über 40 Jahre seit den zitierten Beratungen verstrichen sind, die Voraussetzungen für eine „grundlegende Reform" des Wiederaufnahmeverfahrens noch

3 Motive zum Entwurf einer Strafprozessordnung und zum Entwurf des Einführungsgesetzes, S.215 = *Hahn*, Mat., 1. Abt., S. 263, wo es heisst: „Darüber aber wird kaum Zweifel besetehen, daß eine Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen zu Gunsten des Verurteilten nicht zu entbehren ist, sobald das Gesetz keine Berufungsinstanz gewährt." ebenso Bericht der Kommission, S. 97 = *Hahn*, Mat., 2. Abt., S. 1585.

4 § 359 Nr. 5 S.2 StPO aF; Vgl. dazu *Eschelbach* ZAP Nr. 7 vom 24.03.2015, S. 1

5 BT-Drucks. 7/551, S. 146 (Stellungnahme des Bundesrats) und S. 1599 (Gegenäußerung der Bundesregierung)

6 BT-Drucks. 7/551, Anrufung des Ermittlungsausschusses durch den Bundesrat, S. 3

immer nicht geschaffen sein mögen, so besteht doch Veranlassung, über Reformbedarf und -möglichkeiten zumindest an einzelnen Punkten nachzudenken.

Den Versuch einer Erweiterung der Voraussetzungen der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten hat im Bundestag zuletzt die – seinerzeit nicht an der Regierung beteiligte – SPD durch den Entwurf ihrer Bundestagsfraktion für ein „Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts“ vom 29.01.1996[7] unternommen, der auch Fehler bei der Rechtsanwendung als Wiederaufnahmegrund zulassen wollte. Das ist bekanntlich nicht Gesetz geworden.

2.

Ich liste im Folgenden verschiedene Vorschläge auf und stelle sie zur Diskussion, die ich aus Umfragen unter in Wiederaufnahmeverfahren erfahrenen Praktikern und anderen Kritikern der gegebenen Rechtslage zusammengetragen und fortentwickelt habe.

a.

Kritisiert wurde die – mangels weiterer Zuständigkeit im Beschlussverfahren nach §§ 368, 370 StPO – nahezu unverrückbar herrschende Rechtsansicht des BGH, der Wiederaufnahmerichter sei bis zur Willkürgrenze an die Beurteilung der Beweisergebnisse durch das Erstgericht gebunden[8,] Dies, obschon die Urteilsgründe nicht in Rechtskraft erwachsen. Das führe im Ergebnis dazu, dass die Wiederaufnahmegerichte die vorgetragenen neuen Tatsachen isoliert prüfen und eliminieren, anstatt sie in eine erneute, autonome Gesamtschau einzustellen.

Hier ist gesetzgeberischer Klarstellungsbedarf gegeben. In § 368 Abs. 1 StPO sollte ein zweiter Satz angefügt werden mit dem Wortlaut:

> *„Bei der Prüfung, ob das Beweismittel geeignet ist, ist das Gericht nicht an die Beweiswürdigung durch das Erstgericht gebunden.“*

7 BT-Drucks. 13/3594

8 BGHSt 18, 225, 226; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 58. Aufl., § 368 Rn. 9; a. M. LR-*Gössel* Rn. 147 ff. zu § 359 StPO;krit. auch *Eschelbach*, ZAP 2015 a.a.O.; vgl. auch BGHSt 19, 365, 366

Auf diese Weise könnten die von Praktikern häufig als „völlig überspannt“ kritisierten Zulässigkeitsanforderungen der Wiederaufnahmegerichte zumindest gelockert werden.

b.

Beklagt wird auch die zumeist fehlende Unterstützung der Wiederaufnahmebemühungen durch die Ermittlungsbehörden, namentlich die Staatsanwaltschaft. Dieser stehen nicht nur wirksamere Möglichkeiten zur Verfügung, Zeugenaussagen zu gewinnen. Ihr ist es auch einfacher als den Antragstellern möglich, auf asservierte Beweismittel zuzugreifen und deren sachverständige Untersuchung – beispielsweise auf DNA-Profile hin – zu veranlassen. Zwar werden in der Praxis durchaus auch ältere Spuren mit modernen – namentlich molekular-biologischen – Untersuchungsmethoden ausgewertet, um Erkenntnisse für die Aufklärung von Straftaten zu gewinne. Das geschieht jedoch nahezu ausschließlich zu dem Zweck, unaufgeklärte Straftaten zu verfolgen, nicht jedoch dann, wenn ein rechtskräftig Verurteilter auf diese Weise den Nachweis führen will, dass er zu Unrecht verurteilt wurde.

Zur Behebung dieses Zustandes kann zurückgegriffen werden auf den Regierungsentwurf zum 1. StVRG von 1974, dort auf § 364 c StPO-E, der im Entwurf den folgenden Wortlaut hatte:

„§ 364 c

(1) Unbeschadet ihrer allgemeinen Befugnisse stellt die Staatsanwaltschaft unter den Voraussetzungen des § 364 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 auf Antrag des Verteidigers des Verurteilten zur Vorbereitung eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens diejenigen Ermittlungen an, die dem Verurteilten oder seinem Verteidiger nicht zuzumuten sind. Soweit das Vorbringen des Verurteilten zur Bestellung eines Verteidigers nach § 364 b Abs. 1 S. 1 oder eine Feststellung nach § 364 b Abs. 1 S. 2 geführt hat, kann die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen nicht mit der Begründung ablehnen, die Voraussetzungen des § 364 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lägen nicht vor.

(2) Die Staatsanwaltschaft teilt das Ergebnis der beantragten Ermittlungen dem Verteidiger mit. Bei der Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen und bei der Einnahme eines Augenscheins ist dem Verteidiger die Anwesenheit zu

gestatten. Von dem zum Zwecke der Vornahme derartiger Ermittlungen anberaumten Terminen ist der Verteidiger vorher zu benachrichtigen, sofern dies nicht wegen Gefahr im Verzug untunlich ist; seiner Anwesenheit im Termin bedarf es nicht.

(3) Gibt die Staatsanwaltschaft dem Antrag nach Abs. 1 ganz oder teilweise keine Folge, so kann der Verurteilte gerichtliche Entscheidung beantragen. Für das Verfahren gelten die §§ 171, 172, 173 Abs. 1, §§ 174 und 177 entsprechend.

(4) Die Staatsanwaltschaft kann die Ermittlungen auf alle hier wesentlich erscheinenden Umstände erstrecken."[9]

Dieser Vorschlag des Entwurfs ist – anders als die ebenfalls seinerzeit im Entwurf enthaltenen §§ 364 a und b - nicht Gesetz geworden. In den Ausführungen, mit denen der Bundesrat die Anrufung des Ermittlungsausschusses begründete, wird der Zusammenhang der in § 364 c StPO vorgesehenen Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft mit der Gesamtreform des Wiederaufnahmeverfahrens darin gesehen, dass „eine Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft zur Vorbereitung eines Antrags auf Wiederaufnahme unter Umständen überflüssig werden könnte, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen bei Wiederaufnahmeanträgen erleichtert werden könnten[10]. Eine Absenkung der Zulässigkeitsvoraussetzungen im Wiederaufnahmeverfahren ist freilich nicht eingetreten. Auch sie würde ein Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Unterstützung des Wiederaufnahmebegehrens in den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft über überlegene Ermittlungsmöglichkeiten verfügt, nicht entbehrlich machen. § 364 c StPO i.d.F. des Entwurfs zum 1. StVRG (oder eine sinngemäße Norm) sollte daher in das Gesetz aufgenommen werden

c.

Bemängelt wurde, dass ein Richter, der einen Wiederaufnahmeantrag mit der Begründung als unzulässig verworfen hat, der Antrag habe kein geeignetes Beweismittel angeführt (§ 368 Abs. 1 StPO) nicht von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen ist, wenn auf die Beschwerde des Antragstellers hin der Antrag für zulässig erklärt wird. Eine Entscheidung

9 BT-Drucks. 7/551, S. 12
10 BT-Drucks. 7/2774, S. 3

über die Geeignetheit eines Beweismittels setze regelmäßig eine gedankliche Auseinandersetzung und Festlegung des Verhältnisses von Wiederaufnahmeantrag zu rechtskräftigem Urteil voraus. Aus einer diese Frage zulasten des Antragstellers beantwortenden Entscheidung ergibt sich daher die Besorgnis der Befangenheit gegenüber dem so judizierenden Gericht für das weitere Verfahren.

Dieser Gedanke hat auch die Verfasser des Regierungsentwurfs für das 1. StVRG beschäftigt und ist in den Vorschlag eines § 372 Abs. 2 StPO-E eingeflossen. Dieser sollte den Wortlaut haben:

> *„(2) Wird der Beschwerde gegen einen Beschluss stattgegeben, durch den das Gericht den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens als unzulässig oder unbegründet verworfen hat, so bestimmt das Beschwerdegericht zugleich, dass das weitere Verfahren vor einer anderen Abteilung oder Kammer des Gerichts, dessen Beschluss aufgehoben wird, oder von einem zu demselben Land gehörenden benachbarten Gericht gleicher Ordnung stattzufinden hat. In den Verfahren, in denen ein Oberlandesgericht im ersten Rechtszug entschieden hat, bestimmt der Bundesgerichtshof, dass das weitere Verfahren vor einem anderen Senat dieses Gerichts stattzufinden hat.“*[11]

Zur Begründung ist ausgeführt worden, die Zweckmäßigkeit der Befassung eines anderen Spruchkörpers mit der Sache ergebe sich daraus, dass der zunächst mit der Sache befasste Spruchkörper bereits zu erkennen gegeben habe, er halte das Wiederaufnahmebegehren nicht für zulässig bzw. nicht für begründet. In einem derartigen Fall könne für den Verurteilten der Eindruck entstehen, das Gericht werde ihm im weiteren Verfahren der Sache nicht gänzlich unbefangen gegenübertreten[12]. Dem müsse durch die vorgeschlagene Regelung entgegengesteuert werden.

Warum dieser Vorschlag nicht Gesetz geworden ist, lässt sich den Materialien nicht entnehmen. Ich halte ihn für sinnvoll und schlage daher vor, ihn in das Gesetz aufzunehmen.

d.

11 BT-Drucks. 7/551 S. 12
12 BT-Drucks. 7/551, S. 91

Erforderlich erscheint auch die Erweiterung der Möglichkeit zur sog. Strafmaßwiederaufnahme. Derzeit wird eine Wiederaufnahme mit dem Ziel einer Strafmilderung nur dann zulässig gehalten, wenn der Antragsteller die Anwendung eines anderen „Strafgesetzes“ erstrebt. Unzulässig ist ein solches Begehren nach § 363 Abs. 1 StPO jedoch dann, wenn eine andere Strafzumessung aufgrund *desselben Strafgesetzes* herbeigeführt werden soll. Den Begriff des „anderen Strafgesetzes“ legt die h.M. dahingehend aus, dass hiervon nur solche Vorschriften betroffen seien, die bestimmte Tatumstände vorsehen, bei deren Vorliegen die Strafbarkeit erhöht oder vermindert wird[13]. Dabei wird zwischen benannten und unbenannten strafschärfenden und strafmildernden Strafänderungsgründen unterschieden. Nur tatbestandlich vertypte Strafmilderungsgründe, z. B. §§ 23 Abs. 2, 27 Abs. 2 i.V.m. 49 Abs. 1 StGB, 49 Abs. 2 StGB[14] gelten als „anderes Strafgesetz“. Dagegen rechtfertigen lediglich als Strafzumessungsgesichtspunkte ausgestaltete „unbenannte Strafänderungsgründe“ wie z. B. der „besonders schwere Fall“ nach § 212 Abs. 2 StGB (wo er zu Unrecht angenommen wurde) oder der „minder schwere Fall“ des § 249 Abs. 2 StGB (wenn sein Vorliegen zu Unrecht verneint wurde) nach herrschender Ansicht *keine* Wiederaufnahme. Einzelheiten sind umstritten[15]. *Marxen/Tiemann* kritisieren diese Rechtsprechung und fordern, die Strafmaßwiederaufnahme auf neue Grundlagen zu stellen[16]. Die Wiederaufnahme dürfe nicht von der oft zufälligen Entscheidung des Gesetzgebers abhängig gemacht werden, einen Strafänderungsgrund tatbestandlich zu vertypen oder unvertypt zu lassen und nur als Strafzumessungsgesichtspunkt auszugestalten. Das Vordringen der Regelbeispielsmethode sprenge das Schema der Unterteilung nach benannten und unbenannten Strafänderungsgründen[17]. Ob die Wiederaufnahme bei Regelbeispielen zulässig ist, ist umstritten.[18]

Eine Lösung dieser – zutreffend kritisierten – Problematik kann in dem Vorschlag eines „Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts“ der SPD-

13 Meyer-Goßner, StPO, 58. Aufl., Rn. 3 zu § 363 StPO
14 Meyer-Goßner, a.a.O.
15 Vgl. dazu den Überblick über die Kasuistik bei KMR-*Eschelbach*, StPO, § 363 Rn. 28 ff.
16 *Marxen/Tiemann*, StV 1992, 534 ff., 535
17 *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. Aufl., 2014, Rn. 87
18 Nachweise bei *Marxen/Tiemann* a.a.O.

Bundestagsfraktion vom 29.01.1996[19] gefunden werden. Dieser Entwurf sah unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit der Wiederaufnahme auch mit dem Ziel der Verfahrenseinstellung oder einer „wesentlich milderen Bestrafung“ vor. Die Auslegung des Begriffs der „wesentlich milderen Bestrafung“ könnte in Anlehnung an die Judikatur zu dem jetzt bereits im Gesetz enthaltenen Wiederaufnahmeziel der „wesentlich anderen Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung“ (§ 359 Nr. 5 StPO) gefunden werden.

In der Begründung des Gesetzentwurf von 1996 war ausgeführt worden:

> *„Es kann nicht allein darauf ankommen, aufgrund welchen Strafgesetzes eine Strafe verhängt wurde bzw. bei zutreffender Tatsachengrundlage und richtiger Rechtsanwendung hätte verhängt werden müssen. Diese ausschließlich an formale Kriterien anknüpfende Betrachtungsweise kann im Einzelfall zu einem zufälligen und von der dogmatischen Einordnung einer Strafrechtsnorm (Straftatbestand oder Zumessungsvorschrift) abhängigen, willkürlich erscheinenden Ergebnis führen. Richtigerweise ist deshalb … eine an materiellen Kriterien orientierte Betrachtungsweise zugrunde zu legen und darauf abzustellen, ob bei zutreffender Tatsachengrundlage und richtiger Rechtsanwendung ein Strafmaß hätte verhängt werden müssen, das mit dem tatsächlich verhängten in einem solchen Missverhältnis steht, dass eine Aufrechterhaltung des letzteren für das Rechtsgefühl der Allgemeinheit unerträglich wäre.“*

e.

Beklagt wurde auch das Fehlen einer bundeseinheitlichen Obergerichtsbarkeit zur Vereinheitlichung der Rechtsanwendungspraxis im Wiederaufnahmeverfahren mangels Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs wegen Fehlens einer Divergenzvorlagepflicht im Beschlussverfahren der Wiederaufnahmegerichte. Zumindest ist darüber nachzudenken, letztere durch eine Ergänzung des Gesetzes (§ 121 Abs. 2 Nr. 3 GVG) einzuführen.

f.

Ein wesentliches Petitum, das auch in Hinblick auf eine Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens erhoben wird (und erhoben werden muss) ist die audio-visuelle

19 BT-Drucks. 13/3594

Dokumentation der Hauptverhandlung. Das sieht auch *Radtke* nicht anders, weist allerdings zutreffend darauf hin, dass die Frage, ob eine solche Dokumentation eingeführt werden soll, bereits Gegenstand von in anderem Kontext geführten Diskussionen (Reform der Hauptverhandlung und des Revisionsverfahrens) gewesen ist. Die *für* eine audio-visuelle Dokumentation der Hauptverhandlung streitenden Argumente lassen sich allerdings um deren Notwendigkeit für eine Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens erweitern.

g.

Die in verschiedenen Stellungnahmen geäußerte Kritik an der weitreichenden Zulassung einer Beweisantizipation im Additionsverfahren vor der Beweiserhebung im Probationsverfahren und dem unklaren Beweismaßstab zum Grad der Wahrscheinlichkeit eines günstigen neuen Prozessergebnisses führen in den Kern der von *Radtke* angesprochenen Problematik, dass das Wiederaufnahmeverfahren Bedingungen gewährleisten muss, unter denen im Zweitverfahren eine gerechtere, dem wahren Sachverhalt näher (als das Ersturteil) kommende Entscheidung über die Schuld – oder (soweit zulässiger Gegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens) Straf- oder Rechtsfolgenfrage zu erwarten sei. Ob und bejahendenfalls wie die Schwelle, bei deren Überschreiten die Erfolgsaussichten eines solchen Bemühens angenommen werden können, durch den Gesetzgeber herabgesenkt werden sollte, ist eine Frage, die im Kontext einer grundlegenden Reform des Wiederaufnahmeverfahrens geklärt werden muss. Hier kann die Kommission lediglich grundsätzliche Empfehlungen aussprechen oder, wie von *Radtke* vorgeschlagen, ablehnend votieren.

Expertenkommission zur Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

– Sitzung vom 16./17. März 2015 –

Norbert Mutzbauer[1]

Änderungen im Revisionsrecht

Der Gutachtenauftrag umfasst Stellungnahmen zu:

1. Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist → S. 2

2. Inhalt der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft → S. 4

3. Begründungspflicht bei offensichtlich unbegründeten Revisionen → S. 6

4. Schriftliches Revisionsverfahren → S. 15

5. Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen im Revisionsverfahren → S. 20

Im Wege eines Exkurses – weil über den Gutachtenauftrag hinausgehend – erfolgt eine kurze Stellungnahme zu:

6. Einführung einer gesetzlichen Regelung zum 10-Augen-Prinzip → S. 27

[1] Das Gutachten gibt lediglich die Meinung des Verfassers, nicht die des Bundesgerichtshofs wieder.

1. Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist

Gesetzeslage:

Die Revisionsbegründungsfrist betrug ursprünglich eine Woche; 1950 wurde sie auf zwei Wochen verlängert; 1964 auf einen Monat.[2] Die Monatsfrist (§ 345 Abs. 1 Satz 1 StPO) beginnt – in der Praxis regelmäßig – mit der Zustellung des Urteils (§ 345 Abs. 1 Satz 2 StPO) oder – selten – mit dem Ablauf der Revisionseinlegungsfrist (§ 345 Abs. 1 Satz 1 StPO). Beginnt sie mit der Zustellung des Urteils, muss das Protokoll der Hauptverhandlung bereits fertiggestellt sein (§ 273 Abs. 4 StPO). Die Frist ist nicht verlängerbar.

Änderungsvorschläge:

Die Änderungsvorschläge zielen im Wesentlichen[3] auf die Einführung einer Verlängerungsmöglichkeit oder eine Anpassung der Revisionsbegründungsfrist an die Urteilsabsetzungsfrist des § 275 Abs. 1 Satz 2 StPO.[4] Ferner wurde vorgeschlagen, die Frist danach zu staffeln, ob es sich um eine Revision gegen ein Urteil des Strafrichters oder des Schöffengerichts oder gegen anderes Urteil handelt.[5]

Zwar sehen auch Verteidiger die Revisionsbegründungsfrist als „reichlich bemessen“ an, wenn nur wenige Hauptverhandlungstage stattfanden und die Akten überschaubar sind;[6] dies gelte aber nicht in Großverfahren mit umfangreichen Akten und vielen Hauptverhandlungstagen.[7]

Stellungnahme:

Bei die Prüfung, ob ein Strafverfahren in „angemessener Frist“ abgeschlossen wird (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK), ist die Dauer des Rechtsmittelverfahrens einzubeziehen.[8]

Gegen eine (weitere) Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist spricht indes nicht nur das Beschleunigungsgebot.[9] Vielmehr würde die Einführung einer Verlängerungsmöglichkeit „erhebliche praktische Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten“ mit sich bringen.[10] Dabei belegen etwa die Erfahrungen im Zivilprozessrecht, in dem Fristverlängerungsanträge nahezu standardmäßig schon mit der Rechtsmitteleinlegung gestellt wurden, dass eine nicht an effektive Voraussetzungen geknüpfte Fristverlängerungsmöglichkeit in vielen Fällen zu einer nicht akzeptablen Verfahrensverlängerung führt. Werden dagegen – um solche „automatischen“ Verlängerungen zu vermeiden – Kriterien für die Fristverlängerung eingefügt, müssen (wohl) derart unbestimmte Begriffe verwendet werden, dass zu besorgen ist, dass auch dann dem Erfordernis nach einer zügigen Durchführung des Revisionsver-

[2] Dencker, ZRP 1978, S. 5, 6; Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 345 Vor Rn. 1; Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen, 1975, S. 85 (zu § 322 Abs. 2 des Entwurfs).

[3] Weitere Vorschläge richten sich etwa darauf, dass in Großverfahren auf Antrag des Verteidigers eine Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht durchgeführt werden muss, vgl. Hamm in Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentag, 1978, L 77.

[4] Dencker, ZRP 1978, S. 5; SSW-StPO/Widmaier, § 345 Rn. 1; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 178; Hamm in Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentag, 1978, L 77.

[5] Vgl. BT-Drucks. III/2037 S. 42; IV/178 S. 43.

[6] Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 178.

[7] Dencker, ZRP 1978, S. 5 f.; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 178; Hamm in Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentag, 1978, L 77; kritisch beispielsweise auch Frisch in SK-StPO, § 345 Rn. 1.

[8] Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 767 m.w.N.

[9] Vgl. dazu auch Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen, 1975, S. 85 (zu § 322 Abs. 2 des Entwurfs).

[10] So bereits BT-Drucks. III/2037 S. 41; IV/178 S. 43.

fahrens nicht entsprochen wird. So verpflichtet das österreichische Recht, nachdem der dortige Verfassungsgerichtshof die (absolute) Frist zur Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde für verfassungswidrig erklärt hat,[11] nunmehr in § 285 Abs. 2 öStPO den Vorsitzenden des Landgerichts (§ 285 Abs. 3 öStPO) dazu, „im Falle extremen Umfangs“ die – weiterhin vierwöchige – Begründungsfrist „um den Zeitraum zu verlängern, der – insbesondere im Hinblick auf eine ganz außergewöhnliche Dauer der Hauptverhandlung, einen solchen Umfang des Hauptverhandlungsprotokolls, des übrigen Akteninhalts und der Urteilsausfertigung – erforderlich ist, um eine ausreichende Vorbereitung der Verteidigung … oder der Anklage zu gewährleisten.“

Gegen eine Anknüpfung der Revisionsbegründungsfrist an § 275 Abs. 1 StPO sprechen – neben dem Beschleunigungsgebot – wesentliche „strukturelle Unterschiede“ dieser Fristen. Denn § 275 Abs. 1 StPO berücksichtigt, dass das Gericht mit mehreren Berufsrichtern besetzt ist, der Urteilsentwurf gegebenenfalls auch von mehreren überarbeitet werden muss, hierfür neue Beratungen erforderlich sein können und die Zeit bis zum Ablauf der Frist zur Rechtsmitteleinlegung außer Betracht bleiben soll, da sich in vielen Fällen erst danach entscheidet, ob das Urteil abgekürzt begründet werden kann.[12] Zudem erfordert die Abfassung eines Urteils regelmäßig einen höheren Aufwand als er mit nur einzelnen Angriffe gegen dessen Richtigkeit und das Verfahren verbunden ist, zumal der Instanzverteidiger und der (mit ihm kommunizierende) Revisionsverteidiger in der Regel schon frühzeitig einschätzen können, welche Verfahrensweise möglicherweise „revisionswürdig“ ist, sie sich also auf eine entsprechende Revisionsrüge einstellen und das Hauptverhandlungsprotokoll und die ihnen zumeist ohnehin schon vorliegenden Verfahrensakten gezielt durchforschen können.

Letztlich entscheidend für die Frage, ob die Revisionsbegründungsfrist für alle Rechtsmittelführer, also auch die Staatsanwaltschaft oder Nebenkläger, verlängert oder ob dies zumindest ermöglicht werden soll, ist die Abwägung zwischen dem Beschleunigungsgebot und den Interessen der Rechtsmittelführer. Denn unmöglich ist die Fristwahrung selbst in Großverfahren und aufwändigen Revisionsbegründungen ersichtlich nicht:[13]

> *Die Erfahrungen der strafprozessualen Praxis, die ihren Niederschlag in der gesetzlichen Regelung und der Rechtsprechung der Strafgerichte gefunden haben, sprechen dafür, daß die Revisionsbegründungsfrist auch in langwierigen und umfangreichen Strafverfahren, wie etwa komplizierten Wirtschaftsstrafsachen oder Verfahren wegen NS–Verbrechen, regelmäßig zur Anfertigung der Revisionsbegründung ausreicht.*[14]

Bei dieser Abwägung ist auch zu berücksichtigen, dass selbst in komplexen Verfahren[15] ein erheblicher Anteil der Revisionen nur mit der allgemeinen Sachrüge begründet ist,[16] dass mit Rechtsmitteleinlegungen verfahrensfremde Gründe verfolgt werden können – etwa der Verbleib in der Untersuchungshaft[17] – und Revisionen nur zum Zweck des Zeitgewinns eingelegt oder lediglich „pro forma“ begründet werden.[18] Vor dem Hintergrund, dass auch in anderen Verfahrensordnungen, etwa bei der

[11] NStZ 2000, S. 668 m. Anm. Hillenkamp.

[12] BT-Drucks. 7/551 S. 84.

[13] Ebenso beispielsweise Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 345 Rn. 1.

[14] BVerfG, Beschluss vom 19. Februar 1998 – 2 BvR 1888/97.

[15] Vgl. dazu und der nicht allein sachgerechten Anknüpfung an die Anzahl der Hauptverhandlungstage auch Becker/Kinzig, Rechtsmittel im Strafrecht, 2000, Band 2, S. 120 ff.

[16] Laut Barton, StV 1996, S. 690, 693 im langjährigen Durchschnitt etwa 30% aller Revisionen.

[17] Becker/Kinzig, Rechtsmittel im Strafrecht, 2000, Band 2, S. 178.

[18] Dahs, NStZ 2001, S. 298.

Erhebung einer Verfassungsbeschwerde (§ 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG), aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen aufwändige und anspruchsvolle Schriftsätze innerhalb eines Monats abgefasst werden müssen und – nach der Untersuchung von Becker/Kinzig[19] – die Revisionsbegründungsfristen bzw. Fristen für vergleichbare Rechtsmittel in den dort untersuchten Ländern zumeist zwischen 20 Tagen und einem Monate betragen,[20] sprechen die besseren Gründe meines Erachten gegen eine Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist, zumal bereits mit den erfolgten Verlängerungen den Problemen bei „außergewöhnlich umfangreichen oder besonders schwierigen Sachen“ Rechnung getragen wurde[21] und bei beabsichtigen Verfahrensrügen den Revisionsführern auch § 273 Abs. 4 StPO und die heute übliche Praxis zugutekommt, auf entsprechende Bitte hin das Hauptverhandlungsprotokoll bereits vor der Urteilszustellung zu übersenden bzw. nach dessen Fertigstellung Akteneinsicht zu gewähren. Zudem besteht die Möglichkeit, innerhalb der Revisionsbegründungsfrist lediglich die Verfahrensrügen und die allgemeine Sachrüge zu erheben und Ausführungen zu Letzterer „nachzuschieben“;[22] in Extremfällen dürfte zudem eine Wiedereinsetzung nicht ausgeschlossen sein.[23]

Fazit:

Eine Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist befürwortet ich daher nicht.

2. Inhalt der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft

Gesetzeslage:

Nach § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO steht es – auch – der Staatsanwaltschaft frei, eine schriftliche Gegenerklärung zu den Revisionen anderer Verfahrensbeteiligter einzureichen. Nummer 162 Abs. 2 RiStBV verpflichtet die Staatsanwaltschaft zur Abgabe einer solchen Gegenerklärung bei Verfahrensrügen, „wenn anzunehmen ist, dass dadurch die Prüfung der Rechtsbeschwerden erleichtert wird und zeitraubende Rückfragen und Erörterungen vermieden werden“ (Satz 1). In diesen Fällen „sollen“ die Tatsachen zu der Verfahrensrüge in der Gegenerklärung „erschöpfend“ mitgeteilt werden (Satz 2).

Änderungsvorschlag:

In § 347 Abs. 1 StPO sollte als Satz 3 eingefügt werden: „Soweit ein anderer Beteiligter[24] die Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren beanstandet[25], hat sich die Staatsanwaltschaft zur Vollständigkeit und Richtigkeit der hierzu vom Revisionsführer angegebenen Tatsachen[26] zu erklären und diese gegebenenfalls mitzuteilen.“ Der bisherige Satz 3 sollte als Satz 4 wie folgt lauten: „Der Angeklagte kann die Gegenerklärung auch zu Protokoll der Geschäftsstelle abgeben.“

[19] Rechtsmittel im Strafrecht, 2000. Die Aktualität der dortigen Ausführungen wurde von mir nicht überprüft!

[20] Dort Band 1 S. 628 f. (es gibt allerdings Länder, für die dies nicht gilt, etwa weil für Rechtsmittel von Angeklagten keine Revisionsbegründung gefordert wird).

[21] Vgl. BT-Drucks. III/2037 S. 41; IV/178 S. 43.

[22] SSW-StPO/Widmaier, § 345 Rn. 2.

[23] Zur Flucht in der Wiedereinsetzung: Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 181 ff.; ablehnend Dencker, ZRP 1978, 5, 6 f.

[24] Dieser Begriff wird etwa verwendet in § 335 Abs. 3 Satz 1 StPO.

[25] Formulierung aus § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

[26] Anknüpfend an § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

Begründung:

Die Revisionsgerichte können bei der Prüfung von Verfahrensrügen anderer Revisionsführer zwar häufig auf gute, teils vorzügliche Gegenerklärungen der Staatsanwaltschaft zurückgreifen. Leider machen manche Staatsanwälte aber dadurch Gebrauch von der ihnen in § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO eingeräumten Freiheit, dass sie bei Verfahrensrügen anderer Beteiligter von einer gebotenen Gegenerklärung abzusehen.[27] Hierdurch entsteht sowohl bei der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht als auch bei diesem ein erheblicher Arbeitsaufwand, der bei dem Staatsanwalt, der die relevanten Verfahrensvorgänge zumindest regelmäßig kennt, nicht oder jedenfalls nicht in diesem Maße angefallen wäre. Dieser Arbeitsaufwand sollte durch § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO gerade vermieden oder zumindest verringert werden. Denn dieser bezweckt – an § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO anknüpfend –, die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht und dieses selbst vor der Arbeitsbelastung (einer „Mammutaufgabe“[28]) zu bewahren,[29] die mit der „planlosen Durchsicht der Akten“ nach Tatsachen zu geltend gemachten Verfahrensmängeln“ verbunden ist,[30] und dadurch einer Überlastung der Revisionsgerichte, die ihrerseits wieder den effektiven Rechtsschutz insgesamt beeinträchtigen würde, vorzubeugen.[31]

Zudem verbleiben angesichts der nicht immer sachgerechten oder wenigstens nachvollziehbaren Ordnung der Akten, aber auch im Hinblick auf möglicherweise nicht in die Akten aufgenommene Tatsachen (etwa zu nicht protokollierungsbedürftigen Erörterungen innerhalb oder außerhalb der Hauptverhandlung) vermeidbare Fehlerquellen. Dies gilt auch – und vielleicht sogar insbesondere – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach das Revisionsgericht von freibeweislichen Ermittlungen absehen und den Vortrag des Revisionsführers als erwiesen ansehen kann, wenn die Staatsanwaltschaft zu der Verfahrensrüge keine Gegenerklärung abgegeben und auch das Gericht sich zu einer dienstlichen Erklärung nicht veranlasst gesehen hat.[32]

Der Einführung einer gesetzlichen Pflicht zur Abgabe einer Gegenerklärung zu Verfahrensrügen anderer Beteiligter in der Erwartung, dass eine solche Reglung die Staatsanwälte in größerem Umfang als eine Regelung in der RiStBV dazu anhält, sorgfältige und umfassende Gegenerklärungen zu Verfah-

[27] Gelegentlich weist der Bundesgerichtshof hierauf auch hin, vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 1. Juli 2003 - 1 StR 207/03; vom 24. Oktober 2006 - 1 StR 503/06 (beide zur Anwesenheit und Ladung der Jugendgerichtshilfe); vom 11. April 2007 – 3 StR 114/07 (zum „Schiebetermin“); vom 19. Februar 2008 - 1 StR 62/08 (zu Verfahrensverzögerungen); vom 18. Juni 2008 – 1 StR 263/08 (zum Eingang des Urteils bei der Geschäftsstelle); vom 8. Juni 2010 - 1 StR 181/10 (zur auszugsweisen Anhörung eines aufgezeichneten Gesprächs); vom 7. Oktober 2010 – 1 StR 484/10 (zu den Deutschkenntnissen des Angeklagten).

[28] El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 74 (zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

[29] Vgl. BVerfGE 112, 185, Rn. 101, 107 (auch zu den Gesetzesmaterialien); El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 70 f., 73, 261 m.w.N. (alle zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

[30] El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 71 (zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

[31] BVerfGE 112, S. 185, Rn. 110 (zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

[32] Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 22. August 2006 - 1 StR 293/06 (zur Absprache); vom 29. Februar 2000 - 1 StR 33/00 (zum Inhalt eines Beweisantrags); vom 22. November 2001 - 1 StR 471/01 (zu den Deutschkenntnissen des Angeklagten); vom 20. April 2004 - 5 StR 11/04 (zum Rechtsmittelverzicht); Urteil vom 11. Mai 2011 – 2 StR 590/10 (zu § 265 Abs. 1 StPO; ähnlich: Beschluss vom 12. Januar 2011 - 1 StR 582/10).

rensrügen anderer Beteiligter abzufassen,[33] steht nicht entgegen, dass die Staatsanwaltschaft – in seltenen Fällen – die relevanten Verfahrensvorgänge nicht kennt, dass in Einzelfällen die Abgrenzung zwischen Sach– und Verfahrensrüge schwierig ist und es möglicherweise bei besonderen Verfahrensrügen zweifelhaft sein kann, welche Tatsachen für die Prüfung der Beanstandung Bedeutung haben. Hierzu geben Rechtsprechung und Schrifttum Hinweise.[34] Auch geht die vorgeschlagene Regelung in der Sache nicht weiter als die nach Nr. 162 Abs. 2 RiStBV ohnehin bestehende allgemeine „Weisung", der jedoch – wie die oben aufgeführten Entscheidungen (Fußnoten 27 und 32) belegen – selbst in Fällen, in denen die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer Gegenerklärung auf der Hand liegt, nicht stets entsprochen wird.

Vor diesem Hintergrund besteht insbesondere zur Effektivierung des Revisionsverfahrens – aber auch zur Vermeidung von Belastungen der Tatrichter durch Aufhebungen und Zurückverweisungen aufgrund fehlender Kenntnis von Verfahrensvorgängen beim Revisionsgericht – Anlass dazu, die Regelung in Nr. 162 Abs. 2 RiStBV, obwohl sie als „Anleitung für den Regelfall" (Einführung zur RiStBV, dort Absatz 2 Satz 1) als grundsätzlich bindend angesehen wird,[35] in Teilen als verpflichtende Regelung in die Strafprozessordnung zu übernehmen, um den mit ihr verbundenen Auftrag zu verstärken.

Fazit:

Ich schlage daher die oben wiedergegebenen Änderungen des § 347 Abs. 1 StPO vor.

3. Begründungspflicht bei offensichtlich unbegründeten Revisionen

Gesetzeslage:

§ 349 Abs. 2 StPO ermöglicht es, „einstimmig für offensichtlich unbegründet" erachtete Revisionen bei einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht, der begründet sein muss, durch Beschluss zu verwerfen.[36] Das Revisionsrecht enthält keine Regelung zur Fassung oder zum (weiter gehenden) Inhalt des Beschlusses. § 267 StPO gilt nur für das „Verfahren im ersten Rechtszug".[37] § 34 StPO schreibt für „durch ein Rechtsmittel anfechtbare Entscheidungen sowie die, durch welche ein Antrag abgelehnt wird", eine Begründung der Entscheidung vor. Aus § 358 Abs. 1 StPO ergibt sich mittelbar eine „Begründungspflicht" bei das tatrichterliche Urteil aufhebenden Entscheidungen des Revisionsgerichts, da nur bei Vorhandensein einer Begründung die Bindungswirkung und deren Umfang bestimmt werden kann.

[33] Anderer Ansicht („vermeidbare Verfahrensverzögerung") Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 676.

[34] Vgl. Drescher, NStZ 2003, S. 296; Kalf, NStZ 2005, S. 190; im StPO-Kommentar von Meyer-Goßner/Schmitt befinden sich beispielsweise entsprechende Kommentierungen am Ende der Anmerkungen zur jeweiligen Verfahrensvorschrift.

[35] Vgl. etwa Drescher, NStZ 2003, S. 296.

[36] § 349 Abs. 2 StPO wurde 1922 eingeführt und 1931 sowie 1964 geändert, § 349 Abs. 4 StPO wurde 1964 eingefügt. Ein kurzer – guter – Überblick zur Geschichte des § 349 Abs. 2 StPO findet sich bei Rosenau, ZIS 2012, S. 195 f.

[37] So die Überschrift zum 2. Buch der StPO.

Über etwa 85% der beim Bundesgerichtshof anhängigen Revisionen wird durch Beschluss gemäß § 349 Abs. 2 StPO entschieden.[38]

Nach der Untersuchung von Barton[39] sind etwa 22% der Entscheidungen des BGH begründet.

Änderungsvorschläge:

Die Praxis begründungsloser Verwerfungen von Rechtsmitteln des Angeklagten nach § 349 Abs. 2 StPO wird insbesondere von den Verteidigern (heftig) kritisiert.[40] Jedoch greift die Kritik – soweit ersichtlich – jedenfalls nicht vorrangig die gesetzlichen Regelungen als solche an, sondern die Auslegung und Handhabung des Begriffs „offensichtlich" durch die Rechtsprechung und das darauf beruhende Absehen von einer Begründung des Verwerfungsbeschlusses.[41]

Das Absehen von der Begründung eines Verwerfungsbeschluss wird von Verteidigern als „Ärgernis" und respektlos empfunden; ein solcher Beschluss sei ein „Machtwort" auf der Grundlage von Vorstellungen vergangener Tage.[42] Dies gelte insbesondere in Fällen, in denen sich der Verteidiger um eine qualifizierte Revisionsbegründung bemüht habe.[43] Die begründungslose Verwerfung belaste zudem das Vertrauen in die Gründlichkeit der Beratung und die Richtigkeit der Entscheidung[44] und vermindere die Transparenz des Revisionsverfahrens und damit die Akzeptanz der Entscheidung.[45] Sie sei den Mandanten schwer zu vermitteln[46] und beeinträchtige das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandanten,[47] zumal Revisionen der Staatsanwaltschaft trotz offensichtlicher Unbegründetheit regelmäßig zum Gegenstand einer Revisionshauptverhandlung gemacht werden.[48] Von der Möglichkeit der arbeitssparenden Beschlussverwerfung gehe ferner eine Versuchung zum Miss-

[38] Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 49.

[39] Barton, Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999, S. 48.

[40] Dagegen Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 21 m.w.N.

[41] Vgl. etwa Dahs, NStZ 1981, S. 205; Rosenau, ZIS 2012, S. 195, 204; Schlothauer, StV 2004, S. 340, 342; Detter, StV 2004, S. 345, 348, 350; Wolters, JZ 2011, S. 78, 84; Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 937; ähnlich Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 6.

[42] Dahs, NStZ 1981, 205; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 1244; Schlothauer/Weider, Verteidigung in Revisionsverfahren, 2. Aufl., Rn. 104; Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 939; zur revisionsgerichtlichen Entscheidung nicht nur als Hoheitsakt, sondern als ein Erkenntnis, das den allgemeinen erkenntnistheoretischen Regeln unterliegt: Fezer HRRS 2010, S. 281, 286; vgl. auch Wolters, JZ 2011, S. 78, 81.

[43] Dahs, NStZ 1981, S. 205, 206; vgl. auch Rosenau, ZIS 2012, S. 195, 200 f.

[44] Anders noch Dahs, NStZ 2001, S. 298, 299.

[45] Schlothauer, StV 2004, S. 340, 341; in dieser Richtung auch Wolters, JZ 2011, S. 78, 81 (Entscheidungsgründe demonstrieren die Beachtung des rechtlichen Gehörs).

[46] Vgl. Rosenau, ZIS 2012, S. 195, 200 f.

[47] Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 939 f.; ähnlich Schlothauer/Weider, Verteidigung in Revisionsverfahren, 2. Aufl., Rn. 104.

[48] Vgl. Rosenau, ZIS 2012, S. 195, 200 f.; zu dieser Praxis auch Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 14; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 349 Rn. 30; Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 942.

brauch[49] und der Anschein einer „Geheimjustiz“ aus.[50] Zudem erschwere die begründungslose Verwerfung die Anhörungsrüge, die Verfassungsbeschwerde und die Anrufung des EGMR.[51] Schließlich habe sie auch negative Auswirkungen auf die Rechtsprechung der Instanzgerichte, da ein tatsächlich begangener Rechtsfehler nicht mehr festgestellt werde.[52]

Der Deutsche Richterbund hat dagegen bei seinen (weiter gehenden) Reformvorschlägen eine Begründung der Rechtsmittelverwerfung als entbehrlich erachtet, wenn und weil sich diese Begründung in dem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Beschlussverwerfung findet.[53]

Stellungnahme:

Die Regelung des § 349 Abs. 2 StPO steht – als solche – nach dem Gutachtenauftrag nicht zur Diskussion; vielmehr geht es an dieser Stelle allein um die Begründung der nach dieser Vorschrift getroffenen Entscheidungen. Zu deren Notwendigkeit hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 30. Juni 2014 (2 BvR 792/11)[54] – zutreffend – Folgendes ausgeführt:

> *Dass der Bundesgerichtshof gemäß § 349 Abs. 2 StPO die Revision des Beschwerdeführers ohne Begründung verworfen hat, ist verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.*
>
> *a) Von Verfassungs wegen bedarf eine mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbare letztinstanzliche gerichtliche Entscheidung regelmäßig keiner Begründung (vgl. BVerfGE 50, 287 <289 f.>, 65, 293 <295>; 81, 97 <106>; 86, 133 <146>; 94, 166 <210>; 104, 1 <7 f.>; 118, 212 <238>). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt dies auch für Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO. Der Revisionsführer kennt die Gründe des angegriffenen Urteils und den ebenfalls zu begründenden Antrag der Staatsanwaltschaft auf Verwerfung der Revision nach § 349 Abs. 2 StPO. Er hat das Recht, dazu eine schriftliche Gegenerklärung einzureichen (§ 349 Abs. 3 StPO). Schließlich muss die Entscheidung des Revisionsgerichts einstimmig ergehen. Durch diese Verfahrensweise wird dem Anspruch des Revisionsführers auf rechtliches Gehör ausreichend Rechnung getragen (vgl. BVerfG, Beschluss des Vorprüfungsausschusses des Zweiten Senats vom 22. Januar 1982 – 2 BvR 1506/81 –, NJW 1982, S. 925; Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 4. April 1989 – 1 BvR 1415/86 –, juris, Rn. 12; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 21. Januar 2002 – 2 BvR 1225/01 –, NStZ 2002, S. 487 <488 f.>; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 23. August 2005 – 2 BvR 1066/05 –, NJW 2006, S. 136; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Juni 2007 – 2 BvR 746/07 –, juris, Rn. 22).*
>
> *b) Eine Begründung des Beschlusses nach § 349 Abs. 2 StPO ist auch nicht deshalb erforderlich, weil sonst keine sinnvolle Entscheidung darüber getroffen werden könnte, ob eine Anhörungsrüge nach § 356a StPO oder eine Verfassungsbeschwerde erhoben werden soll.*
>
> *aa) Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Gerichte das von ihnen entgegengenommene Beteiligtenvorbringen zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben (vgl. BVerfGE 51, 126 <129>; 54, 43 <46>; 86, 133 <146>; 87, 363 <392>; 96, 205 <216>). Ein Verstoß gegen diese Pflicht kann nur dann festgestellt werden, wenn sich dies aus den besonderen Umständen des Falles ergibt*

[49] Rosenau, ZIS 2012, S. 195, 201; Schlothauer, StV 2004, S. 340, 341; Wolters, JZ 2011, S. 78, 83; weitere Nachweise bei Vogel, Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden, 1994, S. 152 ff.

[50] Vgl. die Nachweise bei Vogel, Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden, 1994, S. 153.

[51] Wolters, JZ 2011, S. 78, 81.

[52] Vgl. Schlothauer, StV 2004, S. 340, 341.

[53] Vgl. Kintzi, DRiZ 2000, S. 187, 191.

[54] NJW 2014, 2563.

(vgl. BVerfGE 70, 288 <293>; 79, 51 <61>; 80, 269 <286>; 86, 133 <146>; 96, 205 <217>). Solche besonderen Umstände können auch bei einer nicht näher begründeten Entscheidung erkennbar sein.

bb) Zudem setzt eine Verwerfung der Revision durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO einen zu begründenden Antrag der Staatsanwaltschaft voraus, der dem Revisionsführer mit den Gründen mitzuteilen ist (§ 349 Abs. 3 StPO). Zwar muss sich das Revisionsgericht, um nach § 349 Abs. 2 StPO entscheiden zu können, dem Antrag der Staatsanwaltschaft nur im Ergebnis, nicht jedoch in allen Teilen der Begründung anschließen. Bei einer Abweichung von der Begründung der Staatsanwaltschaft ist es aber sinnvoll und entspricht allgemeiner Übung, in den Beschluss einen Zusatz zur eigenen Rechtsauffassung aufzunehmen (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Oktober 2001 – 2 BvR 1620/01 –, NJW 2002, S. 814 <815>; BGH, Beschluss vom 20. Februar 2004 – 2 StR 116/03 –, NStZ 2004, S. 511). Ohne einen solchen Zusatz kann davon ausgegangen werden, dass sich das Revisionsgericht die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft zu Eigen gemacht hat (vgl. BVerfGK 5, 269 <285 f.>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 30. Juni 2013 – 2 BvR 85/13 –, juris, Rn. 25).

3. Die Verwerfung der Revision des Beschwerdeführers nach § 349 Abs. 2 StPO widerspricht auch nicht den Gewährleistungen des Art. 6 EMRK. Die Europäische Menschenrechtskonvention steht zwar innerstaatlich im Rang eines Bundesgesetzes und damit unter dem Grundgesetz. Sie ist jedoch als Auslegungshilfe bei der Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes heranzuziehen. Dies gilt auch für die Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (vgl. BVerfGE 128, 326 <366 ff.>).

a) Die Europäische Kommission für Menschenrechte hat – auch auf ausdrückliche Beanstandungen hin – Verwerfungen von Revisionen durch einen Beschluss, der keiner Begründung bedarf (§ 349 Abs. 2 StPO), als nicht konventionswidrig erachtet. Die Kommission sah es stets als ausreichend an, dass der Revisionsführer schriftlich über seinen Verteidiger vortragen und zum Revisionsverwerfungsantrag der Staatsanwaltschaft Stellung nehmen kann (vgl. EKMR, X. v. Germany, Entscheidung vom 14. Dezember 1961, Nr. 599/59, EKMR–E 8, 12 <19>; X. v. Germany, Entscheidung vom 17. Januar 1963, Nr. 1035/61, EKMR–E 10, 12 <17 f.>; X. v. Germany, Entscheidung vom 18. April 1964, Nr. 2136/64, EKMR–E 13, 116 <122>; X. v. Germany, Entscheidung vom 6. Februar 1968, Nr. 3139/67, EKMR–E 26, 77 <78 f.>). Ferner hielt es die Kommission für mit Art. 6 EMRK vereinbar, wenn das Revisionsgericht seine Entscheidung nicht näher begründet, sondern durch den Verweis auf § 349 Abs. 2 StPO hinreichend zum Ausdruck bringt, dass es die Revision für offensichtlich unbegründet erachtet und damit den Grund für seine Entscheidung angibt (EKMR, Salameh v. Germany, Entscheidung vom 15. Mai 1996, Nr. 28631/95).

b) Soweit ersichtlich, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu § 349 Abs. 2 StPO und dessen Anwendung durch die Fachgerichte bislang nicht ausdrücklich Stellung bezogen. Zwar liegen einer Vielzahl von Entscheidungen des Gerichtshofs Ausgangsverfahren zu Grunde, bei denen die Revision gegen eine strafrechtliche Verurteilung durch nicht begründeten Beschluss als offensichtlich unbegründet verworfen wurde. Dies allein lässt jedoch nicht ohne weiteres den Schluss zu, dass diese Rechtspraxis gebilligt wird und mit Art. 6 EMRK vereinbar ist. Ungeachtet dessen ist ein Konventionsverstoß nicht erkennbar.

aa) Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs kann im Rechtsmittelverfahren unter bestimmten Voraussetzungen von dem sich aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK ergebenden Grundsatz der öffentlichen mündlichen Verhandlung abgewichen werden. Dabei ist eine Gesamtbetrachtung der nationalen Verfahrensordnung und der Rolle des Rechtsmittelgerichts darin vorzunehmen (vgl. EGMR, Kerojärvi v. Finland, Urteil vom 19. Juli 1995, Nr. 17506/90, § 40; Bulut v. Austria, Urteil vom 22. Februar 1996, Nr. 17358/90, § 40 f.; Hoppe v. Germany, Urteil vom 5. Dezember 2002, Nr. 28422/95, § 62 f.; Rippe v. Germany, Entscheidung vom 2. Februar 2006, Nr. 5398/03, juris, Rn. 49 f.; Dan v. Moldova, Urteil vom 5. Juli 2011, Nr. 8999/07, § 30).

(1) Als ein wesentliches Kriterium für die Entbehrlichkeit einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor Rechtsmittelgerichten betrachtet der Gerichtshof, ob in vorangegangener Instanz mündlich und öffent-

lich verhandelt wurde (vgl. EGMR, Axen v. Germany, Urteil vom 8. Dezember 1983, Nr. 8273/78, EGMR–E 2, 321 <326 f.>, § 28; Bulut v. Austria, Urteil vom 22. Februar 1996, Nr. 17358/90, § 41 f.; Hoppe v. Germany, Urteil vom 5. Dezember 2002, Nr. 28422/95, § 63 f.; Miller v. Sweden, Urteil vom 8. Februar 2005, Nr. 55853/00, § 30). Von gewichtiger Bedeutung ist auch, welche Konsequenzen dem Verfahrensbeteiligten durch die Entscheidung über sein Rechtsmittel drohen, insbesondere im Vergleich zur vorinstanzlichen Entscheidung. So wies der Gerichtshof in einem Urteil zur Verwerfung einer Revision ohne mündliche Verhandlung in Zivilsachen darauf hin, dass die Entscheidung nur dazu führe, dass das Berufungsurteil rechtskräftig werde, welches seinerseits auf einer mit Art. 6 EMRK konformen Verhandlung beruhe (vgl. EGMR, Axen v. Germany, Urteil vom 8. Dezember 1983, Nr. 8273/78, EGMR–E 2, 321 <326 f.>, § 28). Ist eine reformatio in peius nicht zu befürchten, so spricht dies gegen die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung (vgl. EGMR, Fejde v. Sweden, Urteil vom 29. Oktober 1991, Nr. 12631/87, § 33).

Weiter berücksichtigt der Gerichtshof, ob ausschließlich Rechtsfragen oder auch Sachverhaltsfragen Gegenstand der Prüfung durch das Rechtsmittelgericht sind (vgl. EGMR, Bulut v. Austria, Urteil vom 22. Februar 1996, Nr. 17358/90, § 41; Dan v. Moldova, Urteil vom 5. Juli 2011, Nr. 8999/07, § 30). Auch bei einer Kompetenz des Rechtsmittelgerichts zur Befassung mit Sachverhaltsfragen muss nach Auffassung des Gerichtshofs allerdings nicht zwingend eine öffentliche mündliche Hauptverhandlung durchgeführt werden (vgl. EGMR, Fejde v. Sweden, Urteil vom 29. Oktober 1991, Nr. 12631/87, § 33; Hoppe v. Germany, Urteil vom 5. Dezember 2002, Nr. 28422/95, § 63; Rippe v. Germany, Entscheidung vom 2. Februar 2006, Nr. 5398/03, juris, Rn. 49 ff.). Insoweit kommt es maßgeblich darauf an, ob sich die aufgeworfenen Fragen allein auf der Grundlage der Verfahrensakten angemessen entscheiden lassen (vgl. EGMR, Hoppe v. Germany, Urteil vom 5. Dezember 2002, Nr. 28422/95, § 64; Rippe v. Germany, Entscheidung vom 2. Februar 2006, Nr. 5398/03, juris, Rn. 49). Ebenfalls zu berücksichtigen sind die offensichtliche Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels (vgl. EGMR, Bulut v. Austria, Urteil vom 22. Februar 1996, Nr. 17358/90, § 42) sowie die Notwendigkeit, den Geschäftsanfall zu bewältigen und innerhalb angemessener Zeit zu entscheiden (vgl. EGMR, Hoppe v. Germany, Urteil vom 5. Dezember 2002, Nr. 28422/95, § 63; Rippe v. Germany, Entscheidung vom 2. Februar 2006, Nr. 5398/03, juris, Rn. 49). Der Gerichtshof respektiert dabei die unterschiedliche Ausgestaltung der Rechtsmittelzüge in den Vertragsstaaten, die entweder eine vorgelagerte Annahmeentscheidung voraussetzen, für die der Öffentlichkeitsgrundsatz ohnehin nicht gilt (vgl. EGMR, Monnell and Morris v. United Kingdom, Urteil vom 2. März 1987, Nr. 9562/81 und 9818/82, § 58), oder eine andere, vergleichbare Möglichkeit zur vereinfachten Erledigung aussichtsloser Rechtsmittel vorsehen (vgl. EGMR, Bulut v. Austria, Urteil vom 22. Februar 1996, Nr. 17358/90, § 42; Rippe v. Germany, Entscheidung vom 2. Februar 2006, Nr. 5398/03, juris, Rn. 52).

(2) Nach diesen Kriterien ist die den Revisionsgerichten eingeräumte Möglichkeit, im Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten, mit Art. 6 EMRK vereinbar. Ohne Revisionshauptverhandlung war es dem Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung über die Revision des Beschwerdeführers nur möglich, das erstinstanzliche Urteil, das auf einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beruht, aufzuheben und zugunsten des Beschwerdeführers zu entscheiden (§ 349 Abs. 4 StPO) oder aber das Urteil rechtskräftig werden zu lassen (§ 349 Abs. 2 StPO). Eine Verschlechterung der Situation des Beschwerdeführers gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil hätte – ungeachtet des Verbots der reformatio in peius gemäß § 358 Abs. 2 StPO – zwingend eine Revisionshauptverhandlung vorausgesetzt. Des Weiteren ist die Revision auf die Prüfung von Rechtsfragen beschränkt, die sich regelmäßig nach Aktenlage entscheiden lassen. In der Revisionsinstanz ist eine Beweisaufnahme über Tatfragen nicht statthaft, das Revisionsgericht ist an die Feststellungen des Tatgerichts gebunden. Überdies dient § 349 Abs. 2 StPO der Schonung der Ressourcen der Justiz, damit sich diese zügig aussichtsreichen Rechtsmitteln zuwenden kann, und damit der Verwirklichung des durch Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährleisteten Beschleunigungsgrundsatzes. Ein Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO kann nur bei offensichtlicher Aussichtslosigkeit der Revision ergehen und setzt Einstimmigkeit voraus. Funktionell

bildet der Beschluss damit ein Äquivalent zur Ablehnung einer (im deutschen Strafprozessrecht nicht vorgesehenen) Revisionszulassung.

bb) Art. 6 EMRK in der Auslegung des Gerichtshofs ist zwar eine grundsätzliche Pflicht zur angemessenen Begründung gerichtlicher Entscheidungen zu entnehmen. Allerdings hängt die Begründungspflicht von der Natur der Entscheidung ab und ist im Lichte der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen. Eine ausführliche Stellungnahme zu jedem Vorbringen der Beteiligten ist nicht notwendig. Ferner darf sich ein Rechtsmittelgericht, wenn es ein Rechtsmittel zurückweist, grundsätzlich darauf beschränken, sich die Begründung der angefochtenen Entscheidung zu eigen zu machen (vgl. EGMR (GK), García Ruiz v. Spain, Urteil vom 21. Januar 1999, Nr. 30544/96, NJW 1999, S. 2429 <2429>, § 26; vgl. auch EGMR, Axen v. Germany, Urteil vom 8. Dezember 1983, Nr. 8273/78, EGMR–E 2, 321 <328>, § 32). Bei nationalen übergeordneten Gerichten erachtet es der Gerichtshof zudem für mit der Konvention vereinbar, wenn solche Gerichte bei der Nichtannahme offensichtlich unbegründeter Beschwerden von einer ausführlichen Begründung der Entscheidung absehen und allein auf die Norm verweisen, die ein entsprechendes Vorgehen erlaubt (vgl. EGMR, Sawoniuk v. United Kingdom, Entscheidung vom 29. Mai 2001, Nr. 63716/00; Schumacher v. Germany, Entscheidung vom 26. Februar 2008, Nr. 14029/05, juris, Rn. 108).

Hiernach ist es mit Art. 6 EMRK vereinbar, dass der Bundesgerichtshof seine Entscheidung über die Revision des Beschwerdeführers nicht mit einer Begründung versehen hat. Bei der Verwerfung einer Revision nach § 349 Abs. 2 StPO durch einen Beschluss, der keine oder nur eine knappe Begründung enthält, ist zu berücksichtigen, dass das angefochtene Urteil selbst ausführlich zu begründen war und dass das Revisionsgericht sich das angefochtene Urteil zwar nicht zu eigen macht, mit der Verwerfung der Revision aber zum Ausdruck bringt, dass es den erhobenen Revisionsrügen standhält. Zudem ist die Antragsschrift der Staatsanwaltschaft zu begründen. Aus dieser ergibt sich regelmäßig, aus welchen Gründen die Revision verworfen wurde. Stützt das Revisionsgericht die Verwerfung der Revision dagegen auf andere Aspekte als die in der Antragsschrift der Staatsanwaltschaft genannten, so versieht es seine Entscheidung insoweit mit einer Begründung.

Ist es aber somit weder aus verfassungsrechtlichen Gründen[55] noch aufgrund der EMRK[56] geboten, alle Entscheidungen gemäß § 349 Abs. 2 StPO zu begründen, so kommt unabhängig von der Frage, ob dem Unterlassen einer Begründung bereits gewohnheitsrechtlicher Rang zukommt,[57] ein Weiteres hinzu:

Voraussetzung der Beschlussverwerfung ist die offensichtliche Unbegründetheit des Rechtsmittels. Liegt diese Voraussetzung vor, ergibt sich bereits hieraus, dass eine Begründung entbehrlich ist.[58] Denn nach klassischem, vom Bundesverfassungsgericht[59] im Jahr 2002 noch als „allgemeine Ansicht" bezeichnetem Verständnis liegt „Offensichtlichkeit" vor, wenn „die zur Entscheidung berufenen Richter und andere Personen mit gleicher Sachkunde unschwer erkennen können, welche Rechtsfragen

[55] Vgl. dazu auch BVerfG NStZ-RR 2007, S. 381, 382 m.w.N.; zur nicht erforderlichen Begründung bei der Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde: BVerfG NJW 2011, S. 1497; dazu auch BGH, Beschluss vom 15. August 2013 - I ZR 91/12.

[56] Vgl. dazu auch die Entscheidung des EGMR vom 18. Oktober 2011 – 21218/09 (Bugallo/Spanien), NJW 2012, S. 3502, (dort vor allem Tz. 46).

[57] Vogel, Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden, 1994, S. 156 f., 199.

[58] So auch Dahs, NStZ 1981, S. 205, 206; ähnlich für – auch nach Ansicht der Verfasser – offensichtlich unbegründete Revisionen ferner Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 1246; vgl. auch Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 227 f. m.w.N.

[59] Beschluss vom 21. Januar 2002 – 2 BvR 1225/01, NStZ 2002, S. 487, 489 (Rn. 8).

vorliegen, wie sie zu beantworten sind und dass die Revisionsrügen das Rechtsmittel nicht zu begründen vermögen".[60] Aber auch wenn man anderen Definitionen der „Offensichtlichkeit" folgt und etwa ausreichen lässt, dass „der jeweilige Spruchkörper einhellig die Auffassung vertritt, dass die von der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen zweifelsfrei zu beantworten sind und dass auch die Durchführung der Hauptverhandlung keine neuen Erkenntnisse tatsächlicher oder rechtlicher Art erwarten lässt, die das gefundene Ergebnis in Zweifel ziehen könnten",[61] begründet bereits die „zweifelsfreie" Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfragen die Entbehrlichkeit einer (ausdrücklichen) Begründung. Denn hinzu kommt, dass – worauf auch das Bundesverfassungsgericht abstellt – die Entscheidungen nach § 349 Abs. 2 StPO nicht nur einstimmig ergehen müssen, sondern einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht voraussetzen und dieser Antrag begründet werden muss. Verwirft das Revisionsgericht das Rechtsmittel ohne Begründung gemäß § 349 Abs. 2 StPO, kann davon ausgegangen werden, dass das Revisionsgericht sich die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft zu Eigen gemacht hat;[62] bei einer Abweichung von der Begründung der Staatsanwaltschaft entspricht es – wie das Bundesverfassungsgericht ebenfalls festgestellt hat – allgemeiner Übung, in den Beschluss einen Zusatz zur eigenen Rechtsauffassung des Revisionsgerichts aufzunehmen.[63]

Entsprechend wird auch in anderen Verfahrensordnungen verfahren. So kann nach § 544 Abs. 4 ZPO – ähnlich wie bei § 72a Abs. 5 ArbGG[64] – von einer Begründung der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde abgesehen werden, „wenn sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist"; eine Begründung ist daher nur geboten, wenn vom eindeutigen Wortlaut einer Norm abgewichen wird und der Grund hierfür nicht ohne weiteres erkennbar ist,[65] wenn das Gericht von Normen einfachen Rechts in der Auslegung, die sie durch

---

[60] Ähnlich bereits BVerfG, Beschluss vom 22. Juni 1984 - 2 BvR 692/84, EuGRZ 1984, S. 442; ähnlich für § 313 Abs. 2 StPO: BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2006 – 2 BvR 722/06; Detter, StV 2004, S. 345 f.; Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 8; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 349 Rn. 10; kritisch Rosenau, ZIS 2012, S. 195, 197, 200; Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 32 m.w.N.;
zur offensichtlichen Unbegründetheit nach Art. 35 Abs. 3a EMRK führt der EGMR (Leitfaden zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen, S. 68 der deutschen Übersetzung) aus: „Tatsächlich wird eine Beschwerde als ‚offensichtlich unbegründet' angesehen, wenn eine erste Untersuchung der Begründetheit keinen Anschein einer Verletzung der Konventionsrechte erkennen lässt, mit der Folge, dass sie von vornherein für unzulässig erklärt werden kann, d.h. ohne formelle Prüfung der Begründetheit (da diese grundsätzlich zu dem Erlass eines Urteils führen würde)."

[61] BGH NJW 2001, S. 85; KK-StPO/Fischer, 7. Aufl., Vor § 333 Rn. 462; an die Entbehrlichkeit der Hauptverhandlung knüpft auch BVerfG NJW 1987, S. 2219, 2220, an; zum Erkenntnisgewinn auch eine Hauptverhandlung auch Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 9; Peters, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, C 83; Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 42; kritisch Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 937 f., 939; kritisch auch Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 675.

[62] BVerfG, Beschluss vom 30.06.2014 - 2 BvR 792/11 mwN; vgl. BGH, Beschlüsse vom 10. August 2010 - 3 StR 229/10; vom 9. Dezember 2008 - 5 StR 426/08; ferner Detter, StV 2004, S. 345, 347; in solchen Fällen lässt auch Schlothauer (StV 2004, S. 340, 342) die begründungslose Verwerfung zu; ähnlich Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 56; Wolters, JZ 2011, S. 78, 82; kritisch auch hierzu: Eschelbach, GA 2004, S. 228, 242 f.

[63] BVerfG aaO mwN; vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 9. Mai 2007 - 2 StR 530/06; 13. Oktober 2004 - 3 StR 253/04; Detter, StV 2004, S. 345, 347; Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 56; siehe auch Dahs, Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl., Rn. 586.

[64] Zur sozialgerichtlichen Rechtsprechung auch BVerfGE 65, S. 293, 295.

[65] BVerfG NJW 2011, 1497; dazu auch BGH, Beschluss vom 15. August 2013 - I ZR 91/12.

die höchstrichterliche Rechtsprechung gewonnen haben, abweicht[66] oder wenn ein im Zeitpunkt der Erhebung der Nichtzulassungsbeschwerde bestehender Zulassungsgrund vor der Entscheidung über diese wegfällt und deswegen eine Prüfung der Erfolgsaussichten auf der Grundlage anderer als der von der Vorinstanz als tragend angesehenen Gründe erforderlich ist.[67] In all diesen Fällen fehlt es jedoch – übertragen auf die strafprozessuale Revision – bereits an der Offensichtlichkeit der Erfolglosigkeit des Rechtsmittels.

Auch soweit Revisionsführer zunächst nur die allgemeine Sachrüge erhoben haben und diese erst nach der Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht ausführen, verbleibt es dabei, dass es bei offensichtlich unbegründeten Rechtsmitteln nicht stets einer Begründung bedarf.[68] Dies gilt auch in den Fällen, in denen der Revisionsführer auf die Antragsschrift der Staatsanwaltschaft erwidert.[69] Denn insbesondere bei ein Rechtsmittel verwerfenden und dadurch das Verfahren abschließenden Entscheidungen müssen diese – wie ausgeführt – weder im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 GG,[70] noch wegen des Anspruchs auf Justizgewährung und effektiven Rechtsschutz[71] jedes Vorbringen der Beteiligten in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich bescheiden. Vielmehr verbleibt auch in diesen Fällen noch Raum für die Annahme, ein Rechtsmittel sei „offensichtlich“ unbegründet;[72] das Schweigen des Revisionsgerichts offenbart dann, dass auch der neue Vortrag ungeeignet gewesen ist, die von der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht begründete Erfolglosigkeit der erhobenen Revisionsrügen zu entkräften.[73] Auch erfahrene Strafverteidiger räumen ein, dass „viele Revisionen, nicht das Papier wert sind, auf dem sie stehen“,[74] und „dass die Revisionsgerichte ein praktikables Verfahrensinstrument benötigen, um sich ohne großen Aufwand von aussichtlosen Rechtsmitteln zu befreien; denn an einer Überlastung des BGH und der Oberlandesgerichte kann niemandem gelegen sein.“[75]

---

[66] BVerfG, Beschlüsse vom 27. September 2006 – 2 BvR 1603/06; vom 20. März 2007 – 2 BvR 162/07.

[67] BVerfG NJW 2011, S. 1497; dazu auch BGH, Beschluss vom 15. August 2013 - I ZR 91/12.

[68] BGH, Beschluss vom 14. September 2004 - 1 StR 124/04; BGH, NJW 2002, S. 3266; vgl. auch Detter, StV 2004, S. 345, 347 f.; anderer Ansicht Schlothauer, StV 2004, S. 340, 343; auch Dahs (NStZ 1981, S. 205) stellt aber die Zweckmäßigkeit des § 349 Abs. 2 StPO im Interesse einer funktionsfähigen Strafrechtspflege nicht in Frage.

[69] BVerfG, Beschluss vom 17. Juli 2007 – 2 BvR 496/07 (juris Rn. 15); BGH, Beschlüsse vom 22. August 2007 - 1 StR 233/07; vom 13. August 2008 - 1 StR 162/08; vom 19. Dezember 2007 - 2 StR 446/07; vom 12. November 2013 - 3 StR 135/13; anderer Ansicht Schlothauer, StV 2004, S. 340, 343; Eschelbach, GA 2004, S. 228, 243; Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 56 m.w.N.

[70] BVerfG, Beschlüsse vom 7. Mai 2008 – 2 BvR 2306/07; vom 19. April 2011 – 2 BvR 2374/10; vom 31. August 2011 – 2 BvR 1979/08 jeweils mwN.

[71] BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2010 – 1 BvR 1382/10 (zum Zivilrecht).

[72] Vgl. BGH, Beschluss vom 10. August 2010 - 3 StR 229/10 mwN; siehe ferner die Beispiele bei Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 1256 ff.; vgl. zu lediglich wiederholendem Vorbringen in der Gegenerklärung auch BVerfG, Beschluss vom 30. Oktober 2002 – 2 BvR 2182/02.

[73] BGH, Beschlüsse vom 13. Februar 2009 - 2 StR 479/08; vom 8. April 2009 - 5 StR 40/09; SSW-StPO/Widmaier, § 349 Rn. 21.

[74] Dahs, NStZ 2001, 298; vgl. auch Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 670 und den dort zitierten Beitrag von Fürstenau (in der anschließenden Diskussion); Beispiele für offensichtlich unbegründete Revisionen führen auch Sarstedt/Hamm (Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 1256 ff.) auf.

[75] Dahs, NStZ 2001, S. 298; ähnlich Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 938 f..

Die Sicherung gegen eine missbräuchliche Anwendung des Beschlussverwerfungsverfahrens ist durch das Antrags– und das Einstimmigkeitserfordernis hinreichend gewährleistet.[76]

Durch eine Begründung der Verwerfungsentscheidung tritt häufig auch kein für den Rechtsfrieden relevanter „Mehrwert“ ein. Denn bei den Rechtsweg abschließenden Entscheidungen ist bereits die Entscheidung als solche für den Eintritt des Rechtsfriedens wesentlich.[77] Der Nachweis, dass der Revisionsrichter sich mit seiner Entscheidung noch innerhalb der Gesetzesbindung bewegt,[78] wird – soweit er sich nicht ohnehin aus einer gefestigten Rechtsprechung ergibt[79] – insbesondere mit den Ausführungen im begründeten Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft geführt.[80] Vor diesem Hintergrund sind relevante Einbußen in der Befriedungsfunktion nicht zu besorgen,[81] zumal „jeder Praktiker bestätigen [wird], wie schwierig es ist, dem ‚Normalbürger‘ die eingeschränkten Überprüfungsmöglichkeiten der Revision zu erläutern und verständlich zu machen.“[82]

Durch eine Begründung würde mithin zwar die Überzeugungskraft der Entscheidungen gewinnen können,[83] auch mag sie aus Gründen der Nachvollziehbarkeit für die Parteien wünschenswert sein.[84] Da der Arbeitsanfall bei den Revisionsgerichten aber nur mittels – auch begründungsloser – Beschlussverwerfungen zu bewältigen ist[85] und den Revisionsgerichten auch künftig eine Konzentration auf die Bearbeitung schwieriger Einzelfälle und die Entscheidung grundsätzlicher Rechtsfragen möglich sein muss, die Alternative der Vermehrung der Spruchkörper der Revisionsgerichte aber die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung in Frage stellt,[86] ist die den Revisionsgerichten eingeräumte Arbeitserleichterung durch begründungslose Verwerfungsbeschlüsse mit Blick auf die besonderen Aufgaben vor allem des Bundesgerichtshofs sachgerecht. Die mit dieser Arbeitserleichterung verbundene Möglichkeit zur raschen Erledigung aussichtsloser Rechtsmittel[87] dient der Erhaltung seiner Funktionsfähigkeit und damit der Effektivität der Rechtsverfolgung im Interesse aller Rechtsschutzsuchenden.[88] Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund eines immer noch erheblichen Anteils an nur mit der allgemeinen Sachrüge begründeten[89] oder lediglich auf einen Zeitgewinn[90] gerichteten Revisionen.

---

[76] Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 34 m.w.N.

[77] Vgl. auch BVerfGE 50, S. 287, 289 (zu § 554b ZPO a.F.).

[78] Fezer HRRS 2010, S. 281, 287.

[79] So auch Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 10.

[80] Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 6; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 349 Rn. 26.

[81] Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 6.

[82] Nobis, StV 2000, S. 449, 451 m.w.N.; vgl. auch Dahs, NStZ 1981, S. 205, 206.

[83] Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 672.

[84] Vgl. BVerfGE 50, S. 287, 289 (zu § 554b ZPO a.F.); zu diesem Zweck von Entscheidungsbegründungen auch Fezer HRRS 2010, S. 281, 286.

[85] Vgl. SSW-StPO/Widmaier, § 349 Rn. 4, 6; Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 5; ähnlich auch Dahs, NStZ 2001, S. 298.

[86] Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 349 Rn. 7; Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 671; vgl. auch die Nachweise bei Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 20 f.

[87] Vogel, Probleme der Begründungspflicht von Revisionen in Strafsachen, die gemäß § 349 Abs. 2 StPO als offensichtlich unbegründet verworfen werden, 1994, S. 118 ff. mwN.

[88] BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2010 – 1 BvR 1382/10 (zum Zivilrecht).

[89] Laut Barton, StV 1996, S. 690, 693 im langjährigen Durchschnitt etwa 30%.

Fazit:

Eine Begründungspflicht für alle Entscheidungen nach § 349 Abs. 2 StPO besteht nicht;[91] ich befürworte auch nicht, sie durch eine gesetzliche Regelung einzuführen.

4. Schriftliches Revisionsverfahren

Gesetzeslage:

Das Revisionsgericht entscheidet über Revisionen nach Durchführung einer Hauptverhandlung durch Urteil.[92] Über unzulässige Revisionen kann stattdessen durch Beschluss entschieden werden (§ 349 Abs. 1 StPO). Ferner kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 349 Abs. 2 StPO und/oder dessen Absatzes 4[93] über offensichtlich unbegründete und/oder zu Gunsten des Angeklagten begründete Revisionen – ohne Hauptverhandlung – durch Beschluss entschieden werden.[94] In beiden Fällen ist Einstimmigkeit erforderlich; die Entscheidung nach § 349 Abs. 2 StPO erfordert zudem einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht. Ein als solches bezeichnetes schriftliches Revisionsverfahren gibt es bislang nicht.

Von 1965[95] bis 1972 wurde – ansteigend – über durchschnittlich etwa 80% der beim Bundesgerichtshof anhängigen Revisionen durch Beschluss entschieden.[96] 2002 ergingen ca. 90% der Entscheidungen in Beschlussform;[97] zuletzt waren es ca. 95% der Entscheidungen.[98]

Aus der Untersuchung von Becker/Kinzig[99] ergibt sich, dass ein schriftliches Verfahren bei Revisionen bzw. vergleichbaren Rechtsmitteln in den meisten der dort untersuchten Ländern vorgesehen oder zumindest möglich ist und praktiziert wird.[100]

Änderungsvorschläge: Meyer-Goßner ist der Ansicht, dass die Revision „von ihrem Wesen her ein schriftliches Verfahren ist. Das Gesetz sollte daher dahin geändert werden, dass eine Revisionshauptverhandlung nur stattfindet, wenn das Gericht sie im Hinblick auf die (materiell- oder verfahrens-)

---

[90] Dahs, NStZ 2001, S. 298; Becker/Kinzig, Rechtsmittel im Strafrecht, 2000, Band 2, S. 178.

[91] So beispielsweise auch Dahs, Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl., Rn. 586; hierüber bestehe „praktisch Einigkeit“, so Dahs, NStZ 1981, S. 205, 206; vgl. auch SSW-StPO/Widmaier, § 349 Rn. 21.

[92] Dies wird als der gesetzliche Regelfall angesehen; vgl. BVerfGE 59, S. 98, 101.

[93] Die Kombination von Entscheidung nach § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO ist nach der Rechtsprechung möglich; vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 349 Rn. 32 m.w.N.

[94] Das BVerfG bezeichnet dieses Verfahren als „schriftliches Verfahren“: BVerfGE 59, S. 98, 101.

[95] 1964 wurden § 349 Abs. 2 und Abs. 4 StPO in den jetzt geltenden Fassungen eingefügt.

[96] Diskussionsentwurf für ein Gesetz über die Rechtsmittel in Strafsachen, 1975, S. 135.

[97] Frisch in SK-StPO, Vor § 333 Rn. 26; im Jahr 2007 waren ca. 5% der Entscheidungen Urteile, vgl. Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 936.

[98] Vgl. KK-StPO/Fischer, 7. Aufl., Vor § 333 Rn. 465.

[99] Rechtsmittel im Strafrecht, 2000. Die Aktualität der dortigen Ausführungen wurde von mir nicht überprüft!

[100] Dort Band 1 S. 642 f.

rechtlichen Schwierigkeiten, die das Verfahren aufwirft, für notwendig erachtet."[101] Ein von ihm ausgearbeiteter Gesetzesvorschlag[102] ist als Anhang beigefügt.

Für die Einführung eines schriftlichen Revisionsverfahrens plädierte auch Dahs.[103] Er schlägt folgende Fassung von § 349 Abs. 2 StPO vor:[104]

> *Das Revisionsgericht kann … durch Beschluss entscheiden, wenn es einstimmig die Revision für unbegründet erachtet und die Hauptverhandlung keine weiteren Erkenntnisse rechtlicher oder tatsächlicher Art erwarten lässt.*

Der Deutsche Richterbund hat sich in einem weiter gehenden Vorschlag ebenfalls für die Möglichkeit einer einstimmigen Verwerfung des dort vorgeschlagenen Rechtsmittels – ohne „Offensichtlichkeit", aber nur bei entsprechendem Antrag der Staatsanwaltschaft – durch Beschluss und bei „schwerwiegenden Fehlern" für eine Zurückverweisung „im schriftlichen Verfahren" ausgesprochen.[105]

Stellungnahme:

Schon die Gesetzesmaterialien belegen, dass das Revisionsverfahren „wesentlich ein schriftliches, d. h. ein solches ist, bei welchem der Stoff für die richtige Entscheidung in Schriftsätzen niedergelegt und darum die mündliche Darlegung der Beschwerdepunkte vor dem erkennenden Gericht nebensächlich ist."[106] Auch wenn Letzteres drastisch formuliert ist, sollte dem und auch der praktischen Handhabung (über 90% der Entscheidungen ergehen im Beschlussverfahren) durch Einführung eines schriftlichen Revisionsverfahrens Rechnung getragen werden.

Denn zum einen trifft es zu, dass die – tatsächlichen – Entscheidungsgrundlagen für das Revisionsgericht grundsätzlich allein in den diesem ohnehin vorliegenden Akten zu finden sind; sie können in einer Hauptverhandlung von Ausnahmefällen abgesehen (etwa bei einer Beweisaufnahme zu einem Erfahrungssatz) auch nicht erweitert werden.[107] Zum anderen ist ein schriftliches Verfahren im Interesse eines zügigen Revisionsverfahrens geboten.[108]

Dabei kann und soll die bisherige „Grundstruktur" (Revisionsbegründung – Antragsschrift der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht – Möglichkeit einer Gegenerklärung – Entscheidung des Revi-

---

[101] Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 676.

[102] Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 677 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 349 Rn. 11.

[103] NStZ 2001, 298 (auch mit Verweisen auf solche Verfahren im Verwaltungsgerichts- und Finanzgerichtsverfahren).

[104] Dahs, NStZ 2001, S. 298, 299; zustimmend SSW-StPO/Widmaier, § 349 Rn. 6.

[105] Vgl. Kintzi, DRiZ 2000, S. 187, 190 f.

[106] Hahn/Mugdan, zit. nach El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 70 Fußnote 93.

[107] Rieß, Empfiehlt es sich, das Rechtsmittelsystem in Strafsachen, insbesondere durch Einführung eines Einheitsrechtsmittels, grundlegend zu ändern?, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, 1978, L 113 f.; ähnlich Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 232 ff.

[108] Rieß, Empfiehlt es sich, das Rechtsmittelsystem in Strafsachen, insbesondere durch Einführung eines Einheitsrechtsmittels, grundlegend zu ändern?, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, 1978, L 20, L 32, L 113; Dahs (Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl., Rn. 577) hält § 349 Abs. 2 StPO aus dem praktischen Bedürfnis einer zügigen und effektiven Rechtspflege für unentbehrlich; vgl. ferner die Nachweise bei Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 20, der ähnlich den Zweck von § 349 Abs. 4 StPO beschreibt, vgl. § 349 Rn. 67.

sionsgerichts) beibehalten werden. Sie hat sich bewährt. Nach der Untersuchung von Becker/Kinzig besteht grundsätzlich auch Zufriedenheit mit dem deutschen Rechtsmittelsystem;[109] dieses habe – so fasst ein Verteidiger diese Untersuchung zusammen – auch im Vergleich mit dem Ausland „im derzeitigen Zustand bereits einen hohen Grad an Effektivität".[110]

Soweit gegen ein schriftliches Verfahren eingewandt wird, es sei bedenklich, über ernstzunehmende Einwände gegen das Urteil im Beschlusswege zu entscheiden und dadurch das rechtliche Gehör zu verkürzen,[111] trifft dies nicht zu. Vielmehr ist jedenfalls dann, wenn dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft in ausreichendem und in gleichem Umfang die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre Argumente schriftlich vorzutragen, weder das durch die EMRK,[112] noch das durch das Grundgesetz[113] gewährte Recht auf Gehör in relevanter Weise betroffen; ebenso wenig begründet die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie einen Anspruch auf eine mündliche Verhandlung bei dem Revisionsgericht.[114]

Auch einer relevanten Mehrbelastung der Revisionsgerichte[115] kann durch eine sachgerechte Ausgestaltung des schriftlichen Revisionsverfahrens begegnet werden. Ferner kann durch „geringe Änderungen"[116] den Anliegen der Verteidiger Rechnung getragen werden, etwa die Handhabung bei Staatsanwalts- und Angeklagtenrevisionen einander anzugleichen[117] und eine „Diskriminierung" durch begründungslose Rechtsmittelverwerfungen zu vermeiden.[118]

Vorschläge zur Ausgestaltung des schriftlichen Revisionsverfahrens:

1. Das Einstimmigkeitserfordernis soll beibehalten werden.

Mit ihm soll dafür Sorge getragen werden, dass tatsächlich nur über solche Revisionen im schriftlichen Verfahren entschieden wird, bei denen mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass eine Hauptverhandlung der Revision nicht zum Erfolg verholfen hätte.[119]

---

[109] Becker/Kinzig, Rechtsmittel im Strafrecht, 2000, Band 2, S. 209.

[110] Nobis StV 2000, 449, 451.

[111] Peters, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, C 81 f.

[112] Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 783 m.w.N.; vgl. ferner die oben auszugsweise wiedergegebene Entscheidung des BVerfG vom 30. Juni 2014 – 2 BvR 792/11.

[113] BVerfG a.a.O.; BVerfGE 112, S. 185, Rn. 85, 89 ff.; ferner BVerfG NStZ 2002, S. 487, 488 f. (Rn. 7); vgl. auch Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 35; ähnlich Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 675; Rieß, Empfiehlt es sich, das Rechtsmittelsystem in Strafsachen, insbesondere durch Einführung eines auch Einheitsrechtsmittels, grundlegend zu ändern?, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, 1978, L 20, L 32, L 113.

[114] BVerfGE 112, S. 185, Rn. 85, 89 ff..

[115] Dies besorgt Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 679; ebenso Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 349 Rn. 14.

[116] Dahs, NStZ 2001, S. 298, 299.

[117] In der Praxis ist eine Beschlussverwerfung von Revisionen der Staatsanwaltschaft nicht üblich, vgl. Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 14; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 349 Rn. 30; dazu etwa Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 935 ff., 940, 942.

[118] Dahs, NStZ 2001, S. 298.

[119] Vgl. Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 40; kritisch demgegenüber aber Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 1243; Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafver-

2. Das Revisionsgericht sollte über die Zulässigkeit und Begründetheit eines Rechtsmittels ohne weitere Einschränkungen entscheiden können, insbesondere sollte die Verwerfung einer Angeklagtenrevision nicht von deren „offensichtlicher“ Unbegründetheit abhängen.

3. Am Erfordernis eines begründeten Antrags der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht zur Sache (das meint hier zur Zulässigkeit und zum [Miss-]Erfolg des Rechtsmittels) sollte festgehalten werden. Jedoch besteht kein Bedürfnis dafür, dass das Revisionsgericht – wie es § 349 Abs. 2 StPO vorsieht – im schriftlichen Verfahren nur entsprechend diesem Antrag entscheiden darf.

Mit dem Antragserfordernis in § 349 Abs. 2 StPO soll der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht nicht nur rechtliches Gehör gewährt werden, vielmehr sollte eine „zusätzliche Sicherheit“ dafür geschaffen werden, dass Staatsanwaltschaft und Gericht unabhängig voneinander die Revision als offensichtlich unbegründet ansehen.[120] Es könne – so die Gesetzesmaterialien[121] –, wenn die Staatsanwaltschaft „nicht mit den Revisionsrichtern in der Beurteilung der Sache übereinstimmt, … das Merkmal „offensichtlich unbegründet" schwerlich gegeben sein.“ Ist aber – wie hier vorgeschlagen – die „Offensichtlichkeit“ keine Entscheidungsvoraussetzung, entfällt damit auch der Zweck des Übereinstimmungserfordernisses.[122] Hinzu kommt, dass damit eine Ursache für die Ungleichbehandlung von Angeklagten- und Staatsanwaltsrevisionen in Bezug auf die Durchführung von Hauptverhandlungen entfällt und die Einflussmöglichkeit der Staatsanwaltschaft auf die Verfahrensgestaltung der des Verteidigers angeglichen wird.[123]

4. Ein Anspruch auf Durchführung einer Hauptverhandlung sollte nicht begründet werden; insbesondere soll eine Hauptverhandlung nicht allein auf Antrag des Revisionsführers erforderlich sein.

Zu den derzeitigen Verfahrensmöglichkeiten der Revisionsgerichte wird vertreten, dass das Urteilsverfahren nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Regel,[124] das Beschlussverfahren die Ausnahme sei.[125] Dies ist durch die Praxis überholt; allein das Beschlussverfahren ermöglicht es dem Bundesgerichtshof und den anderen Revisionsgerichten, ohne eine deutliche Stellenvermehrung ihre Aufgaben zu erfüllen. Dementsprechend ist weithin anerkannt, „dass die Revisionsgerichte ein praktikables Verfahrensinstrument benötigen, um sich ohne großen Aufwand von aussichtlosen Rechtsmitteln zu befreien; denn an einer Überlastung des BGH und der Oberlandesgerichte kann niemand gelegen sein.“[126] Es sollte daher das schriftliche Verfahren als dem Urteilsverfahren „gleichrangig“ bewertet[127] und allein dem Revisionsgericht überlassen werden, ob es bei Vorliegen der Voraussetzungen (insbesondere der Einstimmigkeit) das Beschlussverfahren wählt oder durch Urteil entscheidet. Eines der

---

teidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 679 (Einstimmigkeit hat „keine erhebliche praktische Bedeutung“).

[120] Vgl. BVerfGE 59, S. 98, 102 m.w.N.; ferner Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 229 f.; Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 25 m.w.N.

[121] BT-Drucks. III/2037 S. 42; IV/178 S. 43.

[122] Im Ergebnis ebenso: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 349 Rn. 14.

[123] Vgl. auch Peters, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, C 82 f.

[124] Vgl. etwa BVerfGE 59, S. 98, 101.

[125] Vgl. Ziegler, Waffengleichheit im Revisionsverfahren?, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 930, 936; Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 349 Rn. 12 m.w.N.

[126] Dahs, NStZ 2001, 298; ähnlich Rieß, Empfiehlt es sich, das Rechtsmittelsystem in Strafsachen, insbesondere durch Einführung eines Einheitsrechtsmittels, grundlegend zu ändern?, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, 1978, L 20, L 32, L 113; vgl. ferner die Nachweise bei Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 20 sowie Rn. 67.

[127] So auch Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 349 Rn. 11.

Kriterien wird hierbei sein, ob ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn durch ein fruchtbares Rechtsgespräch zu erwarten ist.[128] Sowenig mithin die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht eine Hauptverhandlung bei einer Staatsanwaltsrevision erzwingen können soll, sowenig soll auch der Verteidiger allein durch seinen Antrag eine Hauptverhandlung über die Angeklagtenrevision herbeiführen können.

5. Bei Revisionen mehrerer Beteiligter sollte keine Pflicht zu einem einheitlichen Verfahren bestehen.

Der Grundsatz rechtlichen Gehörs gebietet dies – wie oben ausgeführt – nicht. Die Erfahrungen in der Praxis zeigen, dass es insbesondere bei unterschiedlichem Anfechtungsumfang (etwa einerseits des gesamten Urteils und einer einstimmig, nach gegenwärtiger Rechtslage sogar offensichtlich unbegründeten Revision und anderseits einer beschränkten Anfechtung etwa nur des Ausspruchs über die Gesamtstrafe und insofern fehlender Einstimmigkeit) weder erforderlich, noch in der Sache weiterführend ist, zu allen Rechtsmitteln zwingend eine Hauptverhandlung durchzuführen. Eine gesetzliche Regelung, die solche Fälle sachgerecht in abstrakter Weise normieren kann, erscheint mir angesichts der vielfältigen Konstellationen nicht möglich, zumal die Praxis – ohne dass ich dies durch empirische Untersuchungen belegen kann – bei gleichem oder ähnlichem Anfechtungsumfang schon im Hinblick auf §§ 301, 357 StPO ohnehin in der Regel über alle Rechtsmittel aufgrund der jedenfalls für eine Revision erforderlichen Hauptverhandlung entscheidet.

6. Für die Entscheidung des Revisionsgerichts kann eine Begründungspflicht eingeführt werden.

Durch eine Begründung kann – wie ausgeführt – die Überzeugungskraft einer Entscheidung gewinnen.[129] Es erscheint mir daher einsichtig und im Hinblick auf die mit obigen Vorschlägen verbundene Entlastung der Revisionsgerichte vertretbar, für die im schriftlichen Verfahren ergehenden Entscheidungen deren Begründung vorzusehen.[130] Bei das tatrichterliche Urteil aufhebenden Entscheidungen ist eine solche Begründung im Hinblick auf § 358 Abs. 1 StPO ohnehin erforderlich.

Klarzustellen ist insofern indes, dass eine Bezugnahme – insbesondere auf die Ausführungen der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht in deren Antragsschrift – eine ausreichende Begründung darstellt, wenn und soweit das Revisionsgericht den dortigen Ausführungen folgt.[131] Ebenso muss unzweifelhaft sein, dass es in Fällen der nur allgemein erhobenen Sachrüge ausreichen kann, wenn lediglich mitgeteilt wird, dass die Überprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Revisionsführers ergeben hat.[132] Nichts anders gilt bei offensichtlich unbegründeten Revisionen (für die allerdings nur wenige Fälle verbleiben werden, in denen nicht ohnehin eine der eben geschilderten Fallgestaltungen gegeben ist). Offensichtlich unbegründete Rechtsmittel gibt es – wie selbst Verteidi-

[128] Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 42; Rieß, Empfiehlt es sich, das Rechtsmittelsystem in Strafsachen, insbesondere durch Einführung eines Einheitsrechtsmittels, grundlegend zu ändern?, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, 1978, L 113 f.; siehe auch Radtke, Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994, S. 233.

[129] Vgl. BVerfGE 50, S. 287, 289 (zu § 554b ZPO a.F.); Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 672; zu diesem Zweck von Entscheidungsbegründungen auch Fezer HRRS 2010, S. 281, 286.

[130] Ähnlich Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 349 Rn. 14.

[131] Wohlers in SK-StPO, § 349 Rn. 56; Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 678.

[132] Auch eine solche Kurzbegründung ist nach Ansicht von Dahs (NStZ 1981, 205, 206) für den Verteidiger von Nutzen.

ger einräumen – tatsächlich;[133] auch andere Verfahrensordnungen haben für sie besondere Regelungen (siehe etwa § 24 BVerfGG, Art. 35 Abs. 3a EMRK). Bei ihnen würde eine Begründung weder die Überzeugungskraft der Entscheidung erhöhen, noch diese nachvollziehbarer machen, vielmehr entstünde etwa bei Angeklagtenrevisionen die Gefahr, dass das Vertrauensverhältnis zwischen dem Verteidiger und dem Mandanten durch die wahrheitsgemäße Bewertung der vom Verteidiger vorgebrachten Revisionsgründe Schaden nehmen könnte.

Fazit:

Ein entsprechend ausgestaltetes schriftliches Revisionsverfahren kann ohne rechtsstaatliche Verluste zu einer Effektivierung des Rechtsmittelverfahrens und zur Entlastung der Revisionsgerichte beitragen. Es sollte auf folgender Grundlage eingeführt werden:

- die „Grundstruktur" der jetzigen Regelungen sollte übernommen und nicht erweitert werden (Revisionsbegründung – Antragsschrift der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht – Möglichkeit zur Gegenerklärung);
- bei Beschlussentscheidungen in der Sache (einschließlich Einstellungen wegen Verfahrenshindernissen) ist Einstimmigkeit erforderlich;
- „Offensichtlichkeit" ist weder für den Erfolg, noch für den Misserfolg des Rechtsmittels erforderlich;
- ebenso wenig ist ein der Entscheidung entsprechender Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht notwendig;
- ein Anspruch auf das Urteilsverfahren besteht nicht, wenn die Voraussetzungen des Beschlussverfahrens vorliegen, vielmehr entscheidet das Revisionsgericht dann nach seinem Ermessen über die Verfahrensart („kann");
- bei Rechtsmitteln mehrerer Beteiligter muss nicht einheitlich verfahren werden;
- die Entscheidung muss begründet werden, allerdings können Bezugnahmen oder nur kurze (bei lediglich allgemein erhobener Sachrüge oder offensichtlich unbegründetem Rechtsmittel auch formelhafte) Begründungen ausreichen.

5. Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen im Revisionsverfahren

Vorwort:

„Die Verurteilung eines Unschuldigen ist kein geringeres Übel als eine Verurteilung wegen einer Straftat, deren Verfolgung verjährt ist oder derentwegen der Angeklagte schon einmal vor Gericht gestanden hat".[134]

Gesetzeslage und Grundlagen:

Das geltende Revisionsrecht lässt bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen grundsätzlich jede Gesetzesverletzungen als Revisionsgrund zu (§ 337 StPO) und unterscheidet für diesen (nur) zwischen

[133] Vgl. etwa Dahs, NStZ 2001, 298; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 1256 ff.; Meyer-Goßner, Zur Revision der Revision mit Blick auf die Verteidigung, in: Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins, 2009, S. 668, 670 und den dort zitierten Beitrag von Fürstenau (auch in der anschließenden Diskussion).

[134] Grünwald, zit. nach Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 63.

Rechtsnormen über das Verfahren sowie anderen Rechtsnormen (vgl. § 344 Abs. 2 Satz 1 und § 352 Abs. 1 StPO).

Da zu Zeiten der Formulierung der StPO die Kategorie der Verfahrensvoraussetzung noch unbekannt[135] bzw. wenig entwickelt war,[136] sind dort nur wenige Regelungen zu Verfahrenshindernissen getroffen. Diese finden sich zum einen in Zusammenhang mit der dann ergehenden Entscheidung (vgl. §§ 206b, 260 Abs. 3, 354 Abs. 1 StPO); zum anderen sind Prüfungspflichten von Amts wegen an einigen Stellen ausdrücklich vorgesehen (etwa §§ 6, 6a, 16 StPO). Außerhalb der StPO werden den Verfahrenshindernissen solche Regelungen zugerechnet, die beispielsweise die Ahndung der Tat (§ 78 Abs. 1 StGB) oder die deutsche Gerichtsbarkeit (§ 18 Abs. 1 Satz 1 und § 19 Abs. 1 Satz 1 GVG) ausschließen. Einen gesetzlichen „Katalog" der Verfahrensvoraussetzungen oder Verfahrenshindernisse gibt es nicht.[137] Prozessvoraussetzungen, Verfahrensvoraussetzungen, Prozesshindernisse und Verfahrenshindernisse meinen – positiv oder negativ ausgedrückt – nach überwiegender Ansicht dasselbe.[138]

Nach zumindest herrschender Ansicht wird ein Verfahrenshindernis durch solche Umstände begründet, die es ausschließen, dass über den Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf; sie müssen so schwer wiegen, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängt.[139] Kennzeichen der Verfahrenshindernisse ist mithin, dass sie nicht nur im Interesse des Angeklagten, sondern auch im allgemeinen Interesse ein Sachurteil ausschließen.[140]

Nach der Rechtsprechung und der (ganz) herrschenden Lehre ist das Bestehen von Verfahrenshindernissen in jeder Lage des Verfahrens – auch in der Revision – von Amts wegen zu prüfen und nicht von einer entsprechenden Rüge abhängig.[141]

---

[135] Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 62.

[136] Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 1; Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809; Karnowsky, Revisionszulässigkeit und Verfahrenshindernisse im Strafverfahren, 1974, S. 108 f. jeweils m.w.N.

[137] „Listen" zu den Verfahrensvoraussetzungen finden sich etwa bei KK-StPO/Fischer, 7. Aufl., Einl. Rn. 407 f.; Radtke/Hohmann/*Radtke*, StPO, Einl. Rn. 54 ff. und Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 9 f.

[138] Vgl. aber Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., Einl. Rn. 142; Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 3 f., 37, der selbst eine Unterscheidung nach Befassungs- und Bestrafungsverboten trifft (S. 38 ff.; dazu auch Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., Einl. Rn. 143 ff.).

[139] BGHSt 46, S. 159, 169; vgl. auch KK-StPO/Fischer, 7. Aufl., Einl. Rn. 409 m.w.N.; zur Struktur von Verfahrenshindernissen auch Volk, StV 1986, 34, 36 f.; kritisch zur Formulierung („von geringer Aussagekraft") Rieß, JR 1985, S. 45, 46 f.; vgl. auch Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 811 f., 815 ff. m.w.N.; Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 5 f.

[140] BGHSt 10, S. 74, 75; 46, S. 230, 236.

[141] BT-Drucks. 10/1313 S. 32; BGHSt 21, S. 242, 243; auch BGHSt 19, S. 273, 278; KK-StPO/Fischer, 7. Aufl., Einl. Rn. 415; Frisch in SK-StPO, § 337 Rn. 45; Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 337 Rn. 25; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 344 Rn. 22 f.; SSW-StPO/Widmaier, § 337 Rn. 6; Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 836; Peters, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, C 75 f.; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 148; Karnowsky, Revisionszulässigkeit und Verfahrenshindernisse im Strafverfahren, 1974, S. 18 jeweils m.w.N.

Änderungsvorschläge:

Meyer-Goßner schlägt vor, die Amtsprüfungspflicht in der Revision nur dann zu bejahen, wenn das angerufene Gericht aus anderen Gründen als wegen fehlender Zuständigkeit in der Sache nicht tätig werden darf oder wenn überhaupt kein Gericht die Befugnis zu Sachentscheidung hat. Das sei der Fall bei fehlender Anklage, fehlendem Eröffnungsbeschluss, entgegenstehender Rechtshängigkeit, Fehlen deutscher Gerichtsbarkeit, Immunität, fehlender Strafmündigkeit, Tod des Beschuldigten und entgegenstehender Rechtskraft (sog. Befassungsverbote). Fehlt dagegen der erforderliche Strafantrag oder ist Verjährung eingetreten, bestehen auslieferungsrechtliche Beschränkungen, eine Amnestie oder Verhandlungsunfähigkeit (also sog. Bestrafungsverbote), soll dies nur auf (Sach- oder Verfahrens-)Rüge hin zu beachten sein.[142]

Stellungnahme:

1. Revisionsrechtliche Einordnung der Verfahrenshindernisse

Der Gutachtenauftrag umfasst nicht die Frage, ob es Verfahrenshindernisse gibt und ob die Einordnung einzelner Mängel als Verfahrenshindernis zutrifft. Gegenstand des Gutachtens ist vielmehr nur die Frage, ob Verfahrenshindernisse in der Revision von Amts wegen – also ohne Rüge – beachtet werden müssen.

Dafür ist zunächst maßgeblich, dass § 344 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 StPO (zwingend) eine Begründung der Revision bzw. des Revisionsantrags fordern. Diese Begründung muss sich auf eine Gesetzesverletzung beziehen, die die Revision begründen kann (§ 337 StPO), und die einer der beiden in § 344 Abs. 2 Satz 1 StPO bezeichneten „Gruppen" zuzuordnen sein muss, also den Rechtsnormen über das Verfahren oder den anderen Rechtsnormen. Über die Einordnung der Verfahrenshindernisse in eine dieser „Gruppen" besteht sowohl im Allgemeinen als auch im Einzelnen Uneinigkeit.[143] Rechnet man sie den Vorschriften über das Verfahren zu,[144] würde für sie an sich das weiter gehende Darlegungserfordernis des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gelten; in diesem Fall würde eine Prüfungspflicht des Revisionsgerichts nach § 352 Abs. 1 StPO ausscheiden, wenn es an dem erforderlichen Tatsachenvortrag fehlt. Rechnet man Verfahrenshindernisse den „anderen Rechtsnormen" zu und würden sie der Sachrüge gleichgestellt, als solche anzusehen sein oder jedenfalls mit ihr geltend gemacht,[145] wäre für ihre Feststellung nach allgemeiner Ansicht allein die Urteilsurkunde Prüfungsgrundlage; aus dieser ergibt sich das Verfahrenshindernis indes weder zwingend noch in der Regel, eine nur auf die Sachrüge gegründete Prüfungspflicht von Amts wegen – noch dazu im Freibeweisverfahren[146] – über die

[142] Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., Einl. Rn. 150; Meyer-Goßner, NStZ 2003, S. 169, 172 f.; Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 58 ff.; ähnlich Krack, Die Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren, 2002, S. 247 ff.; kritisch zu dieser Einteilung der Verfahrenshindernisse Radtke/Hohmann/*Radtke*, StPO, Einl. Rn. 50.

[143] Vgl. Temming in HK-StPO, 5. Aufl., § 344 Rn. 7.

[144] Vgl. Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 812, 821, 831 ff. m.w.N.; El–Ghazi (Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 48) bezeichnet die Tatsachen, die für Prozessvoraussetzungen relevant sind, als „prozessuale Feststellungen".

[145] Vgl. BT-Drucks. 10/1313 S. 32; BGHSt 21, S. 242, 243; Jähnke, Zur Abgrenzung von Verfahrens- und Sachrüge, in Festschrift für Meyer-Goßner, 2001, S. 559, 563 (Verfahrenshindernisse sind „zweifelsfreiauf die Sachrüge hin zu prüfen"); Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 64.

[146] Ablehnend hierzu: Többens, NStZ 1982, S. 184, 185 f.

Urteilsurkunde hinaus wäre daher ein „elementarer Systembruch“.[147] Ordnet man die Verfahrenshindernisse den „anderen Rechtsnormen“ zu, bewertet man sie aber als weitere – eigenständig neben der Sachrüge bestehende – „Untergruppe“,[148] würde zwar allein die Geltendmachung eines Verfahrenshindernisse eine ausreichende (zulässige) Revisionsbegründung darstellen, da damit der Rügepflicht nach § 344 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 StPO genügt wäre, auch könnte dies die Prüfungspflicht des Revisionsgerichts gemäß § 352 StPO eröffnen, jedoch könnte dann allein in der Geltendmachung eines Verfahrenshindernisse eine entsprechend beschränkte Revision oder es könnte in den Fällen einer allein erhobenen Verfahrens- oder Sachrüge ein zulässiges (Heraus-)Beschränken der Verfahrenshindernisse von dem Rechtsmittelangriffs gesehen werden.[149]

Für alle dieser Ansichten werden Gründe vorgebracht. So wird geltend macht, dass Verfahrenshindernisse einer Sachentscheidung gerade entgegenstehen (obwohl dies unvereinbar mit der Regel „Freispruch vor Einstellung“[150] ist[151]) und sie sich allein auf die (vorgelagerte) prozessuale Frage beziehen, ob das jeweilige Verfahren überhaupt durchgeführt werden darf.[152] Andererseits sei etwa die Prüfung der Verjährung oder das Vorliegens eines erforderlichen Strafantrags von der sachlich-rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Täters abhängig, also ohne eine solche Prüfung gar nicht möglich.[153] Liegt beispielsweise eine – mit einer zulässigen Verfahrensrüge begründete – Revision vor, hat diese Verfahrensrüge aber keinen Erfolg, dürfte das Revisionsgericht zwar an sich gar nicht prüfen, ob der abgeurteilte Diebstahl und kein unbefugter Gebrauch nach § 248b StGB vorliegt, müsste aber von Amts wegen berücksichtigen, dass der für den (tatsächlich nur gegebenen) unbefugten Gebrauch erforderliche Strafantrag fehlt.[154]

Hinzu kommen weitere revisionsspezifische Probleme etwa in Fällen, in denen ein an sich mit der Verfahrensrüge zu beanstandender Mangel in ein Verfahrenshindernis übergehen kann, wie möglicherweise bei der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung[155] oder einer eventuell zeitweisen

[147] El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 241 f., 247, 261, 283.

[148] Dazu auch Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 60 f., 62, 250 ff.

[149] Letzteres sieht die Rechtsprechung anders; nach BGHSt 21, 242, 243 sind vielmehr trotz eines auf den Strafausspruch beschränkten Rechtsmittels die Verfahrenshindernisse uneingeschränkt von Amts wegen zu prüfen; dazu auch Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 814; weitere Nachweise bei Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., Einl. Rn. 151 ff.; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 344 Rn. 23, der in Rn. 24 aber eine Beschränkungsmöglichkeit innerhalb der Verfahrensvoraussetzungen als möglich erachtet.

[150] Vgl. etwa BGHSt 44, S. 209, 219; Radtke/Hohmann/*Radtke*, StPO, Einl. Rn. 67; zu einer Ausnahme hiervon bei fehlender Anklage: BGHSt 46, S. 130.

[151] Hierzu auch Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 840; vgl. zur Frage des Vorrangs des Freispruchs gegenüber einem Verfahrenshindernis im Hinblick auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels auch Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 44; zum Erfordernis einer zulässigen Revision: BGHSt 22, S. 213, 216; 46, S. 230, 234 f.; KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 344 Rn. 22 m.w.N.; Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 49.

[152] Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 812 m.w.N., siehe auch S. 821 (zur Verjährung).

[153] Vgl. Meyer-Goßner, NStZ 2003, S. 169, 170 ff..

[154] Beispiel von Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 51 und NStZ 2003, S. 169, 170.

[155] Siehe die nachfolgend auszugsweise wiedergegebene Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2008 - 2 BvR 2262/07 (juris Rn, 15, 18); ferner Meyer-Goßner, NStZ 2003, S. 169, 173; Hillenkamp NJW 1989,

(dann § 338 Nr. 5 StPO), möglicherweise aber dauerhaften Verhandlungsunfähigkeit des Angeklagten (dann Verfahrenshindernis).[156] Auch sind Verfahrenshindernisse wie etwa die (örtliche und funktionelle) Zuständigkeit nur auf Verfahrensrüge (§ 338 Nr. 4 StPO) hin zu beachten,[157] während die sachliche Zuständigkeit dagegen (nach bestrittener Ansicht) von Amts wegen zu berücksichtigen sein soll. Schließlich wird sogar vertreten, dass es bei Verfahrenshindernissen der Sachrüge bedarf, sofern sich diese aus dem Urteil selbst ergeben; im Übrigen – jedenfalls aber vorsorglich[158] – sei eine Verfahrensrüge erforderlich, in der die hierzu relevanten Tatsachen auszuführen seien.

Allein diese Ausführungen zu der „undurchsichtigen und nicht eindeutigen" Einordnung und zur Rügepflicht bei Verfahrenshindernissen[159] belegen meines Erachtens hinreichend, dass die Behandlung von Verfahrenshindernissen in der Revision gesetzlich geregelt werden sollte. Dies bestätigt die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zu der Frage, ob bei einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung in besonderen Ausnahmefällen eine Einstellung des Strafverfahrens wegen eines von Verfassungs wegen anzunehmenden Verfahrenshindernisses in Betracht kommt:[160]

> *Nicht endgültig geklärt sind allerdings die Anforderungen im Revisionsverfahren, die an die zulässige Geltendmachung eines Verfahrenshindernisses wegen krass rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung zu stellen sind, insbesondere, ob ein Beschwerdeführer auch insoweit Verfahrensrüge erheben muss. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat dies bislang offen gelassen (vgl. BGH, Beschluss vom 10. September 2003 – 5 StR 330/03 –, beck–online; vgl. zur Rechtsprechung Meyer–Goßner, Prozesshindernisse und Einstellung des Verfahrens, in: Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, S. 373 <385 f.>). In der Literatur wird die Frage kontrovers beurteilt. Einige Stimmen scheinen die Prüfung eines solchen Verfahrenshindernisses von Amts wegen zu befürworten (vgl. Pfeiffer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2003, Einleitung Rn. 12; Kuckein, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2003, § 337 Rn. 25; vgl. auch Wohlers, Rechtsstaatswidrige Verzögerungen des Verfahrens als revisionsrechtliches Problem, JR 2005, S. 187 <188 f.>). Andere machen die Prüfung eines solchen Verfahrenshindernisses von der Erhebung einer Verfahrensrüge abhängig, die in einer den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Weise eine krass rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung darzulegen habe. … (vgl. Meyer–Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, Einleitung Rn. 143; MRK Art. 6 Rn. 9c; derselbe, Sind Verfahrenshindernisse von Amts wegen zu beachten?, NStZ 2003, S. 169 <173>; derselbe, Prozesshindernisse und Einstellung des Verfahrens, in: Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, S. 373 <386>; für generelle Erforderlichkeit einer Verfahrensrüge wohl auch Gollwitzer, in: Löwe–Rosenberg, StPO, 25. Aufl., Art. 14 IPBPR Rn. 85, 85b). …*
>
> *Im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin ihren Rügeobliegenheiten im Revisionsverfahren selbst dann nicht genügt, wenn man grundsätzlich eine Prüfung von Amts wegen forderte. Einem Beschwerdeführer ist zuzumuten, wenigstens greifbare Anhaltspunkte vorzutragen, die das Revisionsgericht zur Prüfung einer krass rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung drängen mussten. Der nicht weiter ausgeführte Hinweis auf eine Verfahrensdauer von acht Jahren wird dem nicht gerecht. …*

S. 2841, 2842 f.; dazu auch Schlothauer/Weider, Verteidigung in Revisionsverfahren, 2. Aufl., Rn. 1933, 1935, 1937.

[156] Frisch in SK-StPO, § 337 Rn. 51 m.w.N.

[157] Dazu auch Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 831 ff.; Meyer-Goßner, NStZ 2003, S. 169, 171.

[158] Schlothauer/Weider, Verteidigung in Revisionsverfahren, 2. Aufl., Rn. 128.

[159] So Schlothauer/Weider, Verteidigung in Revisionsverfahren, 2. Aufl., Rn. 128.

[160] BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2008 - 2 BvR 2262/07 (juris Rn, 15, 18).

2. Gründe für eine rügelose Prüfungspflicht von Amts wegen

Weitgehend unbeeinflusst von der Einordnung der Verfahrenshindernisse wird schon aus dem „Wesen der Prozessvoraussetzungen", hergeleitet, dass diese in jeder Lage des Verfahrens – auch ohne Rüge – von Amts wegen geprüft werden müssen; denn sie müssen „nicht nur im Interesse des Angeklagten, sondern auch im allgemeinen Interesse gegeben" sein.[161] Abgesehen davon, dass das Gesetz dies selbst nicht durchgängig als notwendig erachtet (vgl. §§ 6a, 16, 338 Nr. 4 StPO), wird selbst von denjenigen, die eine Prüfungspflicht von Amts wegen befürworten, nur teilweise eine „anlasslose" Prüfung gefordert; andere – etwa das Bundesverfassungsgericht in obiger Entscheidung – halten – um die Prüfungspflicht von Amts wegen auszulösen – den Vortrag greifbarer Anhaltspunkte oder wenigstens einen erkennbaren Anlass für erforderlich.[162]

3. Gründe für die Erforderlichkeit einer (ausdrücklichen) Rüge von Verfahrenshindernissen

Das Revisionsgericht findet für Verfahrenshindernisse (zumindest) regelmäßig in dem auf die Sachrüge hin zu überprüfenden Urteil, aber auch in den zu (anderen) Verfahrensrügen vorgebrachten Tatsachen keine Ansatz– und Anhaltspunkte. Nicht anders als bei § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bezweckt eine Rügepflicht für Prozessvoraussetzungen daher, das Revisionsgericht vor einer unzumutbaren Arbeitsbelastung zu bewahren,[163] ihm also die „Mammutaufgabe"[164] der planlosen Durchsicht der Akten nach eventuellen Verfahrenshindernissen zu ersparen, und ihm die Erfüllung des „revisionsrechtlichen Kernzwecks" zu ermöglichen.[165]

Selbst wenn man den Revisionsgerichten eine solche „Mammutaufgabe" in der Hoffnung, sie könnten in mehreren tausend Fällen (allein beim Bundesgerichtshof in jährlich über 3.000 Verfahren) von Amts wegen auch ohne Rüge sämtliche Verfahrenshindernisse prüfen, wäre hierbei zu bedenken, dass der Tatrichter Erkenntnisse zu Verfahrenshindernissen im Freibeweisverfahren gewinnen darf.[166] Abgesehen von der deshalb bei „doppelrelevanten Tatsachen" bestehenden Problematik[167] ist der Tatrichter zu Mitteilungen über solche im Freibeweisverfahren gewonnene Erkenntnisse im Urteil jedoch weder nach § 267 StPO, noch aus sonstigen Gründen gezwungen.[168] Auch kann das, was in

[161] BGHSt 16, S. 115, 117; 46, S. 230, 236.

[162] Vgl. die oben auszugsweise wiedergegebene Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 29. Januar 2008 - 2 BvR 2262/07 (juris Rn, 18); KK-StPO/Gericke, 7. Aufl., § 344 Rn. 24; weitere Nachweise bei Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 57.

[163] Zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO: BVerfGE 112, S. 185, Rn. 101, 107, 115 (auch zu den Gesetzesmaterialien); vgl. ferner El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 70 f., 73, 261 m.w.N.

[164] Zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO: El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 74.

[165] So zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO: BVerfGE 112, S. 185, Rn. 110; El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 71 f.

[166] Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 337 Rn. 29; Frisch in SK-StPO, § 337 Rn. 47; vgl. auch El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 48, ferner S. 250, 264, 283 jeweils m.w.N.

[167] Dazu BGHSt 46, 230, 238; Frisch in SK-StPO, § 337 Rn. 48; Franke in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 337 Rn. 31 f.; Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 1130; Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 837 f.; El-Ghazi, HRRS 2014, 350, 353 ff.; El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 113, 240 ff., 253 f., 256 f., 259, 261, 283 jeweils m.w.N.

[168] El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 243.

den Akten niedergelegt ist, schon längst überholt sein,[169] so dass die Revisionsgerichte zu umfangreichen Ermittlungen im Freibeweisverfahren verpflichtet wären, etwa um in Fällen mit Auslandsbezug – wie bei BtM-Straftaten oder im Bereich organisierter Kriminalität – durch Nachfragen in allen oder allen in Betracht kommenden Ländern, mit denen Doppelbestrafungsverbote bestehen, zu klären, ob dort ein Strafverfahren gegen den hier Angeklagten anhängig war oder ist.[170]

Schon eine in diesem Sinn verstandene „Leistungstheorie" schließt es aus, den Revisionsgerichten die rügelose Prüfung sämtlicher Verfahrenshindernisse von Amts wegen aufzuerlegen. Vielmehr kann und muss vom Revisionsführer – zumeist dem Angeklagten – verlangt werden, eine entsprechende Rüge zu erheben. Dies rechtfertigt sich im Revisionsverfahren – anders als in den Tatsacheninstanzen – schon durch seine „Dispositionsbefugnis".[171] Denn ihm steht es frei, ein Urteil auch dann hinzunehmen, wenn er trotz eines Verfahrenshindernisses verurteilt wurde.[172] Sogar wenn er hierzu nicht bereit ist, steht es ihm an sich offen, welchen seiner Ansicht nach bestehenden Rechtsfehler er zur Prüfung durch das Revisionsgericht stellt. Selbst erhebliche Grundrechtseingriffe[173] oder gravierende Verletzungen der EMRK müssen in der Revision – regelmäßig mit einer Verfahrensrüge – gerügt werden, damit sie vom Revisionsgericht überprüft werden. Bei einem wertenden Vergleich sind solche (zu rügenden) Rechtsverletzungen, aber auch sonstige Fälle der in § 338 StPO aufgeführten absoluten Revisionsgründe oder die Verurteilung eines aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen Unschuldigen, jedenfalls nicht als geringer zu bewerten als etwa ein fehlender oder zurückgenommener Strafantrag oder Mängel des Eröffnungsbeschlusses.[174] Den Revisionsführer bei Verfahrenshindernissen in seiner Dispositionsmöglichkeit hinsichtlich der vom Revisionsgericht zu prüfenden Gesetzesverletzungen einzuschränken besteht mithin weder Anlass, noch eine hinreichende Rechtfertigung, zumal sich die den Verfahrenshindernissen vom Gesetzgeber zugemessene Bedeutung auch darin zeigt, dass sie noch nicht einmal einen eigenen Wiederaufnahmegrund darstellen, sondern – nach herrschender Ansicht – allenfalls § 359 Nr. 5 StPO unterfallen.[175]

---

[169] Vgl. (mit einem anschaulichen Beispiel) El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 19 m.w.N.

[170] Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 820; siehe auch SSW-StPO/Widmaier, § 337 Rn. 6.

[171] Dazu auch Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, S. 809, 814.

[172] Vgl. auch Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 71 f., 73.

[173] Vgl. etwa BGHSt 19, S. 273, 275 f. , 277 (zu Art. 10 GG); ferner Frisch in SK-StPO, § 337 Rn. 63; Peters, Gutachten zum 52. Deutschen Juristentag, C 76; Jähnke, Zur Abgrenzung von Verfahrens- und Sachrüge, in Festschrift für Meyer-Goßner, 2001, S. 559, 565 m.w.N.; zum Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen: Rieß JR 1985, S. 45; Hillenkamp NJW 1989, S. 2841.

[174] Vgl. auch Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 63, zur Gleichwertigkeit aller Urteilsvoraussetzungen auch S. 250; ähnlich auch BGHSt 22, S. 213, 216 f., und BGHSt 16, S. 115, 119: „Die Bedeutung der Verfahrensvoraussetzungen soll nicht geschmälert werden, es muß aber bestritten werden, daß Fehler der Beurteilung, die in diesem Bereich vorkommen, grundsätzlich schwerer wiegen als Fehler bei der Anwendung des sachlichen Rechts"; einschränkend BGHSt 46, S. 230, 237.

[175] Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 359 Rn. 39; Frisch/Deiters in SK-StPO, § 359 Rn. 11 ff.; Schöneborn, MDR 1975, S. 6, 10 f.; vgl. auch KK-StPO/Schmidt, 7. Aufl., § 359 Rn. 34; zur analogen Anwendung von § 371 Abs. 2 StPO: Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 123 (in einem dort wiedergegebenen, bereits in GA 1973, S. 366 veröffentlichten Aufsatz).

Fazit:

Die Prüfungspflicht von Amts wegen hat bei Verfahrensvoraussetzungen in Tatsacheninstanzen eine hinreichende Rechtfertigung.[176] In der Revision als reiner Rechtsinstanz ist eine rügelose Überprüfung von Amts wegen nicht geboten.[177] Sie kann vom Revisionsgericht nicht geleistet werden und widerspricht der bei Revisionen bestehenden Dispositionsbefugnis des Rechtsmittelführers. Sie ist derzeit weder ausnahmslos gewährleistet (vgl. §§ 6a, 16, 338 Nr. 4 StPO), noch wäre die Einführung einer Rügepflicht „systemfremd".[178] Eine Rügepflicht macht die Revision auch nicht von unerfüllbaren oder unzumutbaren Voraussetzungen abhängig,[179] sofern sie solche Verfahrenshindernisse ausnimmt, die das Revisionsverfahren selbst betreffen,[180] und sich auf diejenigen Prozesshindernisse beschränkt, die vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist entstanden sind.[181] Eine Rügepflicht für Verfahrenshindernisse ist auch mit der EMRK vereinbar.[182] Auch aus anderen Gründen ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, eine solche Rügepflicht einzuführen.[183]

Ich befürworte daher, für Verfahrenshindernisse eine Rügepflicht nach § 344 Abs. 2 Satz 1 StPO (ausdrücklich) einzuführen, soweit sie vor Ablauf der Revisionsbegründungspflicht entstanden sind und nicht lediglich das Revisionsverfahren betreffen. Die Rügepflicht sollte – in Anlehnung an § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO und den mit dieser Vorschrift verfolgten Zweck – den Revisionsführer auch dazu verpflichten, die zur Begründung des Verfahrenshindernisses erforderlichen Tatsachen zumindest insoweit mitzuteilen, als sie sich weder aus den Urteilsgründen ergeben, noch offenkundig sind.

6. Einführung einer gesetzlichen Regelung zum 10-Augen-Prinzip

Eine gesetzliche Regelung zum 10-Augen-Prinzip verstößt gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt:[184]

---

[176] Meyer-Goßner, NStZ 2003, S. 169, 170; Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 43 f.

[177] Vgl. Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 72 f.; nur teilweise zustimmend: Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 42 f., 54.

[178] Vgl. BSG, Urteil vom 21. März 1978 - 7/12/7 RAr 41/76 (Leitsatz: Bei einer nicht zulässigen Berufung ist für die Herbeiführung ihrer Zulässigkeit nach SGG § 150 Nr. 2 die Rüge des Verfahrensmangels auch dann erforderlich, wenn es sich um einen "von Amts wegen zu beachtenden Verfahrensmangel" handelt.); zu § 545 Abs. 2 ZPO auch Ball in Musielak, ZPO, 11. Aufl., § 545 Rn. 12 f.; vgl. für § 100 PatG auch: BGH, Beschluss vom 11. November 1993 - I ZB 18/91 (juris Rn. 30: Kann eine Rechtsbeschwerde nur auf bestimmte Beschwerdepunkte gestützt werden, zu denen Verfahrensvoraussetzungen nicht zählen, ist dem Rechtsbeschwerdegericht deren Prüfung verwehrt.).

[179] BVerfGE 112, S. 185, Rn. 109.

[180] Vgl. dazu auch Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 1140 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 346 Rn. 11; Meyer-Goßner, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, S. 48; Meyer-Goßner, NStZ 2003, S. 169, 173 f.; Karnowsky, Revisionszulässigkeit und Verfahrenshindernisse im Strafverfahren, 1974, S. 20 ff.

[181] Vgl. dazu auch Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 68 f., 72 f.

[182] Vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 778 m.w.N.

[183] So ausdrücklich BGHSt 10, S. 74, 75; ähnlich El-Ghazi, Die Zuordnung von Gesetzesverletzungen zu Sach- und Verfahrensrüge in der strafprozessualen Revision, 2014, S. 100; Volk, Prozeßvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, S. 64 hält eine Rügepflicht für konsequent.

[184] Entscheidung vom 23. Mai 2012 - 2 BvR 610/12, 625/12.

> *Die Entscheidung, ob der Spruchkörper sich mit Blick auf die Arbeitsteilung im Kollegium darauf beschränkt, durch den Berichterstatter über den maßgeblichen Sach– und Streitstand informiert zu werden, oder die Vollständigkeit und Richtigkeit des Berichterstattervortrags – allein darum geht es an diesem Punkt – dadurch sichert und verstärkt, dass ein, mehrere oder alle Mitglieder des Spruchkörpers sich den Streitstoff aus den Akten selbst erarbeiten, ist ihm überlassen und insoweit Ausfluss der richterlichen Unabhängigkeit. Diese gewährleistet die Freiheit von äußeren Einflüssen sowohl für die Entscheidung als auch den Entscheidungsprozess (vgl. Hillgruber, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Mai 2008), Art. 97 Rn. 21; Schulze–Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2008, Art. 97 Rn. 30; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl. 2011, Art. 97 Rn. 3; auch BGHZ 42, 163 <169>). Dabei ist es jedem Richter in Ausübung seiner Unabhängigkeit und persönlichen Verantwortung jederzeit unbenommen, sich selbst unmittelbar aus den Akten kundig zu machen, wenn er dies für seine Überzeugungsbildung für erforderlich hält und nicht allein auf den Vortrag des Berichterstatters zurückgreifen möchte.*

Eine gesetzliche Regelung zum 10-Augen-Prinzip ist daher unzulässig. Sie wäre aber auch zur Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht geboten. Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt:[185]

> *Eine Gehörsverletzung ist endlich nicht mit der Behauptung dargetan, daß die anderen Beisitzer neben dem Berichterstatter und dem Vorsitzenden des Strafsenats des Revisionsgerichts die schriftlichen Grundlagen der Revisionsentscheidung nicht selbst im Wortlaut zur Kenntnis genommen hätten, sondern sich ihre Überzeugung allein auf der Grundlage des mündlichen Vortrags des Berichterstatters gebildet hätten. …*
>
> *Sinn der Tätigkeit eines mit mehreren Richtern besetzten Spruchkörpers ist es indessen ersichtlich nicht, daß alle Mitglieder die Akten oder einzelne Schriftsätze vollständig lesen; er liegt vielmehr vornehmlich darin, alle bedeutsamen Fragen im Spruchkörper zu erörtern.*

Im Übrigen liegt aus meiner Sicht kein nachvollziehbarer Grund dafür vor, ausgerechnet und – soweit ersichtlich – nur die mit Revisionen befassten Strafsenate – aber keine anderes Entscheidungsgremium – auf eine derartige Weise in seiner Entscheidungsfindung zu reglementieren, zumal die Überprüfung und Kontrolle einer solchen Pflicht (wohl) schon am Beratungsgeheimnis scheitern müsste.

[185] Beschluss vom 24. März 1987 - 2 BvR 677/86, NJW 1987, S. 2219, 2220.

Entscheidung auswirken. Aber das zeigt schon, dass eine Hauptverhandlung die große Ausnahme ist und dass die gesetzliche Regelung, wonach grundsätzlich eine Hauptverhandlung stattfinden soll und nur ausnahmsweise (und sozusagen mit schlechtem Gewissen) schriftlich entschieden werden darf, verfehlt ist, wie *Fezer*[28] zutreffend herausgearbeitet hat. Der Verfasser hat ebenfalls schon vor vielen Jahren darauf hingewiesen, dass die Revision eben von ihrem Wesen her ein *schriftliches* Verfahren ist[29]. Das Gesetz sollte daher dahin geändert werden, dass eine Revisionshauptverhandlung nur dann stattfindet, wenn das Gericht sie im Hinblick auf die (materiell- oder verfahrens-) rechtlichen Schwierigkeiten, die das Verfahren aufwirft, für notwendig erachtet. Eine gegenüber der heutigen Praxis veränderte Situation würde sich damit nur hinsichtlich der staatsanwaltschaftlichen Revisionen ergeben, die dann auch regelmäßig schriftlich ohne Hauptverhandlung erledigt werden könnten.

III.

1. Damit ist allerdings der Grundfehler des jetzigen Revisionsverfahrens – nämlich der Eindruck, dass die Staatsanwaltschaft durch ihren Antrag den Gang des Verfahrens festlegt und die Entscheidung vorherbestimmt – noch nicht behoben. Es muss hier die Waffengleichheit zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung hergestellt und klargelegt werden, dass die Herrschaft über den Gang des Verfahrens und den Inhalt der Entscheidung beim Revisionsgericht liegt. Die Waffengleichheit wäre hinsichtlich der Notwendigkeit der Durchführung einer Hauptverhandlung durch die vorgeschlagene Änderung gesichert. Damit übereinstimmend müsste § 349 StPO geändert werden, woraus sich zunächst einmal auch eine Vereinfachung im Verfahrensgang ergeben könnte:
Nach derzeitiger Rechtslage wird die Revisionsbegründung nach § 347 Abs. 1 S. 1 StPO zunächst dem Gegner – also in dem hier interessierenden Zusammenhang die Revisionsbegründung der Verteidigung der Staatsanwaltschaft – zugestellt, die nach § 347 Abs. 1 S. 2 StPO eine Gegenerklärung einreichen kann. Nach Nr. 162 RiStBV wird eine solche – in der Praxis äußerst unbeliebte und oftmals nicht erfolgende[30] – Gegenerklärung nur bei erhobenen Verfahrensrügen abgegeben. Da sie sich auf die Feststellung der Formalien beschränkt, aber zur Sache keine Stellung nimmt – dies bleibt der Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht überlassen –, tritt hierdurch eine vermeidbare Verfahrensverzögerung ein. § 347 StPO sollte daher auf den Satz 1 des Absatzes 1 (Zustellung der Revisionsschrift an den Gegner) beschränkt werden[31] und dann fortfahren, dass die Akten anschließend der Staatsanwaltschaft

28 Fn. 14.
29 FS für Sarstedt, 1989, S. 195, 226.
30 Vgl. dazu eingehend *Drescher* NStZ 2003, 296; *Kalf* NStZ 2005, 190.
31 Anders aber *Fezer* Fn. 14 S. 48.

bei dem Revisionsgericht zuzuleiten sind. Dies wird schon bei der geltenden Gesetzeslage befürwortet[32], ist aber jedenfalls bedenkenfrei, wenn der GBA (oder die Staatsanwaltschaft beim OLG) zu der Revision des Verteidigers nur – wie vorgeschlagen – als Verfahrensgegner Stellung nimmt, aber nicht mehr einen die Entscheidung des Revisionsgerichts scheinbar präjudizierenden, jedenfalls für die Anwendung des § 349 Abs. 2 StPO entscheidenden Antrag stellt[33].
§ 349 Abs. 2 StPO würde dann darauf beschränkt werden, dass die Staatsanwaltschaft beim Revisionsgericht zu der erhobenen Revision Stellung zu nehmen hat; § 349 Abs. 3 StPO bliebe unverändert. Die Absätze 4 und 5 würden entfallen, Absatz 1 wäre bei § 353 StPO einzustellen, der die Entscheidungsmöglichkeiten des Revisionsgerichts darstellen sollte. Das Revisionsgericht trifft danach seine Entscheidung – Verwerfung der Revision durch Beschluss als unzulässig oder unbegründet, Aufhebung des Urteils durch Beschluss oder Entscheidung durch Urteil nach Hauptverhandlung –, wobei regelmäßig durch Beschluss entschieden werden würde. Die unselige – ja den Revisionsführer kränkende – Verwerfung der Revision als »offensichtlich« unbegründet würde entfallen.
Die Vorschriften der §§ 347, 349, 350 und 353 StPO würden damit etwa folgenden Wortlaut erhalten:

§ 347:
Ist die Revision rechtzeitig eingelegt und sind die Revisionsanträge rechtzeitig und in der vorgeschriebenen Form angebracht, so ist die Revisionsschrift dem Gegner des Beschwerdeführers zuzustellen. Sodann sendet das Gericht die Akten an die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht.

§ 349:
Die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht nimmt zu der Revision schriftlich Stellung und übersendet ihre Stellungnahme dem Beschwerdeführer. Dieser kann binnen zwei Wochen eine schriftliche Gegenerklärung beim Revisionsgericht einreichen.

§ 350 Abs. 1:
Die Entscheidung des Revisionsgerichts ergeht durch einen zu begründenden Beschluss. Hält das Revisionsgericht wegen der rechtlichen Schwierigkeit der Sache eine Entscheidung durch Urteil für erforderlich, so ordnet es die Durchführung einer Hauptverhandlung an.

32 LR-*Hanack* 25. Aufl. Rn. 9 zu § 347.
33 Im umgekehrten Fall – Revision der Staatsanwaltschaft – wird sich der Verteidiger ohnehin gegenüber dem Revisionsgericht zur Revision der Staatsanwaltschaft äußern; eine zusätzliche Äußerung nach § 347 Abs. 1 S. 2 StPO gegenüber der Staatsanwaltschaft erscheint überflüssig und wird in der Praxis wohl auch höchstens von einem absolut unkundigen Verteidiger abgegeben (kaum vorstellbare Ausnahme: Der Verteidiger erkennt, dass die Revision der Staatsanwaltschaft, was diese übersehen hat, verspätet eingelegt worden ist).

Die bisherigen Absätze 1 und 2 werden Absätze 2 und 3.
Der bisherige Absatz 3 wird Absatz 4 und lautet:
Hat der Angeklagte keinen Verteidiger gewählt, so wird ihm vom Vorsitzenden ein Verteidiger für die Hauptverhandlung bestellt.

§ 353:
Abs. 1 erhält folgende Fassung:
Das Revisionsgericht verwirft die Revision, wenn es das Rechtsmittel für unzulässig oder für unbegründet hält.
Die bisherigen Absätze 1 und 2 werden Absätze 2 und 3.

2. Bei dieser vorgeschlagenen Gesetzesänderung müsste der BGH seine Entscheidung allerdings stets mit Gründen versehen. Dabei wäre es natürlich nach wie vor möglich, auf die Ausführungen des GBA Bezug zu nehmen; aber das müsste offen und nicht wie nach derzeitiger Rechtslage nur verdeckt – nämlich inzidenter durch die Verwerfung der Revision – erfolgen. Genauso könnte bei Begründetheit der Revision auch auf die Ausführungen der Verteidigung verwiesen werden; es ist unschön, wenn sich der BGH – wie es derzeit manchmal geschieht – auf die Ausführungen des Generalbundesanwalts bezieht und dabei verschweigt, dass die Revision des Verteidigers diese begründete Rüge erhoben hatte.
Natürlich erfordert diese Regelung, die die Entscheidung des BGH in den Mittelpunkt stellt und höchstens ergänzend auf die Ausführungen des GBA verweist, einen höheren Arbeitsaufwand beim BGH. Insofern muss auf den unter I gemachten Vorschlag, die Strafsenate durch erhöhte Zuweisungen von wissenschaftlichen Mitarbeitern zu verstärken, zurückgegriffen werden. Nur auf diese Weise können aber die berechtigten, seit jeher insbesondere von Verteidigerseite gegen die Regelung des § 349 Abs. 2 StPO erhobenen Bedenken[34] beseitigt werden.
Der Verfasser befindet sich auch insoweit in Übereinstimmung mit *Fezer*, als dieser eingehend darlegt[35], dass die mündliche Verhandlung nur in relativ seltenen Fällen gegenüber dem schriftlichen Verfahren einen Erkenntnisvorteil bringt, so dass es nicht gerechtfertigt ist, die Hauptverhandlung als Regel und die schriftliche Entscheidung als Ausnahme zu konzipieren, sondern gerade das Gegenteil zutreffend ist. *Fezer* schlägt demgemäß vor[36], gesetzlich festzulegen, dass das Revisionsgericht grundsätzlich durch Beschluss und nur ausnahmsweise durch Urteil entscheidet[37]. Auch er folgert daraus aber eine Begründungspflicht für die Entscheidung des

34 Vgl. nur *v Stackelberg* Fn. 9.
35 Fn. 14 S. 45/46.
36 Fn 14 S. 47.
37 Womit er einräumt, seine früher vertretene Position einer positiven Einschätzung der Funktion der mündlichen Verhandlung aufzugeben (aaO Fn. 95). Soweit er in Fn. 106 bemerkt, es reiche nicht aus, in § 349 Abs. 2 StPO das Wort »offensichtlich« zu streichen, wie ich in der 49. Auflage meines StPO-Kommentars in Rn 11 zu § 349 vorgeschlagen hatte, ist zu sagen, dass dies natürlich nur eine

Senats[38]. Ähnlich hat schon *Dahs*[39] vorgeschlagen, § 349 Abs. 2 StPO dahin umzuformulieren, dass das Revisionsgericht durch Beschluss entscheidet, »wenn es einstimmig die Revision für unbegründet erachtet und die Hauptverhandlung keine weiteren Erkenntnisse rechtlicher oder tatsächlicher Art erwarten lässt«. Dass die Forderung der »Einstimmigkeit« aber ersichtlich keine erhebliche praktische Bedeutung zu entfalten vermag, wurde schon oben dargelegt.
Würde der Gesetzgeber diesen übereinstimmenden Vorschlägen[40] zur Umgestaltung des Revisionsrechts folgen, so wäre ein großes Unbehagen der Strafverteidiger am derzeitigen Verfahren beseitigt. Es ist zwar darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber grundsätzlich vor der Frage steht, entweder gegen *jedes* landgerichtliche und oberlandesgerichtliche Urteil im ersten Rechtszug die Revision zuzulassen, dafür aber die Begründungsanforderungen für die Revisionsentscheidung herabzusetzen, oder den Zugang zum BGH insoweit (z.B. durch Verlagerung weniger gewichtigerer Fälle auf das OLG oder durch Einführung einer Zulassungsrevision[41]) einzuschränken, dafür aber jeweils ausführlich begründete Entscheidungen zu verlangen. Es dürfte wohl weitgehend Übereinstimmung dahin bestehen, dass die Entscheidung des Gesetzgebers für die erste Alternative richtig ist. Es ist aber ebenso unbestreitbar, dass es kaum hinnehmbar ist, die Verteidiger in der Vielzahl der Fälle mit einem formularmäßigen Beschluss »abzuspeisen«. Vorbild sollte auch hier das Bundesverfassungsgericht sein, das auch seine die Verfassungsbeschwerde verwerfenden Entscheidungen fast immer mit einer – wenn auch oftmals sehr knappen – Begründung versieht. Wenn dem BGH wie dem Bundesverfassungsgericht ausreichend Hilfskräfte zur Verfügung gestellt würden, dürften keine unüberwindlichen Schranken für eine solche notwendig erscheinende Gesetzesänderung zu überwinden sein. Der Verteidiger könnte sich dann nicht mehr »abgefertigt« vorkommen[42]; der Gewinn für unsere Rechtskultur wäre beachtlich. Kostengründe sollten in Anbetracht des nach der hier vorgeschlagenen Lösung nicht sehr großen Aufwands kein ausschlaggebendes Hindernis sein. Wenn die Entscheidung stets mit Gründen versehen wird, so ließe es sich auch rechtfertigen, die Gebühr für die Entscheidung des BGH, die bei einer Verwerfung der Revision durch Urteil oder Beschluss derzeit – im Verhältnis zum Arbeitsaufwand nur unverhältnismäßige – 60 € beträgt[43], mode-

Minimallösung war, um Norm des Gesetzes und Gesetzespraxis in Übereinstimmung zu bringen; in der 50. Auflage habe ich mich bereits zustimmend zu der von *Fezer* vorgeschlagenen und nun auch hier vertretenen großen Lösung geäußert.
38 Fn. 14 S. 48.
39 NStZ 2001, 298.
40 Anders allerdings *Fürstenau* Fn. 10 S. 43: »Ist die Unbegründetheit dagegen nicht offensichtlich, vermag auch eine Begründung den Verlust der Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeit der Prozessbeteiligten [erg. durch eine Hauptverhandlung] nicht zu ersetzen«. Damit legt *Fürstenau* der Revisionshauptverhandlung aber eine Bedeutung bei [auch S. 42: »das dem Angeklagten (!) zustehende Recht auf eine Hauptverhandlung«], die ihr nicht zukommt.
41 Zu Recht skeptisch dazu *Detter* Fn. 7 S. 350.
42 Vgl. *Dahs* Fn. 39: »Diskriminierendes Ergebnis der Verwerfung des Rechtsmittels ohne Begründung«.
43 Anlage 1 zum GKG Nr. 3440.

RiBGH Prof. Dr. Henning Radtke

Expertenkommission des BMJV zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Fünfte Sitzung am 16./17. März 2015

Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens

(Kurzgutachten)

A. Deutung der Aufgabenstellung

„Stärkung“ des Wiederaufnahmeverfahrens ist offenbar als Erweiterung von dessen Anwendungsbereich über das bisher geltende Recht hinaus und/oder als Erleichterung der Voraussetzungen für die Einleitung und Durchführung der Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO) gemeint. Beides dürfte allein auf die Wiederaufnehme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten und hier ausschließlich auf die Wiederaufnahme propter nova (§ 359 Nr. 5 StPO) gemünzt sein. Eine „Stärkung“ der Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Verurteilten propter falsa (§ 359 Nr. 1 – 4 StPO) kann kaum intendiert sein. Ein Bedürfnis hierfür ist auch nicht zu erkennen.

Die zuletzt während der 16. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages diskutierte Einführung der Wiederaufnahme zu Lasten des Freigesprochenen propter nova[1] (§ 362 Nr. 5 StPO in der Fassung des Entwurfs) scheint ebenfalls nicht Gegenstand des Vorschlags zur Befassung der Kommission mit dem Wiederaufnahmerecht zu sein. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich schon deshalb lediglich auf eine mögliche Ausweitung der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten bei neuen Tatsachen und Beweismitteln. Für eine getrennte Befassung mit der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten einerseits und der zu seinen Lasten andererseits spricht auch der unterschiedliche Rechtsrahmen. Anders als bei der Wiederaufnahme zu Ungunsten des Freigesprochenen resultieren aus Art. 103 Abs. 3 GG

[1] Vgl. Gesetzentwurf des Bundesrates „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts“ BT-Drucks. 16/7957

angesichts des individualschützenden Charakters[2] dieses Prozessgrundrechts[3] keine Grenzen für die einfachgesetzliche Gestaltung des Rechts der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten im Strafverfahren.

Die nachfolgenden – den Abreden in der Kommission entsprechend – knappen Erwägungen beschränken sich daher auf die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten propter nova.

B. Zweck der Wiederaufnahme des Verfahrens und Kritik am geltenden Wiederaufnahmerecht

Die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß §§ 359 ff. StPO ist ein außerordentlicher Rechtsbehelf.[4] Sie dient mittels Durchbrechung der Rechtskraft des ersten gegen denselben Täter wegen derselben Tat (§ 264 StPO) ergangenen Urteils[5] zur Durchsetzung materieller Einzelfallgerechtigkeit.[6]

In der Ausrichtung auf die Herstellung materieller Einzelfallgerechtigkeit stimmt der Rechtsbehelf mit dem allgemeinen Ziel des Strafverfahrens überein. Dessen Ziel ist – wie bereits in meinem Vorschlag zur Einführung eines schriftlichen Strafverfahrens (vorgestellt und diskutiert in der dritten Sitzung der Kommission im November 2014) näher ausgeführt - die Wiederherstellung des durch den Verdacht einer Straftat beeinträchtigten Rechtsfriedens; dies geschieht mittels Herbeiführung einer *materiell gerechten* Entscheidung über den Einzelfall.[7] Materiell gerecht kann lediglich auf der Grundlage eines zutreffend ermittelten Sachverhalts entschieden werden. Die Ermittlung der materiellen Wahrheit ist damit notwendige Bedingung der materiell gerechten Entscheidung.[8]

Vorschläge zur „Stärkung“ des Wiederaufnahmeverfahrens im Sinne einer Ausdehnung der Wiederaufnahme propter nova zugunsten des Verurteilten (oben A.) müssen sich an ihrer Eignung zur Erreichung dieses Ziels messen lassen. Zudem bedarf es tragfähiger Begründungen für das Vorhandensein von Defiziten des geltenden Rechts der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten im Hinblick auf die

---

2 Vgl. *Radtke* in Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl., Art. 103 Rn. 44 mwN.

3 BVerfGE 56, 22, 32.

4 *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 3. Aufl., Rn. 5; *Radtke* in Radtke/Hohmann, StPO, § 296 Rn. 6 mwN.

5 Zu den der Wiederaufnahme zugänglichen Entscheidungsformen näher *Frister* in SK-StPO, 4. Aufl., Band VII, Vor § 359 Rn. 15-27.

6 *Marxen/Tiemann* aaO.

7 In diesem Sinne etwa *Duttge* ZStW 115 (2003), S. 539, 546 f.; *Geppert*, GedD Schlüchter, 2002, 43, 47; *Krack*, Die Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren, 2002, S. 46; *Meyer-Goßner/Schmitt* Einl. Rn. 4; *Radtke* in Radtke/Hohmann Einl. Rn. 4; *Rieß* JR 2006, 269, 270 f.; *Sternberg-Lieben* ZStW 108 (1996), 721, 725-729; weitgehend übereinstimmend *Weigend* ZStW 104 (1992), 486, 502 f; *ders.* ZStW 113 (2001), 271, 277.

8 Siehe insoweit nur *Fischer* StraFo 2009, 177, 181; *Landau*, FS Hassemer, 2010, 1073, 1986.

Herstellung materieller Gerechtigkeit durch das das Erstverfahren rechtskräftig abschließende Urteil. Rechtspolitisch motiviertes Klagen über eine „gläubige Justizpraxis“,[9] die in „Perseveranz-, Inertia- und Schulterschlusseffekten“[10] gefangen ist und deshalb durch restriktive Anwendung des geltenden Rechts die gebotene Korrektur von Fehlurteilen verhindert,[11] begründet jedenfalls die Notwendigkeit von Reformen des Wiederaufnahmerechts nicht ohne Weiteres. Erst recht trägt die Berufung auf das bei „neutraler Betrachtung“ „evident“ erscheinende Fehlurteil[12] als Kritik gegen die lex lata nicht.

Die Kritik am geltenden Recht und seiner Anwendung lässt zum einen valide empirische Grundlagen über Fehlurteilsquoten vermissen und berücksichtigt zum anderen nicht hinreichend die Bedingungen für eine der materiellen Gerechtigkeit besser als das Ersturteil entsprechende Entscheidung über die Tat in einem zweiten Verfahren. Zu Letzterem: Eine dem wahren Sachverhalt näher kommende Sachverhaltsaufklärung in einem Zweitverfahren als Grundlage einer gerechten bzw. gerechteren Entscheidung als im Erstverfahren setzt wenigstens zweierlei voraus:

(1.) die Entscheidung über dieselbe Tat im Erstverfahren ist materiell ungerecht, weil sie nicht auf einem zutreffend ermittelten, also wahren Sachverhalt beruht;

(2.) im Zweitverfahren müssen zuverlässigere Möglichkeit als im Erstverfahren bestehen, den materiell wahren Sachverhalt mit den Beweismitteln des Strafprozesses aufzuklären.[13]

Das Vorliegen beider Voraussetzungen ist aber im Grundsatz ungewiss. Die Behauptung des „Fehlurteils“ stützt sich auf Erkenntnisse, deren Validität erst zu überprüfen ist.[14] Vor dem Durchlaufen eines Verfahrens zur Überprüfung der Erkenntnisse, aus denen sich die materielle Ungerechtigkeit des ersten Urteils ergeben soll, kommt das Verdikt „Fehlurteil“ nicht über die Behauptung seines Vorliegens hinaus. Soll wegen der Behauptung „Fehlurteil“ die Rechtskraft der Erstentscheidung über die prozessuale Tat mit dem Ziel der Herstellung von (mehr) Einzelfallgerechtigkeit durchbrochen werden, kann dies wegen der mit der Rechtskraft auch einhergehenden Rechtssicherheitsfunktion[15] nur geboten sein, wenn Bedingungen bestehen, unter denen im Zweitverfahren eine gerechtete, weil dem wahren Sachverhalt besser

---

9 *Bock/Eschelbach/Geipel/Hettinger/Röschke/Wille* GA 2013, 328, 330

10 *Eschelbach*, FS Stöckel, 2010, S. 199, 206 und passim

11 *Marxen/Tiemann* aaO Rn. 1 f.

12 *Eschelbach*, FS Stöckel, S. 199, 209

13 Vgl. *Frister* in SK-StPO Vor § 296 Rn. 2mwN.; ausführlich *Radtke*, Die Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1993, S. 41 ff.

14 *Loos* JZ 1978, 292, 593; *Radtke* (Fn. 13) S. 43 mwN.

15 Zum Verhältnis von Rechtssicherheit und (materieller) Gerechtigkeit im Kontext von Rechtskraft ausführlicher *Radtke* (Fn. 13) S. 38 ff.

als im Ersturteil zugrunde gelegt entsprechende Entscheidung über die Schuld- oder (soweit Gegenstand des Wiederaufnahmeverfahrens) Straf- oder Rechtsfolgenfrage zu erwarten ist. Solche gegenüber dem Erstverfahren besseren Bedingungen zur Aufklärung des wahren Sachverhalts als bei in dem zeitlich näher an der Tat liegenden Erstverfahren bestehen aber im Wiederaufnahmeverfahren typischerweise gerade nicht.[16] Jedenfalls soweit es zur Aufklärung des Sachverhalts der Erhebung von Personalbeweisen bedarf, verschlechtern sich tendenziell die Bedingungen für eine möglichst valide Ermittlung des wahren Sachverhalts. Schon dies erweckt erhebliche Zweifel an dem Vorhandensein von tragfähigen Gründen für eine Ausweitung oder Erweiterung der Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten propter nova.

C. „Berufungsersatzfunktion“ der Wiederaufnahme gemäß § 359 Nr. 5 StPO)

Die den Forderungen nach einer Reform des § 359 Nr. 5 StPO (und/oder des § 359 Nr. 3 StPO)[17] zugrunde liegende Kritik am geltenden Wiederaufnahmerecht stützt sich u.a. auf eine in der derzeitigen Rechtsanwendung nur unzureichend erfüllte „Berufungsersatzfunktion“ der Wiederaufnahme, die der Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung diesem Rechtsinstitut zugedacht hatte.[18] Dass diese Funktion von vornherein lediglich die Wiederaufnahme von Urteilen bei erstinstanzlicher Zuständigkeit von Landgerichten und Oberlandesgerichten betreffen kann, bedarf keiner Betonung. Schon angesichts des für sämtliche Instanzenzüge im Strafrecht einheitlichen Wiederaufnahmerechts, trägt die Anknüpfung an die „Berufungsersatzfunktion“ kaum. Der Sicherstellung einer verlässlichen Aufklärung des Sachverhalts auf der Grundlage der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise in den erstinstanzlich landgerichtlichen und oberlandesgerichtlichen Verfahren dient neben deren Besetzung mit einem mehrköpfigen Spruchkörper auch die revisionsgerichtliche Kontrolle der tatrichterlichen Beweiswürdigung. Diese Kontrolldichte ist zunehmend enger geworden.[19] Das relativiert die Bedeutung einer vermeintlichen „Berufungsersatzfunktion“ des Wiederaufnahmerechts zusätzlich.

Die Kritik an der praktischen Rechtsanwendung des geltenden Wiederaufnahmerechts zielt letztlich auf tatrichterliche Urteile, von denen behauptet wird, der dort festgestellte Sachverhalt stimme weder mit den in der Hauptverhandlung erhobenen

16 *Frister* und *Radtke* wie Fn. 13.; *Grünwald* ZStW-Beiheft 86 (1974), S. 94, 104 ff.
17 Dazu *Bock/Eschelbach/Geipel/Hettinger/Röschke/Wille* GA 2013, 328, 341 ff.
18 Exemplarisch *Eschelbach*, FS Stöckel, S. 199, 207 ff.
19 Siehe nur zusammenfassend *Wahl*, NJW-Sonderheft für G. Schäfer, 2002, S. 73 f.

tatsächlichen Erkenntnissen noch mit dem Akteninhalt überein.[20] Es werden unterschiedlichste Effekte für das Zustandekommen derartiger Urteile angeführt, deren empirische Validität selbst regelmäßig nicht oder nicht ausreichend belegt wird.

Soweit die Schwäche des geltenden Rechts im Hinblick auf die Verlässlichkeit des „Transports“ der in der Hauptverhandlung gewonnenen tatsächlichen Erkenntnisse in das tatrichterliche Urteil auch in der fehlenden umfassenden Dokumentation der Hauptverhandlung gesehen wird,[21] sei darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber die 1964 eingeführte Pflicht zur Protokollierung des wesentlichen Inhalts von Aussagen in sämtlichen Tatsacheninstanzen[22] bereits 1974[23] als weitgehend wertlos[24] wieder aufgegeben hat. Die aktuell erhobenen Forderungen einer vollständigen Audio-/Video-Aufzeichnung der tatrichterlichen Hauptverhandlung können jedenfalls nicht isoliert allein in Bezug auf die Wiederaufnahme gemäß § 359 Nr. 5 StPO diskutiert werden. Die Diskussion kann lediglich im Rahmen einer Gesamtdebatte um die Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems geführt werden.

D. Vorschlag

Änderungen des § 359 Nr. 5 StPO sind nicht zu empfehlen.

---

[20] Exemplarisch wiederum Eschelbach, FS Stöckel, S. 199 ff. und *Bock/Eschelbach/Geipel/ Hettinger/Röschke/Wille* GA 2013, 328 ff.

[21] Erneut *Eschelbach*, FS Stöckel, S. 199, 209 f. mwN.

[22] § 273 Abs. 2 StPO in der Fassung des Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.12.194, BGBl. I S. 1067

[23] Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 9.12.1974, BGBl. I S. 3393.

[24] Vgl. BT-Drucks. 7/551 S. 83 f.

MRin Stefanie von Strünk
Bayerisches Staatsministerium der Justiz
Prielmayerstr. 7, 80335 München

Fünfte Sitzung der Expertenkommission
zur Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit
des Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens
am 16./17. März 2015

Ausweitung der Annahmeberufung/Ausschluss der Sprungrevision

1. Empfehlung:

   a) Die für die Annahmeberufung in § 313 Absatz 1 StPO festgesetzten Schwellenwerte, die sich am Strafmaß bzw. bei Freispruch oder Verfahrenseinstellung am Strafantrag der Staatsanwaltschaft orientieren, sollen auf einheitlich 60 Tagessätze angehoben werden. Daneben soll der Anwendungsbereich der Annahmeberufung auch auf die Anordnung bzw. Beantragung eines Fahrverbots, einer Entziehung der Fahrerlaubnis bei einer Sperre von nicht mehr als neun Monaten oder einer isolierten Sperre von nicht mehr als neun Monaten erweitert werden.

   b) Die Sprungrevision nach § 335 StPO soll künftig im Bereich der Annahmeberufung ausgeschlossen sein.

2. Begründung:

   a) Die Annahmeberufung hat sich in der Praxis bewährt, auch wenn die daraus erwachsenden Beschränkungen angesichts des engen Anwendungsbereichs bisher eher selten zur Anwendung kommen. Die geltende Regelung mit einem Grenzwert von 15 bzw. 30 Tagessätzen erstreckt sich auf Fälle, in denen häufig eher eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO

als die Verurteilung zu einer Geldstrafe nahe liegt. Wenn die Annahmeberufung spürbar zu einer Entlastung der Strafjustiz, insbesondere bei den kleinen Strafkammern beitragen und eine Effektivierung des Verfahrens bewirken soll, ist es erforderlich, ihren Anwendungsbereich maßvoll auszuweiten.

In der Sache erscheint dies unter anderem deshalb vertretbar, weil die Zulässigkeit der Berufung nur dann beseitigt wird, wenn das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet ist. Die am Strafmaß (15 Tagessätze) bzw. Strafantrag der Staatsanwaltschaft (30 Tagessätze) orientierte Schwelle soll daher auf 60 Tagessätze angehoben und das Fahrverbot sowie – in gewissem Umfang – auch die Entziehung der Fahrerlaubnis sollen einbezogen werden.

Die Anhebung der Schwellenwerte auf 60 Tagessätze stellt eine angemessene Grenze dar, die sowohl die Interessen des Verurteilten ausreichend berücksichtigt als auch eine ausreichende Entlastung mit sich bringt. Der Grenzwert bei Geldstrafen wird einheitlich festgelegt; für eine Differenzierung, wie sie das geltende Recht vorsieht, gibt es keinen überzeugenden Grund.[1]

b) Die Sprungrevision gegen ein amtsgerichtliches Urteil soll dann nicht zulässig sein, wenn nur Annahmeberufung möglich ist. Insoweit wird die Regelung des § 335 Abs. 1 StPO eingeschränkt.

Mit dieser Änderung kann größere Rechtssicherheit im Bereich der Urteilsanfechtung in amtsgerichtlichen Verfahren erreicht und das Strafverfahren beschleunigt werden. Soweit man mit der herrschenden Meinung[2] im Bereich der Annahmeberufung eine Sprungrevision für stets zulässig erachtet und nicht zunächst eine Berufungseinlegung und deren Annahme fordert, wird damit außerdem verhindert, dass das Annahmeerfordernis durch Revisionseinlegung umgangen wird.

---

[1] Mit den vorstehenden Argumenten hat sich auch der Bundesrat in dem am 13. Oktober 2006 beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens (BR-Drs. 660/06 (Beschluss)) für entsprechende Reformen im Bereich der Annahmeberufung ausgesprochen.
[2] vgl. LR/Franke, StPO, 26. Aufl. § 335 Rdn. 2 m.w.N.

Da nur die Sprungrevision ausgeschlossen wird, bleibt die Möglichkeit der Herbeiführung obergerichtlicher Grundsatzentscheidungen auch im Bereich der Annahmeberufung nach wie vor bestehen. Soweit der Angeklagte in zweiter Instanz aufgrund der Berufung der Staatsanwaltschaft gegen einen erstinstanzlichen Freispruch verurteilt wird, steht ihm weiterhin die Möglichkeit zu, hiergegen Revision einzulegen.[3]

[3] Ein entsprechender Vorschlag zum Ausschluss der Sprungrevision im Bereich der Annahmeberufung findet sich im Entwurf eines Justizbeschleunigungsgesetzes des Bundesrates vom 11. Juli 2003 (BR-Drs. 397/03 (Beschluss)) und im Entwurf des Bundesrates für ein Gesetz zur Einführung des Wahlrechtsmittels in die Strafprozessordnung vom 21. September 2007 (BR-Drs. 438/07 (Beschluss)).

MRin Stefanie von Strünk
Bayerisches Staatsministerium der Justiz
Prielmayerstr. 7, 80335 München

Fünfte Sitzung der Expertenkommission
zur Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit
des Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens
am 16./17. März 2015

Wahlrechtsmittel

1. Empfehlung:

   Erstinstanzliche Urteile des Amtsgerichts in Strafsachen sollen künftig in Anlehnung an die Regelung des § 55 Abs. 2 JGG nur noch mit dem Rechtsmittel der Berufung oder dem der Revision angegriffen werden dürfen.

2. Begründung:

   Das Wahlrechtsmittel ist ein tauglicher Beitrag zur Verfahrensbeschleunigung und Steigerung der Effizienz des Strafverfahrens insgesamt. Entsprechend der geltenden Rechtslage für die erstinstanzlich vor dem Landgericht verhandelten Verfahren soll es künftig für Verfahren, die beim Amtsgericht ihren Ausgang nehmen, ebenfalls zwei statt drei Instanzen geben. Hierdurch kann der Instanzenzug im Strafverfahren bei den amtsgerichtlichen Verfahren deutlich gestrafft und damit nicht nur in der Revisionsinstanz, sondern vor allem auch in der Berufungsinstanz eine deutliche Entlastung bewirkt werden.

   Im Jugendstrafrecht hat sich das Wahlrechtsmittel seit langem bewährt (§ 55 Abs. 2 JGG). Auch wenn der Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht eine maßgebliche Rolle bei der damaligen Einführung gespielt hat, steht dies einer Übernahme des als solchen bewährten Instruments in das allgemeine Straf-

verfahren nicht entgegen. Im allgemeinen Strafverfahren besteht zunehmend ein Bedürfnis, Verfahrensabläufe mit Blick auf die begrenzten Ressourcen der Justiz unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze zu straffen, um in absehbarer Zeit zu einer rechtskräftigen Entscheidung zu gelangen. Hierzu kann das Wahlrechtsmittel einen wichtigen Beitrag leisten, wobei zugleich die Vorteile des geltenden Rechtsmittelsystems in Strafsachen gewahrt bleiben. Bewährt hat sich insbesondere, dass eine große Zahl von Strafverfahren vor dem Amtsgericht rechtskräftig erledigt wird, ohne dass das amtsgerichtliche Verfahren aufwändig wäre. Entscheidend ist dabei das Bewusstsein aller Beteiligten, durch eine Einlegung der Berufung gegebenenfalls erreichen zu können, dass vor dem Landgericht eine vollständig neue Hauptverhandlung durchgeführt wird. Dies führt dazu, dass die große Masse der Verfahren vor dem Amtsgericht verfahrensökonomisch erledigt werden kann. Hieran wird sich durch das Wahlrechtsmittel nichts ändern. Hinzukommt, dass ein dreizügiger Instanzenzug für Verfahren, die beim Amtsgericht beginnen, auch in rechtsstaatlicher Hinsicht und mit Blick auf die grundgesetzliche Rechtsschutzgarantie nicht geboten ist. Ausreichend und sachgerecht ist es, eine amtsgerichtliche Entscheidung nach Wahl entweder mit der Berufung oder der Revision angreifen zu können.

Der Einwand, dass das Wahlrechtsmittel zu einer größeren Belastung bei den Amtsgerichten führen könne, weil sie sich mehr als bisher gezwungen sehen könnten, ihr Urteil "revisionssicher" abzufassen, greift nach den Erfahrungen im Jugendstrafrecht und nach den Erfahrungen mit dem früheren Wahlrechtsmittel im allgemeinen Strafrecht nicht durch. In aller Regel wird es für den Rechtsmittelführer attraktiver sein, Berufung und nicht Revision einzulegen. Zudem besteht auch nach der geltenden Rechtslage, die eine unbestimmte Anfechtung des Urteils zulässt und die endgültige Wahl zwischen Berufung und Revision bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist (§ 345 Abs. 1 StPO) ermöglicht, immer die Möglichkeit, dass letztlich Revision eingelegt wird. Das Amtsgericht muss daher auch nach geltendem Recht seine Verhandlungsführung darauf einstellen und dies bei der Abfassung des Urteils berücksichtigen.

Ein weiterer Vorteil des Wahlrechtsmittels ist, dass in der Berufungsinstanz für den Berufungsführer der Anreiz zu solchen Anträgen entfällt, die lediglich den Boden für eine Revision bereiten sollen. Die Einführung des Wahlrechtsmittels

wird im Übrigen rasch wirksam, weil sie nicht mit Komplikationen organisatorischer und rechtlicher Art verbunden ist.[1]

[1] Mit den vorstehenden Argumenten hat auch der Bundesrat im Entwurf eines Justizbeschleunigungsgesetzes vom 11. Juli 2003 (BR-Drs. 397/03 (Beschluss)) und im Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Wahlrechtsmittels in die Strafprozessordnung vom 21. September 2007 (BR-Drs. 438/07 (Beschluss)) die Einführung des Wahlrechtsmittels befürwortet.

F.

Vollstreckungsverfahren

Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

hier: Zuständigkeitskonzentration bei der großen Strafvollstreckungskammer

I.
Empfehlung

Es wird vorgeschlagen, in § 78b Abs. 1 Nr. 1 GVG das Komma durch ein Semikolon zu ersetzen und folgenden Halbsatz anzufügen:

„ist nach § 454b Abs. 3 der Strafprozessordnung über mehrere Freiheitsstrafen gleichzeitig zu entscheiden, so entscheidet die Strafvollstreckungskammer über alle Freiheitsstrafen mit drei Richtern, wenn diese Besetzung für die Entscheidung über eine der Freiheitsstrafen vorgeschrieben ist,“.

II.
Begründung

Die vorgeschlagene Ergänzung geht zurück auf den Entwurf eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens (BT-Drs. 16/3659).

Nach der derzeitigen Rechtslage kommt es in den Fällen, in denen von der Strafvollstreckungskammer zugleich über die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen und einer zeitigen Freiheitsstrafe oder die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung zu entscheiden ist, zu einer parallelen Befassung der mit drei Berufsrichtern besetzten großen Strafvollstreckungskammer und der mit einem Einzelrichter besetzten kleinen Strafvollstreckungskammer. Der Vorschlag soll diese unökonomische Aufspaltung der Entscheidungskompetenzen beseitigen und der Gefahr unterschiedlicher Prognoseentscheidungen der Strafkammern entgegenwirken.

Die derzeitige Gesetzesfassung beruht im Wesentlichen auf dem am 1. März 1993 in Kraft getretenen Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11. Januar 1993 (BGBl. I S. 50). Die Besetzung der Strafvollstreckungskammern ist in § 78b GVG neu geregelt worden. Danach entscheidet die so genannte große Strafvollstreckungskammer nach § 78b Abs. 1 Nr. 1 GVG in Verfahren über die Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung mit drei Richtern unter Einschluss des Vorsitzenden. Die mit einem Richter besetzte so genannte kleine Strafvollstreckungskammer – es handelt sich um den gleichen Spruchkörper – entscheidet nach § 78b Abs. 1 Nr. 2 GVG in den sonstigen Fällen. Die Einführung der Besetzung der Strafvollstreckungskammer mit einem Richter lehnte sich aus Gründen der Ressourcenknappheit an eine entsprechende Regelung des Einigungsvertrages an (vgl. BR-Drs. 314/91, S. 143).

Diese Aufspaltung hat zur Folge, dass die große Strafvollstreckungskammer nur noch für die Verfahren bei Verurteilungen nach den §§ 57a, 57b, 63, 66 StGB zuständig ist (§ 78b Abs. 1 Nr. 1 GVG), während der Einzelrichter der kleinen Strafvollstreckungskammer alle übrigen Entscheidungen zu fällen hat (§ 78b Abs. 1 Nr. 2 GVG). Die Neuregelung hat gegenüber der früheren – differenzierteren – Regelung im Grundsatz eine deutliche Vereinfachung erbracht und die Abgrenzung erleichtert. Allerdings hat die Rechtsprechung in der Folge mehrfach Anlass gehabt, sich mit der Frage zu befassen, welche Auswirkungen es hat, wenn anstelle des zuständigen Dreier-Kollegiums der Einzelrichter oder an Stelle des zuständigen Einzelrichters das Kollegium entschieden hat.

Es gibt Fälle, in denen neben lebenslangen Freiheitsstrafen auch die Maßregel der Sicherungsverwahrung, der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt oder in einem weiteren Urteil eine zeitige Freiheitsstrafe verhängt wird. Neben Unterbringungen besteht nicht selten Überhaft zur Vollstreckung von Freiheitsstrafen nach Widerruf der diesbezüglich zunächst bewilligten Strafaussetzung zur Bewährung.

Liegen neben den zeitlichen Voraussetzungen einer Entscheidung nach § 57a oder § 57b StGB auch die Voraussetzungen für eine bedingte

Entlassung nach § 57 StGB vor, so hat nach § 57a oder § 57b StGB die große Strafvollstreckungskammer nur über die Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe und gegebenenfalls einer daneben angeordneten Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder in einem psychiatrischen Krankenhaus zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung ist auch zu berücksichtigen, dass der Verurteilte gegebenenfalls noch durch gesondertes Urteil zu zeitiger Freiheitsstrafe und Unterbringung in einer Entziehungsanstalt verurteilt worden ist. Die eigentliche Entscheidung über die Aussetzung der zeitigen Freiheitsstrafe bzw. der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt hat aber ein Einzelrichter der Strafvollstreckungskammer zu treffen.

In diesen Konstellationen entsteht infolge der Zuständigkeitsaufspaltung erhöhter Aufwand für die Strafvollstreckungskammer: Es sind weitere Akten anzulegen, dem Verurteilten ist regelmäßig in den gesondert geführten Verfahren wegen der Schwierigkeit der Rechtslage jeweils ein Pflichtverteidiger beizuordnen und der Verurteilte ist ein weiteres Mal anzuhören (§ 454 StPO). Eventuell ist auch ein weiteres Gutachten nach § 454 Abs. 2 StPO einzuholen. Schließlich ist ein zweiter Beschluss zu fassen, abzusetzen und zuzustellen.

In überbesetzten Spruchkörpern muss der zur Entscheidung berufene Einzelrichter zudem nicht zwingend auch Mitglied der großen Strafvollstreckungskammer sein, die über die Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe zu entscheiden hat. Es ist daher beispielsweise denkbar, dass die große Strafvollstreckungskammer eine positive Legalprognose trifft und die lebenslange Freiheitsstrafe zur Bewährung aussetzt, während der Einzelrichter eine solche Prognose nicht erwägt und die Aussetzung einer gesondert ausgeurteilten zeitigen Freiheitsstrafe zur Bewährung ablehnt.

Zu ähnlichen Konstellationen kann es nach dem geltenden Recht bei im Maßregelvollzug Untergebrachten kommen. Ist zum Beispiel ein Verurteilter in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht worden und stehen außerdem zeitige Freiheitsstrafen zur Verbüßung an, so entscheidet die große Strafvollstreckungskammer über die Aussetzung der Unterbringung, ein Einzelrichter über die Aussetzungsmöglichkeiten nach § 57 oder § 67 Abs. 5 StGB. Im letztgenannten Fall kann der Einzelrichter die Entscheidung der großen Strafvollstreckungskammer ob-

solet machen, indem er eine zugleich mit der Unterbringung verhängte Freiheitsstrafe nicht zur Bewährung aussetzt. Auch in dieser Fallkonstellation ist der dargestellte Verfahrensaufwand zweimal zu leisten.

Um die Doppelarbeit zu vermeiden und der mit einer Zuständigkeitsaufspaltung einhergehenden Gefahr für die Bevölkerung nicht nachvollziehbarer unterschiedlicher Prognoseentscheidungen der Strafvollstreckungskammer zu begegnen, wird vorgeschlagen, dass die große Strafvollstreckungskammer wieder – entsprechend der Gesetzesfassung vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege – für alle Verfahren zuständig ist, die zeitgleich zu entscheiden sind. Diese Entscheidungskonzentration dient nicht nur der Straffung des Verfahrens vor der Strafvollstreckungskammer, sondern erweist sich auch für den Verurteilten und die Verteidigung als vorteilhaft, weil die Konzentration der Entscheidung bei einem Spruchkörper aufwändige Mehrfachanhörungen verhindert und das Verfahren beschleunigt.

Für die Untergebrachten gilt § 454b StPO nach § 463 Abs. 1 StPO entsprechend.

G.

Jugendgerichtliches Verfahren

Expertenkommission des BMJV zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

Stellungnahme zur Frage der Konsequenzen der bisherigen Debatten für das jugendgerichtliche Verfahren von Prof. Dr. Theresia Höynck

Die auf eine Vereinbarung im Rahmen des Koalitionsvertrages hin ins Leben gerufene Expertenkommission hat ausweislich Ihres Titels den Auftrag, Vorschläge für eine „effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ zu erarbeiten. Da genauere Festlegungen zu den Inhalten zunächst nicht bestanden, hat die Expertenkommission zu Beginn eine Sammlung von Themen erstellt, bei denen möglichweise Verbesserungsbedarf besteht. Entsprechend der Aufgabendefinition sollte es hierbei nicht um materiellrechtliche, sondern nur um verfahrensrechtliche Punkte gehen. Hierbei zeigte sich ganz eindeutig ein klarer Schwerpunkt der Problemanzeigen bzw. Vorschläge im Bereich aufwändiger Verfahren im oberen Schwerebereich des allgemeinen Strafrechts, vor allem umfangreiche Wirtschaftsstrafsachen, die sich mit den bisher zur Verfügung stehenden Instrumenten zum Teil in der Praxis kaum bewältigen lassen. Nur sehr wenige der für die Bearbeitung in der Kommission ausgewählten Themen betreffen leichte und Alltagskriminalität des allgemeinen Strafrechts. Typische Formen der Jugendkriminalität (Bagatelldelikte, leichtere Gewaltdelikte) haben zu den weitaus meisten von der Kommission als für eine Effektivitätssteigerung relevant betrachteten Themen keinerlei Bezug. Bezogen auf das Jugendstrafrecht wurde betont, dass möglicherweise effektivitätssteigernde Desiderate eher in der praktischen Umsetzung des geltenden Rechts liegen, aber kaum durch eine Änderung des Jugendstrafverfahrensrechts zu erreichen seien.

Genaue Überlegungen zur Frage, welche Vorschläge der Kommission für das allgemeine Strafverfahrensrecht, die aufgrund von § 2 Abs. 2 JGG auch das Jugendstrafrecht betreffen, eventuell für das Jugendstrafrecht modifiziert werden müssten, können nicht ohne eine genauere Konturierung der Beschlüsse als bisher vorliegend angestellt werden. Einige Punkte sind jedoch bereits jetzt festzuhalten:

Jede Ausweitung des schriftliches Verfahren bzw. Strafbefehlsverfahrens wird zu berücksichtigen haben, dass nach § 79 Abs. 1 und § 109 Abs. 2 JGG zwar kein Strafbefehl gegen Jugendliche und nach Jugendstrafrecht behandelte Heranwachsende zulässig ist, wohl aber gegen Heranwachsende, die nach allgemeinem Strafrecht beurteilt werden. In der Praxis führt das dazu, dass vor allem bei Straßenverkehrsdelikten eher schematisch allgemeines Strafrecht angewendet wird, um ein Strafbefehlsverfahren zu ermöglichen. Sollte im allgemeinen Strafrecht eine Ausweitung schriftlicher Verfahrensformen in Betracht gezogen werden, wäre sorgfältig zu prüfen, ob dies für Heranwachsende zu beschränken wäre, um einen Sog aus dem Jugendstrafrecht in das allgemeine Strafrecht zu verhindern. Das Jugendverfahren bietet weitaus bessere und damit letztlich effektivere Möglichkeiten der individuellen Rechtsfolgenfindung, die auch und gerade bei Heranwachsenden in der zentralen Phase des Übergangs in das Erwachsenenalter gezielte Einflussnahme ermöglicht. Dies aber erfordert unmittelbare Kommunikation, daher sollten rein schriftliche Verfahren möglichst vermieden werden. Das JGG bietet hinreichende Möglichkeiten der verfahrensökonomisch ggf. wünschenswerten Vermeidung von Hauptverhandlungen durch Diversion.

Zu beachten ist weiterhin, dass Beschuldigte in Jugendstrafsachen anders als Beschuldigte z.B. in Wirtschaftsstrafsachen in aller Regel wenig kompetent und verhandlungsmächtig sind. Bilder des „partizipatorischen Ermittlungsverfahrens“, der „offenen Verhandlungsführung“ bzw. „transparenten Hauptverhandlung“ stehen im Gegensatz zur Realität der großen Mehrheit der Jugendstrafverfahren, in denen junge Menschen Beschuldigte sind, die der Kommunikation im Strafverfahren nicht gewachsen sind, sondern insoweit des Schutzes und der Fürsorge bedürfen. Sie sind außerhalb des Anwendungsbereiches der notwendigen Verteidigung in aller Regel nicht verteidigt und haben dort oftmals Pflichtverteidiger ohne finanzielle Anreize für besonderes Engagement. Verfahrensregelungen, die mehr als bisher davon ausgehen, dass Beschuldigte aktive Gestalter des sie betreffenden Strafverfahrens sind, dürfen daher im JGG keine Anwendung finden. Die auch mit dem Stichwort „kooperative Sanktionierung“ beschriebene notwendige Einbeziehung von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren in die Auswahl geeigneter Reaktionen wird vom geltenden Recht ausreichend ermöglicht.

Ausdrücklich zu betonen ist, dass die Frage der Ausweitung audiovisueller Vernehmung in Jugendverfahren der besonderen Prüfung hinsichtlich ihres möglicherweise belastenden und die Position des jungen Menschen schädigenden Charakters bedarf. Die Ausweitung audio-visueller Aufzeichnung stellt einen erheblichen Eingriff in die Rechte von Kindern dar, die nicht, wie Erwachsene, in der Lage sind, bei aufgezeichneten Aussagen deren Wirkung auf spätere Rezipienten zu bedenken und sich durch unüberlegtes Verhalten schaden oder aber eingeschüchtert sind und für eine richtige Entscheidung wichtige persönliche Informationen nicht preisgeben. Wenn Ziel der Ausweitung vor allem die Vermeidung aufwändiger Rekonstruktionen von Aussagen in Hauptverhandlungen und Rechtmittelverfahren sind, ist zu erinnern, dass dies im Jugendverfahren atypische Probleme sind. Bei der Diskussion um Erleichterungen des Beweistransfers in die Hauptverhandlung ist zusätzlich zu beachten, dass in Jugendverfahren angesichts der zu Recht hohen Diversionsrate nur durchschnittlich in rund einem Drittel der Strafverfahren Hauptverhandlungen geführt werden. Komplizierte Beweisfragen sind dabei angesichts der hohen Geständnisbereitschaft in Jugendverfahren die Ausnahme. Wenn in Jugendverfahren eine Hauptverhandlung durchgeführt wird, wird auch der Verhandlung selbst ein erzieherischer Wert beigemessen, entsprechend ist ihre Gestaltung vorzunehmen. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit findet daher eine zusätzliche Begründung.

Insgesamt ist festzuhalten: Im Jugendstrafrecht drängen sich derzeit keine nennenswerten Reformbedarfe im Bereich des Verfahrensrechts im Interesse eines effektiveren und praxistauglicheren Jugendstrafverfahrens auf. Möglichweise bestehende Desiderate bezogen auf das Jugendstrafrecht, etwa im Hinblick auf die praktische Umsetzung bestehender Normen oder Anpassungen im materiellen Recht z.B. bezogen auf die Finanzierung der ambulanten Sanktionsformen des JGG konnten aufgrund der Aufgabenstellung der Kommission und der von ihr dabei als wesentlich betrachteten gesetzgeberischen Handlungsfelder nicht diskutiert werden, so dass hier auch keine entsprechenden Vorschläge einzubringen sind. Ein wichtiges Anliegen der Kommission ist an verschiedenen Punkten die Qualifikation von Richtern und Staatsanwälten gewesen. Die Forderung nach spezialisierter Qualifikation ist für den Bereich des Jugendstrafrechts nachdrücklich zu unterstützen. Kleinere Einzelfragen des (Jugend)Strafverfahrensrechts, die etwa im Rahmen der ersten Themensammlung der Kommission angesprochen wurden, können ggf. im Rahmen der wohl anstehenden Umsetzung der zu erwartenden EU-Richtlinie zu Verfahrensgarantien für beschuldigte Kinder weiter verfolgt werden (deren noch nicht feststehende Eckpunkte ohnehin

bei künftigen Änderungen des Jugendstrafverfahrensrechts beachtet werden müssen). Von der Kommission für das allgemeine Strafverfahrensrecht vorgelegte Vorschläge betreffen generell nach § 2 Abs. 2 JGG auch das Jugendstrafverfahren. Ob hier ggf. Bedarf bestünde, die Anwendbarkeit im JGG für einzelne Punkte zu beschränken oder zu modifizieren, kann erst abschließend geprüft werden, wenn die konkreten Vorschläge vorliegen. Auch diese Diskussion wäre sinnvollerweise in die Überlegungen zur Umsetzung der EU-Richtlinie zu Verfahrensgarantien für beschuldigte Kinder zu integrieren, soweit nicht frühere gesetzgeberische Schritte unmittelbare Folgeänderungen erfordern.

Als von der Kommission zu beschließende Thesen werden vorgeschlagen:

- Im Rahmen des Auftrages der Kommission, Vorschläge für eine „effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens“ zu erarbeiten, hat sich gezeigt, dass sich im Jugendstrafrecht derzeit keine nennenswerten Reformbedarfe im Bereich des Verfahrensrechts aufdrängen.
- Von der Kommission für das allgemeine Strafverfahrensrecht vorgelegte Vorschläge betreffen generell nach § 2 Abs. 2 JGG auch das Jugendstrafverfahren. Möglicherweise besteht Bedarf, die Anwendbarkeit im JGG für einzelne Punkte zu beschränken oder zu modifizieren. Da im Rahmen der wohl anstehenden Umsetzung der EU-Richtlinie zu Verfahrensgarantien für beschuldigte Kinder ohnehin Änderungen im JGG erfolgen müssen, sollte die entsprechende Prüfung möglichst in dieses Vorhaben integriert werden, soweit nicht frühere gesetzgeberische Schritte unmittelbare Folgeänderungen erfordern.