

# **Bericht der Expertenkommission** zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens

**Anlagenband II - Protokolle**



## **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.bmju.bund.de](http://www.bmju.bund.de)

### **Stand**

Oktober 2015

# **Bericht der Expertenkommission**

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

## **Anlagenband II - Protokolle**

Berlin, Oktober 2015



---

**Inhaltsverzeichnis**

---

A. Erste Sitzung der Expertenkommission am 7. Juli 2014.....	1
B. Zweite Sitzung der Expertenkommission am 29./30. September 2014 .....	11
C. Dritte Sitzung der Expertenkommission am 17./18. November 2014.....	45
D. Vierte Sitzung der Expertenkommission am 12./13. Januar 2015.....	87
E. Fünfte Sitzung der Expertenkommission am 16./17. März 2015.....	137
F. Sechste Sitzung der Expertenkommission am 11./12. Mai 2015.....	187
G. Siebte Sitzung der Expertenkommission am 13./14. Juli 2015.....	247
H. Achte Sitzung der Expertenkommission am 14./15. September 2015 .....	301



---

## Protokolle

---

### A. Erste Sitzung der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens am 7. Juli 2014

#### I. Begrüßung der Teilnehmer durch Herrn Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas

Die Sitzung wurde mit einer Rede von Herrn Bundesminister **Maas** (Anlage) eröffnet.

#### II. Vorstellung der Mitglieder der Expertenkommission

Die Mitglieder der Expertenkommission wurden vorgestellt.

#### III. Einleitung durch Frau Ministerialdirektorin Marie Luise Graf-Schlicker, Leiterin der Abteilung Rechtspflege

Nachfolgend wurde die Sitzung von Frau Ministerialdirektorin **Graf-Schlicker** geleitet, die anhand einer „mind map“ die bisher von den Teilnehmern zugesandten Kurzstatements zusammenfasste. Frau Graf-Schlicker bezeichnete die graphische Aufarbeitung des Themas als Versuch, die gesammelten Ideen in Form zu bringen.

Sie betonte – im Anschluss an die Rede des Ministers – das Ziel, Überlegungen zu einer grundlegenden, strukturellen Reform des Strafverfahrens zu sammeln. Intention der Auftaktsitzung sei es, am Ende des Tages bereits einige Themenherauszuarbeiten, mit denen sich die Kommission intensiver befassen wolle, und hierzu erste Gutachten an jeweils mehrere Kommissionsmitglieder in Auftrag zu geben, um auf dieser Grundlage weitere Beratungen im Rahmen der Kommission führen zu können.

Frau Graf-Schlicker bat darum, alle Diskussionsergebnisse bis zum Abschluss der Beratungen der Expertenkommission vertraulich zu behandeln und insbesondere nicht öffentlich zu machen. Verbands- bzw. behördeninterne Unterrichtungen seien jedoch unproblematisch.

#### **IV. Eingangsstatements der Kommissionsmitglieder**

Im Anschluss daran bat Frau Graf-Schlicker die Kommissionsmitglieder um eine kurze Darstellung der von ihnen als reformbedürftig identifizierten Bereiche des Strafprozesses in Form von fünfminütigen Eingangsstatements. Die Inhalte dieser Statements ergeben sich aus der „mind map, die kontinuierlich um neu eingebrachte Aspekte ergänzt wurde.

Dabei wurden die von den Kommissionsmitgliedern in ihren Stellungnahmen (z.T. auch mehrfach) genannten Themen nach Verfahrensstadien und – entsprechend dem Ziel der Kommission, größere Themenzusammenhänge zu untersuchen – nach Themenkomplexen strukturiert, wobei Einzelaspekte, soweit möglich, diesen größeren Komplexen zugeordnet wurden.

#### **V. Erörterung des weiteren Vorgehens, Festlegung des Arbeitsprogramms und Verteilung von Arbeitsaufträgen**

Zum Abschluss der Auftaktsitzung wurden die ersten Themen erörtert, mit denen sich die Kommission eingehend befassen will. Dabei sollen zunächst die Themenkomplexe aus dem Eröffnungsverfahren und dem Zwischenverfahren behandelt werden. Hiervon ausgehend, wurden folgende Gutachten verteilt:

##### Thema 1: Dokumentation des Ermittlungsverfahrens

Bearbeiter:

- Prof. Dr. Nestler
- Prof. Dr. Swoboda
- RiAG Thiele

Erörterung in der Kommission am 29./30. September 2014

##### Thema 2: Partizipatorisches Ermittlungsverfahren

Bearbeiter:

- Prof. Dr. Esser

- LOStA Dr. Isak

Erörterung in der Kommission am 29./30. September 2014

### Thema 3: Beschuldigtenstatus und -begriff

Bearbeiter:

- Prof. Dr. Ostendorf

Erörterung in der Kommission am 29./30. September 2014

### Thema 4: Aufgabenverteilung zwischen Polizei – Staatsanwaltschaft – Gericht / Neuordnung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren

Bearbeiter:

- RiBGH Prof. Dr. Radtke
- OStA Schmengler

Erörterung in der Kommission am 17./18. November 2014

### Thema 5: Filterfunktion und Aktivierung des Zwischenverfahrens

Bearbeiter:

- RA Prof. Dr. Dr. Ignor
- RiOLG Wenske

Erörterung in der Kommission am 17./18. November 2014

### Thema 6: Modifikation des Strafbefehlsverfahrens / Einführung eines schriftlichen Verfahrens

Bearbeiter:

- RiBGH Prof. Dr. Radtke

- LMR Dr. Müller

Erörterung in der Kommission am 17./18. November 2014

Die (Kurz-)Gutachten sollen spätestens eine Woche vor der jeweiligen Kommissionsitzung beim BMJV vorliegen, damit der Versand an die restlichen Kommissionsmitglieder rechtzeitig erfolgen kann. Zur Strukturierung und Vorbereitung der Diskussion können noch vor der Kommissionsitzung schriftliche Anmerkungen zu den Gutachten eingereicht werden.

## **VI. Abstimmung der Termine für die weiteren Kommissionssitzungen**

Die weiteren Kommissionssitzungen sollen möglichst zweitägig stattfinden. Folgende Termine wurden festgelegt:

- 29./30. September 2014
- 17./18. November 2014
- 12./13. Januar 2015
- 16./17. März 2015
- 11./12. Mai 2015

## Anlage

### Rede des Bundesministers der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas zum Auftakt der Expertenkommission zum Strafprozessrecht am 7. Juli 2014 in Berlin

#### ES GILT DAS GESPROCHENE WORT!

Meine Damen und Herren!

Herzlich willkommen im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. Ich danke Ihnen sehr, dass Sie heute meiner Einladung gefolgt und hier zu uns ins Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz gekommen sind.

Dass ich Sie heute zur Auftaktsitzung einer Expertenkommission zum Strafprozessrecht begrüßen kann, freut mich aus zwei Gründen: Zum einen nehmen wir damit die Umsetzung einer ambitionierten Aufgabe in Angriff, die sich SPD und Union im Koalitionsvertrag gesetzt haben. Das Ziel, möglichst schon bis zur Mitte der Legislaturperiode erste Vorschläge zur Effektivierung unseres Strafverfahrens vorzulegen, ist schon für sich ehrgeizig genug.

Zum anderen habe ich mir vorgenommen, allgemein zu rechtspolitischen Themen, bei denen wir Diskussions- und Reformbedarf sehen, einen breit angelegten wissenschaftlichen Diskurs zu führen.

Beide Ziele können wir jetzt mit dieser Expertenkommission umsetzen. Dabei ist es mir wichtig, eben nicht nur eine kurzfristige Reparaturgesetzgebung mit kleinteiligen Änderungsvorschlägen vorzubereiten. Dafür braucht es keine Expertenkommission. Aufgabe der Kommission sollte es vielmehr sein, die Ziele der Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit gerade durch weiter reichende Reformvorschläge zu erreichen. Es geht nicht um eine Verschönerung der Oberfläche, sondern um strukturelle Verbesserungen des Systems.

Meine Damen und Herren,

Sie werden sich daher in den kommenden Monaten intensiv mit dem Strafprozess beschäftigen, also mit einem „rechtlich geordneten, von Lage zu Lage sich entwickelnden Vorgang zur Gewinnung einer richterlichen Entscheidung.“

So steht es zu Beginn eines großen StPO-Kommentars – und so betrachtet klingt es ziemlich simpel. Alle, die wir schon Strafprozesse erlebt haben, wissen aber, dass Prozesse ganz unterschiedlich ausfallen, dass mal schnell über die Bühne gebracht werden, mal sachlich und besonnen ablaufen, dann wieder aufgeladen laut, zermürend und langatmig sein können.

Wir wissen, wie viel für die Beteiligten auf dem Spiel steht, für die Angeklagten, die auf einen Freispruch oder eine milde Strafe hoffen, aber auch für Zeugen, die sich oft an Dinge erinnern müssen, die sie lieber vergessen würden.

Das alles ist nicht einfach. Die etwa 4.200 Strafrichterinnen und -richter haben in Deutschland im Jahr 2012 knapp 500.000 Verfahren zum Abschluss gebracht und fast 774.000 Menschen rechtskräftig verurteilt.

Viele Richter und Staatsanwälte arbeiten dabei an der Grenze ihrer Belastung. Das liegt nicht nur an den schieren Zahlen. Die Fälle werden komplexer, in Zeiten der Globalisierung gibt es mehr grenzüberschreitende Kriminalität, in Zeiten von Phishing und Pharming brauchen Juristen auch technischen Sachverstand. Und sie müssen immer mehr Regeln überblicken – vor allem des Nebenstrafrechts.

Und gleichzeitig wird auch der Strafprozess selbst immer ausdifferenzierter und komplexer. Das liegt an einer immer ausgefeilteren Rechtsprechung, das liegt auch hier an neuen Gesetzen.

Viele der neuen Vorgaben sind für die Justiz, für die Bürgerinnen und Bürger in unserem Land ein Gewinn. Sie verfolgen hehre Ziele – starke Rechte für Beschuldigte etwa, mehr Opferschutz, ein hohes Maß an Transparenz. Ziele, die unterstützenswert sind und die wir auch weiter unterstützen werden.

Aber sie gehen alle mit einer steigenden Belastung der Strafjustiz einher. Für jede neue Aufgabe, die die Politik an die Justiz heranträgt, müsste sie zugleich mehr Personal und eine bessere sachliche Ausstattung einplanen. Ich sage „müsste“, denn tatsächlich ist in den vergangenen Jahren oft das Gegenteil passiert.

Und doch sind Bezahlung und Ausstattung nicht die einzigen Stellschrauben, wenn wir die Belastung der Justiz betrachten. Das hat wohl auch die gerade erst aus dem Bundesverfas-

sungsgericht ausgeschiedene Richterin Getrud Lübke-Wolff gemeint, als sie in der mündlichen Verhandlung zur Verständigung im Strafverfahren ironisch anmerkte, man könne ja nicht die Hälfte der Deutschen einspannen, um über die andere Hälfte zu richten.

Es wird Zeit, dass wir uns auch über die Rahmenbedingungen für das Strafverfahren Gedanken machen. Wo muss sich der Strafprozess neuen Anforderungen stellen, an welchen Stellen widersprechen sich die Reformziele möglicherweise, wo kann das Verfahren gestrafft, entflochten und einfacher gestaltet werden?

Meine Damen und Herren,

es fehlt hier nicht an Vorschlägen – Eckpunkte aus dem Bundestag, Initiativen aus dem Bundesrat, Vorstöße aus der Justiz – das alles hat es in den vergangenen Legislaturperioden gegeben. Was es bisher nicht gibt, das ist ein tiefer gehendes Programm, das sich aller Verfahrensstadien, aller Interessen annimmt, das die Tücke des Details sieht und das Panorama, ein Programm, das auch die Wechselwirkungen einzelner strafprozessualer Maßnahmen nicht außer Acht lässt.

Ich weiß, meine Damen und Herren, dass wir Ihnen damit viel abverlangen. Denn wenn es im Koalitionsvertrag heißt, dass StPO und JGG unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze effektiver und praxistauglicher werden sollen, dann heißt das für uns hier in dieser Runde: Sie sollen Vorschläge erarbeiten, die das Strafverfahren straffen, ohne die Rechte der Verfahrensbeteiligten einzuschränken, es soll schneller gehen, aber nicht schlechter werden, transparenter, aber mit hohem Persönlichkeitsschutz.

Das ist keine leichte Aufgabe. Deshalb freue ich mich sehr, dass wir für die Mitarbeit in der Kommission zahlreiche Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler gewinnen konnten. Sie als Professorinnen und Professoren haben einen besonderen Blick vor allem für tiefergehende Systemfragen und Zusammenhänge und geben der Kommission so das nötige methodische und dogmatische Fundament. Sie verfolgen aber auch die internationalen Entwicklungen und Strafverfahrensreformen im Ausland, aus denen wir für unser Verfahrensrecht lernen können. Letzte Woche hatte ich den Kollegen aus Österreich zu Besuch, auch dort wird an einer umfassenden Reform gearbeitet.

Meine Damen und Herren,

da es aber nach der Vereinbarung im Koalitionsvertrag in dieser Kommission gerade auch um die Praxistauglichkeit des geltenden Rechts und möglicher Neuerungen gehen soll, war es für uns selbstverständlich, auch die Praxis intensiv einzubinden. Deswegen haben wir Vertreter aus der Richterschaft, aus der Anwaltschaft und aus den Strafverfolgungsbehörden eingeladen, in dieser Kommission mitzuwirken, und ich bin froh, dass auch Sie der Einladung gefolgt sind. Ihnen wird die wichtige Aufgabe zukommen, die Praxisaspekte möglicher Reformansätze in den Vordergrund zu rücken, Vorschläge auf ihre Tauglichkeit für den Alltagsbetrieb, auf ihre Anwenderfreundlichkeit, zu prüfen und dabei all Ihre Erfahrungen und Überzeugungen als Richter, Staatsanwalt oder Strafverteidiger einzubringen.

Wenn wir aber eine Reform des Strafprozessrechts angehen wollen, brauchen wir nicht nur durchdachte Vorschläge, wir brauchen auch gesellschaftliche Akzeptanz und politische Mehrheiten. Deswegen sind auch Personen gefragt, die an der Schnittstelle zwischen Justizpraxis und Politik stehen. Und deshalb ist es gut, dass wir auch Vertreter aus den Justizministerien der Länder, aus dem Bundesministerium des Innern und auch aus unserem Haus in der Expertengruppe haben, denn diese Verwaltungen sind eine solche Schnittstelle. Und sie sind es gewohnt, widerstreitende Ansichten und Interessen zu einem vernünftigen Ausgleich zu bringen.

Wenn wir über einen Systemneustart reden, dann stellen sich in dieser Kommission auch die Grundsatzfragen. Es wird hier deswegen sicherlich auch kontrovers zugehen. Gerade deswegen war es für mich entscheidend, alle an Strafverfahren beteiligten Seiten einzubinden.

Meine Damen und Herren,

es stimmt: wir verlangen Ihnen viel ab. Aber wir trauen Ihnen auch viel zu: Am Ende Ihrer Arbeit soll ein Bericht stehen, der Regelungsempfehlungen enthält. Ich hoffe dabei einerseits auf Anregungen, die schon so konkret sind, dass sie kurzfristig in einen Gesetzentwurf einmünden und noch in dieser Legislaturperiode in Kraft treten können. Noch wichtiger ist mir aber, dass Sie weiter reichende und tiefer gehende Vorschläge entwickeln, auch wenn diese vielleicht nicht innerhalb der ersten 18 Monate der Kommissionsarbeit abgeschlossen werden können.

Als selbstbewusste und nach unserem Konzept auch selbstbestimmte Kommission werden Sie Ihr Arbeitsprogramm dabei selbst festlegen. Sie werden selbst ausloten, wo es Regelungsbedarf gibt, und selbst einschätzen, wo und wie er am besten umgesetzt werden kann.

Frau Graf-Schlicker, die den Vorsitz der Kommission übernommen hat, wird diesen Arbeitsprozess moderieren. Inhaltliche Vorgaben wird das Ministerium Ihnen aber nicht machen.

Meine Damen und Herren,

die freie Gestaltung des Arbeitsprogramms, die Verantwortung, die wir Ihnen heute für konkrete Änderungen des Strafprozessrechts übertragen, das hat es jedenfalls in den vergangenen Jahren in diesem Haus so nicht gegeben.

Ich danke Ihnen deshalb für Ihre Bereitschaft, sich auf darauf einzulassen und freue mich auf Ihre Vorschläge. Jetzt erst mal bin ich gespannt auf Ihre erste Diskussion heute, der ich leider nicht den ganzen Tag über folgen kann. Ich freue mich aber, jetzt noch ein wenig bei Ihnen bleiben zu können, um Sie, meine Damen und Herren, die Mitglieder unserer StPO-Kommission, ein wenig kennen zu lernen.



**B. Zweite Sitzung der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz am 29./30. September 2014**

----- 1. Sitzungstag – 29. September 2014 -----

**I. Begrüßung**

Frau Ministerialdirektorin **Graf-Schlicker** begrüßte die Teilnehmer und führte in die für den Tag zur Diskussion vorgesehene Materie ein.

**II. Beratungen**

**1. (Video-)Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren**

**a) Gutachten**

Frau Prof. Dr. **Swoboda** stellte das von ihr vorgelegte Gutachten zur (Video-) Dokumentation von Vernehmungen im Vorverfahren vor.

Ihr Ausgangspunkt habe darin bestanden, die vorhandenen Rechtsgrundlagen, die eine Videovernehmung ermöglichen, zu ordnen und in einem zweiten Schritt über deren Verbesserung nachzudenken. Dabei sei sie zu dem Ergebnis gelangt, dass der in der Praxis gelebte Zweck der Videovernehmung – Effektivierung der Wahrheitsermittlung – in den existierenden Rechtsgrundlagen keinen Rückhalt finde, da die getroffenen Regelungen allein aus Gesichtspunkten des Zeugenschutzes erlassen worden seien. Diese Rechtslage werde mit Blick auf die zukünftigen Strafrechtsentwicklungen in der Europäischen Union nicht mehr ausreichen. Die Aufzeichnung von (frühen) Beschuldigtenvernehmungen solle bei schwerwiegenden Tatvorwürfen und komplexen Sachverhalten zum Regelfall werden (§ 136 Absatz 4 StPO-E). Positive Erfahrungen in einigen angloamerikanischen Rechtsordnungen gäben hinreichend Anlass zur Nachahmung. Nicht zuletzt ein aussagepsychologisches Gutachten von Frau Prof. Dr. Volbert habe erwiesen, dass es zum Schutz des Beschuldigten sein könne, den exakten Wortlaut einer Vernehmung durch eine audio-visuelle Dokumentation abzubilden. Da Zeugen im Regelfall kein Aussageverweigerungsrecht zustehe, wie es der Beschuldigte

zum Schutz vor Selbstbelastung genieße, müsse bei einer Neuregelung zwischen der Vernehmung des Beschuldigten und der Vernehmung von Zeugen differenziert werden. Eine Schwäche der bestehenden Normen liege im Hinblick auf die Dokumentation von Zeugenvernehmungen insbesondere darin, dass dem Persönlichkeitsrecht des Vernommenen im Rahmen der Datenerhebung nur unzureichend Rechnung getragen werde. Art. 8 EMRK gebiete bei einer Ausweitung der Videodokumentation, sowohl den Verwendungszweck als auch hierauf abgestimmte Abwägungskriterien (Schwere des Tatvorwurfs, Komplexität des Falles, Erfordernis des Transfers ins Ausland, Person des Zeugen) gesetzlich zu regeln, um den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen zu rechtfertigen (§ 58a Absatz 1 Nr. 3 und Nr. 4 StPO-E).

Daran anschließend präsentierte Herr Prof. Dr. **Nestler** sein Gutachten zur Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren.

Es bestehe kein Zweifel daran, dass die authentische (Video-)Dokumentation von Vernehmungen dem herkömmlichen schriftlichen Protokoll weit überlegen sei, was die Abbildung der Aussageumstände, des Aussageinhalts und der Einhaltung von Vernehmungsförmlichkeiten anbelange. Ein solches Vorgehen finde, sobald es praktiziert werde (wie etwa in den USA), auch von Seiten der Polizei Anklang, da es Unklarheiten ausräume. Zur Etablierung einer entsprechenden Routine sei es daher im Sinne einer klaren und einfach zu handhabenden Lösung vorzugswürdig, Beschuldigtenvernehmungen stets audio-visuell aufzuzeichnen. Eine Orientierung am Schweregrad der verfolgten Straftat erweise sich in der Umsetzung als schwierig, da aus Sicht des jeweiligen Beschuldigten stets gewichtige Rechtsfolgen drohen würden und das Schwerekriterium keine im Voraus klare Grenzziehung ermögliche. Auch für Zeugenvernehmungen sei die Einführung einer Regelaufzeichnung zu erwägen, da die Einführung der audio-visuellen Dokumentation einer Vernehmung in das Hauptverfahren immer noch vorzugswürdig gegenüber einer Vernehmung des jeweiligen Vernehmungsbeamten als sog. Zeugen vom Hören-Sagen sei. Ohne den Transfer in die Hauptverhandlung und die damit zusammenhängende Frage des Unmittelbarkeitserfordernisses zu diskutieren, könne jedoch insoweit keine abschließende Stellungnahme erfolgen. Als Arbeitsmittel für Verteidigung und Gericht sei eine audio-visuelle Dokumentation wenig praxistauglich, weshalb eine Verschriftlichung erfolgen müsse.

Abschließend erörterte Herr **Thiele** das von ihm vorgelegte Gutachten zur Dokumentation des Ermittlungsverfahrens.

Er habe sich im Rahmen der Gutachtenerstattung hauptsächlich an den Bedürfnissen und Erfahrungen der Praxis orientiert. Die Einschränkungen, die Zeugen im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens – etwa infolge zahlreicher Vernehmungen und der Konfrontation durch den Verteidiger – erführen, seien erfahrungsgemäß derart erheblich, dass ihm bei Erstellung des Gutachtens eine Beeinträchtigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Zusammenhang mit der Problematik audio-visueller Dokumentation weniger virulent erschienen sei. Unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung wiederholter Vernehmungen könne es sogar dem Interesse des Vernommenen gerade entsprechen, dass eine audio-visuelle Dokumentation erfolge. Er halte diese Thematik insgesamt eher für eine Frage der Missbrauchsgrenze und damit in erster Linie für relevant auf Ebene der Verwendung des aufgezeichneten Materials. Obwohl der Inhalt von Vernehmungen, die im Ermittlungsverfahren durchgeführt werden, – nicht zuletzt über das Instrument des Vorhalts – ganz erheblichen Einfluss auf den weiteren Verfahrensgang und den Verfahrensausgang habe, gebe es jenseits etwaiger Verwaltungsvorschriften keine strukturierten Vorgaben für die Art und Weise ihrer Durchführung. Dies schaffe erhebliche Unsicherheit im Rahmen der richterlichen Tatsachenfeststellung und -würdigung. Eine audio-visuelle Dokumentation verspreche insoweit Abhilfe, da sie alle Nuancen der Entstehung und des Inhalts einer Vernehmung abbilde. Das Hauptverfahren lasse sich von erheblichem prozessualen Aufwand entlasten, wenn Defizite aus dem Ermittlungsverfahren für den Tatrichter in der Hauptverhandlung eindeutig erkennbar seien. Ziel müsse es daher – jedenfalls mittelfristig – sein, alle Vernehmungen verpflichtend audio-visuell zu dokumentieren. Er schließe sich insoweit dem Routine-Argument von Prof. Dr. Nestler an. Eine (Voll-)Verschriftlichung der aufgezeichneten Vernehmungen sei – anders als von Prof. Dr. Nestler gefordert – nicht notwendig und auch nicht sinnvoll. Stattdessen müsse der Umgang mit den vorhandenen Aufzeichnungen ebenso detailliert geregelt werden wie Standards zur konkreten Durchführung der Dokumentation.

## **b) Diskussion**

**aa) Zu der Frage, ob im Kontext der audio-visuellen Dokumentation von Vernehmungen eine Differenzierung zwischen Zeugenvernehmungen und der Vernehmung des Beschuldigten sinnvoll bzw. erforderlich ist**

Herr Dr. **König** äußerte zur Vornahme einer Differenzierung auf Grundlage des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts Bedenken. Er wies darauf hin, dass in das Persönlichkeitsrecht des Zeugen nicht erst durch die Aufzeichnung seiner Vernehmung eingegriffen werde, sondern dass die Rechte des Zeugen bereits zuvor in Form des Zwangs zur Aussage berührt seien. Vor diesem Hintergrund stelle die Aufzeichnung lediglich eine sekundäre Beeinträchtigung dar. Zudem sei das Allgemeine Persönlichkeitsrecht kein geeigneter Gesichtspunkt, um eine Differenzierung in handhabbarer Weise zu ermöglichen. Vorzugswürdig seien stattdessen pragmatische Erwägungen. Im Verlauf der Diskussion redigierte Dr. König diesen Standpunkt teilweise und erkannte die Notwendigkeit einer Differenzierung an.

Frau **von Strümk** unterstützte unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG die Auffassung, wonach die audio-visuelle Dokumentation qualitativ einen eigenständigen Eingriff darstelle. Daher sei eine Differenzierung zwischen der Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung und der Vernehmung des Beschuldigten angezeigt.

Herr Dr. **Krauß** schloss sich der Ansicht Frau von Strünks an. Um der Gefahr vorzubeugen, dass entsprechende Aufzeichnungen die Sphäre der Verfolgungsbehörden verlassen würden („Youtube“), bedürfe es einer konkreten Regelung.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** schloss sich seinen beiden Vorrednern an. Bei Zeugen sei das Allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die audio-visuelle Dokumentation der Vernehmung in besonderer Weise betroffen. Die mangels eines Aussageverweigerungsrechts erhöhte Schutzwürdigkeit von Zeugen im Rahmen einer Vernehmung erkenne der Gesetzgeber in Regelungen wie etwa § 68a StPO an.

Frau Prof. Dr. **Höynck** pflichtete dem bei: Allein die Herstellung einer Videoaufzeichnung stelle einen gewichtigen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht dar.

Herr Prof. Dr. **Radtke** befürwortete ebenfalls eine zwischen Zeugenvernehmungen und der Vernehmung des Beschuldigten differenzierende Betrachtung. Ob dies im Ergebnis auch zu unterschiedlichen Regelungen führen werde, sei eine andere Frage.

Dem schloss sich Herr **Wenske** an.

Herr Prof. Dr. **Jahn** hob hervor, dass die aktuelle Rechtslage inhaltlich nicht zwischen der audio-visuellen Dokumentation von Zeugenvernehmungen und Vernehmungen des Beschuldigten differenziere. Die erst mit Wirkung zum 01.11.2013 eingeführte Regelung des § 163a Absatz 1 Satz 2 StPO verweise schließlich auf § 58a Absatz 1 Satz 1 StPO.

Herr Prof. Dr. **Ignor** sprach sich für eine grundsätzliche Differenzierung zwischen Zeugenvernehmungen und der Vernehmung des Beschuldigten aus. Gleichzeitig wies er darauf hin, dass in der Rechtsprechung des BGH zum Thema der Beweisverbote regelmäßig das Strafverfolgungsinteresse etwaige Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts überwiegen würde.

Herr Dr. **Müller** konnte zwischen der Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung und der Vernehmung von Zeugen keinen strukturellen Unterschied erkennen. Dennoch sei eine Differenzierung insofern zu befürworten, als die audio-visuelle Dokumentation von Zeugenaussagen in weiterem Umfang verzichtbar sei.

**bb) Zu der Frage, ob eine audio-visuelle Dokumentation bei allen Vernehmungen als Regelfall erfolgen sollte**

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** sprach sich grundsätzlich für die audio-visuelle Dokumentation von Vernehmungen aus. Eine Effektivierung des Verfahrens werde auch durch die Verbesserung der Wahrheitsfindung erreicht. Der Rechtsstaat sei dazu verpflichtet, den bekannten Mängeln des Instituts „Vernehmungsprotokoll“ durch eine Neuausrichtung des Systems abzuheben. Allerdings sei damit – jedenfalls zunächst – bei qualifizierten Tatvorwürfen zu beginnen. Als Maßstab biete sich § 140 StPO – mit ggf. geringfügigen Streichungen – an. Gegen eine

generelle Dokumentationspflicht spreche die Gefahr der Perpetuierung bzw. Aufblähung des Strafverfahrens in Bereichen, die bisher im Wege der Opportunitätseinstellung gehandhabt würden, und immerhin 30 % aller Verfahren ausmachten. Zudem sei zu bedenken, dass die erste Vernehmung nicht prinzipiell von einem höheren Wahrheitsgehalt geprägt sei als darauffolgende. Die erhöhte Emotionalisierung im direkten Anschluss an das Tatgeschehen könne bei Zeugen sogar zu Übertreibungen führen.

Herr Prof. Dr. **Radtke** äußerte starke Zweifel, ob sich nach derzeitiger Rechtslage eine Pflicht zur Aufzeichnung von Vernehmungen aus dem Unions- oder Völkerrecht ergebe. Dem Erfordernis einer Rechtfertigung des Eingriffs in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 8 EMRK werde schon durch die gesteigerte Verlässlichkeit dieser Art von Dokumentation hinreichend Rechnung getragen. Es handle sich daher allein um eine rechtspolitische Frage, die man frei von unions- oder völkerrechtlichen Zwängen diskutieren könne. Zunächst müsse man sich insoweit aber einig werden, ob man eine Ausweitung der audio-visuellen Dokumentation von Vernehmungen um der Transparenz willen – d.h. zur Wahrung der formellen Beschuldigtenrechte – betreiben wolle oder zur besseren Dokumentation des Vernehmungsinhalts. Denn nur im letzteren Fall ließe sich eine Einschränkung auf schwere Tatvorwürfe überhaupt rechtfertigen. Als dritte Zielsetzung einer Neuausrichtung der Regelungen zur Aufzeichnung von Vernehmungen komme darüber hinaus in Betracht, einen verlässlichen Beweistransfer zwischen den Mitgliedsstaaten nach unionsrechtlichen Vorgaben zu gewährleisten. Es bestehe wohl Konsens darin, dass auf die Möglichkeit einer schriftlichen Befragung in einfachen Sachen (§ 163a Absatz 1 Satz 2 StPO) nicht verzichtet werden solle. Der Vergleich mit dem Ausland sei lediglich in technischer Hinsicht sinnvoll.

Herr Prof. Dr. **Jahn** schloss sich der Ansicht Ostendorfs an. Die audio-visuelle Dokumentation von Vernehmungen Sorge für eine Effektivierung des Verfahrens durch Transparenz, indem späteren Streitigkeiten vorgebeugt werde. Allerdings sei es utopisch davon auszugehen, dass eine generelle audio-visuelle Dokumentation von Vernehmungen stattfinden könne. Vorzugswürdig sei im Anschluss an den Vorschlag der BRAK eine Orientierung an § 140 Absatz 1 StPO. § 140 StPO fungiere schon jetzt als verfahrensimmanentes Kriterium zur Sicherung eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Dass insoweit die Definitionsmacht weitestgehend an die Polizei abgegeben werde, müsse mit Hilfe einer rechtlichen Überprüfungsmög-

lichkeit durch den Ermittlungsrichter ausgeglichen werden. Eine Abgrenzung auf der Grundlage von bereits in anderen strafprozessualen Eingriffsnormen verwendeten Straftatkatalogen (wie § 100c StPO) wirke daneben eher beliebig.

Herr Prof. Dr. **Nestler** wandte ein, die technische Umsetzung der audio-visuellen Dokumentation von Vernehmungen sei keineswegs derart schwierig, dass eine generelle Verpflichtung hierzu die Praxis von vornherein überfordern würde. Auch bedeute die Aufzeichnung nicht, dass hiermit zwangsläufig eine Aufwertung der Verfahren einhergehe. Einstellungen würden vielmehr weiterhin im gewohnten Maße erfolgen. Eine generelle Verpflichtung zur audio-visuellen Dokumentation würde jedoch sicherstellen, dass auch in Fällen, in denen die spätere Relevanz der Aufzeichnung ex ante nicht vorhersehbar sei, eine solche existiere. Viele wichtige höchstrichterliche Entscheidungen basierten auf der lediglich zufällig entstandenen Beweisbarkeit von Verfahrensverstößen. Sicherlich lohne sich ein Blick in diejenigen Länder, die eine audio-visuelle Vernehmungsdokumentation bereits zum Standard gemacht hätten, um von deren Erfahrungen – auch beim Thema Kosten – zu profitieren. Es werde in den Diskussionsbeiträgen nicht selten auf die „Schwäche“ des Protokolls eingegangen. Dabei dürfe jedoch nicht vergessen werden, dass Aussagen regelmäßig sogar nur durch die Vernehmung der Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingeführt würden, was noch schlimmer sei. Werde stattdessen die Aufzeichnung der Vernehmung eingeführt, könne dies auch zur Entlastung der Verhörspersonen beitragen.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** plädierte dafür, eine Vernehmung des Beschuldigten in den Fällen des § 140 Absatz 1 und Absatz 2 StPO immer audio-visuell zu dokumentieren. Die Frage, ob ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliege, müsse in Strafverfahren schließlich ohnehin entschieden werden. Für Zeugenvernehmungen sei demgegenüber eine Soll-Vorschrift vorzugswürdig, die beispielsweise in Situationen eingreife, in denen voraussichtlich Aussage gegen Aussage stehen werde. Dass eine generelle Aufzeichnung aller Vernehmungen praktikabel sei, müsse bezweifelt werden. Nichtsdestotrotz sei die audio-visuelle Dokumentation von Vernehmungen zu befürworten, wie nicht zuletzt die Forschungsergebnisse von Frau Prof. Dr. Volbert zeigten, wonach Vernehmungsbeamte nicht selten unbeabsichtigt Täterwissen in die Vernehmung hineinfragten. Gerade die vor dem Landgericht in erster Instanz verhandelten Fälle müssten sinnvoller Weise erfasst werden, da sie absolut gesehen nur ei-

nen geringen Teil aller Verfahren ausmachten, gleichzeitig aber erhebliche Kapazitäten beanspruchen würden. Verfahren würden durch Auseinandersetzungen in die Länge gezogen, nicht durch die Anschaffung technischer Geräte. Indem die Validität des Beweismittels „Aussage“ gesteigert werde, könnten Streitigkeiten über die Einhaltung formeller Schutzvorschriften oder über den Inhalt der früheren Aussage vermieden werden. Zu einer Reform bedürfe es immer eines gewissen Mutes.

Herr Dr. **Isak** zeigte sich offen bezüglich einer Konturierung des nach derzeitiger Rechtslage bestehenden Ermessens hinsichtlich der Frage, ob im jeweiligen Einzelfall eine audio-visuelle Vernehmungsdokumentation durchgeführt werde. Diese Konturierung dürfe ruhig in der Praxis zu einem „Mehr“ an Videovernehmungen führen, aber nicht zu einer umfassenden Pflicht. Die audio-visuelle Dokumentation sei sicherlich die zuverlässigste, aber auch die aufwendigste Methode zur Abbildung einer Vernehmung. Den Strafverfolgungsbehörden müsse eine gewisse Flexibilität bei der Durchführung von Vernehmungen verbleiben, um Vernehmungen vor Ort ebenso weiter vornehmen zu können wie schriftliche Befragungen und telefonische Informationseinholung. Damit die Hauptverhandlung das Herzstück des Verfahrens bleibe, müsse dort ohnehin meistens eine erneute Befragung stattfinden. Für die Frage, wann eine audio-visuelle Dokumentation sinnvoller Weise durchzuführen sei, müsse eine typisierende Abschichtung der einschlägigen Fälle vorgenommen werden. Hierbei könnten die Kriterien von Prof. Dr. Swoboda als Diskussionsgrundlage dienen. Eine Orientierung an § 140 Absatz 2 StPO werde die Polizei hingegen in der Praxis überfordern.

Herr Dr. **Krauß** schloss sich den Bedenken gegenüber einer Abgrenzung am Maßstab des § 140 StPO an. Die Entscheidung über die Vornahme einer audio-visuellen Dokumentation dürfe nicht der Polizei überlassen bleiben. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz sei gefährdet, wenn zentrale Teile der Beweisaufnahme in die Verhörzimmer der Polizei verlagert würden.

Herr **Thiele** wandte sich sowohl gegen die heraufbeschworene Missbrauchsgefahr als auch gegen das vorgebrachte Kostenargument. Schon heute würden u.a. DVDs und Aufzeichnungen von Telefonüberwachungen als Akteninhalt verwendet, ohne dass es zu deren Veröffentlichung im Internet käme. Der Verweis auf die Kosten sei beschämend, zumal der Einsatz

von Videotechnik durch die Polizei im Rahmen der präventiven Gefahrenabwehr offensichtlich auch kein Problem sei. Durch eine klarere Beweislage würden frühzeitige Einstellungen befördert, was zu Einsparungen führe. Wenn überhaupt sollten zusätzliche Kriterien, die eine Regelaufzeichnung beschränken, nur zur Erleichterung der Einführung übergangsweise aufgestellt werden.

Herr **Schmengler** sprach sich gegen eine umfassende Verpflichtung zur Videovernehmung aus. Diese sei angesichts des damit verbundenen zeitlichen Aufwands und knapper Ressourcen nicht durchführbar. Es drohe ein Konflikt mit dem Gebot der Unverzüglichkeit bei haftrichterlichen Vorführungen. Das Bedürfnis für schriftliche Anhörungen und Befragungen vor Ort werde außer Acht gelassen. Die audio-visuelle Dokumentation von Vernehmungen sei daher auf Ausnahmefälle zu beschränken; insoweit könne auf den Katalog des § 100c Absatz 2 StPO abgestellt werden. Eine Effektivierung des Strafverfahrens durch die audio-visuelle Dokumentation von Vernehmungen sei kaum vorstellbar und eine latente Missbrauchsgefahr bleibe bestehen.

Frau Prof. Dr. **Höynck** riet von einer generellen Videovernehmung ab. Zwar sei das Argument des technischen Aufwands nicht stichhaltig, sondern eher eine Frage der Einstellung. Auch müsse die Gefahr eines Missbrauchs entsprechender Aufzeichnungen als erheblich eingeschätzt werden; solche Fälle würden jedoch sicherlich nicht zu einem Massenphänomen. Entscheidend sei, dass das Wahrheitsfindungsversprechen, welches mit der audio-visuellen Dokumentation von Vernehmungen verbunden würde, nicht eingelöst werden könne. Entsprechende Aufzeichnungen könnten der Voreingenommenheit der Vernehmungspersonen nicht entgegenwirken. Zudem würden die derzeit bei kindlichen Zeugen durchgeführten Videoaufzeichnungen auch nicht verhindern, dass die Kinder mehrfach vernommen würden. Videovernehmungen seien sinnvoll, aber nur in ganz beschränktem Umfang.

Herr Dr. **Müller** befürwortete grundsätzlich die audio-visuelle Dokumentation von Vernehmungen als Mittel zu einem besseren, der Wahrheit näher kommenden Beweisergebnis. Allerdings seien entsprechende Aufzeichnungen nur in besonderen Fällen (§§ 211 ff StGB,

§§ 174 ff StGB, Organisierte Kriminalität, Schwurgerichtssachen § 74 Absatz 2 GVG) vorzunehmen.

Herr Prof. Dr. **Esser** votierte mit Blick auf die hierdurch gesteigerte Transparenz des Verfahrens tendenziell für eine audio-visuelle Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung. Bei der Vernehmung von Zeugen sei unter Umständen eine Begrenzung auf schwere Delikte angemessen; dies könne zugleich dem Phänomen des sog. „Overcharging“ entgegenwirken. Hinsichtlich der Thematik des Art. 8 EMRK sei Prof. Dr. Swoboda darin zuzustimmen, dass die Aufzeichnung der Vernehmung einen zusätzlichen Eingriff darstelle. Dieser könne jedoch mit Hilfe einer vorhersehbaren, etwaigem Missbrauch vorbeugenden Regelung gerechtfertigt werden. Eine auf bestimmte Vernehmungen beschränkte Verpflichtung zur audio-visuellen Dokumentation wäre voraussichtlich vor dem EGMR auch besser zu vertreten.

Herr **Caspari** bezweifelte die praktischen Vorteile einer Ausweitung der audio-visuellen Dokumentation von Vernehmungen über das derzeit mögliche Maß hinaus. Seiner Erfahrung nach seien es nur sehr wenige Fälle, in denen der Inhalt des Vernehmungsprotokolls und die spätere Aussage in der Hauptverhandlung in einer Weise auseinanderfielen, die es für den Richter notwendig mache, den Inhalt und die Umstände der ersten Vernehmung genau zu rekonstruieren; und nur in solchen Fällen käme schließlich die Videoaufzeichnung ins Spiel. Zudem drohe der Unmittelbarkeitsgrundsatz untergraben zu werden durch die stärkere Verlagerung der Beweisaufnahme ins Ermittlungsverfahren. Es bestehe die Gefahr, dass viele Fragen, die sich erst im Verlauf der Hauptverhandlung ergäben, nicht mehr gestellt würden, um Zeugen durch Abspielen des Videos verzichtbar zu machen.

Herr Dr. **König** wandte sich gegen die von Herrn Caspari geäußerten Bedenken: Das aus Artikel 6 Absatz 3 lit. d EMRK fließende Konfrontationsrecht des Beschuldigten verhindere die von Herrn Caspari befürchtete Aushöhlung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Ohnehin werde das Hauptverfahren – u.a. über Vorhalte – auch heute schon im Wesentlichen durch den im Ermittlungsverfahren zusammengetragenen Akteninhalt geprägt. Der Streit über den Inhalt der ersten Vernehmung bzw. über Widersprüche zwischen mehreren Vernehmungen sei

kein so seltenes Phänomen. Zu den technischen Fragen der Umsetzung sei es gegebenenfalls sinnvoll, ein Sachverständigengutachten einzuholen.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** zeigte sich angesichts der manifesten Schwächen eines jeden Vernehmungsprotokolls überrascht über die Diversität der Meinungen zum Thema audiovisuelle Vernehmungsdokumentation. Er befürworte die Ausweitung der hierzu bestehenden Regelungen. Die hierfür sprechenden Aspekte, Transparenz und Wahrheitsfindung, könnten nicht voneinander getrennt werden. Daher dürfe auch die Schwere des Tatvorwurfs nicht entscheidend sein. Dieser Aspekt eigne sich allenfalls zur Eingrenzung aus Gründen der Praktikabilität. Die technische Umsetzung stelle kein unüberwindbares Hindernis dar wie Vorbilder im Ausland zeigten. Ein entsprechender Gesetzesentwurf dürfe keinesfalls zu zögerlich ausgestaltet sein.

Herr **Wenske** äußerte sich kritisch gegenüber einer generellen Verpflichtung zur audiovisuellen Vernehmungsdokumentation. Eine solche sei nicht erforderlich und ihre Erfüllung von der Praxis auch nicht zu leisten. Die von Prof. Dr. Radtke vorgeschlagene Schutzzweckdifferenzierung müsse schon deshalb vorgenommen werden, um die Leistungsfähigkeit des Mittels am Maßstab der jeweiligen Zielsetzung prüfen zu können. Was den Nachweis formeller Aspekte, d.h. die Einhaltung der schützenden Form, anbelange, so sei die audiovisuelle Vernehmungsdokumentation nicht von großem Nutzen, da sie normative Gesichtspunkte (wie die Frage, wann der Beschuldigtenstatus erreicht ist) nicht abbilde. Anders verhalte sich dies im Hinblick auf die Dokumentation des Vernehmungsinhalts. Die audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen solle daher nur in Einzelfällen – wie z.B. in typischen Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen oder bei § 31 BtMG – als obligatorische Maßnahme ausgestaltet werden. Insoweit bedürfe es eines Kriterienkatalogs.

Frau **von Strünk** sprach sich gegen die Ausweitung der geltenden Rechtslage zur audiovisuellen Vernehmungsdokumentation aus. Dass hiermit eine Effektivierung des Verfahrens einhergehe, sei angesichts der Vielzahl von Problemen im Rahmen der praktischen Handhabung zweifelhaft. Auch der Kostenaspekt dürfe nicht vernachlässigt werden. Selbst wenn die

Verpflichtung zur Aufzeichnung auf bestimmte Fälle beschränkt werde, so führe dies lediglich zu einer Abwälzung der Abgrenzungsschwierigkeiten auf die Polizei.

**cc) Zu der Frage, ob eine vollständige Verschriftlichung jeder Aufzeichnung vorgenommen werden müsste**

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** sprach sich gegen eine Vollverschriftlichung aus. Ein Ergebnisprotokoll der Vernehmung genüge.

Herr Dr. **König** betonte, dass seiner Meinung nach an der bisherigen Praxis der Mitprotokollierung während der Vernehmung nichts geändert werden solle.

Herr Dr. **Isak** brachte zum Ausdruck, dass für die weitere Aktenbearbeitung durch Staatsanwaltschaft und Gericht eine aussagekräftige schriftliche Grundlage vorhanden sein müsse, der Richter oder Staatsanwaltschaft also nicht in jedem Fall gezwungen sein dürfe, sich die Bild-Ton-Dokumentation anzusehen. Eine Vernehmungsniederschrift herkömmlicher Art würde er dabei wegen der besseren Lesbarkeit sogar vorziehen.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** hielt eine vollständige Verschriftlichung der Vernehmung für die weitere Verfahrensbearbeitung für erforderlich.

Herr **Thiele** erinnerte an die Transkription von Kindervernehmungen, die seiner Erfahrung nach in der Regel kaum brauchbar seien. Eine vollständige Verschriftlichung sei daher nicht notwendig, ja sogar schädlich, wenn man sich hierdurch dem unmittelbaren Eindruck der Aufzeichnung entziehe.

Herr Dr. **Krauß** wies darauf hin, dass die schriftliche Zusammenfassung einer audio-visuellen Dokumentation das Verfahren durch Widersprüchlichkeiten belasten könne. Eine Vollverschriftlichung sei bei Videoaufzeichnungen daher unverzichtbar, stelle aber einen nicht zu leistenden Aufwand dar.

Herr Dr. **Müller** trat für eine Vollverschriftlichung ein. Im Verzicht hierauf könne er keine Ersparnis erkennen.

Herr **Caspari** plädierte für eine wörtliche Transkription. Diese müsse sich schon zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Eröffnungsbeschluss in der Akte befinden.

Herr **Wenske** machte deutlich, dass die vollständige Verschriftlichung der Videovernehmung seines Erachtens für den Richter notwendig sei, um in der Hauptverhandlung entsprechende Vorhalte machen zu können. Zudem erleichtere eine vollständige Verschriftlichung die Darstellung der Aussagegenese bei Abfassung des Urteils.

Frau **von Strünk** äußerte Bedenken zur Frage der Umsetzung einer vollständigen Verschriftlichung. Schon jetzt bestehe ein Mangel an geeigneten Schreibkräften.

### c) Meinungsbild

Frau Ministerialdirektorin Graf-Schlicker fasste die Entwicklung der Diskussion zusammen. Als zentraler Ansatzpunkt müsse die von Prof. Dr. Radtke herausgearbeitete Frage dienen, welche Zielsetzung mit einer umfassenderen audio-visuellen Vernehmungsdokumentation verfolgt werden solle – die Wahrung der formellen Vorschriften des Beschuldigtenschutzes oder eine Optimierung der Wahrheitsfindung. Ihrem Eindruck nach bestehe weitgehend Einigkeit darüber, dass audio-visuelle Aufzeichnungen von Vernehmungen jedenfalls einen Beitrag zur Verbesserung der Wahrheitsfindung leisten könnten. Weiterhin habe sich eine Mehrheit dafür ausgesprochen, die Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen und die Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung differenziert zu betrachten und gegebenenfalls auch einer unterschiedlichen Regelung zuzuführen. Eine generelle Einführung der audio-visuellen Vernehmungsdokumentation werde offensichtlich eher kritisch gesehen. Es habe insoweit deutliche Stimmen für die Implementierung einschränkender Voraussetzungen (Schwere des Tatvorwurfs, § 140 StPO, § 100c Absatz 2 StPO) gegeben. Die Frage der Verschriftlichung sei sehr problematisch – zumal der auf diesem Felde sicherlich eintretende technische Fortschritt nicht antizipiert werden könne. Die Thematik des Transfers audio-visueller Aufzeichnungen in die Hauptverhandlung sei bisher bewusst ausgeklammert wor-

den. Es sei geplant, die jetzige Diskussion später – bei der Frage des Transfers – erneut aufzugreifen und in diesem Zusammenhang bzw. am Ende der Kommissionsarbeit einer abschließenden Bewertung zuzuführen.

## **2. Partizipatorischen Ermittlungsverfahren**

### **a) Gutachten**

Herr Prof. Dr. **Esser** stellte das von ihm vorgelegte Gutachten zum „Partizipatorischen Ermittlungsverfahren“ vor. Eine konventionskonforme Auslegung des § 137 Absatz 1 Satz 1 StPO müsse im Lichte der Rechtsprechung des EGMR und des Artikel 3 der Richtlinie 2013/48/EU (Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand) zu dem Ergebnis gelangen, dass das Recht auf Zugang zu einem Verteidiger nur dann effektiv gewahrt werde, wenn dieser bei jeder – auch schon der ersten polizeilichen – Vernehmung des Beschuldigten anwesend sein dürfe. Von Nöten sei daher eine klarstellende, ausdrückliche Regelung des Anwesenheitsrechts bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen, die in § 163a StPO aufgenommen werden solle. Weiterhin sei eine (zeitliche) Ausweitung der notwendigen Verteidigung („Verteidiger der ersten Stunde“) zu erwägen. Vorstellbar sei u.a., bei Freiheitsentzug die erste polizeiliche Vernehmung – ggf. beschränkt auf schwere Tatvorwürfe – ausdrücklich als Zeitpunkt für die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu normieren. Damit das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand (Art. 6 Absatz 3 lit. c EMRK) praktisch und effektiv gewährleistet werde, müsse dem Beschuldigten prozessual ein eigenes Antragsrecht hinsichtlich der Beiordnung eines Pflichtverteidigers eingeräumt werden. Daneben erscheine es im Lichte des Art. 13 EMRK (Recht auf wirksame Beschwerde) notwendig, die Überprüfung einer ablehnenden Entscheidung durch das Gericht gesetzlich zu garantieren. Ferner empfehle es sich, den Schutz der Verteidigung im Rahmen sog. Anbahnungsgespräche zu verbessern, indem Anbahnungsgespräche dem Schutzbereich des § 148 StPO explizit unterstellt würden. Daneben regte Prof. Dr. Esser an, weitere partizipatorische Element wie etwa die Mitwirkung des Verteidigers bei der Auswahl des Sachverständigen sowie die Anwesenheit des Verteidigers bei der Sachverständigenexploration bzw. bei der Vernehmung von Zeugen oder Mitbeschuldigten zu diskutieren.

Anschließend erörterte Herr Dr. **Isak** das von ihm erarbeitete Gutachten zum „Partizipatorischen Ermittlungsverfahren“. Der gesetzlichen Verankerung eines expliziten Mitwirkungsrechts des Verteidigers bei der (ersten) polizeilichen Beschuldigtenvernehmung stehe er ablehnend gegenüber. Insoweit werde mehr als eine rein redaktionelle Änderung betrieben, da dem Verteidiger ein eigenes Recht zugestanden würde, das zur Durchsetzung der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten nicht erforderlich sei. Auch eine Ausweitung sonstiger Mitwirkungsrechte des Verteidigers befürworte er nicht. Die staatsanwaltliche Vernehmung habe eine ganz andere Qualität als jede richterliche Vernehmung, so dass eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sei. Angesichts der zu erwartenden Auswirkungen auf das Aussageverhalten müsse auch eine Mitwirkung bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten abgelehnt werden. Die Mitwirkung bei der Vernehmung von Zeugen, die vom Beschuldigten zu dessen Entlastung benannt worden seien, biete Gelegenheit zu missbräuchlicher Verfahrensverzögerung und sei deshalb abzulehnen. Eine Überführung von Nr. 70 Absatz 1 RiStBV in die StPO werde zu einer reinen „Placebo-Vorschrift“ führen, die ebenso wenig wie die jetzige Richtlinie „gelebt“ werde und deren effektive Durchsetzung weder möglich noch sinnvoll sei. Zu befürworten sei einzig der Vorschlag, ein Antragsrecht des Beschuldigten auf Beordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren gesetzlich vorzusehen. Auch die Staatsanwaltschaft werde durch die Einräumung dieser Möglichkeit entlastet. Allerdings solle mit dem Antrag des Beschuldigten der Ermittlungsrichter befasst werden. Eine Pflichtverteidigerbestellung ab Festnahme bzw. – bei schweren Tatvorwürfen – ab der ersten Vernehmung stoße in der Praxis vor allem im ländlichen Bereich auf derart erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten, dass dem verfassungsrechtlich verankerten Beschleunigungsgrundsatz nicht mehr Rechnung getragen werden könnte. Solange der Beschuldigte Schweigerecht, Konsultationsrecht und ggf. noch ein eigenes Antragsrecht genieße, bestehe kein Bedürfnis dazu, ihn weitergehend zu schützen. Der Schutzbereich des § 148 StPO könne allenfalls auf mündliche Anbahnungsgespräche mit abstrakt gem. §§ 137 Absatz 1, 146 StPO geeigneten Personen ausgeweitet werden, nicht aber auf den Briefverkehr zwischen Beschuldigtem und potentiellem Verteidiger, da insoweit etwaiger Missbrauch nicht wirksam zu unterbinden sei.

----- 2. Sitzungstag – 30. September 2014 -----

**b) Diskussion**

**aa) Zu der Frage, ob ein Recht des Verteidigers auf Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung geregelt werden sollte**

Frau Prof. Dr. **Beckemper** sprach sich für eine ausdrückliche Normierung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung aus. Es handle sich um einen Schönheitsfehler, der dringlich repariert werden müsse. Das Recht, die Aussage zu verweigern und einen Verteidiger zu fordern, genüge zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten in der Vernehmungssituation nicht, da der Beschuldigte oft nicht einschätzen könne, wann er im eigenen Interesse von diesen Rechten besser Gebrauch machen sollte („Ich dachte, Sie seien unschuldig“).

Herr Dr. **Krauß** äußerte sich generell kritisch zu einer frühzeitigen Beteiligung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren. Die Mitwirkung der Verteidigung zu diesem Zeitpunkt ließe

eine Verzögerung der Sachaufklärung befürchten, da Verteidiger ihren Mandanten zunächst dazu raten würden, von ihrem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Die Strafprozessordnung sehe im Ermittlungsverfahren einen institutionellen Informationsvorsprung der Ermittlungsbehörden vor. Dies sei im Sinne einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege legitim und verstoße nicht gegen den Gedanken der Verfahrensfairness. Auch finanzielle Aspekte müssten berücksichtigt werden: Angesichts der geringen Entlohnung von Pflichtverteidigern, deren Erhöhung der Staat nicht leisten könne, bestehe die Gefahr, dass nur wohlhabende Beschuldigte von einem „Partizipatorischen Ermittlungsverfahren“ profitieren würden. Die Schere zwischen verteidigten und unverteidigten Beschuldigten gehe weiter auseinander, das Recht, sich selbst zu verteidigen, werde desavouiert. Konkret gegen ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung spreche, dass hiermit eine Pflicht zur Benachrichtigung bzw. Terminabstimmung einhergehen könnte.

Herr **Schmengler** gab zu bedenken, dass der Verteidiger in der Praxis ohnehin zur polizeilichen Vernehmung zugezogen werde.

Herr **Thiele** hielt seinen Vorrednern entgegen, dass die ausdrückliche Normierung eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung gerade zum Schutz der „unerfahrenen“ Beschuldigten dienen würde. Der Rest der Beschuldigten könne die Anwesenheit ihres Verteidigers auch nach derzeitiger Rechtslage schon über die Ausübung des Schweigerechts erzwingen.

Herr Dr. **Isak** warf die Frage auf, ob es sich bei dem diskutierten Anwesenheitsrecht um ein eigenständiges Verfahrensrecht des Verteidigers oder um ein von der Position des Beschuldigten abgeleitetes Recht handeln würde und inwieweit der Beschuldigte hierauf verzichten könne bzw. welche Anforderungen man an einen wirksamen Verzicht stellen dürfe.

Herr Dr. **Mutzbauer** äußerte, er habe keine grundlegenden Bedenken gegen die Zuerkennung eines Anwesenheitsrechts bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung. Da die Vernehmungssituation ja eigentlich schon mit der Belehrung und ggf. einer ersten Frage starte, bevor der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch mache, sei nicht ganz sicher, ob die jetzige Rechtslage wirklich EMRK-konform ausgestaltet sei. Probleme sehe er jedoch bei

der praktischen Umsetzung im Detail. Vor allem drohe ein Konflikt mit dem Recht des Beschuldigten auf einen Verteidiger seiner Wahl. Man müsse wohl entscheiden, was wichtiger sei – das Anwesenheitsrecht oder das Wahlrecht. Zudem stelle sich die Frage, ob neben der Anwesenheit tatsächlich auch die Mitwirkung, beispielsweise in Form eines Fragerechts, gestattet sein solle. Insoweit stehe zu befürchten, dass drei Verteidiger in einer polizeilichen Vernehmung die Überhand gewinnen könnten.

Herr Prof. Dr. **Jahn** machte deutlich, dass die unionsrechtliche Rechtslage seiner Ansicht nach durch eine lange Kette von EGMR-Rechtsprechung (z.B. Salduz/Türkei NJW 2009, 3707) längst eindeutig im Sinne eines unbeschränkten Zugangs zum Rechtsbeistand geklärt sei. Dieses Recht müsse folglich auch im Rahmen der ersten polizeilichen Vernehmung effektiv gewährleistet werden. Die Bundesrepublik Deutschland sei bisher nur zufällig einer entsprechenden Verurteilung durch den EGMR entgangen. Hinsichtlich der Frage der Mitwirkung sei zu bedenken, dass im Rahmen des § 168c StPO unstreitig vertreten werde (z.B. KK-StPO/Griesbaum, § 168c Rn. 15), dass mit dem Recht auf Anwesenheit naturgemäß ein Fragerecht einhergehe. Ungeeignete Fragen und Störungen könnten über § 241 Absatz 2 StPO analog bzw. § 164 StPO abgewehrt werden.

Herr Prof. Dr. **Radtke** führte aus, dass die Folgen der von Prof. Dr. Jahn angeführten EGMR-Rechtsprechung für die deutsche Gesetzgebung nicht eindeutig seien, weil insoweit keine Inter-Partes-Entscheidung gegenüber der Bundesrepublik Deutschland vorliege. Da der Beschuldigte sein Zugangsrecht bereits de lege lata mittels Ausübung seines Schweigerechts erzwingen könne und auch in Bezug auf die Richtlinie 2013/48/EU (Recht auf Zugang zum Rechtsbeistand) wohl kein Umsetzungsbedarf bestehe, sei eine Regelung des Anwesenheitsrechts durchaus möglich, aber nicht zwingend. Schließlich sei die jetzige gesetzliche Konzeption stimmig. Immerhin treffe den Beschuldigten bei einer polizeilichen Vernehmung – anders als im Fall des § 163a Absatz 3 Satz 1 StPO oder der §§ 133, 134 StPO – auch keine Erscheinspflicht. Wenn man jedoch ein Anwesenheitsrecht regeln wolle, so handle es sich um ein Recht des Beschuldigten. Es könne schon deshalb kein Recht des Verteidigers sein, da in den meisten Fällen zum Zeitpunkt der ersten polizeilichen Vernehmung noch gar kein Mandatsverhältnis bestehe. Hinsichtlich der Frage einer Mitwirkung des Verteidigers im Rahmen der Vernehmung sei man durch die Richtlinie 2013/48/EU (Recht auf Zugang zum

Rechtsbeistand) zur Gewährleistung einer wirksamen Teilnahme verpflichtet. Insoweit bestehe kein Spielraum. Dennoch erscheine problematisch, ob ein Polizist die Frage eines Volljuristen jemals gem. § 241 Absatz 2 StPO analog zurückweisen werde.

Frau **von Strünk** schloss sich den Ausführungen von Prof. Dr. Radtke an, dass keine völkerrechtliche oder unionsrechtliche Verpflichtung zur Gewährleistung eines Anwesenheitsrechts bestehe. Dementsprechend müssten die rechtspolitischen Erwägungen, die Dr. Isak in seinem Gutachten gegen die Zuerkennung eines solchen Rechts formuliert habe, hinreichend berücksichtigt werden. Eine Regelung sei daher abzulehnen. Wenn man jedoch schon ein Anwesenheitsrecht vorsehen wolle, dann müsse im Gegenzug auch über eine Erscheinungspflicht des Beschuldigten vor der Polizei nachgedacht werden.

Herr Prof. Dr. **Nestler** legte dar, dass nicht alle Beschuldigten mit der Belehrung des § 136 Absatz 1 StPO etwas anfangen könnten. Eine gute Dokumentation der polizeilichen Vernehmung würde sich insoweit zwar als hilfreich erweisen, aber nicht die vollständige Lösung darstellen. Ab einer gewissen Vorwurfsschwere müsse jede Vernehmung mit einem Verteidiger erfolgen, es sei denn, der Beschuldigte würde hierauf ausdrücklich verzichten.

Herr Prof. Dr. **Esser** stellte fest, dass offensichtlich alle Kommissionsmitglieder ein Recht auf Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung grundsätzlich anerkennen würden. Nichtsdestotrotz wolle eine größere Gruppe dieses Recht nicht ausdrücklich ins Gesetz aufnehmen. In einem Rechtsstaat müsse ein anerkanntes Recht jedoch in Gesetzesform gegossen werden, zumal die jetzige Rechtslage in § 163a Absatz 3 und Absatz 4 StPO zumindest verwirrend ausgestaltet sei. Zu einer effektiven Gewährleistung des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand müsse auch das vom EGMR entwickelte Kriterium der Vorhersehbarkeit erfüllt sein. Der Regelungsvorschlag auf S. 6 des Gutachtens sei im Sinne eines abgeleiteten Rechts vom Beschuldigten ausgestaltet, so dass dem Beschuldigten ein Verzicht hierauf möglich bleibe. Was den Umfang des Anwesenheitsrechts anbelange, so dürfe insoweit kein Rückschritt hinter den jetzigen Standard erfolgen; der Inhalt des Anwesenheitsrechts sei – wie von Prof. Dr. Jahn dargestellt – eindeutig umrissen und höchstrichterlich gefüllt. Daneben bedürfe es einer ausdrücklichen Erwähnung der Mitwirkung nicht mehr.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** belegte anhand der gesetzlichen Systematik, dass derzeit ein qualitativer Unterschied hinsichtlich der Gewährleistung des Rechts auf Zugang zum Rechtsbeistand in der polizeilichen Vernehmung einerseits und der staatsanwaltlichen/gerichtlichen Vernehmung andererseits bestehe. Während der Beschuldigte in der polizeilichen Vernehmung sein Recht gem. § 137 StPO selbst geltend machen müsse, werde dieses im Rahmen der staatsanwaltlichen bzw. gerichtlichen Vernehmung über die notwendige Terminabsprache gem. §§ 168c Absatz 1 und 5, 163a Absatz 3 Satz 2 StPO von Amts wegen beachtet.

Herr Prof. Dr. **Hamm** befürwortete eine klarstellende Regelung zum Anwesenheitsrecht des Verteidigers während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung. Der Gesetzgeber habe die jetzige Situation sicherlich bewusst geregelt. Im Anschluss an Prof. Esser könne an dieser Rechtslage jedoch nicht länger festgehalten werden. Auf Dr. Mutzbauers Bedenken zum Thema Mitwirkung sei zu entgegnen, dass ein Verteidiger allein als stummer Zeuge nichts wert wäre. Seine Mitwirkung diene im Rahmen der Vernehmung zur Klärung des Vernehmungsinhalts und helfe somit zu verhindern, dass sich Fehlverständnisse zementierten.

Herr **Wenske** betonte, er verstehe die jetzige Rechtslage zum Thema Anwesenheitsrecht des Verteidigers keineswegs als bloßen Schönheitsfehler. Die Strafprozessordnung sei bestimmt durch das Bild eines selbstbestimmten Beschuldigten, eines hinreichend informierten Bürgers, der über sein Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand disponieren könne. Dabei sei die Grenze dieser Dispositionsfreiheit nicht bereits erreicht, wenn der Beschuldigte scheinbar unvernünftig handle, sondern erst, wenn er schwerwiegenden Willensmängeln (Irrtum, Drohung etc.) unterliege. Sofern das Anwesenheitsrecht als eigenes Recht des Verteidigers ausgestaltet würde, entzöge man es der Dispositionsfreiheit des Beschuldigten. Eine effektivere Verfahrensgestaltung könne über ein Anwesenheitsrecht bei der polizeilichen Vernehmung jedenfalls nicht erreicht werden, da ein frisch mandatiertes Verteidiger ohne Aktenkenntnis in jedem Fall dem Mandanten zunächst dazu raten müsse, zu schweigen. Ferner ergebe sich unweigerlich in der Folge die Frage, wie eine Verletzung des Anwesenheitsrechts im Rahmen einer Revision zu handhaben wäre.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** positionierte sich dahingehend, dass zwar kein Zwang zu einer Regelung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers in der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung bestehe, er eine solche aber als rechtspolitische Entscheidung nichtsdestotrotz befürworte. Eine Effektivierung des Strafverfahrens sei auch durch eine Steigerung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu erreichen. Die diskutierte Gesetzesänderung sei mehr als eine reine Klarstellung, es handle sich sicherlich um etwas Neues. Das insoweit neu zu schaffende Recht müsse als abgeleitetes Recht des Beschuldigten ausgestaltet werden. Es empfehle sich eine entsprechende Klarstellung im Wortlaut der Vorschrift („Der Verzicht des Beschuldigten auf die Anwesenheit eines Verteidigers ist möglich“). Ob die StPO wirklich von einem vollständig selbstbestimmten Beschuldigten ausgehe, wie Herr Wenske meine, sei zweifelhaft. Immerhin existierten genügend Schutzvorschriften, die inzident von einer strukturell unterlegenen Position des Beschuldigten gegenüber den professionellen Organwaltern der Verfolgungsbehörden zeugten. Der potentielle Konflikt des Anwesenheitsrechts mit dem Recht des Beschuldigten auf freie Wahl seines Verteidigers sei dahingehend aufzulösen, dass im Zweifel das Wahlrecht zurückstehen müsse.

Frau Prof. Dr. **Beckemper** schloss sich der Meinung Prof. Dr. Ostendorfs an, dass die StPO im Hinblick auf den Schutz des Beschuldigten – auch in der Auslegung, die das Gesetz durch den BGH erfahre – durchaus paternalistische Züge trage.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** gab zu bedenken, dass Sinn und Zweck der Anwesenheit des Verteidigers während einer Vernehmung in erster Linie darin bestünden, das Recht des Beschuldigten auf rechtliches Gehör zu wahren, indem der Verteidiger frühzeitig diejenigen Tatsachen einführen würde, die für den Beschuldigten sprechen. In dieser Funktion werde der Verteidiger während der Vernehmung auch durch die Polizei sehr geschätzt. Er selbst habe nie die Erfahrung machen müssen, von einer Vernehmung ausgeschlossen zu werden, sondern sei immer veranlasst worden, sich einzubringen. Die Zuerkennung eines Rechts sei indes nur sinnvoll, wenn es auch effizient wahrgenommen werden könne. Da Partizipation die Verfügbarkeit des Verteidigers verlange, die Wahrnehmung eines Pflichtverteidigermandats sich jedoch aus Verteidigersicht finanziell nicht lohne, bestehe die Gefahr, dass vom Anwesenheitsrecht in der Regel kein Gebrauch gemacht werde, aber nichtsdestotrotz ein erleichterter Transfer der Vernehmung in die Hauptverhandlung stattfinde. Die traditionelle Hauptver-

handlung sei der Königsweg. Mängel im Ermittlungsverfahren seien so lange hinzunehmen, wie sie nach einer Überprüfung im Rahmen der Hauptverhandlung korrigiert werden könnten.

Frau Prof. Dr. **Höynck** schloss sich den von Prof. Dr. Dr. Ignor geäußerten Bedenken an. Das Gesamtgefüge der StPO werde verschoben, wenn einzelne Rechte gestärkt würden. Es bestehe die Gefahr, dass der Beschuldigte in der Folge im Rahmen der Hauptverhandlung hinsichtlich eines bestimmten Vorbringens präkludiert werde. Gleichzeitig würden die Organwalter der Strafverfolgungsbehörden ein Stück weit von ihrer bisher anerkannten Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten befreit. Vielleicht sei es daher besser, die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens mittels anderer Steuerungselemente weiter zu befördern.

**bb) Zu der Frage, ob eine zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung („Verteidiger der ersten Stunde“) sinnvoll ist**

Herr Dr. **Krauß** gab zu bedenken, dass durch entsprechende Maßnahmen nicht nur erhebliche Mehrkosten auf die Justiz zukämen, sondern zugleich auch frühe Geständnisse nicht mehr erreicht werden könnten.

Herr **Schmengler** erinnerte daran, dass die Staatsanwaltschaft in der Praxis ebenfalls erst relativ spät in das von der Polizei geführte Ermittlungsverfahren eingebunden werde. Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers ab vorläufigem Freiheitsentzug sei nicht praktikabel, da hierdurch die Unverzüglichkeit der Vorführung vor den Haftrichter behindert werde.

Herr **Thiele** widersprach dem Beschleunigungsargument von Herrn Schmengler. Die Haftprüfung werde nicht zwingend durch die Beiordnung eines Pflichtverteidigers verzögert. Als problematisch im Rahmen der Pflichtverteidigerbeiordnung ab Festnahme stelle sich vielmehr die praktische Frage dar, wie ein kostenneutraler Austausch des ersten Pflichtverteidigers im späteren Verfahren zu bewerkstelligen sei, da der erster Verteidiger nicht notwendiger Weise auch der Verteidiger sein müsse, den der Beschuldigte wählen wolle. Weiterhin sei eine Zuständigkeitsübertragung auf den Ermittlungsrichter sinnvoll, da diese Lösung eine

schnelle und eindeutige Regelung verspreche. Von einer verpflichtenden Pflichtverteidigerbestellung bereits bei der ersten Vernehmung müsse hingegen abgeraten werden, da ein solches Vorgehen weder praktikabel noch erforderlich sei. Emotionale Ausbrüche des Beschuldigten im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Tat dürften ruhig für den Rechtsstaat nutzbar gemacht werden.

Herr Prof. Dr. **Radtke** schloss sich den Bedenken seines Vorredners an, dass der „Verteidiger der ersten Stunde“ regelmäßig nur eine beschränkte Tätigkeit ausüben und wahrscheinlich im späteren Verlauf des Verfahrens ein Verteidigerwechsel stattfinden würde.

Frau **von Strünk** lehnte den Vorschlag ebenfalls ab. Wenn jedoch eine Ausweitung der notwendigen Verteidigung auf den Zeitpunkt ab Festnahme vorgenommen würde, so müssten zumindest Fälle kurzfristigen Freiheitsentzugs ausgenommen und weitere Kriterien installiert werden, um das Recht auf Beiordnung in diesem Moment einzuschränken. Eine Pflicht zur Beiordnung ab dem Zeitpunkt der ersten Vernehmung würde schließlich zu einer nicht hinnehmbaren Verfahrensverzögerung führen.

Herr Prof. Dr. **Nestler** wies daraufhin, dass die frühzeitige Beiordnung im Rahmen eines Pflichtverteidigermandats für Verteidiger unattraktiv sei.

Herr Prof. Dr. **Hamm** gab an, hinsichtlich einer entsprechenden Ausweitung noch unentschieden zu sein, tendenziell zeige er sich hierfür aber offen.

**cc) Zu der Frage, ob ein Antragsrecht des Beschuldigten auf Bestellung eines Pflichtverteidigers vorzusehen ist**

Herr Dr. **Krauß** befürwortete die Schaffung eines entsprechenden Antragsrechts.

Herr **Thiele** stimmte dem zu. Eine entsprechende Regelung sei bereits überfällig. Zudem sei eine Zuständigkeitsübertragung auf den Ermittlungsrichter zu unterstützen.

Frau **von Strünk** zeigte sich in Bezug auf den Vorschlag kritisch. Das Antragsrecht werde keine Verfahrensbeschleunigung bewirken. Wenn überhaupt, so sei dem Gericht ein Recht zur Beiordnung unabhängig von einem Antrag der Staatsanwaltschaft zu gewähren.

Herr Prof. Dr. **Radtke** betonte, es handle sich beim derzeit bestehenden Antragsrecht der Staatsanwaltschaft um keinen Anachronismus, sondern um eine konsequente Ausgestaltung der staatsanwaltlichen Stellung als Herrin des Ermittlungsverfahrens. Zu diskutieren sei daher, ob sich aus systematischer Sicht nicht vielmehr ein Anregungsrecht des Beschuldigten empfehle. Sofern man ein Antragsrecht des Beschuldigten schaffen wolle, sei darauf zu achten, dass die Anordnungscompetenz nicht unterschiedlich zu der Zuständigkeit zur Beiordnung im Übrigen ausgestaltet werde. Momentan diskutiere man eine Zuständigkeit des Ermittlungsrichters, ohne zu bedenken, dass in den übrigen Fällen der Vorsitzende des Gerichts der Hauptsache zuständig bliebe.

Herr Prof. Dr. **Esser** wies darauf hin, dass der Staatsanwaltschaft nicht das Antragsrecht genommen werden solle, sondern lediglich das Antragsmonopol. Insoweit bestehe im Hinblick auf Art. 13 EMRK eine gesetzgeberische Verpflichtung, tätig zu werden.

Herr Prof. Dr. **Nestler** stimmte Prof. Dr. Radtke darin zu, dass die jetzige Regelung aus historischer und systematischer Sicht in sich stimmig sei. Dessen ungeachtet spreche jedoch nichts dagegen, dem Beschuldigten die Möglichkeit zu eröffnen, gerichtlichen Grundrechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** schloss sich seinem Vorredner an unter Verweis auf die Wächterfunktion des Ermittlungsrichters in Bezug auf die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft.

Herr Dr. **Isak** pflichtete Prof. Dr. Radtke in systematischer Hinsicht bei. Effizienter sei es jedoch, wenn dem Beschuldigten sogleich ein Antragsrecht gegenüber dem Gericht zugestanden würde.

Herr **Wenske** befürwortete den Vorschlag grundsätzlich. Er wandte sich jedoch gegen eine Zuständigkeitsübertragung auf den Ermittlungsrichter. Es solle weiterhin der Vorsitzende des Gerichts der Hauptsache über die Beiordnung entscheiden, da dieser die notwendige tatrichterliche Erfahrung hierfür mitbringe.

Dem schloss sich Herr **Dr. Müller** an.

**dd) Zu der Frage, ob Anbahnungsgespräche dem Schutzbereich des § 148 StPO zu unterstellen sind**

Herr Dr. **Krauß** warnte vor der hohen Missbrauchsgefahr, die unüberwachter Briefverkehr insoweit mit sich bringe.

Auch Frau **von Strünk** wies auf die bestehende Missbrauchsgefahr hin. Es sei nicht ersichtlich, wie diese eingedämmt werden könne. Ein erweiterter Schutzgehalt des § 148 StPO – wie von Prof. Dr. Esser in seinem Gutachten vorgeschlagen – sei daher nicht praktikabel.

Herr **Schmengler** wies auf die Gefahr hin, dass bei Ausweitung des § 148 StPO auch Gespräche mit Personen geschützt würden, die durch das Bundesgebiet reisten, um Aussagen verschiedener Beschuldigter abzustimmen. Desgleichen gebe die von Prof. Dr. Esser zitierte Entscheidung des BGH (NJW 2014, 1314) keinen Anlass dazu, von der bisherigen Handhabung des § 148 StPO abzuweichen. Schließlich seien Anbahnungsgespräche als Gespräche mit einem Rechtsanwalt hinreichend über §§ 160a Absatz 1, 53 Absatz 1 StPO geschützt.

Herr **Thiele** hielt seinen Vorrednern entgegen, dass der von ihnen bei einer Ausweitung von § 148 StPO befürchtete Missbrauch durch „kriminelle Parallelwelten“ nicht wesentlich ins Gewicht falle, da diese auch nach derzeitiger Rechtslage sicherlich genügend Missbrauchs- und Absprachenspielräume hätten.

Herr Prof. Dr. **Hamm** sprach sich für eine Gleichstellung des Schutzes von Anbahnungsgesprächen und Verteidigerkorrespondenz aus. Ansonsten könne im Rahmen der Anbahnung kein Vertrauensverhältnis begründet werden. Zudem verhindere die jetzige Situation eine

inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Tatvorwurf während der Anbahnungsgespräche. Die Missbrauchsgefahr sei gering, wenn man die Glaubhaftmachung eines legitimen Anbahnungsansinnens als zusätzliche Voraussetzung installiere.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** berichtete, dass nach seiner Erfahrung eine Besuchserlaubnis für ein unüberwachtes Anbahnungsgespräch regelmäßig gewährt werde.

Hierzu äußerte Herr **Schmengler**, dass es weder in NRW noch in Rheinland-Pfalz unüberwachte Anbahnungsgespräche gebe.

**dd) Zu der Frage, ob dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger bei der Auswahl des Sachverständigen von Gesetzes wegen ein Mitwirkungsrecht eingeräumt werden sollte**

Herr Prof. Dr. **Esser** legte dar, dass sein Vorschlag als offene Diskussionsgrundlage gemeint sei, wobei ihn insbesondere die Meinung der Praktiker in diesem Punkt interessiere. Klar müsse jedoch sein, dass wenn eine Regelung befürwortet werde, diese nicht als bloßes Placebo ausgestaltet sein dürfe, sondern an den Verstoß Folgen geknüpft werden müssten. Vielleicht genügten aber auch die rein faktischen Auswirkungen, die eine Aufwertung zur gesetzlichen Regelung mit sich brächten, wenn nämlich die erfolgreiche Geltendmachung einer Aufklärungsrüge bei Missachtung des Mitwirkungsrechts vereinfacht würde.

Herr **Schmengler** sprach sich gegen eine gesetzliche Regelung aus. Die Vorgabe der RiStBV (Nr. 70 Absatz 1) sei eindeutig. Wenn nach Erholung des Gutachtens Zweifel an der Sachkunde des Sachverständigen auftreten würden, müsste ohnehin ein Zweitgutachten in Auftrag gegeben werden.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** wies daraufhin, dass die Einbindung des Verteidigers in den Auswahlprozess geeignet sei, die aufwendige Erholung eines Zweitgutachtens entbehrlich zu machen.

Herr Dr. **Müller** berichtete aus seiner praktischen Erfahrung, dass die Vorgaben der Nr. 70 RiStBV tendenziell nicht eingehalten würden. Eine Regelung, wonach der Beschuldigte bei der Auswahl des Sachverständigen miteinbezogen werde, sei zu befürworten, da Fehler im Rahmen des Ermittlungsverfahrens sich erfahrungsgemäß im weiteren Verlauf potenzierten und in die Hauptverhandlung gezogen würden, wo eine Korrektur kaum noch möglich sei.

Herr Prof. Dr. **Jahn** schloss sich seinem Vorredner an. Solange die diesbezüglichen Vorgaben der RiStBV nicht eingehalten würden, könne man ihre Existenz auch nicht als Argument gegen die Notwendigkeit einer gesetzlichen Verankerung heranziehen.

Herr **Caspari** erklärte, er habe kein Problem mit einer gesetzlichen Verankerung der Möglichkeit des Beschuldigten zur Stellungnahme vor Auswahl eines Sachverständigen. Allerdings halte er die praktischen Auswirkungen einer solchen Regelung für gering. Es sei sehr unwahrscheinlich, dass hierdurch tatsächlich Probleme, die sonst in der Hauptverhandlung auf den Plan träten, im Vorfeld ausgeräumt werden könnten.

Herr Prof. Dr. **Hamm** berichtete, dass sich seinem Eindruck zufolge der Missstand einer übermächtigen Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Auswahl und Tätigkeit des Sachverständigen durch die Vorgaben der RiStBV nicht geändert habe. Eine gesetzliche Regelung sei nicht zuletzt aus revisionsrechtlicher Sicht vielversprechend, da eine Verletzung dann als Verfahrensfehler gerügt werden könnte.

Herr Dr. **Mutzbauer** pflichtete seinen Vorrednern darin bei, dass die faktisch alleinige Bestimmungsmacht der Staatsanwaltschaft über die Bestellung von Sachverständigen problematisch sei („Hausgutachter“). Eine Anhörungsregelung sei jedoch zu wenig, um dieser Entwicklung entgegenzuwirken. Stattdessen erscheine eine Übertragung der Zuständigkeit auf das Gericht auch im Ermittlungsverfahren sinnvoll.

Herr Prof. Dr. **Ignor** unterstützte grundsätzlich eine Aufnahme der bisherigen Richtlinie in die Strafprozessordnung. Allerdings dürfe hieraus keinesfalls folgen, dass der Beschuldigte

im weiteren Verfahrensverlauf mit Rügen hinsichtlich des Sachverständigengutachtens präkludiert sei. Werde der Sachverständige auch im Ermittlungsverfahren durch den Vorsitzenden des Gerichts der Hauptsache bestellt, so drohe ein Perseveranzeffekt, der dazu führe, dass das Gutachten später nur noch schwer angreifbar sei.

Herr Prof. Dr. **Radtke** befand es für zu etwas kurz gegriffen, lediglich die bestehende Richtlinie ins Gesetz zu überführen, wenn an die Verletzung der dann neuen Regelung keine Folgen angeknüpft würden. In der Praxis stelle sich weiterhin die Frage, ob die Auswahl an Sachverständigen in bestimmten Fachbereichen nicht sehr begrenzt sei.

Frau **von Strünk** äußerte sich dahin gehend, dass sie nicht grundsätzlich gegen eine gesetzliche Regelung des Anhörungsrechts sei. Allerdings lehne sie die darüber hinausgehende Schaffung eines Sanktionsmechanismus ab.

Herr Dr. **Isak** betonte, wie notwendig es aus seiner Sicht sei, dass die Kompetenz zur Sachverständigenbestellung im Ermittlungsverfahren bei der Staatsanwaltschaft verbleibe. Zwar sei hinsichtlich der Anhörung des Beschuldigten in der Praxis durchaus Verbesserungsbedarf einzuräumen. Die Verletzung des Anhörungsrechts dürfe jedoch nicht automatisch zur Erholung eines Zweitgutachtens führen; wann ein solches in Auftrag gegeben werde, müsse sich auch weiterhin nach § 244 StPO richten.

**ee) Zu der Frage, ob dem Verteidiger bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen die Anwesenheit gestattet sein sollte**

Herr Prof. Dr. **Esser** wies daraufhin, dass dieser Vorschlag sich an der aktuellen Rechtslage in der Schweiz orientiere (vgl. *Alain Saner*, Das Teilnahmerecht der Verteidigung bei der psychiatrischen Exploration der beschuldigten Person, ZStrR 02/2014, S. 121 ff.).

Herr Prof. Dr. **Nestler** schlug daraufhin vor, die Diskussion in der Schweiz zu dieser Gesetzgebung nachzuvollziehen.

Herr Dr. **Isak** regte an, die Expertise eines psychiatrischen oder psychologischen Sachverständigen zu der Frage einzuholen, wie die Teilnahme des Verteidigers die Qualität der Exploration beeinflussen könne.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** gab an, zu diesem Punkt erst Rücksprache mit dem Strafrechtausschuss der BRAK halten zu wollen.

Frau **von Strünk** führte aus, sie habe Rücksprache mit einem Forensiker des Bezirkskrankenhauses Straubing gehalten. Dieser habe auf den Vorschlag sehr skeptisch reagiert, da die Anwesenheit des Verteidigers für eine vertrauliche Arzt-Patienten-Beziehung nicht förderlich sei. In der Praxis werde die Anwesenheit jedoch bereits ermöglicht, sofern dies explizit gewünscht werde.

**ff) Zu der Frage, ob dem Verteidiger bei der Vernehmung von Zeugen oder Mitbeschuldigten die Anwesenheit bzw. Mitwirkung gestattet sein sollte**

Die Diskussion wurde aus Zeitgründen vertagt.

### **c) Meinungsbild**

Frau Ministerialdirektorin **Graf-Schlicker** ließ über die weitere Behandlung der Themen im Rahmen der Expertenkommission abstimmen.

**aa) Zu der Frage, ob ein Recht des Verteidigers auf Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung geregelt werden sollte**

*„Der Beschuldigte hat das Recht vor und während der Vernehmung einen Verteidiger hinzuzuziehen (§ 137 Absatz 1 Satz 1)“.* (Vorschlag Prof. Dr. Esser, Gutachten S. 6, § 163a Absatz 4 Satz 2a StPO-E)

=> Eine Enthaltung, ansonsten allgemeine Zustimmung

*„Bei der Vernehmung des Beschuldigten ist dem Verteidiger die Anwesenheit [und Mitwirkung] gestattet“.* (Vorschlag Prof. Dr. Esser, Gutachten S. 6, § 163a Absatz 4 Satz 2b StPO-E)

=> Zwei Gegenstimmen, eine Enthaltung, ansonsten Zustimmung

**bb) Zu der Frage, ob eine zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung („Verteidiger der ersten Stunde“) sinnvoll ist**

Für eine Weiterbehandlung der Thematik im Rahmen der Expertenkommission sprachen sich zehn Kommissionsmitglieder aus, dagegen sechs; der Rest enthielt sich.

**cc) Zu der Frage, ob ein Antragsrecht des Beschuldigten auf Bestellung eines Pflichtverteidigers vorzusehen ist**

Der Vorschlag, die Thematik im Rahmen der Expertenkommission weiterzuverfolgen, fand größtenteils Zustimmung. Noch offen sei die Frage, wer ggf. über den Antrag des Beschuldigten entscheiden solle – der Ermittlungsrichter oder der Vorsitzende des Gerichts der Hauptsache.

**dd) Zu der Frage, ob Anbahnungsgespräche dem Schutzbereich des § 148 StPO zu unterstellen sind**

Es wurde allgemein konsentiert, den Vorschlag ergebnisoffen weiter zu behandeln.

**ee) Zu der Frage, ob dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger bei der Auswahl des Sachverständigen von Gesetzes wegen ein Mitwirkungsrecht eingeräumt werden sollte**

Für die Weiterverfolgung einer gesetzlichen Verankerung von Nr. 70 Absatz 1 RiStBV in der StPO fand sich eine breite Mehrheit. Für die zusätzliche Regelung ausdrücklicher Konsequenzen bei Verstoß gegen das Anhörungsrecht stimmten lediglich vier Kommissionsmitglieder.

**ff) Zu der Frage, ob dem Verteidiger bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen die Anwesenheit gestattet sein sollte**

Es wurde beschlossen, ein dezidiertes Meinungsbild erst nach Anhörung eines Sachverständigen und weiterer Diskussion zu diesem Thema einzuholen.

### **3. „Beschuldigtenstatus und -begriff“**

Die Behandlung dieses Themas wurde aus Zeitgründen vertagt.

## **III. Zielsetzungen für die nächsten Sitzungen**

### **1. Kommissionssitzung am 17./18. November 2014**

Die nächste Kommissionssitzung findet am 17./18. November 2014 im Gustav-Radbruch-Saal statt. Sitzungsbeginn ist am 17. November 2014 um 10:30 Uhr.

Es sollen folgende Themen behandelt werden:

- Beschuldigtenstatus und -begriff  
(Gutachten Herr Prof. Dr. Ostendorf)
- Aufgabenverteilung zwischen Polizei/StA/Gericht – Neuordnung der Aufgaben  
(Gutachten Herr Prof. Dr. Radtke und Herr Schmengler)
- Filterfunktion des Zwischenverfahrens  
(Gutachten Herr Prof. Dr. Dr. Ignor bzw. Herr Prof. Dr. Schlothauer und Herr Wenske)
- Modifikation des Strafbefehlsverfahrens – Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens  
(Gutachten Herr Dr. Müller und Herr Prof. Dr. Radtke)

Die Gutachter werden gebeten, ihre Gutachten bis spätestens zwei Wochen vor der Sitzung (bis zum 3. November 2014) dem BMJV ([meiners-ch@bmjv.bund.de](mailto:meiners-ch@bmjv.bund.de)) zu übermitteln.

### **2. Neue bzw. offene Fragestellungen**

Folgende neue bzw. offene Fragestellungen sind im Rahmen der Sitzung herausgearbeitet worden:

- Technische Voraussetzungen der Videovernehmung

Herr Holten hat sich bereiterklärt, in seinem Haus zu dieser Thematik Informationen einzuholen.

Frau Roth und Frau Dr. Wollmann werden gebeten, etwaige Informationen des BMI zur technischen Umsetzung im Bereich der präventiven Gefahrenabwehr bei der Polizei zu sammeln.

Das BMJV wird eine entsprechende Recherche auf rechtsvergleichender Basis betreiben, um die finanzielle und technische Umsetzung im benachbarten Ausland schildern zu können.

- Dokumentation von Beschuldigten- und/oder Zeugenvernehmungen aus aussagepsychologischer Sicht

Es wird erwogen, Frau Prof. Dr. Volbert als Sachverständige zu einem eigenen Sitzungstermin zu laden.

- Ausweitung der notwendigen Verteidigung

Herr Prof. Dr. Nestler wird dieses Thema durch Informationsaustausch mit Verteidigern weiter vertiefen.

- Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers – in wessen Zuständigkeit soll die Entscheidung über den Antrag des Beschuldigten fallen?

Herr Thiele und Herr Wenske werden gebeten, ihre unterschiedlichen Standpunkte in Kurzgutachten darzulegen.

### **3. Kommissionssitzung am 12./13. Januar 2015**

Die übernächste Kommissionssitzung findet am 12./13. Januar 2014 statt.

Es sollen folgende Themen behandelt werden:

- Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung

(Gutachten Herr Prof. Dr. Jahn auf der Grundlage des AE-Beweisaufnahme sowie Herr Prof. Dr. Dr. Ignor und Herr Caspari)

- Transparenz in der Hauptverhandlung

(Gutachten Herr Prof. Dr. Rönna, Ergänzungen hierzu aus Praktikersicht durch Herrn Dr. Krauß und Herrn Wenske)

- Konsensuale Elemente in der Hauptverhandlung

Das Thema wurde vorerst zurückgestellt.



**C. Dritte Sitzung der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz am 17./18. November 2014**

----- 1. Sitzungstag – 17. November 2014 -----

**I. Begrüßung**

Herr Ministerialdirigent Dr. **Korte** begrüßte die Mitglieder der Expertenkommission. Er vertrat im Rahmen dieser Sitzung die Vorsitzende der Kommission, Frau Ministerialdirektorin Graf-Schlicker. Frau Prof. Dr. Höynck war an der Teilnahme der Veranstaltung verhindert. In Vertretung des ebenfalls verhinderten Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor nahm für die Bundesrechtsanwaltskammer Herr Prof. Dr. Schlothauer an der Sitzung teil. Für die Bundesanwaltschaft nahm anstelle von Herrn Dr. Krauß Herr Marcus Köhler teil.

Herr Dr. Korte skizzierte kurz den für die beiden Tage vorgesehenen Zeitplan und führte in die zur Diskussion stehende Materie ein. Dabei unterstrich er noch einmal die Vertraulichkeit der kommissionsinternen Arbeit und bat die Kommissionsmitglieder – jenseits ihrer Arbeit als Gremienvertreter – um sehr zurückhaltende Informationsweitergabe nach außen, damit kein zweites Diskussionsforum eröffnet werde.

**II. Beratungen**

**1. Aufgabenverteilung zwischen Polizei/StA/Gericht – Neuordnung der Aufgaben**

**a) Gutachten**

Herr **Schmengler** stellte das von ihm erarbeitete Diskussionspapier zur „Aufgabenverteilung zwischen Polizei/StA/Gericht“ vor. Im Rahmen der Straftaterforschung komme es zu Aufgabenüberschneidungen zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei. Als Herrin des Vorverfahrens, der das Anklagemonopol obliege, trage die Staatsanwaltschaft dabei die Verantwor-

tung für Rechtmäßigkeit, Gründlichkeit und Zuverlässigkeit des Ermittlungsverfahrens. Mit Blick auf die Ermittlungstätigkeit der Polizei beinhalte dies eine entsprechende Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft. Diese staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis werde in der Lebenswirklichkeit jedoch nicht in hinreichendem Maße wahrgenommen. Dies liege zum einen daran, dass sicherheitsrechtliche Zweckmäßigkeitserwägungen zu Polizeikonzepten (in Rheinland-Pfalz: Landeszielen) führen würden, die nicht nur eine Konzentration der polizeilichen Ermittlungstätigkeit auf selbst gewählte Schwerpunkte zur Folge hätten, sondern mittelbar auch die staatsanwaltlichen Ressourcen entsprechend bündeln und binden würden. Zum anderen erlange die Staatsanwaltschaft im Bereich der leichten und mittleren Kriminalität oft erst dann Kenntnis von einem Verfahren, wenn der Sachverhalt bereits von der Polizei ausermittelt sei.

Vertreter aus Rechtsprechung und Anwaltschaft seien sich allgemein darin einig, dass der status quo einer nicht gelebten staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis beanstandet werden müsse. Dieser Bewertung der gegenwärtigen Situation schloss sich Herr Schmengler grundsätzlich an. Doch auch dem zur Stärkung der Sachleitungsbefugnis entwickelte Vorschlag, der Staatsanwaltschaft unbeschränkten Zugang auf alle polizeilichen Daten zu verschaffen, stehe er skeptisch gegenüber: In praktischer Hinsicht bleibe die Staatsanwaltschaft schon aufgrund des Umfangs der gesammelten Informationen bei deren Sichtung auf die Mithilfe der Polizei angewiesen. In rechtlicher Hinsicht stelle sich vor dem Hintergrund des Prinzips der Aktenwahrheit und -vollständigkeit das Problem, dass die Staatsanwaltschaft wohl verpflichtet wäre, die insoweit neu erlangten Kenntnisse in der Ermittlungsakte zu dokumentieren. Auf diese Weise würden die von der Polizei gesammelten Daten einem aus datenschutzrechtlicher Sicht bedenklich großem Kreis potentiell Einsichtsbefugter zugänglich gemacht.

Herr Schmengler plädierte daher für eine gesetzliche Normierung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis in Gestalt einer Neufassung von § 160 Absatz 2 und § 163 Absatz 2 StPO.

Weiterhin sprach sich Herr Schmengler für die Ausgestaltung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen zu polizeilichen Vernehmungen in einem neuen Absatz 6 des § 163a StPO aus, wobei er keine eigenständige polizeiliche Vorführung befürwortete. Durch Normierung einer Erscheinens- und Aussagepflicht vor der Polizei sei nicht nur mit einer Zeiterparnis zu rechnen, sondern auch mit einem Zuwachs derjenigen Personen, die der Ladung

Folge leisten. Gleichzeitig gehe mit einer entsprechenden Regelung kein Kompetenzzuwachs der Polizei einher. Diese erhalte schließlich nicht mehr Befugnisse als sie bereits habe. Gegen die Erscheinens- und Aussagepflicht spreche insbesondere nicht Art. 104 Absatz 2 Satz 1 GG, da die Erscheinenspflicht nicht zu einer Freiheitsentziehung, sondern lediglich zu einer Freiheitsbeschränkung führe. Der Polizei dürfe nicht generell misstraut werden. Sie sei schließlich gem. Art. 20 Absatz 3 GG genauso an Recht und Gesetz gebunden wie Staatsanwaltschaft und Gerichte. Exemplarisch werde dies durch die geringe Zahl der gegen Polizeibeamte eingelegten Beschwerden beim Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz dokumentiert. Auch drohe keine zusätzliche Beschränkung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis.

Ferner schloss sich Herr Schmengler dem Vorschlag des Deutschen Richterbundes (Zehn-Punkte-Papier 2013 und Arbeitsgruppe Richtervorbehalte 2014) an, wonach die Richtervorbehalte in §§ 81a Absatz 2, 87 Absatz 4 Satz 1, 132 Absatz 2 StPO zu Gunsten einer Anordnungsbefugnis der Staatsanwaltschaft (mit nachrangiger polizeilicher Kompetenz) abgeschafft werden sollen. Eine entsprechende Lockerung sei rechtlich zulässig, da die betreffenden Maßnahmen lediglich von geringer Eingriffsschwere seien. Angesichts der fehlenden Möglichkeit des Richters, den Sachverhalt tatsächlich eigenständig zu überprüfen, stelle sich seine Einbindung als bloße Formalie dar.

Darüber hinaus plädierte Herr Schmengler unter dem Gesichtspunkt der Effektivierung des Strafverfahrens für eine teilweise Änderung des § 100b Absatz 1 StPO. Für den Fall, dass nach richterlicher Anordnung einer TKÜ weitere bzw. neue Rufnummern des Beschuldigten bekannt würden, sei es sinnvoll, der Staatsanwaltschaft die Befugnis zu verleihen, den ursprünglichen Beschluss insoweit zu ergänzen.

Nach Einschätzung von Herrn Schmengler besteht keine Notwendigkeit, die Ermittlungsbefugnisse unter Einführung eines Abschnitts „Polizeiliche Maßnahmen“ neu zu ordnen.

Daran anschließend präsentierte Herr Prof. Dr. **Radtko** sein Gutachten zur Gestaltung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren. Herr Prof. Dr. Radtko nahm insoweit seine Empfehlung vorweg, diese Thematik im Rahmen der Kommissionsarbeit nicht weiterzuverfolgen. Reformvorschläge wie derjenige von Herrn Prof. Dr. Lilie aus dem Jahre 1999, wonach der derzeit in Gestalt des Richtervorbehalts gewährleistete Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren weitgehend auf die Staatsanwaltschaft übertragen werden könne, wenn deren Entschei-

dungen einer nachträglichen richterlichen Kontrolle unterlägen, würden eine vollständige Überarbeitung der Regelungen über das Ermittlungsverfahren erfordern. Abgesehen davon, dass ein derart komplexes Vorhaben in dem der Kommission zur Verfügung stehenden Zeitrahmen nicht zu bewältigen wäre, müsse auch bezweifelt werden, dass mit einer entsprechenden Neuausrichtung des Rechtsschutzsystems nachhaltige Entlastungseffekte für die Strafjustiz verbunden wären. Aktuell sei der Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren in der StPO zwar nur defizitär geregelt. Davon zeuge namentlich die aus methodischer Sicht fragwürdige Heranziehung des § 98 Absatz 2 Satz 2 StPO in teilweise doppelt analoger Anwendung als „Allzweckwaffe“. Auch eine Neugestaltung des Rechtsschutzsystems hätte jedoch nach eben den Differenzierungskriterien zu erfolgen, die bereits *de lege lata* den Weg zum statthaften Rechtsbehelf wiesen: Die Unterscheidung zwischen offenen und verdeckten Ermittlungsmaßnahmen, die Frage, wer die Maßnahme angeordnet hat und die Differenzierung zwischen erledigten und noch andauernden Maßnahmen. Berücksichtige man, dass die geltende Rechtslage durch eine ständige bzw. eindeutige Rechtsprechung insoweit hinreichend klar oder doch zumindest geklärt sei, so bestehe unter der Prämisse „Effektivierung und Praxistauglichkeit“ kein Handlungsbedarf der Kommission. Etwas anderes könne nur gelten, wenn man eine grundlegende Neuorientierung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht anstrebe. Auch die Vorschläge von Herrn Schmengler würden eine derart umfassende Reform jedoch nicht vorsehen. Wolle man sich entgegen seiner Empfehlung tatsächlich dieser Aufgabe im Rahmen der Kommissionsarbeit stellen, so könne als Ausgangspunkt entweder ein Referentenentwurf des BMJ aus dem Jahre 1981 oder ein im Rahmen einer Dissertation ausgearbeiteter Vorschlag von Glaser (Der Rechtsschutz nach § 98 Absatz 2 Satz 2 StPO, 2008, S. 349-355) dienen.

## **b) Diskussion**

### **aa) Zur ausdrücklichen Normierung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis im Sinne des Vorschlags von Herrn Schmengler (Gutachten, S. 10 f.)**

Herr Prof. Dr. **Esser** machte deutlich, dass er die Schaffung einer gesetzlichen Regelung zur Wächterfunktion der Staatsanwaltschaft ausdrücklich unterstütze. Allerdings stoße er sich an dem Begriff „Sachleitungsbefugnis“, da es sich nach seinem Verständnis um eine *Pflicht* der Staatsanwaltschaft handle. Dies werde aber im Wortlaut der von Herrn Schmengler vorgeschlagenen Norm (§ 160 Absatz 2 Satz 1 StPO-E: „leitet das Ermittlungsverfahren“) hinrei-

chend deutlich hervorgehoben. Entgegen der Einschätzung von Herrn Schmengler befürwortete er außerdem, der Staatsanwaltschaft – oder doch zumindest dem Behördenleiter – jederzeit Zugriff auf die polizeilichen Akten zu gewähren. Schon mit der staatsanwaltlichen Zugriffsmöglichkeit auf die polizeilichen Daten gehe ein ganz entscheidendes präventives Kontrollelement einher: Bereits das Wissen um die Zugriffsmöglichkeit sei geeignet, die Arbeitsweise der Polizei positiv zu beeinflussen. Auch die technische Realisierung stelle sich mittlerweile als problemlos dar. Die von Herrn Schmengler in diesem Zusammenhang aufgeworfene Problematik rund um das Thema „Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit“ sei nicht von der Hand zu weisen. Indes erweise sich die derzeit von der Polizei praktizierte Lösung (keine Weitergabe von Informationen an die Staatsanwaltschaft, die nicht in der Ermittlungsakte auftauchen sollen) keineswegs als rechtsstaatlicher. Hinsichtlich § 163 Absatz 2 StPO-E schlug Herr Prof. Dr. Esser vor, den Verweis auf den Katalog des § 100a Absatz 2 StPO durch den Terminus »Verbrechen« im Sinne von § 12 Absatz 1 StGB zu ersetzen.

Herr Dr. **Isak** zeigte sich ebenfalls aufgeschlossen gegenüber der von Herrn Schmengler vorgeschlagenen Fassung eines § 160 Absatz 2 StPO-E. Allerdings laufe die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft auch bisher nicht vollständig leer. Natürlich bestätige die Staatsanwaltschaft nicht jeden von der Polizei gefassten Anfangsverdacht. Vielmehr gebe sie Richtlinien vor, indem sie die Polizei genau anweise, wie diese einen Sachverhalt „auszermitteln“ habe. Hinsichtlich § 163 Absatz 2 StPO-E stelle sich die Frage, ob diese Regelung wirklich erforderlich sei. Schließlich würden diejenigen Fälle, in denen Eingriffsmaßnahmen durchgeführt würden, ohnehin frühzeitig zur Kenntnis der Staatsanwaltschaft gelangen. Problematisch sei eher der Bereich der mittleren Kriminalität, der jedoch durch den Regelungsvorschlag nicht erfasst werde.

Herr Prof. Dr. **Jahn** erklärte, er halte eine Regelung wie § 160 Absatz 2 StPO-E nicht für zwingend erforderlich. Die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft könne schon der geltenden Rechtslage (etwa § 152 GVG) entnommen werden. § 160 Absatz 2 Satz 1 StPO-E habe eher den Charakter eines Verfahrensgrundsatzes auf mittlerer Abstraktionsebene. Es sei insgesamt darüber nachzudenken, ob nicht doch eine Kodifizierung der Verfahrensprinzipien im Rahmen der Kommissionsarbeit in Angriff genommen werden sollte.

Frau **von Strünk** schloss sich inhaltlich der Einschätzung des Gutachters zur Frage der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis an. Es stelle sich jedoch die Frage, ob eine ausdrückliche Kodifizierung tatsächlich erforderlich sei. Schließlich sei die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis bereits nach geltendem Recht eine anerkannte Prämisse der Strafprozessordnung. Da das in der Praxis erkannte Vollzugsdefizit in erster Linie aus der Knappheit der notwendigen Kapazitäten resultiere, verspreche sie sich von einer Kodifizierung keinen Mehrwert. § 163 Absatz 2 StPO-E schieße über das Ziel hinaus.

Herr Prof. Dr. **Schlothauer** regte an, noch über § 163 Absatz 2 StPO-E hinauszugehen und eine Unterrichtungspflicht der Staatsanwaltschaft durch die Polizei immer schon dann zu statuieren, wenn von Seiten der Polizei ein Ermittlungsverfahren eingeleitet werde.

Herr Dr. **Mutzbauer** erklärte, er halte die vorgeschlagenen Regelungen für sachgerecht.

Auch Herr Dr. **König** machte deutlich, dass er die Empfehlung des Gutachters unterstütze.

Herr Dr. **Müller** befürwortete die ausdrückliche Normierung der Sachleitungsbefugnis, gab aber zu bedenken, dass diese auch inhaltlich mit Leben gefüllt werden müsse.

Herr **Thiele** unterstützte im Wesentlichen die Ausführungen seines Vorredners. Es dürfe insoweit jedoch nicht vergessen werden, dass das Problem vorrangig aus der aktuellen Personalknappheit der Staatsanwaltschaften resultiere: Um der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis zu Wirkkraft zu verhelfen, bedürfe es vor allem einer Aufstockung der fehlenden „manpower“.

Herr Prof. Dr. **Radtke** wies darauf hin, dass sich im Zusammenhang mit der staatsanwaltlichen Sachleitungspflicht das Problem ergebe, dass das deutsche Strafverfahrensrecht keinen formalisierten Beginn des Ermittlungsverfahrens kenne. Das vorherrschende materielle Verständnis, das sich aus der Orientierung am Beschuldigtenstatus ergebe, führe zu einem notwendigen Nebeneinander von Polizei und Staatsanwaltschaft. Auf diese Weise sei die staats-

anwaltliche Sachleitung je nach Verfahrensgegenstand sehr unterschiedlich ausgeprägt. Um die Sachleitungspflicht einsetzen lassen zu können, bedürfe es der Formalisierung der Einleitung des Ermittlungsverfahrens.

#### **bb) Zur Regelung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bei der Polizei**

Herr Dr. **Isak** begrüßte den Vorschlag, eine Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor der Polizei zu statuieren. Es ergäben sich insoweit keine grundsätzlichen rechtsstaatlichen Bedenken. Die Staatsanwaltschaft könne auf diese Weise effektiv entlastet werden.

Herr Prof. Dr. **Jahn** wies darauf hin, dass die Regelung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor der Polizei in evidentem Widerspruch zur Stärkung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis stehe. Beides sei nicht miteinander zu vereinbaren. Ferner sei das von Herrn Schmengler zur Untermauerung des rechtsstaatlichen Vorgehens der Polizei angeführte Datenmaterial (Zahl der Beschwerden beim Bürgerbeauftragten des Landes Rheinland-Pfalz) von geringer empirischer Aussagekraft.

Herr **Schmengler** entgegnete in seiner Funktion als Gutachter, er könne keinen entsprechenden Widerspruch ausmachen. Schließlich seien aufgrund der knappen Ressourcen vor allem im Bereich der einfachen und mittleren Kriminalität Kompromisse nötig, um die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis in den restlichen Fällen gewährleisten zu können. Das von ihm dargelegte Zahlenmaterial habe lediglich exemplarischen Charakter und sei selbstverständlich nicht im Sinne eines empirischen Belegs verwandt worden.

Im Anschluss an die von Herrn Prof. Dr. Jahn vorgetragene Bedenken warf Frau Dr. **Becker** die Frage auf, welcher Mangel durch die Normierung einer Erscheinenspflicht von Zeugen vor der Polizei behoben würde. Inwieweit hierdurch tatsächlich eine Effizienzsteigerung erreicht werden könne, lasse sich nur beantworten, wenn man berücksichtige, dass gegebenenfalls effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden müsse.

Der Gutachter Herr **Schmengler** erwiderte hierauf, es gehe unter anderem um eine möglichst zeitnahe Einvernahme der Zeugen, gegebenenfalls auch am Wochenende und zur Nachtzeit.

Frau **von Strünk** wies darauf hin, dass die Erscheinenspflicht von Zeugen vor der Polizei ein Anliegen der Praxis sei, da die jetzige Rechtslage insoweit erheblichen Mehraufwand für die Staatsanwaltschaft bedeuten würde, ohne dass deren Mitwirkung aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zwingend erforderlich wäre. Eine Orientierung an den hierzu vorhandenen Bundesratsvorschlägen sei daher empfehlenswert.

Herr Prof. Dr. **Schlothauer** merkte an, dass eine entsprechende Regelung den zunehmenden Gebrauch von anwaltlichen Zeugenbeiständen nach sich ziehen würde, so dass vermehrt entsprechende Entschädigungsansprüche auf die Staatskasse zukämen.

Herr Dr. **Mutzbauer** äußerte Bedenken hinsichtlich einer Erscheinenspflicht von Zeugen vor der Polizei. Aus seiner praktischen Erfahrung sei insoweit keine deutliche Effizienzsteigerung zu erwarten.

Herr Dr. **Müller** erklärte im Anschluss an Herrn Prof. Dr. Jahn, dass die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis nicht durch die Normierung einer Erscheinenspflicht von Zeugen vor der Polizei konterkariert werden dürfe.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** stimmte seinem Vorredner und Herrn Prof. Dr. Jahn darin zu, dass durch die Statuierung einer Erscheinenspflicht von Zeugen vor der Polizei eine „Verpolizeilichung“ des Ermittlungsverfahrens drohe, die gerade im Gegensatz zu dem Bemühen stünde, die Rolle der Staatsanwaltschaft insoweit zu stärken. Eine Effizienzsteigerung könne schon deshalb nicht damit einhergehen, weil die Aufklärung diffuser Sachlagen im Bereich der Zeugenvernehmung nicht der Polizei überlassen werden dürfe. Bereits mit Blick auf die Notwendigkeit, verdächtige Zeugen rechtzeitig gem. § 55 StPO zu belehren, müsse dieser Bereich in der Hand der Staatsanwaltschaft und des Gerichts bleiben.

Herr Dr. **König** schloss sich den Bedenken von Herrn Prof. Dr. Ostendorf an. Eine entsprechende Befugnisstärkung der Polizei widerstrebe seinen rechtsstaatlichen Vorstellungen. Das Ziel der Effektivierung sei nicht ausnahmslos gleichzusetzen mit dem Begriff der Beschleunigung.

Daraufhin gab Herr **Schmengler** zu bedenken, dass die Statuierung einer Erscheinenspflicht von Zeugen bei der Polizei dieser keine weitere Befugnis einräume als sie ohnehin schon besitze.

Herr **Thiele** bekräftigte, dass die Regelung einer Verpflichtung, vor der Polizei zu Vernehmungszwecken zu erscheinen, in der Praxis zu einer Effizienzsteigerung führen würde. Er sprach sich jedoch gegen die Normierung einer generellen Erscheinenspflicht vor der Polizei aus. Vorzugswürdig sei stattdessen, der Staatsanwaltschaft für den Fall, dass ein Zeuge bei der Polizei nicht erschienen sei, die Befugnis zu verleihen, ausnahmsweise eine ausdrückliche Anordnung dahingehend zu treffen, dass der Zeuge zu Vernehmungszwecken bei der Polizei zu erscheinen habe.

Herr **Köhler** begrüßte den Vorschlag seines Vorredners als gangbaren Weg zur Lösung der Problematik.

Herr **Wenske** griff ebenfalls den Vorschlag von Herrn Thiele als mögliche Kompromisslösung auf: Die Anordnung der verpflichtenden Ladung solle im jeweiligen Einzelfall durch die Staatsanwaltschaft durchgeführt werden. Die eigentliche Befragung könne dann im Wege einer kommissarischen Vernehmung durch die Polizei erfolgen.

**cc) Zur Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Richtervorbehalte (speziell: § 81a Absatz 2, § 87 Absatz 4 Satz 1, § 132 Absatz 2 StPO)**

Herr Prof. Dr. **Esser** warnte davor, bei der Abschaffung von Richtervorbehalten die einschlägigen europäischen Maßgaben außer Acht zu lassen. Gemäß Artikel 8 EMRK müsse zumin-

dest eine sehr effektive nachträgliche Kontrolle der entsprechenden Maßnahmen gewährleistet sein. Allein der praktische Nichtvollzug der aktuellen gesetzlichen Vorgaben (eigenständige richterliche Überprüfung) dürfe nicht als Argument zu deren Abbau dienen, sondern müsse vielmehr Anlass zu Überlegungen geben, wie der Gesetzesvollzug verbessert werden könne.

Herr Dr. **Isak** erklärte, er schließe sich in Sachen Richtervorbehalt dem Vorschlag des Deutschen Richterbundes an. Die darüber hinausgehende Anregung von Herrn Schmengler, der Staatsanwaltschaft ein Recht zur Ausdehnung des richterlichen Beschlusses gem. § 100b Absatz 1 StPO auf weitere Anschlüsse des Beschuldigten zuzubilligen, greife ein grundsätzlich berechtigtes Anliegen auf. Allerdings ergäben sich bei der Frage, wann ein Anschluss des Beschuldigten in diesem Sinne vorliege, erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten.

Frau **von Strünk** plädierte ebenfalls für eine Lockerung der vorhandenen Richtervorbehalte. Bezüglich § 81a StPO sei jedoch eine auf Straßenverkehrsdelikte und -ordnungswidrigkeiten beschränkte Streichung des Richtervorbehalts vorzugswürdig. Gleichzeitig dürfe anstelle des Richtervorbehalts kein Vorbehalt zu Gunsten der Staatsanwaltschaft geschaffen werden, da insoweit die gleichen Bedenken wie gegen den Richtervorbehalt bestünden (keine eigenständige Entscheidungsgrundlage) und das Eingreifen von Gefahr im Verzug angesichts des staatsanwaltlichen Bereitschaftsdienstes faktisch unmöglich würde. Hinsichtlich der vorgeschlagenen Änderung des § 100b StPO habe sie Zweifel.

Herr Prof. Dr. **Schlothauer** zeigte sich aufgeschlossen gegenüber einer Streichung des Richtervorbehalts in § 81a StPO bei Straßenverkehrsdelikten. § 132 StPO erfordere jedoch eine Prognose. Diese müsse auch weiterhin von einem Richter vorgenommen werden und dürfe gerade nicht der Polizei überantwortet werden.

Herr Dr. **Mutzbauer** unterstrich im Zusammenhang mit § 87 StPO die besondere Situation der Angehörigen. Seinem persönlichen Eindruck zufolge sei die Akzeptanz bei einer richterlichen Entscheidung höher. Auch in Bezug auf § 132 StPO lehne er die Abschaffung des Richtervorbehalts ab. Schließlich sei eine Orientierung an der zu erwartenden Strafe erforderlich. Man müsse generell mit Skepsis reagieren, wenn im Zusammenhang mit Zwangsmaßnah-

men und Grundrechtseingriffen der Nachruhe der professionellen Akteure und dem Mangel an personellen Ressourcen mehr Gewicht eingeräumt werde als dem Schutzbedürfnis der Betroffenen.

In Reaktion auf seinen Vorredner fasste Herr Prof. Dr. **Radtke** die aus seiner Sicht entscheidenden Kriterien für die Bestimmung der Notwendigkeit eines Richtervorbehalts zusammen: Zuvorderst sei diese Frage an der Intensität des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen zu messen. Subsidiär könne auch berücksichtigt werden, ob ein richterlicher Beschluss tatsächlich den Rechtsschutz des Betroffenen stärke. Das spezifische Kriterium der Akzeptanz lasse sich in dieses abstrakte Schema nicht einfügen. Für § 81a Absatz 2 StPO folge aus dem Dargelegten jedoch, das mit Blick auf die Eingriffsintensität keine Notwendigkeit bestehe, an dem Richtervorbehalt weiter festzuhalten.

Herr Dr. **König** erklärte, er halte das an der Eingriffsschwere orientierte Modell seines Vorredners für überzeugend, komme auf dieser Grundlage jedoch gerade zum entgegengesetzten Ergebnis. § 87 StPO müsse als schwerer Eingriff in die Totenruhe angesehen werden, weshalb der Richtervorbehalt insoweit nicht verzichtbar sei. Ganz ähnlich verhalte es sich mit § 132 StPO. Insoweit schließe er sich der Argumentation von Herrn Prof. Dr. Schlothauer an. Was § 81a StPO anbelange, sehe er hier die Gefahr eines Dammbrochs. Die fragile Figur des Ermittlungsrichters dürfe insoweit nicht gefährdet werden.

Herr Dr. **Müller** äußerte sich kritisch zur Abschaffung von Richtervorbehalten. Wenn man diesen Schritt gehen wolle, müsse die Anordnungscompetenz jedoch zumindest bei der Staatsanwaltschaft liegen, damit deren Sachleitungsbefugnis gegenüber der Polizei gewahrt bleibe.

Herr **Thiele** hob hervor, dass die Problematik rund um § 81a Absatz 2 StPO in erster Linie daraus resultiere, dass dem Richter mangels hinreichender eigenständiger Informationsgrundlage letztlich nur ein standardisiertes „Ja“ übrig bleibe. Es müsse daher vorrangig überlegt werden, ob Richtern (gegebenenfalls unter Einsatz von Videotechnik) die Möglichkeit eröffnet werden könne, selbst unmittelbar die notwendigen Sachverhaltsinformationen zu

ermitteln. Nur wenn diese Lücke nicht ausgefüllt werden könne, sei an eine Abschaffung des betreffenden Richtervorbehalts zu denken.

Herr **Caspari** unterstrich, dass die Lockerung des Richtervorbehalts nicht allein aus Kapazitäts- oder Bequemlichkeitsgründen erfolgen dürfe. Der richtige Ansatzpunkt müsse vielmehr die Frage danach sein, wo der Richter seiner Wächterfunktion tatsächlich gerecht werden könne. Im Rahmen von § 81a Absatz 2, § 87 Absatz 4 Satz 1, § 132 Absatz 2 StPO sei der Richtervorbehalt kaum mehr als ein rechtsstaatliches Feigenblatt. Die Anordnungscompetenz solle in diesen Fällen stattdessen auf die Staatsanwaltschaft übergehen, damit deren Sachleitungsbefugnis gegenüber der Polizei gestärkt werde. Außerdem sei die Staatsanwaltschaft verfahrenstechnisch näher am Ermittlungsgeschehen als der Richter.

Herr **Köhler** begrüßte den Vorschlag des Gutachters, den Richtervorbehalt in § 81a Absatz 2, § 87 Absatz 4 Satz 1, § 132 Absatz 2 StPO zu streichen. Im Anschluss an Herrn Caspari plädierte er ebenfalls dafür, dass die Anordnungscompetenz bei der Staatsanwaltschaft verbleiben solle. Statt der von Herrn Schmengler empfohlenen Lockerung des Richtervorbehalts in § 100b StPO für weitere bzw. neue Rufnummern des Beschuldigten brachte Herr Köhler die Möglichkeit eines „Vorratsbeschlusses“ ins Spiel, der beinhalten würde, dass das Gericht unverzüglich durch die Staatsanwaltschaft über die Ausweitung der TKÜ unterrichtet werden müsste.

Der Gutachter Herr **Schmengler** wandte gegen den Vorschlag eines „Vorratsbeschlusses“ ein, er sehe diese Lösung kritisch, da die Verdachtslage sich ständig verändern könne.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** plädierte dafür, den Richtervorbehalt in § 81a Absatz 2 StPO abzuschaffen, da diese Norm in der Praxis lediglich im Sinne eines bloßen „Abnicken“ gehandhabt werde. Anders sei die Situation jedoch mit Blick auf § 87 Absatz 4 Satz 1, § 132 Absatz 2 StPO. Hinsichtlich § 87 Absatz 4 Satz 1 StPO schließe er sich der Argumentation von Herrn Dr. Mutzbauer zur höheren Akzeptanz einer richterlichen Entscheidung an. Was § 132 Absatz 2 StPO anbelange, so drohe bei Abschaffung des Richtervorbehalts eine zu starke Inan-

spruchnahme des Beschuldigten, da die Polizei regelmäßig eine zu hohe Strafeinschätzung an den Tag lege.

**dd) Zu der Empfehlung von Herrn Schmengler, von der Einfügung eines neuen Abschnitts in die StPO, der sich gesondert mit den polizeilichen Maßnahmen befasst, abzusehen**

Herr Dr. **Isak** stimmte der Empfehlung zu. Er sehe keine Notwendigkeit dafür, einen eigenen Abschnitt für polizeiliche Maßnahmen vorzusehen. Es handle sich nach seiner Einschätzung viel mehr um ein Problem im Bereich der internen Dienstvorschriften.

Frau **von Strünk** und Herr **Köhler** schlossen sich ebenfalls der Einschätzung des Gutachters an.

Herr Dr. **Mutzbauer** äußerte sein Bedauern darüber, dass sein Vorschlag zur Gestaltung eines eigenen Abschnitts für polizeiliche Maßnahmen keine Resonanz finde. Er halte nach wie vor daran fest, dass eine ausdrückliche Regelung bzw. Definition von Begriffen wie „unverzügliche Vorführung“ und „Gefahr im Verzug“ sinnvoll wäre. Er respektiere aber natürlich die von der Mehrheit insoweit favorisierte Entscheidung, diese Anregung im Rahmen der Kommissionsarbeit nicht weiterzuverfolgen.

**ee) Zu der Empfehlung von Herr Prof. Dr. Radtke, die Neugestaltung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren nicht im Rahmen der Kommissionsarbeit weiterzuverfolgen**

Auf die Rückfrage von Herrn Dr. **Isak**, ob eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung nicht als Minimallösung denkbar sei, wandte Herr Prof. Dr. **Radtke** ein, es ergäbe sich hierbei nicht nur die Schwierigkeit der korrekten Verortung im Gesetz. Darüber hinaus werde eine weite Ausdifferenzierung aller Fallgruppen erforderlich, die ganz erhebliche Folgeprobleme mit sich bringe. Eine „kleine“ Lösung gebe es daher nicht.

Frau **von Strünk** und Herr **Köhler** schlossen sich der Einschätzung des Gutachters an.

Herr Dr. **Mutzbauer** bezeichnete die gesetzliche Regelung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren als dringliches Anliegen, stimmte dem Gutachter aber darin zu, dass dieses Vorhaben die Möglichkeiten der Kommission übersteige. Besonders misslich sei die derzeitige Situation für Drittbetroffene, die zumeist nicht anwaltlich vertreten seien. Ohne anwaltlichen Beistand lasse sich das aktuelle Rechtsschutzsystem im Ermittlungsverfahren kaum noch überblicken.

Der Gutachter Herr Prof. Dr. **Radtke** stimmte seinem Vorredner darin zu, dass insbesondere für Drittbetroffene eine klare Regelung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren hilfreich wäre. Für sinnvoll würde er in diesem Zusammenhang die Gestaltung eines eigenen Abschnitts in der Strafprozessordnung erachten. Es handle sich jedoch um ein eigenständiges Reformprojekt, das im Rahmen der hiesigen Kommissionsarbeit nicht zu leisten sei.

### c) Meinungsbild

Herr Dr. **Korte** fasste die Entwicklung der Diskussion zusammen. Hinsichtlich der gutachterlichen Empfehlungen unter Punkt 4. und 5., von einer Regelung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren ebenso wie von einer Neuordnung der polizeilichen Maßnahmen in einem eigenen Abschnitt der StPO abzusehen, habe er breites Einvernehmen wahrgenommen. Diese Punkte sollen folgerichtig im Rahmen der weiteren Kommissionsarbeit zurückgestellt werden.

Über die weitere Behandlung der übrigen Themen ließ Herr Dr. **Korte** abstimmen:

#### aa) Zur ausdrücklichen Normierung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis

Die explizite Regelung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis – in Anlehnung an den Regelungsgedanken des von Herrn Schmengler vorgeschlagenen § 160 Absatz 2 StPO-E – wurde tendenziell befürwortet. Lediglich zwei Kommissionsmitglieder zeigten sich ablehnend, da sie keinen Bedarf für eine ausdrückliche Normierung erkennen könnten.

Die Frage, ob – der Empfehlung von Herrn Schmengler zu § 163 Absatz 2 StPO-E folgend – darüber hinaus eine Benachrichtigungspflicht vorgesehen werden sollte, wurde zurückgestellt.

**bb) Zur Regelung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bei der Polizei**

Gegen jede Änderung der geltenden Rechtslage in diesem Punkt sprachen sich fünf Kommissionsmitglieder aus. Für die Festschreibung einer Erscheinens- und Aussagepflicht wie im gutachterlichen Vorschlag gab es nur eine Stimme. Eine breite Mehrheit unterstützte die Weiterverfolgung einer Kompromisslösung – in Anlehnung an den von Thiele/Köhler/Wenske gemachten Vorschlag bzw. in Anlehnung an den Referentenentwurf, der im BMJV in Reaktion auf einen diesbezüglichen Bundesratsentwurf gefertigt wurde. Dagegen gab es eine Stimme und eine Enthaltung.

**cc) Zur Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Richtervorbehalte (speziell: § 81a Absatz 2, § 87 Absatz 4 Satz 1, § 132 Absatz 2 StPO)**

Für eine Aufhebung des Richtervorbehalts in § 81a Absatz 2 StPO beschränkt auf den Bereich der Straßenverkehrsdelikte gab es weitgehend Zustimmung. Lediglich drei Kommissionsmitglieder äußerten insoweit Bedenken.

Die Frage, ob in diesem Fall die Anordnungsbefugnis auf Staatsanwaltschaft und Polizei gleichrangig übergehen solle, bejahten fünf Kommissionsmitglieder.

Für eine vollständige Streichung des Richtervorbehalts in § 81a Absatz 2 StPO sprachen sich fünf Kommissionsmitglieder.

Eine Abschaffung des Richtervorbehalts in § 87 Absatz 4 StPO unterstützten fünf Kommissionsmitglieder.

Für eine Streichung des Richtervorbehalts in § 132 Absatz StPO stimmten sieben Kommissionsmitglieder.

Die Lockerung des Richtervorbehalts in § 100b StPO für weitere Telefonanschlüsse des Beschuldigten befürworteten zwei Kommissionsmitglieder.

## 2. Beschuldigtenstatus und -begriff

### a) Gutachten

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** erläuterte das von ihm erarbeitete Gutachten zum „Beschuldigtenstatus und -begriff“.

Er unterstütze insoweit den von der herrschenden Meinung vertretenen kombinierten Beschuldigtenbegriff, wonach die Begründung der Beschuldigteneigenschaft in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 397 Absatz 1 der Abgabenordnung (AO) auch konkludent zum Ausdruck kommen könne. Als Gutachter empfehle er eine ausdrückliche Normierung der Problematik, obwohl es immer Grenzfälle geben werde, die allein durch eine gesetzliche Regelung nicht gelöst werden könnten. Schwierig zu fassen blieben in diesem Zusammenhang vor allem die Abgrenzung zur informatorischen Befragung, das Problem des Statuswechsels vom verdächtigen Zeugen zum Beschuldigten und die Thematik der Vorfeldermittlungen. Die Notwendigkeit einer expliziten Festschreibung des Beschuldigtenbegriffs ergebe sich daraus, dass das Gesetz an den Beschuldigtenstatus erhebliche Rechtsfolgen knüpfe. Gleichzeitig sei diese Stellung Ansatzpunkt für entsprechende Schutzrechte wie etwa die Belehrungspflicht des § 136 Absatz 1 Satz 2 StPO. Durch eine gesetzliche Klarstellung, ab wann ein Statuswechsel eintrete, erhoffe er sich eine Verbesserung der Rechtspraxis insbesondere mit Blick auf den Beschuldigtenschutz. Es gehe ihm dabei um einen Wegweiser für Rechte des betroffenen Bürgers und Pflichten der Strafverfolgungsbehörden.

### b) Diskussion

Herr Prof. Dr. **Rönnau** eröffnete die Beratung zum Regelungsvorschlag von Herrn Prof. Dr. Ostendorf mit der Bemerkung, es bleibe herauszufinden, ob von der empfohlenen Vorschrift tatsächlich ein entsprechender Mehrwert ausgehe, ob die problematischen Fälle mit Hilfe einer solchen Norm also tatsächlich besser gelöst werden könnten. Zudem sei fraglich, inwieweit die Vorschrift in der jetzigen Entwurfsfassung als Missbrauchsgrenze fungieren könne.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** gab hierauf zu bedenken, dass die Vorschrift lediglich als abstrakt formulierte Orientierungshilfe für die Ermittlungsbehörden dienen solle. Grenzfälle würden immer verbleiben. Dies sei zwingend, wenn man auf der anderen Seite eine unzumutbare

Belastung der Betroffenen durch ein zu frühes Einrücken in den Beschuldigtenstatus vermeiden wolle.

Herr Prof. Dr. **Nestler** äußerte die Sorge, dass die vorgeschlagene Definition den bei den Ermittlungsbehörden verbleibenden Beurteilungsspielraum, ab wann ein konkreter ernsthafter Tatverdacht vorliege, nicht hinreichend begrenze. Die momentane Fassung des Entwurfs müsse aus seiner Sicht jedenfalls in Bezug auf Absatz 3 überarbeitet werden. Ferner dürfe die Einleitung des Ermittlungsverfahrens und der Beschuldigtenbegriff nicht miteinander vermischt werden.

Herr Prof. Dr. **Schlothauer** schloss sich der Kritik seines Vorredners in Bezug auf Absatz 3 des Regelungsentwurfs an. Als großer Vorteil des Gesetzesvorschlags müsse es angesehen werden, dass der Vorgang gem. Absatz 2 aktenkundig zu machen sei. Die Überschreibung des Normentwurfs mit »Einleitung des Ermittlungsverfahrens« sei indes gegebenenfalls irreführend, wenn die Einleitung von Verfahren gegen Unbekannt nicht erfasst werden sollte.

Herr Prof. Dr. **Esser** plädierte für eine Verortung der Definition in § 136 StPO. Inhaltlich decke sich der Vorschlag mit der Definition des Beschuldigten durch den EGMR. Allerdings vermisse er eine Regelung zur Frage verdeckter Ermittlungen. Zugleich dürfe man nicht hinter den jetzigen status quo zurückfallen, indem man hinsichtlich des Beschuldigtenbegriffs auf die Einleitung des Ermittlungsverfahrens abstelle. Es verhalte sich gerade andersherum: Der Beschuldigte habe einen Anspruch auf Einleitung eines offiziellen Ermittlungsverfahrens.

Herr Prof. Dr. **Radtke** wies darauf hin, dass Ausgangspunkt einer Regelung des Beschuldigtenbegriffs § 152 Absatz 2 StPO sein müsse. Bei Beurteilung des Anfangsverdachts bestehe eine Parallelzuständigkeit von Staatsanwaltschaft und Polizei. Wolle man die Einleitung des Ermittlungsverfahrens formalisieren, so müsse die sachleitungsbefugte Staatsanwaltschaft die formelle Einleitungsentscheidung treffen. Zwar würden die Begriffe Angeschuldigter und Angeklagter in § 157 StPO ebenfalls formell bestimmt. In den Fällen, in denen die Staatsanwaltschaft jedoch keine Kenntnis von den tatsächlichen Vorgängen habe, sei höchst zweifelhaft, ob ein Antrag der Polizei bei der Staatsanwaltschaft auf Einleitung eines Ermitt-

lungsverfahrens tatsächlich ein höheres Maß an Schutz für den Betroffenen bedeuten würde. Im Ergebnis habe er daher Sympathie für den hiesigen Vorschlag. Eine entsprechende Regelung dürfe jedoch nicht dazu führen, dass derzeit zulässige polizeiliche Ermittlungstätigkeit unmöglich gemacht werde. Beispielsweise müsse die Polizei befugt bleiben, sog. Spontanäußerungen entgegenzunehmen. Wenn man sich dazu entschlöße, den Beschuldigtenbegriff gesetzlich zu definieren, spreche einiges dafür, zugleich die Rechtsstellung des Verdächtigen zu regeln.

Frau Dr. **Wannek** erinnerte an die derzeit von der Bundesrepublik Deutschland umzusetzende Richtlinie »Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand«. Hierin würden Verdächtige und Beschuldigte inhaltlich gleichgestellt. Etablierte man dennoch in der StPO insoweit zwei unterschiedliche Personenkategorien, so würde ein Umsetzungsdefizit drohen.

Herr Prof. Dr. **Jahn** beantwortete die Frage nach dem Mehrwert der vorgeschlagenen Norm mit der Bedeutung des Beschuldigtenbegriffs für das Strafverfahren. Es handle sich um einen derart zentralen Begriff in der StPO, dass kaum zu erklären sei, warum das Gesetz keine Definition enthalte. Allerdings würde er eine Verortung der Definition in § 157 StPO präferieren, um die drei Zentralbegriffe (Beschuldigter, Angeschuldigter, Angeklagter) in einer Norm zusammenzuführen.

Herr **Köhler** erklärte, er verspreche sich keinen inhaltlichen Mehrwert von der vorgeschlagenen Regelung. Diese werde vielmehr das Bestehen klarer Grenzen suggerieren, die es in Wirklichkeit nicht gebe. Die kritischen Fallgruppen seien indes durch die Rechtsprechung bereits hinreichend geklärt.

Frau **von Strünk** schloss sich ihrem Vorredner an. Ihr werde der Mehrwert einer Normierung des Beschuldigtenbegriffs nicht klar – zumal die Abgrenzungsprobleme in der Praxis auf diese Weise nicht gelöst würden. Auch greife nach ihrer Ansicht die Parallele zum Steuerstrafverfahren nicht; bei einer Übertragung von § 397 AO müsse insoweit zurückhaltend agiert werden. Vor dem Hintergrund des Kommissionsauftrags, das Strafverfahren effektiver zu gestalten, sehe sie keinen Handlungsbedarf.

Herr Dr. **Müller** stimmte Frau von Strünk und Herrn Köhler darin zu, dass kein Regelungsbedarf bestehe. Der historische Gesetzgeber habe den Beschuldigtenbegriff mit Bedacht lediglich vorausgesetzt und nicht einer eigenständigen Regelung zugeführt.

Herr Dr. **Mutzbauer** befürwortete die Einfügung einer entsprechenden Regelung in die Strafprozessordnung. Angesichts der fundamentalen Bedeutung des Beschuldigtenbegriffs sei dies sinnvoll. Da die vorgeschlagene Norm allerdings weniger den Beschuldigten als vielmehr die Einleitung des Ermittlungsverfahrens definiere, hielte er zusätzlich eine Ergänzung des § 157 StPO um eine formelle Definition des Beschuldigten („Beschuldigter ist, gegen wen ein Ermittlungsverfahren eingeleitet ist“) für ratsam.

Herr **Thiele** sprach sich für eine gesetzliche Klarstellung des Beschuldigtenbegriffs aus. Eine Definition sei insoweit sinnvoll.

Herr **Caspari** schloss sich seinem Vorredner an, da Adressaten der StPO nicht nur Volljuristen, sondern auch Polizisten seien.

### c) Meinungsbild

Für die Regelung des Beschuldigtenbegriffs sprachen sich zwölf Kommissionsmitglieder aus, acht dagegen.

Die Erarbeitung eines konkreten Regelungsvorschlags und die Frage nach der exakten gesetzlichen Verortung wurden einstweilen zurückgestellt.

## 3. Filterfunktion des Zwischenverfahrens

### a) Gutachten

Herr **Wenske** erläuterte das von ihm vorgelegte Gutachten zur „Filterfunktion des Zwischenverfahrens“. Ausgangspunkt seiner Überlegungen sei die Feststellung gewesen, dass das Zwischenverfahren derzeit praktisch leerlaufe. Die Aktivitäten der Verteidigung beschränkten sich zumeist auf die Hauptverhandlung und auch die Justiz würde diesen Verfahrensabschnitt eher lieblos behandeln. Prämisse der weiteren Ausführungen sei es demgegenüber

gewesen, dass sich das Zwischenverfahren im System der Strafprozessordnung – vor allem vor dem Hintergrund eines sehr begrenzten Instanzenzugs am LG – als unentbehrlich und notwendig erweise.

Zur Aktivierung bzw. Effektivierung der Schutzfunktion des Zwischenverfahrens sei daher eine Aufwertung seines Inhalts wie seiner rechtlichen Folgewirkungen zu erwägen. Es biete sich die Möglichkeit für eine vorverlagerte Klärung ausgewählter Aspekte des Verfahrens und damit eines Rechtsschutzes durch den »sach nächsten Richter«. Insoweit dürfe es sich ausschließlich um Fragen handeln, die im Freibeweisverfahren ermittelt werden könnten und damit nicht zwingend dem Regime der Hauptverhandlung unterfallen würden. Dabei gehe es insbesondere um Gesichtspunkte der Beweisverwertung. Beispielsweise ließen sich bereits im Zwischenverfahren die Umstände einer Beschuldigten- oder Zeugenvernehmung aufklären, um anschließend bestimmen zu können, ob insoweit § 136a StPO (ggf. i.V.m. § 69 Absatz 3 StPO) greife. Auch die Frage, inwieweit bei Anordnung einer Durchsuchung Gefahr im Verzug gem. § 105 StPO vorgelegen habe, müsse nicht unbedingt erst im Hauptverfahren erläutert werden. Die §§ 203, 204 StPO würden vielmehr schon im Zwischenverfahren eine Aussage über die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung und damit letztlich auch über die Verwertbarkeit von zum Tatnachweis notwendigen Beweismitteln erfordern. Die bereits vorhandenen rechtlichen Möglichkeiten – wie die §§ 202, 202a – ließen es ohne weiteres zu, über Verfahrensfragen im Zwischenverfahren auch abschließend Beweis zu erheben.

Vor dem Hintergrund der im geltenden Recht (§ 201 StPO) erwähnten Möglichkeit des Beschuldigten, Einwendungen im Zwischenverfahren vorzubringen, sei de lege ferenda eine Konstruktion des beabsichtigten Verfahrens als Einwendungsobliegenheit ohne weiteres möglich. Die begründungspflichtige Einwendung erhalte dabei die Funktion eines vorgezogenen Rechtsbehelfs. Als prozessuale Erwirkungshandlung löse sie eine gerichtliche Verbescheidungspflicht aus. Um gleichzeitig zu verhindern, dass sich der Prozessstoff verdopple, müsse als Rechtsfolge der Einwendungsobliegenheit sichergestellt werden, dass die Hauptverhandlung nicht mit denselben Verfahrensfragen belastet werde. Insoweit seien zwei unterschiedlich intensive Varianten einer Präklusion denkbar.

Herr Wenske skizzierte zunächst die Möglichkeit einer innerprozessualen Bindung des erkennenden Tatgerichts an die Entscheidung über die im Zwischenverfahren geltend gemachten Einwendungen. Diese Bindungswirkung könne bis zur Grenze eines offensichtlichen Grundrechtsverstoßes reichen. Rechtsschutz gegen die ablehnende Entscheidung über die

Einwendungen sei hierbei regelmäßig im Wege der Revision (Inbegriffsrüge) eröffnet, da das Gericht das angegriffene Beweismittel bei der Urteilsfindung verwerte. Als »kleine Lösung« empfahl der Gutachter alternativ, sämtliche Verfahrensfragen, die im Zwischenverfahren abgehandelt wurden oder hätten abgehandelt werden können, nach pflichtgemäßem Ermessen des Vorsitzenden dem schriftlichen Verfahren gem. § 257a StPO zu überantworten. Der Beschuldigte könne diese Entscheidung des Vorsitzenden ebenfalls im Wege der Revision über § 338 Nr. 8 StPO angreifen.

Die Geltung der Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren müsse auf Verfahren vor den Landgerichten und den Oberlandesgerichten begrenzt werden. Zudem könne sich die Präklusionswirkung nur auf diejenigen Fragen erstrecken, die dem Beschuldigten im Zwischenverfahren bekannt oder doch zumindest erkennbar in der Ermittlungsakte angelegt gewesen seien. Neue Tatsachen seien hingegen geeignet, die Präklusionswirkung zu durchbrechen.

Darüber hinaus plädierte der Gutachter dafür, den Zeitpunkt der Präklusion nach § 25 Absatz 2 StPO zu ändern. Der Maßstab der Unverzüglichkeit solle vielmehr bereits ab Zugang der Besetzungsmittelteilung nach § 222a StPO gelten.

Anschließend referierte Herr Prof. Dr. **Schlothauer** zu seinem Gutachten über die „Filterfunktion des Zwischenverfahrens“. Ebenso wie bei Herrn Wenske falle seine Bestandsaufnahme zur Situation des Zwischenverfahrens ernüchternd aus: Aktuell laufe die Filterfunktion dieses Verfahrensstadiums praktisch leer. Während Herr Wenske diese Problematik jedoch über eine »Entschlackung« der Hauptverhandlung zu Gunsten einer Aufwertung des Zwischenverfahrens zu lösen suche, solle es seinem Konzept zufolge in bestimmten Fällen erst gar nicht zu einer Hauptverhandlung kommen, indem der Schutz vor sachlich bzw. formal ungerechtfertigten Eröffnungsbeschlüssen ausgeweitet werde. Die Folgen einer Hauptverhandlung (Stigmatisierung, Prangerwirkung) würden in diesen Fällen zu einer unangemessenen seelischen und finanziellen Belastung des Beschuldigten führen. Gem. § 210 Absatz 1 StPO habe der Beschuldigte jedoch derzeit keine Möglichkeit, die Eröffnung des Hauptverfahrens anzugreifen. Insoweit bestehe ein Ungleichgewicht zwischen Beschuldigtem und Staatsanwaltschaft bzw. Nebenklage, da diese im umgekehrten Fall den Beschluss über die Nichteröffnung anfechten könnten. Würde dem Beschuldigten indes ebenfalls ein Rechtsbehelf an die Hand gegeben, so hätte dies nach Ansicht des Gutachters unmittelbar

den positiven Effekt einer intensiveren gerichtlichen Prüfung der Eröffnung. Konkret empfahl Prof. Dr. Schlothauer die Ausgestaltung der Anfechtungsmöglichkeit als „kupierte sofortige Beschwerde“. Auf diese Weise werde die Eröffnungsentscheidung in rechtlicher Hinsicht (einschließlich der Nichtbeachtung von Verfahrensvoraussetzungen und Prozesshindernissen) überprüfbar, ohne dass die zu Grunde liegenden Tatsachenfeststellungen angegriffen werden könnten.

Ferner stellte Herr Prof. Dr. **Schlothauer** den von Herrn Prof. Dr. Dr. **Ignor** entworfenen Vorschlag eines nichtöffentlichen Erörterungstermins vor der Hauptverhandlung bei umfangreichen Strafsachen am Landgericht vor. Durch eine vorab erfolgende Erörterung des Ablaufs der Hauptverhandlung seien Reibungsverluste als Folge einer kommunikationslosen Terminierung zu vermeiden. Es gehe dem Gutachter um ein von Anfang an „offenes“ Prozessieren, bei dem sowohl das Gericht als auch die Verteidigung ihre jeweiligen Vorstellungen von Umfang und Struktur der Beweisaufnahme offenlegen würden. Inhalt der Erörterung solle ausschließlich der äußere Ablauf der Hauptverhandlung sein. Die Anwesenheit des Angeklagten und der Schöffen sei nicht erforderlich.

## **b) Diskussion**

Herr Prof. Dr. **Radtke** wies auf den gemeinsamen Ansatzpunkt der Gutachten hin. Alle Vorschläge hätten zum Ziel, das Zwischenverfahren als echtes, effektives Verfahrensstadium auszugestalten, um auf diese Weise eine nachhaltige Entlastung der Hauptverhandlung zu erreichen. Eine entsprechende Umschichtung könne seiner Ansicht nach tatsächlich den erhofften Entlastungseffekt mit sich bringen. Die Kommission dürfe sich insoweit keine Denkverbote auferlegen. Er wolle insbesondere für die Präklusionslösung von Herrn Wenske werben.

Herr Prof. Dr. **Nestler** erklärte, der von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor vorgeschlagene Entwurf entspreche einer zum Teil bereits geübten Praxis. Hinsichtlich des von Herrn Wenske ausgearbeiteten Gutachtens kritisierte Herr Prof. Dr. Nestler, dass die Erstreckung der Präklusion auf Verfahrenstatsachen, die dem Angeschuldigten im Zeitpunkt vor der Eröffnungsentscheidung bereits bekannt sein konnten (S. 27 des Gutachtens), eine speziell den Angeschul-

digten (und nicht nur dessen Verteidiger) treffende Einwendungsobliegenheit statuieren. Angesichts der Präklusionsfolge drohe eine Aufblähung des Zwischenverfahrens mit Einwendungen, die bei sofortiger Eröffnung des Hauptverfahrens in der Hauptverhandlung gar nicht thematisiert worden wären. Zudem sei die Erfüllung einer derart weitreichenden Einwendungsobliegenheit von Pflichtverteidigern zu den heute im Zwischenverfahren geltenden Margen kaum zu leisten. Man dürfe nicht nur den „Verteidiger de luxe“ vor Augen haben. Vielfach würden Verfahrensfehler erst im Hauptverfahren bemerkt, da der Verteidiger sich erst hier eingehend mit der Sache beschäftige. Besonders bei einem Verteidigerwechsel müsse es dem neuen Strafverteidiger möglich sein, die Fehler des Vorgängers nachträglich so gut wie möglich zu heilen. Es handle sich insoweit um ein strukturelles Problem: Das von Herrn Wenske vorgesehene Präklusionsmodell würde Verteidigern eine Verantwortung aufbürden, die von diesen vielfach nicht wahrgenommen werden könnte. Man wähle so den Weg in den Parteiprozess. Der reformierte Inquisitionsprozess heutigen Zuschnitts belege das Gericht jedoch zu Recht mit gewissen Fürsorge- und Aufklärungspflichten. Das Strafverfahren dürfe nicht in einer Weise geändert werden, die zwingend eine RVG-Änderung voraussetze. Schließlich hätten insoweit die Ländervertreter ein Mitspracherecht.

Herr Prof. Dr. **Jahn** gab in Reaktion hierauf zu bedenken, dass eine defizitäre Verteidigung immer – auch später in der Hauptverhandlung – verheerend wirke. Das Leitbild der Verteidigung dürfe nicht der Verteidiger mittlerer oder schlechter Güte sein. Gegebenenfalls müsse ein entsprechender gebührenrechtlicher Anreiz geschaffen werden.

Dem schloss sich Herr Prof. Dr. **Radtke** an. Da alle Verteidiger formal die gleiche Qualifikation aufwiesen, könne eine Differenzierung nach der Güte der Verteidigung nicht nach objektiven Kriterien erfolgen. Eine Gebührenerhöhung sei insoweit bedenkenswert. Gegebenenfalls müsse zugleich bei der Anwaltsausbildung nachgebessert werden.

Frau Prof. Dr. **Swoboda** wandte sich gegen den Vorschlag von Herrn Wenske. Das von ihm vorgestellte Konzept sei nicht vereinbar mit dem materiellen Wahrheitsbegriff, der gem. § 244 Absatz 2 StPO der Strafprozessordnung zu Grunde liege. Vielmehr würde aufgrund der Präklusion nur mehr eine gefilterte, prozedurale Wahrheit ermittelt – so wie es im anglo-amerikanischen Verfahren der Fall sei. Darüber hinaus könne dem Angeschuldigten keine Einwendungsobliegenheit aufgebürdet werden, ohne dass ihm insoweit eine eigenständige

Anfechtungsmöglichkeit gewährt werde. Die Möglichkeit, im Rahmen einer Revision eine Inbegriffsrüge zu erheben, genüge nicht. Angesichts der Filterfunktion der Einwendungsobliegenheit sei schließlich auch denkbar, dass das Vorbringen des Angeschuldigten gerade keinen Eingang in die Hauptverhandlung finde. Ein Angriff über die Inbegriffsrüge müsse insoweit notwendigerweise ins Leere gehen. Es sei festzuhalten, dass ein Filter, wie Herr Wenske ihn vorgeschlagen habe, zu rechtsstaatlichen Defiziten führe; wollte man ihn rechtsstaatlich ausgestalten, so würde die effektuierende Wirkung verpuffen.

Herr Dr. **König** unterstrich, dass das Zwischenverfahren förderungswürdig sei. In der Praxis stelle sich häufig das Problem, dass ein Nichteröffnungsbeschluss dem Gericht angesichts der Beschwerdemöglichkeit durch die Staatsanwaltschaft und dem damit einhergehenden Begründungsaufwand ungleich größere Arbeit bereite. Gerichte wählten daher lieber den Weg über die Hauptverhandlung. Nach einem Freispruch seien sie das Verfahren schließlich endgültig los.

Die von Herrn Prof. Dr. Schlothauer skizzierte Möglichkeit der Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses würde der Verteidigung weiteren Anreiz dazu geben, sich bereits im Zwischenverfahren ernsthaft in das Verfahren einzuschalten, um dieses frühzeitig zu stoppen. Da der Vorschlag die eigentliche Bedeutung des Zwischenverfahrens zutreffend aufgreife, sei er es wert, intensiver debattiert zu werden. Allerdings werde ein entsprechendes Engagement im Zwischenverfahren derzeit im Rahmen einer Pflichtverteidigung honorarmäßig nicht hinreichend gewürdigt.

Das von Herrn Wenske gezeichnete Bild der im Zwischenverfahren ruhenden Verteidigung sei nicht mehr aktuell: Mittlerweile sei es unter Verteidigern Gemeingut, dass wesentliche Argumente möglichst frühzeitig angebracht werden müssten. Das Gros der Verteidiger wolle die Hauptverhandlung nicht mit unnötigen Diskussionen übermäßig aufladen. Dr. König bezweifelte, dass der von Herrn Wenske mit seinem Modell bezweckte Entlastungseffekt in der Praxis tatsächlich erzielt würde. Zudem sei zu befürchten, dass die Auslagerung von Verfahrensfragen in das Zwischenverfahren eine Rücknahme von Rechtsgewährleistung beinhalte. Da die Einwendungen zumeist schriftlich abgehandelt werden würden, sei in diesem Fall die Möglichkeit des Angeschuldigten, sich rechtliches Gehör zu verschaffen, reduziert.

Herr Prof. Dr. **Radtke** wandte gegen die Argumentation seines Vorredners ein, dass dem Freibeweis unterliegende Verfahrensfragen im Zwischenverfahren genauso verlässlich und solide einer Klärung zugeführt werden könnten wie in der Hauptverhandlung. Die mit einer Einwendungsobliegenheit verfolgte Zielsetzung, die Gerichte zu zwingen, sich im Rahmen des Zwischenverfahrens intensiver auf die Hauptverhandlung vorzubereiten, korreliere mit einer ebenfalls erhöhten Vorbereitungslast der Verteidigung in diesem Stadium. Vor dem Hintergrund des Rechts des Beschuldigten auf effektive Verteidigung, das auf europäischer Ebene nunmehr als zentrales Anliegen in den Fokus gerückt worden sei, könne dies aus rechtsstaatlicher Sicht doch nur positiv sein. Der Vorschlag von Herrn Wenske stelle die Geltung des materiellen Wahrheitsbegriffs nicht in Frage. Er sehe insoweit auch nicht das deutsche Prozessrechtsmodell gefährdet.

Herr Dr. **Isak** schilderte, dass substantielle Stellungnahmen der Verteidigung im Zwischenverfahren aus seiner Erfahrung nicht sehr verbreitet seien. Er vermute, dass der Bedarf an einer deutlichen Stärkung des Zwischenverfahrens unter Umständen nicht ganz so hoch sei, weil die Staatsanwaltschaft bereits im Ermittlungsverfahren über den Weg der Einstellung genügend ausfiltere. Zwar könne er sich durchaus vorstellen, dass Verfahrensfragen – wie Herr Wenske es vorschlage – allein aufgrund der Aktenlage geklärt werden könnten. Problematisch sei allerdings der häufige Bezug von Verfahrensfragen zu Tatsachen, die dem Strengbeweisverfahren unterlägen. Eine trennscharfe Abschichtung sei vor diesem Hintergrund kaum möglich. Insgesamt stehe er einer Präklusion des Beschuldigten ablehnend gegenüber. Im Anschluss an Frau Prof. Dr. Swoboda verstehe auch er dieses Konstrukt als Einschränkung des materiellen Wahrheitsbegriffs gem. § 244 Absatz 2 StPO. Ferner sei fraglich, ob die Aktivierung des Zwischenverfahrens mit einer entsprechenden Entlastung der Hauptverhandlung korrespondieren würde. Zu befürchten sei insoweit redundanter Vortrag der Verteidigung, da sicherheitshalber – zur Vermeidung der Präklusion – im Zwischenverfahren eine Vielzahl von Einwendungen geltend gemacht werden würden. Aus praktischer Sicht ergebe sich bei einer Ausweitung des Zwischenverfahrens ein potentieller Konflikt mit dem Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen.

Zum Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Schlothauer sei anzumerken, dass im Strafverfahren Waffengleichheit nicht in gleicher Weise wie im parteiorientierten Zivilprozess zu gewährleisten sei, da die Staatsanwaltschaft keine Partei, sondern neutrale Behörde sei, die über die

Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens wache. Anders als beim Eröffnungsbeschluss, der zu einer intensiven Klärung des Schuldvorwurfs in der Hauptverhandlung führe, bedeute die Nichteröffnung das Ende des Verfahrens. Würde es der Staatsanwaltschaft verwehrt bleiben, den Nichteröffnungsbeschluss anzufechten, so bliebe diese gerichtliche Entscheidung völlig ohne Überprüfungsmöglichkeit.

Frau **von Strünk** schloss sich der Argumentation ihres Vorredners zum Gutachten von Herrn Prof. Dr. Schlothauer an. Die Umsetzung des Vorschlags von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor halte sie nicht für zwingend notwendig, da eine entsprechende Erörterung zwischen den Verfahrensbeteiligten schon nach geltendem Recht möglich sei, wenn diese sie für sinnvoll erachteten. Die von Herrn Wenske vorgestellte Konzeption einer Einwendungsobliegenheit sei ihr grundsätzlich sympathisch. Ein entlastender Effekt werde hiervon allerdings nur ausgehen, wenn die Präklusionslösung gewählt werde. Im Detail sei hierbei problematisch, welche Fragen der Bindungswirkung unterfallen sollten.

Herr Dr. **Mutzbauer** bekundete Sympathie für die Argumentation von Herrn Prof. Dr. Nestler. Zwar sei das grundsätzliche Anliegen von Herrn Wenske zu unterstützen. Er habe aber Bedenken, ob Verteidiger dem Anspruch einer Einwendungsobliegenheit gerecht werden könnten. Dieses Problem verschärfe sich bei einem Verteidigerwechsel. Auch sehe er die Frage der Selbstbindung des Gerichts kritisch. Das Gericht solle aufgrund dieser Bindungswirkung nichtgezwungen sein, sehenden Auges an der fälschlichen Annahme eines Beweisverwertungsverbots festzuhalten. Die Vorverlagerung des Präklusionszeitpunktes im Zusammenhang mit § 25 StPO sei eher zu befürworten.

Hinsichtlich des Gutachtens von Herrn Prof. Dr. Schlothauer schließe er sich der Argumentation von Herrn Dr. Isak an. Er selbst habe nie die Erfahrung gemacht, dass Gerichte die Entscheidung über den Eröffnungsbeschluss lediglich „en passant“ treffen würden.

Herr **Köhler** befürwortete den Vorschlag von Herrn Wenske als praxistaugliche und sinnvolle Lösung. Allerdings müsse man über Einzelheiten – wie beispielsweise Frau Prof. Dr. Swoboda Bedenken im Hinblick auf § 244 Absatz 2 StPO – noch einmal nachdenken. Bezüglich des Regelungsvorschlags von Herrn Prof. Dr. Schlothauer schließe er sich der Argumentation von

Herrn Dr. Isak an. Jeder Verteidiger wäre letztlich gezwungen, von der Beschwerdemöglichkeit Gebrauch zu machen, um zum Wohle seines Mandanten nichts unversucht zu lassen. Damit liefe die Umsetzung des Vorschlags letztlich der Zielsetzung der Kommission entgegen. Die von Herrn Prof. Dr. Ignor empfohlene Einführung eines Erörterungstermins über den Ablauf der Hauptverhandlung sehe er ebenfalls kritisch. Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten sei nicht erzwingbar und könne daher auch gesetzlich nicht in dieser Weise ausgestaltet werden.

Herr **Thiele** plädierte für eine Aufwertung des Zwischenverfahrens. In rechtstatsächlicher Hinsicht liege seine Wahrnehmung zwischen der Einschätzung von Herrn Dr. König und der Schilderung durch Herrn Wenske. Eine »kleine Kombinationslösung« zu suchen, sei daher sinnvoll. Gleichzeitig empfehle sich (zumindest zunächst) eine Beschränkung des Modells von Herrn Wenske auf die Verfahren vor den Landgerichten. Der Entwurf von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor sei zu befürworten. Das darin vorgesehene Antragsrecht stelle sich als sinnhaft und notwendig dar. Allerdings sei die Ausgestaltung als „Soll“-Vorschrift ebenso zu überdenken wie die vorgesehene Dreitagesgrenze. Die von Herrn Prof. Dr. Schlothauer empfohlene Beschwerdemöglichkeit halte er in ihrer praktischen Wirkung aus den gleichen Gründen wie Herr Köhler für nachteilig. Ein erheblicher Einsparungseffekt sei insoweit nicht zu erwarten.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** begrüßte den Entwurf von Herrn Wenske grundsätzlich. Eine Aufwertung des Zwischenverfahrens sei in hohem Maße sinnvoll. Allerdings schließe er sich den Bedenken von Prof. Dr. Swoboda insoweit an, als er in der Struktur des deutschen Strafverfahrens keinen Anknüpfungspunkt für eine derart weitreichende Mitwirkungspflicht des Beschuldigten erkennen könne. Es sei daher genauer zu untersuchen, ob eine entsprechende Präklusionsvorschrift nicht das deutsche Prozessmodell gefährden würde.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** lobte Herrn Wenske für die umfassende Ausarbeitung seines Gutachtens. Es handle sich insoweit um einen gelungenen Denkanstoß. In der Zielsetzung sei man sich ohnedies einig. Sein Hauptkritikpunkt an dem von Herrn Wenske erarbeiteten Konzept sei die vorgesehene Etablierung einer weitreichenden Präklusion. Es dürfe den Überlegungen nicht einfach unter Ausblendung der Rechtswirklichkeit ein Idealtypus des Verteidi-

gers zu Grunde gelegt werden. Ferner sei auf die Bedenken von Prof. Dr. Swoboda Rücksicht zu nehmen, wonach ein Bruch mit dem deutschen Strafrechtssystem drohe. Positiv gewendet sei klar, dass vieles aus der Hauptverhandlung in das Zwischenverfahren verlagert werden könne. Insoweit sei die Normierung eines abschließenden Katalogs denkbarer Erörterungsgegenstände im Zwischenverfahren zu erwägen. An die Erörterung im Zwischenverfahren dürfe jedoch nicht die Rechtsfolge der Präklusion für die Hauptverhandlung geknüpft werden. Der Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Schlothauer sei strukturell verschieden von der Konzeption von Herrn Wenske, da Herr Prof. Dr. Schlothauer eine zusätzliche Prüfungsinstanz vorsehen wolle. Dabei sei fraglich, ob die insoweit verursachte Mehrbelastung des Zwischenverfahrens mit einer Entlastung der Hauptverhandlung einhergehe.

Herr Dr. **Isak** wies darauf hin, dass eine kasuistische Abschichtung – wie sie von seinem Vorredner vorgeschlagen worden sei – schwierig durchzuführen sei. Er halte es für sinnvoller, die Entscheidung, ob ein entsprechend ausgeweitetes Zwischenverfahren im Einzelfall zweckmäßig sei, der Sachleitung des jeweiligen Gerichts zu überantworten. Eine „Kann“-Vorschrift erscheine insoweit angebracht.

Herr Prof. Dr. **Esser** führte mit Blick auf das von Herrn Wenske vorgestellte Konzept aus, dass die einschlägigen europäischen Richtlinien, insbesondere die Richtlinie „Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand“, zwar lediglich auf die Anwesenheit eines Verteidigers abstellen würden. Es sei jedoch zu bedenken, dass dabei ausschließlich ein zwischen den Mitgliedstaaten konsensfähiges Mindestmaß normiert worden sei. Die Anforderungen der EMRK an eine effektive Verteidigung gingen deutlich hierüber hinaus. Zwar sei die Schwelle, die überschritten werden müsse, damit ein Gericht wegen ineffektiver Verteidigung einzuschreiten habe, sehr hoch anzusetzen. Im Zwischenverfahren werde das Gericht jedoch kaum in der Lage sein zu erkennen, ob die Verteidigung derart mangelhaft ausgeführt werde. Ferner erscheine eine scharfe Trennung von Verfahrens- und Tatfragen sehr problematisch. Die Vorverlagerung von Verfahrensstoff in das Zwischenverfahren bereite darüber hinaus unter dem Gesichtspunkt der Öffentlichkeit Probleme. Der Anspruch des Beschuldigten auf eine öffentliche Verhandlung sei kein bloßes Verfahrensprinzip, sondern ein in der EMRK verbürgtes Menschenrecht. Auf Nachfrage von Herrn Sabel ergänzte Prof. Dr. Esser seine Ausführungen dahingehend, dass die Einführung einer Einwendungsobliegenheit wohl mit dem

nemo-tenetur-Grundsatz vereinbar wäre, da die drohende Rechtsfolge einer Präklusion lediglich zu einer frühzeitigen Festlegung der Verteidigungsstrategie zwingt, nicht aber zu einer Selbstbelastung.

Herr Prof. Dr. **Radtke** wandte gegen die konventionsrechtlichen Bedenken seines Vorredners ein, dass in der Schweiz 90 % aller Strafverfahren im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens abgehandelt würden, wobei lediglich die Verkündung mündlich erfolge.

Herr Prof. Dr. **Esser** erwiderte, dass das deutsche Strafbefehlsverfahren einzig aufgrund des Zustimmungserfordernisses konventionskonform sei. Zudem gebe es die Möglichkeit, instanzwährend Einspruch einzulegen. Wenn das von Herrn Wenske vorgestellte Modell der Einwendungsobliegenheit tatsächlich den Öffentlichkeitsgrundsatz gemäß Artikel 6 Absatz 1 EMRK berühre, könne das Konzept nur bei freiwilligem Verzicht des Beschuldigten auf sein Recht auf öffentliche Verhandlung funktionieren.

Herr **Caspari** schilderte, seiner Erfahrung nach komme von Verteidigerseite in den meisten Fällen nichts im Zwischenverfahren. Die von Herrn Wenske empfohlene Vorverlagerung müsse entsprechende Rechtsfolgen nach sich ziehen, um eine sinnvolle Entlastung der Hauptverhandlung zu erreichen. Ohne Präklusion verspreche er sich von der Regelung keinen Fortschritt. Prof. Dr. Schlothauers Vorschlag halte er zwar grundsätzlich für sinnvoll. Indes sehe er bei dessen Umsetzung das große praktische Problem einer erheblichen zeitlichen Verzögerung durch die Begründungspflicht und die Beschwerdemöglichkeit.

Herr Prof. Dr. **Schlothauer** unterstrich noch einmal, dass der Zweck der von ihm empfohlenen Konzeption einer Beschwerdemöglichkeit des Beschuldigten gegen die Eröffnungsentcheidung in erster Linie darin liege, die Verteidiger dazu zu bringen, sich bereits im Zwischenverfahren einzuschalten und in erheblichem Maße zu engagieren. Ferner handle es sich um ein Beschwerderecht, keine Beschwerdepflicht. Es würde dementsprechend nicht notwendigerweise jeder Verteidiger in jedem Verfahren davon auch Gebrauch machen. Gleichzeitig sei der Zeitaufwand, um eine offensichtlich unbegründete Beschwerde zurückzuweisen, verhältnismäßig gering.

Herr Prof. Dr. Schlothauer befürwortete den Vorschlag von Herrn Wenske, den Ablehnungszeitpunkt gem. § 25 Absatz 2 StPO vorzuziehen. Hinsichtlich des Modells der Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren sei eine Thematisierung von Mängeln der Anklageschrift und unvollständiger Aktenvorlage im Rahmen der Akteneinsicht durchaus denkbar. Einer abschließenden Behandlung des Eingreifens von Beweisverwertungsverböten in diesem Verfahrensstadium stehe er jedoch kritisch gegenüber. Als problematisch stelle sich vor allem der Fall dar, dass der Angeschuldigte im Zwischenverfahren über Wissen verfüge, welches geeignet sei, ein Beweisverwertungsverbot zu begründen, während das Gericht diese Umstände nicht kenne. Hier sei nach dem Vorschlag von Herrn Wenske eine Präklusion möglich. Das Gericht dürfe jedoch nicht aus der Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens entlassen werden – dies müsse jedenfalls für den Fall gelten, dass das Eingreifen des Beweisverwertungsverböts nicht zur Disposition des Beschuldigten stehe.

Abschließend nahm Herr **Wenske** zu den Diskussionsbeiträgen bezüglich seines Gutachtens Stellung. Einen Systembruch bzw. eine Annäherung an den Parteiprozess könne er insoweit nicht erkennen. Schließlich würde dem Verfahren nichts genommen, es fände lediglich eine Verlagerung statt. Wer befürchte, seine Konzeption habe einen „Strafverteidiger de luxe“ vor Augen, müsse anerkennen, dass schon das geltende Recht hohe Anforderungen an den Verteidiger stelle – zu denken sei insoweit an die Widerspruchslösung des BGH oder das Begründungserfordernis bei Verfahrensrügen gem. § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO. Zudem sei daran zu erinnern, dass Verteidigern die Qualifizierungsmöglichkeit des Fachanwalts zur Verfügung stehe. Eine Qualitätskontrolle der Verteidigung im Rahmen der gerichtlichen Fürsorge sei indes abzulehnen. Ebenso wenig greife der Einwand der nicht gewährten Öffentlichkeit: Es werde schließlich nur das aus der Hauptverhandlung ausgelagert, was unter der Prämisse des Freibeweises nicht öffentlich verhandelt werden müsse. Mit der Konzeption sei jedenfalls insofern ein Entlastungseffekt verbunden, als eine kürzere Hauptverhandlung eine geringere Belastung für alle Beteiligten bedeuten würde. Die Gefahr einer Aufblähung des Zwischenverfahrens durch die Geltendmachung abwegiger oder bedeutungsloser Einwendungen sei gering, da die Verteidigung sinnvollerweise vor Abfassung der entsprechenden Schutzschrift im Rahmen von § 202a StPO das Gespräch mit dem Gericht darüber suchen werde, welche Punkte nach Ansicht des Gerichts von zentraler Bedeutung für den Verfahrensfortgang sein würden. Die Verzögerung im Rahmen des Zwischenverfahrens werde

durch eine Verkürzung des Erkenntnisverfahrens kompensiert. Dementsprechend gebe es auch keinen Konflikt mit dem Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen. Gegen den Vorschlag von Dr. Isak, die Entscheidung, ob ein entsprechend ausgeweitetes Zwischenverfahren im Einzelfall zweckmäßig sei, der Sachleitung des jeweiligen Gerichts zu überantworten, spreche, dass die Gerichte geneigt sein könnten, allein aus taktischen Gründen hiervon abzu- sehen – nämlich aus Furcht, durch diesen Schritt die Verhandlungsatmosphäre nachhaltig zu kontaminieren. Herr Wenske räumte ein, dass die Trennung des Verfahrensstoffes in Materie, die dem Freibeweis- und solche die dem Strengbeweisverfahren unterliege, schwierige Detailfragen aufwerfe. Auch die Problematik der Bindungswirkung sei im Einzelnen noch nicht abschließend gelöst. Es müsse insoweit jedenfalls Grenzen geben wie etwa – in Anlehnung an die Handhabung von § 358 StPO – die offensichtliche Verfassungswidrigkeit.

Hinsichtlich des Gutachtens von Herrn Prof. Dr. Schlothauer schloss er sich der Argumentation von Herrn Dr. Isak und Herrn Dr. Mutzbauer an. Der Vorschlag laufe auf eine Verdoppelung des Rechtsschutzes hinaus. Im Hinblick auf den Regelungsentwurf von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor äußerte Herr Wenske Bedenken. Führe man einen verpflichtenden Erörterungstermin ein, so bestehe die Gefahr, dass diese Norm von Seiten der Verteidigung als die Gewährleistung eines Rechts auf Verständigung missverstanden werde. Zwang bringe erfahrungsgemäß keinen sinnvollen Kommunikationsprozess in Gang. Offen bleibe zudem, welche Rechtsfolgen an eine gerichtliche Missachtung des Erörterungsrechts geknüpft werden sollten. Insoweit drohe die Rüge der Befangenheit.

### **c) Meinungsbild**

Für die Empfehlung von Herrn Prof. Dr. Schlothauer sprachen sich sieben Kommissionsmitglieder, dagegen zwölf. Es gab eine Enthaltung.

Für den Regelungsvorschlag von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor sprachen sich neun Kommissionsmitglieder aus, dagegen zehn. Es gab eine Enthaltung.

Die Einholung eines Meinungsbilds zum Gutachten von Herrn Wenske wurde zurückgestellt, um eine Abstimmung unter dem Eindruck der Beratung über die themenverwandten Vorschläge von Prof. Dr. Radtke und Dr. Müller zu ermöglichen.

#### 4. Modifikation des Strafbefehlsverfahrens – Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens

##### a) Gutachten

Herr Prof. Dr. **Radtke** stellte das von ihm vorgelegte Gutachten zur Frage einer „Modifikation des Strafbefehlsverfahrens – Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens“ vor. Ausgangspunkt seiner Überlegungen sei das Thema der Kommission gewesen. Er habe sich daher die Frage gestellt, wie ein Entlastungseffekt am ehesten herbeigeführt werden könne. Dies mündete in den Versuch, die Anzahl der Hauptverhandlungen zu reduzieren. Dabei solle das neue, von ihm vorgestellte schriftliche Verfahren neben das bereits bewährte Strafbefehlsverfahren treten. Ein merkbarer Anwendungsbereich des schriftlichen Verfahrens verbleibe auch in diesem Fall, wenn man eingebettet in eine Gesamtreform zugleich den Gebrauch der §§ 153, 153a StPO auf ihren ursprünglich vom Gesetzgeber vorgesehenen Verwendungszweck zurückführe. Die verbleibende Lücke könne dann das neue schriftliche Verfahren schließen. Ähnlich wie im Strafbefehlsverfahren sei Prämisse seines Konzeptes, dass es möglich sei, die Überzeugung von der Schuld auch aufgrund der Ergebnisse aus dem Ermittlungsverfahren zu gewinnen. Anders als das Strafbefehlsverfahren unterliege das neue schriftliche Verfahren keinem Antragserfordernis durch die Staatsanwaltschaft. Auf diese Weise könne das Verfahren ohne Vorfestlegung des Gerichts bis zur ausreichenden Prognose über die Verurteilungswahrscheinlichkeit durchgeführt werden. Regelungstechnisch präferiere er eine »Zwitterlösung«, wonach ein Teil der Vorschriften Eingang in das bestehende Zwischenverfahren fände und die restlichen Normen in einem eigenen Abschnitt als besondere Verfahrensart zusammengefasst würden. Anstelle eines Einspruchs solle als Rechtsmittel unmittelbar die Berufung eingreifen, um eine erneute Tatsacheninstanz zu gewährleisten, bei der ein Richter ohne Vorbefassung tätig werde. Die Entscheidung im schriftlichen Verfahren sei an § 267 Absatz 4 Satz 1 StPO zu orientieren. Das Verfahren mache keine Abstriche hinsichtlich des Erfordernisses gerichtlicher Feststellungen zur Tatfrage und der gerichtlichen Überzeugung von der Schuld. Abstriche würden lediglich bei den Mitteln zur Überzeugungsbildung vorgenommen. Dies gehe jedoch konform mit den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht insoweit in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit der gesetzlichen Verständigung vom 19. März 2013 aufgestellt habe.

Anschließend erläuterte Herr Dr. **MÜLLER** das von ihm erarbeitete Gutachten.

Er habe einen anderen Zugang zum Thema gewählt als sein Vorredner. Prämisse seiner Überlegungen sei es gewesen, dass sich das Strafbefehlsverfahren bisher als sehr effektive Erledigungsform bewährt habe. Dementsprechend habe er sich hieran orientiert und empfehle als „kleine“ Lösung zu dem Entwurf von Prof. Dr. Radtke ein reformiertes Strafbefehlsverfahren. Im Rahmen dieses schriftlichen Erkenntnisverfahrens solle in Form eines »Strafbescheids« auf Freiheitsstrafen bis zu vier Jahren erkannt werden können. Auf diese Weise werde es nicht nur möglich, „inszenierte“ Hauptverhandlungen einzusparen, wenn die Beteiligten bereits frühzeitig über den Ausgang der Verhandlung Konsens erzielt hätten. Auch die erhebliche Beeinträchtigung des Beschuldigten infolge der Durchführung einer Hauptverhandlung werde für einen größeren Teil von Verfahren vermieden. Gleichzeitig würden auf Seiten der Justiz Ressourcen gespart. Zur Einleitung des schriftlichen Verfahrens solle ein Antrag der Staatsanwaltschaft keine zwingende Voraussetzung mehr darstellen: Das Gericht müsse in die Lage versetzt werden, nach Anklageerhebung von sich aus in das schriftliche Strafverfahren überzuleiten. Ferner sei erforderlich, dem Beschuldigten im schriftlichen Verfahren die Möglichkeit rechtlichen Gehörs in Form einer schriftlichen Stellungnahme zu gewähren. Widerspreche der Beschuldigte der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens, so sei ins normale Verfahren überzugehen. Anders als Prof. Dr. Radtke präferiere er auf Rechtsbehelfsebene eine Beibehaltung des Einspruchsverfahrens, wobei nicht der iudex a quo, sondern ein mit dem Fall bisher nicht befasster Kollege zuständig sein solle.

## **b) Diskussion**

### **aa) Beratung zur Frage einer „Modifikation des Strafbefehlsverfahrens“**

Nach seiner Einschätzung hinsichtlich der Vereinbarkeit der Vorschläge mit konventionsrechtlichen Maßstäben gefragt, zeigte sich Herr Prof. Dr. **Esser** zuversichtlich. Das gem. Artikel 6 Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 1 EMRK bestehende Erfordernis einer öffentlichen Entscheidungsverkündung werde schließlich vom Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Radtke ausdrücklich gewahrt. Zwar nehme der direkte Verweis auf die Berufung dem Beschuldigten eine Instanz. Da Deutschland das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht ratifiziert habe, könne hieraus jedoch kein EMRK-Verstoß resultieren.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** hob hervor, dass nach dem Regelungsentwurf von Herrn Prof. Dr. Radtke eine unbedingte Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren verhängt werden könne. Es handle sich insoweit also nicht mehr um »Kleinkriminalität«. Wenn ein derart erheblicher Strafausspruch allein aufgrund der Aktenlage getätigt werde, konfligiere dies nicht nur mit dem Prinzip der materiellen Wahrheitssuche. Es entstehe zugleich eine Legitimationslücke, von der unklar bleibe, ob sie im Wege einer freiwilligen Verantwortungsübernahme durch den Beschuldigten ausgefüllt werden könne. Das Rechtsmittel der Berufung vorzusehen, sei mit Blick auf die Vermeidung eines vorbefassten Richters sinnvoll.

Frau Prof. Dr. **Swoboda** zweifelte an der Notwendigkeit, dem Beschuldigten eine Instanz zu nehmen. Richter seien professionell genug, um eine zuvor gefasste Überzeugung im Rahmen einer Hauptverhandlung noch einmal zu ändern. Für problematisch halte sie vielmehr die Etablierung einer summarischen Überzeugungsbildung anhand der Aktenlage. Es sei fraglich, ob sich allein aus den Akten eine valide Tatsachengrundlage ergebe, und ob auf den persönlichen Eindruck vom Beschuldigten wirklich verzichtet werden könne.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** gab zu Bedenken, dass ohne das Strafbefehlsverfahren die Masse der Verfahren nicht zu schultern wäre. Er teile jedoch die Bedenken, die von seinen Vorrednern geäußert wurden, soweit es darum gehe, den Anwendungsbereich auf erheblich höhere Sanktionen auszuweiten. Er befürworte daher, sich auf eine Verbesserung des bestehenden Strafbefehlsverfahrens zu beschränken.

Herr Dr. **Isak** unterstrich, dass das Strafbefehlsverfahren hohe Akzeptanz genieße. Es sei notwendig, da das System andernfalls kollabiere. Allerdings sehe er die Möglichkeit, in einem schriftlichen Verfahren auf Freiheitsstrafe ohne Bewährung erkennen zu können, sehr kritisch. Selbst wenn der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werde, die das Gericht zur Bewährung aussetze, sei fraglich, auf welcher Grundlage in sinnvoller Weise über Bewährungsaufgaben entschieden werden könnte, wenn das Gericht keinen persönlichen Eindruck vom Beschuldigten gewonnen habe.

Frau **von Strünk** schloss sich ihren Vorrednern Herrn Dr. Isak und Herrn Prof. Dr. Ostendorf an. Sie bezweifle, dass der Anwendungsbereich für ein neues schriftliches Verfahren neben

dem Strafbefehlsverfahren groß genug sei. Sympathie hege sie indes für den Vorschlag von Dr. Müller, das Strafbefehlsverfahren auszubauen. Allerdings erscheine ihr die Möglichkeit rechtlichen Gehörs in Form einer schriftlichen Stellungnahme und das Widerspruchsrecht – bezogen auf den Bereich der Geldstrafe – als Rückschritt.

Herr Prof. Dr. **Schlothauer** bezeichnete die Empfehlung von Herrn Prof. Dr. Radtke als echte Alternative. Charme habe insofern insbesondere, dass der Richter die Einleitung des schriftlichen Verfahrens allein betreiben könne und auch die Sanktionshöhe nicht faktisch von der Staatsanwaltschaft vorgegeben werde. Er selbst könne sich nicht an ein einziges Einspruchsverfahren erinnern, das mit einem Freispruch geendet habe. Daher reiche nach seinem Dafürhalten auch die Berufung insoweit als Rechtsmittel aus. Lediglich die Höhe der möglichen Sanktionierung empfinde er als zu weitgehend. Eine unbedingte Freiheitsstrafe dürfe seines Erachtens nicht im Rahmen eines schriftlichen Verfahrens verhängt werden.

Frau Prof. Dr. **Beckemper** erinnerte daran, dass die Durchführung einer Hauptverhandlung als eigener Wert für sich stehen könne. Man müsse sich fragen, ob dem Beschuldigten diese Form der öffentlichen Ahndung tatsächlich ohne weiteres erspart werden solle. Darüber hinaus halte auch sie die Verhängung einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren für problematisch, sofern dies geschehe, ohne dass das Gericht sich zuvor einen persönlichen Eindruck vom Angeklagten verschafft habe.

Herr Dr. **Mutzbauer** betonte, dass die Durchführung einer Hauptverhandlung immer mit einem Erkenntnisgewinn verbunden sei. Er selbst habe noch keine Hauptverhandlung erlebt, bei der sich nur das ergeben habe, was schon in den Akten stand. Vor dem Hintergrund einer möglichst engen Annäherung der gerichtlichen Feststellungen an die materielle Wahrheit stelle sich die Frage, ob Beweise, die das Gericht nicht selbst erhoben habe, tatsächlich als Verurteilungsgrundlage dienen könnten. Ferner drohe – wie auch im Zusammenhang mit der Verständigung – bei einem rein schriftlichen Verfahren der Vorwurf, dass im Hinterzimmer gemauschelt werde.

Herr **Thiele** zeigte sich skeptisch hinsichtlich der Gutachternvorschläge. Er empfinde es nicht nur als problematisch, die Schuld des Angeklagten lediglich anhand einer Akte – die unvollständig sein könne – festzustellen. Nicht minder bedenklich erscheine ihm die Vornahme der Strafzumessung allein nach Aktenlage. Da sich derzeit regelmäßig keine Ermittlungen zur Person in der Ermittlungsakte fänden, müsste die Staatsanwaltschaft bei Verwirklichung dieses Modells intensiver zur Person ermitteln als bisher. Einer höheren Sanktionierung als im bisherigen Strafbefehlsverfahren könne er nicht zustimmen. Der Mehrwert einer Hauptverhandlung bestehe in der Möglichkeit des Richters, auf den Beschuldigten persönlich einzuwirken und durch die persönliche Konfrontation eine Verhaltensänderung anzustoßen. Charmant erscheine ihm einzig der Vorschlag, dem Gericht die Möglichkeit zu eröffnen, einen Strafbefehl auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft erlassen zu können. Insoweit rege er eine Änderung des bisherigen Strafbefehlsverfahrens an.

Herr **Köhler** schloss sich den Bedenken seiner Vorredner an: Die Möglichkeit einer Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von zwei bis zu vier Jahren, ohne dass sich das Gericht einen persönlichen Eindruck vom Beschuldigten habe verschaffen können, sei kritisch zu bewerten. Allerdings erscheine es ihm sinnvoll, den geltenden § 408a StPO in seinem Anwendungsbereich auszuweiten. Es sei denkbar, dieses Verfahren in Anlehnung an Dr. Müllers Vorschlag in „Strafbescheidsverfahren“ umzubenennen.

Herr Dr. **König** zeigte sich besorgt, dass in Zukunft lediglich gegen Schwerkriminelle eine Hauptverhandlung durchgeführt würde, während man Täter aus dem Bereich der »white-collar-crime« hiervon immer weiter verschonte. Leistete man dieser Entwicklung weiter Vorschub, so würde dies sicherlich zu harscher Kritik in der Öffentlichkeit führen. Zudem schließe er sich Herrn Thiele darin an, dass die Hauptverhandlung zur Einwirkung auf den Täter sinnvoll sei. Aus eigener Erfahrung könne er schildern, dass einige im Wege des Strafbefehlsverfahrens Abgeurteilte hiervon nichts bemerkt hätten bis im Rahmen eines neuen Verfahrens ihr Bundeszentralregisterauszug verlesen worden sei.

Herr Prof. Dr. **Radtke** wies daraufhin, dass das Strafbefehlsverfahren in den letzten zwei Jahrzehnten weder vom Bundesverfassungsgericht noch vom EGMR auf seine Vereinbarkeit

mit höherrangigem Recht geprüft worden sei. Es sei jedoch augenscheinlich, dass das Strafbefehlsverfahren rechtsstaatliche Mängel aufweise. Dazu zähle wohl u.a. die derzeit bei der Staatsanwaltschaft vorherrschende Praxis einer sehr vagen Ermittlung der Tagessatzhöhe. Das von ihm vorgestellte schriftliche Verfahren solle vor diesem Hintergrund ein höheres Maß an Rechtsstaatlichkeit sichern. Demgegenüber erscheine ihm fraglich, welchen Mehrwert der persönliche Eindruck vom Beschuldigten in der Hauptverhandlung haben solle. Zumindest müsse man entscheiden, ob dieser Faktor maßgeblich genug sei, um Auswirkungen auf die Verfahrensgestaltung zeitigen zu können. Auch die Vermeidung einer Hauptverhandlung und der mit ihr verbundenen stigmatisierenden Wirkung für den Beschuldigten müsse als Wert anerkannt werden.

Herr Dr. **Müller** plädierte für eine Kombinationslösung. Auf Ebene der erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten könne man ein Modell in Anlehnung an die Konzeption von Herrn Wenske wählen und gleichzeitig für die Verfahren vor den Amtsgerichten ein schriftliches Verfahren einführen, wie Herr Prof. Dr. Radtke und er es vorgestellt hätten. Anders als Frau Prof. Dr. Beckemper könne er einem »Ritus« öffentlicher Sanktionsverhängung keinen Mehrwert abgewinnen. Er stimme jedoch mit Herrn Prof. Dr. Radtke darin überein, dass das Strafbefehlsverfahren aktuellen Zuschnitts in rechtsstaatlicher Hinsicht defizitär sei, da dem Beschuldigten keine hinreichenden Partizipationsmöglichkeiten zugestanden würden. Die Frage des »persönlichen Eindrucks« halte er für ein rein psychologisches Phänomen. Zur Kompensation sei es beispielsweise denkbar, bei notwendigen Prognoseentscheidungen die Gerichtshilfe frühzeitig einzubinden.

Gegen eine Kompensation durch stärkere Einbindung der Gerichtshilfe wandte Herr Dr. **Gebauer** ein, dass diese Form des Ausgleichs im Gesetz nicht ausdrücklich mitgeregelt werden würde. Die Umsetzung der mitgedachten Maßnahme läge in der Verantwortung der Länder. Ergebnis sei demnach, dass man ein gesetzliches Instrument eröffnet hätte, dass man nicht weiter beherrsche.

Herr **Wenske** befürwortete die von Herrn Dr. Müller aufgezeigte Kombinationslösung. Jedenfalls in landgerichtlichen Verfahren sei es notwendig, dass der Richter einen unmittelbaren Eindruck vom Angeklagten erhalte.

### **c) Meinungsbild**

Die Einholung eines Meinungsbildes wurde zurückgestellt. Es wurde beschlossen, das Thema „Zwischenverfahren“ auf der Tagesordnung zu behalten und weiter zu erörtern.

## **III. Weiteres Vorgehen; Festlegung des Arbeitsprogramms und Verteilung von Arbeitsaufträgen für die fünfte Sitzung am 16./17. März 2015**

### **1. Kommissionsbericht**

Im Hinblick auf die Vorgaben des Koalitionsvertrags ist geplant, bis Mitte der Wahlperiode (Oktober 2015) einen Bericht über die Kommissionsarbeit mit Vorschlägen vorzulegen. Der Bericht soll so aufgebaut werden, dass Empfehlungen zum Strafrecht aufgenommen werden, die von einer – noch festzulegenden – Mehrheit der Kommissionsmitglieder befürwortet werden. Die Gutachterinnen und Gutachter werden gebeten, unter dem Eindruck und dem Stand der jeweiligen Beratungen einen Beitrag (Entwurf einer Empfehlung und Text für die Begründung im Bericht) zu entwerfen. Bei Themen, die von mehreren Gutachterinnen und Gutachtern gemeinsam bearbeitet worden sind, soll möglichst ein untereinander abgestimmter gemeinsamer Textbeitrag vorgelegt werden. In dem Bericht sollen auch Themen dargestellt werden, mit denen sich die Kommission zwar befasst hat, bei denen sich die Mehrheit jedoch gegen gesetzliche Änderungen ausgesprochen hat. Kommissionsmitglieder, die bei den Vorschlägen überstimmt werden, sollen das Recht haben, »dissenting opinions« in den Bericht aufzunehmen. BMJV übernimmt die Redaktion des Entwurfs eines Berichts und wirkt auf Bitte der Gutachterinnen und Gutachter auch bei der Abfassung der Beiträge mit. Der Bericht soll insgesamt von der Kommission beschlossen werden.

### **2. Aus den Beratungen der letzten Kommissionssitzungen hervorgegangene Recherchebitten und offene Fragen**

- Technische Voraussetzungen und finanzieller Aufwand der audio-visuellen Aufzeichnung von Vernehmungen (Herr Holten, Frau Roth/Frau Dr. Wollmann liefern Daten aus dem Bereich der Polizei für DEU zu; BMJV macht Umfrage zur Situation in den Mitgliedstaaten der EU),
- Einladung von Frau Prof. Dr. Volbert und Herrn Prof. Dr. Schomburg oder Herrn Flügge zu der Thematik „Dokumentation des Ermittlungs- und Hauptverfahrens“ zu einer der nächsten Sitzungen,
- Einholung einer Meinungsbildes unter Verteidigern zur Frage der Ausweitung der notwendigen Verteidigung (Herr Prof. Dr. Nestler),
- Kurzgutachten zur Frage, in wessen Zuständigkeit eine etwaige Entscheidung über den Antrag des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidiger fallen soll (Herr Thiele und Herr Wenske).

### **3. Gutachtenaufträge für die vierte Kommissionssitzung am 12./13. Januar 2015**

- Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung (Gutachten Herr Prof. Dr. Jahn auf der Grundlage des Alternativentwurfs -Beweisaufnahme sowie von Herrn Caspari und Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor)
- Transparenz in der Hauptverhandlung (Gutachten Herr Prof. Dr. Rönna, Ergänzungen hierzu aus Praktikersicht durch Herrn Dr. König, Herrn Dr. Krauß und Herrn Wenske)

### **4. Gutachtenauftrag für die fünfte Kommissionssitzung am 16./17. März 2015**

- Schriftliches Revisionsverfahren, Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens, Ausdehnung der Revisionsbegründungsfrist (Gutachten von Herrn Dr. König)

### **5. Festlegung des verbleibenden Arbeitsprogramms auf Grundlage der Stoffsammlung aus der ersten Kommissionssitzung**

Herr Dr. **Korte** wies darauf hin, dass die Kommission sich bisher nur mit den großen Themen einer möglichen Strafprozessreform befasst habe. Auch die kleineren Themen, die von Mitgliedern der Kommission vorgeschlagen wurden, sollten jedoch abgehandelt werden. Die

Kommission befasste sich daher mit der Stoffsammlung aus der ersten Sitzung und entschied, welche Themen weiterverfolgt und welche zurückgestellt werden sollen.

Zu allen Themen, die weiterverfolgt werden sollen und zu denen bisher keine Gutachtenaufträge vergeben wurden, sollen Kommissionsmitglieder kurze Beiträge (mit Empfehlungen) entwerfen, die nach Abstimmung in der Kommission in den Bericht aufgenommen werden. Zum Teil wurden die Aufgaben bereits von Kommissionsmitgliedern übernommen. Soweit die Aufgaben noch nicht vergeben sind („N.N.“) soll dies in der nächsten Sitzung der Kommission erfolgen.

	Weiterverfolgte Themen	Zurückgestellte Themen
<b>Übergreifende Aspekte</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Größere Flexibilität bei der Verfahrensgestaltung (<b>wird mitberücksichtigt</b> bei behandelten Themen)</li> <li>• Qualifikation der Richter (Hinweis in der <b>Einleitung des Abschlussberichts</b>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Kodifikation allgemeiner Prozessmaximen</li> <li>• Zeugnisverweigerungsrecht für nichteheliche Lebensgemeinschaften</li> </ul>
<b>Ermittlungsverfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dokumentation des Ermittlungsverfahrens (<b>behandelt</b> am 29./30. September 2014)</li> <li>• Partizipatorisches Ermittlungsverfahren (<b>behandelt</b> am 29./30. September 2014)</li> <li>• Definition des Beschuldigtenstatus (<b>behandelt</b> am 17./18. November 2014)</li> <li>• Aufgabenverteilung Polizei/StA/Gericht (<b>behandelt</b> am 17./18. November 2014)</li> <li>• Neuordnung des Rechtsschutzes im Ermittlungsverfahren (<b>behandelt</b> am 17./18. November 2014)</li> <li>• Gesetzliche Regelung für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen: V-Person, Quellen-TKÜ, Online-Durchsuchung, Ausweitung des §-100a-Katalogs (<b>N.N.</b>)</li> <li>• Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden (<b>Dr. Isak</b>)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Klare Gliederung der Vorschriften über die Befugnisse der Ermittlungspersonen</li> <li>• Örtliche Zuständigkeit und Kompetenzkonflikte</li> <li>• Einschränkung der Begründungspflicht nach § 171 StPO</li> </ul>
<b>Zwischenverfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Transparenz und Partizipation im Zwischenverfahren (<b>behandelt</b> am 17./18. November 2014)</li> <li>• Filterfunktion des Zwischenverfahrens (<b>behandelt</b> am 17./18. November 2014)</li> <li>• Schriftliche Verfahrensformen (<b>behandelt</b> am 17./18. November 2014)</li> </ul>	
<b>Hauptverfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Transparenz in der Hauptverhandlung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Konsensuale Elemente in der</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Wortprotokoll</li> <li>- Offenlegung der vorläufigen Bewertung des Gerichts</li> <li>- Kommunikative Verhandlungsführung</li> <li>- Formelles Tat- und Schuldinterlokut <b>(wird behandelt am 12./13. Januar 2015)</b></li> <li>• Beweistransfer <b>(wird behandelt am 12./13. Januar 2015)</b></li> <li>• Beteiligung des Verletzten             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Alternativen zum Adhäsionsverfahren <b>(N.N.)</b></li> <li>- Ausweitung der Privatklage <b>(Dr. Isak)</b></li> <li>- Bündelung der Nebenklagevertretung <b>(Dr. Krauß)</b></li> </ul> </li> <li>• Beweisantragsrecht, Präklusion <b>(N.N.)</b></li> <li>• Beweisverwertungsregeln, Widerspruchslösung <b>(N.N.)</b></li> <li>• Einheitliche Sanktionen bei Verkürzung der Beschuldigtenrechte <b>(N.N.)</b></li> <li>• Schutz von Opferzeugen bei Aussagen in der Hauptverhandlung <b>(wird mitberücksichtigt bei behandelten Themen)</b></li> <li>• Ausweitung der Besetzungsreduktion             <ul style="list-style-type: none"> <li>- Unterbringungsverfahren</li> <li>- Wirtschaftsstrafkammern <b>(N.N.)</b></li> </ul> </li> <li>• Recht der Befangenheitsanträge <b>(N.N.)</b></li> <li>• Erleichterte Nachtragsanklage <b>(N.N.)</b></li> </ul>	<p>Hauptverhandlung</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Internal Investigations</li> <li>• Weitere OLG-Zuständigkeiten</li> <li>• Unterbrechung der Hauptverhandlung</li> <li>• Bestellung weiterer Pflichtverteidiger</li> </ul>
<p><b>Rechtsmittelverfahren</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Behandlung und Bedeutung audiovisueller Aufzeichnungen <b>(wird mitberücksichtigt bei behandelten Themen)</b></li> <li>• Schriftliches Revisionsverfahren,</li> <li>• Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens,</li> <li>• Ausdehnung der Revisionsbegründungsfrist <b>(wird behandelt am 16./17. März 2014)</b></li> <li>• Ausweitung der Annahmeverurteilung/Ausschluss der Sprungrevision <b>(N.N.)</b></li> <li>• Wahlrechtsmittel <b>(Frau von Strünk)</b></li> <li>• Inhalt der Gegenerklärung der StA <b>(N.N.)</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Umstellung der §§ 341-343, 352, 357 StPO</li> <li>• Streichung von § 338 Nr. 5 StPO</li> </ul>

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einstellung nach § 153a StPO im Revisionsverfahren <b>(N.N.)</b></li> <li>• Wegfall der Begründungspflicht bei Verwerfung offensichtlich unbegründeter Revisionen <b>(N.N.)</b></li> <li>• Prüfung von Verfahrensvoraussetzungen im Revisionsverfahren nur auf Rüge gem. § 344 StPO <b>(Herr Dr. Mutzbauer)</b></li> </ul>	
<b>Vollstreckungsverfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zuständigkeitskonzentration bei der großen Strafvollstreckungskammer (§ 78b GVG) <b>(Herr Holten)</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Praxis der Bewährungshilfe</li> </ul>

## 6. Zeitplan

In den Sitzungen der Kommission im Januar und März sollen die Themen behandelt werden, zu denen bereits Gutachtaufträge vergeben wurden. In der März-Sitzung wird sich die Kommission zudem mit den ersten Beiträgen zu den „kleineren Themen“ befassen. Die übrigen „kleineren Themen“ werden in der Mai-Sitzung behandelt.

Zu allen Themen entwerfen die Gutachterinnen und Gutachter bis Anfang Juni 2014 Entwürfe zu Vorschlägen und Beiträgen für den Bericht auf der Grundlage der Diskussion dieser Themen in der Kommission. BMJV wird aus diesen Beiträgen einen konsolidierten Berichtsentwurf erstellen.

Der Berichtsentwurf soll im Juli/August 2015 in der Kommission diskutiert und im September/Oktober 2015 beschlossen werden.

## 7. Nächste Sitzung

Die nächste Sitzung der Kommission findet am 12./13. Januar im BMJV in Berlin statt.

**D. Vierte Sitzung der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens am 12./13. Januar 2015**

----- 1. Sitzungstag – 12. Januar 2015 -----

**I. Begrüßung**

Frau Ministerialdirektorin **Graf-Schlicker** begrüßte die Teilnehmer.

**II. Begrüßung durch Frau Staatssekretärin Dr. Stefanie Hubig**

Frau Staatssekretärin Dr. **Hubig** nahm die Gelegenheit wahr, um sich persönlich sowie im Namen des Ministers bei den Kommissionsmitgliedern für ihr Engagement zu bedanken. Eine Reform des Strafprozessrechts sei im Kontext der widerstreitenden Interessen von Beschuldigtenschutz, Öffentlichkeit und knappen Justizressourcen ein höchst komplexes Vorhaben. Frau Dr. Hubig betonte, wie sehr das Ministerium daher von der intensiven Diskussion der Materie im Rahmen der Kommissionsarbeit und den Vorarbeiten der Kommissionsmitglieder in Gestalt des Abschlussberichts profitiere. Dank dieser Grundlage werde das Ministerium anschließend in die Lage versetzt, einen aus wissenschaftlicher wie aus praktischer Sicht in höchstem Maße fundierten Gesetzesentwurf vorlegen zu können.

**III. Beratungen**

**1. Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung**

**a) Gutachten**

Herr Prof. Dr. **Jahn** stellte als Mitglied des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer den in diesem Gremium erarbeiteten Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme) als Modell zur Neuregelung des Beweistransfers aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung vor. Der Arbeitskreis sei im Zeitraum von fünf Jahren (2008-2013) sechszehnmals zu zweitägigen Arbeitssitzungen sowie zu einer inter-

nationalen Tagung in Hannover zu diesem Thema zusammengekommen. Eine vollständige Veröffentlichung des AE-Beweisaufnahme finde sich in der Zeitschrift *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 161 (2014), S. 1-72.

Regelungsziel des AE-Beweisaufnahme sei eine grundsätzliche Revision der Regelungen zur materiellen Unmittelbarkeit. Das Interesse gelte somit nicht der formellen Seite des Unmittelbarkeitserfordernisses, welche in § 261 StPO Ausdruck finde, sondern der inhaltlichen Ausgestaltung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung. Ins Blickfeld würden daher die Wege rücken, auf denen die Verfahrensbeteiligten sich in der Hauptverhandlung Kenntnis vom Verfahrensstoff verschafften. Auch nach aktueller Rechtslage sei das Gericht nicht frei in seiner Wahl des einzuführenden Beweismittels. Die §§ 249 ff. StPO würden vielmehr bereits eine gewisse Rangfolge der Beweismittel beinhalten. Entgegen der Ansicht von Herrn Caspari sei dies kein Novum des AE-Beweisaufnahme. Hier werde die Rangfolge nur inhaltlich verschieden ausgestaltet.

Weiterhin sei darauf hinzuweisen, dass der AE-Beweisaufnahme nicht isoliert betrachtet werden dürfe, sondern auf dem Alternativ-Entwurf zur Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV) aus dem Jahre 2001 fuße. Die Vorschläge des AE-Beweisaufnahme stünden in innerer Abhängigkeit zur partizipatorischen Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens und verlangten eine entsprechende Gesamtbetrachtung. Sie könnten unter Umständen zu einer unausgewogenen Gesamtkonstruktion führen, wenn das Ermittlungsverfahren nicht ebenfalls neu geregelt werde. Auch im Rahmen dieses Forums sei man schließlich in der zweiten Kommissionssitzung zu der zutreffenden Einsicht gelangt, dass die Frage der audio-visuellen Aufzeichnung von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren mit der des Transfers in die Hauptverhandlung thematisch derart eng zusammenhängen würden, dass eine getrennte Betrachtung beider Aspekte keine abschließende Würdigung zulasse (vgl. Protokoll der zweiten Sitzung, S. 12 oben).

Das jetzige Regelungssystem der §§ 249 ff. StPO leide im Wesentlichen unter drei Schwächen, die Anlass zu einer Neuregelung der Materie geben würden: Es finde eine Doppelung der Beweisaufnahme statt, wenn beispielsweise ein Zeuge sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Hauptverhandlung vernommen werde. Insoweit entstünden zwei Beweismittel unterschiedlichen Gegenstands, deren »Qualität« nicht abstrakt bestimmbar sei, sondern davon abhängen, ob im Einzelfall für den Richter der persönliche Eindruck vom Zeugen oder die zeitliche Nähe der Aussage zur Tat von entscheidender Bedeutung sei. Ferner drohe bis

zur Hauptverhandlung die Gefahr des Beweismittelverlustes. Insbesondere lasse die Erinnerung der Zeugen nach, so dass in der Hauptverhandlung vielfach nur mehr »die Akte abgefragt« werde. Des Weiteren sei das System der §§ 249 ff. StPO aus Grundsatz, Ausnahmen, Rückausnahmen etc. unübersichtlich. Vor allem der technische Fortschritt in Gestalt der Möglichkeit zur audio-visuellen Aufzeichnung von Vernehmungen spiegle sich dort nicht wider.

Das Gegenkonzept des AE-Beweisaufnahme bestehe darin, die Amtsaufklärungsmaxime nicht nur als Maßstab für den Umfang (das „Ob“), sondern auch für die Art und Weise der Beweisaufnahme dienstbar zu machen. Dies lasse sich beispielsweise aus der Regelung in § 250 Absatz 2 Satz 1 StPO-AE ersehen. Sie trage dem Umstand Rechnung, dass die unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung dem Abspielen der audio-visuellen Aufzeichnung einer früheren Vernehmung nicht mehr prinzipiell überlegen sei, da das Gericht in beiden Fällen einen authentischen Eindruck des Vernommenen erhalte. Die Rückbesinnung auf den Amtsaufklärungsgrundsatz stehe zudem in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verständigung (BVerfGE 133, 168 ff.). An die Stelle des bisherigen Prinzips der materiellen Unmittelbarkeit solle als Korrektiv zur Ersetzungsbefugnis des Gerichts das Beweisantragsrecht treten (§ 250 Absatz 1 StPO-AE).

Auf Nachfrage von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor, wie ein derartiger Beweisantrag zu formulieren sei, verwies Herr Prof. Dr. Jahn auf die Begründung des AE-Beweisaufnahme (GA 2014, S. 51 f.-), wonach „der Antragsteller insbesondere anzugeben [habe], zu welcher in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsachen der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung vernommen und ob diese Tatsache durch seine Vernehmung bestätigt oder widerlegt werden soll“. Dem Gericht müsse jedoch nicht auf Nachfrage erläutert werden, warum der Antragsteller von der Vernehmung in der Hauptverhandlung eine Widerlegung der früheren Aussage oder Erklärung erwarte. Die Statuierung eines entsprechenden Erfordernisses von »Konnexität im weiteren Sinne« werde vom AE-Beweisaufnahme abgelehnt.

In prozeduraler Hinsicht werde das Konzept des AE-Beweisaufnahme von drei tragenden Säulen abgesichert: § 251 Absatz 1 StPO-AE sehe eine zwingende Reihenfolge für die Nutzung der Beweissurrogate vor (Video, Verlesung, Vernehmung der Verhörsperson), die sich an ihrer inhaltlichen Legitimation qua Sachnähe orientiere. Im Interesse der Wahrheitserforschung werde die Wertigkeit des Beweismittels abstrakt danach bestimmt, wie authentisch

es die Originalvernehmung wiedergebe. Dass die Vorführung der audio-visuellen Vernehmungsaufzeichnung insoweit der Protokollverlesung und erst recht der Einvernahme des Vernehmungsbeamten überlegen sei, habe sich schließlich auch im Rahmen der hiesigen Kommissionsarbeit bereits als »common sense« herauskristallisiert. Von der Regelung des § 251 Absatz 1 StPO-AE solle eine Anreizwirkung für das Ermittlungsverfahren ausgehen, dort vermehrt von der Möglichkeit audio-visueller Aufzeichnungen Gebrauch zu machen. § 251 Absatz 2 Satz 1 StPO erlaube eine Abweichung von der Rangfolge, speziell unter Berücksichtigung konsensueller Elemente. Die ergänzende Heranziehung nachrangiger Formen sei stets zulässig, um dem Gericht zur Erforschung der Wahrheit möglichst viel Gestaltungsfreiraum zu gewährleisten. § 253 Absatz 1 StPO-AE und § 254 StPO-AE würden darüber hinaus im Wege einer Zustimmungslösung das Konfrontationsrecht des Angeklagten und das nemo-tenetur-Prinzip weiter stärken. Herr Prof. Dr. Jahn stimmte dem Einwand von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor zu, dass § 254 Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 StPO-AE (Einführung einer früheren Vernehmung des Angeklagten ohne seine Zustimmung, wenn bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war) nur mit Leben erfüllt werden könne, wenn Verteidiger für eine entsprechende Tätigkeit im Ermittlungsverfahren gebührenrechtlich besser vergütet würden.

Insgesamt biete der AE-Beweisaufnahme gegenüber der jetzigen – unsystematischen, inkonsistenten und schwer vermittelbaren – Regelung der Materie in §§ 249 ff. StPO ein flexibleres Modell, das maßgeblich von der gerichtlichen Aufklärungspflicht, dem Willen der Verfahrensbeteiligten und dem technischen Fortschritt in Sachen Videovernehmung getragen werde.

Herr Prof. Dr. **Radtke** fügte als weiteres Mitglied des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Jahn hinzu, dass der Entwurf im Verlauf der Arbeit hieran unterschiedliche Arbeitstitel erhalten habe (AE-Unmittelbarkeit, AE-Wahrheitsermittlung, AE-Beweisaufnahme). Seines Erachtens sei der zwischenzeitlich gewählte Arbeitstitel „AE-Wahrheitsermittlung“ besonders signifikant. Der geltende Unmittelbarkeitsgrundsatz diene schließlich nicht als Selbstzweck, sondern solle eine möglichst verlässliche Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung gewährleisten. Zur validen Rekonstruktion eines in der Vergangenheit liegenden Geschehens bedürfe es einer verbindlichen Reihenfolge besonders verlässlicher Beweismittel. Eine solche sehe der AE-Beweisaufnahme vor. Dass ein Festhalten am materiellen Unmittelbarkeitserfordernis

nicht unbedingt notwendig sei, zeige der Blick in andere – nicht weniger rechtsstaatliche – Rechtsordnungen, die diesen Schritt nicht nachvollzogen hätten.

Im Anschluss daran folgte die Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Dr. **Ignor**. Dieser erklärte, er stehe dem Konzept des AE-Beweisaufnahme kritisch gegenüber. Wenn die sog. „Doppelung der Beweisaufnahme“ als Schwäche der §§ 249 ff. StPO herausgearbeitet werde, so verkenne man hierbei die eigentliche Funktion der Hauptverhandlung. Von einer „Doppelung der Beweisaufnahme“ zu sprechen sei einerseits »untechnisch«, da sich in der Hauptverhandlung das Gericht vom Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Tatsache eine Überzeugung bilden müsse, während im Ermittlungsverfahren lediglich eine Stoffsammlung stattfinde, die später zu einer Beweisaufnahme führen solle. Andererseits dürfe diese „Doppelung“ nicht als Schwäche verstanden werden; vielmehr liege hierin der eigentliche Sinn der Hauptverhandlung. Erst auf diese Weise werde eine kritische Überprüfung der Stoffsammlung des Ermittlungsverfahrens ermöglicht und die Wahrheitsfindung abgesichert. Erst zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung liege dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten das gesamte Beweismaterial vor. Dieser vom Unmittelbarkeitsprinzip erzwungene, gemeinsame Kenntnisstand bzgl. aller relevanten Informationen bilde die notwendige Grundlage für die Möglichkeit, die Anklage zu hinterfragen und einen fruchtbaren Diskurs über die Beweisaufnahme im Rahmen von §§ 257, 244, 257b StPO zu führen. Die dem Unmittelbarkeitsprinzip folgende Hauptverhandlung beinhalte somit ein spezifisches kritisches Potential, das es im Interesse der Wahrheitsfindung erlaube, tatsächliche und rechtliche Mängel des Ermittlungsverfahrens nachträglich aufzuspüren und zu beseitigen.

Der AE-Beweisaufnahme versuche, die Sicherung der Wahrheitsfindung stattdessen über die Authentizität der Wiedergabe von Vernehmungen per audio-visueller Aufzeichnung, ein Mehr an Partizipation im Ermittlungsverfahren und die Stärkung des Konfrontationsrechts zu erreichen (vgl. §§ 251, 253, 254 StPO-AE). Diese Maßnahmen könnten das Fehlen des kritischen Potentials qua Unmittelbarkeit jedoch nicht kompensieren. Der AE-Beweisaufnahme konserviere die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens statt angesichts der Entwicklung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung die Möglichkeit zu geben, die frühere Stoffsammlung im Rahmen der Hauptverhandlung in Zweifel zu ziehen.

Die Auflösung der konzentrierten Beweisaufnahme vor Gericht in individuelle Selbstlese- und Selbstsehverfahren lasse eine Zunahme von Perseveranzeffekten und Wahrnehmungs-

defiziten befürchten. Faktisch sei nicht mehr gewährleistet, dass alle Verfahrensbeteiligten alle relevanten Beweismittel außergerichtlich auch wirklich zur Kenntnis nehmen. Ferner werde die Sicht des Urteilsverfassers mehr denn je den Ausgang des Verfahrens dominieren und die Urteilsbegründung prägen.

Das dem AE-Beweisaufnahme zu Grunde liegende Regelungskonzept sei ferner geeignet, den Öffentlichkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz in hohem Maße zu beeinträchtigen, da die Hauptverhandlung für Zuschauer unverständlich werde. Damit drohe nicht nur eine Einbuße hinsichtlich der kritischen Funktion der (Saal-)Öffentlichkeit, sondern ganz allgemein ein Verlust an Rechtsbewusstsein und Rechtskultur in der Gesellschaft.

Vor allem werde nach Ansicht von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor von einer Umsetzung des AE-Beweisaufnahme weder ein Beschleunigungseffekt noch eine Effizienzsteigerung ausgehen. Es sei zu erwarten, dass die unklare Rechtslage, welche aus der Regelung des § 250 Absatz 1 Satz 2 u. 3 StPO-AE resultiere, in der Praxis zu zahllosen Beweisanträgen, deren Ablehnung und hierzu ergehenden Rechtsmittelentscheidungen führen werde. Die jetzt schon vorhersehbaren Auseinandersetzungen der Verfahrensbeteiligten über die Erforderlichkeit und Erzwingbarkeit einer unmittelbaren Zeugen- oder Sachverständigenvernehmung würden das Verfahren in die Länge ziehen. Insbesondere bleibe offen, wie der Verteidiger einen entsprechenden Antrag nach § 250 Absatz 1 Satz 2 StPO-AE richtiger Weise zu fassen habe. Müsse er hierzu – wofür einiges spreche – tatsächlich *neue* Tatsachenbekundungen des Zeugen oder Sachverständigen vortragen, die die bisherigen Bekundungen bestätigen oder widerlegen könnten, so würden die Hürden für einen entsprechenden Antrag sehr hoch angelegt. Eine derartige Regelung würde die bisher häufig praktizierte Möglichkeit der Verteidigung, einzelne Bekundungen eines Zeugen bzw. Sachverständigen im Wege des einfachen Vorhalts oder der Nachfrage zu erschüttern, im Ergebnis unmöglich machen.

Bislang werde die Tätigkeit eines Verteidigers im Hauptverfahren nach Hauptverhandlungstagen vergütet. An einer derartigen Regelung könne jedoch bei Umsetzung des AE-Beweisaufnahme keinesfalls festgehalten werden. Der AE-Beweisaufnahme führe zu einer Auflösung der konzentrierten Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung und damit zu einer Verlagerung des Schwerpunktes der Verteidigertätigkeit auf Aufgaben, die außerhalb der Hauptverhandlung wahrzunehmen seien. Das RVG müsse dieser Verlagerung des Tätigkeitsschwerpunktes adäquat angepasst werden, sonst wäre eine Verteidigung schlechterdings

nicht »auskömmlich«. Zudem verursache der beabsichtigte Beweistransfer derart komplexe Rechtsprobleme, dass die Zahl notwendiger Beordnungen von Verteidigern zwangsläufig ansteigen werde. Die richterliche Fürsorgepflicht könne eine adäquate Verteidigung nicht ersetzen. Dies gelte auch mit Blick auf § 250 Absatz 2 StPO-AE, da man dem Gericht, das eine unmittelbare Vernehmung nicht zur Wahrheitserforschung für erforderlich halte, geradezu schizophrenes Verhalten abverlangen würde, wenn man es zugleich als dazu verpflichtet ansähe, zu Gunsten des Angeklagten eine derartige Beweisaufnahme zu erzwingen. Im Ergebnis würde daher die Staatskasse entweder mehr belastet oder die bereits bestehende Problematik der Zwei-Klassen-Verteidigung noch verschärft.

Die Realisierung des AE-Beweisaufnahme würde Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor zufolge zu einem eklatanten Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung, um nicht zu sagen: deren Abschaffung, führen. Der dahinter stehende Gedanke der Aufwandseffizienz zeuge von einem etatistischen Strafprozessrechtsverständnis, welches nicht nur einen Rückschritt ins alte Inquisitionsverfahren bedeute, sondern auch die Preisgabe von Rechtskultur. Das Kernanliegen der rechtspolitischen Bewegung, die im 19. Jahrhundert zum reformierten Inquisitionsprozess heutigen Zuschnitts geführt habe, sei die öffentliche, mündliche Hauptverhandlung gewesen als Ausdruck eines konstitutionellen Staatsverständnisses und damit als Pendant zum demokratischen Prinzip. Das elementare gesellschaftliche Bedürfnis nach einem lebendigen Eindruck der Strafrechtspflege müsse als originärer Teilhabeanspruch zur Verwirklichung der unser Gemeinwesen konstituierenden Werte in der StPO Anerkennung finden. Die vielfach bemühte Überlastung der Strafjustiz sei zu bezweifeln. Dies gelte jedenfalls, wenn man ihre Ursache in der jetzigen Ausgestaltung der Hauptverhandlung suchen wolle. Die Wurzel des Übels liege vielmehr in organisatorischen Defiziten und einer Überbordung des materiellen Strafrechts, so dass in erster Linie durch Reformen zu Entkriminalisierung Abhilfe geschaffen werden sollte.

Als Co-Referent führte Herr **Caspari** aus, er habe das Thema »Beweistransfer« weiter aufgefasst und sich daher nicht nur mit dem AE-Beweisaufnahme beschäftigt, sondern allgemein die Vereinbarkeit eines erweiterten Beweistransfers mit den geltenden strafprozessualen Verfahrensprinzipien untersucht. Insbesondere im Hinblick auf die Aspekte Öffentlichkeit und Transparenz stimme er jedoch der Einschätzung von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor im Wesentlichen zu. Man müsse sich nur an das Verfahren „Hoeneß“ und die vielen kritischen

Stimmen dort erinnern, die rügten, dass die Augenscheinnahme am Richtertisch stattfand, ohne dass die Saalöffentlichkeit die Augenscheinsobjekte einsehen konnte. Ganz ähnliche Entrüstung würden der vermehrte Einsatz des Selbstlese- und die Einführung eines Selbstsehverfahrens auslösen. Zusätzlicher Nebeneffekt dieser Form der Auslagerung der Beweiserhebung sei, dass bisher übliche Zwischenberatungen zwischen den Berufsrichtern und den Schöffen über den Inhalt der Beweisaufnahme entfallen würden.

Unterstellt, man hielte an der jetzigen Regelung des Ermittlungsverfahrens fest und nähme keine Reform im Sinne eines partizipatorischen Ermittlungsverfahrens vor, so bliebe im Hinblick auf die Frage des Beweistransfers lediglich Raum für kleinteilige Änderungen. Entsprechende punktuelle Erweiterungen der bestehenden Transfer- oder Ersetzungsregelungen sollten auf bestehende, in der Praxis wahrgenommene Defizite der aktuellen Rechtslage reagieren. Denkbar sei insoweit beispielsweise ein maßvoller Ausbau der Verlesungsmöglichkeiten in § 251 Absatz 1 StPO auf Fälle der Zustimmung durch einen unverteidigten Angeklagten (Zeugenaussage dient lediglich Bestätigung des Geständnisses) oder ggf. auch auf Fälle, in denen der Angeklagte einer Verlesung nicht zustimmt (eng umgrenzter Sachverhalt, Vielzahl von Geschädigten ohne Kontakt zum Täter wie im Bereich der Internetkriminalität). Ebenfalls erwägenswert sei die Erweiterung der Verlesungsmöglichkeiten gem. § 256 Absatz 1 Nr. 2 bzw. Nr. 5 StPO. Nr. 2 solle in Zukunft statt auf den Tatvorwurf lieber auf das konkrete Beweisziel der Verlesung abstellen und Nr. 5 sei zu Klarstellungszwecken dahingehend zu ändern, dass Ermittlungsvermerke auch teilweise verlesen werden könnten, wenn jedenfalls der zu verlesende Teil keine Vernehmung zum Gegenstand habe.

Eine darüber hinausgehende Erweiterung der Transfermöglichkeiten von Beweisen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung sei nur denkbar, wenn die Position des Beschuldigten und seines Verteidigers im Ermittlungsverfahren signifikant in Gestalt verschiedener Teilhabe- und Teilnahmerechte gestärkt würde. Allerdings warne er davor, ein partizipatorisches Ermittlungsverfahren für den Preis eines uneingeschränkten Beweistransfers zu erkaufen. Die partizipatorische Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens müsse unabhängig von der Frage eines Beweistransfers diskutiert werden. Vice versa dürfe man allerdings einen erweiterten Beweistransfer nicht ohne partizipatorisches Ermittlungsverfahren andenken. Insgesamt befürworte er ein (grundsätzliches) Festhalten am Unmittelbarkeitsprinzip. Das System der §§ 249 ff. StPO habe sich im Großen und Ganzen bewährt.

Für prinzipiell problematisch erklärte Herr Caspari die Tendenz des AE-Beweisaufnahme, dass weite Teile der Hauptverhandlung durch eine Vorverlagerung ins Ermittlungsverfahren der Wahrnehmung der Öffentlichkeit entzogen würden bzw. durch eine Verlagerung auf Selbstlese- und Selbstsehverfahren intransparent erscheinen müssten.

Auch könne er den Ausgangspunkt für die Reformüberlegungen des AE-Beweisaufnahme nicht nachvollziehen. Ebenso wie Herr Prof. Dr. Dr. Ignor halte er die »Doppelung der Beweisaufnahme« für grundsätzlich vorteilhaft. Zwar verblasse die Erinnerung der Zeugen bis zur Hauptverhandlung. Dieser Effekt werde jedoch dadurch kompensiert, dass erfahrungsgemäß mit zunehmender zeitlicher Distanz zur Tat die Neutralität der Aussage steige. Insbesondere vor diesem Hintergrund sei eine Wiederholung der Vernehmung sinnvoll, um entsprechende Veränderungen sichtbar werden zu lassen. Die Gefahr des Beweisverlustes sei seiner Ansicht nach kein Aspekt, der unmittelbar im Zusammenhang mit dem Thema Beweistransfer stehe, sondern vielmehr eine Frage der Beweissicherung im Ermittlungsverfahren. Die Konzeption der §§ 249 ff. als Regel-Ausnahmeverhältnis habe sich über die Jahre bewährt. Jedenfalls könne er keine prinzipielle Überlegenheit der Regelungssystematik des AE-Beweisaufnahme erkennen.

Jenseits dieser grundlegenden Bedenken äußerte er weitere, punktuelle Kritik: So erschließe es sich ihm nicht, warum § 251 Absatz 1 StPO-AE eine zwingende Reihenfolge der Surrogate vorsehe und auf diese Weise ohne Not die Verhandlungsleitung des Vorsitzenden und die freie Beweiswürdigung des Gerichts beschränke. Zum jetzigen Zeitpunkt könne das Gericht prinzipiell frei wählen, ob es eine audio-visuelle Vernehmungsaufzeichnung gem. § 255a StPO vorführen wolle oder deren Verschriftlichung gem. § 251 StPO verlese. Ferner bleibe offen, was passiere, wenn die vorgesehene Reihenfolge vom Gericht missachtet werde, ob also dieser Verfahrensfehler eine Revision begründen könne. Daneben sei nicht einzusehen, weshalb in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung in § 252 Absatz 1 Satz 2 StPO-AE der Verzicht des Zeugen auf die Sperrwirkung seiner Zeugnisverweigerung ausgeschlossen sein soll. Eine entsprechende Missbrauchsgefahr der Dispositionsbefugnis des Zeugen bestehe schließlich auch, wenn er nur bei einzelnen Fragen von seinem Recht Gebrauch mache oder die richterliche Vernehmung (§ 252 Absatz 2 StPO-AE) eingeführt werde. Auch die Regelung des § 253 Absatz 1 StPO-AE werfe hinsichtlich ihrer praktischen Konsequenzen eine Reihe von Fragen auf. Vor allem sei zweifelhaft, welche rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen das Gericht bei seiner Prüfung des vom Angeklagten nach § 250 Absatz 1 Satz 2

StPO-AE hypothetisch zu stellenden Antrags anzustellen bzw. zu ermitteln habe. Besonders bedenklich sei schließlich die durch § 254 StPO-AE vorgenommene erhebliche Einschränkung der Möglichkeit, im Ermittlungsverfahren abgegebene Geständnisse in die Hauptverhandlung einzuführen. Die im AE-Beweisaufnahme vorgesehene Zustimmungslösung wäre den Geschädigten und der Öffentlichkeit gegenüber nur schwer vermittelbar. Das Recht, sich einer bewussten Selbstbelastung nachträglich wieder zu entziehen, sei schließlich weder in der EMRK noch im Grundgesetz niedergelegt. Gleichzeitig wäre eine entsprechende Änderung – so man sie befürwortete – zur Vermeidung eklatanter Wertungswidersprüche auch im Strafbefehlsverfahren nachzuvollziehen.

Insgesamt überhöhe der AE-Beweisaufnahme einerseits den nemo-tenetur-Grundsatz, lasse andererseits aber einen erheblichen Verlust an Transparenz und Akzeptanz befürchten. Dem Beschuldigten werde im Ergebnis nicht geholfen, weil das zentrale Beweisantragsrecht nur dann als valider Ausgleich für den erweiterten Beweistransfer angesehen werden könne, wenn dem Beschuldigten ein (guter) Verteidiger zur Seite stünde. Die Regel sei jedoch nach wie vor, dass Beschuldigte unverteidigt vor Gericht erschienen. Er bewerte den AE-Beweisaufnahme daher kritisch. Gleichzeitig sprach sich Herr Caspari jedoch dagegen aus, das gesamte Thema ad acta zu legen: Partielle Erweiterungen des Transfers halte er für durchaus denkbar.

## b) Diskussion

Frau **Graf-Schlicker** eröffnete die Diskussion mit der Frage, ob es der Meinung des Plenums entspreche, dass der AE-Beweisaufnahme bereits angesichts des befürchteten Verlusts von Rechtsstaatlichkeit in Gestalt der Einbußen beim Öffentlichkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz abzulehnen sei.

Herr Dr. **Mutzbauer** äußerte Kritik an den Einschränkungen des Unmittelbarkeitsprinzips, die der AE-Beweisaufnahme vorsehe. Das System der §§ 249 ff. StPO werde seiner Meinung nach hierdurch nicht wesentlich vereinfacht. Ferner gehe der Wortlaut des § 250 StPO-AE fehl: „Soweit es (...) zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich“ sei, einen „Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu vernehmen“, werde der Beweis überhaupt nicht erhoben. Auf die Frage einer Ersetzung komme es dann gar nicht an.

Bezüglich der vermeintlich hinderlichen »Doppelung der Beweisaufnahme« schloss sich Herr Dr. Mutzbauer vollumfänglich den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor an. Die unmittelbare Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung sei sinnvoll, um eine kritische Würdigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens durchführen zu können. Die Einführung eines Surrogats solle zusätzlich zur unmittelbaren Aussage in der Hauptverhandlung erfolgen, nicht alternativ hierzu, damit dem Richter die Entscheidung darüber belassen werde, welchem Beweismittel er mehr Glauben schenke. Der AE-Beweisaufnahme schränke den Umfang der freien richterlichen Beweiswürdigung ein. Das Ausufern der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung müsse auf andere Weise verhindert werden.

Vor kurzem erst habe sich sein Senat mit einem Fall beschäftigt, bei dem eine Anklage wegen sexuellen Missbrauchs von Minderjährigen in der Hauptverhandlung in sich zusammengefallen sei, weil bei der Einvernahme der Minderjährigen in der Hauptverhandlung herausgekommen sei, dass ihre glaubhaften Aussagen im Ermittlungsverfahren erlogen gewesen seien. Erst unter dem Eindruck der Hauptverhandlung hätten die Zeugen ihr Aussageverhalten geändert. Der Rückgriff auf eine »Konserve« hätte hingegen zur Verurteilung des Angeklagten geführt. Dieser Sachverhalt illustriere, dass eine weitere Fehlerquelle für Urteile eröffnete werde, wenn man die erneute Vernehmung in der Hauptverhandlung in Zukunft im Wege des Beweistransfers ersetze. Gleichzeitig finde eine Entwertung der Hauptverhandlung statt, wenn das Selbstleseverfahren zur Regel werde und der Täter keine Konfrontation mit dem Geschädigten mehr fürchten müsse.

Herr Prof. Dr. **Radtke** warf die Frage auf, ob die von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor geschilderte Schutzrichtung der Öffentlichkeit heute noch in vergleichbarer Weise Relevanz für sich in Anspruch nehmen könne wie dies im Entstehungszeitpunkt der StPO Ende des 19. Jahrhunderts der Fall war. Die geltende StPO gewährleiste ausschließlich die sog. Saalöffentlichkeit und damit die Möglichkeit von Bürgern, einer Hauptverhandlung im Zuschauerraum des Gerichtssaals als Publikum beizuwohnen. Diese Verpflichtung erstreckte sich beispielsweise nicht darauf, jedem Zuschauer die Augenscheinnahme zugänglich zu machen. Der Öffentlichkeitsgrundsatz erfahre heute eine Fülle von Durchbrechungen durch Auslagerung der Verfahren in vereinfachte Formen der Sanktionierung (z.B. durch Strafbefehl bzw. Einstellung nach §§ 153 ff. StPO) oder in Gestalt von geregelten Ausschlussmöglichkeiten (§ 171a ff. GVG). Wolle man dennoch am ursprünglichen Schutzzweck der Öffentlichkeit festhalten,

so bedürfe dies vor dem Hintergrund des erheblichen gesellschaftlichen Wandels seit Einführung der StPO einer gesonderten Begründung.

Für die nachfolgende Diskussion bat Herr Prof. Dr. Radtke, die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Unmittelbarkeit zu beachten, da der AE-Beweisaufnahme sich einzig auf Letztere auswirke.

An Herrn Caspari gewandt wies Herr Prof. Dr. Radtke darauf hin, dass die §§ 249 ff. StPO dem Gericht auch heute schon eine zwingende Reihenfolge der Beweismittel vorgäben, da dieser Normkomplex von dem Gedanken getragen werde, dass der Personalbeweis dem Urkundenbeweis grundsätzlich vorgehe.

Weiterhin sei Herrn Dr. Mutzbauer darin zuzustimmen, dass im Strafprozess keine zusätzlichen Fehlerquellen geschaffen werden sollten. Der AE-Beweisaufnahme schließe den Nachweis von Aussageinkonsistenzen in der Hauptverhandlung jedoch nicht schlechterdings aus. Die unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung bleibe schließlich weiterhin möglich. Das Grundanliegen des Entwurfs, leichter auf Inhalte einer im Ermittlungsverfahren dokumentierten Aussage zuzugreifen, werde durch die Argumentation nicht angefochten.

Herr Dr. **Müller** zeigte sich skeptisch gegenüber den Inhalten des AE-Beweisaufnahme. Zwar könne man das Regel-Ausnahme-Verhältnis der §§ 249 ff. StPO sicherlich verbessern. Aus trichterlicher Sicht befürchte er bei Umsetzung des AE-Beweisaufnahme jedoch, dass sich die Hauptverhandlung zu einer cineastischen Veranstaltung wandle und das Gericht insoweit nur mehr als Notar für dasjenige fungiere, was im Ermittlungsverfahren an Beweismaterial gesammelt worden sei. Die Hauptverhandlung würde – wie bei einem Schuldinterlokut – nur noch als Ort der Strafzumessung für das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens dienen. Wenn eine solche Entwicklung als Preis für die partizipatorische Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens verstanden werde, müsse man das Junktum zwischen beiden Regelungskomplexen ernsthaft in Frage stellen. Die polizeiliche Beweissammlung und die gerichtliche Beweisaufnahme könnten qualitativ nicht gleichgesetzt werden, da die Polizei naturgemäß andere Interessen verfolge als das Gericht. Ferner müsse der Gefahr eines Beweismittelverlustes durch entsprechende Beweissicherungsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren entgegengewirkt werden. Der anschließende Transfer der Ergebnisse in die Hauptverhandlung sei jedoch keineswegs zwingend. Immerhin wären die im Ermittlungsverfahren gesammelten Beweise auch von Nutzen, wenn sie zum Gegenstand eines Vorhalts gemacht würden.

Was die Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes durch den AE-Beweisaufnahme anbelange, so teile er jedoch die Kritik von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor nicht. Ansonsten müsste auch das Strafbefehlsverfahren abgeschafft werden, welches sehr wohl seine Berechtigung habe.

Frau **Graf-Schlicker** griff die von Herrn Prof. Dr. Radtke thematisierte Frage auf, wie Öffentlichkeit in heutiger Zeit angesichts einer grundlegend verschiedenen Ausgangslage als im ausgehenden 19. Jahrhundert gewährt werden solle. Schon die Differenzierung zwischen den Begriffen Saal- und Medienöffentlichkeit zeige doch, dass aktuelle Verfahren von einer völlig anderen Form der Öffentlichkeit geprägt würden als im 19. Jahrhundert.

Herr Prof. Dr. **Jahn** knüpfte an diese Fragestellung an. Ihm erschließe sich nicht, was den Strafprozess des 19. Jahrhunderts so schützenswert mache. Das Bild vom Strafprozess als Kulturgut sehe er kritisch. Eine Erhöhung des Strafprozesses zum Rechtsgut müsse notwendigerweise zur Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter führen. Es möge zwar eine sympathische, dennoch aber romantizistische Vorstellung von Recht sein, wenn man verlange, dass im Strafprozess das Recht auf den Verständnishorizont des „einfachen“ Mannes heruntergebrochen werde. Das Gutachten von Herrn Prof. Dr. Altenhain zum Thema Verständigung, welches im Auftrag des Bundesverfassungsgerichts erstellt worden sei, offenbare eine ganz andere Realität. Bei Erstellung des AE-Beweisaufnahme habe man die Verjüngung der Teilhabe der Öffentlichkeit als Kompromiss in Kauf genommen. Gerade in Wirtschaftsstrafverfahren erleichtere das Selbstleseverfahren die Dinge ganz erheblich. Unter Umständen sei es sinnvoll, den Vorsitzenden – ähnlich wie im Rahmen von § 243 Absatz 4 StPO oder § 247 Satz 4 StPO – in der Hauptverhandlung über den Inhalt der im Selbstleseverfahrens abgehandelten Beweismittel öffentlich berichten zu lassen.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** betonte, dass der Strafprozess in seinen Augen sehr wohl ein Kulturgut darstelle. Indem Normbrüche im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung aufgearbeitet würden, erfahre das Rechtsbewusstsein der Bürger Bestätigung. Die Rechtsfunktionsfunktion der idealtypischen Hauptverhandlung dürfe nicht dadurch abgewertet werden, dass sie sich in einem bloßen Transfer der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens erschöpfe. Dennoch müsse ein Weg gefunden werden, wie die neue Form der Video-Protokollierung, die eine bessere Abbildung der Wahrheit verspreche, Eingang in die Hauptverhandlung fin-

den zu lassen. Er bezweifle, dass der AE-Beweisaufnahme hinsichtlich all seiner Details in der Kommission umfänglich erörtert werden könne. Er rate daher von einem solchen Vorgehen ab und befürworte stattdessen den Vorschlag von Herrn Caspari, sich einzelne »Rosinen herauszupicken« und diese zur Verbesserung in das bestehende Verfahrenssystem zu integrieren. Ferner hob Herr Prof. Dr. Ostendorf hervor, dass ihm der Gedanke der kooperativen Sanktionierung am Herzen liege.

Frau **Graf-Schlicker** wies darauf hin, dass die aktuelle Diskussion lediglich eruieren solle, ob es sinnvoll sei, die Leitlinien des AE-Beweisaufnahme zu übernehmen. Hinsichtlich der von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor und Herrn Dr. Mutzbauer vorgetragene Bedenken zum Wortlaut des § 250 Absatz 1 StPO-AE und dem dortigen Rekurs auf den Amtsermittlungsgrundsatz bat Frau Graf-Schlicker um eine entsprechende Erläuterung durch Herrn Prof. Dr. Jahn und Herrn Prof. Dr. Radtke.

Herr Prof. Dr. **Jahn** hob hervor, dass § 250 Absatz 1 Satz 1 StPO-AE dahingehend zu lesen und zu verstehen sei, dass die Betonung auf den Wörtern „*in der Hauptverhandlung*“ liege. Wenn das Gericht zu der Überzeugung komme, dass eine Vernehmung *in der Hauptverhandlung* zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich sei, begnüge es sich mit der Einführung eines Surrogats.

Der von Herrn Dr. Mutzbauer geschilderte Sachverhalt stelle eine typische Aussage-gegen-Aussage-Konstellation dar. In diesen Fällen entspreche es schon jetzt den Anforderungen der ständigen Rechtsprechung, dass das Tatgericht sich vom Belastungszeugen ein genaues Bild in der Hauptverhandlung zu machen habe. Der AE-Beweisaufnahme enthalte keinen Dispens vom Amtsaufklärungsgrundsatz. Bei einer derart neuralgischen Beweislage müsse sich das Gericht gem. § 244 Absatz 2 StPO dazu gedrängt sehen, den Belastungszeugen in der Hauptverhandlung zu hören. Ansonsten eröffne sich aus Sicht des Angeklagten die Möglichkeit einer Aufklärungsrüge.

Herr Dr. **König** stellte die Frage, warum der AE-Beweisaufnahme die Erzwingung einer unmittelbaren Vernehmung über das Beweisantragsrecht vorsehe statt die Einführung eines Surrogats generell von der Zustimmung des Angeklagten abhängig zu machen.

Herr Prof. Dr. **Jahn** erklärte, man habe das durch Herrn Dr. König angesprochene Problem bei der Konzeption des AE-Beweisaufnahme sehr wohl gesehen. Natürlich sei insbesondere der unverteidigte Angeklagte mit der Formulierung eines derartigen Antrags überfordert. Es sei hier aber die Parallele zur Widerspruchslösung zu ziehen: Ähnlich wie der Vorsitzende dort einen unverteidigten Angeklagten auf die Möglichkeit und Folgen eines Widerspruchs gegen die Verwertung eines Beweismittels in der Hauptverhandlung hinweisen müsse, unterfalle es auch der richterlichen Fürsorgepflicht, dem unverteidigten Angeklagten bei Formulierung eines Beweisantrags im Sinne von § 250 Absatz 1 Satz 2 und 3 StPO-AE behilflich zu sein. Die von Herrn Dr. König vorgeschlagene Zustimmungslösung würde den Angeklagten in die Lage versetzen, die Einführung von Zeugenvernehmungen aus dem Ermittlungsverfahren gänzlich zu verhindern. Die Lösung über das Beweisantragsrecht sei gewählt worden, um einen formalisierten Diskurs über den Transfer zu ermöglichen.

Herr Dr. **Mutzbauer** zeigte die Schwierigkeiten einer von Herrn Prof. Dr. Jahn erwogenen Aufklärungsrüge auf. Der Verteidiger müsse in diesem Fall ins Blaue hinein Behauptungen darüber anstellen, welches Ergebnis die Beweisaufnahme erbracht hätte. Das (fehlerhafte) Unterlassen einer unmittelbaren Vernehmung in der Hauptverhandlung wäre in den wenigsten Fällen revisibel. Habe der Angeklagte in der Hauptverhandlung überhaupt keinen Beweisantrag im Sinne von § 250 S. 2, 3 StPO-E gestellt, erscheine sehr zweifelhaft, ob ihm die Möglichkeit der Aufklärungsrüge überhaupt offen stehe.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** hakte nach, welche Funktion der Beweisantrag noch haben könne, wenn Hauptbelastungszeugen – wie Herr Prof. Dr. Jahn soeben geschildert habe – gem. § 244 Absatz 2 StPO angeblich ohnehin in der Hauptverhandlung noch einmal zu hören seien. Bei Aussagepersonen, die lediglich Nebentatsachen bezeugen könnten, sei es dem Gericht schließlich ein Leichtes, entsprechende Beweisanträge abzulehnen, da die unmittelbare Einvernahme in der Hauptverhandlung im Sinne des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht erforderlich sei. Dass Surrogate nach der Konzeption des AE-Beweisaufnahme gerade auch im Hinblick auf Hauptbelastungszeugen Relevanz erlangen könnten, ergebe sich nicht zuletzt aus der starken Betonung des Konfrontationsrechts im Regelungsentwurf. Seinem Sinn und Zweck nach sei das Beweisantragsrecht gerade darauf zugeschnitten, dem Angeklagten eine

Möglichkeit an die Hand zu geben, eine erneute Vernehmung der Hauptbelastungszeugen in der Hauptverhandlung zu erzwingen. Jedoch könne weder die Intention einer Entlastung („wird beweisen, dass es nicht passiert ist“) noch die Hoffnung auf inkonsistentes Aussageverhalten („wird etwas anderes sagen“) in einen zulässigen Beweisantrag gefasst werden. Die Kulturleistung des Rechts sei innergesellschaftlich gerade durch die Gerichte herbeigeführt worden. Dort habe sich Recht und Gerechtigkeit entwickelt noch bevor sich staatliche Gewalt ausprägte. Der viel zitierte Strukturwandel von der Saal- zur Medienöffentlichkeit sei seines Erachtens Ausdruck für einen Prozess der Erweiterung der Öffentlichkeit und führe gerade nicht zu einer Verdrängung des Bedürfnisses nach öffentlicher Rechtsfindung. Aktuell zeige die Veröffentlichung der NSU-Protokolle im Magazin der Süddeutschen Zeitung wie wichtig es sei, dass die Aufarbeitung von Unrecht unter den Augen der Öffentlichkeit geschehe, damit auch ein eventuelles Versagen der Strafverfolgungsbehörden auf diese Weise zu Tage treten könne. Die Leistung des Strafrechts liege u.a. in einem bestimmten Vollzug der Rechtsfindung, welcher sich nicht in einer bloßen Strafabfertigung erschöpfe.

Herr Prof. Dr. **Radtke** erläuterte, dass der AE-Beweisaufnahme in seiner grundsätzlichen Konzeption auf eine von Herrn Prof. Dr. Frister formulierte Prämisse zurückgehe, wonach die Vernehmung eines Zeugen in unterschiedlichen Stadien eines Verfahrens jeweils verschiedene Beweismittel produziere. Behandle man die unmittelbare Aussage in der Hauptverhandlung und die audiovisuelle Aufzeichnung einer Vernehmung aus dem Ermittlungsverfahren als jeweils unterschiedliche Beweismittel, so sei die Übertragung des Beweisantragsrechts zur Erzwingung der unmittelbaren Aussage logisch konsequent. Die Begründung eines Beweisantrags gem. § 250 Absatz 1 Satz 2 StPO-E könnte dann lauten: „Die Zeugin wird bekunden, dass entgegen ihrer bisherigen Aussage Tatsache XY nicht so stattgefunden hat“.

Der AE-Beweisaufnahme ändere nichts daran, dass die Beweiswürdigung Sache des Gerichts bleibe. Diesem werde kein »ausverhandelter« Sachverhalt unterbreitet. Die Frage, in welchem Umfang die Beweisaufnahme zu erfolgen habe, bleibe ebenfalls unberührt von den Regelungen des AE-Beweisaufnahme. Erst auf einer zweiten Stufe, nämlich bei der Frage, in welcher Form in der Hauptverhandlung Beweis erhoben werde – in Gestalt der unmittelbaren Vernehmung des Zeugen oder durch Einführung einer aufgezeichneten Vernehmung aus dem Ermittlungsverfahren – würden die Regelungen des AE-Beweisaufnahme eingreifen.

Hiergegen wandte Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** ein, dass sich Anknüpfungspunkte für die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen oftmals erst aus dessen Aussage in der Hauptverhandlung ergäben. Ferner gab er zu bedenken, dass das geschilderte Konzept zur Voraussetzung habe, dass sämtliche Surrogate vor der Hauptverhandlung vom Gericht vollständig gewürdigt würden, damit dieses wissen könne, ob die Surrogate valide genug seien, um sie anstelle einer unmittelbaren Aussage in die Hauptverhandlung einzuführen. In praxi würde doch bisher lediglich eine knappe Durchsicht erfolgen.

Herr Prof. Dr. **Radtke** widersprach dem. Die Gerichte erledigten diese Arbeit umfänglich im Zwischenverfahren.

Herr Dr. **Isak** räumte ein, er hege gewisse Sympathien für das Konzept, § 244 Absatz 2 StPO auch auf das »Wie« der Beweisaufnahme anzuwenden. Es sei offensichtlich, dass die Hauptbelastungszeugen persönlich in der Hauptverhandlung vernommen werden müssten. Einen legitimen Anwendungsbereich für den Beweistransfer sehe er jedoch bei Zeugen zu Nebenaspekten, die erforderlich für die ordnungsgemäße Urteilsabfassung seien, oder bei Geschädigten von Serienstraftaten. Hier stelle die persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung eine reine »Förmelei« dar. Es gelte jedoch zu beachten, dass die Gefahr eines Fehlurteils bei Einführung eines schlechten Beweissurrogats ebenso groß sei wie bei vollständig fehlender Beweisaufnahme eines zentralen Beweismittels. Die Frage des Transfers sei also an der Bedeutung des Beweismittels für die Wahrheitsermittlung zu messen. Auf diese Weise werde auch der Öffentlichkeitsgrundsatz weniger eklatant beeinträchtigt. Allerdings sei das Beweisanspruchsrecht des § 250 Absatz 1 S. 2 und 3 StPO – insoweit stimme er Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor zu – noch ausbildungsbedürftig, um ein effektives Gegengewicht zum Transfer zu schaffen. Es müsse sich um eine Regelung handeln, die vom Angeklagten mehr Vortrag verlangt als die reine Intention, den Zeugen unmittelbar zu hören, aber gleichzeitig berechnete Vorhalte und Nachfragen nicht unmöglich macht. Ferner halte er die Erweiterung der Teilhaberechte im Ermittlungsverfahren für keinen gangbaren Weg. Unter Effizienzgesichtspunkten sei eine Annäherung an ein partizipatorisches Ermittlungsverfahren nur sehr vorsichtig zu betreiben.

Weiterhin kritisierte Herr Dr. Isak den Wortlaut des § 253 Absatz 3 Satz 2 StPO-AE als zu unbestimmt und sprach sich gegen eine Zustimmungslösung aus wie sie § 254 StPO-AE vorsieht.

Herr **Thiele** erklärte, dass er den Vorschlägen von Herrn Caspari hinsichtlich kleinteiliger Erweiterungen der Transfermöglichkeiten in §§ 251, 256 StPO umfassend beitrete. Schon heute müsse man indes einer allzu ausufernden Nutzung des Selbstleseverfahrens entgegen treten, um eine damit einhergehende Beeinträchtigung der öffentlichen Teilhabe zu vermeiden. Ein Selbstsehverfahren halte er jedenfalls für „abwegig und ablehnungswürdig“. Im Anschluss an seine beiden Vorredner sprach sich Herr Thiele auch gegen die Zustimmungslösung des § 254 StPO-AE aus. Aus seiner eigenen beruflichen Praxis könne er berichten, dass audio-visuelle Aufzeichnungen von Zeugenvernehmungen vor der Hauptverhandlung durch das Gericht angesehen und der Angeklagte vorher angeschrieben würde, um seine Bereitschaft zu einem Verzicht auf eine Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung auszuloten. Es entstünde den Gerichten bei Umsetzung des AE-Beweisaufnahme also – anders als Herr Prof. Dr. Dr. Ignor befürchte – im Zwischenverfahren insoweit kein Mehraufwand. Es sei zu erwarten, dass der zentrale Part der Beweisaufnahme weiterhin im Wege der unmittelbaren Vernehmung in der Hauptverhandlung stattfinden werde. Hier sei es für die Überzeugungsbildung notwendig, dass der Richter den Zeugen »auf den Zahn fühle«. Insgesamt empfehle er eine Umkehr der im AE-Beweisaufnahme vorgesehenen Begründungslast: Anstelle des Beweisantrags des Angeklagten solle das Gericht bei einer beabsichtigten Verschlinkung des unmittelbar zu erhebenden Beweiskanons eine besondere Begründungspflicht treffen.

Frau **Graf-Schlicker** fragte, ob der Wortlaut des § 250 StPO-AE („soweit“) dahingehend zu verstehen sei, dass die Einführung eines Surrogats die Ausnahme darstelle.

Herr Prof. Dr. **Radtke** bejahte dies.

Herr **Wenske** bezweifelte im Ausgangspunkt schon die angeführte Fehleranfälligkeit des geltenden Rechts. Die gesetzliche Systematik der §§ 249 ff. StPO sei eindeutig. Auch könne er die Forderungen von Herrn Caspari im Hinblick auf §§ 256 Absatz 1 Nr. 2 und Nr. 5 StPO

nicht unterstützen. Insoweit handle es sich um klare gesetzgeberische Wertungen, die ihre Berechtigung hätten und an denen festzuhalten sei. Wenn Herr Prof. Dr. Radtke in Aussicht stelle, eine Umsetzung des AE-Beweisaufnahme würde keine Veränderung der richterlichen Tätigkeit mit sich bringen, so könne er sich dieser Einschätzung nicht anschließen. Die vermehrte Einführung von Surrogaten führe insoweit sogar zu einer signifikanten Veränderung. Dies stehe umso mehr zu befürchten, als bereits in der Einleitung des AE-Beweisaufnahme (GA 2014, S. 2 Satz 4) die Rede davon sei, dass im Ermittlungsverfahren Informationen und Beweismittel gesammelt würden, die dem Gericht in der Hauptverhandlung als Beweise „präsentiert“ würden. Man frage sich, warum dies erst in der Hauptverhandlung geschehen solle und nicht bereits mit Übersendung der Akten (§ 199 Absatz 2 Satz 2 StPO). Insgesamt bleibe offen, wodurch eine entsprechend signifikante Änderung des geltenden Rechts gerechtfertigt werde. Gesichtspunkte des Beschuldigtenschutzes seien dies wohl nicht. §§ 253, 254 StPO-AE dienten lediglich als aus rechtsstaatlicher Sicht gebotener Ausgleich zur Ermöglichung des Transfers. Eine Umsetzung des AE-Beweisaufnahme würde zu einer Konser-  
vierung der Erstvernehmung führen. Dies bedeute eine Einschränkung der aktuellen Konzeption der Hauptverhandlung im Sinne von § 261 StPO, die dem Gericht bisher genügend Raum lasse, auf überraschende Wendungen zu reagieren. Diese könnten selbst bei sorgfältiger Vorbereitung nicht antizipiert werden. Nicht ohne Grund regle § 69 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 Satz 1 StPO die Zeugenvernehmung in einer Art und Weise, die eine Lenkung der Aussageperson ausschließen wolle. Es gehe darum, der Dynamik der Hauptverhandlung genügend Raum zu lassen. Weiterhin sei zweifelhaft, ob die Konstruktion des Beweisanzugsrechts im AE-Beweisaufnahme die ihr zugedachte Funktion werde ausfüllen können. Der Entwurfstext enthalte insoweit eine Reihe von Wertungen („Bestätigung“, „Widerlegung“ § 250 Absatz 1 Satz 2 StPO-E), die auf eine kaum zu leistende Beweisantizipation durch den Antragssteller hinauslaufen würden. Eine vermehrte Verwendung von Surrogaten werde die Position von Staatsanwaltschaft und Polizei weiter stärken, während die Bedeutung der richterlichen Mitwirkung abnehme. Gelebte Gewaltenteilung sehe anders aus. Gleichzeitig werde das öffentliche Ansehen der Gerichte sinken. Sicherlich sei denkbar, dass die Gerichte § 244 Absatz 2 StPO als wirksames Korrektiv gegen eine übermäßige Verwendung von Surrogaten einsetzen würden und im Ergebnis dennoch die meisten Zeugen unmittelbar in der Hauptverhandlung vernommen werden würden. Allerdings bleibe zu befürchten, dass – ähnlich wie es bei § 76 Absatz 2 GVG a.F. geschehen sei – bald ein gewisser sozialer Druck unter Kollegen etc. dahingehend aufgebaut würde, unter Effizienzgesichtspunkte vermehrt auf Surro-

gate zurückzugreifen. Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Verständigung klargestellt, dass es zur Überprüfung eines Geständnisses im Rahmen einer Verständigung vor dem Hintergrund des § 244 Absatz 2 StPO nicht genüge, lediglich auf die Verfahrensakten zurückzugreifen. Diese inzidente Bewertung der Beweissammlung im Ermittlungsverfahren lasse sich auch für das Thema „Transfer von Surrogaten in die Hauptverhandlung“ fruchtbar machen. Insgesamt lehne er daher eine Einschränkung des § 261 StPO, wie sie durch den AE-Beweisaufnahme vorgesehen sei, ab. Eine moderate Öffnung des Transfers halte er für durchaus denkbar. § 251 StPO biete insoweit schließlich schon jetzt konsensuale Möglichkeiten für die Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes. Regle man eine Einwendungsobliegenheit des Angeschuldigten im Zwischenverfahren, so könne man dem Angeschuldigten beispielsweise auch aufgeben, im Rahmen der Schutzschrift Angaben zu seiner Zustimmungsbereitschaft gem. § 251 StPO zu machen.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** erinnerte an die geläufige Metapher, die Herrn Prof. Dr. Dr. hc. mult. Roxin zugeschrieben werde, wonach das Strafprozessrecht als »Seismograph der Staatsverfassung« gelte. Kein Rechtsbereich komme einer Kulturleistung so nahe wie das Strafrecht. Um diesem Anspruch gerecht zu werden, müsse jedoch die öffentliche Hauptverhandlung als Ort der Wertestabilisierung und Bewusstseins-schaffung erhalten bleiben. Der Strafzweck positiver Generalprävention könne andernfalls nicht eingelöst werden. Gleichzeitig habe die Öffentlichkeit eine kontrollierende und disziplinierende Funktion für das Verfahren. Die Technokratisierung der Hauptverhandlung, wie sie der AE-Beweisaufnahme vorsehe, gebe dieser etwas Bruchstückhaftes. Je stärker verschriftlicht und versteckt werde, umso größer sei der gesellschaftliche Verlust. Diesen sollten wir uns nach Ansicht von Herrn Prof. Dr. Rönnau nicht erlauben.

Herr Prof. Dr. **Esser** stimmte seinem Vorredner darin zu, dass der Strafprozess ein Kulturgut darstelle. Da der Öffentlichkeitsgrundsatz und das Konfrontationsrecht auch konventionsrechtlich abgesichert seien (Art. 6 Absatz 1 Satz 1, Absatz 3 lit. d) EMRK), müsse untersucht werden, wie viel aus der Hauptverhandlung herausgenommen und durch Surrogate ersetzt werden könne. Zu diesem Thema gebe es wenig Judikatur, da bis dato keine entsprechende Rüge den EGMR erreicht habe. Solange der Angeklagte jedoch nicht freiwillig auf sein Recht verzichte, bedürfe die Einführung eines Surrogats für ein wesentliches Beweismittel der

Rechtfertigung. Diese könne beispielsweise darin gefunden werden, dass der Zeuge durch die Tat traumatisiert sei und keiner erneuten Konfrontation mit dem Täter ausgesetzt werden solle. Allein der Gesichtspunkte der Effizienz werde schwerlich eine Rechtfertigung dafür bilden können, dass ein wesentliches Beweismittel durch ein im Ermittlungsverfahren aufgezeichnetes Surrogat ersetzt werde. Zur Rechtfertigung des Rechtseingriffs bedürfe es eines sachlichen Grundes. Zwar habe der Angeklagte nach der Konzeption des AE-Beweisaufnahme die Möglichkeit, die unmittelbare Vernehmung im Wege des Beweisantrags zu erzwingen. Da dieses Instrument bei unverteidigten Angeklagten jedoch allein mit Hilfe der richterlichen Fürsorge wirksam ausgeübt werden könne, sei fraglich, ob dies genüge.

Herr Prof. Dr. **Radtke** fragte, ob dies bedeute, dass die Hauptverhandlung nach französischem oder niederländischem Vorbild konventionswidrig sei.

Herr Prof. Dr. **Esser** wies darauf hin, dass bisher keine entsprechende Rüge in Straßburg verhandelt worden sei. Er halte aber an seiner obigen Einschätzung fest.

Herr Dr. **König** bat darum zu erklären, warum bereits die Einführung eines Surrogats in die Hauptverhandlung eine Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes bedeute.

Herr Prof. Dr. **Esser** führte daraufhin aus, dass nach dem Bild der EMRK die Vernehmung in der öffentlichen Hauptverhandlung als optimaler Zustand angesehen werde. Alle hiervon abweichenden Regelungen seien rechtfertigungsbedürftig.

Herr Dr. **Krauß** schloss sich seinen Vorrednern Herrn Dr. Isak und Herrn Wenske an. Er halte die vorgeschlagene Lösung über das Beweisantragsrecht vor dem Hintergrund, dass weniger als 1 % aller Rügen im Bereich des Beweisantragsrechts erfolgreich seien, für wenig praxistauglich. Schon heute finde in manchen Verfahren eine starke Einschränkung des Öffentlichkeitsgrundsatzes durch weitgehende Nutzung des Selbstleseverfahrens statt. Die Einführung eines Selbstsehverfahrens würde diesen Trend noch verstärken.

Herr Dr. **König** räumte ein, dass es zuweilen auch Aufgabe des Verteidigers sei, den Angeklagten vor der Öffentlichkeit zu schützen. Dennoch sei er ebenfalls der Meinung, dass die Argumente, die den Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts zur Ausgestaltung eines öffentlichen Strafverfahrens bewogen hätten, auch heute noch Geltung beanspruchen würden. Die Öffentlichkeit diene einerseits als Kontrollinstanz. Andererseits bleibe der Gerichtssaal »Hörsaal des Bürgers« und diene zur Rechtserziehung. Indes erscheine ihm die Einschränkung der Öffentlichkeit durch die Einführung von Surrogaten in die Hauptverhandlung als nicht so erheblich. Als problematisch empfinde er in diesem Zusammenhang vielmehr die Ausweitung des Selbstleseverfahrens auf ein Selbstsehverfahren. Er habe die bisherige Diskussion jedoch dahingehend verstanden, dass hinsichtlich einer ablehnenden Haltung gegenüber der Einführung eines Selbstsehverfahrens weitgehend Konsens bestehe. Ihm sei der Gedanke des AE-Beweisaufnahme sympathisch, über die Transfermöglichkeit in die Hauptverhandlung einen Anreiz dahingehend zu schaffen, im Ermittlungsverfahren mehr Gebrauch von der Möglichkeit der audio-visuellen Vernehmungsaufzeichnung zu machen. Er befürworte eine Zustimmungslösung für die Einführung der Surrogate in die Hauptverhandlung. Erwägenswert erscheine ihm auch der Vorschlag von Herrn Dr. Mutzbauer, die Surrogate zusätzlich zur unmittelbaren Vernehmung in die Hauptverhandlung einzuführen und damit ein »Mehr« an Entscheidungsgrundlage zu schaffen.

Frau Prof. Dr. **Swoboda** beurteilte den AE-Beweisaufnahme insgesamt positiv. Ihrer Meinung nach werde er in der Kommission zu negativ bewertet. Ihr gefalle die potentielle Hebelwirkung, die hiervon für das Ermittlungsverfahren ausgehen könne: Es werde ein Anreiz gesetzt, das Ermittlungsverfahren in einer partizipatorischen Weise auszugestalten (Konfrontationsrecht, Anwesenheit des Verteidigers), um später den Transfer durchführen zu können. Allerdings müsse § 250 Absatz 1 StPO-E vorsichtiger formuliert werden: Ihr gefalle die Benennung der Erzwingungsmöglichkeit als Beweisantragsrecht nicht. Vor allem aber wünsche sie sich einen neuen Satz 1, der dem jetzigen Satz 1 vorgeschaltet werde und den Inhalt habe, dass ein Zeuge grundsätzlich unmittelbar in der Hauptverhandlung zu vernehmen sei. Die Rangfolge in § 251 Absatz 1 StPO-AE entspreche ihrer Bewertung der dort genannten Beweissurrogate. Mit Blick auf das Argument der überbordenden Kosten für das technische Equipment frage sie sich, ob die Polizei die notwendige Ausrüstung für audio-visuelle Ver-

nehmungen nicht längst schon über ihre Funktion im Rahmen der Gefahrenabwehr erhalten habe.

Herr **Caspari** verdeutlichte, dass die verpflichtende Rangfolge des § 251 Absatz 1 StPO-AE insoweit ein Novum für das Beweisrecht sei, als hierin eine Reihenfolge innerhalb der verschiedenen Sachbeweise geregelt werde. Den von ihm vorgetragene Vorschlag zur Änderung von § 256 Absatz 1 Nr. 5 StPO wolle er zurückstellen, da es insoweit offensichtlich unterschiedliche Ansichten hinsichtlich der Auslegung der aktuellen Rechtslage gebe. Im Hinblick auf eine Erweiterung des § 256 Absatz 1 Nr. 2 StPO sei die Kritik von Herrn Wenske jedoch nicht stichhaltig. Schließlich habe der Gesetzgeber in den anderen Nummern des § 256 StPO auch keinen Bezug zum konkret angeklagten Tatvorwurf hergestellt.

### c) Zusammenfassung

Abschließend fasst Frau **Graf-Schlicker** die Diskussion zusammen. Es gebe viele kritische Stimmen zum AE-Beweisaufnahme. In der jetzigen Fassung werde er voraussichtlich keine Zustimmung erhalten. Allerdings seien verschiedentlich Überlegungen vorgetragen worden, bestimmte Elemente des Entwurfs aufzugreifen und umzusetzen. Vor allem sollte ein Mittel gefunden werden, um audio-visuelle Vernehmungsaufzeichnungen aus dem Ermittlungsverfahren vermehrt in die Hauptverhandlung einbinden zu können und damit einen stärkeren Anreiz für die Berücksichtigung dieses Werkzeugs im Ermittlungsverfahren zu setzen.

## 1. Transparenz in der Hauptverhandlung

### a) Gutachten

Herr Prof. Dr. **Rönnau** stellte sein Gutachten zum Thema „Transparenz in der Hauptverhandlung (Offenlegung der vorläufigen Beweiswürdigung des Gerichts / kommunikative Verhandlungsführung)“ vor. Beim Thema „Transparenz“ handle es sich um einen schillernden Begriff, der in Gestalt der Frage, ob das Gericht eine Offenlegung seiner vorläufigen Bewertungen betreiben müsse bzw. solle, bereits geraume Zeit diskutiert werde. Ende der 50er und in den 60er Jahren sei diese Frage unter dem Gesichtspunkt des verfassungsrechtlich verbürgten Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 Absatz 1 GG) erörtert worden. Adolf Arndt und Prof. Dr. Hans Dachs hätten damals versucht, auf dieser Grundlage die Verpflichtung des Gerichts zu einem Rechtsgespräch herzuleiten. Abgesehen von der Leitentscheidung BGHSt 43, 212ff. zu diesem Thema, die 1997 ergangen sei und das Bestehen einer entsprechenden Bescheidungspflicht verneint habe, sei es danach lange ruhig gewesen. Erst mit Einführung des Verständigungsgesetzes und der damit verbundenen Anregung einer neuen Kommunikationskultur habe der Gesetzgeber die Diskussion im Jahre 2009 wieder angestoßen. Dieser positiven Bewertung eines kommunikativen Verhandlungsstils habe sich das BVerfG in seiner Entscheidung zum Verständigungsgesetz grundsätzlich angeschlossen. Stelle man sich jedoch die Frage, ob ein kommunikativer Verhandlungsstil dem Gericht *de lege lata* nicht nur erlaubt, sondern ein solcher vielmehr zwingend geboten sei, so müsse dies trotz eines entsprechenden Informationsinteresses von Seiten der Verteidigung verneint werden. Die Regelungen zur Verständigung seien als „Kann“-Vorschriften ausgestaltet und auch aus Art. 103 Absatz 1 GG bzw. dem fair-trial-Gedanken der EMRK könne eine entsprechende Pflicht zur Kommunikation nicht abgeleitet werden. Die Entscheidung des BGH in dieser Sache (BGHSt 43, 212) deutet darauf hin, dass der BGH Angst vor der Ausbildung eines gesonderten Zwischenverfahrens in der Hauptverhandlung habe, welches § 261 StPO einschränke, und gleichzeitig bei vorläufigen Festlegungen den vermehrten Vorwurf der Befangenheit befürchte. *De lege ferenda* habe Schünemann schon 1978 einen Reformansatz befürwortet, wonach der Vorsitzende nach jeder Beweiserhebung den wesentlichen Inhalt des Beweisergebnisses ins Protokoll diktieren müsse und anschließend den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit gegeben werde, über diese Einschätzung mit dem Gericht zu verhandeln. Der Strafrechtsausschuss des DAV habe 2006 eine Ergänzung von § 257 Absatz 2 StPO um einen neuen Satz 2 vorgeschlagen. Darin habe man eine Hinweispflicht des Gerichts bei abweichender

Beurteilung der Beweis- oder Rechtslage statuieren wollen. 2008 sei in Rahmen einer Dissertation von Dr. Wachsmuth zu diesem Thema ein weiterer Vorschlag unterbreitet worden, wonach § 257b StPO um einen Absatz 2 zu ergänzen sei. Dieser Regelungsentwurf habe vorgesehen, dem Angeklagten auf Antrag das Recht zu einer Erörterung zu gewährleisten, soweit sich eine vorläufige Überzeugung des Gerichts bereits abzeichne. Keiner dieser Vorschläge sei indes überzeugend. Kernargument für die Normierung einer Hinweis- oder Erörterungspflicht des Gerichts sei insbesondere die Förderung der Qualität der Wahrheitsfindung. Etwaigen Fehleinschätzungen oder Missverständnissen auf Seiten des Gerichts könne durch die Verteidigung und die Staatsanwaltschaft gezielter entgegengetreten werden. Ferner werde von den Befürwortern angeführt, dass nur ein Modell zweiseitiger Kommunikation auf Augenhöhe der Subjektqualität des Beschuldigten gerecht werde. Daneben argumentiere man mit verfahrensökonomischen Gesichtspunkten. Man erspare der Verteidigung den Umweg über das Beweisantragsrecht. Das Gericht könne die Verhandlung zudem stärker auf die entscheidungserheblichen Fragen konzentrieren und so das Verfahren insgesamt straffen. Außerdem lasse sich nach Ansicht vieler ein Erst-Recht-Schluss aus § 139 ZPO ableiten. Kritiker würden diesen Argumenten entgegenhalten, dass Diskussionen über einzelne Beweisergebnisse das Verfahren unnötig in die Länge ziehen würden und damit der Prozessökonomie nicht gedient sei. Weiterhin werde befürchtet, dass das Verfahren bei Eröffnung entsprechender Rechte des Angeklagten anfällig für missbräuchliches Verhalten werde. Ablehnende Stimmen würden zudem § 261 StPO in Felde führen. Statuiere man eine Offenlegungspflicht, so finde durch diese Zwischenwürdigung eine Zäsur in der Aufbereitung der Sachlage statt. Die Äußerung einer vorläufigen Einschätzung verfestige diese und mache sie nur mehr schwer revidierbar. Das Gericht schaffe einen Vertrauenstatbestand und binde sich auf diese Weise selbst. Dadurch werde der Erkenntnisprozess aktuellen Zuschnitts, der sich als dynamischer Prozess richterlicher Entscheidungsfindung darstelle, nachhaltig verändert. Es finde eine erhebliche Einbuße an richterlicher Flexibilität statt. Im schlimmsten Fall drohe ein ständiger Kreislauf aus Beweiserhebung, Zwischenberatung und erneuter Unterrichtung. Auch wenn das grundsätzliche Bedürfnis der Verteidigung nach umfänglicher Information durchaus aner kennenswert sei, bereite die konkrete Ausformulierung einer interessengerechten Regelung doch größte Schwierigkeiten. Der Regelungswortlaut, den Dr. Wachsmuth vorschläge, kranke an der Verwendung widersprüchlicher Begrifflichkeiten („vorläufige Überzeugung“) und lasse offen, wann die Erörterungspflicht konkret ausgelöst werde („sich abzeichnet“). Zudem finde sich keine Aussage zu der Frage, ob jeder von mehreren Ange-

klagten das Recht zur Antragstellung gesondert geltend machen könne. Auch beim Regelungsentwurf des DAV bleibe unklar, wann genau die Hinweispflicht eingreifen solle: Der Begriff der „deutlichen Abweichung“ sei sehr dehnbar. Zudem müsse man erwägen, ob es wirklich genüge, eine Hinweispflicht lediglich bei erkannter deutlicher Abweichung zu statuieren, oder ob nicht vielmehr bereits die Erkennbarkeit der deutlichen Abweichung eine entsprechende Pflicht auslösen müsse. Das Spannungsverhältnis zwischen gerichtlicher Fürsorgepflicht und Eigenverantwortung der Verteidigung würde bei einer derart weit verstandenen Handlungspflicht allerdings zu Lasten des Gerichts aufgelöst. Bei Kollegialgerichten ergebe sich die zusätzliche Problematik, dass die Frage der deutlichen Abweichung nur im Rahmen einer Zwischenberatung geklärt werden könnte. Im Extremfall müsste sich das Gericht nach jeder Stellungnahme zur Beratung zurückziehen („Richterballett“). Eben dieser Einwand gelte auch im Hinblick auf die 1. Stufe des abgestuften Regelungsvorschlags von Herrn Dr. König (Hinweispflicht gem. § 257 Absatz 2 Satz 2 StPO-E, Gutachten Dr. König, S. 11). Die 2. Stufe (Erörterungspflicht gem. § 257b Absatz 2 StPO-E, Gutachten Dr. König, S. 12) lasse offen, welchen Inhalt die verpflichtende Erörterung haben solle. Zudem sei fraglich, ob das Gericht nicht auch ohne Antrag des Angeklagten oder seines Verteidigers verpflichtet sein soll, eine vorläufige Bewertung abzugeben, wenn es zu einer solchen bereits gelangt ist.

Herr Prof. Dr. Rönnau fasste sein Gutachten dahingehend zusammen, dass er sehr skeptisch sei, ob es gelingen könne, eine für alle Beteiligten interessengerechte Ausgestaltung einer gerichtlichen Offenbarungspflicht zu formulieren. Es erscheine ihm allenfalls denkbar, eine Hinweispflicht am Ende des Beweisprogramms vor den Schlussplädoyers vorzusehen.

Sodann machte Herr Dr. **Krauß** Ausführungen zu dem von ihm vorgelegten Gutachten zur Videodokumentation der Hauptverhandlung. Die entscheidende Frage müsse insoweit sein, ob die neue Dokumentationstechnik dazu führe, dass dem materiellen Schuldprinzip im Strafverfahren besser zur Durchsetzung verholfen werde. Die Forderung, die Dokumentation der Hauptverhandlung zu verbessern, bestehe schon geraume Zeit. Eine systemische Kritik an der derzeitigen Rechtslage wende sich gegen die gesetzgeberische Entscheidung für ein Formalprotokoll, welches insbesondere den Inhalt der Beweisaufnahme nicht dokumentiere. Dies könne zur Folge haben, dass sich die Urteilsfeststellungen weit von der Wahrnehmung der Beweisaufnahme durch die Verteidigung entfernten („falscher Film“). Dieser Problematik komme besondere Brisanz zu, da fehlerhaft zustande gekommene trichterliche Feststel-

lungen wegen der fehlenden Dokumentation der Beweisergebnisse im Rahmen einer Revision nicht angegriffen werden könnten. Die Revisionsgerichte seien vor diesem Hintergrund zunehmend bestrebt, über eine Ausweitung der Darstellungsrüge der materiellen Gerechtigkeit Vorschub zu leisten. Sie führten auf diese Weise verdeckt eine eigene trichterliche Würdigung durch. Weiterhin werde kritisiert, dass das Hauptverhandlungsprotokoll in seiner aktuellen Form dem Anspruch der positiven wie negativen Beweiskraft in heutigen Strafverfahren nicht mehr gerecht werden könne. Hauptverhandlungen seien jetzt länger, komplexer und umfassten mehr dokumentationspflichtige wesentliche Förmlichkeiten als zum Zeitpunkt der Schaffung der RStPO Ende des 19. Jahrhunderts. Das schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll erweise sich vor diesem veränderten Hintergrund als sehr fehleranfällig.

Nach dem Reformvorschlag des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer aus dem Jahre 2010 solle die erstinstanzliche Hauptverhandlung vor dem LG und OLG per Videoprotokoll dokumentiert werden. Eine Verschriftlichung erfolge nicht. Stattdessen werde daneben am schriftlichen Protokoll aktuellen Zuschnitts festgehalten, welchem weiterhin die Beweiskraft des § 274 StPO zukomme. Durch Rückgriff auf das Videoprotokoll bestehe die Möglichkeit der Protokollberichtigung (§ 273a StPO-E). Das Videoprotokoll dürfe ausschließlich zur Begründung von Verfahrensrügen herangezogen werden (§ 352 Absatz 1 Satz 2 StPO-E). Zweifellos gehe mit Einführung des Videoprotokolls eine verbesserte Dokumentation der Hauptverhandlung einher, da einer Videoaufnahme aufgrund der detailgetreuen Abbildung der Hauptverhandlung ein größerer Beweiswert zukomme. Darin liege jedoch zugleich eine Schwachstelle: Die fehlende Verdichtung führe insbesondere bei langen Hauptverhandlungen zu einer nicht zu bewältigenden Stofffülle. Ob eine – überdies aus praktischen Gründen sehr aufwendige – Verschriftlichung insoweit Abhilfe schaffen könne, sei zweifelhaft, da die Transkription nicht weniger umfangreich und unübersichtlich sein werde. Als problematisch stufe er zudem das Verhältnis des Videoprotokolls zum Formalprotokoll ein. Ein Einsparungseffekt lasse sich insoweit nicht erzielen. Entweder müsse das schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll – wie im BRAK-Entwurf – zusätzlich geführt werden oder es bedürfe eines nicht weniger aufwendigen Verzeichnisses, an welcher Stelle welcher Vorgang auf dem Video zu finden sei. Werde an der Beweiskraft des schriftlichen Protokolls festgehalten, aber gleichzeitig die Korrekturmöglichkeit über den Videobeweis eröffnet, so stehe ferner zu befürchten, dass von der absoluten Beweiskraft des schriftlichen Protokolls de facto nicht allzu viel übrig bleibe. Schließlich werde das Videoprotokoll doch sehr wahrscheinlich auch im Rahmen der Revision zum Nachweis der offensichtlichen Unrichtig-

keit des Formalprotokolls zugelassen werden müssen. Damit fände jedoch in der Revision eben diejenige Beweiserhebung über Verfahrensvorgänge der Vorinstanz statt, die von der absoluten Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls eigentlich verhindert werden sollte. Weiterhin sei nicht zu bestreiten, dass die audio-visuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung suggestive Wirkung auf dort vernommene Zeugen haben werde. Insoweit erscheine sowohl ein disziplinierender als auch ein einschüchternder oder anspornender Einfluss auf das Aussageverhalten möglich. Die detaillierte Konservierung des Inhalts der Hauptverhandlung intensiviere darüber hinaus bestehende Missbrauchsgefahren.

Herr Dr. Krauß hob hervor, dass die Videodokumentation der Hauptverhandlung insbesondere einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Absatz 1 i.V.m. Artikel 1 Absatz 1 GG) der Verfahrensbeteiligten darstelle. Dieser sei aufgrund der Detailtreue der Abbildung deutlich tiefgreifender als bei einem schriftlichen Hauptverhandlungsprotokoll („mimische Lügenerkennung“). Zwar werde das Recht am eigenen Bild und Wort nicht schrankenlos garantiert. Es entspreche auch der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Strafverfolgung, d.h. die Suche nach der materiellen Wahrheit, ein hohes Schutzgut darstelle, welches im Rahmen einer Interessenabwägung einen entsprechenden Eingriff rechtfertigen könne. Allerdings ergäbe sich bei genauerer Betrachtung eine Reihe von Folgeproblemen. Zum einen bedürfe es spezifischer Verwendungsregeln für andere Strafverfahren und Zivilverfahren. Ferner sei fraglich, in welcher Form man das Akteneinsichtsrecht interessengerecht ausgestalten könne, ob also ausschließlich die Einsicht des Videos auf der Geschäftsstelle zugelassen werde oder ob der Angeklagte einen Anspruch auf Vervielfältigung habe. Auch eine § 58a Absatz 3 StPO vergleichbare Regelung sei denkbar.

Der neuralgische Punkt im Rahmen der vorliegenden Problematik sei jedoch, welche Auswirkungen die Einführung eines Videoprotokolls auf das Revisionsverfahren haben werde. Schließlich handle es sich um eine Weichenstellung, die die überkommene Struktur des Revisionsverfahrens als einem formalisierten Rechtsmittelverfahren der reinen Rechtskontrolle angreifen könne. Er bezweifle, ob es genüge, die Heranziehung des Videoprotokolls auf die Begründung von Verfahrensrügen zu beschränken (§ 352 Absatz 1 Satz 2 StPO-E), um das Rekonstruktionsverbot zu wahren. Aufklärungs- und Inbegriffsrüge seien schließlich auch Verfahrensrügen, die jedoch im Extremfall dazu führen könnten, dass das Revisionsgericht das vollständige Videoprotokoll der Hauptverhandlung ansehen und bewerten müsse. Zudem gelte es, eine mögliche spätere Heilung eines Verfahrensfehlers oder sonstige Vorgän-

ge, die der Revision den Boden entziehen könnten, positiv auszuschließen. Dies führe nicht nur zu einem deutlich ressourcenintensiveren Verfahren als bisher, das die Leistungsfähigkeit der BGH-Senate deutlich übersteigen würde. Da ein Video auch nonverbale Vorgänge festhalte, werde das Revisionsgericht ferner zu einer quasi-tatrichterlichen Kontrolle gezwungen. Es liege weiterhin nahe, dass ein Revisionsgericht, welches über ein Videoprotokoll Kenntnis von einer fehlerhaften Feststellung oder Beweiswürdigung erhalte, nicht die Augen hiervor verschließen würde, sondern – der ohnehin aktuellen Tendenz entsprechend – über die Darstellungsrüge direkten Zugriff auf die tatrichterlichen Feststellungen nehmen würde. Eine Lösung des dargelegten Dilemmas könne er nicht anbieten. Das revisionsrechtliche Rekonstruktionsverbot sei das zentrale Problem im Zusammenhang mit der Thematik des Videoprotokolls.

----- 2. Sitzungstag – 13. Januar 2015 -----

Herr Dr. **König** stellte das von ihm erarbeitete Diskussionspapier zur Transparenz der Hauptverhandlung vor. Ganz allgemein gelte, dass Verteidiger und Angeklagte erst dann in die Lage versetzt würden, alle für eine effektive Verteidigung beachtlichen Argumente vorzubringen, wenn sie frühzeitig während der Beweisaufnahme über die gerichtliche Rezeption derselben informiert würden. Die Möglichkeit des Gerichts, entsprechende Hinweise zu geben, existiere zwar. Eine dahingehende Verpflichtung sei vom Gesetzgeber jedoch nicht normiert worden und auch der BGH erkenne eine entsprechende Obligation nur ausnahmsweise unter sehr engen Voraussetzungen an. Gleichzeitig gehe das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Verständigungsgesetz davon aus, dass eine kommunikative Verhandlungsführung eine Selbstverständlichkeit des modernen Strafprozesses darstelle – jedoch ohne zu erläutern, was hierunter konkret zu verstehen sei. Es stelle sich die Frage, ob die Vorstellung von offenem Verhandeln als wesentlichem Element einer wünschenswerten Streitkultur, wie sie 1997 in einer gemeinsamen Erklärung des Deutschen Richterbundes und des Deutschen Anwaltsvereins formuliert worden sei (AnwBl. 1997, 664 f; Gutachten Dr. König, S. 3 f.), so in der StPO implementiert werden könne, dass ein entsprechendes Procedere auch in der Praxis umgesetzt werde. In der Praxis sei es vielfach bereits üblich, in umfangreichen Verfahren nach Verlesung der Anklage von Seiten der Verteidigung ein sog. opening statement abzugeben. Eine entsprechende Eröffnungserklärung trage zur Effektivierung der Hauptverhandlung bei, da sie die Schwerpunkte der Verteidigungsüberlegungen offenlege und auf diese Weise ein gezieltes Verhandeln der Streitpunkte ermögliche. Da bisher kein Anspruch der Verteidigung darauf bestehe, sich im Wege eines opening statements zur Anklage zu erklären, schlage er eine diesbezügliche Ergänzung von § 243 Absatz 3 StPO vor. Zudem sei es sinnvoll, dass das Gericht in Form eines Sach(stands)berichts seine vorläufige Bewertung der erhobenen Vorwürfe und des bestehenden Beweisbedarfs offenlege (§ 243 Absatz 4 Satz 3 StPO-E). Die Begründung eines unmittelbar erzwingbaren Anspruchs des Angeklagten auf Offenlegung vorläufiger Bewertungen durch das Gericht sei im Strafrechtsausschuss des DAV nicht unumstritten, da ein solches Recht die Gefahr einer voreiligen Festlegung des Gerichts berge und ggf. eine Entwicklung der Bewertung zu Gunsten des Angeklagten ausschließen könne. Vorzugswürdig sei ein abgestuftes System. Einerseits solle das Gericht verpflichtet sein, einen Hinweis zu erteilen, wenn die Beurteilung der Beweis- oder

Rechtsslage durch die Verteidigung deutlich von der eigenen gerichtlichen Einschätzung abweiche (§ 257 Absatz 2 Satz 2 StPO-E). Andererseits müsse das Recht des Angeklagten auf Transparenz gestärkt werden, indem er einen Anspruch auf Erörterung erhalte (§ 257b Absatz 2 StPO-E). Der Regelungsvorschlag könne nicht alle Probleme, die in diesem Zusammenhang bestünden, umfassend lösen. Er liefere beispielsweise keine Antwort auf die Frage, was geschehe, wenn das Gericht lange Zeit noch keine Vorstellung von der eigenen Beurteilung der Beweis- oder Rechtsslage habe. Eruiert werden müsse, bis zu welchem Zeitpunkt ein Hinweis spätestens zu ergehen habe. Es sei wohl nicht zu fordern, dass dies direkt im Anschluss an die Erklärung der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung geschehen müsse, vielleicht aber bis zum Ende der Beweisaufnahme. Der Anspruch des Angeklagten auf ein Rechtsgespräch im Sinne von § 257b Absatz 2 StPO-E bleibe zwar eine »weiche« Norm; sie stelle jedoch immer noch eine Verbesserung zur jetzigen Rechtsslage dar. Angesichts der unübersichtlichen Kasuistik zu § 265 StPO sei es ferner geboten, eine eindeutige Regelung der Hinweispflicht bei Änderung der tatsächlichen Umstände zu schaffen (§ 265 Absatz 2a StPO-E). Gleichzeitig solle in § 265 StPO-E die Verpflichtung des Gerichts aufgenommen werden, darauf hinzuweisen, wenn es von einer bereits dargelegten vorläufigen Bewertung abweichen wolle. Zum Thema „Wortprotokoll / audio-visuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung“ wolle er zunächst im Anschluss an die Ausführungen von Herrn Dr. Krauß darauf hinweisen, dass auch eine entsprechend detaillierte Dokumentation der Hauptverhandlung ein offenes Prozedieren befördere, indem es dazu beitrage, Meinungsverschiedenheiten der am Verfahren Beteiligten hinsichtlich des Wortlauts von Zeugenaussagen oder der Äußerung von Sachverständigen auszuräumen. Vor diesem Hintergrund sei eine Regelung der audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung fast schon zwingend erforderlich. Das Formalprotokoll sei nicht mehr zeitgemäß und allenfalls ein „Schutzwall für die heilige Revision“. Die Aufzeichnung sei auch im Rahmen der Beratung des Tatgerichts selbst hilfreich, wenn zwischen den Richtern Differenzen über das Ergebnis einer Beweisaufnahme bestünden. Herr Dr. König erklärte, er unterstütze daher den Vorschlag des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer aus dem Jahre 2010 (BRAK-Stellungnahme 1/2010; §§ 273, 273a, 352 Absatz 1 StPO-E, Gutachten Dr. König, S. 17 f.). Die von Herrn Dr. Krauß geäußerten Bedenken hinsichtlich einer Lockerung des Rekonstruktionsverbotes seien nachvollziehbar. Mit Hilfe der Aufklärungs- und der Inbegriffsrüge ließe sich selbst bei Begrenzung der Nutzungsmöglichkeit auf Verfahrensrügen ein breites Feld für die Einführung der Dokumentation in das Revisionsverfahren eröffnen. Entsprechende Problemfelder seien je-

doch eingrenzbar und ließen Raum für eine Gegensteuerung. Einer umfänglichen Überlastung des BGH müsse dadurch vorgebeugt werden, dass es der Verteidigung im Rahmen der Begründung obliege, die genaue Fundstelle auf dem Video anzugeben. Ferner solle zur Entlastung beitragen, dass die Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft gem. § 347 Absatz 1 Satz 2 StPO inhaltlich aufgewertet werde. Selbst wenn man aber zu dem Ergebnis gelange, dass eine Nutzung des Videoprotokolls zur Begründung der Revision vollständig ausgeschlossen werden müsse, um die grundlegende Struktur der Revision nicht zu gefährden, sei eine audio-visuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung allein für die Verwendung im Rahmen der Hauptverhandlung sinnvoll. Die Problematik des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht habe Herr Dr. Krauß zutreffend dargestellt. Das Erfordernis einer zuverlässigen Grundlage für die Wahrheitsfindung lasse das Persönlichkeitsrecht zurücktreten. Der Transfer der Aufzeichnung in andere Verfahren müsse im Detail diskutiert werden. Die Frage eines Tat- oder Schuldinterlokuts beziehe sich auf den Gedanken einer formellen Zweiteilung der Hauptverhandlung. Besondere Beachtung habe insoweit der Alternativ-Entwurf „Novelle zur Strafprozessordnung – Reform der Hauptverhandlung“ (AE-StPO HV) aus dem Jahre 1985 gefunden. Hierin sei das Modell eines Tatinterlokuts enthalten, das auf der strikten Trennung zwischen der Verhandlung über die Tatfeststellung und der Verhandlung über die Rechtsfolgen basiere. Diese früher populäre Konzeption sei heute etwas in Vergessenheit geraten. Im StPO-Lehrbuch *Roxin/Schünemann* werde diese Entwicklung darauf zurückgeführt, dass spezialpräventive Gesichtspunkte im Rahmen der Strafzumessung heute kaum noch eine Rolle spielten. Gerade dieser Zusammenhang spreche jedoch für eine Wiederbelebung der Rechtsfigur. Verteidiger befänden sich häufig in dem Dilemma, dass (Hilfs-)Anträge, die für die Strafzumessung relevant seien, eine Freispruchverteidigung unterminieren würden. Die Einführung eines Tatinterlokuts würde dazu führen, dass die Verteidigung sich im ersten Teil der Hauptverhandlung allein auf das Ziel eines Freispruchs konzentrieren könne, da Fragen der Strafzumessung bei Scheitern dieses Vorhabens ohnedies im zweiten Teil der Hauptverhandlung zur Sprache kämen. Neben der Problematik, dass eine formelle Zweiteilung der Hauptverhandlung unter Umständen eine Doppelung der Beweisaufnahme auslösen könnte, müsse insbesondere untersucht werden, welche Rechtswirkungen dem Zwischenbescheid zukommen sollten. Zu denken wäre beispielsweise an eine Anfechtungsmöglichkeit, die dem Wiederaufnahmerecht nachempfunden sei. Herr Dr. König erklärte, er rege eine nachhaltige Beschäftigung mit diesem Thema an.

Herr **Wenske** ergänzte die Gutachten zum Thema „Transparenz in der Hauptverhandlung“ um Erwägungen aus Praktikersicht. Er stimme Herrn Prof. Dr. Rönnau in der Einschätzung zu, dass eine Rechtspflicht des Gerichts zur Kommunikation grundsätzlich nicht bestehe, sich insbesondere nicht aus der Verfassung ableiten lasse. Die gegenläufige Konzeption in § 139 Absatz 2 ZPO sei der strukturellen Verschiedenheit von Zivil- und Strafprozess geschuldet. Im Zivilprozess sei eine weitergehende Hinweispflicht vor dem Hintergrund des dort geltenden Beibringungsgrundsatzes erforderlich, um dem Zivilgericht eine entsprechende Einwirkungsmöglichkeit auf die Parteien zu eröffnen. Nur in wenigen Ausnahmefällen könne ein Strafgericht daher zur Kommunikation gezwungen sein; dies sei beispielsweise der Fall, wenn es mit einzelnen Verfahrensbeteiligten Erörterungen führe, mit anderen aber nicht. Insoweit stehe mit § 24 Absatz 2 StPO jedoch eine hinreichende Korrekturmöglichkeit zur Verfügung. Er plädiere dafür, der neuen Regelung des § 257b StPO erst einmal Raum zu geben. Diese habe noch keine Gelegenheit gehabt, in der Praxis anzukommen und sich dort zu bewähren. Eine abstrakte Regelung zur verpflichtenden Kommunikation setze sich darüber hinweg, dass die Verhandlungsführung stark von der individuellen Persönlichkeit des Richters geprägt werde, der letztlich auch darauf angewiesen sei, auf einen verständigen Gesprächspartner zu treffen. Die Forderung von Seiten der Verteidigung nach Einräumung der Gelegenheit zu einem opening statement als Replik auf die Anklage könne er gut nachvollziehen. Allerdings halte er den Zeitpunkt für falsch gewählt, wenn man hiermit nicht nur die Meinungsbildung in der Öffentlichkeit, sondern auch die des Gerichts beeinflussen wolle. Um wirklich Einfluss auf das gerichtliche Beweisprogramm zu nehmen, müssten entsprechende Argumente bereits in einer Schutzschrift im Zwischenverfahren vorgetragen werden. Die Regelung einer Hinweispflicht, die über dasjenige hinausgehe, was nach § 265 StPO geboten sei, lehne er ab. Eine entsprechende »Zwischenfestlegung« lasse eine Zuspitzung der ohnehin im Strafverfahren virulenten Problematik des Perseveranzeffekts befürchten. Wenn das Gericht seine Bewertung innerhalb des Verfahrens mehrfach ändere und jedes Mal gezwungen sei, dies kundzutun, müsse seine Wankelmütigkeit einen verheerenden Eindruck auf Verfahrensbeteiligte und Öffentlichkeit machen. Falls man also eine derartige Regelung ins Auge fassen wolle, so sei ein gebündelter Zeitpunkt vorzugswürdig. Im Anschluss an Herrn Prof. Dr. Rönnau könne dies der Abschluss der Beweisaufnahme sein. Ob ein „vorgezogener Schuldspruch“ an dieser Stelle des Verfahrens jedoch wirklich für die Verteidigung von Vorteil sei, erscheine ihm zweifelhaft. Auch aus revisionsrechtlicher Sicht müsse es einen Zeitpunkt geben, an dem das Gericht spätestens angehalten sei, eine Zwischenüberzeugung

darzulegen. Andernfalls könne eine Pflichtverletzung nicht wirksam unter Einhaltung des Begründungserfordernisses gem. § 344 Absatz 2 StPO gerügt werden. Ferner stelle sich die Frage, was unter dem Institut einer »Zwischenüberzeugung« überhaupt zu verstehen sei. Im Verlauf eines Verfahrens ergebe sich ein komplexes Beweisbild, das im Rahmen einer Gesamtschau zu würdigen sei. Spruchkörper bildeten idealer Weise im Wege des Diskurses einen gemeinschaftlichen Willen. Überzeugungsbildung setze Zeit und Ruhe voraus. Diese Prämissen seien nicht vereinbar mit der Idee einer Zwischenüberzeugung. Herr Wenske erklärte, Anhänger des formalisierten strafprozessualen Dialogs *de lege lata* zu sein, der mit Hilfe der Rechtsinstitute des Eröffnungsbeschlusses, des Beweisantrags und des gerichtlichen Hinweises geführt werde. Diesbezügliche Erweiterungen müssten sorgfältig geprüft werden. Zum Thema „Videodokumentation“ wolle er sich im Wesentlichen Herrn Dr. Krauß anschließen. Die Vorteile der audio-visuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung seien enorm. Der Wortlaut von Zeugenaussagen werde vollständig überprüfbar. Allerdings befürchte er eine ganz erhebliche haushaltsrechtliche Belastung der Länder, welche nicht nur technisch aufrüsten müssten, sondern auch IT-Spezialisten benötigen würden, um die entstehende Videodatenbank zu verwalten, zu archivieren und zu organisieren. Im Gegenzug seien Kürzungen beim Etat für das Justizpersonal zu erwarten. Gleichzeitig berge die Einbindung komplexer Technik entsprechende Risiken: Was solle geschehen, wenn im Verlauf eines Verfahrens die Videokamera ausfalle? Werde dann dem Beschleunigungsgrundsatz oder der Protokollierungspflicht des § 273 StPO der Vorrang eingeräumt? Was passiere, wenn ein Band gelöscht werde? Weiterhin stimmte Herr Wenske der Einschätzung von Herrn Dr. Krauß zu, dass bei Verfahrensrügen das gesamte Video der Hauptverhandlung angesehen werden müsse, um auszuschließen, dass der Verfahrensfehler durch einen späteren Vorgang geheilt worden sei. Für eine ausführliche staatsanwaltliche Gegenerklärung, die durch eine detaillierte Prüfung des Videoprotokolls die Arbeit des Revisionsgerichts erleichtern könnte, bestehe jedenfalls nach derzeitigem Stand in der Praxis kein Anreiz, da diese Arbeit in der Verfahrensstatistik des Staatsanwalts (PEBB§Y) nicht gesondert berücksichtigt werde. Auch könne an der Revisionsbegründungspflicht von einem Monat gem. § 345 StPO nicht festgehalten werden, wenn der Revisionsführer sich das u.U. sehr umfangreiche Videomaterial der Hauptverhandlung in voller Länge ansehen müsse, um die Revision zulässig und begründet zu formulieren. Wenn man – wie Herr Dr. König es vorgeschlagen habe – die Videodokumentation ausschließlich für eine Verwendung in der Hauptverhandlung vorsehe, würden die Videos zur Handakte des Gerichts gehören und wären damit der Akteneinsicht entzogen. Aus

Verteidigersicht könne das nicht gewollt sein. Wenn das Videoprotokoll trotz der damit einhergehenden Belastungen dennoch eingeführt werden solle, müsse man an anderer Stelle Einsparungseffekte erzielen. Denkbar sei insoweit beispielsweise, eine Videopflicht bei Verhandlungen vor dem AG einzuführen. §§ 323, 325 StPO seien dann (ähnlich § 420 StPO) dahingehend zu modifizieren, dass das Berufungsgericht – vorbehaltlich § 244 Absatz 2 StPO – zwingend auf die Videos zurückgreifen müsse.

## **b) Diskussion**

### **aa) Kommunikative Verhandlungsführung**

Herr Dr. **Krauß** führte zum Thema opening statement aus, es sei grundsätzlich zu begrüßen, wenn die Verteidigung frühzeitig darlege, welche Strategie sie verfolge. Allerdings müsse man befürchten, dass eine Vielzahl von opening statements inhaltlich wenig qualifiziert erfolgen würde, da die Verteidigung zu Beginn der Hauptverhandlung nicht selten selbst noch nicht wisse, wie sie sich genau positionieren wolle. Darüber hinaus nehme die Verteidigung Aspekte vorweg, die weder die Schöffen noch die Öffentlichkeit kennen könnten, wenn sie sich im Rahmen eines opening statements bereits mit dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen auseinandersetze. Die Regelung eines opening statements für die Verteidigung müsse – wenn sie erfolge – jedenfalls von einem Erwiderungsrecht der Staatsanwaltschaft und der Nebenklage flankiert werden.

Herr **Thiele** schilderte, dass nach seiner Erfahrung insbesondere in Großverfahren mit entsprechender medialer Aufmerksamkeit Eingangsstatements abgegeben würden. Für sachgerechter halte er jedoch – im Anschluss an Herrn Wenske – eine inhaltsgleiche Erklärung der Verteidigung im Zwischenverfahren, die später in der Hauptverhandlung verlesen werden könne. Ein wahrhaft transparentes Verfahren würde jedoch entstehen, wenn man die Verteidigung dazu ermuntern oder sogar verpflichten könnte, sämtliche geplante Beweisanträge frühzeitig und abschließend darzulegen. Bei der Regelung kommunikativer Elemente im Rahmen der Verhandlungsführung dürfe der Gesetzgeber ruhig hohe Maßstäbe an die Kommunikationsfähigkeit der Richterschaft anlegen. Persönliche Überforderung dürfe insoweit kein relevanter Aspekt sein. Das Ansinnen der Verteidigung auf hinreichende Information durch das Gericht sei schon deshalb legitim, damit die Verteidigung in die Lage versetzt

werde, die gebotenen Beweisanträge zu stellen. Eine Zwischenberatung nach jeder Erklärung des Angeklagten oder der Staatsanwaltschaft halte er indes nicht für sinnhaft. Für die Regelung einer verpflichtenden gerichtlichen Offenlegung sei es jedoch denkbar, auf den Abschluss des Beweisprogramms oder auf das Ende einzelner Beweisabschnitte abzustellen. Dies befürworte er. Vielleicht ließe sich auf diese Weise sogar der gerichtliche Beratungsaufwand reduzieren, wenn sich der Vorsitzende in der Hauptverhandlung lediglich kurz bei den Schöffen absichern müsse, um eine vorläufige Bewertung abgeben zu können.

Herr **Wenske** wandte dagegen ein, dass § 197 GVG zwingende Vorgaben für das gerichtliche Abstimmungsverhalten mache. Ein Alleingang des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung sei geeignet, die gesetzlich vorgesehene gerichtliche Willensbildung vollständig zu desavouieren.

Dem stimmte Herr **Thiele** zu.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** begrüßte den Vorschlag von Herrn Wenske, die Kommunikation zwischen Gericht und Verteidigung ins Zwischenverfahren zu verlagern. Dies komme inhaltlich seinem eigenen Diskussionspapier zur Normierung von Strukturierungsgesprächen nach Abschluss des Zwischenverfahrens sehr nahe. Da die Verteidigung im Zwischenverfahren zum Ziel haben müsse, die Eröffnung des Hauptverfahrens zu verhindern, sei richtiger Zeitpunkt für einen Erörterungstermin zur Terminierung der Hauptverhandlung der Abschluss des Zwischenverfahrens. Herr Prof. Dr. Dr. Ignor warnte davor, dass Argument des Missbrauchs in der Diskussion zu wirkmächtig werden zu lassen. Mit jeder Handlungsmöglichkeit werde auch die Möglichkeit zum Missbrauch eröffnet. Missbrauchsszenarien dürften jedoch nicht zum Bewertungsmaßstab erhoben werden, da der überwiegende Teil der Akteure verständlich und vernünftig handle. Er unterstütze den zweistufigen Vorschlag von Herrn Dr. König (§§ 257 Absatz 2, 257b StPO-E), da dieser geeignet sei, die inquisitorischen Strukturen der Hauptverhandlung aufzubrechen. Er werde dem höheren Stellenwert gerecht, den Kommunikation als moderne Form des Prozessierens heute genieße. Gerade bei Verfahren aus den Bereichen des Wirtschafts- oder des Arztstrafrechts, denen komplexe Sachverhalte

zu Grunde lägen, könne auf diese Weise das Konfliktpotential minimiert werden. Man müsse die Gerichte zur Kommunikation erziehen oder gegebenenfalls zwingen.

Herr **Schmengler** erklärte, er halte das Institut eines opening statements – im Anschluss an Herrn Dr. Krauß – als vorgezogene und vorweggenommene Beweiswürdigung durch die Verteidigung für mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. Die bestehende Möglichkeit einer Erörterung gem. § 257b StPO sei zur Förderung kommunikativer Strukturen in der Hauptverhandlung ausreichend und werde zwischen verständigen Verfahrensbeteiligten ohnedies problemlos genutzt. Allerdings wachse seiner Einschätzung zufolge die Zahl boykottierender Verteidiger. Das Selbstverständnis als „Organ der Rechtspflege“ schein vielfach als überholt zu gelten. Eine verpflichtende Erklärung des Gerichts zur vorläufigen Bewertung der Sach- und Rechtslage sehe er sehr kritisch. Der Strafprozess dürfe nicht zu einer Aneinanderreihung von Wasserstandsmeldungen degeneriert werden. Vorbereitung und Begründung einer solchen Erklärung würden von Seiten des Gerichts zusätzlichen Aufwand bedeuten. Die Fragen, wann eine Abweichung als gravierend einzustufen sei, ob die Ausübung des Antragsrechts jedem einzelnen Angeklagten gesondert zustehe und wie häufig er hiervon Gebrauch machen könne, böten reichlich Konfliktstoff. Eine entsprechende Regelung führe daher nicht zur Steigerung der Verfahrenseffizienz.

Herr Dr. **Mutzbauer** wies darauf hin, dass die Gefahr missbräuchlicher Rechtsausübung bei der Konzeption einer Rechtsvorschrift ernsthaft erwogen und berücksichtigt werden müsse; ein derartiges methodisches Vorgehen sei nicht nur zulässig, sondern zwingend geboten, da eine eklatante Missbrauchsgefahr in Ausnahmefällen der Einführung einer Regelung auch entgegenstehen könne. Die Praxis eines opening statements habe sich vielfach eingebürgert. Die Gelegenheit zu entsprechenden Erklärungen gebe dysfunktionalem Verteidigerverhalten vor allem bei Taten, bei denen eine bestimmte politische Überzeugung eine Rolle spiele, Raum. Auch wenn er kein Befürworter einer allgemeinen Rechtsmissbrauchsklausel sei, wäre ein solcher Schritt wohl von Nöten, wenn man die Rechte der Verteidigung in diese Richtung ausbauen wolle. Einen Sach(stands)bericht des Gerichts gebe es aus guten Gründen nicht. Im Ergebnis wäre dieser nicht mehr als eine nachträgliche Begründung des Eröffnungsbeschlusses. Ferner erscheine ein solches Instrument für die Masse der Verfahren vor den Amtsgerichten wenig sinnvoll. Der Vorschlag von Herrn Dr. König zur Erweiterung von § 265 StPO

um einen neuen Absatz 2a (Gutachten Dr. König, S. 15) berücksichtige nicht, dass die Einschätzung der Frage, welche tatsächlichen Umstände für die rechtliche Bewertung erheblich seien, bei Gericht und Verteidigung ganz unterschiedlich ausfallen könne.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** verwies auf die Möglichkeit, in den von Dr. Mutzbauer geschilderten Fällen rechtsmissbräuchlichen Verteidigerverhaltens von § 257a StPO Gebrauch zu machen. Auf den Einwand von Herrn Prof. Dr. **Ostendorf** hin, dass § 257a StPO lediglich Verfahrensfragen betreffe, erwog Herr Prof. Dr. Dr. Ignor, die Norm gegebenenfalls als wirksames Korrektiv für die genannten Fälle zu erweitern. Jedenfalls sehe er keine »Revisionsgefahr« darin begründet, dass ein thematisch und zeitlich ausuferndes opening statement von gerichtlicher Seite unterbunden werde, da das Urteil hierauf nicht im Sinne von § 337 Absatz 1 StPO beruhe.

Herr Dr. **König** schlug vor, bei Regelung des opening statements auf § 257 Absatz 3 StPO zu verweisen, um eine Vorwegnahme des Schlussvortrags zu verhindern.

Frau **von Strünk** schloss sich grundsätzlich der gutachterlichen Einschätzung von Herrn Prof. Dr. Rönnau an, wonach der Regelung eines Anspruchs auf ein Rechtsgespräch bzw. der gerichtlichen Pflicht zur Offenlegung vorläufiger Bewertungen nicht näher getreten werden solle. Hiervon sei keine Effektivierung des Strafverfahrens, sondern vielmehr dessen Verzögerung zu erwarten. Da eine Regelung aus rechtsstaatlicher Sicht nicht geboten sei, wolle sie sich auch nicht dem Kompromissvorschlag von Herrn Prof. Dr. Rönnau anschließen. Dieser laufe auf eine vorweggenommene Urteilsberatung hinaus. Auch das Modell eines opening statements bewerte sie eher zurückhaltend. Die von Herrn Dr. Krauß, Herrn Schmengler und Herrn Dr. Mutzbauer vorgetragene Argumente seien nicht von der Hand zu weisen. Zwar sei ein derartiges Vorgehen in der Praxis zum Teil üblich und bewähre sich dort; die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Normierung könne sie jedoch nicht erkennen. Genauso bezweifle sie, dass ein gerichtlicher Sach(stands)bericht nach Verlesung der Anklage einen Mehrwert bringen würde. Ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn könne für die Verteidigung hiervon nicht ausgehen, da das Gericht seine vorläufige rechtliche Bewertung ja schon im Eröffnungsbeschluss zu erkennen gegeben habe.

Herr Prof. Dr. **Jahn** erklärte, für das Ziel der Transparenz grundsätzlich große Sympathie zu hegen. Er stimme Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor darin zu, dass kommunikative Verhandlungsführung Teil der Prozesskultur eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens sei. Einer Kommission wie der hiesigen stehe es schlecht zu Gesicht, sich gegen alle Regelungsvorschläge zu wenden, die nicht zwingend zur Umsetzung verfassungs- oder menschenrechtlicher Vorgaben geboten seien. Der Gesetzgeber sei mit dem Verständigungsgesetz ebenfalls weit über das hinausgegangen, was höherrangigem Recht zufolge zu regeln gewesen wäre. Ein opening statement sei im Sinne eines prozessualen »Kampfes mit offenem Visier« sinnvoll, um allen Verfahrensbeteiligten die neuralgischen Punkte der Beweisaufnahme vor Augen zu führen und der Öffentlichkeit Einblick in die »Kampflage« zu gewähren. Die von Herrn Dr. König vorgeschlagene Ergänzung von § 243 Absatz 3 durch einen neuen Satz 3 (Gutachten Dr. König, S. 8) – aus redaktionellen Gründen eher Satz 5 – überzeuge in der Wortwahl nicht. Der Begriff der Verteidigung werde vom Gesetzgeber nicht verwandt und lasse unverteidigte Angeklagte außer Acht. Besser sei es daher, vom Angeklagten und seinem Verteidiger zu sprechen, solange man nicht ausschließlich professionelle opening statements durch den Verteidiger zulassen wolle. Zudem schlage er vor, statt der Formulierung „sich zu erklären“ die Wendung „eine Erklärung zur Anklage abzugeben“ zu benutzen, um die Assoziation mit einer Rechtfertigung zu vermeiden. Der richtige Zeitpunkt für ein opening statement sei seines Erachtens nach der verpflichtenden (Negativ-)Mitteilung im Sinne von § 243 Absatz 4 StPO. Wünschenswert erscheine daher eine Verortung des opening statements als neuer Absatz 5. Im Hinblick auf § 243 Absatz 4 Satz 3 StPO-E (Gutachten Dr. König, S. 8) stelle sich die Frage, was mit dem Begriff „Sachbericht“ gemeint sei. Handle es sich um ein vergleichbares Institut zu §§ 324 Absatz 1, 351 Absatz 1 StPO oder sei der Begriff der Relationstechnik entlehnt? Denkbar sei auch eine Konkretisierung als „Sachstands begriff“. Von einer Regelung, wie § 243 Absatz 4 Satz 4 StPO-E sie vorsehe, rate er ab. Eine Gegenvorstellung durch die Staatsanwaltschaft könne das Verfahren an dieser Stelle nicht maßgeblich fördern; man beginne dann besser mit der Beweisaufnahme. Hinsichtlich § 257b StPO-E (Gutachten Dr. König, S. 11 f.) rate er im Anschluss an Herrn Wenske zur Zurückhaltung. Die Rechtsprechung habe die Norm in ihrer geltenden Fassung noch nicht für sich entdeckt. Vor allem trete er dem Vorschlag des § 257b Absatz 2 StPO-E entgegen. Es solle Rechtsprechung und Literatur überlassen werden, Fallgruppen zu entwickeln, in denen sich das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts zu der Frage, ob es Erörterungen durchführe, auf Null reduziere.

Herr Dr. **König** stimmt seinem Vorredner zu, dass eine Verortung des opening statements in Absatz 3 Satz 5 bzw. als neuer Absatz 5 sinnvoll erscheine.

Herr **Caspari** legte dar, dass er die Normierung eines Zwangs zum Konsens ablehne. Kommunikatives Prozessieren sei bereits de lege lata über §§ 257, 257b StPO möglich, wenn die am Verfahren Beteiligten sich als verständige Gesprächspartner gerieten. Vor diesem Hintergrund sehe er kein praktisches Bedürfnis für eine darüber hinausgehende Regelung der Materie. Er unterstütze die Empfehlung von Herrn Wenske und Herrn Prof. Dr. Jahn, zunächst die Entwicklung der neu geschaffenen §§ 257b, 257c StPO abzuwarten. Eine Formalisierung entsprechender Strukturen berge – wie die Deal-Debatte beweise – stets die Gefahr eines Rückschritts hinter den status quo, da über eine revisionsanfällige Ausgestaltung leicht eine Abwehrhaltung der Gerichte provoziert werden könne.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** wandte ein, es ginge um die Frage eines Zwangs zum Diskurs, nicht zum Konsens.

Herr Prof. Dr. **Radtke** betonte, dass der Gesetzgeber § 257b StPO nicht aus einer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit heraus normiert habe. Dennoch müssten entsprechende Instrumente überzeugende Vorteile versprechen, um eine Regelung opportun erscheinen zu lassen. Einen derartigen Vorteil könne er beim opening statement nicht erkennen. Dieses diene nicht der Aufklärung des Sachverhalts. Durch Anklage und Eröffnungsbeschluss sei der Verfahrensgegenstand hinreichend umrissen. Er sehe die Gefahr, dass über kleine Stell-schraube wie diese die Entwicklung in Richtung einer Mitverantwortungsübernahme des Angeklagten bei Entscheidung der Schuldfrage weiter betrieben werde. Eine entsprechende Regelung würde zu disparaten gesetzlichen Wertungen führen. Die Einführung von Zwischeneinschätzungen des Gerichts halte er vor dem Hintergrund der Unschuldsvermutung für problematisch. Bereits jetzt sei es der Verteidigung möglich, über Beweisanträge (und die Gründe für deren Ablehnung) Aufschluss über die Meinung des Gerichts zu erhalten. Einzig eine Ergänzung bzw. Klarstellung im Rahmen von § 265 StPO erscheine ihm diskutabel.

Herr Dr. **Isak** warf die Frage auf, ob sich Transparenz als ein Aspekt der Prozesskultur überhaupt in zwingendes Gesetzesrecht überführen lasse. Ihm erscheine problematisch, dass es sich um eine sehr situationsabhängige Materie handle, die schwerlich einem konturierten Regelungsinhalt zugeführt werden könne. Er sei ein Freund des richterlichen Gestaltungsspielraums. Herr Dr. Isak zeigte sich zuversichtlich, dass sich eine offene, kommunikative Verhandlungsführung ohnedies durchsetzen werde. In wenigen Fällen bleibe es aber erforderlich und sinnvoll, sich auf ein formales Prozessieren zu beschränken. In Sachen „Zwischeneinschätzung“ wolle er eine Lanze für die überkommene Urteilsberatung brechen. Erst in diesem Rahmen könne man zu einem validen Bewertungsergebnis kommen. Zum Thema opening statement schließe er sich im Wesentlichen der Meinung von Herrn Schmengler und Herrn Dr. Krauß an. Es sei zu befürchten, dass entsprechende Erklärungen auf eine langatmige Würdigung noch nicht erhobener Beweise hinauslaufen würden und letztlich nur für die (Zuschauer-)Galerie erfolgten. Für eine moderate Erweiterung von § 265 StPO zeigte sich Herr Dr. Isak offen.

Frau Prof. Dr. **Swoboda** begrüßte das von Herrn Dr. König vorgestellte Konzept kommunikativer Verfahrensführung grundsätzlich, äußerte aber Zweifel bezüglich der Normierung eines Rechts der Verteidigung. Besser sei es, eine bestimmte Prozessstruktur vorzugeben – ähnlich wie es auf Ebene der internationalen Tribunale geschehe. Hinsichtlich des Wortlauts von § 257 Absatz 2 Satz 2 StPO-E (Gutachten Dr. König, S. 11) schlage sie vor, deutlicher darauf abzustellen, dass das Gericht die Disparität der Beurteilungen der Beweis- oder Rechtslage erkannt haben müsse.

Herr Dr. **Müller** erklärte, er halte die Gelegenheit zu einem opening statement für eine Geste der Fairness, solange eine entsprechende Darlegung dazu diene, dem Angeklagten am ersten Tag der Hauptverhandlung eine Art »mediale Gegenmacht« zu eröffnen. Rechtliche Argumente von Seiten der Verteidigung seien allerdings im Zwischenverfahren besser aufgehoben. Allgemein befürworte er, im Rahmen der Hauptverhandlung mehr Kommunikation zu wagen. Auf diese Entwicklung müsse sich die Richterschaft einstellen und entsprechend fortgebildet werden. Kommunikation lohne sich insbesondere in komplexen Strafverfahren aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts. Sie dürfe aber nicht verordnet werden. Über den jetzigen Inhalt von § 257b StPO solle man besser nicht hinausgehen. Das Verständigungsgesetz habe primär nicht den Zweck verfolgt, die Kultur kommunikativen Prozessierens voran-

zutreiben, sondern sei vorrangig eine Reaktion auf die existierende Verständigungspraxis gewesen. Der Gesetzgeber habe zum Ziel gehabt, vorhandene Missbrauchstendenzen durch Ausschluss bestimmter Kommunikationsinhalte einzudämmen. Nicht jede Verfahrenssituation könne indes über Kommunikation gelöst werden. „Verteidigung ist Kampf“ heiÙe es in Randnummer 1 des Handbuchs des Strafverteidigers von Prof. Dr. Dahs. Der Strafprozess sei kein herrschaftsfreier Diskurs – daran werde sich auch nichts ändern. Hinsichtlich der Offenlegung vorläufiger Bewertungen durch das Gericht sei zu beachten, dass sich die gerichtliche Überzeugungsfindung als Prozess darstelle. Vor diesem Hintergrund komme als sinnvoller Zeitpunkt für eine Darlegung der vorläufigen gerichtlichen Einschätzung der Beweisaufnahme lediglich das Ende des vom Gericht vorgesehenen Beweisprogramms in Frage. Er frage sich, ob es nicht besser sei, die Kommunikationslast bei der Verteidigung zu belassen. Diese könne ein Antragsrecht auf Erteilung eines Hinweises erhalten. Der Antrag könnte in der Praxis etwa wie folgt zu formulieren sein: „Für den Fall, dass das Gericht die Tatsache XY in der Weise würdigt, dass (...), bitte wir um einen entsprechenden Hinweis“.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** stellte fest, dass sich die Kommission in der Zielsetzung, die kommunikative Verhandlungsführung zu stärken, weitgehend einig sei. Die Problematik rechtsmissbräuchlichen Verhaltens müsse insoweit mitbedacht, nicht jedoch an den Anfang der Überlegungen gestellt werden. Ein opening statement sei in einigen Prozessen sicherlich sinnvoll, erweise sich bei der ganz überwiegenden Zahl von Verfahren jedoch als deplatziert. Eine abstrakte Regelung sei daher nicht zielführend. Er unterstütze eine Erweiterung des Wortlauts von § 265 StPO auf die Veränderung tatsächlicher Gesichtspunkte. Ferner schlage er vor, den bestehenden § 257b StPO von einer „Kann“- in eine „Soll“-Vorschrift umzuwandeln.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** zeigte sich angetan von dem Kompromissvorschlag von Herrn Prof. Dr. Ostendorf, § 257b StPO zu einer Soll-Vorschrift auszugestalten. Auf die Frage von Herrn Prof. Dr. Radtke nach dem Mehrwert des opening statements gab er zu bedenken, dass diese Erklärung für die Verteidigung die erste Gelegenheit sei, den Schöffen das Verfahren und insbesondere die eigene Auffassung hierzu nahe zu bringen. Auch das von Herrn Dr. Müller geltend gemachte Argument der »medialen Gegenmacht« könne er nur unterstützen. Dysfunktionales Verteidigerverhalten sei nicht im Sinne des Mandanten. Auch insoweit kön-

ne das Gericht im Wege der kommunikativen Verhandlungsführung (konkret: mit Hilfe einer vorläufigen Bewertung) positiv auf den Angeklagten einwirken. Wenn dieser wiederum erkenne, dass das Verteidigerverhalten seiner Sache nicht dienlich sei, werde er förderlich auf seinen Verteidiger einwirken.

Herr Prof. Dr. **Esser** erklärte, die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor hätten zwar belegt, dass ein opening statement sinnvoll sein könne. Dies gelte aber – wie Herr Prof. Dr. Ostendorf bereits herausgearbeitet habe – nur für eine sehr begrenzte Zahl von Verfahren. Ferner bleibe es für außenstehende Zuschauer schwierig, dem opening statement zu folgen, wenn zuvor lediglich der Anklagesatz verlesen wurde. Er unterstütze stattdessen die vermittelnden Vorschläge von Frau Prof. Dr. Swoboda und Herrn Prof. Dr. Ostendorf zu § 257 Absatz 2 Satz 2 StPO-E bzw. § 257b StPO.

Herr Prof. Dr. **Jahn** wies darauf hin, dass im Zuge der Debatte um eine Regelung der Verständigung schon erwogen worden sei, § 160b StPO und § 202a StPO als „Soll“-Vorschriften auszugestalten. Da der Gesetzgeber sich nun jedoch einheitlich für die Formulierung als „Kann“-Vorschrift entschieden habe, bedürfe man einer speziellen Rechtfertigung, wenn man die verworfene Idee erneut einbringen wolle.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** plädierte im Anschluss an Herrn Prof. Dr. Jahn und Herrn Wenske dazu, § 257b StPO vorerst unverändert zu lassen und gegebenenfalls später zu verschärfen. Hinsichtlich § 257 Absatz 2 Satz 2 StPO-E (Gutachten Dr. König, S. 11) fühle er sich in seiner Skepsis bestätigt, dass es schwierig sei, eine interessengerechte Ausformulierung für eine entsprechende Regelung zu finden. Es bestehe das sachlogische Problem einer sich »ewig erneuernden« Zwischenberatung. Zudem sei die fatale Außenwirkung eines Gerichts zu bedenken, das von seiner zuvor geäußerten eigenen Einschätzung immer wieder Abstand nehmen müsse.

Herr **Wenske** betonte, dass man gut daran tue, zunächst abzuwarten bis die neuen Regelungen des Verständigungsgesetzes mit Leben erfüllt würden. Ein opening statement der Verteidigung führe zu einem Ungleichgewicht gegenüber der Position der Staatsanwaltschaft.

Diese verlese lediglich den Anklagesatz, ohne bereits Beweise aus dem Ermittlungsverfahren zu würdigen. Beim opening statement gehe es primär nicht um eine Strukturierung der Hauptverhandlung, sondern um mediale Aspekte. Das Beweisprogramm des Gerichts stehe zu diesem Zeitpunkt längst fest (§§ 213, 217 StPO). Wenn die Verteidigung die Möglichkeit zur effektiven (Mit-)Gestaltung der Hauptverhandlung wahrnehmen wolle, müsse sie bereits im Zwischenverfahren tätig werden. Dies sei über § 202a StPO längst möglich und finde in der Praxis auch statt.

Herr Dr. **König** legte dar, dass es aus Sicht der Verteidigung essentiell darauf ankomme, dass die Position des Angeklagten das Gericht auch erreiche. Momentan sei die Rechtsstellung des Angeklagten jedoch zu schwach, um dies gewährleisten zu können. Wenn der Verteidiger nicht wisse, wo das Gericht stehe, drohe er »in die falsche Richtung« zu laufen. Daher gebe es de lege ferenda Handlungsbedarf. Es gelte, die Verteidigung möglichst präzise über die im Ergebnis relevanten Gesichtspunkte zu informieren. Natürlich könne Kommunikation nicht erzwungen werden. Er verstehe §§ 257 Absatz 2 Satz 2, 257b Absatz 2 StPO-E eher als leichten »Anschubser« in die richtige Richtung. Herr Dr. König stimmte Herrn Prof. Dr. Rönnau darin zu, dass eine zu frühzeitige Festlegung des Gerichts untunlich sei. Eine Pflicht zur Erklärung halte er erst dann für sinnvoll, wenn bei dem Gericht eine abweichende Position gereift sei. Dies könne unter Umständen sogar erst in der Urteilsberatung der Fall sein. Auch dann bedürfe es eines Hinweises. Was die Frage dysfunktionalen Verteidigerverhaltens anbelange, so sei zu beachten, dass das Beweisantragsrecht mindestens ebenso anfällig für den Missbrauch zu ideologischen Stellungnahmen sei wie ein opening statement. Da die Hauptverhandlung der neuralgische Punkt des Verfahrens sei, könne ein Schriftsatz im Zwischenverfahren das opening statement seiner Funktion nach nicht ersetzen. Die Einführung eines opening statements führe bei Übernahme des gesamten Regelungsvorschlags auch nicht zu einem Übergewicht der Verteidigung, da das Gericht anschließend seinen Sach(stands)bericht vortrage und die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit zur Erwiderung erhalte (§ 243 Absatz 4 Satz 3 und 4 StPO-E, Gutachten Dr. König, S. 8).

#### **bb) Tat- bzw. Schuldinterlokut**

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** erklärte, ihm liege das Konzept eines Tat- bzw. Schuldinterlokuts sehr am Herzen, da auf diese Weise der Tendenz allzu knapper und formalisierter Strafzu-

messungsüberlegungen entgegengewirkt werden könne. Daher rege er an, einen konkreten Vorschlag auszuarbeiten.

Auch Herr Prof. Dr. **Radtke** sprach sich für eine vertiefte Beschäftigung mit dem Thema durch die Kommission aus. Es sei zu vermuten, dass die Etablierung der Absprachepraxis Mitte der 80er Jahre die Aufgabe dieser Diskussion eingeläutet habe, da Absprachen eine anfängliche Verknüpfung von Tatfrage und Strafzumessung herbeiführen würden. Das Konzept einer Zweiteilung der Hauptverhandlung laufe dieser Tendenz naturgemäß zuwider. Ein entsprechendes Abschichtungsmodell könne indes unter Effizienz Gesichtspunkten durchaus sinnvoll sein. Er bewerte es als vorteilhaft, wenn der Frage der Strafzumessung mehr Gewicht zukomme als derzeit. Es sei zu bezweifeln, dass die Spielraumtheorie momentan in der Praxis vollständig abgebildet werde. Spezialpräventive Aspekte spielten dort nur selten eine Rolle. Allerdings müsse vorrangig eruiert werden, ob man nahtlos an die Diskussion der 80er Jahre anknüpfen könne. Wenn die Bedingungen sich durch Einführung des Verständigungsgesetzes fundamental geändert hätten, würde die Beschäftigung mit dem Thema gegebenenfalls eine Überforderung der Kommission darstellen. Er biete an, den Diskussionsstand der 80er Jahre bis zur Mai-Sitzung noch einmal zusammenzufassen, um auf diese Weise eine solidere Entscheidungsgrundlage herzustellen.

Frau **Graf-Schlicker** erklärte sich mit diesem Vorgehen einverstanden. Sie wies darauf hin, dass man bei der Regelung eines Tat- bzw. Schuldinterlokuts unter Umständen § 257c StPO anpassen müsse.

Herr Dr. **Mutzbauer** äußerte grundsätzliche Sympathie für das Konzept des Tat- bzw. Schuldinterlokuts. Bei der Umsetzung im Detail stoße man jedoch auf erhebliche Schwierigkeiten. Bei den Amtsgerichten sei eine derartige Zweiteilung jedenfalls nicht zu leisten. Man könne eine Regelung andenken, wonach das Gericht von einem solchen Vorgehen unter bestimmten Umständen (z.B. mit Zustimmung des Angeklagten) absehen könne. Ferner bestehe die Problematik der »doppelrelevanten« Tatsachen, die dazu führen könne, dass sich eine Zweiteilung der Hauptverhandlung nicht lohne. Vor diesem Hintergrund müsse der potentielle Vorteil eines Tat- oder Schuldinterlokuts, den er darin sehe, dass im zweiten Teil auf einer

ganz anderen, deutlich konstruktiveren Basis über Auflagen, Vorhaben und Pläne des Angeklagten verhandelt werden könne, deutlich überwiegen, um eine entsprechende Regelung opportun erscheinen zu lassen.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** erinnerte an die Gründe, die bereits in der Vergangenheit gegen die Einführung eines Tat- bzw. Schuldinterlokuts geltend gemacht worden seien: Die Gefahr der Kostenexplosion aufgrund der Verhandlung in zwei Abschnitten, die Frage der Sinnhaftigkeit einer Anwendung bei Bagatelldelinquenz und die Problematik doppelrelevanter Tatsachen. Solange diese Argumente nicht ausgeräumt werden könnten, sei eine weitere Befassung mit der Thematik nicht zweckmäßig.

Herr Dr. **Müller** bezweifelte, dass eine Zweiteilung des Verfahrens dieses effizienter gestalten – zumal es den »Tod« der Verständigung bedeuten würde. Stattdessen plädierte er dafür, die Gerichtshilfe zu stärken oder die Umsetzung auf JGG-Verfahren zu begrenzen. Letzteres biete sich an, weil die Frage der Sanktionierung – schon mit Blick auf den Erziehungsgedanken und die deutlich ausdifferenzierte Sanktionspalette – im Jugendstrafrecht von noch größerer Bedeutung sei als im Erwachsenenstrafrecht und Kostengesichtspunkte hier nicht in gleichem Maße zu Buche schlugen.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** stimmte Herrn Prof. Dr. Radtke darin zu, dass das Thema weiterzuverfolgen sei. Wenn man sich vor Augen führe, dass 2/3 aller erfolgreichen Rügen vor dem BGH aus dem Bereich der Strafzumessung stammen würden, müsse das Kostenargument in den Hintergrund treten. Eine Zweiteilung der Hauptverhandlung werde die Gerichte insoweit zu einem sorgfältigeren Vorgehen anhalten. Unter Umständen könne man erwägen, das Konzept auf Fälle begrenzen, in denen die Verhängung einer Freiheitsstrafe im Raum stehe.

Frau Prof. Dr. **Höyneck** erklärte, sie sehe im Jugendstrafverfahren ein ganz erhebliches Potential für die Lancierung eines Tat- bzw. Schuldinterlokuts. Die Problematik doppelrelevanter Tatsachen sei hier erheblich abgeschwächt. Ferner bestehe ein Umsetzungsdefizit, was die effiziente Realisierung des Erziehungsgedankens bei Verhängung und Vollstreckung der Sanktionen anbelange.

Herr Dr. **Gebauer** erläuterte, dass die kriminologische Forschung in den 80er Jahren in den USA hinsichtlich der Effektivität von Resozialisierungsprogrammen zu dem ernüchternden Ergebnis gelangt sei: „Nothing works“. Diese Einsicht habe zu einer Abkehr vom Gedanken der Spezialprävention geführt. Grund für den Befund sei indes nicht zuletzt gewesen, dass Strafe nicht bedarfsabhängig, sondern nach dem »Gießkannenprinzip« verhängt werde. Gerade im Jugendstrafrecht, das in erster Linie die Prävention zum Ziel haben müsse und mit einem erheblichen Sanktionsinstrumentarium aufwarten könne, sei intensiver als bisher auf spezialpräventive Elemente abzustellen.

### cc) Videoprotokoll

Frau **Graf-Schlicker** stellte das Thema „Videoprotokoll“ aufgrund des thematischen Bezugs zu revisionsrechtlichen Fragen bis zur März-Sitzung zurück.

Herr **Thiele** äußerte sich vorab zum Thema »Videoprotokoll« im amtsgerichtlichen Verfahren, da er an der Teilnahme bei der kommenden Sitzung verhindert sei. Am Amtsgericht gebe es bereits die Möglichkeit, Tonträger einzusetzen (§ 273 Absatz 2 Satz 2 StPO); sie werde jedoch nicht verbreitet genutzt. Eine Ausweitung dieses Weges sei lohnenswert. Die Aufzeichnung sämtlicher Zeugenaussagen auf Tonband könne ein Inhaltsprotokoll ersetzen, daneben müsse aber ein Verlaufsprotokoll geführt werden. Es sei sinnvoll, zunächst die Aufzeichnung auf Tonträger weiter zu fördern, um zu sehen, ob sich eine Entwicklung in diese Richtung bewähre, bevor man als nächste Stufe das Videoprotokoll einführe. Einen Entlastungseffekt könne eine digitale Aufzeichnung nur haben, wenn die Verschriftlichung die Ausnahme bleibe. Vor diesem Hintergrund sei eine Erweiterung des § 325 StPO zu überdenken. Wenn die elektronische Akte komme, seien die zusätzlichen Kosten, die für die digitale Dokumentation der Hauptverhandlung entstehen würden, vergleichsweise gering. Ein Erfahrungsbericht über digitale Tonbandaufzeichnungen von Vernehmungen an dänischen Amtsgerichten finde sich in Betrifft JUSTIZ 2012, 258 ff.

#### **IV. Weiteres Vorgehen im Hinblick auf den Abschlussbericht**

Frau **Graf-Schlicker** legte dar, dass im Anschluss an die Kommissionssitzung im März damit begonnen werden solle, mit den Bearbeitern der behandelten Themen gesonderte Termine zu vereinbaren. Ziel sei es, innerhalb dieser kleineren Unterarbeitsgruppen zu den jeweiligen Themen Empfehlungsvorschläge zu formulieren, die am Ende der Kommissionsarbeit zur Abstimmung gestellt werden könnten.

#### **V. Themen und Verteilung der Gutachtenaufträge für die Sitzungen am 16./17. März sowie am 11./12. Mai 2015**

Die Expertenkommission beschließt ferner, die in den Sitzungen am 16./17. März und am 11./12. Mai 2015 zu behandelnden Themen und verteilt die betreffenden Gutachtenaufträge. Zu den Einzelheiten wird auf die nachfolgenden Anlagen 1 und 2 zum Protokoll verwiesen.

## Anlage 1 zum Protokoll

### Themenübersicht

#### Fünfte Sitzung der Expertenkommission zur Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens am 16./17. März 2015

<b>Hauptverfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zustimmungslösung (Herr Prof. Dr. Jahn)</li> <li>• Erleichterte Nachtragsanklage (Herr Caspari)</li> </ul>
<b>Rechtsmittelverfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Behandlung und Bedeutung audiovisueller Aufzeichnungen in der Revision (Herr Dr. König, Herr Dr. Krauß)</li> <li>• Schriftliches Revisionsverfahren (Herr Dr. König, Herr Dr. Mutzbauer)</li> <li>• Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens (Herr Dr. König, Herr Prof. Dr. Radtke)</li> <li>• Ausdehnung der Revisionsbegründungsfrist (Herr Dr. König, Herr Dr. Mutzbauer)</li> <li>• Ausweitung der Annahmeverufung/Ausschluss der Sprungrevision (Frau von Strünk)</li> <li>• Wahlrechtsmittel (Frau von Strünk)</li> <li>• Inhalt der Gegenerklärung der StA (Herr Dr. Mutzbauer)</li> <li>• Einstellung nach § 153a StPO im Revisionsverfahren (Herr Holten)</li> <li>• Wegfall der Begründungspflicht bei Verwerfung offensichtlich unbegründeter Revisionen (Herr Dr. Mutzbauer, Herr Dr. König)</li> <li>• Prüfung von Verfahrensvoraussetzungen im Revisionsverfahren nur auf Rüge gem. § 344 StPO (Herr Dr. Mutzbauer)</li> </ul>
<b>Vollstreckungsverfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zuständigkeitskonzentration bei der großen Strafvollstreckungskammer (§ 78b GVG) (Herr Holten)</li> </ul>

## Anlage 2 zum Protokoll

### Themenübersicht

#### Sechste Sitzung der Expertenkommission zur Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens am 11./12. Mai 2015

<b>Ermittlungs- verfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• V-Person (<b>Herr Prof. Dr. Esser</b>)</li> <li>• Quellen-TKÜ, Online-Durchsuchung (<b>Herr Dr. Krauß</b>)</li> <li>• Ausweitung des §-100a-Katalogs (<b>Frau Dr. Wollmann</b>)</li> <li>• Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden (<b>Herr Dr. Isak</b>)</li> <li>• Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Antrag des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers (<b>Herr Thiele, Herr Wenske</b>)</li> </ul>
<b>Hauptverfahren</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Beteiligung des Verletzten <ul style="list-style-type: none"> <li>- Ausweitung der Privatklage (<b>Herr Dr. Isak</b>)</li> <li>- Bündelung der Nebenklagevertretung (<b>Herr Dr. Krauß</b>)</li> </ul> </li> <li>• Beweisanspruchsrecht, Präklusion (<b>Herr Dr. Krauß, Herr Holten</b>)</li> <li>• Einheitliche Sanktionen bei Verkürzung der Beschuldigtenrechte (<b>Herr Prof. Dr. Esser</b>)</li> <li>• Ausweitung der Besetzungsreduktion (<b>Herr Dr. Müller, Herr Thiele</b>) <ul style="list-style-type: none"> <li>- Unterbringungsverfahren</li> <li>- Wirtschaftsstrafkammern</li> </ul> </li> <li>• Recht der Befangenheitsanträge (<b>Herr Caspari</b>)</li> </ul>

## E. Fünfte Sitzung der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens am 16./17. März 2015

----- 1. Sitzungstag – 16. März 2015 -----

### I. Begrüßung

Frau Ministerialdirektorin Graf-Schlicker begrüßte die Teilnehmer und führte in Diskussion ein. In der fünften Sitzung werde sich die Expertenkommission mit dem Thema „Rechtsmittelverfahren“ befassen.

### II. Beratungen

#### 1. Prüfung von Verfahrensvoraussetzungen im Revisionsverfahren nur auf Rüge gem. § 344 StPO

##### a) Gutachten

Herr Dr. **Mutzbauer** stellte sein Gutachten vor. Zu Beginn seiner Ausführungen warf er die Frage auf, was der BGH als Revisionsgericht bei der Überprüfung von Verfahrensvoraussetzungen überhaupt leisten könne. Es gebe 15 bis 20 verschiedene Verfahrensvoraussetzungen, von denen einige umfangreiche Prüfungen erforderten, etwa bei Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Bezügen.

Auch vor dem Hintergrund der hohen Anzahl der bei den Strafsenaten des BGH anhängigen Verfahren sei eine umfassende anlasslose Prüfung sämtlicher Akten auf das Vorliegen aller Verfahrensvoraussetzungen nicht leistbar. Dies sei aber auch nicht geboten, da eine entsprechende Prüfung aller Verfahrensvoraussetzungen nicht zwingend von Amts wegen erfolgen müsse. Auch das BVerfG verlange eine amtswegige Prüfung nur bei Vorliegen „greifbarer Anhaltspunkte“. Da die revisionsrechtliche Einordnung der Verfahrensvoraussetzungen - Verfahrensrüge, Sachrüge oder aber eigene Untergruppe des § 344 Absatz 2, 2. Alt. StPO - zudem schwierig sei, halte er eine Lösung durch den Gesetzgeber für notwendig, die sich an den Vorgaben des BVerfG orientieren könne.

Gegen eine Pflicht zur Prüfung aller Verfahrensvoraussetzungen von Amts wegen spreche auch, dass es schwerwiegende sonstige Verfahrensfehler gebe, die im Revisionsverfahren auch nur auf eine entsprechende Rüge hin zu prüfen seien (bspw. Verstöße gegen die EMRK). Hier stimme die vorgenommene Gewichtung nicht. Zudem bestehe im Revisionsrecht durchweg der Grundsatz der Dispositionsbefugnis des Rechtsmittelführers.

Herr Dr. Mutzbauer schlug deshalb für Verfahrenshindernisse die Einführung einer Rügepflicht nach dem Vorbild des § 344 Absatz 2 Satz 2 StPO vor. Ausgenommen werden sollten dabei allerdings insbesondere solche Verfahrenshindernisse, die erst nach Ablauf der Revisionsfrist entstehen.

### b) Diskussion

Herr Prof. Dr. **Hamm** führte aus, er könne sich nur schwer den Fall vorstellen, dass ein Verfahren fortgesetzt wird, obwohl ein bis dahin unerkanntes Verfahrenshindernis inzwischen vom Gericht erkannt wurde. Der utilitaristische Ansatz, sich bei der Forderung der Einführung einer Rügepflicht für Verfahrensvoraussetzungen daran zu orientieren, was im Revisionsverfahren leistbar sei und was nicht, könne nicht überzeugen. Das Ergebnis einer solchen Rügepflicht wäre, dass der Gesetzgeber die Fortsetzung eines Verfahrens trotz Vorliegen eines Verfahrenshindernisses erlauben würde. Das praktische Bedürfnis nach Hinweisen auf mögliche Verfahrenshindernisse sei verständlich. Solche Hinweise würden in der Praxis auch oft gegeben, eine ausdrückliche und durch Präklusion sanktionierte Rügepflicht dürfe es aber nicht geben. Hinzu komme, dass die Verfahrenshindernisse gerade nicht zur Disposition des Angeklagten stünden. Die Einführung einer Rügepflicht wäre daher aus Sicht von Prof. Dr. Hamm systemwidrig.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** äußerte sich kritisch zur Einführung einer solchen Rügepflicht. Prozesshindernisse bestünden unabhängig vom Willen der Beteiligten; bei ihrem Fehlen bestehe keine Strafanspruch des Staates. Beispielsweise entstehe bei Beleidigungsdelikten ohne Strafantrag kein Strafanspruch. Nach seiner eigenen Erfahrung werde von Amts wegen lediglich die Zuständigkeit geprüft. Herr Prof. Dr. Dr. Ignor lehnte eine Rügepflicht daher nachdrücklich ab. Sollte sich jedoch eine Mehrheit für den Vorschlag finden, dann müsse die Rü-

gemöglichkeit jedenfalls ohne Präklusion bis zum Ende der mündlichen Verhandlung vor dem BGH erhalten bleiben.

Herr Dr. **Krauß** wies ebenfalls darauf hin, dass die Prozessvoraussetzungen im öffentlichen Interesse bestünden. Bei Einführung einer Rügepflicht werde dieses Interesse nicht mehr berücksichtigt. Dabei gebe es durchaus im Allgemeininteresse wichtige Verfahrensvoraussetzungen, etwa wenn aufgrund einer unvollständigen Anklageschrift bei mehreren Taten nicht klar sei, auf welche sich ein Freispruch erstrecke. Darüber solle der Angeklagte nicht disponieren können. Es sei widersprüchlich, wenn Verfahrensvoraussetzungen im Erkenntnisverfahren von Amts wegen, im Revisionsverfahren aber nur auf Rüge zu prüfen seien. Das genannte Belastungsargument sei verständlich, aber jedenfalls für den GBA nicht allzu hoch anzusiedeln. Dort sei es üblich, dass Rechtspfleger die Verfahrensvoraussetzungen prüfen und dem Sachbearbeiter in problematischen Fällen entsprechende Hinweise geben.

Herr Dr. **Mutzbauer** hob in seiner Erwiderung zunächst hervor, aus seiner Sicht spreche es nicht gegen die Einführung einer Rügepflicht, dass die Verfahrensvoraussetzungen im öffentlichen Interesse beständen. Der Gesetzgeber habe ebenso ein Interesse daran, dass nur schuldige Personen verurteilt werden; trotzdem müsse im Revisionsverfahren die Sachrüge erhoben werden. Wolle man diesen Argumentationsansatz verfolgen, müsse im Revisionsverfahren von Amts wegen eine komplette Prüfung erfolgen. Die Dispositionsbefugnis sei jedoch etwas, was das Revisionsverfahren grundsätzlich auszeichne. Dies unterscheide das Revisionsverfahren auch vom Erkenntnisverfahren.

Herr Dr. Mutzbauer verwies erneut darauf, dass es ihm um die Verringerung einer Arbeitslast gehe, die schlichtweg nicht mehr zu bewältigen sei. Zudem sei der Übergang von einer Verfahrensrüge zu einem Verfahrenshindernis fließend, so dass auch die Verteidigung in der Einordnung nicht immer sicher sei. Insgesamt fehle hinsichtlich der Behandlung von Prozessvoraussetzungen ein dogmatisches Konzept.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** unterstützte Herrn Dr. Mutzbauer darin, dass eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert sei. Dies gelte allerdings eher aus dogmatischen Gründen, größere praktische Probleme könne er nicht erkennen. Die Verteidigung habe doch selbst das größte

Interesse daran, Verfahrenshindernisse zu rügen. Das Problem bei Einführung einer Rügepflicht liege in der Behandlung nicht gerügter, aber vom Gericht erkannter Verfahrenshindernisse. Es könne nicht sein, dass das Gericht verpflichtet werde, trotz Verfahrenshindernis sehenden Auges ein Sachurteil zu fällen. Es sei zwar richtig, dass es zur Disposition des Angeklagten stehe, ob überhaupt eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils im Revisionsverfahren stattfinde, doch lasse sich hieraus eine Dispositionsbefugnis hinsichtlich des Prüfungsumfangs des Revisionsgerichts bei Prozessvoraussetzungen nicht ohne Weiteres bejahen. Auch mit Blick auf Artikel 6 Absatz 2 EMRK und die Rechtsstaatlichkeit könne es problematisch sein, wenn das Gericht ein Verfahrenshindernis zwar erkenne, dieses aber mangels Rüge ignorieren müsse.

Herr Prof. Dr. **Jahn** wies darauf hin, dass Änderungen im Revisionsrecht auch die Oberlandesgerichte betreffen. Es gebe 24 Oberlandesgerichte mit jeweils zwei bis drei Senaten, die ebenfalls über Revisionen entschieden. Die Diskussion werde aus seiner Sicht noch zu undifferenziert geführt. Er verwies auf Seite 21 des Gutachtens von Herrn Dr. Mutzbauer, wonach bisher ein Katalog der Verfahrenshindernisse fehle, die ihrer Natur nach sehr unterschiedlich seien. In der Praxis würden „einfache“ Verfahrenshindernisse regelmäßig durch den Rechtspfleger vorgeprüft (bspw. Fragen der Verjährung oder das Vorliegen eines Eröffnungsbeschlusses). Allerdings gebe es auch atypische Fallgruppen, bei denen nicht klar sei, ob es sich überhaupt um ein Verfahrenshindernis handle. Drei Beispiele seien zu nennen: (1) Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft Kenntnis vom Verteidigungskonzept erlange, (2). Fälle missbräuchlicher Verweigerungen von Aussagegenehmigungen und (3) Fälle mit „agent provocateur“-Problematik. Wolle man eine Regelung zu einer Rügeobliegenheit schaffen, müsse man trennen zwischen „einfachen“ und „komplizierten“ Verfahrensvoraussetzungen. Hierfür müsse man einen Katalog erstellen, was im Rahmen dieser Kommission aber wohl nicht leistbar sei. Im Ergebnis bewerte er die Einführung einer Rügeobliegenheit als höchst problematisch. Er habe große rechtsstaatliche Bedenken, die Verantwortung durch die Schaffung einer solchen Rügeobliegenheit der Verteidigung aufzubürden.

Auch Herr Dr. **Pollähne** verwies auf die Schwierigkeiten, die mit einer Abgrenzung der verschiedenen Rügearten und der Erstellung eines Katalogs verbunden wären. Es stelle sich die Frage nach den Vorteilen der Einführung einer Rügepflicht für Verfahrenshindernisse. Zum

einen bezweifele er das praktische Bedürfnis für eine solche Regelung, da die Verteidigung auf entsprechende Hindernisse hinweise. Zum anderen sei es mit der Rechtsstaatlichkeit nicht zu vereinbaren, erkannte Verfahrenshindernisse mangels Rüge unberücksichtigt zu lassen. Der Hinweis von Herrn Prof. Dr. Ostendorf auf Artikel 6 Absatz 2 EMRK sei zutreffend. Zudem erscheine es merkwürdig, wenn eine Berücksichtigung von Verfahrenshindernissen von Amts wegen nur durch das Tatgericht, nicht aber durch das Revisionsgericht erfolge.

Auch Herr Prof. Dr. **Esser** stimmte Herrn Prof. Dr. Ostendorf zu. Verfahrensvoraussetzungen seien elementar und grundsätzlich erkennbar. Der Entlastungseffekt bei der Einführung einer entsprechenden Rügepflicht erschließe sich ihm nicht. Denn bei Erhebung einer entsprechenden Rüge müssten die zugrunde liegenden Tatsachen in jedem Fall (freibeweislich) geklärt werden. Zudem werfe eine Rügepflicht die Frage auf, wie zu verfahren sei, wenn das Gericht ein Verfahrenshindernis erkannt habe, ohne dass eine entsprechende Rüge erhoben worden sei. Denkbar sei jedoch, eine solche Rügepflicht für einzelne Verfahrenshindernisse – etwa für Verstöße gegen den „ne bis in idem“-Grundsatz vorzusehen, wenn beispielsweise vor einem deutschen Gericht geltend gemacht werden solle, dass die Tat bereits im Ausland abgeurteilt worden sei. Abschließend warf Herr Prof. Dr. Esser die Frage auf, ob das Problem nicht eher über die Stärkung der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft gelöst werden könne.

Herr Dr. **Korte** fragte nach, ob zu dieser Frage auch Kompromisslösungen denkbar seien.

Herr Dr. **Müller** verwies auf die von Herrn Dr. Mutzbauer (Seite 22 seines Gutachtens) dargestellten Änderungsvorschläge von *Meyer-Goßner*, wonach bei den Verfahrenshindernissen zwischen Befassungs- und Bestrafungsverboten differenziert werden könne und eine Rügepflicht nur für die zweite Fallgruppe in Betracht zu ziehen sei.

Herr **Wenske** verwies darauf, dass es im Rahmen der Prüfung von Verfahrenshindernissen sehr wohl eine allgemeine, umfassende Recherchepflicht des Revisionsgerichts gebe, auch wenn dies in der Praxis nicht stets berücksichtigt werde. Er regte die Prüfung an, ob nicht

dem Angeklagten – ähnlich wie bei Verstößen gegen Vorschriften über die Verständigung - eine grundsätzliche Darlegungsobliegenheit auferlegt werden könne, für die allerdings nicht die strengen Anforderungen des § 344 Absatz 2 StPO gelten dürften. Im Ergebnis sprach er sich dafür aus, die nach geltendem Recht bestehende allgemeine Recherchepflicht des Revisionsgerichts zu begrenzen.

Herr Dr. **Korte** fragte, ob ein Kompromiss auf Grundlage der Äußerungen von Dr. Müller und Dr. Wenske denkbar sei.

Herr Prof. Dr. **Hamm** lehnte eine Obliegenheit wie von Herrn Wenske skizziert ab. Zum einen sei auch ohne eine gesetzliche Regelung selbstverständlich, dass das Revisionsgericht nichts prüfen könne, was nicht vorgetragen oder aus den Akten erkennbar sei. Unmögliches könne nicht verlangt werden. Demgegenüber sei es schwierig, bei Verfahrensvoraussetzungen eine Grenze zwischen solchen, die von Amts wegen zu berücksichtigen seien, und solchen, für die eine Rügepflicht bestehe, zu definieren.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** vertrat die Ansicht, dass der Vorschlag von Herrn Dr. Mutzbauer darauf hinauslaufe, das Wesen der Revision zurückzuschrauben auf eine Nichtigkeitsbeschwerde. Unter Hinweis auf das Wesen und den historischen Hintergrund der Revision wies Herr Prof. Dr. Dr. Ignor darauf hin, dass es eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gewesen sei, die Revision weder als eine Art Appellation einzuführen, die der Berufung sehr ähnlich sei, noch als Nichtigkeitsbeschwerde auszugestalten, bei der nur das geprüft werde, was auch angegriffen worden sei. Die Revision sei nach den Motiven vielmehr eine eigene Konstellation. Mit dem Vorschlag der Einführung einer Rügepflicht für Verfahrenshindernisse entwickle die Revision sich zu einer Nichtigkeitsbeschwerde zurück; es handele sich dann um einen neuen Rechtsbehelf. Herr Prof. Dr. Dr. Ignor wies zudem auf den Fall eines fehlenden Strafantrags hin. Ohne einen solchen Strafantrag bestehe kein staatlicher Strafanspruch. Liege ein Strafantrag nicht vor, könne ein solcher Strafanspruch nicht allein deshalb entstehen, weil das Fehlen des Strafantrags nicht gerügt wurde.

Herr Dr. **Mutzbauer** erläuterte abschließend, dass es nicht Ziel seines Regelungsvorschlags sei, eine Verurteilung in einem Verfahren zu ermöglichen, bei dem die Verfahrenshindernisse völlig außer Acht gelassen würden. Erstinstanzlich müssten diese immer von Amts wegen geprüft werden. Dies bedeute aber nicht, dass auch das Revisionsgericht sämtliche Verfahrensvoraussetzungen von Amts wegen prüfen müsse. Mit Blick auf die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Esser unterstrich Herr Dr. Mutzbauer, dass die Zeitersparnis bei Einführung einer Rügepflicht für Verfahrenshindernisse sehr groß sein könne, da ohne eine entsprechende Rüge dann nicht mehr die gesamten Akten auf mögliche, bisher unerkannte Verfahrenshindernisse zu prüfen seien. Aus seiner Sicht sei es wesentlich, eine Rügepflicht einzuführen, über deren genaue Ausgestaltung man diskutieren könne.

### c) Meinungsbild

Das anschließend eingeholte Meinungsbild ergab, dass sich die Mehrheit gegen eine allgemeine Rügepflicht aussprach, jedoch zeigten sich einige auch offen für eine Kompromisslösung (in Richtung der Wortbeiträge von Herrn Dr. Müller und Herrn Wenske).

## 2. Inhalt der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft

### a) Gutachten

Herr Dr. **Mutzbauer** stellte die in seinem schriftlichen Gutachten vorgenommenen Erwägungen vor. Im Ausgangspunkt wies er darauf hin, dass Ziel der Überlegungen die Effektivierung des Revisionsverfahrens sei. Vor dem Hintergrund der extrem hohen Arbeitsbelastung der Strafsenate beim BGH (jährlich mehr als 3000 – im Durchschnitt deutlich komplexer werdende – Verfahren, verteilt auf fünf Senate mit ca. 30 Richtern), könne eine Stärkung der Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft Abhilfe schaffen.

Sowohl für den BGH als auch für den GBA könne es von Vorteil sein, wenn die Staatsanwaltschaft stets eine Gegenerklärung abgeben müsse. In § 347 Absatz 1 Satz 2 StPO werde dies aber gerade nicht gefordert. Die entsprechende Regelung in § 162 Absatz 2 RiStBV sei zwar an sich bindend, werde jedoch in der Praxis nicht immer entsprechend gehandhabt. Herr Dr. Mutzbauer befürwortete daher die Übernahme der RiStBV-Regelung in § 347 StPO. Mit Blick

auf die schriftlichen Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Hamm führte er aus, dass er die dort dargestellte Fristenregelung nicht für erforderlich halte. Zum einen sei die Staatsanwaltschaft an das Beschleunigungsgebot gebunden, zum anderen führe die Einführung neuer Fristen eher dazu, dass diese stets ausgeschöpft und Erklärungen immer erst kurz vor Fristablauf abgegeben würden.

## b) Diskussion

Herr Prof. Dr. **Hamm** vertrat die Ansicht, dass sich aus der StPO unmittelbar ergeben solle, welche Funktion und Wirkung die Gegenerklärung habe. Die Wochenfrist des § 347 Abs. 1 StPO könne nur gestrichen oder als reine Ordnungsvorschrift – wie bisher – nicht ernst genommen werden. Zu bevorzugen sei aber die Einführung einer längeren Frist, verbunden mit einer Sanktionierung. Als mögliche Folge könne wie im Zivilverfahren eine Art „Geständniswirkung“ eintreten, so dass das Gericht die betreffende Frage dann nicht mehr im Freibeweisverfahren klären müsse, wenn die Gegenerklärung zu einer in der Revisionsbegründung vorgetragene Verfahrenstatsache schweigt. Widerspreche die Staatsanwaltschaft dem Revisionsvortrag in ihrer Gegenerklärung nicht, so solle das Revisionsgericht nicht verpflichtet sein, von Amts wegen weitere Recherchen durchzuführen.

Herr Dr. **Krauß** befürwortete die Vorschläge von Herrn Dr. Mutzbauer und Herrn Prof. Dr. Hamm bezüglich einer gesetzlichen Pflicht zur Abgabe einer Gegenerklärung. Er könne aus eigener Erfahrung berichten, dass diese Erklärungen oft unzureichend abgegeben würden. Kritisch äußerte sich Herr Dr. Krauß zur Einführung einer Frist für die Gegenerklärung, die er für nicht sinnvoll hielt. Ein Problem sei, dass der Dezernent über den Inhalt der Gegenerklärung oft nicht allein entscheiden könne, sondern zunächst Rücksprache mit dem Sitzungsvertreter halten müsse. Wolle man regeln, dass bei Fehlen einer Gegenerklärung vom Freibeweisverfahren abgewichen und der Revisionsvortrag als wahr unterstellt werden kann, müsse man dafür Kriterien festlegen.

Herr Dr. **Müller** unterstützte das Anliegen von Herrn Dr. Mutzbauer in der Sache. Regelungsstandort sollten aber die RiStBV bleiben.

Herr Dr. **Isak** widersprach dem Vergleich zum Zivilprozess. Die Gegenerklärung sei nur eine Arbeitshilfe für das Revisionsverfahren, die nicht als Anknüpfungspunkt für Wahrunterstellungen oder Geständniswirkungen dienen könne. Zudem habe auch die örtliche Staatsanwaltschaft nicht stets vertiefte Kenntnis vom Verfahren, beispielsweise nach einem Wechsel des Dezernenten. Eine Fristenregelung hielt Herr Dr. Isak nicht für erforderlich. Regelungsstandort sollten die RiStBV bleiben; der Staatsanwaltschaft solle weiterhin eine gewisse Flexibilität erhalten bleiben. Die Zielrichtung des Vorschlags von Herrn Dr. Mutzbauer sei durchaus verständlich, allerdings habe bereits Herr Prof. Dr. Jahn zutreffend darauf hingewiesen, dass es neben den Verfahren beim BGH auch zahlreiche Revisionsverfahren vor den Oberlandesgerichten gebe. Die Qualität der dortigen Revisionsbegründungen sei häufig wesentlich geringer als Revisionsbegründungen zum BGH. Häufig sei bei solchen ganz offensichtlich unbegründeten Revisionen eine Gegenerklärung überhaupt nicht nötig; der Staatsanwaltschaft solle daher die Einschätzung überlassen bleiben, in welchen Fällen eine Gegenerklärung sinnvoll ist. Würde die Abgabe einer Gegenerklärung in jedem Verfahren - auch bei offenbar unzulässigen oder unbegründeten Revisionen - zur Pflicht, bedeutete dies für die Staatsanwaltschaft einen erheblichen Mehraufwand. Ziel sollte es vielmehr sein, die Regelung in Nummer 162 RiStBV besser durchzusetzen, allerdings solle dies unterhalb einer Gesetzesänderung geschehen.

Herr Prof. Dr. **Jahn** erklärte, er habe ein Verständnisproblem. In dem Vorschlag auf Seite 4 des Gutachtens von Herrn Dr. Mutzbauer heiße es: „[...] hat sich die Staatsanwaltschaft zur Vollständigkeit und Richtigkeit der hierzu vom Revisionsführer angegebenen Tatsachen zu erklären und diese gegebenenfalls mitzuteilen [...]“. Es sei fraglich, ob damit gemeint sei, dass die Staatsanwaltschaft gegebenenfalls ergänzend Tatsachen mitteilen müsse. Im Übrigen könne er sich Herrn Dr. Isak weitgehend anschließen. Die Fälle, bei denen eine Gegenerklärung nicht sinnvoll sei, ließen sich gut lösen. Auch bei einer gesetzlichen Verankerung müsse eine entsprechende Ausnahme von der Pflicht zur Abgabe der Gegenerklärung vorgesehen werden, da ansonsten Arbeitskraft vergeudet werde.

Herr Prof. Dr. **Ignor** warf die Frage auf, ob die Prüfung der Begründetheit des Revisionsvorbringens nicht sowieso zu den Aufgaben der Staatsanwaltschaft gehöre. Diese trage

ebenfalls die Verantwortung für das Revisionsverfahren. Er befürworte daher den Vorschlag von Herrn Dr. Mutzbauer.

Herr Prof. Dr. **Hamm** unterstützte die Ausführungen von Herrn Dr. Krauß. Die Frage, was Inhalt einer entsprechenden Erklärung sei, lasse sich nicht von der Klärung der Fristenfrage trennen. Die Frist sollte sich nicht an der Verhandlungsdauer, sondern am Umfang der Revisionsbegründung orientieren. Nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO müsse die Verteidigung die Verfahrensrügen umfassend begründen. Die Begründung gehe dann mit den Akten bei der Staatsanwaltschaft ein, die eventuell bis zu einem Jahr ohne Konsequenzen auf den Akten „sitzen“ könne. Lege hingegen die Staatsanwaltschaft Revision ein, werde der Verteidigung die Revisionsbegründung zur Verfügung gestellt, mit dem Wissen, dass sie lediglich eine Woche Zeit habe. Für die Verteidigung stelle diese Frist keine Ordnungsvorschrift dar, man könne lediglich versuchen, auf die Generalstaatsanwaltschaft Einfluss zu nehmen.

Herr Dr. **Pollähne** schloss sich zunächst den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Hamm an, dass eine Regelung in der StPO nur sinnvoll sei, wenn sie mit Fristen und Konsequenzen verbunden werde. Die Konstruktion mit einer Art Anscheinsbeweis sei ihm hingegen noch nicht ganz verständlich. Er sei sich noch unsicher, wie die Konsequenzen einer unterlassenen Gegenerklärung aussehen sollten.

Frau **von Strünk** tendierte dazu, den Regelungsstandort in den RiStBV beizubehalten. Den Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Hamm, die Ordnungsvorschrift des § 347 StPO in feste Fristen umzuwandeln, die sich inhaltlich an § 275 StPO orientierten, lehnte sie ab. Es sei ausreichend, dass die Staatsanwaltschaften sich an das Beschleunigungsgebot hielten. Zudem erscheine es schwierig, die Konsequenzen einer unterlassenen Gegenerklärung zu regeln. Das Aufstellen von Fristen sei immer mit der Gefahr verbunden, dass diese dann auch in jedem Fall ausgeschöpft werden.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** zweifelte die hohen Erwartungen an, die mit der Einführung einer Verpflichtung zur Abgabe einer Gegenerklärung verbunden würden. Zum einen sei der Dezernent häufig nicht der Sitzungsvertreter, zum anderen seien die örtlichen Staatsanwalt-

schaften nicht erfahren im Umgang mit Revisionen. Aus Effektivitätsgründen und vor dem Hintergrund praxistauglicher Überlegungen sei es zwar hilfreich, die Gegenerklärung im Zweifel hinzuziehen zu können. Eine Verschärfung der RiStBV sei daher denkbar, jedoch neige er nicht zu einer gesetzlichen Verankerung.

Herr Dr. **Mutzbauer** stellte auf Nachfrage von Herrn Dr. Korte klar, dass sein Vorschlag rein pragmatisch zu verstehen sei. Für ihn sei letztlich nicht entscheidend, ob die RiStBV verschärft würden oder ob die Pflicht in der StPO normiert werde. Wichtig sei allein, dass die Regelung befolgt werde. Zudem sei es entbehrlich, dass sich die Staatsanwaltschaft umfassend zur Zulässigkeit und Begründetheit äußere. Sie müsse nicht jedem mit der Revision vorgetragene Umstand erhebliche Bedeutung beimessen. Es sei nicht erforderlich, an das Unterlassen einer Gegenerklärung Konsequenzen zu knüpfen. Insbesondere solle dem Unterlassen einer Gegenerklärung keine Zugeständniswirkung zukommen.

Herr Prof. Dr. **Hamm** stellte klar, es sei selbstverständlich, dass sein Vorschlag mit all seinen Konsequenzen sowohl für die Staatsanwaltschaft als auch für die Verteidigung gelten müsse. Richtig sei auch, dass die Frage des Freibeweises näher ausgestaltet werden müsse, allerdings gehe es in der Kommission zunächst nicht um Gesetzesformulierungen, sondern um die Festlegung von Eckpunkten. Die Frist für die Gegenerklärung müsse sich auch nicht starr an § 275 StPO, sondern am Umfang der Revisionsbegründung orientieren. Er sehe aber, dass es schwierig sei, dies gesetzlich auszugestalten. Er stimme Herrn Dr. Mutzbauer darin zu, dass es nicht erforderlich sei, in der Gegenerklärung die Begründetheit der Revision zu prüfen. Die Gegenerklärung müsse nicht mehr enthalten als einen Tatsachencheck. Gleichgültig sei es, ob dies vom Dezernenten oder dem Sitzungsvertreter vorgenommen werde, da aus den Akten zum Teil wörtlich zitiert werde.

Herr Prof. Dr. **Hamm** stellte zur Diskussion, ob § 347 Absatz 2 StPO unverändert bleiben solle oder ob nicht die Möglichkeit eingefügt werden solle, eine Fristverlängerung zu beantragen.

Herr Dr. **Mutzbauer** äußerte sich kritisch zu einer solchen Fristverlängerungsmöglichkeit. Weil absehbar sei, dass sie in aller Regel genutzt werde. Im Übrigen verstehe er die Regelung in § 347 Absatz 2 StPO so, dass die Staatsanwaltschaft im Einzelfall eine von der Verteidigung angekündigte Gegenerklärung abwarte.

Auf seine Nachfrage hin erklärte **Herr Prof. Dr. Hamm**, dass ihm schon wiederholt eine solche formlose Fristverlängerung verweigert worden sei. Zwar bestehe die informelle Möglichkeit, den GBA um eine Fristverlängerung zu bitten, jedoch bevorzuge er eine entsprechende Gesetzesänderung.

### c) Meinungsbild

Im anschließend eingeholten Meinungsbild sprachen nur wenige Kommissionsmitglieder für den Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Hamm (gesetzliche Regelung mit Fristen und Konsequenzen) aus.

Für den Vorschlag von Herrn Dr. Mutzbauer (Hochstufung von einer Regelung in den RiStBV zu einer Regelung in der StPO ohne Fristen und Konsequenzen) Sprach sich eine knappe Mehrheit aus.

## 3. Ausdehnung der Revisionsbegründungsfrist

### a) Gutachten

Herr Prof. Dr. **Hamm** stellte sein Gutachten vor. Er kritisierte die starren Fristen des § 345 StPO. Aus Verteidigersicht sei es äußerst unbefriedigend, dass es eine starre Revisionsbegründungsfrist gebe, während die Frist für die Urteilsbegründung in Einzelfällen bis zu einem Jahr betragen könne. Es sei sachgerecht, bei der Frage nach der Länge der Fristen auch dem Aufwand einer Revisionsbegründung für die Verteidigung Rechnung zu tragen. § 345 StPO solle

dahingehend geändert werden, dass auch die Dauer der Hauptverhandlung zu berücksichtigen sei.

Das Beschleunigungsgebot könne insoweit nicht als Gegenargument angeführt werden, denn dieses werde bei der Urteilsabsetzungsfrist auch nicht geltend gemacht. Um dem Beschleunigungsgebot zur Geltung zu verhelfen, schlug Herr Prof. Dr. Hamm vielmehr vor, die Frist des § 275 StPO für die Urteilsabsetzung auf höchstens drei Monate zu begrenzen. § 338 Nummer 7 StPO solle als absoluter Revisionsgrund bestehen bleiben. Das Dokument, das die Verteidigung dringend zur Abfassung der Revisionsbegründung benötige, sei das Protokoll.

Die Frage der Revisionsbegründungsfrist sei daher auch eng mit der Vorfrage der Fertigstellung des Hauptverhandlungsprotokolls verknüpft. Werde dieses den Verfahrensbeteiligten unmittelbar nach dem Abschluss der Hauptverhandlung und damit deutlich vor der Zustellung des Urteils zur Verfügung gestellt, könne gegebenenfalls auch die Revisionsbegründungsfrist von einem Monat beibehalten werden. Es sei jedoch ein Ärgernis, das sich durch alle Großverfahren ziehe, dass das Protokoll lange Zeit nicht fertiggestellt werde, sondern oft bis zur Fertigstellung des Urteils nur als „Entwurf“ bezeichnet werde. Nicht nachvollziehbar sei, warum das Hauptverhandlungsprotokoll erst nach vielen Monaten zugleich mit der Urteilsfertigstellung abgeschlossen werden könne. Hier sei im Gegenteil ein Rechtsmissbrauch durch die Justiz zu befürchten, dem der Gesetzgeber durch eine Pflicht zur frühzeitigen Fertigstellung und Übersendung des Hauptverhandlungsprotokolls entgegenzuwirken habe.

Auch sei nicht einsichtig, warum nicht in Umfangsverfahren für jeden Verhandlungstag oder jedenfalls für jeden zusammenhängenden Verhandlungsabschnitt ein Teilprotokoll gefertigt und den Verfahrensbeteiligten schon während des laufenden Verfahrens übermittelt werden könne. Dies sei zudem geeignet, die Authentizität des Protokolls zu erhöhen, da die Erinnerung bei zeitnaher Protokollanfertigung noch frisch sei.

Die derzeitige Praxis nähere eher eine Befürchtung, dass das Protokoll dem Urteil angepasst werden und die Revisionsbegründungsfrist bewusst verkürzt werden solle. In diesem Zusammenhang verwies Herr Prof. Dr. Hamm auf ein auf Seite 6 seines schriftlichen Gutachtens dargestelltes sehr komplexes Bußgeldverfahren, in dem das Protokoll der Verteidigung vor Urteilszustellung nicht zugänglich gemacht worden sei, nun aber seit über einem Jahr auf die Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft gewartet werde. Er könne sich daher die Beibehaltung der starren Monatsfrist für die Revisionsbegründung vorstellen, soweit die Protokollierung in Form von Tagesprotokollen erfolge, die innerhalb einer Woche zugestellt werden.

Werde ein Protokoll verspätet zugestellt, solle die Revisionsbegründungsfrist entsprechend verlängert werden.

### b) Diskussion

Herr Dr. **Mutzbauer** äußerte sich ablehnend zu dem Vorschlag, die Revisionsbegründungsfrist zu verlängern. Eine solche Regelung gelte für alle Verfahren und führe damit insgesamt zu Verfahrensverzögerungen. Zu den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Hamm zum Hauptverhandlungsprotokoll müsse zunächst klargestellt werden, dass die gesamte Hauptverhandlung als Einheit zu sehen sei. Das Anfertigen von Tagesprotokollen werde diesem Verständnis nicht gerecht. Zu den Tagesprotokollen könne er aus eigener Erfahrung als Tatrichter berichten, dass das laufende Sitzungsprotokoll regelmäßig noch am selben, spätestens am nächsten Tag angefertigt und überarbeitet worden sei, gerade weil die Erinnerung bei allen Richtern dann noch frisch gewesen sei. Er stimmte Herrn Prof. Dr. Hamm darin zu, dass es nicht sein könne, dass die Fertigstellung des Protokolls „absichtlich“ verweigert werde, um das Protokoll nicht herausgeben zu müssen. Deshalb habe der Vorschlag, die zeitnahe Übersendung von Protokollen zu fördern, einiges für sich.

Herr Prof. Dr. **Hamm** erwiderte, dass die Hauptverhandlung als Einheit zu sehen sei, treffe eventuell beim Schöffengericht mit dem Inhaltsprotokoll zu, nicht dagegen beim Landgericht, bei dem lediglich ein Formalprotokoll angefertigt werde.

Herr **Wenske** wies zunächst darauf hin, dass auch für § 275 StPO der Beschleunigungsgrundsatz gelte. Das Bundesverfassungsgericht habe entschieden, dass dort nur die Höchstgrenzen geregelt seien. Ferner sei aus seiner Sicht eine Differenzierung zwischen der Frist des § 345 StPO und den Fristen des § 275 StPO geboten, da es hier keinen Gleichlauf gebe. Die Urteilsgründe zu verfassen, könne deutlich schwieriger sein und beanspruche erheblich mehr Zeit als die Fertigung einer Revisionsbegründung. Mit Blick auf die Protokollerstellung sei darauf hinzuweisen, dass hier das Vier-Augen-Prinzip gelte. In der Praxis bestehe das Problem, dass es nicht genügend gut ausgebildete Protokollkräfte gebe (bspw. in Hamburg nur sechs feste Protokollkräfte für 30 Senate).

Herr Wenske berichtete in diesem Zusammenhang über ein Verfahren mit 45 Verhandlungstagen, bei dem etwa 20 verschiedene Protokollanten mitgewirkt hätten. In der Praxis gebe es

ein Team aus Richtern und Protokollführer, wie es die StPO unterstelle, nicht. Zudem sei die Protokollerstellung an sich schon problematisch und arbeitsintensiv. Eine Wochenfrist für die Erstellung eines Protokolls sei daher nicht sachgerecht. Der Richter müsse sich dann innerhalb einer Woche mit den Protokollführern treffen, um eventuelle Fehler im Protokoll zu berichtigen. Notwendig sei Zeit und Ruhe, um das Protokoll kontrollieren zu können, ansonsten werde eine Aufhebung allein aus formalen Gründen riskiert. Weiterhin seien die Ausführungen von Herr Dr. Mutzbauer zutreffend, dass der Gedanke der Einheit der Hauptverhandlung gegen die Anfertigung von Teilprotokollen spreche. Es bestehe die Gefahr, dass ein einheitlicher Vorgang in mehrere Protokolle zerrissen werde. So stelle sich etwa die Frage, wo das Negativattest aus § 273 Absatz 1a Satz 2 StPO dann untergebracht werden solle.

Frau **Graf-Schlicker** gab vor dem Hintergrund der dargestellten praktischen Probleme der Justiz zu bedenken, dass auch die Verteidigung an Fristen gebunden werde, ohne dass auf dort etwa bestehende praktische Probleme Rücksicht genommen werde.

Herr Dr. **Müller** äußerte Sympathie für den Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Hamm, da die Qualität eines Protokolls umso höher sei, je zeitnäher es verfasst werde. Ansonsten widerspreche er den von Herrn Prof. Dr. Hamm vermuteten Motiven bezüglich der derzeitigen Praxis der Protokollerstellung, auch wenn ein solcher Eindruck entstehen könne.

Herr Dr. **Krauß** lehnte eine Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist ab. Die Frist gelte nicht für die Sachrüge und sei in aller Regel ausreichend. Zu der Idee von Teilprotokollen lasse sich festhalten, dass ein solches Vorgehen bereits de lege lata möglich sei, allerdings kein entsprechender Anspruch bestehe. Solche Teilprotokolle seien aber auch nicht in jedem Fall sinnvoll, etwa bei einer nur wenige Tage dauernden Hauptverhandlung. Der Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Hamm zu den Folgen einer Fristüberschreitung bei der Protokollerstellung sei zudem problematisch.

Herr **Schmengler** pflichtete Herrn Prof. Dr. Hamm in seiner Kritik an verspätet fertiggestellten Protokollen bei, allerdings sei es nicht angezeigt, hier einen Missbrauch oder eine Rechtsbeugung zu unterstellen. Das Problem habe Herr Wenske zutreffend aufgezeigt. Er könne sich alternativ eine Pflicht zur Fertigstellung von Teilprotokollen vorstellen, wenn eine

längere Verfahrensunterbrechung erfolge. Gegen die Normierung von Berichtigungsmöglichkeiten spreche, dass diese von Konfliktverteidigern ausgenutzt werden könnten, da die Ablehnung einer Protokollberichtigung jeweils einen Ablehnungsantrag nach sich ziehen könne.

Herr **Caspari** wies auf das praktische „Problem“ hin, dass es keine Weisungsbefugnis bzw. Einflussmöglichkeit von Richtern gegenüber den Protokollkräften gebe. Man könne den Richter daher nicht dazu verpflichten, dafür Sorge zu tragen, dass das Protokoll innerhalb von einer Woche fertiggestellt werde. Er plädierte dafür, den Richtern eine solche Weisungsbefugnis einzuräumen. In diesem Fall könne er den Vorschlag eher befürworten.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** bekundete mangelndes Verständnis für die vorgebrachten praktischen Probleme der Gerichte bei der Protokollerstellung, wenn lediglich die wesentlichen Förmlichkeiten zu protokollieren seien. Die Protokollformulare seien doch vorformuliert. Es handele sich lediglich um „Kreuzchenprotokolle“. Zudem könne der Beisitzer, der nicht Berichterstatter sei, auf die Richtigkeit achten. Die kurze Revisionsbegründungsfrist setze die Verteidigung hingegen häufig enorm unter Druck. Zunächst warte der Angeklagte auf das Urteil. Dann müsse man mit diesem zunächst zu einem Revisions spezialisten gehen, da es viele Verteidiger gebe, die zu wenig Erfahrung mit der Revision hätten. Er könne sich nicht vorstellen, dass eine Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist zu Sand im Getriebe der Justiz werden würde.

Herr Prof. Dr. **Jahn** führte zunächst aus, dass aus seiner Sicht die Verknüpfung der Frage nach neuen Fristen für die Protokollerstellung und der Frage nach einer Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist nicht fruchtbar sei. Er wolle sich daher der Ausgangsfrage, nämlich der Frage nach einer Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist widmen. Hierzu verwies er auf einen Alternativvorschlag von *Kuckein/Nack* aus dem Jahr 2007. Diese hätten die Auffassung vertreten, dass die Frist des § 345 StPO bei Umfangsverfahren keinen effektiven Rechtsschutz garantiere und damit gegen Art. 19 Absatz 4 GG verstoße. Herr Prof. Dr. Jahn zog daher das Fazit, dass hier ein verfassungsrechtliches und auch menschenrechtliches Problem liege. Er verwies auf eine Entscheidung des Österreichischen Verfassungsgerichts-

hofs (ÖstVerfGH, Beschl. v. 16.3.2000 – G 151/99, 166/99, 168/99, in NStZ 2000, S. 668f.). Nach dieser Entscheidung habe eine dem deutschen Recht vergleichbare Regelung des österreichischen Rechts (§ 285 Abs. 1 ÖStPO a.F.) gegen Art. 6 EMRK verstoßen. Daraufhin sei diese Regelung geändert worden.

Das Problem einer allgemeinen gesetzlichen Regelung bestehe darin, dass es unterschiedliche Arten von Verfahren gebe. Zum einen gebe es eine Vielzahl von überschaubaren Verfahren, bei denen lediglich versucht werde, die Rechtskraft hinauszuzögern, und zum anderen gebe es komplexe Umfangsverfahren. § 285 ÖStPO trage dem in seiner neuen Fassung dadurch Rechnung, dass „im Falle extremen Umfangs des Verfahrens“ auf Antrag des Rechtsmittelführers eine Verlängerung der Frist in Frage komme. Dies habe nach § 285 Absatz 3 ÖStPO der Tatrichter zu beurteilen. Die Beschwerde gegen eine solche Entscheidung des Tatrichters sei nach § 285 Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 2 ÖStPO ausgeschlossen.

Frau **Graf-Schlicker** sagte zu, über die bestehenden ministeriellen Kontakte die österreichischen Erfahrungen mit der Neufassung des § 285 ÖStPO abzufragen.

Frau **Paulmann-Heinke** unterstützte den Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Jahn. Eine Fristverlängerung könne bei einigen Verfahren notwendig sei, allerdings nicht in jedem Verfahren. Sie halte deshalb eine Antragslösung für zweckmäßig. Eine Koppelung der Frist für die Revisionsbegründung an die Urteilsabsetzungsfrist lehne sie ab. Sympathie äußerte sie für die Idee der Erstellung von Teilprotokollen, die etwa im Abstand von ca. zehn Sitzungstagen gebündelt fertiggestellt werden könnten. Die Erstellung eines einheitlichen Protokolls sei zwar üblich, allerdings gebe es dafür keine rationalen Gründe. Die Frist für die Abfassung dieser Teilprotokolle solle dann aber nicht eine, sondern zwei Wochen betragen.

Herr Dr. **Pollähne** plädierte dafür, die Themen „Teilprotokolle“ und „Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist“ voneinander zu trennen. Er schloss sich Herrn Prof. Dr. Hamm darin an, dass ein Monat für die Erststellung einer Revisionsbegründung häufig ausreichend sei, wenn das Protokoll rechtzeitig vorliege. Eine etwaige Verlängerungsmöglichkeit müsse hinreichend bestimmt ausgestaltet werden. Gegen den Einwand, eine Verlängerungsmöglichkeit verstoße gegen das Beschleunigungsgebot wandte er ein, dass es sich dabei um ein Recht

des Angeklagten aus Art. 6 Absatz 1 EMRK handle. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers, auf einen effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Absatz 4 GG) und auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK) zu achten. Gerade weil es zunehmend Umfangsverfahren gebe, sei eine gesetzliche Ausgestaltung der Verlängerungsmöglichkeit erforderlich. Bei der Bemessung der Revisionsbegründungsfrist sei zu bedenken, dass der Revisionsverteidiger häufig ein anderer sei als der Instanzverteidiger. Ersterer müsse sich zunächst in das ganze Verfahren einarbeiten. Darüber hinaus könne der Revisionsverteidiger nicht abschätzen, zu welchem Zeitpunkt das Urteil tatsächlich zugestellt werde.

Er halte eine Koppelung der Revisionsbegründungsfrist an die Fristen des § 275 StPO für die klarste und zugleich einfachste Regelung. Gegen das von Herrn Wenske vorgebrachte Argument sei einzuwenden, dass die das Urteil verantwortenden Richter anders als der Revisionsverteidiger von Anfang an beim Verfahren dabei gewesen seien. Zudem solle der Verteidigung ein wenig mehr Vertrauen entgegengebracht werden, dass diese längere Fristen nicht ausufernd ausnutzen werde. Eine Begrenzung der Urteilsabsetzungsfrist und damit auch der Revisionsbegründungsfrist auf maximal drei Monate sei aus seiner Sicht eine gute Idee.

Herr Dr. **Isak** wandte sich zunächst gegen die Argumentation von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor bezüglich der Protokollerstellung. Die Mehrheit der Hauptverhandlungsprotokolle seien nicht nur „Kreuzchenprotokolle“. In der Praxis müssten fast alle Protokolle korrigiert werden, wofür eine Wochenfrist nicht ausreichend sei. Problematisch sei die Verbindung der Frage der Erstellung von Teilprotokollen mit der Frage nach einer Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist. Er regte an, die Erstellung von Teilprotokollen evtl. mit einer Soll-Vorschrift zu ermöglichen. Bezüglich der Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist unterstützte er die von Herrn Prof. Dr. Jahn vorgestellte Idee in Anlehnung an die österreichische Regelung.

Herr Dr. **Mutzbauer** wies darauf hin, dass es für den Angeklagten vor dem Hintergrund des Beschleunigungsgrundsatzes problematisch sein könne, wenn die Verlängerungsmöglichkeiten für die Revisionsbegründung auch für die Nebenkläger gelten sollten. Das Bundesverfassungsgericht halte Fristverlängerungen nur in Ausnahmefällen für geboten, nicht dagegen als Regelfall. Daher habe er Sympathien für den Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Jahn. Wenn allerdings wie im österreichischen Recht keine Beschwerdemöglichkeit gegen die Ablehnung der Fristverlängerung vorgesehen werde, könne dies auf Seiten der Verteidigung zu Unzu-

friedenheit führen. Allerdings könne die Abstimmung zwischen Instanz- und Revisionsverteidigung nicht zur alleinigen Begründung erhalten, da dies lediglich eine Frage der Organisation der Verteidigung sei. Auch die Ungewissheit darüber, wann genau das Urteil zugestellt werde, stehe einer Vorbereitung der Revision bereits vor Zustellung nicht im Wege. Hierzu werde auch durchaus Akteneinsicht gewährt. Allerdings sei hinsichtlich der verzögerten Protokollfertigstellung Herrn Prof. Dr. Hamm zuzustimmen. Abschließend wies Herr Dr. Mutzbauer nochmals darauf hin, dass neue Regelungen grundsätzlich für alle Verfahrensbeteiligten, insbesondere auch für die Nebenkläger, zur Anwendung gelangen müssen.

### c) Meinungsbild

Frau **Graf-Schlicker** fasste zusammen, dass ein differenziertes Meinungsbild bestehe und die Vorschläge vor einer Abstimmung im Einzelnen noch einmal mit den Gutachtern erörtert werden sollten.

## 4. Begründungspflicht bei Verwerfung offensichtlich unbegründeter Revisionen

### a) Gutachten

Herr Dr. **Mutzbauer** stellte sein Gutachten vor. Er wies zunächst darauf hin, dass sich die Kritik der Verteidigung an § 349 Absatz 2 StPO nicht auf die gesetzliche Regelung als solche beziehe, sondern auf ihre Handhabung in der Praxis. Aus Verteidigersicht sei die Kritik durchaus nachvollziehbar. Herr Dr. Mutzbauer verwies jedoch auf eine in seinem schriftlichen Gutachten wiedergegebene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, nach der es vereinbar mit dem Grundgesetz und der EMRK sei, Entscheidungen nach § 349 Absatz 2 StPO nicht zu begründen. Zudem wies er darauf hin, dass eben aus der „offensichtlichen“ Unbegründetheit folge, dass die Entscheidung keiner darüber hinausgehenden Begründung bedürfe. Zum Teil gebe es sehr schlechte Revisionsbegründungen. Würde der BGH hierauf ausführlich eingehen, würde dies das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant aus seiner Sicht weitaus mehr belasten als eine Verwerfung der Revision ohne Angabe von Gründen.

Im Anschluss stellte Herr Prof. Dr. **Hamm** sein Gutachten vor. Er konstatierte zunächst, dass der Entscheidungsprozess im Revisionsverfahren in der Praxis nicht mehr so ablaufe, wie sich der Gesetzgeber dies vorgestellt habe. Ursprünglich habe der Mündlichkeitsgrundsatz im

Mittelpunkt gestanden, so dass eine Revision im schriftlichen Verfahren lediglich auf Grund bestimmter Formmängel habe zurückgewiesen werden können. Es sei dann allerdings erkannt worden, dass es auch offensichtlich unbegründete Revisionen gebe und diese durch Beschluss zu verwerfen seien. Allerdings sei dann der Anteil der Verwerfungsbeschlüsse auf über 50% gestiegen. Darauf habe der Gesetzgeber mit der Einführung des Antragsrechts der Staatsanwaltschaft reagiert, allerdings damit das Gegenteil von dem erreicht, was bezweckt worden sei.

Daher schlage er vor, das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen schriftlichem und mündlichem Verfahren zu ändern. Generell solle das Verfahren künftig unabhängig von einem Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft schriftlich geführt werden. Der Senat solle prüfen, ob ausnahmsweise die Durchführung einer Hauptverhandlung erforderlich sei. In dem mündlichen Termin sollten dann nur Streitige Aspekte erörtert werden. Ferner solle für die Verwerfung einer zulässigen Revision im schriftlichen Verfahren grundsätzlich Einstimmigkeit, für die Stattgabe dagegen eine einfache Mehrheit vorgesehen werden. Dies stehe jedoch unter der Voraussetzung, dass alle Senatsmitglieder auch wüssten, worum es gehe.

Das Zehn-Augen-Prinzip solle aber als Selbstverständlichkeit gelten und nicht zusätzlich gesetzlich verankert werden. Zugleich schlug Herr Prof. Dr. Hamm eine Begründungspflicht für alle Verwerfungsbeschlüsse vor. Folge das Revisionsgericht der Ansicht der Staatsanwaltschaft auch in der Begründung, so genüge eine Verweisung auf deren Antragschrift. Eine eigenständige Begründung sei aber erforderlich, wenn dem Antrag der Staatsanwaltschaft nur im Ergebnis gefolgt werden solle. Generell solle das Revisionsgericht unabhängig von der Staatsanwaltschaft entscheiden können, ob eine Hauptverhandlung stattfindet. Er schlug vor, § 349 StPO wie in seinem schriftlichen Gutachten vorgestellt zu ändern.

Auf Nachfrage von Frau **Graf-Schlicker**, wie dieser Vorschlag die Effizienz im Strafverfahren erhöhen könne, erläuterte Herr Prof. Dr. **Hamm**, dass Effizienz im Revisionsverfahren Effizienz des Rechtsschutzes bedeute. In keinem anderen Rechtsgebiet klafften Rechtspraxis und gesetzliche Grundlagen so weit auseinander wie bei der Revision in Strafsachen. Die Rechtsprechung habe aus den gesetzlichen Vorschriften immer mehr Revisionsgründe abgeleitet. Zugleich gehe die Zahl der erfolgreichen Revisionen ständig zurück. Die Rechtsprechung zur Beruhensfrage sei hoch komplex. Für einen effizienten Rechtsschutz seien das Zehn-Augen-

Prinzip und die Begründungspflicht bei der Verwerfung im Beschlussweg von großer Bedeutung.

### b) Diskussion

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** sprach sich für eine generelle Begründungspflicht aus. Der aktuelle Zustand lasse sich nicht rechtfertigen. Das Rechtsstaatsprinzip sei als Optimierungsgebot zu verstehen, nach welchem der Staat die Aufgabe habe, das Verhältnis zwischen Bürger und Recht zu verbessern. Im Gegensatz zu einem Machtspruch zeichne sich ein Rechtsspruch durch eine inhaltliche Begründung und Willkürfreiheit aus. Dass ein solcher Rechtsspruch ohne Begründung ergehe, sei an sich schon irrational. Der Verzicht auf eine Begründung sei auch nicht nachvollziehbar, da es ja immer Sachgründe gebe, die für die getroffene Entscheidung maßgeblich seien. Diese Gründe könne und müsse das Revisionsgericht jedenfalls kurz mitteilen. Eine Begründungspflicht steigere auch die Effizienz, weil dann eine gründlichere Beratung erfolge. Die Begründungspflicht sei ein Garant für die Sorgfalt. Dies könne dem Adressaten durchaus peinlich sein, aber das sei im Sinne einer Steigerung der Qualität der Strafverteidigung ebenfalls zu begrüßen.

Auch Herr Dr. **Pollähne** schloss sich dem Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Hamm an. Er sehe ebenfalls nur Vorteile in einer Begründungspflicht. Die Akzeptanz und Vorhersehbarkeit von Revisionsentscheidungen werde dadurch erhöht. Ansonsten sei der Betroffene mit einer „Black-Box“ konfrontiert. Die Bundesgerichte und die Oberlandesgerichte sollten sich dem wissenschaftlichen Diskurs stellen. Die Weiterentwicklung sei auch rechtsstaatlich geboten.

Herr Dr. **Krauß** stellte zunächst fest, dass das derzeitige System funktioniere. Ihm stelle sich damit die Frage, ob man überhaupt etwas ändern müsse. Er sei mit dem Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Hamm bezüglich des schriftlichen Verfahrens grundsätzlich einverstanden, wolle aber am Prinzip der Einstimmigkeit sowohl bei der Verwerfung als auch bei der Stattgabe der Revision festhalten. Bei der Loslösung des Verfahrens von einem Antrag der Staatsanwaltschaft sei allerdings zu bedenken, dass diese Abkopplung zur Folge haben könne, dass dort die Begründungstiefe nachlasse. Ferner stehe die Forderung nach einer Begründungspflicht nicht im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip. Es gebe sogar Rechtsstaaten, bei de-

nen selbst in der ersten Instanz keine schriftliche Begründung der Entscheidung erfolge. Er bezweifelte einen Mehrwert der Begründungspflicht in den Fällen, in denen sich das Revisionsgericht der Sicht der Staatsanwaltschaft anschließe.

Herr Dr. **Müller** vertrat die Auffassung, dass das Bild von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor zu idealistisch gezeichnet worden sei. Es gebe viele Revisionsverfahren, bei denen es lediglich darum gehe, dem Mandanten Zeit bis zum Eintritt der Rechtskraft zu verschaffen. Eine allgemeine Begründungspflicht werde lediglich dazu führen, dass die Offensichtlichkeit mit Textbausteinen begründet werde, wodurch nichts gewonnen sei. Ansonsten befürworte er zum schriftlichen Verfahren eine Beibehaltung der Bindung an die Anträge der Staatsanwaltschaft, da hierdurch eine zusätzliche Gewähr dafür geschaffen werde, dass nur in geeigneten Fällen im Beschlussverfahren über die Revision entschieden werde.

Herr Dr. **Mutzbauer** wiederholte, dass er eine Begründung für sinnlos halte. Wenn eine Revision offensichtlich (!) unbegründet sei, liege bereits darin die ausreichende Begründung.

Herr Prof. Dr. **Hamm** erwiderte daraufhin, dass in einem solchen Fall dann aber die vermeintlich offensichtliche Unbegründetheit nicht in einer mehr als 30 Seiten langen Antragschrift der Staatsanwaltschaft dargelegt werden müsse, wie dies in der Praxis häufig zu beobachten sei.

Herr Prof. Dr. **Esser** vertrat die Auffassung, dass die Begründung einer Entscheidung und das Rechtsstaatsprinzip untrennbar miteinander verbunden seien. Eine Begründung verleihe einer Entscheidung höhere Akzeptanz. Allerdings könne er die von Herrn Dr. Müller angesprochenen Punkte, dass man die Problematik nicht mit einem zu idealistischen Bild angehen dürfe, nachvollziehen. § 349 Absatz 2 StPO sei wohl mit der Verfassung und der EMRK zu vereinbaren, dennoch habe er Bedenken. Er sehe ein großes rechtsstaatliches Problem, das aber wohl ohne die Erhöhung der Ressourcen der Justiz nicht zu lösen seien werde.

Frau **von Strünk** schloss sich der Argumentation von Herrn Dr. Mutzbauer gegen die Einführung einer Begründungspflicht an. Sie halte die derzeitige Rechtslage für ausreichend. Nicht einverstanden sei sie mit den einleitenden Worten des Gutachtens von Herrn Prof. Dr. Hamm bezüglich der Frage nach der Effizienz im Revisionsverfahren. Beschleunigung und Straffung seien auch bei der Revision möglich.

Nach Auffassung von Herrn Prof. Dr. **Rönnau** ist die Frage nach dem Vier- oder Zehn-Augen-Prinzip von elementarer Bedeutung. Er verwies auf die Praxis der Zivilsenate des BGH. Das dort geübte Verfahren mit schriftlichen Voten könne von den Strafsenaten übernommen werden. Vier Augen könnten auch einmal etwas übersehen.

----- 2. Sitzungstag – 17. März 2015 -----

## **5. Schriftliches Revisionsverfahren**

### **a) Gutachten**

Prof. Dr. **Hamm** stellte sein Gutachten vor. Er plädierte für die Einführung eines schriftlichen Verfahrens, bei dem als zwingende Voraussetzungen allerdings eine Begründungspflicht und die Normierung des Zehn-Augen-Prinzip zu verlangen seien. Eine Begründungspflicht sei insbesondere in den Fällen unerlässlich, in denen der Senat dem Antrag der Revisionsstaatsanwaltschaft nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung folge. Eine Ausnahme vom Grundsatz des schriftlichen Revisionsverfahrens solle immer dann gelten, wenn eine Verwerfungsentscheidung nicht einstimmig erfolgen könne, außerdem in Fällen grundsätzlicher Bedeutung.

### **b) Diskussion**

Herr Dr. **Mutzbauer** stimmte der Einführung eines schriftlichen Revisionsverfahrens im Grundsatz zu. Eine Beschlussentscheidung solle aber stets – auch bei Stattgabe einer Revision – nur einstimmig erfolgen können. Das Offensichtlichkeitserfordernis für die Beschlussentscheidung könne wegfallen, wenn das Revisionsgericht nicht mehr an die Anträge der Revisionsstaatsanwaltschaft gebunden sei. Unerlässlich sei, dass es keinen Anspruch des Angeklagten auf Durchführung einer Revisionshauptverhandlung geben dürfe. Ferner müsse es bei einem Revisionsverfahren, in dem von mehreren Beteiligten Revision eingelegt wurde, möglich sein, bezüglich der einen Revision eine Hauptverhandlung und bezüglich der anderen ein schriftliches Verfahren durchzuführen. Zum Zehn-Augen-Prinzip führte er aus, dass eine gesetzliche Normierung aus seiner Sicht einen unzulässigen Eingriff in die richterliche

Unabhängigkeit darstelle. Eine Begründungspflicht für jeden Fall der Verwerfung hielt er weiterhin für nicht angezeigt, da hier nur mit floskelhaften Begründungen zu rechnen sei.

Frau **von Strünk** bestätigte die Einschätzung, dass sich das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Revisionshauptverhandlung und Beschlussentscheidung in der Praxis umgekehrt habe. Grundsätzlich habe sie daher Sympathie für die Eckpunkte im schriftlichen Gutachten von Herrn Dr. Mutzbauer. Insbesondere solle eine Beschlussentscheidung stets nur einstimmig ergehen können. Skeptisch äußerte sie sich hinsichtlich einer allgemeinen Begründungspflicht, vor allem weil hierdurch deutlich mehr Arbeit anfallen könne. Jedenfalls müsse es zulässig sein, dass das Revisionsgericht auf den Antrag Bezug nehme. Ablehnend äußerte sie sich zur gesetzlichen Verankerung des Zehn-Augen-Prinzips, dies sei aus verfassungsrechtlichen Gründen problematisch.

Herr Prof. Dr. **Radtke** legte dar, dass er den schriftlichen Ausführungen von Dr. Mutzbauer nahezu vollständig zustimmen könne. Das Gesetz müsse in Bezug auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis an die Realität angepasst werden. Für diskussionsfähig halte er die Frage, ob man auf das Kriterium der Offensichtlichkeit verzichten solle. Dieses Kriterium solle lediglich verdeutlichen, dass das Rechtsmittel aussichtslos sei; hieraus rechtfertige sich letztlich die beschränkte Begründungspflicht. Im Ergebnis könne er dem Modell von Herrn Dr. Mutzbauer jedoch folgen.

Zur Frage der Notwendigkeit einer Verankerung des Zehn-Augen-Prinzips sei darauf hinzuweisen, dass selbstverständlich alle an der Entscheidung beteiligten Richter die erforderliche Kenntnis des zu entscheidenden Sachverhalts haben müssten. Allein entscheidend sei die Frage, ob gesetzlich vorgegeben werden könne, wie sich der Richter diese Kenntnis zu verschaffen habe. Man entwickle als Richter durchaus ein Gespür dafür, ob der Vortrag des Berichterstatters allein ausreiche oder es notwendig sei, zusätzlich etwa auch die Revisionsbegründung und den Antrag des GBA selbst zu lesen. Diese Entscheidung könne und müsse aber letztlich den beteiligten Richtern überlassen bleiben. Habe man kein Vertrauen in das Berufsethos der Richter, bringe auch die gesetzliche Normierung eines Zehn-Augen-Prinzips nichts. Daher sehe er keinerlei Notwendigkeit für die gesetzliche Verankerung eines solchen Prinzips.

Herr Prof. Dr. **Hamm** stellte zunächst klar, er habe nicht vorgeschlagen, das Zehn-Augen-Prinzip ausdrücklich gesetzlich zu normieren. Dieses Prinzip solle nur durch den Terminus „Einstimmig“ verankert werden. Wenn im Gesetz Einstimmigkeit verlangt werde, schließe das ein, dass sich jeder an der Entscheidung beteiligte Richter die erforderlichen Kenntnisse selbst angeeignet habe. Allerdings habe der BGH selbst durch verschiedene Publikationen den Streit um das Zehn-Augen-Prinzip in die Öffentlichkeit getragen und die unterschiedlichen Vorgehensweisen in den Senaten offengelegt. Im Ergebnis stimme er Herrn Prof. Dr. Radtke darin zu, dass in das Berufsethos der Richter vertraut werden müsse und es auch nicht darum gehen könne, das Beratungsgeheimnis zu lockern.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** wies nochmals darauf hin, dass sich das Revisionsrecht aus seiner Sicht nicht dafür eigne, einen Beschleunigungseffekt bei der Justiz zu erzielen. Das Revisionsrecht habe sich über 100 Jahre entwickelt und ursprünglich ein einfaches Rechtsmittel darstellen sollen. Inzwischen sei allerdings für die Durchführung eines Revisionsverfahrens erhebliches Expertenwissen erforderlich. Es sei auch verständlich, dass durch aktuelle Entwicklungen - etwa die Ausweitungen im Bereich der Staatsschutzdelikte - den Richtern des BGH immer weniger Zeit zur Verfügung stehe. Allerdings müsse berücksichtigt werden, dass es beim BGH nicht nur um Rechtsfortbildung gehe, sondern dass die Frage der Einzelfallgerechtigkeit ebenfalls wichtig sei. Zu beachten sei, dass es bei den dort verhandelten Verfahren keine zweite Tatsacheninstanz gebe. Sollte es zu einer Ausweitung des Beschlussverfahrens kommen, halte er das Erfordernis der Einstimmigkeit für geboten, um den Spruchkörper insgesamt in die Verantwortung für die Entscheidung zu nehmen.

Er plädierte aber dafür, das Mündlichkeitsprinzip im Grundsatz beizubehalten. Seine persönliche Erfahrung vor dem BGH habe ihm gezeigt, dass sich Verfahren auch aus der Diskussion in der mündlichen Verhandlung entwickeln. Diese Dynamik sei bei einem schriftlichen Verfahren nicht möglich. Daher sei das Mündlichkeitsprinzip nicht zu gering zu schätzen. In jedem Fall solle den Beteiligten ein Antragsrecht auf Durchführung einer Revisionshauptverhandlung zustehen.

Frau **Graf-Schlicker** wies darauf hin, dass der Mündlichkeitsgrundsatz auch in anderen Rechtsgebieten infrage gestellt werde. Man habe – etwa im Fall des § 522 ZPO – nicht immer nur gute Erfahrungen mit der Einführung schriftlicher Verfahren gemacht.

Herr Prof. Dr. **Jahn** plädierte dafür, die Diskussion um das Zehn-Augen-Prinzip nicht abubrechen. Es sollte jedoch geprüft werden, ob eine gesetzliche Regelung überhaupt mit Artikel 97 GG vereinbar wäre oder zu tief in den Kern der richterlichen Unabhängigkeit eingreifen würde. Die zu klärende Vorfrage sei daher, ob eine solche Regelung überhaupt verfassungsrechtlich möglich sei. Zudem verwies er auf die Praxis des 2. Senats, der das Zehn-Augen-Prinzip seit einem Jahr anwende. Die dortigen Erfahrungen sollten ggf. nutzbar gemacht werden. (unter Hinweis auf den Aufsatz von *Fischer/Krehl*, Das Zehn-Augen-Prinzip, StV 2013, S. 395ff.).

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** stellte zunächst fest, dass die Meinungen zum schriftlichen Verfahren gar nicht so weit auseinander lägen. Es bestehe Einigkeit, dass für bestimmte Verfahren eine mündliche Verhandlung sinnvoll sei. Durch einen Antrag auf Durchführung der Revisionshauptverhandlung könne man das Interesse an einer mündlichen Verhandlung zu Ausdruck bringen, auch ohne dass diese Antragsbefugnis ausdrücklich im Gesetz geregelt sei. Man könne auch die Voraussetzungen für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gesetzlich regeln. Die faktisch bereits vollzogene Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses solle man seiner Ansicht nach jedenfalls gesetzlich umsetzen.

Das Zehn-Augen-Prinzip könne seiner Auffassung nach nicht normiert werden. Zum einen gebe es verfassungsrechtliche Probleme, zum anderen sei es nicht praktikabel. . Allerdings sei das Vier-Augen-Prinzip ein fataler Begriff, da dieser suggeriere, dass sich lediglich zwei Richter ernsthaft mit dem Fall beschäftigt hätten. Die Kommission solle hierzu keinen konkreten Gesetzesvorschlag erarbeiten, allerdings solle im Kommissionsbericht dargestellt werden, dass eine solche Praxis keinesfalls akzeptabel sei, und dass die Pflicht der Richter, sich eigenverantwortlich Kenntnis über alle für die Entscheidung erforderlichen Tatsachen zu verschaffen, unabhängig von einem Zehn-Augen-Prinzip bestehe. Er habe den Eindruck, dass insofern weit allgemeiner Konsens bestehe.

Herr Dr. **Pollähne** wies zum Zehn-Augen-Prinzip und den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Radtke darauf hin, dass das Vertrauen doch gerade durch die Darstellung des so genannten Vier-Augen-Prinzips erschüttert worden sei. Er sei nicht sicher, ob eine gesetzliche Regelung möglich sei. Allein die richterliche Unabhängigkeit könne hiergegen jedoch nicht angeführt werden. Ihm sei nicht klar, wie ein Richter über die offensichtliche Unbegründetheit entscheiden könne, wenn er die Akte nicht gesehen habe. Dazu müsse sich der Gesetzgeber irgendwie äußern. Das schriftliche Verfahren als Regelverfahren sei aus seiner Sicht akzeptabel, wenn einige Dinge berücksichtigt würden. Es sei eine Begründung der Beschlussentscheidung erforderlich. Dabei sei es durchaus in Ordnung, wenn der Beschluss auf den Antrag der Staatsanwaltschaft Bezug nehme, sofern die Qualität dieser Anträge unverändert bleibe.

Im Rahmen von § 349 Absatz 2 StPO gebe es in der Praxis teilweise Begründungen, die diesen Namen nicht verdienten. Er verwies auf die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor, der daran erinnert habe, dass es für grundsätzlich jede Entscheidung Gründe gebe und dass man diese doch auch mitteilen könne und solle. Verzichte allerdings der Revisionsführer auf jede Begründung der Sachrüge, dann verdiene er auch insoweit keine inhaltliche Begründung.

Herr Dr. **Müller** schloss sich den Ausführungen von Herrn Dr. Mutzbauer und Herrn Prof. Dr. Radtke an. In Bezug auf die Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor gebe er ihm Recht, dass die Mündlichkeit durchaus Vorteile habe. Dies sei aber kein Argument gegen die Umkehr des bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Zum Zehn-Augen-Prinzip wies Herr Dr. Müller darauf hin, es sei empirisch bisher nicht belegt, dass diese Beratungspraxis die Entscheidungen qualitativ verbessere. Er gehe zwar davon aus, dass die Art und Weise der Informationsgewinnung durch die Richter durchaus einer gesetzlichen Regelung zugänglich sei, da die Richter auch sonst an gesetzliche Vorgaben gebunden seien. Allerdings bezweifelte er die Erforderlichkeit einer solchen gesetzlichen Regelung. Abschließend wies Herr Dr. Müller darauf hin, dass die Diskussion um das Vier-Augen-Prinzip vor dem wohl einmaligen situativen Hintergrund der langfristigen Vakanz eines Senatsvorsitzes beim BGH entstanden sei.

Herr Dr. **Isak** schloss sich hinsichtlich der Begründungspflicht den Ausführungen von Herrn Dr. Mutzbauer an. Ferner wies er darauf hin, dass die Diskussion um das Zehn-Augen-Prinzip nicht nur den BGH betreffe, sondern grundsätzlich alle Kollegialgerichte. Wie sich ein Richter die Grundlage für seine Entscheidungsfindung zu verschaffen habe; dies entziehe sich einer gesetzlichen Regelung. Es sei bisher ohne Vorbild, dass eine gesetzliche Regelung vorschreibe, wie ein Kollegialgericht zu einer Entscheidung zu kommen habe.

Herr Dr. **Krauß** zitierte zunächst aus einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Mai 2012: *„Die Entscheidung, ob der Spruchkörper sich mit Blick auf die Arbeitsteilung im Kollegium darauf beschränkt, durch den Berichtersteller über den maßgeblichen Sach- und Streitstand informiert zu werden, oder die Vollständigkeit und Richtigkeit des Berichterstellervortrags – 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 [...]“*. Sollte diese Entscheidung ernst genommen werden, dann dürfe lediglich geregelt werden, dass der Richter sich Kenntnis vom Streitstoff zu verschaffen haben.

Herr **Wenske** bezweifelte, dass das Zehn-Augen-Prinzip zu einem effektiveren Rechtsschutz führen könne. Es könne nicht sein, dass etwa die Sachrüge durch jeden Richter mit gleicher Intensität geprüft werden müsse. Vertrete man hingegen die Ansicht, dass das Zehn-Augen-Prinzip zu einem effektiveren Rechtsschutz führe, sei nicht klar, warum dieses Prinzip dann nur beim Revisionsgericht und nicht auch im Erkenntnisverfahren gelten solle. Bei letzterem etwa sei das Umlaufverfahren für zahlreiche, auch wichtige, Entscheidungen weit verbreitet.

Herr Prof. Dr. **Radtke** warf die Frage auf, in welchen Fällen der BGH überhaupt noch mündlich verhandeln solle.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** verwies darauf, dass nach seinem Vorschlag ein Antragsrecht bestehe und auf Antrag stets eine Hauptverhandlung durchzuführen sei.

Herr Prof. Dr. **Radtke** erwiderte, dass aus seiner Sicht bei einem Antragsrecht der Senat über die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vorab in einer Art „Zwischenverfahren“ entscheiden solle. Hinsichtlich des Zehn-Augen-Prinzips sei er nach wie vor nicht davon überzeugt, dass der notwendige Akteninhalt nicht auch durch den Vortrag des Berichterstatters vermittelt werden könne.

Frau **Graf-Schlicker** wies darauf hin, dass der mündliche Aktenvortrag durch den Berichterstatter nicht immer nachteilig sein müsse. Ein Vier-Augen-Prinzip bedeute nicht, dass lediglich zwei Richter die Arbeit erledigten. Es gehe nur darum, wie der Akteninhalt aufgenommen bzw. vermittelt werde. Überlegenswert sei, ob nicht beide Methoden Vorteile hätten und daher die Wahl der für den jeweiligen Einzelfall am besten geeigneten Methode den jeweiligen Spruchkörpern überlassen werden müsse.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** äußerte, dass es um die Frage gehe, ob gefilterte Informationen ausreichen oder ein Aktenstudium durch jeden Richter erforderlich sei. Er habe Zweifel, ob der Berichterstatter den Entscheidungsprozess nicht doch unbewusst lenke. Darüber hinaus wies Herr Prof. Dr. Rönnau auf die beschränkten Aufnahmekapazitäten des Einzelnen hin. Ihm sei unklar, warum nicht auch in Strafsachen die bei den Zivilsenaten übliche Praxis der schriftlichen Votierung möglich sei.

Herr Dr. **Mutzbauer** bezweifelte, dass es von Vorteil wäre, vor der Beratung ein schriftliches Votum in Umlauf zu bringen, statt den Inhalt in der Beratung mündlich vorzutragen. Zudem gebe es keinerlei Verbote, sich vorab zu informieren. Allerdings gebe es auch viele einfach gelagerte Fälle, bei denen dies nicht erforderlich sei, um sich ein Urteil über die offensichtliche Unbegründetheit des Rechtsmittels zu bilden. Es sei nochmals darauf hinzuweisen, dass es Teil der richterlichen Unabhängigkeit sei, wie sich ein Richter seine Überzeugung bilde. Auch die von Herrn Dr. Krauß zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts müsse berücksichtigt werden. Den Vorschlag von Prof. Dr. Dr. Ignor, dem Revisionsführer ein Antragsrecht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung einzuräumen, lehnte er unter Hinweis auf die dann wohl erforderliche Vorabentscheidung über diesen Antrag und die da-

mit verbundene Verzögerung ab. Das Recht, eine mündliche Verhandlung anzuregen, habe der Revisionsführer ohnehin, was völlig ausreiche.

### **c) Meinungsbild**

Frau **Graf-Schlicker** fasste zusammen, dass die Skepsis hinsichtlich einer Regelung des Zehn-Augen-Prinzips groß sei. Man werde aber die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Verankerung im BMJV nochmals prüfen lassen. Es erscheine ihr nicht einfach, die erörterten Bedenken auszuräumen. Erst im Anschluss könne geklärt werden, ob eine derartige gesetzliche Regelung sinnvoll sei, oder ob es nicht Grundaufgabe der Richter sei, zu entscheiden, wie sie sich Kenntnis vom Sach- und Streitstand verschafften.

## **6. Ausweitung der Annahmoberufung, Ausschluss der Sprungrevision und Wahlrechtsmittel**

### **a) Gutachten**

Frau **von Strünk** stellte ihr Gutachten vor. Sie schlug vor, dass die für die Annahmoberufung in § 313 Abs. 1 StPO festgesetzten Schwellenwerte auf einheitlich 60 Tagessätze angehoben werden sollten. Zusätzlich solle der Anwendungsbereich der Annahmoberufung auf die Anordnung bzw. die Beantragung eines Fahrverbots, der Entziehung der Fahrerlaubnis bei einer Sperre von nicht mehr als neun Monaten oder einer isolierten Sperre von nicht mehr als neun Monaten erweitert werden.

Zudem solle die Sprungrevision im Bereich der Annahmoberufung ausgeschlossen werden. Wenn man eine Entlastung anstrebe, sei eine Ausweitung der Annahmoberufung erforderlich. Eine solche Ausweitung sei vertretbar, weil die Zulässigkeit der Berufung nur dann entfalle, wenn das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet sei. Der Ausschluss der Sprungrevision Sorge für mehr Rechtssicherheit. Außerdem bleibe die Möglichkeit der Herbeiführung obergerichtlicher Grundsatzentscheidungen auch im Bereich der Annahmoberufung bestehen.

Zum Wahlrechtsmittel schlug Frau von Strünk vor, dass erstinstanzliche Urteile des Amtsgerichts in Strafsachen künftig in Anlehnung an das Jugendstrafrecht (§ 55 Absatz 2 JGG) nur noch wahlweise mit dem Rechtsmittel der Berufung oder dem der Revision angegriffen wer-

den können. Durch die Einführung des Wahlrechtsmittels im Erwachsenenstrafrecht könne das Strafverfahren effektiviert werden. Bei amtsgerichtlichen Verfahren gebe es dann wie bei landgerichtlichen Verfahren nur noch zwei Instanzen. Der Übernahme einer Regelung zum Wahlrechtsmittel in Anlehnung an das Jugendstrafrecht stehe nicht entgegen, dass dort bei der Einführung der Erziehungsgedanke im Vordergrund gestanden habe. Bereits nach geltendem Recht werde ein Großteil der Verfahren vor dem Amtsgericht rechtskräftig abgeschlossen. Auch bestehe nach der Verfassung kein Anspruch auf einen dreizügigen Instanzenzug. Der Einwand, dass ein Mehraufwand dadurch entstehe, die amtsgerichtlichen Urteile „revisionssicher“ zu verfassen, greife nach den Erfahrungen im Jugendstrafrecht nicht durch. Ferner entfalle in der Berufungsinstanz der Anreiz für den Berufungsführer, Anträge lediglich mit dem Ziel zu stellen, den Boden für eine anschließende Revision zu bereiten. Außerdem solle nicht nur § 55 Absatz 2 JGG sondern auch § 55 Absatz 4 JGG mit dem Verweis auf die Rügemöglichkeit in § 356a StPO ins allgemeine Strafverfahrensrecht übernommen werden.

## b) Diskussion

Herr Dr. **Müller** wies auf einige Zahlen aus der Strafverfolgungsstatistik 2013 hin: Es habe 558.000 amtsgerichtliche Verfahren gegeben, davon seien in 57.000 Verfahren bis zu 15 Tagessätzen, in 194.000 Verfahren bis zu 30 Tagessätzen und in etwa 266.000 Verfahren zwischen 30 und 90 Tagessätzen verhängt worden. Nach dem vorgestellten Vorschlag würden künftig etwa 320.000 von rund 560.000 Verfahren einer Annahmoberufung unterliegen. Die Belastung würde damit vom Landgericht auf das Amtsgericht übergehen, weil die eingeschränkte Anfechtbarkeit zur Folge habe, dass dort „mehr gekämpft werde“.

Herr Dr. **Mutzbauer** warf die Frage auf, was bei gegenläufigen Rechtsmitteln passiere, ob insbesondere die Staatsanwaltschaft Berufung einlegen könne, um die Durchführung der Revision zu verhindern.

Frau **von Strünk** bejahte dies.

Frau **Paulmann-Heinke** bestätigte zunächst, dass im Anbetracht der genannten Zahlen ein Effektivierungseffekt wohl eintreten würde. Allerdings sei zu bedenken, dass eine Verurteilung zu 60 Tagessätzen keine geringe Strafe mehr darstelle, insbesondere mit Blick auf die

Möglichkeit der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe. Einschränkungen im Rechtsmittelrecht müssten durch Qualitätssteigerungen und Arbeitsentlastungen beim Amtsgericht ausgeglichen werden. Ansonsten bedeute dies den „Einkauf schlechter Rechtsqualität“. Zudem gebe es gute Gründe für eine zweite Tatsacheninstanz. Gleiches gelte dafür, dass die Berufung selbst durch die Revision überprüfbar ist.

Herr **Caspari** bestätigte zunächst, dass die Einlegung der Berufung durch die Staatsanwaltschaft in der Praxis durchaus genutzt werde, um die Durchführung der vom Angeklagten eingelegten Revision zu verhindern. Man müsse wie im Jugendstrafrecht regeln, dass das Recht auf Revision wieder auflebe, wenn der Angeklagte Revision, die Staatsanwaltschaft aber Berufung einlege. Außerdem regte er eine Untersuchung zu den Folgen an, die eine solche Änderung in der Praxis bedeuten würde, insbesondere dazu, welche Folgen dies für die Berufungs- und Revisionsinstanzen nach sich ziehen würde.

Herr Dr. **Isak** bestätigte zunächst, dass in der Praxis bei der Staatsanwaltschaft vereinzelt Anrufe von Richtern eingingen, mit der Bitte, im Anschluss an ein vom Angeklagten eingelegtes Rechtsmittel selbst Berufung einzulegen. Seiner Meinung nach sei dies jedoch im Hinblick auf die Regelung in Nr. 147 Absatz 1 Satz 4 RiStBV nicht zulässig. Die Annahmeberufung sehe er insgesamt kritisch. Die offensichtliche Unbegründetheit sei bei Tatsachenfragen schwierig festzustellen. Ein weiteres Problem sei, dass weite Bereiche der einfachen Kriminalität der obergerichtlichen Rechtsprechung entzogen werden würden. Es sei zu befürchten, dass die Oberlandesgerichte in Strafsachen kaum noch eine Rolle spielen würden, da in der Praxis wohl in den meisten Fällen das Rechtsmittel der Berufung gewählt werden würde. Eine einheitliche Rechtsprechung in den Deliktgruppen, die typischerweise oder nahezu ausschließlich zum Amtsgericht angeklagt werden, sei auf diese Weise nicht mehr zu erreichen.

Herr Dr. **Pollähne** stellte zunächst fest, dass die vorgelegten Vorschläge nicht neu, aber aus gutem Grunde bisher immer wieder verworfen worden seien. Zum einen sei der von Frau Paulmann-Heinke genannte Aspekt wichtig, dass die in Frage kommenden Strafen erheblich seien, gerade mit Blick auf die Ersatzfreiheitsstrafe, auch wenn diese nicht im Bundeszentral-

register einzutragen seien. Zudem hätten sich weder die Annahmeverberufung noch die Einführung des Wahlrechtsmittels im Jugendstrafrecht bewährt. Zahlen, die eine solche Einschätzung stützen könnten, lägen jedenfalls nicht vor. Der Erziehungsgedanke beim Wahlrechtsmittel im Jugendstrafrecht lasse sich nicht übertragen. Zudem müsse auf Grund der fehlenden Kontrollmöglichkeit von Berufungsentscheidungen mit einer ansteigenden Anzahl von Verfassungsbeschwerden gerechnet werden.

Herr Prof. Dr. **Jahn** empfahl, die Geschichte der vorgelegten Vorschläge näher zu betrachten. Er verwies auf eine Pressemitteilung des BMJ vom September 2006, nach der die Ausweitung der Annahmeverberufung dazu führen würde, dass 80 % der Verfahren nicht mehr angefochten werden könnten. Damals sei darauf hingewiesen worden, dass effektiver Rechtsschutz anders aussehe. Dem könne er sich anschließen. Er stellte fest, dass es keine neuen Gründe gebe, die für die Vorschläge sprächen. Zwar sei das Wahlrechtsmittel aufgrund der damit einhergehenden Einsparmöglichkeiten durchaus interessant, allerdings werde der unverteidigte Angeklagte bei seiner Entscheidung über das „richtige“ Rechtsmittel nicht beraten. Daher müsse man als Ausgleich die Pflichtverteidigerbestellung nach § 140 Abs. 2 StPO ausweiten. Damit seien dann allerdings die Einspareffekte wieder fraglich.

Herr **Wenske** schloss sich im Hinblick auf die Annahmeverberufung den Bedenken von Herrn Dr. Isak an. Bezüglich des Wahlrechtsmittels stünden die Einspareffekte im krassen Missverhältnis zu den Folgen. Das aktuelle System sei gut durchdacht. Die Amtsgerichte sollten zeitnah urteilen; als Ausgleich gebe es jedoch die zweite Tatsacheninstanz. Mit dem Strafbefehlsverfahren und dem beschleunigten Verfahren seien bereits nach geltendem Recht erhebliche Vereinfachungen möglich. Problematisch seien auch Konstellationen, in denen – im Falle eines eingeführten Wahlrechtsmittels – im Berufungsrechtszug erstmals eine Beschwerde für den Angeklagten hinzutrete, namentlich eine erstmals gebildete nachträgliche Gesamtstrafe (§ 55 StGB) oder eine Maßregelanordnung (§ 64 StGB). Problematisch sei weiterhin, dass das Berufungsgericht im Fall einer Verständigung von jeder gerichtlichen Kontrolle (mit Ausnahme der Überprüfung durch das BVerfG) freigestellt werde. Fraglich sei aus seiner Sicht auch, ob dann nicht § 257c StPO für das Berufungsgericht ausgeschlossen werden müsse, um den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts gerecht zu werden. Die Vor-

schläge hätten zudem zur Folge, dass Beförderungsmöglichkeiten durch Stellenstreichungen bei den Oberlandesgerichten verringert würden.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** erinnerte an eine empirische Studie aus der Amtszeit der Bundesministerin Däubler-Gmelin, wonach sich zwischen 80 – 95 % der Verfahren vor dem Amtsgericht erledigten. Von den übrigen 10 – 15 % der Verfahren seien allerdings ca. 50 % erfolgreich. Dies spreche dafür, dass die bestehenden Rechtsmittelmöglichkeiten außerordentlich klug und treffsicher genutzt würden. Des Weiteren seien die Amtsgerichte nicht darauf eingestellt, „revisionssichere“ Urteile zu verfassen. Anhand von drei Beispielen (Insolvenzverschleppung, Kapitalanlagebetrug, falsche Verdächtigung durch Verschweigen in einer Strafanzeige) verdeutlichte Herr Prof. Dr. Dr. Ignor, dass auch das Amtsgericht teils schwierige Rechtsfragen zu klären habe. Dabei könnten auch geringe Strafen gravierende Folgen haben, etwa sei ein GmbH-Geschäftsführer aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften (§ 6 GmbHG) schon bei einer Geldstrafe in Höhe von 2.000 € „erledigt“. Herr Prof. Dr. Dr. Ignor schlug stattdessen vor, die Revision im Anschluss an einen Freispruch in der Berufungsinstanz auszuschließen.

Herr **Schmengler** hielt die Vorschläge von Frau von Strünk durchaus für sachgerecht. Auf diese Weise könnten die knappen Ressourcen besser verteilt werden. Außerdem prüfe die kleine Strafkammer genau, ob eine Berufung begründet sei. Zum Wahlrechtsmittel sei es zutreffend, dass bei § 55 JGG der Erziehungsgedanke im Vordergrund stehe und deshalb möglichst zeitnahe Urteile angestrebt werden würden. Allerdings gelte auch im Erwachsenenstrafrecht das Beschleunigungsgebot. Ferner sei eine Ausweitung des § 140 Abs. 2 StPO nicht erforderlich, da es bereits nach geltendem Recht Aufgabe des Gerichts sei, den Angeklagten über die möglichen Rechtsmittel zu belehren. Um eine mangelnde Arbeitsauslastung der Strafsenate bei den Oberlandesgerichten und um etwaige dortige Stelleneinsparungen mache er sich keine Sorgen, da die Zahl der Staatsschutzverfahren vor den Oberlandesgerichten zunehme. Herr Prof. Dr. **Ostendorf** wies darauf hin, dass die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels zum Rechtsstaatsprinzip und zum Gewährleistungsbereich des Art. 13 EMRK gehöre. Die Ausweitung der Annahmoberufung bedürfte daher einer gesonderten Begründung. Die Behauptung, dass sich das Institut der Annahmoberufung bewährt habe, sei zu bezweifeln. Eine empirische Untersuchung gebe es dazu nicht. Die Befürworter der Aus-

weitung der Annahmeverurteilung seien auf Grund des Rechtsstaatsprinzips in der Beweispflicht. Die angestrebte Reduzierung der Arbeitsbelastung der Gerichte sei dabei eine sachfremde Erwägung. Zum Wahlrechtsmittel führte Herr Prof. Dr. Ostendorf aus, dass der Angeklagte in Wirklichkeit keine Wahl habe. Ohne einen Verteidiger sei der Angeklagte auch gar nicht in der Lage, sein Wahlrecht sachgerecht auszuüben; auch Hinweise und Belehrungen durch das Gericht könnten dies nicht kompensieren. Abschließend sei darauf hinzuweisen, dass bereits die potenzielle Anfechtbarkeit einer Entscheidung deren Qualität erhöhe, was im Ergebnis die Effektivität auch bei den Berufungsgerichten steigere.

Frau Prof. Dr. **von Höynck** schloss sich den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Jahn, Herrn Prof. Dr. Ostendorf und Herrn Dr. Pollähne an. Die Aussage, dass sich § 55 Abs. 2 JGG bewährt habe, sei aus ihrer Sicht nahezu zynisch. Sie würde nur dann zutreffen, wenn es Ziel sei, die Rechtsmittelmöglichkeiten zu verkürzen. Auch der erzieherische Effekt des § 55 Abs. 2 JGG sei in Frage zu stellen; diese Vorschrift vermittele den betroffenen Jugendlichen allenfalls, dass man sich gegen staatliche Entscheidungen nicht wehren könne.

Herr Prof. Dr. **Radtke** warf im Zusammenhang mit den Ausführungen von Herrn Wenske zum Wahlrechtsmittel die Frage auf, ob es nicht jedenfalls in den Fällen, in denen im Berufungsverfahren erstmals eine Beschwerde erfolge, ein Rechtsmittel für den Verurteilten geben müsse. Zudem stelle sich die Frage, ob dies ebenso im Fall einer (erstmaligen) Absprache im Berufungsverfahren gelten solle, wobei in diesem Zusammenhang auch von Interesse sei, wie häufig es in der Berufung zu einer Absprache komme. Er frage sich, ob man das Wahlrechtsmittel überhaupt so ausgestalten könne, dass diese Problempunkte ausgeräumt seien.

Herr **Wenske** bestätigte, dass er diese Probleme ebenfalls sehe, auch jenseits von erfolgreichen Absprachen. Eine empirische Untersuchung zur Häufigkeit von Absprachen im Berufungsverfahren kenne er nicht.

Frau **von Strünk** fasste abschließend zusammen, dass es sich um eine Abwägungsentscheidung handele. Die vorgelegten Vorschläge seien geeignet, das Strafverfahren effektiver zu gestalten. Hinsichtlich des Wahlrechtsmittels wies sie nochmals darauf hin, dass keine drei Instanzen erforderlich seien. Die von Herrn Prof. Dr. Radtke aufgeworfenen Folgefragen

müsse man aber bedenken. Denkbar sei, ihnen mit einer Ausnahmeregelung zu begegnen. Zudem schließe sie sich Herrn Schmengler dahingehend an, dass eine Ausweitung des § 140 Abs. 2 StPO nicht erforderlich sei.

Auf Nachfrage von Herr **Sabel**, ob die Sprungrevision gegen amtsgerichtliche Urteile nicht vollständig ausgeschlossen werden könne, entgegnete Frau **von Strünk**, dass sie sich einem solchen Vorschlag durchaus anschließen könne.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** bezweifelte einen Einspareffekt bei einem Ausschluss der Sprungrevision. Diese komme nur in Frage, wenn das Urteil wesentliche Rechtsfehler enthalte. In diesem Fall könne das Revisionsgericht effizienter entscheiden als das Berufungsgericht.

Darauf erwiderte Frau **von Strünk**, dass das Berufungsgericht den Sachverhalt insgesamt entscheiden könne, ohne dass eine Aufhebung und Zurückweisung erfolgen müsse.

Herr Dr. **Mutzbauer** wies nochmals darauf hin, dass bei Einführung eines Wahlrechtsmittels eine Instanz zur Rechtsvereinheitlichung unterhalb des BGH jedenfalls im Bereich der Kleinkriminalität kaum noch vorhanden sei.

Frau **von Strünk** entgegnete, dass die Revision durchaus noch Bedeutung haben könne, zumal die Staatsanwaltschaft in geeigneten Fällen Revision einlegen könne.

### c) Meinungsbild

Das abschließend eingeholte **Meinungsbild** ergab folgende Ergebnisse:

Für die Ausweitung der Annahmeverufung sprachen sich nur wenige Kommissionsmitglieder aus. Auch für den vollständigen Ausschluss der Sprungrevision fand sich keine Mehrheit, ebenso wenig für die Einführung des Wahlrechtsmittels.

Der Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Dr. **Ignor**, die Revision bei einem Freispruch in der Berufungsinstanz auszuschließen, wurde ebenfalls mehrheitlich abgelehnt.

## 7. Einstellung nach § 153a StPO im Revisionsverfahren

### a) Gutachten

Herr Dr. **Burr** stellte sein Gutachten vor. Er warf zunächst die Frage auf, ob eine zusätzliche Einstellungsmöglichkeit neben § 153 StPO erforderlich sei. Problematisch sei zudem, dass für die Anwendung des § 153a StPO auch Zumessungsaspekte relevant seien, welche dem Revisionsverfahren fremd seien. Allerdings werde § 153a StPO auch im Ermittlungsverfahren angewendet. Ansonsten würden nur wenige Verfahren in Betracht kommen, bei denen § 153a StPO angewendet werden könnte. In der Praxis seien dies vor allem Verfahren vor den Oberlandesgerichten. Da zusätzlich eine Beteiligung aller Verfahrensbeteiligten erforderlich sei, sei allerdings nur von einer geringen praktischen Relevanz bzw. Einsparung auszugehen. Zudem müsse geklärt werden, wer die Auflagenerfüllung zu überwachen habe. Das Tatgericht könne diese Aufgabe nicht übernehmen, weil ansonsten ein neuer Spruchkörper belastet werde, so dass die Aufgabe letztlich dem Revisionsgericht zufallen müsse.

### b) Diskussion

Herr Dr. **Mutzbauer** wies darauf hin, dass vor dem Hintergrund der Einführung des § 354 Absatz 1a StPO weniger dogmatische Bedenken gegen die Ausweitung des § 153a StPO auf das Revisionsverfahren sprächen. Es sei jedoch auf die Praxis der Zivilsenate des BGH hinzuweisen, vor denen unter Verweis darauf, dass ihre Rolle die Klärung von Rechtsfragen sei, regelmäßig keine Vergleiche geschlossen würden.

Herr Prof. Dr. **Hamm** bezweifelte den Nutzen einer solchen Neuregelung. Fraglich sei, wer auf Seiten der Staatsanwaltschaft die Zustimmung erteilen solle: die Revisionsstaatsanwaltschaft oder die Staatsanwaltschaft, die in den Vorinstanzen tätig gewesen sei. Er halte es jedenfalls für problematisch, wenn der GBA die Zustimmung zur Einstellung erteile.

Herr Dr. **Burr** erklärte dazu, dass nach seiner Auffassung die Staatsanwaltschaft zuständig bleiben solle, die die Anklage in den Vorinstanzen vertreten habe.

Herr Dr. **Mutzbauer** erwiderte, dass der Antrag jedenfalls im Fall des § 354 Absatz 1a StPO von der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht gestellt werden müsse.

Auch Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** vertrat die Auffassung, dass nach der Logik des Rechtsmittelrechts im Hinblick auf den Devolutiveffekt die nächste „Instanz“ (und damit auch der GBA) für die Erteilung der Zustimmung zuständig sei. Er halte es aber unabhängig davon für problematisch, wenn der BGH im Rahmen der Entscheidung über die Einstellung eine eigene Schuldprüfung vornehmen müsse.

Herr Prof. Dr. **Hamm** erinnerte daran, dass bei § 153a StPO im Vordergrund stehe, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung beseitigt werden könne und die Schwere der Schuld nicht entgegenstehe. Diese Feststellungen beim BGH zu treffen, sei schwierig. Ferner sei die Vorstellung merkwürdig, dass der GBA vor seiner Zustimmung mit der Staatsanwaltschaft bei einem Landgericht Rücksprache halten müsse.

Herr Prof. Dr. **Jahn** wies auf die Parallelen zu § 153 StPO hin. Ein Vorschlag, beide Fallkonstellationen im Revisionsrecht gleich zu behandeln, sei bereits auf dem Juristentag 2000 im Rahmen des Täter-Opfer-Ausgleichs diskutiert worden. Bei § 153 StPO sei geklärt, dass die Revisionsstaatsanwaltschaft zuständig sei. Laut *Diemer* (Karlsruher Kommentar zur StPO, 13. Auflage, § 153 Rdnr. 32) habe die Erklärung der Staatsanwaltschaften der Länder gegenüber dem GBA nur interne Bedeutung. Aus Sicht des OLG-Richters würde er sich über neue Handlungsoptionen freuen.

Herr Dr. **Müller** schlug vor, die Frage der Zuständigkeit für die Zustimmung ggf. durch eine Regelung in der RiStBV zu lösen. Er stehe dem Vorschlag grundsätzlich positiv gegenüber. Zwar würde es für das Revisionsgericht keine Entlastung bedeuten, aber es könne auf diese Weise vermieden werden, dass das Verfahren erst zurückverwiesen werden, bevor es dann doch noch eingestellt werden würde.

Herr Dr. **Krauß** berichtete, dass § 153 StPO nach seiner Erfahrung beim GBA kaum eine Rolle spiele. Bezüglich des Zustimmungserfordernisses sei aber auf die Praxis zu § 154 StPO zu verweisen. Hier erkläre der GBA die Zustimmung.

Herr Prof. Dr. **Radtke** vertrat die Ansicht, dass die Anwendung des § 153a StPO im Revisionsverfahren mit Blick auf die erforderlichen Zumessungserwägungen problematisch sei. Nur vor dem Hintergrund des § 354 Absatz 1a StPO könne man überhaupt eine Anwendbarkeit des § 153a StPO im Revisionsverfahren erwägen. Die Frage, wer für die Abgabe der Zustimmungserklärung zuständig sei, hielt er für unproblematisch, da die Erklärung des GBA in jedem Fall bindend sei. Alles Übrige betreffe das Innenverhältnis zwischen den Staatsanwaltschaften. Aus systematischen Gründen müsse die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht die erforderliche Zustimmung erteilen.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** verwies darauf, dass die Regelung des § 153a StPO bereits an sich nicht unproblematisch sei. Einstellungen nach § 153a StPO hätte in jüngster Zeit mehrfach grundlegendes Unverständnis in der Öffentlichkeit ausgelöst. Daher hege er eine Grundskepsis dagegen, den Anwendungsbereich von § 153a StPO zu erweitern, ohne dessen Grundprobleme zu diskutieren. Denn eine Erweiterung auf Revisionsverfahren könne rechtspolitisch als „falsches“ Signal verstanden werden.

Herr **Wenske** äußerte sich ebenfalls skeptisch; er habe sich aber noch keine abschließende Meinung gebildet. Zum einen seien sowohl § 153 StPO als auch § 153a StPO „Fremdkörper“ im Revisionsverfahren. Aus eigener Erfahrung könne er nur von einem einzigen Fall berichten, in dem das OLG § 153 StPO angewendet habe. § 153a StPO habe allerdings einen weiteren Anwendungsbereich. Deshalb könnte eine Anwendbarkeit in der Revisionsinstanz zwar eine Entlastung für die Instanzen bedeuten, da es in bestimmten Fällen nicht mehr zu einer Aufhebung und Zurückweisung kommen müsse. Andererseits lasse sich dadurch auch die Klärung von Rechtsfragen umgehen. Problematisch sei auch, dass Einstellungen nach § 153a StPO häufig unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgten.

Herr Prof. Dr. **Radtke** stellte klar, dass es natürlich nur um die rechtskonforme Anwendung von § 153a StPO gehe. Eine solche rechtskonforme Anwendung sei nicht gegeben, wenn die Norm lediglich genutzt werde, um schwierige Rechtsfragen nicht beantworten zu müssen.

Herr Dr. **Mutzbauer** stimmte Herrn Prof. Dr. Radtke in der Einschätzung zu, dass §153a StPO beim BGH wohl keine wesentliche Relevanz erlangen würde. Es sei nicht Aufgabe des BGH, Fälle „abzubügeln“. Er bevorzuge daher eine Zurückweisung an den Tatrichter.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** sprach sich Für eine Ausdehnung des Anwendungsbereich von § 153a StPO auf Revisionsverfahren den Vorschlag sprach sich aus. Er eröffne den Revisionsgerichten mehr Handlungsoptionen, auch wenn der Einspareffekt wohl eher gering sei. Zudem verwies er auf § 155a StPO, welcher oft im Zusammenhang mit § 153a StPO zur Anwendung komme und nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich in jedem Stadium des Verfahrens gelte. Bei einer Anwendbarkeit des § 153a StPO könne der Täter-Opfer-Ausgleich auch im Revisionsverfahren stärker zur Geltung kommen.

Ebenfalls befürwortet wurde der Vorschlag von Herrn Dr. **Pollähne**. Auch wenn nicht davon auszugehen sei, dass die Vorschrift im Revisionsverfahren große Relevanz erlange, solle die Möglichkeit für geeignete Fälle doch bestehen. Vielleicht sei der Anwendungsbereich beim Oberlandesgericht größer. Unabhängig davon bestehe daneben die Notwendigkeit, eine generelle Debatte über § 153a StPO zu führen.

Herr Prof. Dr. **Jahn** teilte die von Herrn Prof. Dr. Rönnau geäußerten Bedenken hinsichtlich einer Signalwirkung, falls die Kommission eine Erweiterung des § 153a StPO befürworte. Diese Bedenken seien durchaus wichtig für die Außenwirkung der Kommission. Allerdings könnten sich die grundsätzlichen Bedenken gegen § 153a StPO nicht gegen dessen Anwendung im Revisionsverfahren richten. Ihm sei keine Revisionsentscheidung bekannt, bei der aus zweckwidrigen Gründen auf § 153 StPO zurückgegriffen worden sei. Allerdings solle der Kommissionsbericht die zu dem Vorschlag geäußerten grundsätzlichen Bedenken aufgreifen.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** vertrat die Auffassung, dass § 153a StPO praktische Bedeutung wohl eher für die Oberlandesgerichte als für den BGH erlangen könne. Da § 153a StPO den Vorwurf eines Vergehens voraussetze, bleibe für den BGH ohnehin nur ein schmaler Anwendungsbereich.

Herr Prof. Dr. **Esser** wies darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht § 153a StPO als eine Möglichkeit genannt habe, um einer überlangen Verfahrensdauer zu begegnen. Dieser Gesichtspunkt könne auch im Revisionsverfahren zum Tragen kommen.

Herr Dr. **Burr** unterstrich abschließend, dass sich der vorgelegte Vorschlag selbstverständlich nur auf die gesetzeskonforme Anwendung des § 153a StPO beziehe. Die Frage, wer auf Seiten der Staatsanwaltschaft für die Zustimmung zuständig sei, müsse noch geklärt werden. Die Gegenargumente gegen seinen Vorschlag seien beachtlich.

### c) Meinungsbild

Drei Kommissionsmitglieder sprachen sich gegen die Einführung des § 153a StPO im Revisionsverfahren aus, ein Mitglied enthielt sich, die übrigen Kommissionsmitglieder befürworteten die Regelung.

## 8. Behandlung und Bedeutung audiovisueller Aufzeichnungen in der Revision

### a) Gutachten

Herr Dr. **Krauß** stellte sein Gutachten vor. Er wies auf die besonderen Probleme hin, die mit einer Videodokumentation der Hauptverhandlung einhergingen. Erstens sei das Persönlichkeitsrecht der Zeugen zu berücksichtigen. Es bestehe die Gefahr einer Weitergabe der Aufzeichnungen an andere Personen. Auch eine mögliche Nutzung der Aufzeichnungen in anderen gerichtlichen Verfahren sei problematisch. Hier komme evtl. eine Übernahme der Widerspruchslösung des § 58a Abs. 3 StPO in Betracht. Vor allem müssten die Verfahrensbeteiligten, insbesondere Opferzeugen, vor einem Zirkulieren von Mitschnitten in der Öffentlichkeit geschützt werden. Zudem stelle sich die Frage, ob durch die Aufzeichnung nicht der Be-

weiswert von Zeugenaussagen beeinträchtigt werden könne. Hierzu seien vorab die Auswirkungen einer Aufzeichnung auf das Aussageverhalten zu untersuchen.

Entscheidend sei aber ein vierter Punkt, nämlich die Auswirkungen auf das Revisionsverfahren. Ein Grundpfeiler des Revisionsrechts sei das Rekonstruktionsverbot. Problematisch sei die Frage auch dann, wenn mit einer Aufklärungsrüge nach § 244 Abs. 2 StPO geltend gemacht werde, dass ein Beweismittel nicht ausgeschöpft worden sei, oder im Hinblick auf § 261 StPO, wenn der Revisionsführer behaupte, dass ein Zeuge anders ausgesagt habe, als dies im Urteil wiedergegeben sei. Das Problem betreffe auch einige Verfahrensrügen, bei denen man ebenfalls nicht umhinkomme, sich das ganze Verfahren anzuschauen. Herr Dr. Krauß zitierte hier *Meyer-Goßner*, wonach der BGH kein „Filmclub“ sei. Die Frage sei, ob man bereit wäre, zur Erhöhung der materiellen Wahrheit den Grundsatz der formellen Wahrheit im Revisionsrecht aufzugeben. Er sehe keine Möglichkeit, das Verfahren so auszugestalten, dass seine Bedenken ausgeräumt werden.

Im Anschluss stellte Herr Prof. Dr. **Hamm** sein Gutachten vor. Nach seiner Erfahrung könnten sowohl Zeugen als auch Mandanten oft gar nicht glauben, dass es in Strafverfahren keine wörtliche Protokollierung ihrer Aussagen gebe. Es falle ihm schwer zu vermitteln, dass beim Landgericht überhaupt kein Inhaltsprotokoll gefertigt werde und beim Amtsgericht lediglich eine in der Regel unvollständige, stichwortartige Aufzeichnung durch den Protokollführer erfolge. Der Vorschlag der BRAK, dem sich auch der DAV angeschlossen hatte, setze am sog. Rekonstruktionsverbot an, wonach in der Revision keine inhaltliche Überprüfung der tatsächlichen Verständnisse der Hauptverhandlung stattfinden solle. Deshalb solle der Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung ausschließlich eine verfahrensrechtliche Bedeutung zukommen.

In Zeiten, in denen die authentische Dokumentation ohne allzu großen Aufwand möglich sei und in Wirtschaftsstrafverfahren oder in Strafverfahren gegen Ärzte regelmäßig der Vorwurf erhoben werde, nicht ausreichend dokumentiert zu haben, sei es widersprüchlich, wenn eine entsprechende Dokumentation gerade vor Gericht ausbleibe. Es sei zwar richtig, dass der BGH nicht zu einem „Filmclub“ werden dürfe; allerdings sei dies mit der Einführung der Videodokumentation auch nicht notwendig verbunden. Aus seiner Sicht sei die Videoaufzeichnung bereits ein Wert an sich. Der nächste Schritt müsse nach seiner Meinung nicht zwingend die Aufgabe des Rekonstruktionsverbotes sein. Dies solle auch nach dem Vorschlag der

BRAK bestehen bleiben. Allerdings seien durchaus Situationen denkbar, die vom Rekonstruktionsverbot nicht erfasst seien.

Die Bedenken, dass der Revisionsrichter zum Tatrichter werde, seien unbegründet, solange die Nutzung der Aufzeichnungen im Revisionsverfahren strikt eingeschränkt werde. Diese sollten ausschließlich zum Zweck des Nachweises von Verfahrensfehlern nutzbar sein. Er selbst verspreche sich von der Einführung der Videoaufzeichnung sogar einen starken Rückgang der Verfahrensrügen, da die Gerichte aufgrund der größeren Kontrollwirkung einer Videoaufzeichnung noch sorgfältiger auf die Einhaltung der Verfahrensregeln achten könnten und auch die eine oder andere unbegründete Verfahrensrüge wegen der leichten Überprüfbarkeit unterbleiben dürfte.

## b) Diskussion

Herr Prof. Dr. **Jahn** stellte zunächst fest, dass das Rekonstruktionsverbot nicht in „Stein gemeißelt“ sei. Er verwies in diesem Zusammenhang auf die Dissertation von *Bartels* und einen Beitrag von *Nack* in der NStZ 2011. Wolle man dem BRAK-Vorschlag näher treten, solle § 352 Absatz 1 StPO um einen weiteren Satz ergänzt werden, der etwa lauten könne: „Die Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 273 Absatz 2 kann nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden“. Dies solle dazu dienen, Inbegriffs- und Aufklärungsrügen unter Berufung auf die Videodokumentation zu verhindern.

Herr Dr. **Krauß** gab zu Bedenken, dass Inbegriffs- und Aufklärungsrügen doch auch Verfahrensrügen seien. Er halte es daher nicht ohne weiteres für möglich, die Erhebung solcher Rügen durch eine entsprechende Regelung auszuschließen. Wenn etwa ein Wortprotokoll vorhanden sei und das Urteil falsch sei, dann gelte insoweit auch das Rekonstruktionsverbot nicht. Ergänzend verwies Herr Dr. Krauß auf das rechtsvergleichende Gutachten des Max-Planck-Instituts aus dem Jahr 2000 hin, aus dem sich die Spannweite möglicher Konstellationen ergebe.

Herr Prof. Dr. **Radtk**e äußerte, dass es einen internationalen Trend zur audio-visuellen Dokumentation von Gerichtsverfahren gebe, den die Kommission nicht ohne Weiteres ignorieren dürfe. Jedoch müsste eine Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung einen deutlichen Mehrwert bieten. Inhaltlich gebe es drei Aspekte, die für eine Videodokumentation angeführt werden könnten. Erstens sei ein leichter Nachweis von Verfahrensfehlern möglich. Allerdings sei er nicht sicher, ob dieser Vorteil so groß sei, dass er die Einführung rechtfertige, da für diesen Nachweis bereits derzeit hinreichende Möglichkeiten bestünden.

Zweitens könne die Aufzeichnung dazu dienen, einen Abgleich zwischen dem tatsächlichen Geschehen in der Hauptverhandlung und den Urteilsfeststellungen zu ermöglichen. Bisher werde dies allein im Urteil dokumentiert, nämlich einerseits in den Feststellungen, andererseits in der Beweiswürdigung. Wolle man künftig einen Abgleich des Urteils mit dem Hauptverhandlungsgeschehen ermöglichen, sei dies durchaus zulässig. Es handele sich hierbei zuallererst um eine rechtspolitische Frage. Fraglich sei aus seiner Sicht die Notwendigkeit einer solchen grundlegenden Erweiterung der Überprüfungsmöglichkeiten, wenn es keine grundlegenden Anhaltspunkte gebe, die geeignet seien, das Vertrauen in die Richtigkeit der tatrichterlichen Urteilsfeststellungen im Allgemeinen zu erschüttern. Drittens könne eine Videodokumentation für das Wiederaufnahmeverfahren nutzbar gemacht werden, wenn man § 359 Abs. 5 StPO sehr weit verstehe. Auch dies würde allerdings ein elementares Abweichen von der derzeitigen Rechtslage bedeuten. Insgesamt habe er Zweifel, ob die Einführung angesichts des hohen hiermit verbundenen Aufwands und des derzeit insgesamt gut funktionierenden Rechtsmittelsystems erforderlich sei.

Herr Prof. Dr. **Hamm** nahm Bezug auf die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Radtk. Es gehe ihm nicht darum, mit einer Videodokumentation eine Überprüfung der tatsächlichen Feststellungen im Urteil in der Revision zu ermöglichen oder die Videodokumentation für das Wiederaufnahmeverfahren nutzbar zu machen. Bezüglich des einfacheren Nachweises von Verfahrensfehlern sei jedoch nicht von der Hand zu weisen, dass die Videoaufzeichnung dem derzeitigen Verfahren zum Nachweis solcher Fehler hoch überlegen sei. Außerdem könne man für eine Videodokumentation – auch im Hinblick auf die Einhaltung und evtl. Abkürzung der Urteilsabsetzungsfristen des § 275 StPO – anführen, dass die Aufzeichnungen bei der Urteilsabsetzung als Hilfsmittel verwendet werden können.

Herr Prof. Dr. **Jahn** stellte klar, dass keine grundsätzliche Erneuerung des Revisionsrechts gewollt sei. Er befürworte eine maßvolle Erweiterung der Aufzeichnungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der revisionsrechtlichen Konsequenzen. Ein Kompromissvorschlag könne sein, die von ihm soeben vorgeschlagene Regelung in § 352 Absatz 1 Satz 2 so zu erweitern, dass die Inbegriffs- und Aufklärungsrüge eindeutig ausgeschlossen seien. Eine entsprechende Formulierung müsse noch gefunden werden.

Herr Dr. **Krauß** bezweifelte, dass sich eine Formulierung finden lasse, die entsprechend dem Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Jahn eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung verhindern könne. Eine Aufweichung des Rekonstruktionsverbots werde sich nach seiner Einschätzung jedenfalls langfristig nicht verhindern lassen.

Herr Dr. **Pollähne** erklärte, dass er zu der Problematik noch unentschieden sei. Problematisch sei für ihn die Frage, wie er einem Mandanten vermitteln solle, dass zwar eine Videoaufzeichnung existiere, die das eigene Vorbringen belege, dass man diese aber nicht verwenden dürfe.

Herr Dr. **Gebauer** verwies hinsichtlich des Jugendstrafrechts auf die laufenden Verhandlungen zu einer EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für beschuldigte Kinder und auf die darin vorgesehenen Pflichten zur Videodokumentation sämtlicher Vernehmungen von Kindern. Hier sei es zwar bisher gelungen, Vernehmungen im gerichtlichen Verfahren auszunehmen, doch tendiere das EU-Parlament dazu, sämtliche Vernehmungssituationen zu erfassen.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** sah ein zentrales Problem in der „Macht der Bilder“. Halte man eine Verurteilung trotz entsprechender entgegenstehender Aufzeichnungen aufrecht, sehe er verfassungs- und konventionsrechtliche Probleme. Das Rekonstruktionsverbot könne demgegenüber wohl nicht aufrechterhalten werden.

Herr Prof. Dr. **Radtke** wiederholte, dass nach seiner Ansicht eine Videoaufzeichnung nicht ohne eine grundlegende Änderung des Rechtsmittelrechts möglich sei. Er empfehle daher starke Zurückhaltung.

Herr Dr. **Müller** bezweifelte, dass in dieser Frage noch frei entschieden werden könne. Da die Technik vorhanden sei, müsse man sie auch nutzen. Auf Dauer halte er es nicht für haltbar, den technischen Fortschritt im Strafverfahren zu ignorieren. Es könne nicht darum gehen, die „Büchse der Pandora“ auf Dauer verschlossen zu halten. Der Gesetzgeber müsse der Einführung der Videodokumentation vielmehr akzeptable Grenzen setzen. Hierzu könne auch eine Normierung des Rekonstruktionsverbots gehören.

Herr Dr. **Mutzbauer** bezweifelte den Mehrwert von Videoaufzeichnungen. Er habe diese Rückgriffsmöglichkeit in seiner Praxis noch nie vermisst. Verfahrensrügen sollten besser durch den Freibeweis überprüft werden als durch ein Video. Zwingende Gründe für einen Systemwechsel lägen nicht vor, insbesondere habe sich das bestehende Revisionsrecht bewährt. Kein Argument seien die Regelungen in anderen Ländern, denen häufig völlig andere rechtliche Rahmenbedingungen zugrunde lägen. Auch der technische Fortschritt sei für ihn kein Grund zur Einführung einer Videoaufzeichnung. Es sei zu bedenken, dass solche Aufzeichnungen Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten darstellten. Es stelle sich etwa die Frage, wer Einsicht in die Aufzeichnungen nehmen dürfe oder wie die Akteneinsicht begrenzt werden könne. Er könne sich allenfalls Tonaufnahmen für die gerichtsinterne Verwendung vorstellen.

Herr Prof. Dr. **Hamm** nahm Bezug auf die Bedenken von Herrn Dr. Pollähne. Die Möglichkeit des Nachweises einer falschen Wiedergabe von Beweisergebnissen im Urteil bestünde schon nach der derzeitigen Rechtslage, so dass man trotz klarem Wissen, dass ein Urteil falsch sei, dem Mandanten entsprechend gegenübertreten müsse. Die Videoaufzeichnung als weitere Beweismöglichkeit dürfe man nicht ignorieren, da man sich nicht künstlich „dumm halten“ dürfe. Die Videodokumentation sei auf jeden Fall von Vorteil. Wie man die rechtlichen Folgen regule, sei erst der nächste Schritt. Genaueres müsse man vom Gesetzgeber verlangen, die Kommission müsse aber entsprechende Eckpunkte beschließen. Die Kommission solle aber nicht vertreten, dass sie eine Videodokumentation ablehne, weil ansonsten falsche Urteile dort angezweifelt werden könnten, wo es das Revisionsrecht heute nicht zulasse.

Dem stimmte Herr Prof. Dr. **Ostendorf** zu. Die Auffassung von Herrn Prof. Dr. Radtke, dass der Vorschlag abzulehnen sei, weil die Auswirkungen für das Revisionsrecht nicht absehbar seien, überzeuge ihn nicht. Dieses Problem müsse dann im Anschluss von einer weiteren Kommission oder vom Gesetzgeber gelöst werden. Es lasse sich nicht bestreiten, dass die Einführung der Videoaufzeichnung sich auf das Rechtsmittelsystem auswirken werde. Allerdings könne man nicht nur deshalb den ersten Schritt verweigern, weil es Folgeprobleme zu lösen gebe. Es gehe auch nicht darum, die Aufzeichnung im Anschluss jedem zur Verfügung zu stellen, hier gebe es die Möglichkeit der Verschriftlichung.

Frau **von Strünk** vertrat die Auffassung, dass die Kommission sich nicht für die Videodokumentation der Hauptverhandlung aussprechen könne, ohne Lösungen für die Auswirkungen auf das Revisionsverfahren anzubieten. Die Trennung nach Verfahrensrügen und anderen Rügen werde sich aus ihrer Sicht nicht aufrechterhalten lassen. Sie gehe deshalb von einem erheblichen Mehraufwand für den Revisionsrechtszug aus. Weitere Probleme seien die Akteneinsicht und die Widerspruchsmöglichkeit, für die § 58a Absatz 3 StPO eine Lösung beinhalten könne. Insgesamt sei es fraglich, ob sich der Aufwand lohne. Im Moment überwögen aus ihrer Sicht die Nachteile, daher spreche sie sich gegen eine solche Initiative aus.

Herr Dr. **Krauß** befürchtete, die Verteidigung werde, gestützt auf die Videodokumentation, künftig regelmäßig mit der Revision rügen, dass das Urteil falsche Feststellungen enthalte, wodurch die Revisionsgerichte faktisch zu einer zweiten Berufungsinstanz würden.

Herr Prof. Dr. **Radtke** stimmte Herrn Prof. Dr. Ostendorf zwar darin zu, dass die Kommission lediglich Empfehlungen ausspreche. Aber wenn man entsprechende Empfehlungen ausspreche, müsse man auch die Konsequenzen berücksichtigen. Die Kommission werde die aufgezeigten Probleme nicht lösen können.

Herr **Wenske** erinnerte an seine Ausführungen in der letzten Sitzung und verwies auf S. 29/30 des Protokolls dieser Sitzung.

Herr Prof. Dr. **Esser** bezweifelte ebenfalls, dass die Kommission die mit der Einführung einer Videodokumentation der Hauptverhandlung verbundenen Probleme lösen könne. Er schlage vor, die Videodokumentation eher mit Blick auf das Ermittlungsverfahren zu diskutieren und die Frage der Dokumentation der Hauptverhandlung einer anderen Kommission zu überlassen. Erneut schlug er vor, den Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien, Herrn Christoph Flügge, aufgrund seiner dortigen Erfahrungen mit der Videodokumentation zu dem Thema einzuladen.

Frau Prof. Dr. **Swoboda** verwies auf ein von Deutschland nicht unterzeichnetes Zusatzprotokoll zur EMRK, aus dem sich eine Pflicht zur effektiven und vollständigen Überprüfung aller erstinstanzlichen Strafurteile ergebe. Sie habe Zweifel, ob das geltende deutsche Revisionsrecht dem in allen Punkten (etwa bei § 349 Absatz 2 StPO) gerecht werde. Mit Blick auf das Jugoslawien-Tribunal sei anzumerken, dass dort ein ganz anderes Rechtsmittelrecht bestehe. In der zweiten Instanz könne dort alles aufgegriffen werden.

### III. Weiteres Vorgehen

Frau **Graf-Schlicker** bedankte sich für die intensive Diskussion. Das vereinbarte weitere Vorgehen sehe vor, dass nach dieser Sitzung nunmehr auch Arbeitssitzungen mit den einzelnen Gutachtern stattfinden würden, um unter Berücksichtigung der Diskussion in der Kommission im kleineren Kreis Beschlussempfehlungen zu erarbeiten.

Es wurde abschließend vereinbart, dass die in der März-Sitzung nicht behandelten Themen (Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens, Zustimmungslösung, erleichterte Nachtragsanklage, Zuständigkeitskonzentration bei der großen Strafvollstreckungskammer) in der nächsten Kommissionssitzung am 11./12. Mai 2015 aufgerufen werden sollen.



## F. Sechste Sitzung der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens am 11./12. Mai 2015

----- 1. Sitzungstag – 11. Mai 2015 -----

### I. Begrüßung

Frau Ministerialdirektorin **Graf-Schlicker** begrüßte die Teilnehmer und führte in Diskussion ein. In der sechsten Sitzung werde sich die Expertenkommission mit einer Vielzahl sogenannter kleiner Themen aus den Bereichen Ermittlungsverfahren, Hauptverhandlung und Vollstreckungsverfahren befassen.

### II. Beratungen

#### 1. Recht der Befangenheitsanträge

##### a) Gutachten

Herr **Caspari** stellte sein Gutachten vor. Sein erster Regelungsvorschlag beziehe sich auf die Befangenheitsanträge, die überraschend kurz vor Beginn der Sitzung gestellt werden („5 vor 9-Anträge“). Überwiegend werde davon ausgegangen, dass die Hauptverhandlung dann zwar begonnen, aber bereits die Anklage nicht verlesen werden dürfe. Lediglich eine Mindermeinung sehe das anders. Er betonte, dass es nicht darum gehe, solche Befangenheitsanträge einzuschränken oder auszuschließen, sondern lediglich darum, einen Missbrauch zu verhindern und die Hauptverhandlung fortsetzen zu können. Dazu gebe es zwei Möglichkeiten: Zum einen könne dem Angeklagten auferlegt werden, schon vor Sitzungsbeginn bekannt gewordene Befangenheitsgründe innerhalb einer bestimmten Frist vorzutragen. Allerdings sei dieser Ansatz nicht weiterzuverfolgen, da der Zeitpunkt des Bekanntwerdens eines Grundes voraussichtlich Gegenstand vieler Streitigkeiten sein würde. Vorzuziehen sei die Möglichkeit, die Sitzung zunächst zu beginnen und fortzusetzen, wenn eine Bescheidung über das Gesuch nicht ohne eine Unterbrechung erfolgen könne.

Bei seinem zweiten Punkt gehe es um das mündliche Stellen von Befangenheitsanträgen. Er verwies auf zwei Fälle aus Baden-Württemberg, in denen die Befangenheitsbegründungen

jeweils mehrere hunderte Seiten umfasst hätten, die in der Hauptverhandlung dann verlesen worden seien. Der Antragsteller habe nicht auf eine schriftliche Antragstellung nach § 257a StPO verwiesen werden können, da § 257a StPO nach § 26 Absatz 1 Satz 2 StPO bei Ablehnungsgesuchen keine Anwendung finde. Die Anträge hätten auch nicht als offensichtlich unzulässig oder unbegründet zurückgewiesen werden können, da dies eine Kenntnis der Begründung der Anträge voraussetze. Ihm gehe es darum, Verfahrensverzögerungen zu verhindern, indem § 257a StPO für anwendbar erklärt werde. Das Problem bei einer Verweisung auf eine schriftliche Antragsbegründung sei allerdings, dass der Angeklagte oder der Verteidiger das Ablehnungsgesuch wegen Befangenheit nach § 25 Absatz 2 Nummer 2 StPO unverzüglich stellen müsse. Er schlage daher eine Regelung vor, nach der der Verteidigung auf Antrag eine angemessene Frist zur Antragstellung gesetzt werden könne.

## b) Diskussion

Herr Prof. Dr. **Jahn** verwies auf einen Aufsatz in Deutschen Richterzeitung von Herrn Dr. *Thomas Stollenwerk* (DRiZ 2015, S. 138 [141]), der davon ausgehe, dass das Recht der Befangenheitsanträge keiner Neuregelung bedürfe, weil in Hinblick auf § 29 Absatz 2 StPO keine Bedenken beständen, die Bescheidung eines kurz vor Verhandlungsbeginn gestellten Befangenheitsantrags bis nach der Anklageverlesung zurückzustellen. Da in dem Aufsatz auf zwei weitere Literaturstimmen verwiesen werde, sei fraglich, ob es sich tatsächlich um eine Mindermeinung handle. Die Erforderlichkeit einer Neuregelung sei auch aufgrund einer Entscheidung des BGH im 48. Band (*BGHSt* 48, S. 264 [266]) in Frage gestellt, der eine Verletzung des § 29 Absatz 1 StPO allein nicht für eine Begründetheit der Revision habe ausreichen lassen.

Herr **Caspari** erwiderte, dass es sich nach wie vor um eine Mindermeinung handle. Außerdem werde in der Entscheidung des BGH offengelassen, ob § 29 Absatz 2 StPO analog angewendet werden könne (*BGHSt* 48, S. 264 [265]). Aber auch unabhängig davon, ob es sich um die herrschende oder eine Mindermeinung handle oder ob sich diese Frage revisionsrechtlich auswirke, sei es von Vorteil, wenn der Gesetzgeber hier klarstellend tätig werde.

Herr Dr. **König** wies zunächst darauf hin, dass die beschriebene Mindermeinung immerhin auch von *Meyer-Goßner* vertreten werde. Er könne aus eigener Erfahrung bestätigen, dass in der Praxis kein Aufhebens gemacht und die Anklage verlesen werde. Außerdem sei die Anzahl der Fälle, in denen solche Anträge kurz vor Beginn der Hauptverhandlung gestellt werden, sehr gering. Auch wenn eine Klarstellung grundsätzlich wünschenswert sei, verbänden sich mit dem Thema „Befangenheit“ ganz andere Probleme. Für die Anwendung des § 257a StPO sehe er ebenfalls kein praktisches Bedürfnis. Die von Herrn Caspari gegebenen Beispiele seien nur Einzelfälle, die nicht Anlass für Gesetzesänderungen sein sollten. Ein Verteidiger würde immer eine Möglichkeit finden, wenn er den Prozessablauf verzögern wolle. Aus Verteidigersicht mache eher die Vorgabe einer unverzüglichen Geltendmachung keinen Sinn. Sie sei geradezu kontraproduktiv, da sie in Regel dazu führe, dass bei einem auftretenden Konflikt ein Befangenheitsantrag gestellt werde, obwohl die Verteidigung den Konflikt mit einer gewissen zeitlichen Distanz vielleicht anders bewerten würde. Die Notwendigkeit der unverzüglichen Geltendmachung provoziere Befangenheitsanträge. Wenn es um die Entlastung der Justiz gehe, solle eher dieser Punkt aufgegriffen werden. Die Regelungen über die Ablehnung von Sachverständigen funktionierten schließlich auch ohne diesen Grundsatz.

Herr Dr. **Mutzbauer** führte aus, dass die Frage der Befangenheit eine Frage der Besetzung des Gerichts sei und damit nicht notwendigerweise Bestandteil der Hauptverhandlung sein müsse. Er schlage daher vor, die Entscheidung über Befangenheitsanträge vollständig in ein Verfahren außerhalb Hauptverhandlung zu verlagern, um diese davon zu entlasten. Der Vorschlag von Herrn Caspari gehe zu weit, da er der Formulierung nach nicht auf die Verlesung der Anklage beschränkt sei, sondern auch eine Beweisaufnahme im weiteren Sinne zulasse. Ein befangener Richter solle jedenfalls keinen Einfluss auf die Beweisaufnahme haben.

Herr Prof. Dr. **Nestler** äußerte, dass das Befangenheitsrecht grundsätzlich zu überarbeiten sei und das Thema seinem Eindruck nach zurückgestellt werden solle. Er schloss sich der Ansicht von Herrn Dr. König an, dass man mit Blick auf Einzelfällen keine Gesetzesänderungen vornehmen sollte.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** wies darauf hin, dass Ablehnungsgesuche wegen Befangenheit in Bezug auf Häufigkeit und Missbrauch ein typisches Problem des Strafprozesses, nicht aber des Zivil- oder Verwaltungsprozesses seien. Dies könne mit der Struktur des Strafprozesses, vor allem mit dessen inquisitorischen Charakter zusammenhängen. Er stellte die Vermutung auf, dass mehr Kommunikationselemente und Transparenz zu einer Entschärfung führen würden.

Herr **Wenske** wies darauf hin, dass sich in der Anlage zu seinem Gutachten für die dritte Sitzung eine Vielzahl von Fällen finden lasse, bei denen der Hauptverhandlungsauftritt geplatzt und die Anklageschrift nicht verlesen worden sei. Der Prozessauftakt sei sehr wichtig für die Außendarstellung des Gerichts. Das Gericht verliere erheblich an Standing, wenn am ersten Verhandlungstag nicht einmal die Anklage verlesen werden könne. Er unterstütze daher die Vorschläge von Herrn Caspari, teile aber auch die Ansicht von Herrn Dr. Mutzbauer, dass möglichst viele nicht strengbeweislich zu klärende Fragen aus der Hauptverhandlung herausgenommen werden sollten. Er erinnerte diesbezüglich an seine Ausführungen zum Zwischenverfahren, die den Vorschlag enthalten hätten, § 25 StPO dahingehend zu ändern, dass alle für eine Befangenheit ins Feld geführten Gründe ab Mitteilung der Besetzung (§ 222b StPO) unverzüglich geltend gemacht werden müssten. Eine Ausweitung des § 29 StPO, die unter Umständen auch eine Beweisaufnahme erlaube, sehe er kritisch.

Herr Dr. **Isak** sprach sich ausdrücklich für den Vorschlag von Herrn Caspari aus, § 257a StPO auch für Befangenheitsanträge anwenden zu können. Hierbei handele es sich nicht um einen tiefgreifenden Eingriff in das Befangenheitsrecht.

Herr **Schmengler** hielt die Umsetzung der Vorschläge von Herrn Caspari für dringend geboten. Die derzeitigen Vorschriften zur Befangenheit würden eine Vielzahl von Missbrauchsmöglichkeiten eröffnen, von denen in der Praxis auch regelmäßig Gebrauch gemacht werde. Auch die Anwendung des § 257a StPO sehe er als zweckmäßig an. Der Vorschlag von Herrn Dr. König, das Gebot der Unverzüglichkeit zu streichen, halte er dagegen nicht für zielführend, da das Gericht ansonsten von der Verteidigung abhängig sei. Bezüglich der Annahme von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor, die Problematik durch einen kommunikativen Verhandlungsstil

zu entschärfen, wandte Herr Schmengler ein, dass bei vielen Verteidigern die Bereitschaft fehle, ergebnisoffen zu diskutieren. Ferner rege er an, den Vorschlag von Herrn Caspari in der Hinsicht zu modifizieren, dass über Befangenheitsanträge nicht zwingend schon am übernächsten Verhandlungstag entscheiden zu müssen, sondern unverzüglich weiterverhandelt werden könne. Gerade in Haftsachen sei eine Entscheidung bis zur übernächsten Sitzung nicht möglich, da der Beschleunigungsgrundsatz zwei Verhandlungstage pro Woche verlange.

Herr **Thiele** unterstützte den Vorschlag von Herrn Caspari. Auch wenn sich hier eventuell eine herrschende Meinung herausbildet habe, wäre eine Klarstellung gerade im Hinblick der Verlesbarkeit der Anklage wünschenswert. Das Hinausschieben der Entscheidung bis zum übernächsten Verhandlungstag räume dem Antragssteller zudem die Möglichkeit ein, nochmals über den Antrag nachzudenken. Bezüglich des Einwands von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor merke er an, dass auch im Zivilprozess oft Befangenheitsanträge gestellt werden, weshalb eher eine Harmonisierung der Verfahrensordnungen auf dem Niveau der Befangenheitsregelungen in der Strafprozessordnung angezeigt wäre.

Herr Prof. Dr. **Esser** hielt es für unzumutbar, wenn über mehrere Verhandlungstage mit einem befangenen Richter weiterverhandelt werden solle. Hierbei dürfe schließlich nicht nur an den Missbrauchsfall gedacht werden; es gebe auch die Möglichkeit, dass der Befangenheitsantrag zu Recht gestellt werde. Dann könne ein befangener Richter über mehrere Verhandlungstage gewisse Akzente setzen, welche faktisch nicht mehr ohne weiteres rückgängig zu machen wären.

Herr Prof. Dr. **Radtke** unterstützte zum einen die Idee, einmal grundsätzlich über das Befangenheitsrecht nachzudenken. Zum anderen trat er dem Vorschlag von Herrn Dr. Mutzbauer bei, die Frage der Befangenheit außerhalb der Hauptverhandlung zu klären. Abgesehen davon hätte die Kommission die Möglichkeit, hier - wenn auch nur klarstellend - tätig zu werden, weil auf jeden Fall ein praktische Bedürfnis gegeben sei, die Verlesung der Anklage zu ermöglichen. Im Hinblick auf die Darstellung des Gerichts nach Außen schloss er sich Herrn Wenske an. Auch die Anwendbarkeit des § 257a StPO befürworte er.

Herr Prof. Dr. **Nestler** schloss sich Herrn Prof. Dr. Radtke dahingehend an, das Verlesen der Anklage zu ermöglichen. Auch gebe es keine Bedenken dagegen, dass Befangenheitsanträge zeitnah mit der Mitteilung der Besetzung gestellt werden müssten, wenn sie zu diesem Zeitpunkt begründet bereits wären. Gegen eine Anwendung von § 257a StPO sei nichts zu erinnern. Weitergehende Änderungen in diesem System lehne er hingegen ab. Vor allem eine Möglichkeit, länger als bis zum übernächsten Hauptverhandlungstag weiter zu verhandeln, sei nicht akzeptabel.

Nach Ansicht von Herrn Dr. **König** entstehe in der Diskussion der Eindruck, dass die StPO das Gericht vor dem Angeklagten zu schützen habe. Die Frage sei hier allerdings, wie der Angeklagte vor einem Richter geschützt werde, der ihm nicht mit der erforderlichen Unvoreingenommenheit begegne. Aktuell sei dieser Schutz durch das Befangenheitsrecht im Wesentlichen ausreichend verwirklicht. Den Vorschlag von Herrn Dr. Mutzbauer, Fragen der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung zu klären, könne er nicht nachvollziehen. Wenn die Hauptverhandlung als Forum für die Öffentlichkeit verstanden werde, müssten gerade dort auch Fragen der Gerichtsbesetzung und der Befangenheit geklärt werden. Zwar weise Herr Caspari zutreffend darauf hin, dass die Entscheidung über die Begründetheit des Befangenheitsantrags in der Hauptverhandlung bekannt gegeben werde. Die Öffentlichkeit solle aber auch den Entscheidungsprozess mitverfolgen können. § 257a StPO halte er hingegen überhaupt für eine überflüssige Vorschrift. Hinsichtlich der Verlesung der Anklageschrift sei er für eine Klarstellung offen, auch wenn er diese nicht für notwendig erachte.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** erinnerte an die Ratio des Befangenheitsrechts und zitierte die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem 30. Band, S.149 (153): *„Nach Art. 101 Absatz 1 Satz 2 GG muss gewährleistet sein, dass der Rechtsuchende nicht vor einem Richter steht, der aus bestimmten Gründen die gebotene Neutralität und Distanz vermissen lässt. Im System der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters muss deshalb Vorsorge dafür getroffen sein, dass im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist oder im Ablehnungsverfahren ausgeschlossen werden kann.“* Aufgabe des Gesetzgebers sei die Gewährleistung eines neutralen Richters.

Herr Prof. Dr. **Radtke** hielt zusammenfassend fest, dass zumindest bezüglich der Frage der Verlesung der Anklage Konsens bestehe. Auch hinsichtlich der Frage der Anwendbarkeit des § 257a StPO werde eine moderate Erweiterung überwiegend für sinnvoll erachtet.

Herr Dr. **Mutzbauer** äußerte, dass es hinsichtlich des § 257a StPO es noch Bedenken gebe, etwa, ob das Gericht unterbrechen müsse, wenn es den Verteidiger auf den Weg einer schriftlichen Antragstellung verweise. Hinsichtlich des unverteidigten Angeklagten sei fraglich, ob er einen entsprechenden Antrag auch außerhalb der Hauptverhandlung beim Urkundsbeamten stellen könne. Im Übrigen halte er es – wie Herr Prof. Dr. Esser – für unzumutbar für den Angeklagten, dass er vor einem Richter sitzen müsse, den er für befangen halte. Jedenfalls eine Beweisaufnahme sollte hier ausgeschlossen sein.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** stellte fest, dass weder die Möglichkeit noch die Notwendigkeit bestehe, das Befangenheitsrecht grundsätzlich zu ändern. Allerdings könnte man kleinere Aspekte ändern. Im Anschluss an Herrn Prof. Dr. Radtke und Herrn Prof. Dr. Nestler schlägt er vor, folgende Punkte aufzugreifen, für die sich auch eine Mehrheit finden lasse: 1) Zulassung der Verlesung der Anklageschrift; 2) Unzulässigkeit der Durchführung einer Beweisaufnahme oder der Abgabe einer Einlassung; 3) Anwendbarkeit von § 257a StPO.

Herr Dr. **Meyer** unterstützte den Vorschlag von Herrn Caspari und verwies auf eine Arbeitsgruppe der Justizministerkonferenz aus dem Jahr 2012, die sich mit dem Thema beschäftigt habe. Die Arbeitsgruppe habe folgende drei Vorschläge unterbreitet: 1) Das Erfordernis der Unverzögerlichkeit solle auch vor der Hauptverhandlung angewendet werden; 2) Fristverlängerung für die Entscheidung (entsprechend dem Vorschlag von Herrn Schmengler); 3) unbegründete Anträge sollen in unveränderter Besetzung beschieden werden können. Diese Empfehlungen seien in der Justizministerkonferenz ausdrücklich begrüßt worden.

Herr Dr. **Krauß** hob noch einmal hervor, dass es in der Praxis wichtig sei, einen Missbrauch zu verhindern, wofür die beiden Vorschläge - Fortsetzung der Hauptverhandlung zumindest bis zur Beweisaufnahme und die Anwendbarkeit des § 257a StPO - gut eignen seien. Selbst

wenn § 257a StPO in der Praxis keine Rolle spiele, so verhindere bereits das Bestehen einer entsprechenden Möglichkeit des Richters einen Missbrauch.

Herr Dr. **Müller** schloss sich den Vorschlägen von Herrn Caspari an. Die Kommission solle sich zumindest auf den Minimalkonsens einigen. Er bezweifelte, dass mehr Kommunikation in diesem Bereich helfe. Diese werde die Standpunkte nicht ändern.

Herr **Caspari** erläuterte, dass der Grund dafür, dass § 257a StPO für das Befangenheitsrecht nicht für anwendbar erklärt worden sei, weil eine schriftliche Antragstellung mit dem Gebot der Unverzüglichkeit in Konflikt geraten könne. Im Übrigen sei es ausreichend, wenn die Anklageverlesung ermöglicht werden würde. Die Formulierung hinsichtlich des übernächsten Verhandlungstages sei an § 29 Absatz 2 StPO angelehnt. Bezüglich der Frage, wann der Umstand bekannt wurde, der den Befangenheitsantrag begründe, schließe er sich Herrn Dr. König an. Es sei schwierig, dies eindeutig festzustellen. In der Diskussion sei jedenfalls deutlich geworden, dass es sich lediglich um Einzelfälle handele.

### c) Meinungsbild

Das anschließend eingeholte Meinungsbild ergab, dass sich eine Minderheit der Kommissionsmitglieder gegen jede Änderung aussprach.

Der Vorschlag, § 29 StPO dahin zu ändern, dass die Anklageschrift noch verlesen werden könne, wurde von einer großen Mehrheit der Kommissionsmitglieder befürwortet.

Der vollständige Vorschlag von Herrn Caspari (einschließlich des Vorschlags, über die Ablehnung bis spätestens zum übernächsten Verhandlungstag entscheiden zu müssen) wurde von sieben Mitgliedern unterstützt, zehn Mitglieder stimmten dagegen und es gab drei Enthaltungen. Bezüglich der Anwendbarkeit des § 257a StPO stimmten 13 Mitglieder dafür, fünf dagegen und zwei Mitglieder enthielten sich.

Eine Änderung des § 222b StPO, wonach der Ablehnungsgrund unverzüglich nach der Besetzungsmitteilung geltend gemacht werden müsse, wurde von fünf Mitgliedern unterstützt, sechs stimmten dagegen und es gab acht Enthaltungen.

Der Vorschlag, das Befangenheitsrecht grundsätzlich zu reformieren, wurde von neun Mitgliedern befürwortet, zwei stimmten dagegen und neun Mitglieder enthielten sich.

Der Vorschlag von Herr Dr. König, das Unverzüglichkeitserfordernis auch nach der Vernehmung der persönlichen Verhältnisse bei der Richterablehnung zu streichen, wurde von drei Mitgliedern unterstützt, 13 Mitglieder stimmten dagegen und vier Mitglieder enthielten sich.

## 2. Erleichterte Nachtragsanklage

### a) Gutachten

Herr **Caspari** stellte sein Gutachten vor. Er wies zunächst darauf hin, dass eine Nachtragsanklage nach geltendem Recht nur mit Zustimmung des Angeklagten erfolgen könne und dass dies damit begründet worden sei, dass zum Zeitpunkt der Schaffung der gesetzlichen Regelung der Abstand zwischen zwei Hauptverhandlungstagen maximal vier Tage betrug. Daher sei hinsichtlich der Nachtragsanklage befürchtet worden, dass sie das Verfahren nur unnötig in die Länge ziehen werde, da der Angeklagte entsprechend Zeit benötige, sich vorzubereiten. Inzwischen sei eine Unterbrechung über einen Zeitraum von drei Wochen möglich.

### b) Diskussion

Herr Dr. **Mutzbauer** sah es als problematisch an, wie mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme umgegangen werden solle, die bis dahin erfolgt sei. Für den Angeklagten ändere sich durch die Nachtragsanklage die „Geschäftsgrundlage“. Seine Einlassung beziehe sich auf einen bestimmten Anklagevorwurf und dann trete ein Tatvorwurf hinzu, den er bei dieser Einlassung noch nicht im Blick gehabt habe. Nach der Rechtsprechung des BGH müsse in diesem Fall die Beweisaufnahme wiederholt werden. Er bezweifelte daher, dass eine entsprechende Änderung wesentliche Vorteile haben werde. Der einzige Vorteil sei, dass die Nachtragsanklage bei einem Verfahren vor dem Landgericht keinen Zuständigkeitswechsel bewirke, wenn etwa für die zweite Anklage das Amtsgericht sachlich zuständig wäre. Im umgekehrten Fall müsse jedoch das Amtsgericht unter Umständen an das Landgericht verweisen, was keine Effektivitätssteigerung bewirke.

Herr **Caspari** erwiderte, dass bereits nach geltendem Recht gegebenenfalls Teile der Beweisaufnahme wiederholt werden müssten. Es gehe ihm weniger um die Verfahren, bei denen die

Hauptverhandlung vollständig wiederholt werden müsste. Das Verweisungsproblem sehe er, jedoch sei die Verweisung an das Landgericht dann auch sachgerecht.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** bildete im Anschluss an Herrn Dr. Mutzbauer eine Fallkonstellation, in der ein Angeklagter sich zur Sache einlasse, jedoch geschwiegen hätte, wenn die späteren weiteren Anklagevorwürfe von Anfang an vorgelegen hätten. Wie solle mit einer Einlassung oder einem Geständnis umgegangen werden, wenn der Angeklagte beabsichtige, sich zum Gegenstand der Nachtragsanklage nicht einzulassen. Insgesamt sei dies eine schwierige Prozesssituation.

Herr **Caspari** wandte ein, dass der Angeklagte auch derzeit nicht davor geschützt sei, dass ihn die Staatsanwaltschaft auf Grund einer Einlassung oder eines Geständnisses neu anklage. Zudem müsse er sich an dem Geständnis zum bisherigen Tatvorwurf festhalten lassen. Diese Situation werde nicht durch den neuen Tatvorwurf geändert.

Herr Prof. Dr. **Radtke** stellte die Frage, ob es sich bei dem Vorschlag von Herrn Caspari um den Versuch handele, die Rechtsfolgen von § 265 StPO und § 266 StPO anzunähern. So werde vorgeschlagen, dass die Hauptverhandlung ausgesetzt werden müsse, was bereits in § 265 Absatz 4 StPO geregelt sei. Die Änderungen seien nur für Serienstraftaten relevant. Die Differenzierung, ob § 265 StPO oder § 266 StPO Anwendung finde, erfolge anhand des prozessualen Tatbegriffs. Aufgrund des Umstands, dass die Bestimmung des prozessualen Tatbegriffs nicht deutlich von Fragen des materiellen Strafrechts getrennt werde, sei es durchaus empfehlenswert, die Rechtsfolgen von § 265 StPO und § 266 StPO aneinander anzupassen.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** vermutete, dass die Vorschläge das Verfahren nicht verkürzen würden. Im Gegenteil werde eine anhängige Hauptverhandlung in die Länge gezogen, etwa durch eine neue Vorbereitungszeit, das Anhören von neuen Zeugen und ähnlichem. Auch Einsparungen in der Gesamtbetrachtung dadurch, dass keine gesonderte Anklage erhoben werden müsse, bezweifelte er. Zudem merkte er an, dass die Konzentration auf den Tatvorwurf dadurch beeinträchtigt werde, dass man sich mit neuen Vorwürfen beschäftigen müsse.

Die Begrenzung diene dazu, einen begrenzten Gesprächsgegenstand zu haben. Durch die vorgeschlagenen Änderungen würde dagegen neue Komplexität geschaffen. Zudem sei es in der Praxis oft der Fall, dass nach Abschluss der Hauptverhandlung eine Einstellung hinsichtlich weiterer Vorwürfe erfolge.

Herr **Caspari** bekundete mit Blick auf die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Radtke, dass nach seinen Vorschlägen bei der Nachtragsanklage eine Unterbrechungsmöglichkeit bestehe, die möglicherweise über § 265 StPO hinausgehe. Auch er befürworte eine Angleichung von § 265 StPO und § 266 StPO. Entgegen der Ansicht von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor schränke sein Vorschlag die Möglichkeiten zur Verfahrensbeschränkung nach § 154 StPO nicht ein. Ansonsten bestünde ein Problem nur dann, wenn gänzlich neue Vorwürfe eingebracht werden. Allerdings sei davon auszugehen, dass das Gericht in solchen Fällen die Nachtragsanklage nicht zulassen würde. Viel wichtiger sei ihm jedoch, dass gerade bei Serienstraftaten ein gleiches Begehungskonzept und ein wiederkehrender Ablauf von Tathandlungen vorliege, so dass weitere Fälle einfach miteinbezogen werden könnten.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** schlug daher vor, eine erleichterte Nachtragsanklage nur bei gleichartigen Delikten zu ermöglichen.

Herr Prof. Dr. **Esser** stimmte dem vorgeschlagenen Konnex zu, ansonsten sei dies schwer mit Artikel 6 Absatz 3 lit. b EMRK vereinbar. Herr Caspari habe bereits deutlich gemacht, dass es nicht die Absicht sei, entsprechende Rechte zu beschränken. Die Bedenken von Herrn Dr. Mutzbauer teile er. Die aktuell in § 266 StPO geregelte Zustimmung sei nichts anderes als der Verzicht auf das Schweigerecht. Es frage sich auch, wie ein Missbrauch seitens der Staatsanwaltschaft verhindert werden könne, die einen ausermittelten Sachverhalt zunächst nur in bestimmter Weise anklage, um anschließend § 266 StPO anzuwenden.

Herr **Caspari** bestätigte, dass es auch bei einer Haftsache denkbar sei, dass zunächst Anklage erhoben werde, um dem Beschleunigungsgebot zu entsprechen. Allerdings dürfe hier schon auf Grund eben dieses Gebots die Neigung des Gerichtes, die Nachtragsanklage zuzulassen, beschränkt sein.

Herr Dr. **Isak** wies darauf hin, dass es keinen Fall einer missbräuchlichen Vorgehensweise darstelle, wenn ausermittelte Teile eines komplexeren Verfahrens vorab angeklagt würden. Es gebe regelmäßig Beschlüsse von Oberlandesgerichten bei Haftprüfungssachen, die eine entsprechende Vorgehensweise auf Grund des Beschleunigungsgrundsatzes zwingend vorschrieben.

Herr Prof. Dr. **Radtke** fasste zusammen, dass zahlreiche Kompensationsmöglichkeiten für den Wegfall des Zustimmungserfordernisses in Betracht kämen. Zum einen könne sich eine Eignungsklausel mit dem vorgeschlagenen Konnex und der Ablehnungsmöglichkeit des Gerichts anbieten, wenn das Gericht der Auffassung sei, dass die Nachtragsanklage nicht geeignet sei, zum Verfahrensgegenstand zu werden. Zum anderen könne man als zweites Korrektiv überlegen, dass die Ablehnung der Zulassung einer Nachtragsanklage in der Rechtsfolge einer Nichteröffnung gleichkomme. Diese Korrekturen könnten auch einem möglichen Missbrauch vorbeugen.

Herr Dr. **König** wies noch auf zwei Gesichtspunkte hin. Ziel der Kommission sei unter anderem die Effektivierung. Der Vorschlag von Herrn Caspari erfasse jedoch auch Fälle, die derzeit über § 154 StPO erledigt würden. Für die Justiz entstehe so eine zusätzliche Belastung. Zum anderen seien die Auswirkungen auf die Verständigung fraglich, da die Staatsanwaltschaft ohne das Zustimmungserfordernis mehr Druck ausüben könne.

### c) Meinungsbild

Das anschließend eingeholte Meinungsbild ergab, dass der Vorschlag von Herrn Caspari von vier Mitgliedern unterstützt wurde, zwölf Mitglieder stimmten dagegen, vier Mitglieder enthielten sich.

Eine Beschränkung des Änderungsvorschlags hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses bei der Nachtragsanklage auf lediglich gleichartige Vorwürfe wurde von fünf Mitgliedern unterstützt, elf stimmten dagegen und es gab vier Enthaltungen.

Der Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Radtke hinsichtlich der Kompensationsmöglichkeiten hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses wurde daraufhin nicht mehr zur Abstimmung gestellt.

### 3. Bündelung der Nebenklagevertretung

#### a) Gutachten

Herr Dr. **Krauß** stellte sein Gutachten vor. Er führte aus, dass ihm durchaus bewusst sei, dass der Opferschutz seit den achtziger Jahren beständig ausgeweitet werde. Sein Vorschlag solle allerdings auch nur in bestimmten Ausnahmefällen greifen und nur bei Großverfahren die Möglichkeit einer Beschränkung einführen. Derzeit verweise § 397a Absatz 3 Satz 2 StPO auf § 142 Absatz 1 StPO, wonach der Vorsitzende den vom Antragssteller bezeichneten Rechtsanwalt bestelle, wenn kein wichtiger Grund entgegenstehe. Dies führe in der Regel zu einer individuellen Bestellung eines Rechtsbeistands für den Nebenkläger. Problematisch werde diese Regelung in Großverfahren, etwa im NSU-Verfahren mit einer Nebenklagevertretung von insgesamt 62 Rechtsbeiständen. Hingegen habe in einem anderen Verfahren eine Gruppenregelung durchgesetzt werden können, wobei dies rechtlich zweifelhaft gewesen sei. Auch im „Love-Parade“-Verfahren werde mit einer großen Anzahl an Nebenklägervetretern gerechnet. Diese Vielzahl an Nebenklägervetretern sei zum einen auf Grund der Waffengleichheit bedenklich. Auch ergebe eine Untersuchung (Vgl. *Barton*, StraFo 2011, S. 161), dass bei einer hohen Anzahl an Nebenklägervetretern die Wahrscheinlichkeit eines Freispruches um 50 % sinke, weil der Druck auf das Gericht erhöht werde. Aber auch im Hinblick auf das Beschleunigungsgebot und die Effektivität des Strafverfahrens sei diese wenn auch sehr seltene Praxis bedenklich. Schließlich müsse auch die finanzielle Belastung zum einen für den Angeklagten und zum anderen aber auch für den Staat berücksichtigt werden. Zwar gebe es bereits in der Rechtsprechung eine Tendenz, dem entgegenzuwirken, aber es fehle eine Regelung hierzu. Daher schlage er vor, eine eigene Regelung in § 397a Absatz 3 StPO ohne Verweis auf § 142 StPO aufzunehmen. Dabei solle im Grundsatz eine individuelle Bestellung wie bisher ermöglicht, aber dem Vorsitzenden in Ausnahmefällen die Option eingeräumt werden, Fallgruppen von Opfern zu bilden und dann einen Gruppenrechtsbeistand für die Hauptverhandlung beordnen zu können. Dies solle möglich sein, wenn es auf Grund des Umfangs des Falles und der Anzahl der Nebenkläger im Hinblick auf die Effizienz und die Fairness erforderlich sei. Der Nebenkläger sei vorher anzuhören, damit dieser seine Interes-

sen wahrnehmen könne. Auch solle das Anwesenheitsrechts des Nebenklägers unberührt bleiben, allerdings beziehe sich das Anwesenheitsrecht dann auf die bestellten Gruppenvertreter. Man könne überlegen, ob in Sonderfällen - wie teilweise im Ausland vorgesehen - neben dem Gruppenvertreter ein außergerichtlicher Beistand auf Staatskosten zugelassen werden solle, wenn dies für erforderlich gehalten werde. Im Endeffekt könne man damit Kosten einsparen. Ob man entsprechende Grundsätze im Gesetz normieren oder ob man dies dem Gericht überlassen solle, könne man noch diskutieren.

### b) Diskussion

Herr Prof. Dr. **Nestler** wies zunächst darauf hin, dass die Strafverteidigervereinigungen sich dafür einsetzten, das Institut der Nebenklagevertretung gänzlich wieder abzuschaffen. Er selbst vertrete in einem aktuellen „Ausschwitzverfahren“ 51 Nebenkläger. Es gebe auch das Problem, dass einige Anwälte lediglich die Gebühren „absitzen“ würden. Dennoch gebe es einige Bedenken gegen den genannten Vorschlag. Auch in Großverfahren mit eigentlich gleichgelagerten Interessen könnten während des Verfahrens Interessenskonflikte entstehen. Auch hinsichtlich des Plädoyers könnten Interessenskonflikte auftreten. Als weitere Konsequenz könnte ein Parteiverrat seitens der Nebenklägervertreter in Betracht kommen. Was sei die Konsequenz, wenn die gebündelten und zu Beginn der Verhandlung gleichartigen Interessen im Laufe des Verfahrens auseinanderfielen? Gelte dann § 143 StPO? Wie werde diese Situation in der Hauptverhandlung aufgelöst? Man könne das Problem allerdings auch gebührenrechtlich lösen, indem man für jede weitere Vertretung auch mehr Gebühren vorsehe. Ein Problem sehe er dann jedoch darin, dass der Verteidiger deutlich weniger verdienen würde als der Nebenklägervertreter.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** sympathisierte mit dem Vorschlag von Herrn Dr. Krauß. Das Problem der Interessenaufspaltung sehe er so nicht. Zum einen könne man in der Regel die Interessen in einige Gruppen aufteilen. Zum anderen sei fraglich, ob ein abweichendes Einzelinteresse rechtlich schutzwürdig sei. Dieses Problem sei nicht mit der Situation zu vergleichen, bei der mehrere Angeklagte durch einen Pflichtverteidiger verteidigt werden sollen.

Herr Prof. Dr. **Nestler** führte als weiteren Gesichtspunkt das Mandatsverhältnis an. Selbstverständlich sei eine Bündelung im Regelfall möglich, allerdings werde es auch stets Nebenkläger geben, bei denen ein besonderes Vertrauensverhältnis zu ihrem Nebenklagevertreter bestehe. Das müsse als legitimes Interesse anerkannt werden. Nehme man das Vertrauensverhältnis als schutzwürdiges Interesse ernst, dann widerspreche dies der Idee einer Bündelung.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** widersprach der Auffassung, dass Mandatsverhältnis in dieser Weise schutzwürdig sei.

Herr Prof. Dr. **Jahn** unterstützte den Vorschlag von Herrn Dr. Krauß und schloss sich den Argumenten von Herrn Prof. Dr. Rönnau an. Es sei jedoch zunächst zu klären, welche Funktion der Nebenklage im Strafverfahren überhaupt beikommen solle. Diese Frage sei bisher nicht geklärt worden. In der Rechtsprechung finde man wenige Entscheidungen, die sich mit Funktion der Nebenklage beschäftigten. Der Leitentscheidung aus dem 28. Band (BGHSt 28, S. 271) könne man zwei Hinweise entnehmen, die aktuell noch relevant seien, nämlich, dass die Nebenklage nicht zur Wahrung des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung berufen sei und der Nebenkläger wie der Privatkläger nur ein persönliches Interesse auf Genugtuung wahrnehme. Dadurch werde deutlich, dass man bei der Bündelung der Nebenklagevertretung nicht so zurückhaltend sein müsse wie bei anderen Verfahrenssubjekten. Es gehe primär um persönliche Interessen, die nicht so hochwertig seien, als dass sie nicht im öffentlichen Interesse gebündelt werden könnten.

Herr Dr. **König** unterstützte die Kritik an der Nebenklageausweitung und den Vorschlag von Herrn Dr. Krauß. Der Vorschlag sei vor allem praktikabel, weil die Bündelung der Nebenklagevertretung die Ausnahme bilden solle. Durch die Ausgestaltung als Ermessensvorschrift könnten auch die Bedenken von Herrn Prof. Dr. Nestler hinsichtlich des Vertrauensverhältnisses berücksichtigt werden. Man könne die Ermessensausübung auch mehr konturieren und Fälle gleich gelagerter Interessen umschreiben. Der gebührenrechtliche Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Nestler sei aus Anwaltssicht „charmant“, aber an das Zivilprozessrecht angelehnt. Dort gebe es allerdings auch einen sachlichen Grund, da es dort nicht so schwierig sei,

Interessen zu bündeln. Rechtspolitisch sei dies jedenfalls zweifelhaft und schwer der Öffentlichkeit zu vermitteln.

Herr Dr. **Mutzbauer** stellte zunächst klar, dass es lediglich darum gehe, § 397a StPO zu ändern, nicht § 397 Absatz 2 Satz 1 StPO, wonach jeder Nebenkläger das Recht habe, einen Anwalt auf eigene Kosten zu nehmen. Das bedeute im Ergebnis eine Eingrenzung im faktischen Bereich und keine rechtliche Einschränkung. Es sei letztlich eine rechtspolitische Frage, inwiefern ein Anspruch bestehen solle, dass der Staat beliebig viele Nebenklägervertreter bezahlen müsse. Offen bleibe, ob es ausreiche, lediglich die Anzahl der bezahlten Nebenklägervertreter zu begrenzen.

Herr **Wenske** schloss sich Herrn Dr. Mutzbauer, Herrn Dr. König und Herrn Dr. Krauß an. Eine Abkoppelung von § 142 StPO sei sehr wichtig, um unter anderem eine gesetzgeberische Wertentscheidung zu treffen. Eine entsprechende Differenzierung zwischen Nebenklägern und Angeklagten bestehe bereits in § 398 StPO oder § 400 StPO. Wenn ein Ausnahmefall mit einer Vielzahl von Nebenklägern vorliege, könne eine gesetzliche Vermutung greifen, dass es einen Interessengleichlauf gebe. Da der Nebenkläger nach § 396 Absatz 2 Satz 2 StPO vortragen müsse, warum seine Belange schutzwürdig seien, könne das Gericht anhand des Vortrages auch entscheiden, ob die Interessen gleichlaufen. Ferner seien die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Jahn zutreffend, dass es um persönliche Interessen gehe. Allerdings habe sich der Gesetzgeber dafür entschieden, dass diese Interessen teilweise schützenswert seien. Zur Frage, was genau schutzwürdig sei, habe der Bundesgerichtshof im Jahr 2012 deutlich gemacht, dass die Funktion der Nebenklage darin liege, dass der Nebenkläger sich vor der Verantwortungszuweisung durch den Angeklagten schützen kann. Darauf sollte man sich zurückbesinnen. Allerdings wären dann nicht alle Interessen schützenswert. So sei etwa hinsichtlich des Strafmaßes kein schutzwürdiges Interesse des Nebenklägers anzuerkennen, wie sich bereits aus § 400 StPO ableiten lasse. Außerdem sei der Nebenkläger oft zugleich Auskunftsperson und habe dann andere Schutzmöglichkeiten, wie etwa den Zeugenbeistand gemäß § 68b StPO. Auch gebe es die Möglichkeit, sich über § 69 Absatz 2 Satz 2 StPO äußern zu können. Der Vorschlag von Herrn Dr. Krauß sei zu unterstützen.

Herr Prof. Dr. **Nestler** stellte klar, dass er nicht gegen den Vorschlag von Herrn Dr. Krauß sei. Er stimme den Vorrednern hinsichtlich des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zu. Zu bedenken

sei, dass die Rechte des Nebenklägers in § 397 StPO mit den Rechten der Staatsanwaltschaft zu vergleichen seien und sehr weit reichten, so dass dies auf den ersten Blick gegen eine Beschränkung spreche. Allerdings sei es richtig, die staatlich finanzierte Nebenklagevertretung eingrenzen zu können.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** stellte zunächst klar, dass es trotz aller Unklarheiten über die Funktion der Nebenklage auch um Befriedigungsfragen gehe. Neben dem abstrakten Strafanspruch gebe es das Bedürfnis der Menschen nach Befriedung des Konflikts. Dies sei durchaus berechtigt und könne in der Hauptverhandlung berücksichtigt werden. Jedoch sei zu beachten, dass es sich um seltene Ausnahmefälle handele. Berufsrechtliche Fragen seien durchaus wichtig, da ein Anwalt keine widerstreitenden Interessen vertreten dürfe. Die Lösung könne der Einsatz von Koordinatoren sein, denen in geeigneten Fällen die Aufgabe zugewiesen werden könne, die Wahrnehmung von Verfahrensrechten zu bündeln.

Herr **Thiele** wies darauf hin, dass zwischen der Nebenklagevertretung während und außerhalb der Hauptverhandlung zu unterscheiden sei. Die Nebenklagevertretung außerhalb der Hauptverhandlung sollte nicht zur Disposition stehen. In der Hauptverhandlung hingegen sei die Reduktion sinnvoll. Zum einen gebe es die Möglichkeit, die Nebenkläger nur in den Verhandlungsteilen zuzulassen, in denen sie tatsächlich betroffen seien. Zum anderen könne dem Gericht die Befugnis eingeräumt werden anzuordnen, dass sich die Nebenklagevertreter auf einen Sitzungsvertreter verständigen müssen, ggf. unter Einschaltung eines externen Koordinators.

Herr **Caspari** merkte an, dass es neben der Diskussion um die Nebenklägervertreter auch noch Adhäsionsklägervertreter gebe. Eine Effektivierung trete nicht ein, wenn es zwar nur zwei Nebenklagevertreter gebe, dafür aber 50 Adhäsionsklägervertreter anwesend seien. In der Regel sei es so, dass derjenige, der als Nebenklagevertreter auftrete, auch als Adhäsionsklägervertreter tätig sei. Fraglich sei aus seiner Sicht, ob nicht bei der Vertretung von Adhäsionsklägern regelmäßig ein Interessenskonflikt entstehe, vor allem, wenn absehbar sei, dass nicht jeder Schmerzensgeldanspruch erfüllbar sein werde.

Herr Dr. **Müller** wies darauf hin, dass das Gericht die Durchführung eines Adhäsionsverfahrens auch ablehnen könne. Ansonsten sei der Vorschlag von Herrn Dr. Krauß zu unterstützen. Allerdings müsse nach außen hin deutlich gemacht werden, dass es hier um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und die Durchführbarkeit des Verfahrens gehe. Ferner sei auch die Waffengleichheit zu berücksichtigen.

Herr **Caspari** wies daraufhin, dass das Adhäsionsverfahren nicht einschränkbar sei, sofern es um Schmerzensgeld gehe.

### c) Meinungsbild

Abschließend wurde nur über die grundsätzliche Frage der Bündelung abgestimmt, nicht auch über die nähere Ausgestaltung. Das eingeholte Meinungsbild ergab, dass eine Bündelung der Nebenklagevertretung einstimmig unterstützt wurde.

## 4. Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung von zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden – Ausweitung der Privatklage

### a) Gutachten

Herr Dr. **Isak** stellte sein Gutachten vor. Im Ausgangspunkt wies er darauf hin, dass die Staatsanwaltschaften mit zahlreichen „Zivilklagen in Form einer Betrugsanzeige“ belastet würden. Dabei gehe es um Arbeitsverhältnisse, Pachtverhältnisse, Kaufverträge und ähnliche Vertragsverhältnisse. Sofern die Anzeige - insbesondere durch einen Rechtsanwalt - schlüssig formuliert sei und der angegebene Schaden oberhalb der Bagatellgrenze (§§ 153, 153a StPO) liege, müsse nach geltender Rechtslage ermittelt werden. Das bedeute einen erheblichen Aufwand für die Staatsanwaltschaft sowie die Polizei. Unter Umständen seien auch Eingriffsmaßnahmen durchzuführen oder aufwendige Sachverständigengutachten in Auftrag zu geben. Die Kosten hierfür seien oft von der Staatskasse zu übernehmen. Häufig endeten solche Verfahren nach aufwendigen Ermittlungen mit einer Einstellung, da sich die zivilrechtliche Rechtslage komplexer herausstelle, als es ursprünglich den Anschein gehabt habe. In der Vergangenheit habe es bereits unterschiedliche Lösungsvorschläge gegeben, etwa im Jahr 1995 den Vorschlag einer Arbeitsgruppe des Strafrechtsausschusses der Justizminister-

konferenz zu einem § 153g StPO, der in seinem schriftlichen Gutachten abgedruckt sei. Allerdings beinhalte der Vorschlag eine Alles-oder-Nichts-Lösung, indem der Anzeigende für seine Genugtuung lediglich auf den Zivilrechtsweg verwiesen werde. Der Vorschlag erfasse jedoch nur einen erweiterten Bagatellbereich, da ansonsten das öffentliche Interesse einer Verweisung auf den Zivilrechtsweg entgegenstehe. Das reiche allerdings nicht aus. Er schlage daher vor, § 154d StPO über den Bereich der zivil- oder verwaltungsrechtlichen Vorfragen hinaus zu erweitern. Nach einer Fristsetzung zur Austragung des zivil- oder verwaltungsrechtlichen Streits solle für den Fall der Klagergebung die vorläufige Einstellung des Verfahrens erfolgen. Diese solle in der Regel bis zum rechtskräftigen Abschluss des Zivil- oder Verwaltungsprozesses andauern. Für den Fall des fruchtlosen Ablaufs der gesetzten Frist solle die endgültige Einstellung des Ermittlungsverfahrens (wie bisher § 154d Satz 3 StPO) erfolgen. Dies solle wie bisher auf Vergehen beschränkt werden. Außerdem müsse die Durchsetzung der Ansprüche für den Anzeigersteller möglich und zumutbar sein. Bei der Ausübung ihres Ermessens solle die Staatsanwaltschaft daher auch eine etwaige Beweisnot des Anzeigerstellers berücksichtigen. Ferner dürfe kein öffentliches Interesse entgegenstehen. Damit werde auch eine sachgerechte Aufgabenverteilung innerhalb der Justiz erreicht. Zwar sollten bei Gewaltdelikten erst die Strafgerichte und anschließend die Zivilgerichte tätig werden. Bei vertragsrechtlichen Streitigkeiten sollten demgegenüber erst Zivilgerichte entscheiden. Für die Frage der Verjährung schlage er eine Regelung wie in § 153e Absatz 3 StPO vor. Bei dem weiteren Vorschlag hinsichtlich der Privatklagedelikte handele es sich um eine Alternativerwägung für den Bereich der Vermögensdelikte. Wenn § 154d StPO allerdings erweitert werde und die Praxis zu §§ 153, 153a StPO für kleinere Vermögensdelikte beibehalten würde, sei eine Änderung bei den Privatklagedelikten nicht erforderlich. Ansonsten schlage er lediglich vor, den Tatbestand der Nötigung – wie in der Vergangenheit bereits gefordert – in den Kanon der Privatklagedelikte aufzunehmen. Auch wenn es bei der Nötigung schwerwiegendere Fälle gebe, die von Amts wegen zu verfolgen seien, sei die Situation nicht anders zu bewerten, als beim Tatbestand der einfachen Körperverletzung, bei dem es sich auch um ein Privatklagedelikt handle.

## b) Diskussion

Herr **Schmengler** hielt die Vorschläge von Herrn Dr. Isak für sachgerecht. Das Problem sei, dass es sich bei § 154d StPO in der aktuellen Fassung um ein „stumpfes Schwert“ handele,

das kaum Anwendung finde. In der Praxis gebe es zu viel Arbeit für die Staatsanwaltschaften auf Grund von Anzeigen, die lediglich dazu dienten, zivilrechtliche Klage vorzubereiten. Daher sei der Vorschlag hilfreich. Allerdings müssten die Kriterien „möglich“ und „zumutbar“ näher konkretisiert werden. Die Zumutbarkeit und Möglichkeit könne nicht auf Grund finanzieller Erwägungen abgelehnt werden, da die Möglichkeit der Gewährung von Prozesskostenhilfe bestehe. Daher könne auch ein mittelloser Anzeigerstatter die Frage auf dem Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg klären lassen. Gleiches gelte im Hinblick auf die Zumutbarkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens, welches auch über die Prozesskostenhilfe erstattet werden könne. Ferner sei es sinnvoll, § 240 Absatz 1 StGB in den Kreis der Privatklagedelikte aufzunehmen.

Herr Prof. Dr. **Esser** fragte zunächst, ob der Einspareffekt darin liege, dass die Fälle nach entsprechender Klärung nicht wiederaufgenommen werden müssten. Nur dann sei tatsächlich ein Einspareffekt gegeben. Die Folgefrage sei, wie es mit einer Bindungswirkung aussehe, da ansonsten der Einspareffekt minimal sei. Positiv an dem Vorschlag sei jedenfalls, dass dann Zivilrechtler über komplexe zivilrechtliche Fragen zu entscheiden hätten. Auch für Strafanzeigen, die zur Verfolgung von zivilrechtlichen Ansprüchen erstattet worden seien, sei im Übrigen in der Vergangenheit diskutiert worden, den Anzeigerstatter auf den Privatklageweg zu verweisen. Dem habe immer der beschränkte zivilrechtliche Auskunftsanspruch entgegengestanden. Dieser Anspruch sei allerdings in letzter Zeit ausgebaut worden. Sofern kein Auskunftsanspruch bestehe, müsse allerdings die Möglichkeit bestehen, die Information über das Strafverfahren zu ermitteln.

Herr Dr. **Isak** bemerkte, dass eine Entlastungswirkung nicht nur hinsichtlich derjenigen Verfahren erwartet werde, die nicht zurückkämen, sondern auch in Bezug auf diejenigen, die zurückkämen, weil diese Fälle dann zivil- oder verwaltungsrechtlich aufgearbeitet seien, womit eine bessere Entscheidungsgrundlage bestehe. Konkretisierungen könnten in die RiStBV eingebaut werden, wie sie auch für andere Einstellungsvorschriften oder auch für die Verweisung auf den Privatklageweg bestehe.

Herr Prof. Dr. **Esser** wies hinsichtlich des Arguments der besseren Aufarbeitung darauf hin, dass dies für verwaltungsrechtliche Streitigkeiten gelten könne, jedoch beim Zivilprozess das Problem bestehe, dass es sich um einen Parteiprozess handle.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** widersprach dem Gedanken, dass eine Anzeigerstattung zur Verfolgung von zivilrechtlichen Ansprüchen missbräuchlich sei. Er führte aus, dass der Schutz des Eigentums und des Vermögens in der heutigen Rechts- und Wirtschaftsordnung fundamental sei. Der Strafgesetzgeber habe dies zu berücksichtigen. Vor allem würde es zu Legitimationsproblemen kommen, wenn der Staat die strafrechtliche Verfolgung bei einer Verletzung von öffentlichen Rechtsgütern wie Steuern oder Sozialabgaben weiter ausbaue. Die aufgeworfene Frage berühre daher die Grundlagen unserer Rechts- und Strafrechtsordnung. Ferner habe die Rechtsprechung zu dem Zustand beigetragen, den sie nun beklage, indem sie sich etwa veranlasst gesehen habe, einen eigenen strafrechtlichen Schadensbegriff zu entwickeln. Als weiteres Beispiel sei die extensive Auslegung des Untreuetatbestandes gemäß § 266 StGB zu nennen. Aber auch die Gesetzgebung habe dazu beigetragen, etwa mit der Schaffung von Straftatbeständen wie dem Kapitalanlagebetrug. Es müsse geklärt werden, ob es darum gehe, das Strafrecht vom Zivilrecht zu „emanzipieren“ oder ob es letztlich – entsprechend der Auffassung von *Binding* – ein akzessorisches Rechtsgebiet sei. Strafprozessual betrachtet sei ein Verdacht ein Verdacht. Wenn diesem nicht nachgegangen werde, bedürfe es einer Legitimation dafür, warum auf Grund des einen Verdachts ermittelt und auf Grund eines anderen Verdachts nichts unternommen werde. Außerdem sei die Forderung nach Schadensersatz ein legitimes Interesse, das berechtigterweise auch mit der Hilfe der Staatsanwaltschaft verfolgt werden dürfe. Gerade bei Unterhaltsansprüchen sei dies berechtigt, da diese sehr schwer vom Geschädigten selbst zu verfolgen seien. Er befürchtete, dass das Strafrecht sich zu einem System entwickle, dass sich neben der Verfolgung von Delikten gegen Leib und Leben oder die sexuelle Selbstbestimmung vor allem auf die Verfolgung von Verletzungen öffentlicher Rechtsgütern konzentriere. Neben Rauschgiftdelikten sei die Masse der Delikte Eigentums- und Betrugsdelikte. Zur Einschränkung der Verfolgung kämen nur materiell-rechtliche Lösungen in Betracht, indem Delikte – wie etwa § 299 StGB – zu Antragsdelikten heruntergestuft würden oder das öffentliche Interesse verneint werde. Diese Lösungen seien allerdings deliktsspezifisch. Eine Regelung müsse mit anderen Worten bei den Delikten selbst ansetzen.

Frau **Graf-Schlicker** bat Herrn Dr. Isak um Erläuterung, was er im Zusammenhang mit seinem Vorschlag unter „zumutbar“ verstehe, wenn etwa der Anzeigerstatter die strafrechtlichen Ermittlungen benötige, um seine Klage schlüssig machen zu können. Sei es ihm in diesem Fall zumutbar oder unzumutbar, im zivilrechtlichen Klageverfahren den Anspruch geltend zu machen?

Herr Dr. **Isak** wies darauf hin, dass hinsichtlich dieser Kriterien die Zugänglichkeit des Tatsachenstoffes eine große Rolle spielen würde. In der von Herrn Prof. Dr. Esser dargestellten Situation habe der Anspruchsberechtigte, solange etwa bei Urheberrechtsverletzungen kein zivilrechtlicher Auskunftsanspruch bestanden habe, Angaben zur Person des Schädigers nur über den Umweg der Strafanzeige erlangen können, weshalb in vergleichbaren Fällen von einer Unzumutbarkeit auszugehen sei. Ihm gehe es aber eher um Anzeigen, die die Abwicklung von Vertragsverhältnissen zum Gegenstand hätten oder bei denen Untreuehandlungen behauptet würden, also um solche Sachverhalte, bei denen es für den Anzeigerstatter unproblematisch sei, den Tatsachenstoff zu ermitteln.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** widersprach den Erwägungen von Herrn Prof. Dr. Ignor hinsichtlich der Akzessorietät des Strafrechts. Auch sei er gegen die Ausgestaltung des § 299 StGB als reines Antragsdelikt, weil hier ein echtes öffentliches Interesse bestehe, sofern man Korruptionsbekämpfung ernst nehme. Auch im Hinblick auf § 266 StGB sei er der Ansicht, dass diese Problematik im Strafrecht zu lösen sei.

Herr Prof. Dr. **Radtke** stimmte im Ausgangspunkt Herrn Prof. Dr. Ignor zu, dass der Staat sich rechtfertigen müsse, wenn er auf die Durchsetzung eines begründeten Strafanspruches verzichte. Soweit gehe der Vorschlag von Herrn Dr. Isak indes nicht. In der Rechtsprechung werde § 154d StPO bereits heute bisweilen (in wohl unzulässiger Weise) analog angewendet. Es gebe erbrechtliche Konstellationen, bei denen es sinnlos sei, die aufgeworfenen Fragen strafrechtlich zu klären. Der Gesetzgeber könne darauf reagieren, indem er § 154d StPO entsprechend erweitere, der bereits ein klares Verfahren vorgebe. Zudem sollte dem Vorschlag von Herrn Schmengler, einen Verjährungsunterbrechungstatbestand einzuführen, näherge-

treten werden. Auch wenn es schwierig sei, die entsprechenden Fallgruppen durch eine abstrakt-generelle Regelung zu erfassen, habe er keine Zweifel, dass eine Regelung notwendig sei. Auf Nachfrage von Frau Graf-Schlicker stellte Prof. Dr. Radtke klar, dass § 154d StPO die Klärung einer Rechtsfrage betreffe. Allerdings sei eine solche nicht immer von einer Aufklärung von Tatsachen zu trennen. Daher könne eine entsprechende Regelung für Klarheit sorgen.

Herr Prof. Dr. **Jahn** führte aus, dass § 154d StPO in der derzeitigen Fassung zu eng und daher der Vorschlag von Herrn Dr. Isak zu unterstützen sei. Es gehe hier nicht um Missbrauch; bei § 154d StPO handele es sich vielmehr um eine Vorschrift, die verhindern solle, dass der Strafprozess funktionswidrig in Anspruch genommen werde. Auch wenn die Bedenken von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor nicht unberechtigt erschienen, könne man sich auf einen der beiden folgenden Kompromissvorschläge einigen: Entweder sei § 154d StPO wie § 153 Absatz 1 Satz 2 StPO oder § 153a Absatz 1 Satz 7 StPO an eine gerichtliche Zustimmung zu koppeln, wobei darauf zu vertrauen sei, dass das Gericht die Sache unabhängig prüfe, oder es könne ein Klagerzwingungsverfahren vorgesehen werden. Letzteres bedeute allerdings einen Systembruch, da eine solche Möglichkeit bisher bei Opportunitätseinstellungen nicht bestehe, weshalb der erste Vorschlag zu bevorzugen sei. Insgesamt betrachtet werde die Arbeit für die Justiz dadurch nicht weniger, jedoch falle die Arbeit bei der sachnäheren Stelle an. Er verwies darauf, dass er sich zu seiner Zeit als Staatsanwalt mit Zeugenvernehmungen hinsichtlich Erbstreitigkeiten habe beschäftigen müssen, bei denen von Anfang an klar gewesen sei, dass es zu keiner Verurteilung komme werde, während in derselben Zeit Fälle mittlerer und schwerer Kriminalität unverfolgt geblieben seien.

Herr **Holten** bezweifelte einen Einspareffekt. Auch er könne aus seiner praktischen Erfahrung als Staatsanwalt berichten, dass § 152 Absatz StPO als einziger großer Filter in Betracht komme. Auch wenn der Anzeigerstatter anwaltlich vertreten gewesen sei, habe bei Verfahren mit zivilrechtlichem Bezug nicht immer ein Anfangsverdacht vorgelegen. Die Vermutung liege nahe, dass die Arbeit sich lediglich verschieben werde. Es werde mehr Zivilverfahren, aber auch mehr Dienstaufsichtsbeschwerden geben, so dass auch mehr Behörden eingebunden werden müssten, da die Staatsanwaltschaft die Beschwerde an die Generalstaatsanwaltschaft weitergebe, die wiederum dem Justizministerium zu berichten habe. Ein möglicher

Einspareffekt werde sich dadurch reduzieren. Ferner würden Verfahren nach § 154d StPO bereits aktuell oft zu Unrecht eingestellt. Auch die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor träfen zu, dass es um Grundsätze des Ermittlungsverfahrens gehe und hier ein erheblicher Eingriff in das Legalitätsprinzip, Gleichheitsgebot und das Rechtsstaatprinzip vorliege. Gerade in Zeiten hoher Arbeitsbelastung bestehe eine hohe Missbrauchsgefahr bei einer Modifizierung des § 154d StPO. Schließlich sei der Vorschlag nicht neu, sondern bereits in der Vergangenheit von Hessen vorgelegt worden. Man habe sich damals dagegen ausgesprochen, da ausreichend Verfahren durch eine intensive Prüfung des Anfangsverdachts hätten herausgefiltert werden können.

Herr Dr. **Meyer** befürwortete es, die einfache Nötigung als Privatklagedelikt auszugestalten, wobei hier die Nötigung im Straßenverkehr den Großteil der Verfahren ausmache.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** schlug als Alternative vor, den Beschuldigten in entsprechenden Fällen sofort über den Eingang der Strafanzeige zu unterrichten und ihn ausdrücklich darauf hinweisen, dass er das Recht habe, einen Verteidiger zu beauftragen. Der Verteidiger werde dann eine entsprechende Stellungnahme zu den Vorwürfen abgeben können: Man könnte insoweit den Beschuldigten mobilisieren. Eine Regelung könnte in der RiStBV erfolgen.

Herr Dr. **Isak** führte aus, sofern man daran festhalte, dass ein Verdacht ein Verdacht sei, müsse man den Sachverhalt man mit dem Instrumentarium aufklären, das sich am besten dafür eigne. Bei der von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor vorgeschlagenen frühzeitigen Unterrichtung des Beschuldigten bestehe die Gefahr, dass dieser seine Unterlagen einfach beiseiteschaffen könne.

Herr Prof. Dr. **Esser** bemerkte, dass die Lösung über § 154d StPO zwei Nachteile habe: Zum einen bestehe die Gefahr eines Beweismittelverlustes, und zum anderen sei der Zeitfaktor zu berücksichtigen, da es einige Zeit in Anspruch nehme, bis das zivilgerichtliche Verfahren abgeschlossen sei. Bis dahin müssten die Ermittlungen ruhen.

Herr **Wenske** führte aus, dass der Einspareffekt nicht darin liege, dass die Rechtsfragen nicht durch die Strafgerichte geklärt werden müssten, sondern darin, dass das Interesse an einer Klärung durch die Strafgerichte erlöschen werde. Dies könne dann als Indiz für das neu zu bewertende öffentliche Interesse dienen, um das Verfahren an dieser Stelle beenden zu können. Richtig sei aber, dass ein Verdacht bestehe und das Verfahren deshalb auch nicht nach § 170 Absatz 2 StPO eingestellt werden könne. Es gehe nicht darum, Missbrauch zu bekämpfen, sondern darum, die begrenzten Ressourcen besser verteilen zu können. Auch werde das Legalitätsprinzip nicht beseitigt, sondern die Strafverfolgung lediglich vorübergehend suspendiert. Wenn anschließend keine Klage erhoben werde, dann sei dies ein starkes Indiz dafür, das Verfahren endgültig einzustellen. Wenn es im zivilgerichtlichen Verfahren zu einem Vergleichsschluss komme, lasse sich über einen Täter-Opfer-Ausgleich (§ 155a StPO) nachdenken. Richtig sei - wie Herr Prof. Dr. Jahn vorschlagen habe -, dass die Zustimmung des Gerichts eingeholt werden müsse.

Herr Prof. Dr. **Radtke** widersprach zunächst Herrn Holten. Wenn eine Lösung über § 152 Absatz 2 StPO gesucht würde, gelange man in das Ermittlungserzwingungsverfahren bei der Generalstaatsanwaltschaft, wenn Beschwerde eingelegt werde. Die Vorschriften des Klageerzwingungsverfahrens würden hierbei für analog anwendbar gehalten. Dadurch könnten zwar die Justizministerien entlastet werden, eine Entlastung für die Staatsanwaltschaften bedeute dies nicht.

Herr **Holten** entgegnete, dass seine persönliche Erfahrung anders sei. Das Problem liege darin, dass, statt die Schlüssigkeit der Strafanzeige zu prüfen, die Sache zur Polizei geschickt werde, um den Sachverhalt aufklären zu lassen, auch wenn diese Praxis den RiStBV zuwiderlaufe. Die Frage der Bescheidung sei nicht das Problem, da man vielfach ohne weiteres feststellen könne, dass kein Anfangsverdacht bestehe. Dies werde auch nicht von der Generalstaatsanwaltschaft moniert. Daher gehe es viel eher darum, wie mit den Eingängen umgegangen werde.

Herr **Thiele** führte zum zweiten Vorschlag aus, dass durch die Einbeziehung der Nötigung in den Kreis der Privatklagedelikte keine Effektivierung eintreten werde. Das Problem der Nöti-

gung im Straßenverkehr werde dadurch nicht gelöst. Der Gedanke hinter dem Vorschlag sei wohl, dass es sich „totlaufe“. Ähnliches gelte für den Gedanken hinter der Änderung des § 154d StPO. Um eine Entlastung der überlasteten Staatsanwälte herbeizuführen, bleibe keine andere Möglichkeit als die Strafbarkeit einzugrenzen. Allerdings sei dies nicht Aufgabe der Kommission.

Herr **Schmengler** gab zu bedenken, dass durch eine Neufassung des § 154d StPO die Beschwerdeinstanzen stärker belastet würden. Dies sei aber auch der Fall, wenn man § 172 Absatz 2 StPO „stark machen“ würde. Der Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor, bei zivilrechtlichen Streitigkeiten eine Pflicht zur Anhörung des Beschuldigten in die RiStBV einzufügen, habe einen gewissen Charme. Der Gesetzgeber sehe dies allerdings auf Grund des öffentlichen Interesses anders. Die Bedenken von Herrn Wenske hinsichtlich der Außenwirkung einer entsprechenden Änderung seien durchaus richtig. Die Probleme seien aber entgegen dem Vorschlag von Herrn Thiele nicht mit einer Entkriminalisierung zu lösen.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** wies darauf hin, dass die Ausgestaltung der Nötigung als Privatklagedelikt einen „Verschiebebahnhof“ darstelle, da das Privatklageverfahren nicht funktioniere und die Beteiligten regelmäßig enttäusche. Es handele sich dabei um „totes Recht“. Daher solle man eher an einer Reduzierung der Privatklagedelikte arbeiten. Andererseits unterstütze er den Vorschlag von Herrn Dr. Isak. Auch wenn Eigentum und Vermögen wichtige Rechtsgüter seien, gebe es wichtigere Rechtsgüter. Daher müssten die Ressourcen bei der Staatsanwaltschaft umverteilt werden. Man müsse über Entlastung, gleichzeitig aber auch über eine sachkundige Prüfung von komplexen Rechtsfragen nachdenken. Die Zivil- und Verwaltungsgerichte seien in diesem Fall sachkundiger. Dadurch könne auch die Methode einiger Rechtsanwälte, die Staatsanwaltschaft als Hilfsorgan zu benutzen, eingedämmt werden. Mit der richterlichen Zustimmung als Voraussetzung könnten rechtsstaatliche Bedenken ausgeräumt werden.

Frau **Graf-Schlicker** bat Herrn Isak um Stellungnahme, ob er seinen zweiten Vorschlag modifizieren wolle.

Herr Dr. **Isak** befürwortete eine Modifizierung im Sinne der Anregung von Herrn Schmengler, dass die Fälle des § 240 Absatz 4 StGB ausgenommen werden sollten. Auch ansonsten gehe es nicht darum, alle Nötigungsfälle auf den Privatklageweg zu verweisen, sondern nur die geeigneten Fälle. Es gebe keine Gründe, warum hier nicht wie bei § 223 StGB eine entsprechende Differenzierung vorgenommen werden könne. Hinsichtlich des § 154d StPO und den Ausführungen von Herrn Thiele, gehe er davon aus, dass es viele Fälle gebe, die von den Zivilgerichten besser gelöst werden könnten.

### c) Meinungsbild

Der Vorschlag von Herrn Dr. Isak zur Änderung des § 154d StPO ohne die Voraussetzung „richterliche Zustimmung zur Einstellung“ wurde von fünf Mitgliedern unterstützt, sieben Mitglieder stimmten dagegen. Es gab sieben Enthaltungen.

Der Vorschlag mit der Voraussetzung „richterliche Zustimmung“ wurde von zwölf Mitgliedern befürwortet, drei Mitglieder stimmten dagegen und fünf Mitglieder enthielten sich.

Der Vorschlag, die privatklagefähigen Delikte um den Tatbestand der Nötigung mit Ausnahme des vierten Absatzes zu erweitern, wurde von zehn Mitgliedern unterstützt, vier Mitglieder stimmten dagegen und sechs Mitglieder enthielten sich.

## 5. Beweisantragsrecht, Präklusion

### a) Gutachten

Herr Dr. **Krauß** stellte das von ihm verfasste Gutachten vor. Ihm sei bewusst, dass es bereits mehrfach Ansätze gegeben habe, Fristen für das Stellen von Beweisanträgen zu bestimmen. Allerdings habe er in seiner Praxis sehr häufig erlebt, dass in Verfahren hunderte von Beweisanträgen gestellt worden seien, die letztlich alle erfolglos geblieben seien. Der gesetzliche Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht sei mit einigen Tücken behaftet. Insbesondere sei es häufig schwierig, dessen Voraussetzungen, also eine Verfahrensverzögerung, deren Erheblichkeit und insbesondere das subjektive Element der Absicht für jeden einzelnen Antrag nachzuweisen. Er habe daher in seinem Gutachten versucht, eine Lösung unabhängig vom Kriterium der Verschleppungsabsicht zu erarbeiten. Diese bestehe darin, dass das Gericht, wenn die von ihm im Rahmen der Amtsaufklärungspflicht beabsichtigte Beweisauf-

nahme dem Ende entgegengehe, den Beteiligten eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisanträgen stellen könne. Einen vernünftigen Grund, warum Beweisanträge nicht innerhalb einer solchen Frist gestellt werden könnten, sehe er nicht. Anders sei es lediglich, wenn aus der Ablehnung eines Beweisantrages ein neuer Beweisantrag erwachse. Fraglich sei dann, ob die Frist von neuem beginne oder - wie in dem Vorschlag vorgesehen - eine Ausnahme vorliege, die verspätete Stellung des Beweisantrags also entschuldigt sei.

Im Anschluss stellte Herr **Holten** sein Thesenpapier zum selben Thema vor. Er erinnerte daran, dass die JuMiKo im November 2012 beschlossen habe, dass vor einer möglichen Änderung des Beweisantragsrechts eine rechtstatsächliche Untersuchung zur Frage der Erforderlichkeit einer solchen Änderung durchgeführt werden solle. Hintergrund sei ein in den Jahren 2008 bis 2010 durch eine Arbeitsgruppe der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte erarbeiteter Änderungsvorschlag, welcher auch eine Befristungslösung beinhaltet habe. Innerhalb des Strafrechtsausschusses der JuMiKo habe über diesen Vorschlag inhaltlich keine Einigung erzielt werden können, weshalb die JuMiKo sich auf die Empfehlung einer rechtstatsächlichen Untersuchung verständigt habe. Nach seinem Eindruck seien seit der Erarbeitung des Reformvorschlags die Rufe nach einer Rechtsänderung in dem Bereich leiser geworden.

Auf gesetzgeberischer Ebene sei im Zeitraum von der 12. bis zur 16. Wahlperiode insgesamt viermal ein wortgleicher Vorschlag erfolglos durch den Bundesrat eingebracht worden. Dieser habe jeweils vorgesehen, in § 244 Absatz 3 StPO nach dem Wort „Antrag“ die Wörter „nach der freien Würdigung des Gerichts“ einzufügen. Dieser Vorschlag könne, wenn ein entsprechender Regelungsbedarf gesehen werde, wieder aufgegriffen werden. Er selbst halte ihn indes nicht für sinnvoll. Vielmehr begrüße er den sehr moderaten von Herrn Dr. Krauß erarbeiteten Vorschlag. Er wolle aber erneut an das Votum der JuMiKo erinnern und halte eine entsprechende rechtstatsächliche Untersuchung als Basis weitergehender Überlegungen für geboten.

## b) Diskussion

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** eröffnete die Diskussion, in der allein der Vorschlag aus dem Gutachten von Herrn Dr. Krauß erörtert wurde. Er verwies auf die rechtstatsächliche Untersuchung von *Dölling/Feltes/Dittmann* (Hrsg.), „Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten“ aus dem Jahr 2000 und auf statistische Erhebungen aus dem Jahr 2012. Danach seien 34 % aller erstinstanzlichen landgerichtlichen Verfahren nach nur einem Hauptverhandlungstag, 80 % nach maximal drei Hauptverhandlungstagen abgeschlossen. Zugleich seien in nur 27 % der Verfahren überhaupt Beweisanträge gestellt worden. In 50 % der Verfahren, in denen Beweisanträge gestellt worden seien, sei nur ein einziger Antrag gestellt worden. In nur 6 % dieser Verfahren seien 5 oder mehr Beweisanträge gestellt worden. Daraus werde deutlich, dass es lediglich um wenige Einzelfälle gehe. Diese rechtfertigten eine gesetzliche Regelung zur erleichterten Verbescheidung von Beweisanträgen durch das Gericht nicht. Vielmehr berge eine solche Regelung die Gefahr des Missbrauchs durch die Gerichte. Zudem dürfe nicht übersehen werden, dass Beweisanträgen im Strafverfahren eine wichtige Kommunikationsfunktion zukomme. Sie seien oft der einzige Weg für die Verteidigung, etwas über die Haltung des Gerichts zu erfahren. Etwaig verbleibende Probleme könnten durch eine Stärkung kommunikativer Elemente des Prozessrechts gelöst werden. Eine Änderung des Beweisantragsrechts sei hingegen nicht verhältnismäßig.

Herr Dr. **König** wies darauf hin, dass Verteidiger oft vor der Frage stünden, ob mögliche Beweismittel überhaupt benannt werden sollen, etwa wenn es sich um einen Zeugen handle, dessen Glaubwürdigkeit zweifelhaft sei. Daher sei es häufig erforderlich, Beweisanträge zurückzuhalten, um den Verlauf der sonstigen Beweisaufnahme abzuwarten. Auch sei es zuweilen angezeigt, zunächst „Testanträge“ zu stellen, um aus der Entscheidung über diese die Haltung des Gerichts zum Verfahrensstand zu eruieren. Zudem dürfe nicht übersehen werden, dass sich manche Beweisthemen oder -mittel erst spät im Rahmen der Beweisaufnahme ergäben. Außerdem handle es sich dabei um ein Mittel, um dem Angeklagten Gehör zu verschaffen. Eine so weitreichende Beschränkung des Beweisantragsrechts wie die vorgeschlagene sollte vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der wenigen Fälle, in denen tatsächlich eine erhebliche Verzögerung des Verfahrens erfolge, nicht vorgenommen werden.

Herr Dr. **Müller** wandte sich ebenfalls gegen den Vorschlag. Exzessive Einzelfälle sollten keinen Anlass zu einer so massiven Rechtsänderung geben. Besser sollte bei der Verschleppungsabsicht angesetzt und die hierzu ergangene Rechtsprechung kodifiziert werden.

Herr Prof. Dr. **Radtke** hielt fest, dass der Vorschlag des Gutachters nach seinem Verständnis keinerlei erweiternde Möglichkeiten enthalte, Beweisanträge abzulehnen, sondern lediglich Regeln für den Zeitpunkt der Verbescheidung.

Herr Dr. **Krauß** bestätigte dies und wies zudem daraufhin, dass sein Vorschlag auch mit keinerlei Beschränkung der Amtsaufklärungspflicht verbunden sei und auch die Revisibilität der Ablehnung von Beweisanträgen vollständig erhalten bleibe. Zu den von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor vorgebrachten empirischen Daten entgegnete Herr Dr. Krauß, dass er diese insgesamt nicht in Frage stelle. Insbesondere in Staatsschutzverfahren liege der Anteil der willkürlich in die Länge gezogenen Verfahren aber seiner Erfahrung nach deutlich höher.

Herr Prof Dr. **Jahn** wies darauf hin, dass den Entscheidungen des BGH, die zur Entwicklung des Fristenlösungsmodells geführt hätten, besonders aberwitzige Fälle exzessiven Verteidigerverhaltens zugrunde gelegen hätten. Es gehe mithin um ganz untypische Ausnahmefälle. Zusammen mit weiteren Wissenschaftlern werte er gerade die Akten aller Fälle aus, in denen der BGH bislang eine Fristsetzung durch die Instanzgerichte gebilligt habe. Sowohl der BGH als auch das BVerfG hätten im Übrigen betont, dass die Zulässigkeit einer Fristsetzung jeweils aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls zu beurteilen sei. Das Problem sei damit einer mit dem Grundsatz des § 246 Absatz 1 StPO vereinbaren abstrakt-generellen Regelung nicht zugänglich, weshalb er sich gegen eine Neuregelung ausspreche.

Herr Dr. **Mutzbauer** stellte die These, wonach man Einzelfälle nicht regeln könne, in Frage. Auch die Entscheidungen des BGH basierten auf Einzelfällen und wirkten gleichwohl häufig über den jeweils entschiedenen Fall hinaus. Dass der Gesetzgeber hierauf reagiere, sei nichts Ungewöhnliches. Ein Beispiel sei etwa die auch erst nach einer entsprechenden Entscheidung des BGH erfolgte Regelung zu Beweisanträgen, die die Vernehmung von Auslandszeugen betreffen. Er sehe das im Gutachten von Herrn Dr. Krauß aufgezeigte Problem durchaus. Die vorgeschlagene Änderung sei eher „minimalinvasiv“. Streit anfällig könnte allenfalls Satz 2 der vorgeschlagenen Regelung werden. Allerdings führe die vorgeschlagene Regelung dazu,

dass im Extremfall 3.000 Beweisanträge auf 5.000 Urteilsseiten abgehandelt werden müssten.

Herr Dr. **König** stellte klar, dass er deutlich habe machen wollen, dass nicht wegen einiger Einzelfälle gleichsam „das Kind mit dem Bade ausgeschüttet“ werden solle. Dass die Beweisanträge nach dem Vorschlag im Urteil verbeschieden werden sollen, sei kein Ausgleich für die vorgesehene Beschränkung, weil das angesprochene kommunikative Element des Beweisantrags und seiner Ablehnung dadurch nicht gewahrt werde, vor allem da durch die Bescheidung klar werden könne, dass neue Beweisanträge zu stellen sind. Hinsichtlich des zweiten Satzes des Regelungsvorschlages könne es dem Verteidiger nicht zugemutet werden, offenzulegen, dass und warum ein Beweisantrag erst spät gestellt werde.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** äußerte sich positiv zu dem Vorschlag im Gutachten von Herrn Dr. Krauß. Er sehe den Bedarf für eine Fristsetzung durchaus. Das Problem der jetzigen Rechtslage sei maßgeblich, dass die geltende Fristenregelung lediglich auf der Rechtsprechung basiere. Der Grundsatz der Gewaltenteilung erfordere jedoch eine Entscheidung des Gesetzgebers. Eine Neuregelung sollte für den Fall der Ablehnung eines ersten Beweisantrages zu einem Beweisthema die Möglichkeit einer Fristverlängerung für die Stellung weiterer Anträge zum gleichen Thema vorsehen.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** wandte ein, Herr Dr. Mutzbauer nehme mit seinem Verweis auf 3.000 Beweisanträge offenbar auf einen vom BGH entschiedenen Fall Bezug. Dort habe aber nicht der Verteidiger die Beweisanträge gestellt, sondern der Angeklagte selbst. Das Gericht habe dann angeordnet, dass Beweisanträge nur noch entgegengenommen würden, wenn sie über den Verteidiger gestellt werden, womit das Problem behoben gewesen sei. Wenn es um die Verhinderung solcher Einzelfälle gehe, solle man die Formulierung auf solche Fälle anpassen. Der Regelungsvorschlag hingegen regle nicht allein Extremfälle, sondern verallgemeinere in nicht akzeptabler Weise und setze zudem mit der Formulierung „entschuldigt“ gänzlich falsche Akzente, da hierdurch ein genereller Verdacht der Verschleppungsabsicht insinuiert werde. Viel eher solle - wenn überhaupt - darauf abgestellt werden, dass der Antrag begründet sei.

Frau Prof. Dr. **Beckemper** sah den Vorschlag positiv. Sie habe die Fristenlösung des BGH immer schon gutgeheißen und votiere auch jetzt für den Vorschlag. Ihr leuchte allerdings ein, dass die Verteidigung ihre Strategie nicht offenlegen wolle. Entscheidend sei daher der richtige Zeitpunkt für die Fristsetzung. Jedenfalls eine Fristsetzung bereits am ersten Tag scheide auch nach der bisherigen Rechtsprechung aus.

Herr **Wenske** regte an, nicht von Extremfällen zu sprechen, sondern von Gefahren für die Strafrechtspflege. Es gebe durchaus Situationen und Fälle, in denen das Recht dem Gericht die Möglichkeit geben müsse, mit verfahrensverzögernden Anträgen souverän umzugehen.

Herr Prof. Dr. **Radtke** wandte ein, er sehe keinen Anlass für die Möglichkeit einer Fristverlängerung. Anträge, die innerhalb der Frist gestellt würden, sollten ja ganz normal durch Beschluss verbeschieden werden.

Herr Dr. **König** stellte daraufhin die Frage, was denn mit Anträgen geschehe, die nach der Beweisaufnahme gestellt werden würden.

Herr Prof. Dr. **Radtke** und Herr Dr. **Mutzbauer** erklärten hierzu, dass hierdurch die Beweisaufnahme wieder eröffnet werde, so dass eine neue Fristsetzung erforderlich sei.

Die Diskussion abschließend, erklärte der Gutachter Herr Dr. **Krauß**, er halte an seinem Vorschlag fest. Ein Nachteil sei in der Tat, dass dem kommunikativen Element des Beweisantrags durch Verbescheidung erst im Urteil nicht Rechnung getragen werde. Gleichwohl halte er den Vorschlag für maßvoll.

Herr **Holten** plädierte dafür, zunächst eine rechtstatsächliche Untersuchung durchzuführen. Bis zu deren Ergebnis sollte eine Gesetzesänderung unterbleiben.

### c) Meinungsbild

Die grundsätzliche Frage, ob die Kommission einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Bereich des Beweisantragsrechts sehe, wurde mit elf Stimmen bejaht, sechs Mitglieder stimmten dagegen und zwei Mitglieder enthielten sich.

Der Vorschlag, ob vor einer Gesetzesänderung erst eine rechtstatsächliche Untersuchung erfolgen solle, wurde von acht Mitgliedern unterstützt, acht Mitglieder stimmten dagegen und drei Mitglieder enthielten sich.

Dem Vorschlag von Herrn Dr. Krauß stimmten zwölf Mitglieder zu, sechs stimmten dagegen bei einer Enthaltung.

----- 2. Sitzungstag – 12. Mai 2015 -----

## 6. Zustimmungslösung

### a) Gutachten

Herr Prof. Dr. **Jahn** fasste sein Gutachten zusammen. Er erklärte einleitend, er werde die auf der grundlegenden Entscheidung des BGH im 38. Band der Entscheidungssammlung (*BGHSt* 38, 214) basierende geltende Widerspruchslösung nicht im Einzelnen darstellen. Diese werfe sowohl kompetenzrechtliche als auch inhaltliche Fragen auf. Im Hinblick auf den Vorbehalt des Gesetzes und den Grundsatz der Gewaltenteilung sei es hochgradig unbefriedigend, dass

eine derart wichtige Frage nicht durch den Gesetzgeber geregelt sei. In inhaltlicher Hinsicht seien vor allem die fortlaufenden Verschärfungen, die die Widerspruchslösung in der Rechtsprechung des BGH, insbesondere aber auch der Oberlandesgerichte gefunden habe, höchst bedenklich. Diese hätten mittlerweile zu einem verfassungsrechtlich unhaltbaren Zustand geführt. In der Wissenschaft stoße die Widerspruchslösung daher auch auf nahezu einhellige Ablehnung. Unbehagen mit der Widerspruchslösung sei unlängst auch von einem Mitglied des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, Herrn Prof. Dr. Mosbacher (Aktuelles Strafprozessrecht, JuS 2015, S. 129 – 134), geäußert worden. Dessen Überlegung, § 238 Absatz 2 StPO als gesetzliche Grundlage der Widerspruchslösung anzusehen, sei aber auch nicht überzeugend. Nach dem von ihm mit Herr Prof. Dr. Schlothauer erarbeiteten Vorschlag solle die Widerspruchslösung durch eine gesetzliche Zustimmungslösung ersetzt werden. Diese Zustimmungslösung solle die Extension des Widerspruchserfordernisses aufheben, insbesondere sei in diesem Zusammenhang an die vom 1. Strafsenat des BGH vorangetriebene „Verrevisionsrechtlichung“ der Widerspruchslösung zu erinnern, nach welcher – ohne jegliche gesetzliche Grundlage – den Verteidigern aufgegeben sei, die Angriffsrichtung des Verwertungswiderspruchs zu benennen. Hoch bedenklich sei auch die Rechtsprechung des 5. Strafsenats, wonach selbst im Falle eines Freispruchs vorsorglich – für den Fall der Aufhebung und Zurückverweisung – ein Widerspruch erhoben werden müsse. Vorteil der Zustimmungslösung sei, dass die Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit der Beweisverwertung wieder in die Hände des Gerichts gelegt werde, welches die Zustimmung des Angeklagten einholen müsse, wenn es einen möglicherweise kontaminierten Beweis verwerten wolle. Der Vorschlag beinhalte eine Ergänzung des § 261 StPO um einen Satz 2: „Beweise, die einem zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dürfen dem Urteil nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung zugrunde gelegt werden“. Zudem enthalte der Vorschlag begleitend entsprechende Regelungen in § 160 Absatz 1 StPO für das Ermittlungsverfahren und in § 203 StPO für das Zwischenverfahren. Ziel sei es, die Frage der Verwertbarkeit immer bereits dann zu beantworten, wenn sie sich stelle. Der von ihm und Herrn Prof. Dr. Schlothauer erarbeitete Vorschlag sei von der BRAK als Stellungnahme übernommen und veröffentlicht worden. Ein ganz ähnlicher Vorschlag habe auch bereits beim „Deutschen Juristentag“ in Erfurt 2008 Zustimmung gefunden.

Frau **Graf-Schlicker** berichtete, dass das BMJV die Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbunds mit der Erstattung eines Gutachtens über das Recht der Beweisverbote beauftragt habe, welches zunehmend auch unter europäischen Einfluss gerate. Es sei deshalb zu prüfen, ob und inwieweit hier eine umfassende Kodifizierung geboten sei. Sie bat daher, in die Erwägungen der Expertenkommission auch die Frage einzustellen, ob eine isolierte Behandlung der eher prozeduralen Frage nach einer Zustimmungslösung sinnvoll sei oder eher einer umfassenderen Prüfung vorbehalten werden solle.

## b) Diskussion

Herr **Schmengler** merkte an, die Frage nach dem Umgang mit Beweisverwertungsverböten sei vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit zu beurteilen. Es müsse frühzeitig in der Hauptverhandlung Klarheit herrschen, ob ein Beweis verwertet werden dürfe oder nicht. Sofern der im Gutachten dargestellte Vorschlag einen möglichen Widerruf der Zustimmung bis zum Ende der Hauptverhandlung vorsehe, sei dies nicht akzeptabel.

Herr **Caspari** fragte, ob der Vorschlag bedeute, dass das Gericht verpflichtet werde, alle denkbaren Aspekte möglicher Beweisverböte abzuklopfen, ob also etwa bei jeder Vernehmung ermittelt werden müsse, ob gefoltert worden sei oder ob etwa die vorgeschriebene Belehrung unterlassen worden sei.

Herr Prof. Dr. **Jahn** entgegnete hierauf, dass insoweit der das Amtsaufklärungsgebot beherrschende Grundsatz des „Aufdrängens“ heranzuziehen sei. Sofern daher etwa eine gebotene Belehrung in den Akten nicht dokumentiert sei, müsse das Gericht der Frage, ob diese tatsächlich erfolgt sei, nachgehen. Gleiches gelte etwa bei einem entsprechenden Einwand des Angeklagten. Herr Prof. Dr. Jahn stimmte Herrn Schmengler insofern zu, als dass auch nach seiner Auffassung frühzeitig Klarheit herrschen müsse und verwies auf die derzeitige Rechtslage, die gerade nicht für die entsprechende Klarheit Sorge. Daher sähen die vorgeschlagenen Änderungen in § 160 Absatz 2 StPO und § 203 StPO auch vor, den Diskurs über die Verwertbarkeit frühzeitig zu führen. Dies könne die Hauptverhandlung entlasten und vor allem im Ermittlungsverfahren auch für die Staatsanwaltschaft nützlich sein.

Herr Dr. **Krauß** fragte nach dem Verhältnis zum Verwertungsverbot des § 136a Absatz 3 Satz 2 StPO, das eine Zustimmung des Angeklagten nicht vorsehe. Weiter thematisierte er die Frage, ob auch eine teilweise Zustimmung möglich sein sollte, so dass der Angeklagte allein der Verwertung ihm günstiger Teile - etwa einer an sich unverwertbaren Aussage - zustimmen und sich somit die Rosinen herauspicken könne.

Herr Prof. Dr. **Jahn** entgegnete hierauf, bereits die geltende Rechtslage, die ja einen Verzicht des Angeklagten auf ein Verwertungsverbot ermögliche, basiere auf einem Umkehrschluss zu § 136a Absatz 3 Satz 2 StPO. Im Übrigen sei diese Bestimmung nicht mehr zeitgemäß und entspreche nicht mehr der verfassungsrechtlichen Doktrin, wonach der Grundrechtsträger auf die Anwendung seiner Grundrechte verzichten dürfe. Im Hinblick auf die Frage der teilweisen Zustimmung räumte er ein, dass diese sehr komplex sei und man sie in dem erarbeiteten Vorschlag daher bewusst offen gelassen habe.

Herr Dr. **Mutzbauer** schloss sich den Ausführungen von Herrn Dr. Krauß an. Er sei gegen eine Aufweichung des § 136a Absatz 3 Satz 2 StPO. Daneben stelle sich aber auch die Frage, wie mit den gesetzlichen Beweisverwertungsverböten aus dem BZRG umzugehen sei. Problematisch sei seiner Ansicht nach auch, dass die grundlegende Frage, wann ein Beweisverwertungsverbot greife, nicht geregelt werden sollte, stattdessen aber die prozedurale Frage der Geltendmachung eines solchen Verbots. Die vom BGH entwickelte Rügepflicht finde seiner Auffassung nach in § 238 Absatz 3 StPO eine ausreichende Grundlage und sei daher gerade nicht gesetzesfern. Im Übrigen halte er die von Herrn Prof. Dr. Jahn kritisierten Anforderungen des BGH an den Inhalt des Widerspruchs auch nicht für überzogen. Sofern etwa eine Maßnahme nach § 100a StPO erfolge und mehrfach verlängert worden sei, sei es durchaus zumutbar, zumindest mitzuteilen, welcher der Anordnungs- bzw. Verlängerungsbeschlüsse fehlerhaft sein soll. Er plädiere dafür, die Diskussion in der Großen Strafrechtskommission des DRB abzuwarten und auf deren Grundlage ggf. eine umfangreiche Regelung des Rechts der Beweisverbote in Angriff zu nehmen.

Auch Herr Prof. Dr. **Radtke** sprach sich dafür aus, das Thema im Rahmen der Großen Strafrechtskommission des DRB weiter zu vertiefen. Mitglieder der Großen Strafrechtskommissi-

on seien neben ihm selbst auch Herr Caspari und Herr Wenske. Die Erörterungen der Expertenkommission würde über diese in die Große Strafrechtskommission eingebracht werden. Die von Herrn Prof. Dr. Jahn vorgestellte Zustimmungslösung gehe wie auch die Widerspruchslösung davon aus, dass es Beweisverwertungsverbote gebe, die zur Disposition des Angeklagten stünden. Dies sei aber bereits grundlegend klärungsbedürftig. So gebe es Beweisverwertungsverbote, bei denen die Validität des Beweises von der fehlerhaften Beweiserhebung abhängt, wie etwa beim Folterverbot. Demgegenüber stünden Beweisverwertungsverbote, die von der Validität des Beweises unabhängig seien, wie etwa im Falle rechtswidriger Anordnungen nach § 100a StPO. In Bezug auf die vorgeschlagenen Änderungen in § 160 Absatz 2 StPO und § 203 StPO wies Herr Prof. Dr. Radtke darauf hin, dass die in der Kommission angesprochene Frage einer Neugestaltung des Zwischenverfahrens bislang nicht abschließend beraten worden sei. Auch deshalb solle die Kommission für das vorliegende Thema lediglich einen Regelungsbedarf feststellen, ohne eine isolierte Lösung vorzuschlagen.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** sprach sich für den Vorschlag aus. Seiner Meinung nach sähen einige Kommissionsmitglieder Vorschläge zur Stärkung der Beschuldigtenrechte offenbar als Störpotential an. Es gehe bei dem Regelungsvorschlag allein um relative Beweisverwertungsverbote. Dem Vorschlag und der geltenden Widerspruchslösung sei letztlich gemein, dass dann, wenn das Gericht zu dem Ergebnis komme, dass ein Beweis nicht verwertbar sei, eine Verwertung nur mit Einverständnis des Angeklagten zulässig sei. Dies solle durch den Vorschlag gesetzlich klargestellt werden. Der Angeklagte könne übrigens durchaus ein Interesse an der Verwertung eines an sich unverwertbaren Beweises haben, etwa, wenn dessen Inhalt ihm günstig sei. Er plädiere daher nachdrücklich dafür, zu dem Vorschlag ein Meinungsbild der Kommission einzuholen.

Herr Dr. **Isak** hingegen schloss sich Herrn Prof. Dr. Radtke und Herrn Dr. Mutzbauer an und plädierte ebenfalls dafür, die Frage außerhalb der Expertenkommission und im weiteren Kontext des Rechts der Beweisverbote zu klären.

Herr Dr. **Pollähne** merkte an, ein gewichtiger Aspekt sei die Rückwirkung des Risikos der fehlenden Zustimmung auf das Ermittlungsverfahren. Hierin sei eine disziplinierende, die Rechtmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens sichernde Wirkung zu sehen.

Herr **Caspari** wies ergänzend darauf hin, seine Schwierigkeiten mit dem Vorschlag gründeten sich insbesondere auch auf das Problem der „versteckten“ Beweisverwertungsverbote, wenn also die Aktenlage korrekt geordnet sei und auch in der Hauptverhandlung von keiner Seite ein Hinweis auf eine möglicherweise fehlerhafte Beweisgewinnung erfolge. Hier berge die Zustimmungslösung die Gefahr, dass solche Hinweise erst im Revisionsverfahren erfolgen würden.

### c) Meinungsbild

Frau **Graf-Schlicker** erbat zunächst ein Meinungsbild dazu, ob eine isolierte Regelung erfolgen oder das Thema, wie angekündigt, in einem größeren Zusammenhang erörtert werden solle. Sie wies erneut darauf hin, dass Beweisverwertungsverbote immer wieder Thema von Richtlinienverhandlungen in Brüssel seien und daher das Feld nicht unbearbeitet bleiben werde.

In der Abstimmung sprachen sich 15 Mitglieder für die Erörterung in einem größeren Zusammenhang aus, kein Mitglied stimmte dagegen und fünf Mitglieder enthielten sich.

Vor der Abstimmung über die Frage, ob der Vorschlag des Gutachters als solcher (im Rahmen einer umfassenderen Lösung) umgesetzt werden solle, kam es zu zwei Nachfragen durch Herrn Prof. Dr. **Ostendorf** und Herrn Dr. **Mutzbauer**. Auf die entsprechende Frage von Herrn Prof. Dr. Ostendorf bestätigte Herr Prof. Dr. **Jahn**, dass sein Vorschlag allein relative Beweisverwertungsverbote betreffe. Auf die Frage von Herrn Dr. Mutzbauer, ob der Vorschlag auch solche Beweisverbote erfasse, die gar nicht dem Schutz des Angeklagten dienen wie etwa im Falle einer unterbliebenen Belehrung eines Zeugen über dessen Zeugnisverweigerungsrechts, entgegnete Herr Prof. Dr. **Jahn**, dass bereits geklärt sei, dass § 52 StPO drittschützende Wirkung zukomme. Allerdings sei die Frage der sogenannten Schutznormtheorie durchaus komplex und in dem Vorschlag daher bewusst unberücksichtigt geblieben. Er rege

aber an, ein Meinungsbild allein auf der Basis des vorliegenden – tatsächlich weiter auszuarbeitenden – Vorschlags einzuholen.

Die abschließende Abstimmung über den Vorschlag erbrachte folgendes Ergebnis: neun Mitglieder stimmten für den Vorschlag, acht Mitglieder stimmten dagegen und es gab drei Enthaltungen.

## **7. Einheitliche Sanktionen bei Verkürzung der Beschuldigtenrechte**

### **a) Gutachten**

Herr Prof. Dr. **Esser** stellte sein Gutachten vor. Er habe sich in diesem Zusammenhang auf drei Probleme beschränkt: Unangemessene Verfahrensdauer, Konfrontationsrecht und Tatprovokation. In diesen drei Bereichen fehle es an ausreichenden gesetzlichen Regelungen. Wenn man die EMRK ausklammere, gebe es mit Ausnahme der jüngst eingeführten Regelungen im GVG zur überlangen Verfahrensdauer keine Regelungen, wobei ein Anspruch des Beschuldigten darauf, dass das Verfahren in angemessener Zeit zum Abschluss gebracht werde, auch im GVG nicht normiert sei. Leitlinien zur Behandlung der genannten drei Punkte ließen sich damit fast ausschließlich der Judikatur des EGMR entnehmen, weswegen er anregte, entsprechende Regelungen in die StPO bzw. das GVG aufzunehmen. Fraglich sei in diesem Zusammenhang, ob eine unterschiedliche Reaktion auf die Verkürzung von Beschuldigtenrechten sinnvoll sei. So sei etwa die „Vollstreckungslösung“ nicht nur bei überlanger Verfahrensdauer angewendet worden, sondern werde vom BGH auch bei Verstößen gegen Artikel 36 EMRK diskutiert. Unabhängig von der Frage, ob der „Vollstreckungslösung“ inhaltlich zuzustimmen sei, sei es angebracht, den §§ 198, 199 StPO eine entsprechende Lösung voranzustellen. Hinsichtlich des Konfrontationsrechts schlug er vor, in den Fällen, in denen der Staat es zu verantworten habe, dass eine entsprechende Konfrontation im Sinne der EMRK nicht stattgefunden habe, ein gesetzliches Beweisverwertungsverbot zu schaffen. In Anbetracht der Tatsache, dass es eine größere Expertenrunde geben werde, die sich mit den Beweisverwertungsverboten beschäftigen werde, stelle er das Thema an dieser Stelle zurück. Andererseits müsse das Problem der „Tatprovokation“ gelöst werden. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR (Furcht ./.. Deutschland, Urteil vom 23. Oktober 2014 – 54648/09) solle diese ein Verwertungsverbot „oder ähnliche Konsequenzen“ nach sich zie-

hen, wobei eine ähnliche Konsequenz nicht die Strafabschlagslösung sein könne. Denkbar sei hingegen ein Verfahrenshindernis. Das Bundesverfassungsgericht habe in seinem Beschluss (Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 2 BvR 209/14 u.a., NJW 2015, 1083) viel davon aufgegriffen, allerdings ohne dabei strikte Vorgaben zu machen. Zwar werde ein Verfahrenshindernis angenommen, aber auch die Anwendung der „Strafzumessungslösung“ nicht ausgeschlossen. Am Ende werde die Frage nach einem Beweisverwertungsverbot aufgeworfen. Zudem nehme das Bundesverfassungsgericht fälschlicherweise an, dass die Ausführungen des EGMR hinsichtlich der Konsequenzen lediglich dogmatische Ansätze darstellten und nicht bindend seien. Herr Prof. Dr. Esser vertrat die Auffassung, dass diese Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts völkerrechtlich unzutreffend sei. Es handele sich allerdings hierbei nicht um ein obiter dictum, so dass diese Einschätzung am Inhalt der Bindungswirkung teilnehme. Fraglich sei allein, ob der EGMR zu einer solchen Entscheidung berechtigt gewesen sei. Es sei zu diskutieren, ob man hinsichtlich der Tatprovokation gesetzgeberisch tätig werden solle, und bejahendenfalls, wo der Standort einer solchen Regelung sei. Aus seiner Sicht seien Tatprovokationen rechtsstaatlich mindestens ebenso bedenklich wie die in § 136a StPO aufgeführten Tatbestände, so dass als Folge ein Beweisverwertungsverbot in die StPO aufgenommen werden könne. Dabei sei zunächst ein Verbot der Tatprovokation als Folge das Beweisverwertungsverbot zu normieren. Die Regelung könne im Kontext der §§ 161, 163a, 152 Absatz 2 StPO erfolgen.

## b) Diskussion

Herr Prof. Dr. **Radtke** führte aus, dass der EGMR mit der Formulierung „all evidence“ verdeutliche, dass es ein umfassendes Beweisverwertungsverbot geben müsse. Dies werfe einige Fragen der Fort- und Fernwirkung im nationalen Recht auf. Die entscheidende Frage sei dabei, wie weit die Bindungswirkung nach Artikel 46 EMRK reiche. Feststellungen dazu, ob eine Konventionsverstoß vorliege und dass ein solcher Verstoß zu kompensieren sei, oblägen dem Gerichtshof. Hinsichtlich der Frage, wie innerhalb eines Mitgliedstaates ein Verstoß zu kompensieren sei, bezweifle er allerdings eine Bindungswirkung. Die Frage der Fort- und Fernwirkung könne nur national geregelt werden. Der EGMR hingegen handele, indem er mit seiner Formulierung eine zwingende Lösung vorgebe. Dies sei *ultra vires*, weshalb eine Bin-

dungswirkung in diesem Zusammenhang abzulehnen sei. Dennoch solle über die Folgen rechtspolitisch diskutiert werden.

Herr Prof. Dr. **Jahn** stimmte Prof. Dr. Esser und seiner Analyse zu. Er wies darauf hin, dass auch gegen die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Rechtsschutz beim EGMR gesucht werde. Es gehe allerdings nicht um akademisch-völkerrechtliche Fragen, sondern um grundsätzliche Aspekte der Bindungswirkung und darum, ob nicht das Bundesverfassungsgericht seinerseits *ultra vires* entschieden habe. Die Kammer habe sich nämlich von den Görgülü-Grundsätzen des eigenen Senats distanziert, da die Entscheidung vom 18. Dezember 2014 nicht mehr mit diesen Grundsätzen zu vereinbaren sei. Da es nicht sicher sei, wie der EGMR entscheiden werde, schlage er vor, die entsprechende Entscheidung aus Straßburg abzuwarten.

Herr Prof. Dr. **Esser** ging nochmals auf die Formulierung „similar consequences“ im Urteil des EGMR ein. Hierdurch lasse der EGMR hinreichenden Spielraum für eine nationale Regelung, weshalb die Entscheidung aus seiner Sicht durchaus eine Bindungswirkung entfalte. In dem betreffenden Urteil zähle der Gerichtshof beispielhaft bindend auf, was zu unternehmen sei. Die einzige Frage sei, was im deutschen Recht „similar“ sein könne. Jedenfalls könne es nicht ausreichen, die Strafe ein wenig zu mindern. Man könne ein Verfahrenshindernis annehmen, allerdings sei dies nicht zwingend. Wenn man sich entscheide, auf weitere Vorgaben des EGMR zu warten, müsse man sich auf Grund der zahlreichen Verfahren vor dem EGMR auf eine Wartezeit von vier Jahren einstellen.

Herr Dr. **Pollähne** widersprach einer Zurückstellung. Der EGMR habe sich in der „Furcht“-Entscheidung deutlich genug geäußert, so dass ein Abwarten keine neuen Erkenntnisse liefern würde. Das Urteil könne gerade als Aufforderung an den deutschen Gesetzgeber verstanden werden, die „similar consequences“ zu konkretisieren. Daher plädiere er dafür, aktuell eine Lösung zu finden. Die Regelung solle auch dazu dienen, um den „weichen Lösungen“ der Strafzumessung den Boden zu entziehen.

Herr Dr. **Mutzbauer** schlug vor, die Lösung einer künftigen Kommission zu überlassen, die sich mit Beweisverwertungsverböten befassen werde. Es sei sehr schwierig, eine gesetzliche Regelung zu finden. Nach den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Esser komme ein Beweisverwertungsverbot nur bei extremen Bedingungen in Betracht. Bei tatgeneigten Personen laufe hingegen alles auf eine Beweiswürdigungslösung hinaus. Es fehle eine Lösung, die für alle Fälle greifen könne. Die andere Frage sei die Reichweite einer Regelung im Hinblick auf mögliche Fernwirkungen. Auch hier seien einige Detailfragen ungeklärt. Daher sei er der Ansicht, dass eine gesetzliche Regelung sinnvoll sei.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** merkte an, es sei klar, dass es sich bei der Diskussion um eine solche mit großer Tragweite handele, allerdings sei die Kommission auch dafür eingesetzt worden, sich mit solchen Problemen zu befassen. Deshalb spreche er sich gegen eine Zuständigkeitsverschiebung auf eine andere Kommission aus. Außerdem handele es sich nicht um eine Gesetzgebungskommission, sondern um eine Expertenkommission, die lediglich Empfehlungen ausspreche.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** stimmte zu, dass die Kommission sich zu der Problematik äußern solle. Bei dem Thema handele es sich um eine Kernfrage, nämlich darum, wie weit die Strafverfolgungsorgane bei ihrer Aufgabenerledigung gehen dürften. Eine Grundsatzentscheidung hierzu sei erforderlich. Zu dieser Entscheidung gehöre, dass Strafverfolgungsorgane Bürger nicht zu Straftaten verleiten dürften. Im Anschluss an ein solches gesetzliches Verbot der Tatprovokation müssten die Konsequenzen von Verstößen geregelt werden. Er sprach sich dafür aus, dass bei nicht tatbereiten Personen ein Beweisverwertungsverbot gelten solle. Hingegen müsse bei tatgeneigten Personen eine andere Lösung gefunden werden.

Herr Prof. Dr. **Radtke** hielt die Vorgehensweise nicht für sinnvoll. Er wies darauf hin, dass nicht nur der Staat niemanden anstiften dürfe, sondern auch keine Privatperson. Ansonsten werde man wegen Anstiftung bestraft. Allerdings bleibe auch der Angestiftete strafbar, da er eine autonome Entscheidung treffe, eine Straftat zu begehen. Das Einführen eines Beweisverwertungsverbötes könne allenfalls aus Fairnessgründen gerechtfertigt sein, nicht aus Gründen der Wahrheitsermittlung. Aus der Perspektive des deutschen Rechts sehe er keine

Verpflichtung zur Schaffung eines Beweisverwertungsverbots. Auch konventionsrechtlich gesehen bestehe eine solche Pflicht nicht. Auch könne man mit einer gesetzlichen Regelung der Vielzahl der in Frage kommenden Fallgestaltungen sowohl auf der Voraussetzungsebene als auch auf der Ebene möglicher Konsequenzen nicht gerecht werden.

Herr Dr. **Pollähne** schloss sich Herrn Prof. Dr. Ostendorf an. In einer Regelung müsse zunächst klargestellt werden, dass die Tatprovokation in einem Rechtsstaat verboten sei. Im Anschluss müssten die Folgen bei einem Verstoß geregelt werden. Auf die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Radtke zur Strafbarkeit des Angestifteten erwiderte er, der Staat verwirke seinen Strafanspruch, wenn er selbst anstifte. Dies müsse gesetzlich klargestellt werden. Ob daran ein ausschließliches Beweisverwertungsverbot anknüpfe oder ob es andere Lösungen gebe, müsse der Gesetzgeber klären.

Frau **Graf-Schlicker** schlug vor, zunächst darüber abzustimmen, ob das Thema jetzt gesetzgeberisch angegangen werden solle und bejahendenfalls, in welcher Form.

Herr Prof. Dr. **Esser** befürwortete die Vorgehensweise. Er stellte klar, dass es sich bei seinem Vorschlag um ein zweistufiges Modell handele. Zunächst sei zu klären, was man dürfe und im Anschluss sei zu klären, was bei einem Verstoß geschehen solle. Es sei festzuhalten, dass Tatprovokation stets unzulässig sei. Der EGMR sehe dies auch so. Eine Regelung solle unter Einbeziehung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunächst beschreiben, was Tatprovokation sei, und in einem weiteren Absatz dann die Konsequenzen enthalten.

### c) Meinungsbild

Die Frage, ob eine gesetzliche Regelung zum Verbot der Tatprovokation erfolgen solle, wurde von zehn Mitgliedern bejaht, zwei stimmten dagegen und acht Mitglieder enthielten sich.

Der von Herrn Prof. Dr. Esser vorgeschlagene zweistufige Regelungsmodell (1. Stufe: Definition von Tatprovokation und dessen Verbot; 2. Stufe: Konsequenzen bei verbotswidriger Tatprovokation) wurde von zwölf Mitgliedern befürwortet, ein Mitglied stimmte dagegen, sieben Mitglieder enthielten sich.

## 8. Ausweitung der Besetzungsreduktion

### a) Gutachten

Herr Dr. **Müller** stellte sein Gutachten vor. Er wies auf die durch den Gesetzgeber im Jahr 2011 getroffene Entscheidung hin. Daher sei zunächst zu klären, warum das Thema jetzt erneut diskutiert werden solle. Es gehe dabei um die Frage, wie knappe Personalressourcen sinnvoll eingesetzt werden könnten. Er stelle das grundsätzliche Dogma in Frage, dass eine Kammer in Dreier-Besetzung qualitativ bessere Arbeit leiste. Dies sei empirisch nicht belegt. Auch in Rücksprache mit einem Rechtspsychologen sei in der Entscheidungspsychologie ein Vorteil des Sechs-Augen-Prinzips bei der Entscheidungsfindung nicht bewiesen. Das Mehr-Augenprinzip für Entscheidungsprozesse gebe es auch in anderen Bereichen wie etwa der Luftfahrt oder auch der Medizin, wobei hier bis auf wenige Ausnahmen das Vier-Augen-Prinzip gelte. In der Vergangenheit bekannt gewordene Justizirrtümer habe auch das Sechs-Augen-Prinzip nicht verhindern können. Eine dritte Person könne zwar mehr Distanz zu Vorsitzendem und Berichterstatter wahren, allerdings gebe es im Strafprozess genügend andere Verfahrensbeteiligte, die diese Distanz allein schon institutionell sicherten, nämlich die Staatsanwaltschaft, vor allem aber die Verteidigung und schließlich auch die Schöffen. Ferner seien Verfahren in Dreierbesetzung schwieriger zu organisieren. Daher bedürfe eine Dreierbesetzung einer besonderen Rechtfertigung. Wenn man das Qualitätsargument ernst nehme, dann komme die Besetzung vor allem bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen oder bei schwierigen Indizienverfahren in Betracht. Der Schwerpunkt einer Dreierbesetzung solle dabei in der Arbeitsaufteilung liegen, so dass etwa die Berichterstattung in großen Verfahren hinsichtlich der verschiedenen Tatkomplexe aufgeteilt werden könne. Auch in Verfahren, in denen mit einer Konfliktverteidigung zu rechnen sei, könne der Vorsitzende entlastet werden. Er schlage deshalb eine Vorschrift wie in § 76 Absatz 2 Nummer 3 GVG vor, wonach das Gericht selbst entscheiden könne, in welcher Besetzung es verhandele. Grundsätzlich sei darauf zu vertrauen, dass das Gericht selbst am besten wisse, wann eine Dreierbesetzung sinnvoll sei. Der Zeitpunkt für eine solche Entscheidung solle nicht derjenige der Eröffnung, sondern derjenige der Terminierung sein. Eine Ausnahme solle für Verfahren gelten, bei denen über lebenslange Freiheitsstrafe oder die Anordnung von Sicherungsverwahrung zu entscheiden sei. Hinsichtlich der Verfahren nach § 63 StPO lasse sich für Hessen festhalten, dass die durchschnittliche Verweildauer des Patienten in einem psychiatrischen Krankenhaus bei

viereinhalb Jahre liege und sich daher keine Parallele zu lebenslangen Haftstrafen ziehen lasse. Gerade im Bereich von schizophrenen Erkrankungen gebe es zahlreiche Fälle, bei denen der Sachverhalt eindeutig und daher einfacher zu verhandeln sei. Daher seien Verfahren, in denen eine Unterbringung nach § 63 StPO zu erwarten sei, aus dem Kreis der zwingenden Dreierbesetzung herauszunehmen. Gleiches gelte für die Wirtschaftsstrafverfahren, bei denen es auf den Einzelfall ankomme. Auch die Hauptverhandlungsdauer sei kein geeignetes Kriterium für die Schwierigkeit einer Verhandlung. Zu den Ausführungen von Herrn Thiele zur beruflichen Ausbildung junger Kollegen gebe es einige Möglichkeiten im GVG, die man fruchtbar machen könne. Ferner solle im Bereich des § 192 GVG der zweite Beisitzer nicht fest implementiert sein, sondern es solle die Möglichkeit geben, den zweiten Beisitzer als Ergänzungsrichter hinzuziehen zu können.

Im Anschluss daran stellte Herr **Thiele** sein Gutachten vor. Geschichtlich betrachtet handele es sich um ein Sparthema. Früher habe es ausschließlich eine Dreierbesetzung gegeben. Nach der Wiedervereinigung habe auf Grund von Personalangel eine Sparbesetzung erlaubt werden müssen. Dies sei damals als vorübergehende Lösung gedacht gewesen. Nach mehreren Verlängerungen sei man dann zu der Überzeugung gekommen, dass eine Besetzungsreduktion nach einer langen Zeit des Praktizierens auch politisch dauerhaft durchsetzbar sei. Deshalb sei der Gesetzgeber nicht zu einer durchgängigen Dreierbesetzung zurückgekehrt, obwohl sich in der Anhörung 2011 alle Sachverständigen und Berufsvertreter dafür ausgesprochen hätten. Aus den damals von den Sachverständigen genannten Gründen plädiere er weiterhin für eine Rücknahme gesetzgeberischen Entscheidung aus dem Jahre 2011. Eine Besetzungsreduktion sei lediglich für einfachste Verfahren zuzulassen, nämlich wenn eine klare geständige Einlassung vorliege oder mit einer Hauptverhandlung von maximal drei Tagen Dauer zu rechnen sei. Er gehe davon aus, dass die Besetzungsreduktion grundsätzlich eine Verschlechterung der Entscheidungskultur in einer Kammer bedeute. Es sei nicht der Fall, dass sich alle Mitglieder einer Strafkammer auf Augenhöhe begegnen würden, da der Vorsitzende sowohl hierarchisch als auch finanziell hervorgehoben sei. Für die Ausbildung junger Richterinnen und Richter reiche eine Sonderregelung für Proberichter im ersten Jahr nicht aus. Sinnvoller sei es, wenn man die Besetzungsreduktion entweder an eine geständige Einlassung oder an eine - in Anlehnung an § 275 Absatz 1 Satz 2 StPO - dreitägige Hauptverhandlung anknüpfe. Eine solche Hauptverhandlungsdauer lasse sich besser abschätzen als

ein solche von acht oder zwölf Tagen. Der Vorschlag, dass die Richter selbst entscheiden sollten, ob sie in Zweier- oder Dreierbesetzung verhandeln, sei charmant, wenn diese Entscheidung frei von äußeren Zwängen, insbesondere von Pensenschlüsseln (PEBB§Y) und Personalzuweisungen erfolgen könne. Das sei aber nicht der Fall. Vielmehr führe der Arbeitsdruck dazu, dass die Gerichte sich regelmäßig für eine Zweierbesetzung entscheiden müssten.

Frau **Graf-Schlicker** wies daraufhin, dass sie 2011 als verantwortliche Abteilungsleiterin an dem Gesetzentwurf zur Besetzungsreduktion mitgearbeitet hatte. Die Vorstellungen über die Lösung des Problems seien weit auseinandergegangen. Der Bundestag habe eine durchgängige Dreierbesetzung gewollt, während die Länder an der damaligen vorübergehenden Regelung hätten festhalten wollen. Mit Hilfe eines Gutachtens der Großen Strafrechtskommission des DRB, aber auch mit einem Forschungsvorhaben der Professoren *Dölling* und *Feltes* habe man sich eine gute Entscheidungsgrundlage verschaffen können. Die damals gefundene Lösung berücksichtige sowohl rechtsstaatliche Erwägungen als auch die finanziellen Interessen der Länder. Frau Graf-Schlicker nannte zwei Punkte aus der damaligen Diskussion: Mehr Flexibilität sei nicht unbedingt ein Vorteil für die Richterschaft. Vor allem stehe nicht mehr Personal zur Aufgabenerledigung zur Verfügung. PEBB§Y habe ausweislich der Studie zum Teil dazu geführt, dass es faktisch keine Dreierbesetzung mehr gegeben habe. Auch hätten Richter des Bundesgerichtshofs zu bedenken gegeben, dass die Urteile bei einer Zweierbesetzung tendenziell qualitativ schlechter seien. Grund dafür, dass die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB eine Dreierbesetzung erfordere, sei der erhebliche Grundrechtseingriff.

## b) Diskussion

Herr **Caspari** stimmte den Ausführungen von Frau Graf-Schlicker zu. Diese seien damals auch bei der Gesetzgebung berücksichtigt worden. Vieles, was von den beiden Gutachtern ausgeführt worden sei, sei bereits damals mit einbezogen worden. Die geltende Gesetzesfassung biete eine ausreichende Flexibilität. Ein Vorteil der geltenden Regelung sei, dass die Dreierbesetzung damit begründet werden könne, dass es sich dabei um den Regelfall handle. In den Fällen des § 63 StGB solle es auf Grund der möglichen Rechtsfolge in jedem Fall bei einer Dreierbesetzung verbleiben. Es könne zwar sein, dass die medizinischen Feststel-

lungen im Einzelfall unproblematisch seien. Die Prognoseentscheidungen seien aber häufig schwierig. Gerade in letzter Zeit habe es auch Probleme mit der Qualität von Gutachten gegeben. Der Vorschlag von Herrn Thiele sei nicht durchsetzbar. Das Geständnis sei als Entscheidungskriterium für die Besetzung sei problematisch, weil dann bei der Besetzungsentscheidung bereits eine Würdigung erfolgen müsse, ob das Geständnis glaubhaft sei.

Herr **Wenske** schloss sich den Ausführungen von Herrn Caspari und Herrn Thiele an. Auch er sei damals beteiligt gewesen. Die jetzige Regelung habe sich bewährt. Die vorherige befristete Regelung habe zum einen dazu geführt, dass 90% der Verfahren in der Zweierbesetzung stattgefunden hätten, zum anderen dazu, dass Verfahren je nach Bundesland in unterschiedlicher Besetzung verhandelt worden seien. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs habe in einer Entscheidung im Jahre 2009 die Auffassung vertreten, dass eine strukturelle Überlegenheit der Dreierbesetzung bestehe. Frau *Rissing-van Saan* habe in einem Festschriftenbeitrag deutlich gemacht, dass bei einer Zweierbesetzung eine erhöhte Fehleranfälligkeit und eine größere Bereitschaft für Absprachen bestehe. Auch könnten Nachwuchskräfte besser Erfahrungen sammeln, wenn die Kammer in einer Dreierbesetzung verhandle. Schließlich verschiebe sich bei einer Zweierbesetzung das Gewicht in Richtung Schöffen. Herr Wenske stimmte auch den Bedenken gegen eine flexible Regelung zu. Die Kammer sei in ihrer Besetzungsentscheidung auf Grund von PEBB§Y nicht frei. Hinzu komme ein gewisser sozialer Druck seitens der Gerichtverwaltung und den Kollegen, weil bei einer Dreierbesetzung die Frage gestellt werde, ob diese wirklich erforderlich gewesen sei. Der Grund, dass bei einer zu erwartenden lebenslangen Freiheitsstrafe oder einer Unterbringung eine Dreierbesetzung vorgesehen sei, bestehe darin, dass es nur eine Tatsacheninstanz gebe. Wenn sich lediglich eine engbegrenzte Überprüfung auf Rechtsfehler anschliesse, müsse die Tatsacheninstanz optimal besetzt sein. Damals habe man sich an der Schwere des Eingriffs, der eine Dreierbesetzung in diesen Fällen unabdingbar mache. Bei Wirtschaftsstrafsachen sei es damals darum gegangen, deren Bedeutung hervorzuheben. Auch die Schwierigkeit der Rechtsfragen sei hier mitentscheidend gewesen.

Herr Dr. **Isak** berichtete von seinen praktischen Erfahrungen, wonach Herrn Dr. Müller zuzustimmen sei, dass sich ein Großteil der Unterbringungsverfahren ohne Qualitätsverlust in einer Zweierbesetzung verhandeln lasse. Diese Verfahren zeichneten sich dadurch aus, dass

der Sachverhalt weitgehend klar sei und in der Regel ein umfangreiches Sachverständigen-gutachten vorliege, so dass schon im Zwischenverfahren geprüft werden könne, ob die Voraussetzungen des § 63 StGB voraussichtlich vorlägen. Die Hauptverhandlungen hätten sich dadurch ausgezeichnet, dass mit dem Sachverständigen auch darüber diskutiert wurde, ob die Unterbringung zur Bewährung ausgesetzt werde solle. Ihm sei kein Fall bekannt, in dem eine Dreierbesetzung mehr gebracht hätte. Auch wenn er aus praktischer Sicht deshalb Sympathie für den Vorschlag von Herrn Dr. Müller habe, räume er ein, dass es dagegen erhebliche rechtspolitische Bedenken gebe.

Herr Prof. Dr. **Rönnau** stellte die Frage, was sich der Rechtsstaat die erste Instanz beim Landgericht kosten lassen wolle. Von Bedeutung sei in diesem Kontext, dass nur eine einzige Tatsacheninstanz bestehe. Bereits dies rechtfertige es, dass drei Berufsrichter mit dem Fall befasst seien. Die nötige Distanz auf der Richterbank könne nicht durch die Staatsanwaltschaft oder die Verteidigung hergestellt werden. Fraglich sei auch das Bild nach außen, wenn man bei wichtigen Entscheidungen Personal einsparen wolle. Auch seien Wirtschaftsstrafsachen regelmäßig so komplex, dass hier vor allem eine Arbeitsteilung sinnvoll sei.

Frau **Graf-Schlicker** wies darauf hin, dass der damalige Gesetzesentwurf bei den Wirtschaftsstrafkammern eine verpflichtende Dreierbesetzung vorgesehen habe. Im Laufe der Beratungen sei dies zum Regelbeispiel geworden, um bei kleineren Wirtschaftsstrafsachen die Zweierbesetzung zu ermöglichen.

Herr Dr. **Meyer** befürwortete den Vorschlag von Herrn Dr. Müller. Die vorliegende Expertenkommission könne auch Vorschläge für Bereiche abgeben, die gerade einer Neuregelung unterworfen worden seien. Seiner Auffassung nach könne auch eine flexible Regelung in PEBB§Y berücksichtigt werden. Wenn man davon ausgehe, dass eine Dreierbesetzung eine höhere Richtigkeitsgewähr bedeute, müsse man den Strafrichter abschaffen. Die Idee hinter der Besetzungsreduktion sei die Freisetzung eines Richters, der an anderer Stelle eingesetzt werden könne.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** führte aus, dass die frühere Regelung bis zum Urteil des Bundesgerichtshofs, das die Zweibesetzungspraxis gerügt habe, missbraucht worden sei. In einem Verfahren, in dem er den Angeklagten vertreten habe, sei von Anfang an deutlich gewesen, dass der Vorsitzende eine Verurteilung anstrebe. Er stimmte Frau Graf-Schlicker zu, dass es ohne eine gesetzliche Verpflichtung zu einer Dreierbesetzung auch keine Dreierbesetzung gebe.

Herr Dr. **Pollähne** widersprach einer Ausweitung der Besetzungsreduktion ebenfalls. Sofern er Herrn Prof. Dr. Schlothauer richtig verstanden habe, sei mit „Distanz“ auch die Distanz zu den Akten gemeint. Es gebe gute Gründe dafür, warum ein Berufsrichter sein Wissen ohne genaue Kenntnis der Akten aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpfen solle.

Herr Dr. **Mutzbauer** führte aus, dass er keine besorgniserregenden Qualitätsverluste bei den Urteilen in Zweierbesetzung feststellen könne. Es gebe eine gewisse Steigerung bei Flüchtigkeitsfehlern. Was anders sei, sei die Tatsache, dass Richter heutzutage in mehreren Kammern gleichzeitig tätig seien und mehrere Verfahren gleichzeitig betreuen müssten. Das möge zwar PEBB§Y entsprechen, sei aber kritisch zu sehen. Hinsichtlich der Unterbringungsverfahren sei das Problem nicht die rechtliche Subsumtion, sondern die Prognoseentscheidung. Hier spiele das Einbringen der beruflichen Erfahrung eines weiteren Richters eine große Rolle.

Herr Prof. Dr. **König** ging auf die Binnenstruktur einer Strafkammer ein. Aus Verteidigersicht sei die Person des Vorsitzenden die prägende Kraft. Dieser sei zugleich für die dienstliche Beurteilung der Beisitzer zuständig, so dass eine gewisse Abhängigkeit vorliege.

Frau **Graf-Schlicker** wies darauf hin, dass die dienstliche Beurteilung der Beisitzer durch die Präsidentin oder der Präsident eines Landgerichts erfolge. Dafür werde sich ein persönlicher Eindruck verschafft. Dies erfolge durch Einsichtnahme in die Akten und durch den Besuch einer mündlichen Verhandlung. Der Vorsitzende einer Kammer werde zwar regelmäßig aufgefordert, einen Entwurf zu verfassen. Die letztendliche Verantwortung trage allerdings die Präsidentin oder der Präsident des Landgerichts.

Herr **Caspari** bemerkte, da die Beisitzer in Strafsachen keine Verhandlung leiteten, komme es hier wesentlich auf die Vorbewertung durch den Vorsitzenden an. Der Einfluss des Vorsitzenden sei auf jeden Fall vorhanden. Vom Vorsitzenden sei auch das Klima in einer Verhandlung abhängig, vor allem in der Beratung. Die Annahme, dass es sich bei Unterbringungsfällen nach § 63 StGB um „leichte“ Fälle handele, treffe aus seiner Erfahrung nicht zu.

Frau **Graf-Schlicker** wies daraufhin, dass ihre Abteilung sich intensiv mit den Fragen der Qualität der Gutachter und der Qualität der Begutachtung beschäftige. Hier gebe es durchaus Probleme auch bei Unterbringungen nach § 63 StGB. Es gebe zu wenig hochqualifizierte Gutachter. Selbst wenn solche vorhanden seien, sei dies keine Gewähr für eine hochqualifizierte Begutachtung. In Familiensachen werde an einer gesetzlichen Regelung dazu gearbeitet, welche Berufsgruppen entsprechende Gutachten erstellen dürfen. Es gebe ferner eine Arbeitsgruppe mit Psychologen und anderen Sachverständigen, die Qualitätsstandards für die Erstellung von Gutachten erarbeite.

Herr **Wenske** nahm auf die Ausführungen von Herrn Dr. Meyer Bezug und erwiderte, Gewinn der geltenden Regelung sei es, dass es durch die Regelformulierung einfacher für die Kollegen sei, eine Dreierbesetzung zu wählen. Hinsichtlich der PEBB§Y-Debatte wies er daraufhin, dass diese auch damals geführt und festgestellt worden sei, dass dadurch die freie Entscheidung über die Besetzung beeinträchtigt werde.

Herr Dr. **Müller** führte aus, dass ihn der Mangel an Empirie störe. Die durchgeführte Erhebung habe sich nicht mit den Prozessen der Entscheidungsfindung befasst. Sie habe lediglich untersucht, wie die Regelung in der Praxis umgesetzt worden sei. Es lasse sich nicht ohne weiteres eine Verbindung zwischen der Besetzung und der Qualität eines Urteils herstellen. Die Machtverhältnisse zwischen Vorsitzenden und Beisitzern änderten sich nicht aufgrund eines dritten Richters. Im Hinblick auf die Distanz zu den Akten wies er darauf hin, dass auch der Vorsitzende eine gewisse Distanz zu den Akten habe.

Herr **Thiele** bemerkte, dass sich die Qualitätsunterschiede nicht anhand des schriftlichen Urteils feststellen ließen, da daran zwei Richter beteiligt seien und der dritte Richter lediglich Korrektur lese. Eine wirkliche empirische Untersuchung, ob Qualitätsunterschiede zwischen einer Zweier- und Dreierbesetzung beständen, sei wesentlich komplexer. Die Hauptverhandlung müsse beobachtet werden und etwa berücksichtigen, wann der dritte Richter eingreife. Auch die Beratungen der Kammern müssten beobachtet werden. Dabei sei die Gruppendynamik von Bedeutung, welche durch die Zweierbesetzung sehr reduziert werde.

### **c) Meinungsbild**

Der Vorschlag von Herrn Dr. Müller, die Besetzungsentscheidung vom Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses auf den der Terminierung zu verlagern, wurde von zwei Mitgliedern unterstützt, sieben Mitglieder stimmten dagegen, elf Mitglieder enthielten sich.

Der zweite Vorschlag von Herrn Dr. Müller, § 76 Absatz 2 Satz 2, Satz 3 Nummer 2 GVG und § 76 Absatz 3 GVG aufzuheben und stattdessen beim Einsatz von Richterinnen und Richtern auf Probe im ersten Jahr nach ihrer Ernennung die Dreierbesetzung vorzuschreiben, wurde von zwei Mitgliedern befürwortet, fünfzehn Mitglieder stimmten dagegen, drei Mitglieder enthielten sich.

Der Vorschlag von Herrn Thiele, zur Dreierbesetzung als Regelfall mit engen Ausnahmefällen (geständige Einlassung des Angeklagten in Übereinstimmung mit den Ergebnissen der Ermittlung/Verhandlungsdauer von höchstens drei Tagen) zurückzukehren, wurde von sechs Mitgliedern befürwortet, sechs Mitglieder stimmten dagegen, acht Mitglieder enthielten sich.

## **9. Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung für den Einsatz von V-Personen**

### **a) Gutachten**

Herr Prof. Dr. **Esser** stellte sein Gutachten vor. Er habe sich drei Fragen gestellt. Erstens: Liegt im Einsatz von V-Personen ein Grundrechtseingriff? Zweitens: Ist dieser so intensiv, dass der Einsatz nicht auf die Generalklausel der §§ 161, 163 StPO gestützt werden kann und, falls man dies bejaht, drittens: bedarf es einer speziellen gesetzlichen Regelung? Zur ersten Frage sei er zu dem Ergebnis gekommen, dass bei dem Einsatz einer V-Person ein

Grundrechtseingriff vorliege. Die Grundrechtsrelevanz von Maßnahmen, die mit dem Einsatz der V-Person einhergingen, beispielsweise dem Betreten einer Wohnung, sei unbestritten. Diese Grundrechtsrelevanz sei auch durch die Rechtsprechung des EGMR bestätigt. Zur zweiten Frage vertrete er die Auffassung, dass die §§ 161, 163 StPO als gesetzliche Grundlage nicht ausreichten. Problematisch seien hier die Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie sowie diejenigen, die der EGMR im Rahmen von Artikel 8 EMRK an die Vorhersehbarkeit stelle. Herr Prof. Dr. Esser verwies auf eine Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH vom 11. Dezember 2013, in der dieser festgestellt habe, dass mit einer V-Person Honorare und Erfolgsprämien vereinbart gewesen seien. Er tue sich schwer damit, dass man Personen Erfolgshonorare dafür zahle, dass diese verdeckt ermitteln, und dass diese Art von Ermittlungen von der Generalklausel gedeckt sein solle. Er unterstrich, dass es ihm nicht darum gehe, den Einsatz von V-Personen zu beschränken. Dies würden auch das BVerfG und der EGMR nicht verlangen. Es gehe ihm vielmehr nur um die Ausgestaltung. Hier sehe er gesetzgeberischen Handlungsbedarf, da die allgemeine Generalklausel der §§ 161, 163 StPO nicht ausreichend sei und sich eine Analogie verbiete. Dass die Problematik auch einer gesetzgeberischen Regelung zugänglich sei, zeigten die entsprechenden Regelungen im BPolG und im BKAG. Lehne man eine entsprechende Regelung für die StPO ab, müsse man nachweisen, dass hier im Gegensatz zu den beiden genannten Gesetzen kein Handlungsbedarf bestehe. Dies werfe dann auch die Frage auf, ob der Rückschluss angebracht sei, dass im Strafverfahren kein Einsatz von V-Personen zulässig sei.

## b) Diskussion

Herr **Schmengler** stellte die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung in Frage. Die Praxis zeige, dass Anklagen kaum noch mit Angaben von V-Personen begründet würden. Die Strafverfolgungsbehörden würden sich in der Regel vielmehr um direkte Beweise bemühen. Mit Blick auf Tatprovokationen stelle sich in der Praxis das Problem, dass aufgeklärt werden müsse, ob es zu einer solchen Tatprovokation gekommen sei. Dabei helfe eine Legaldefinition nicht weiter. Aus seiner Sicht sei die Generalklausel der §§ 161, 163 StPO eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage. Würden das „ob“ und „wie“ des Einsatzes von V-Personen gesetzlich geregelt, sei dieses Instrument für die Praxis entwertet. V-Personen würden ein hohes Risiko eingehen. Je mehr Personen daher an einer Entscheidungsfindung beteiligt würden, desto schwieriger werde es für die Staatsanwaltschaft, ihre Zusagen gegenüber der

V-Person einzuhalten. Der Grundrechtseingriff überschreite keine Schwelle, die nicht mehr auf die §§ 161, 163 StPO gestützt werden könne. Bei Einsatz einer V-Person werde nur verschwiegen, dass diese im staatlichen Auftrag handelt. Die Willensbildung des Gegenübers bleibe frei. Zu dem im Gutachten enthaltenen Regelungsentwurf sei Folgendes anzumerken: Bezüglich der Subsidiarität des Einsatzes eines verdeckten Ermittlers bestehe zum einen ein Ressourcenproblem, zum anderen sei in bestimmten Kriminalitätsbereichen der Einsatz von verdeckten Ermittlern gar nicht möglich. Ebenso sei es fraglich, wie die Formulierung zu verstehen sei, dass auch verdeckt ermittelnde Privatpersonen vorrangig zu verwenden seien. Auch sei der vorgeschlagene Straftatenkatalog zu eng. V-Personen würden auch im Bereich mittelschwerer Kriminalität (beispielsweise bei rechtsextremistischen Propagandadelikten) eingesetzt. Ein Richtervorbehalt gehe an der Lebenswirklichkeit vorbei; oft seien ad-hoc-Entscheidungen notwendig. Eine Benachrichtigungspflicht sei mit Blick auf die dauerhafte Zusicherung der Vertraulichkeit fatal. Auch stelle sich die Frage, ob neben einer solchen Regelung der Einsatz von Informanten weiter möglich sei.

Herr Prof. Dr. **Esser** wies darauf hin, dass er am Ende seines Gutachtens nur einen möglichen Regelungsvorschlag vorstelle, den er sich aber nicht zueigen mache. Er schlage vor, die Frage der Tatprovokation in die vorliegende Diskussion nicht einzubeziehen. Es sei zu trennen zwischen dem unter gewissen Voraussetzungen zulässigen Einsatz von V-Personen und der stets unzulässigen Tatprovokation.

Herr Prof. Dr. **Jahn** sprach sich nachdrücklich für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung aus. Das vorgelegte Gutachten überzeuge vollständig. Die von Herrn Schmengler vorgebrachte Argumentation trage den Änderungen im BKAG und im BPolG nicht Rechnung. Es sei heute nicht mehr vertretbar, dass man den Einsatz von V-Personen nicht gesetzlich regeln müsse. Auch das BKAG kenne eine Generalklausel und daneben eine Spezialvorschrift für V-Personen. Hier seien ein Richtervorbehalt und genaue Verfahrensvoraussetzungen geregelt. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsrechtsprechung sei fraglich, ob man vertreten könne, dass die Praxis das Problem besser regeln könne als eine gesetzliche Regelung.

Herr **Schmengler** erwiderte hierauf, dass in Polizeigesetzen nicht das „wie“ des Einsatzes von V-Personen geregelt sei. Die Polizei könne zunächst eigenständig handeln, erst nach einer gewissen Frist greife der Richtervorbehalt. Für das Strafverfahren seien die §§ 161, 163 StPO ausreichend.

Herr Prof. Dr. **Radke** warf die Frage auf, ob die Parallele zu den Polizeigesetzen passend sei. Er frage sich, ob allein mit dem Einsatz einer V-Person bereits ein Grundrechtseingriff einhergehe. Anders sei dies, wenn die V-Person beispielsweise eine Wohnung betrete. Dies möge regelungsbedürftig sein. Ob die Wesentlichkeitstheorie aber bereits für den Einsatz an sich gelte, ob dies bereits grundrechtsrelevant sei, sei ihm noch nicht klar.

Frau Prof. Dr. **Swoboda** unterstützte den Vorschlag von Herrn Prof. Dr. Esser nachdrücklich. Der EGMR habe seine Rechtsprechungslinie in den letzten 10 Jahren gefunden und mache diese an Artikel 8 EMRK fest. Die V-Person werde für das Strafverfahren erst relevant, wenn sie Informationen liefere, wenn es mithin einen persönlichen Kontakt gegeben habe. Dann sei aber für den EGMR klar, dass es einer detaillierten gesetzlichen Regelung bedürfe, die nicht nur das „ob“ des Einsatzes von V-Personen regle. Es könne nicht sein, dass Deutschland auf diese gefestigte Rechtsprechung des EGMR nicht reagiere.

Auch Herr Prof. Dr. **Ostendorf** plädierte nachdrücklich für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung. Rechtspolitisch liege ein rechtsstaatliches Manko vor. Der Einsatz von V-Personen bringe das erhöhte Risiko von gesetzlichen Grenzüberschreitungen. Er könne das Argument nicht nachvollziehen, dass sich die Gefährdungslage von V-Personen durch eine gesetzliche Regelung erhöhe. Diese Gefahren könnten durch eine Benachrichtigungspflicht erhöht werden, nicht aber durch eine gesetzliche Regelung an sich. Bereits aus der Rechtsprechung ergebe sich zudem, dass V-Personen nicht im Bereich mittlerer Kriminalität eingesetzt werden sollten. Er plädiere aber dafür, die Details einer gesetzlichen Regelung noch nicht zu diskutieren. Die Kommission solle vielmehr einen Grundsatzbeschluss dazu fassen, dass eine gesetzliche Regelung mit Richtervorbehalt und eingeschränktem Straftatenkatalog erforderlich sei.

Herr Dr. **Pollähne** führte zu der von Herrn Prof. Dr. Radke aufgeworfenen Frage auf, dass auch er sich nicht sicher sei, ob bereits der Einsatz einer V-Person einen Grundrechtseingriff darstelle. Der Rechtsstaat solle aber nicht abwarten, bis ein solcher Eingriff vorliege. Allein die Grundrechtsgefährdung sei bereits so groß, dass der Gesetzgeber handeln solle. Die Gefährdung der V-Person könne kein Grund sein, von einer gesetzlichen Regelung abzusehen. Er unterstütze die Schaffung einer gesetzlichen Regelung.

Herr Dr. **Isak** zeigte sich zwar von vielen Punkten des Gutachtens überzeugt, äußerte aber leise Zweifel an einem konkreten Regelungsbedarf. Auch das BVerfG habe eine solche Regelung mit Blick auf seine Wesentlichkeitslehre bisher nie angemahnt. Für den Fall, dass man eine Regelung für erforderlich halte, sei jedoch aus der Praxis darauf hinzuweisen, dass zunehmend auf sogenannte Nahbereichs-V-Personen zurückgegriffen werde, die aus einer bestimmten Tätergruppierung stammten. Diese Personen würden ein sehr hohes Risiko eingehen, da der Kreis derer, die über ihr Wissen verfügten, beschränkt sei. Wenn man diese V-Personen darauf hinweisen müsste, dass auch ein Richter in das Verfahren einbezogen werde, könne die Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden sinken. Schaffe man eine Regelung, solle sich diese nicht nur auf Fälle der organisierten Kriminalität beschränken, sondern auch für die Aufklärung von Kapitalverbrechen nutzbar sein.

Auch Herr **Wenske** zeigte sich noch unentschieden dazu, ob Regelungsbedarf besteht. Dies hänge aus seiner Sicht von der Tiefe des vorherzusehenden Grundrechtseingriffs durch die V-Person ab und dies könne er bisher nicht beurteilen. Ihm scheine es so zu sein, dass die Strafverfolgungsbehörden sich häufig unabhängig von einem konkreten Anfangsverdacht V-Personen aus einem bestimmten Milieu gewogen halten würden. Irgendwann schlage dies dann in ein konkretes Ermittlungsverfahren um. Dann stelle sich die Frage, wann eine entsprechende Anordnung zu treffen sei. Denn vor Beginn des Ermittlungsverfahrens liege noch kein Grundrechtseingriff vor. Es sei schwierig, eine einheitliche Schwere des mit dem Einsatz einer V-Person verbundenen Grundrechtseingriffs zu sehen. Davon sei aus seiner Sicht aber abhängig, ob ein Regelungsbedarf besteht. Die Parallele zu den Polizeigesetzen könne man nur im beschränkten Rahmen ziehen: Dort seien nur Polizeibehörden im Einsatz. Im Strafverfahren sei aber auch noch die Staatsanwaltschaft und damit eine juristisch geschulte Be-

hörde involviert. Dies könne in bestimmten Bereichen dafür sprechen, die Kompetenzen bei der Staatsanwaltschaft zu belassen.

Herr Dr. **Mutzbauer** wies ebenfalls auf die Probleme hin, die sich beim Übergang vom präventiven in den repressiven Bereich ergeben könnten. Die Gewichtung einer Regelung in der StPO müsse eine andere sein als bei den Regelungen in den Polizeigesetzen. Es sei ein Unterschied, ob eine V-Person in die Begehungen von Straftaten verstrickt sei, oder ob sie lediglich im Nachhinein zur Aufklärung eingesetzt werde. Hinsichtlich des beigefügten Regelungsvorschlags habe er Bedenken. Es sei unklar, was mit der Formulierung „auf längere Zeit“ gemeint sei. Er frage sich, ob eine gesetzliche Regelung in Anlehnung an diesen Vorschlag einen Mehrwert zu den §§ 161, 163 StPO darstellen würde, da sie zahlreiche Probleme nicht anspreche.

Herr Dr. **Krauß** äußerte sich nicht grundsätzlich ablehnend zu einer gesetzlichen Regelung. Der Teufel stecke aber im Detail. Es frage sich, wie die Regelung ausgestaltet werden solle und wie sie praxistauglich sein könne. Ein Problem bei der Ausgestaltung der Regelung stelle sich auch bei der Frage, wie weit eine V-Person gehen darf. Gerade im Bereich der Staatsschutzdelikte sei man schnell bei der Strafbarkeit wegen Mitgliedschaft oder Unterstützung einer terroristischen Vereinigung. Von V-Personen würden aber Vertrauensbeweise verlangt, sonst müsse man diese gar nicht einsetzen. Hier stelle sich die Frage nach der Grenzziehung sowie die Folgefrage nach einer möglichen Strafbarkeit der V-Personen-Führer wegen Anstiftung. Auch die Geheimhaltung sei beim Einsatz von V-Personen ein wichtiger Aspekt. Wie aber könne diese Geheimhaltung garantiert werden? Müsse der Ermittlungsrichter die Identität der V-Person kennen, gelte dies auch für den Verteidiger. Ansonsten liege ein Bruch mit dem geltenden System vor. Abschließend wies er auf die Rechtsprechung des BVerfG hin, dass kein Grundrechteingriff vorliege, wenn ein Polizeibeamter sich im Internet nicht als solcher zu erkennen gebe. Im Internet müsse jeder damit rechnen, dass sein Gegenüber auch ein Polizeibeamter sein könne. Daher werde grundsätzlich kein besonderes Vertrauen ausgenutzt. Er frage sich, ob solche Konstellationen dann auch unter die neue Regelung fallen würden.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** bemerkte auf die Überlegungen von Herrn Prof. Dr. Radke, dass er Zweifel daran habe, dass in einem Rechtsstaat ein Gesetz nur dann erforderlich sei, wenn der Staat einen Grundrechtseingriff vornehme. Er erinnerte an die These Otto Baers, dass sich der Rechtsstaat dadurch auszeichne, dass das Verhältnis zwischen Regierenden und Regierten ein solches des Rechts sei. Damit habe man es vorliegend zu tun: Durch den Einsatz einer V-Person trete der Staat in ein Verhältnis zum Bürger. Dies reiche aus, um eine gesetzliche Regelung zu fordern.

Herr Prof. Dr. **Radtke** erwiderte darauf, dass sich nicht die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage stelle, sondern die Frage nach der Notwendigkeit einer spezifischen gesetzlichen Grundlage. Es geben bereits die Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO. Die Frage nach einer spezifischen Grundlage stelle sich aber nur bei einem Grundrechtseingriff. Gesetzesfrei sei der Raum zwischen Bürger und Staat beim Einsatz einer V-Person hingegen nicht. Auch der Ansatz von Herrn Prof. Dr. Esser sei, dass ein Grundrechtseingriff vorliege. Er frage sich aber, ob der Beschuldigte qua Privatsphäre ein Recht darauf habe, dass Personen den Kontakt zu ihm abbrächen, nachdem sie sich als V-Personen zur Verfügung gestellt hätten. Könne man hier kein konkretes Grundrecht benennen, seien die §§ 161, 163 StPO für den bloßen Einsatz einer V-Person ausreichende Grundlage. Die von Herrn Dr. Krauß aufgeworfene Frage nach der Strafbarkeit von V-Personen könne er auch nicht beantworten.

Herr Prof. Dr. **Esser** verwies zu der Frage des Grundrechtseingriffs auf Seite 12 seines Gutachtens. Man müsse sich die Frage stellen, was eine V-Person überhaupt mache. Die betroffenen Grundrechte seien die informationelle Selbstbestimmung sowie Artikel 13 GG. Der EGMR verstehe daneben Artikel 8 EMRK weit und setze die Eingriffsschwelle hier niedriger an als das BVerfG. Zudem stelle sich die Frage, warum man die §§ 110a ff. StPO geschaffen habe. Verdeckte Ermittler würde in der Sache nichts anderes machen als V-Personen. Der EGMR lege sehr großen Wert auf die Vorhersehbarkeit der gesetzlichen Regelungen. Dies sei durch die StPO nicht gewährleistet, da dort der Einsatz von V-Personen eben nicht geregelt sei.

Herr **Schmengler** wies darauf hin, dass die Aussage einer V-Person eine Anklage anders als die Aussage eines verdeckten Ermittlers nicht stützen könne. Zu den Ausführungen von Herrn Wenske verwies er darauf, dass sich in der Praxis die späteren V-Personen meist von sich aus an die Polizei wenden würden. Arbeite man länger mit diesen Personen zusammen, würden sie V-Personen werden.

Herr Prof. Dr. **Jahn** verwies zu der von Herrn Prof. Dr. Radke aufgeworfenen Frage darauf, dass auch er nicht sicher sei, ob der ungezielte Einsatz einer V-Person ohne den Eingriff in ein besonderes Grundrecht bereits ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sei. Er verwies aber auf die Entscheidung des BVerfG vom 1. März 2000 im „Sedlmayr-Fall“ und zitierte folgende Passage: *„Denn das den Ermittlungsbehörden im Rahmen des erteilten Auftrags zuzurechnende Vorgehen der Vertrauensleute stellt sich nicht nur als eine rein passive Informationserlangung ohne Eingriffscharakter, sondern spätestens mit der Nachfrage bei der Zeugin nach ihrer spontanen Äußerung als eine heimliche Befragung einer Aussageperson durch V-Personen und damit als eine Maßnahme dar, die jedenfalls ohne spezielle gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig war.“* Leider werde aus der Entscheidung nicht deutlich, ob dies nur dann gelte, wenn der betroffenen Person wie im dortigen Fall ein Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden habe. Aber aus seiner Sicht sei für die Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs auch nicht entscheidend. Denn es gehe um die Wesentlichkeitstheorie und hier sei der Grundrechtseingriff nur hinreichende, aber nicht notwendige Bedingung. Dies bedeute, dass es neben dem Grundrechtseingriff Kriterien dafür gebe, wann der Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung schaffen solle. Beim Einsatz von V-Personen spreche mehr für die Wesentlichkeit und damit für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung als dagegen. Die von Herrn Dr. Krauß angesprochenen offenen Probleme verdeutlichten die Wesentlichkeit der Fragen. Die Schaffung einer gesetzlichen Regelung sei sicherlich mit vielen Schwierigkeiten verbunden. Diese seien aber nicht unlösbar.

Herr Dr. **Krauß** ergänzte, dass er davon ausgehe, dass mit dem Einsatz einer V-Person ein Grundrechtseingriff verbunden sei, denn der Staat erhebe und sammle Informationen und werte diese aus. Dies sei ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung. Eine ganz andere Frage sei, wie die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ausgestaltet werden müssen.

Abschließend schlug Herr Prof. Dr. **Esser** vor, dass die Kommission nur darüber entscheiden solle, ob Bedarf für eine über §§ 161, 163 StPO hinausgehende Ermächtigungsgrundlage gesehen werde. In einem zweiten Schritt solle eine kleinere Gruppe dann die Details der Regelungen besprechen.

### c) Meinungsbild

Das anschließend eingeholte Meinungsbild ergab, dass sich bei drei Gegenstimmungen und einer Enthaltung vierzehn Kommissionsmitglieder für die Schaffung einer speziellen Ermächtigungsgrundlage aussprachen.

## III. Weiteres Vorgehen

Frau **Graf-Schlicker** teilte mit, dass die nächste Sitzung nicht wie ursprünglich geplant am 6./7. Juli 2015 stattfinden könne. Ein neuer Termin werde per E-Mail abgestimmt. Sie wies daraufhin, dass am 20. Mai, 4. und 22. Juni 2015 weitere Gespräche mit Gutachtern stattfinden.



## G. Siebte Sitzung der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens am 13./14. Juli 2015

----- 1. Sitzungstag – 13. Juli 2015 -----

### I. Begrüßung

Frau Ministerialdirektorin **Graf-Schlicker** begrüßte die Teilnehmer und führte in die Diskussion ein. In der siebten Sitzung werde sich die Expertenkommission mit sogenannten kleineren Themen aus den Bereichen „Ermittlungsverfahren“ und „Vollstreckungsverfahren“, mit dem Jugendgerichtsverfahren sowie mit dem weiteren Ablauf der Arbeiten der Expertenkommission befassen.

### II. Beratungen

#### 1. Quellen-Telekommunikationsüberwachung („Quellen-TKÜ“)

##### a) Gutachten

Herr Dr. **Krauß** stellte das von ihm erarbeitete Diskussionspapier zur „Quellen-Telekommunikationsüberwachung“ vor. Vorab erklärte Herr Dr. Krauß, dass allein zu den technischen Fragen der „Quellen-TKÜ“ auf Grund der hohen Komplexität eigentlich ein eigenes Sachverständigengutachten erforderlich sei. Probleme seien die großen Datenmengen, die mobile Nutzung des Internets sowie die Entschlüsselung von Daten. Durch die Verschlüsselung als auch durch die Anonymisierung der Nutzer sowie durch den Einbau von Zugangssicherungen habe die Beschlagnahme regelmäßig keinen Erfolg, da der Computer zwar mitgenommen werden könne, aber keine Möglichkeit gegeben sei, die Daten auszulesen. Im Bereich der Telekommunikation bestehe das Problem darin, dass diese nicht mehr durch eine feste Verbindung über eine speziell hierfür vorgesehene Leitung geführt, sondern digitalisiert werde und dann in Datenpakete aufgeteilt über das weltweite Datennetz versandt werde. Vor der Absendung der Daten werde eine Verschlüsselung durch die VoIP-Software (Internettelefonie, sogenannte Voice-over-IP-Kommunikation) vorgenommen, welche erst beim Endgerät aufgehoben werde. Ähnlich verlaufe es beim Instant-Messaging,

vor allem bei Whats App, bei dem die Teilnehmer unmittelbar miteinander verbunden seien und eine umfassend verschlüsselte Echtzeitkommunikation stattfinde. Eine zeitnahe Entschlüsselung sei in der Praxis kaum möglich.

In der Literatur werde zum Teil auf von den Softwareanbietern angeblich selbst eingebaute „Backdoors“ (Hintertüren) verwiesen, über die eine Entschlüsselung der kryptierten Gesprächsdaten möglich sein soll. Die Existenz von solchen „Backdoors“ werde allerdings von den Anbietern bestritten. Zudem säßen die meisten Entwickler im Ausland. Entsprechende Rechtshilfesuche nähmen viel Zeit in Anspruch und seien oft erfolglos. Für die Strafverfolgungsbehörden bedeute dies, dass in maßgeblichen Bereichen der mittleren und schweren Kriminalität ein Ermittlungsinstrument fehle, da die herkömmliche Telefonüberwachung gemäß §§ 100a, 100b StPO ins Leere liefere. Dies gelte gerade auch im Hinblick auf die Aufklärung von Organisationsstrukturen im Bereich der organisierten Kriminalität.

Bei der Frage, ob das vorhandene Ermittlungsinstrumentarium ausreiche, sei natürlich zu berücksichtigen, dass es sich beim Strafprozessrecht um konkretisiertes Verfassungsrecht handele. Daher müsse abgewogen werden zwischen öffentlichen Sicherheitsinteressen und dem Freiheitsrecht des Bürgers: Mit den Worten des Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts Kirchhof im Rahmen der mündlichen Verhandlung zum BKA-Gesetz stelle sich die Frage, wie viel an Datenschutze der Verfassungsstaat den Ermittlungsbehörden zugestehen dürfe und welchen Datenschutz er seinen Bürgern schulde. Zwischen der Quellen-TKÜ und der Online-Durchsuchung bestehe die Gemeinsamkeit, dass ein heimlicher Zugriff und Infiltration des Zielsystems erfolge. Beide Maßnahmen unterschieden sich aber hinsichtlich der Zielrichtung: Bei der Quellen-TKÜ gehe es darum, die laufende Kommunikation vor der Verschlüsselung abzufangen, während es bei der Online-Durchsuchung darum gehe, den gesamten Datenstand auf dem Computer einmalig durch Dateisuche und Dateispiegelung zu erfassen oder sogar einen kontinuierlichen Zugriff (sogenanntes Daten-Monitoring) oder das Mitschneiden von Tastatur- oder Mauseingaben (sogenanntes „Keylogging“) zu ermöglichen. Auf Grund der unterschiedlichen Zielrichtung sei eine Differenzierung geboten.

Das Bundesverfassungsgericht habe sich im Jahr 2008 in seiner Entscheidung zum nordrheinwestfälischen Verfassungsschutzgesetz (BVerfGE 120, S. 274 ff.) erstmals mit der Online-Durchsuchung und der Quellen-TKÜ auseinandergesetzt. In dieser Entscheidung habe das Bundesverfassungsgericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Artikel 2 Absatz 1 i.V.m. Artikel 1 Absatz 1 GG) ein „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und

Integrität informationstechnischer Systeme“ entwickelt. Dieses garantiere eine Art informationeller Geheimsphäre hinsichtlich des von einer Person genutzten IT-Systems. Das Bundesverfassungsgericht habe dies für erforderlich gehalten, weil weder Artikel 10 GG noch Artikel 13 GG ausreichend Schutz böten. Danach sei Quellen-TKÜ verfassungsrechtlich zulässig, wenn rechtlich und technisch sichergestellt sei, dass nur auf die laufende Kommunikation zugegriffen werden könne. Ein solcher Eingriff sei dann allein am grundrechtlichen Maßstab des Artikels 10 GG zu messen. Im Schrifttum sei dies kritisiert worden, da das Zielsystem gleichwohl infiltriert und es technisch nicht möglich sei, eine entsprechende Trennung vorzunehmen. Der Verfassungsgerichtshof Sachsen-Anhalt habe im November 2014 (SAnhVerfG vom 11. November 2014 – LVG 9/13) zudem die Rechtsgrundlage für eine Quellen-TKÜ im Landesverfassungsschutzgesetz verfassungswidrig sei, weil eine entsprechende technische Vorrichtung, die nur die Telekommunikation abgreife, nicht existiere.

Das Bundeskriminalamt habe ein Kompetenzzentrum-Informationstechnik eingerichtet, um diese Fragen zu klären und bis Ende des Jahres eine entsprechende Software zu entwickeln, die ausschließlich während eines laufenden Kommunikationsvorgangs aktiv sein solle. Damit würde die Maßnahme nur an Artikel 10 GG gemessen werden. Die Anschlussfrage sei, ob § 100a StPO als Rechtsgrundlage einer solchen Maßnahme ausreiche. Dies werde zum Teil bejaht, da die Regelung des § 100a StPO bewusst offen gestaltet worden sei, um neue Entwicklungen berücksichtigen zu können. Die Zulässigkeit der Implementierung der Software solle sich dann als Annex-Kompetenz hierzu ergeben, da sie eine notwendige Bedingung darstelle. Problematisch sei allerdings, dass die Infiltration des Systems etwas grundlegend anderes sei als die reine Telefonüberwachung, da es hier möglicherweise im Einzelfall zu einer Beschädigung des Systems oder zu einem Datenverlust kommen könne. Zudem bestehe potenziell die Gefahr, dass doch mehr als die laufende Kommunikation abgegriffen werden könne. Außerdem verlange das BVerfG, dass die gesetzliche Grundlage technische Vorgaben enthalte, die gewährleisten, dass nur die laufende Kommunikation abgegriffen werden könne. Daher erscheine § 100a StPO als Rechtsgrundlage nicht ausreichend.

Beim Entwurf einer Quellen-TKÜ-Regelung müsse also berücksichtigt werden, dass anhand von technischen Kriterien die Überwachung ausschließlich auf Daten aus laufender Telekommunikation beschränkt werde und Programme, „die mehr können“, technisch ausgeschlossen seien. Dies müsse in der Hauptverhandlung und im Wege einer Beschwerde überprüfbar sein. Daher sei eine umfassende Protokollierung erforderlich. Zum Teil werde gefor-

dert, dass nur solche Software eingesetzt werden dürfe, die durch das Bundesamt für Sicherheit überprüft worden sei. Das Problem sei allerdings, dass die entsprechende Überwachungssoftware in der Regel auf den jeweiligen Computer zugeschnitten werde, weswegen eine vorherige Überprüfung in jedem Einzelfall eine erhebliche Verzögerung der Ermittlungen bedeuten würde. Es müssten ferner verfahrensrechtliche Vorgaben in das Gesetz über die technischen und organisatorischen Verfahrensweisen wie auch hinsichtlich der grundlegenden Eigenschaften des technischen Mittels für die Durchführung der Maßnahme aufgenommen werden, wie in § 100b Absatz 4 StPO-E formuliert sei. Des Weiteren müsse der Eingriffsanlass normiert werden, der eine entsprechende Maßnahme rechtfertige. Dabei könne man sich entweder an dem Katalog der schweren Straftaten des § 100a Absatz 2 StPO oder an dem Katalog der besonders schweren Straftaten des § 100c Absatz 2 StPO orientieren. Vorzugswürdig sei eine Anlehnung an den Katalog des § 100a Absatz 2 StPO, da der Eingriff eher mit dem des § 100a StPO vergleichbar sei als mit dem bei einer akustischen Wohnraumüberwachung.

Auch die tatsächlichen Voraussetzungen müssten geregelt werden. In Anlehnung an § 100a StPO und § 100c StPO müssten also bestimmte Tatsachen vorliegen, die den Verdacht einer Täterschaft oder Teilnahme an einer bestimmten Straftat begründen. Dies bedeute, dass der Verdacht auf bestimmte Tatsachen gestützt sein und zumindest so weit konkretisiert sein müsse, dass ein Beschuldigter erkennbar und dessen Beteiligung an einer Katalogtat wahrscheinlich sei. Ferner müsse die Straftat auch im Einzelfall schwer wiegen und die Maßnahme subsidiär als ultima ratio zugelassen werden. Hinsichtlich des Kernbereichsschutzes sei eine Orientierung an § 100a Absatz 4 StPO möglich. Schließlich sei in diesem Zusammenhang sehr umstritten, ob die Wohnung heimlich betreten werden dürfe. Problematisch sei, dass sich ein solcher Eingriff nicht auf eine der in Artikel 13 GG enthaltenen Schranken verfassungsrechtlich stützen ließe. Auch lasse sich keine Annexkompetenz begründen. Fraglich sei allerdings, ob es erforderlich sein werde, die Wohnung zu betreten. Abschließend erklärte Herr Dr. Krauß, dass er eine entsprechende Rechtsgrundlage begrüße und für erforderlich halte, bevor entsprechende Beschlüsse etwaig auf Grundlage des derzeitigen § 100a StPO ergehen würden.

## **b) Diskussion**

Frau **Graf-Schlicker** unterstrich, dass bei einer Quellen-TKÜ rechtlich und technisch sichergestellt sein müsse, dass nur die laufende Kommunikation erfasst werde und keine Online-Durchsuchung stattfinde.

Herr **Schlatmann** führte aus, dass die Entwicklung der Technik gut vorankomme und sie planmäßig zur Verfügung stehen werde. Er stellte klar, dass Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung sich trotz Gemeinsamkeiten technisch voneinander trennen ließen. Auch sei es nicht notwendig, dass - von besonderen Ausnahmefällen abgesehen - die Wohnung des Verdächtigen betreten werden müsse.

Frau **Graf-Schlicker** wies darauf hin, dass diese Frage entscheidend dafür sei, auf welchen Katalog zurückgegriffen werden müsse. Der rechtliche Ausgangspunkt sei ein anderer, wenn - auch nur in besonderen Ausnahmefällen - ein Betreten der Wohnung notwendig sei. Insofern verwies sie insbesondere auf die jüngste Verhandlung zum BKA-Gesetz vor dem Bundesverfassungsgericht.

Frau Dr. **Becker** schilderte aus der mündlichen Verhandlung beim Bundesverfassungsgericht, dass die Frage der Trennungsmöglichkeit zwischen Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung länger diskutiert worden sei. Darüber hinaus sei erörtert worden, ob bei der Quellen-TKÜ sichergestellt werden könne, dass lediglich auf die laufende Kommunikation zugegriffen werden könne. Das BKA habe darauf verwiesen, dass die technischen Möglichkeiten derzeit auf die Internettelefonie begrenzt seien. Frau Dr. Becker schlug vor, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abzuwarten, bevor eine eigene Regelung in der StPO geschaffen werde. Problematisch sei, dass die Eingriffsintensität von den technischen Möglichkeiten abhängig sei.

Herr **Schlatmann** bestätigte, dass der Schwerpunkt der Verhandlung bei technischen Fragestellungen lag. Er stellte klar, dass die derzeitige Software ausschließlich für eine Voice-over-IP-Kommunikation eingesetzt werden könne.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** äußerte Kritik an der Behandlung des Themas in der Expertenkommission, da der Vorschlag nicht auf eine Entlastung der Justiz abziele und damit im Widerspruch zu den Zielen der Kommission stünde. Durch den Vorschlag würden im Gegenteil neue Ressourcen gebunden werden.

Herr Dr. **Krauß** erwiderte, dass es um die effektivere und praxistauglichere Ausgestaltung des Strafverfahrensverfahrens gehe. Dazu zählten auch Maßnahmen, die eine bessere Sachverhaltsaufklärung gewährleisten können.

Frau **Graf-Schlicker** hob hervor, dass sich die Expertenkommission in ihrer ersten Sitzung auf die zu behandelnden Themen geeinigt habe und dieses Thema Gegenstand der Einigung gewesen sei. Eine andere Frage sei allerdings, inwieweit über die speziellen technischen Fragestellungen diskutiert werden könne.

Herr Prof. Dr. **Nestler** widersprach Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor und führte aus, das Ergebnis der Diskussion könne auch sein, dass rechtsstaatliche Bedenken gegen entsprechende Maßnahmen bestünden. Er stimme Herrn Dr. Krauß zu, dass die Eingriffsintensität bei der Bestimmung des Straftatenkatalogs berücksichtigt werden müsse. Zu beachten sei dabei, dass § 100a StPO in der Ausgangsnorm an schwere Straftaten anknüpft habe, weil es sich um eine heimliche Maßnahme handele. Der ursprünglich strenge Katalog sei inzwischen auf fast alle Delikte ausgeweitet worden. Eine grundsätzliche Diskussion über den Straftatenkatalog und die unterschiedliche Eingriffsintensitäten könne die Expertenkommission allerdings schon aufgrund ihrer zeitlichen Vorgaben nicht führen.

Herr Prof. Dr. **Radtke** vertrat ebenfalls die Ansicht, dass eine Regelung im Detail an dieser Stelle nicht ausgearbeitet werden könne. Allerdings sei es auch bisher möglich gewesen, zumindest eine Grundausrichtung zu formulieren, so dass die Expertenkommission eine gewisse Richtung vorschlagen könne. Ob eine Stellungnahme der Kommission erfolge, solle nicht von einer vorherigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts abhängig gemacht werden.

Herr Prof. Dr. **Esser** unterstützte Herrn Prof. Dr. Radtke darin, dass die Kommission sich mit dem Thema beschäftigen und grundsätzlich hierzu äußern solle. Andernfalls werde es in der Praxis zu Beschlüssen kommen, in denen eine Quellen-TKÜ auf Grundlage des § 100a StPO angeordnet werde. Eine ähnliche Situation liege bei der Mauterfassung vor. Hier gebe es bereits drei amtsgerichtliche Beschlüsse nach § 100j StPO. Richtig sei auch, dass die technischen Vorfragen sehr komplex seien, vor allem hinsichtlich der Trennbarkeit beider Maßnahmen. Daher müssten die technischen Fragen vorher geklärt werden.

Herr Dr. **Müller** sah das Problem bei den §§ 100a ff. StPO darin, dass deren systematische Ordnung verloren gegangen sei. Der Vorschlag von Herrn Dr. Krauß könne helfen, diese wiederherzustellen. Allerdings sei es wünschenswert, wenn das Recht der Technik Vorgaben mache und nicht umgekehrt.

Herr Dr. **Mutzbauer** warf die Frage auf, worin in Bezug auf Artikel 10 GG der rechtliche Unterschied zwischen der verschlüsselten und der unverschlüsselten Kommunikation liege. Ansonsten erfasse der Vorschlag von Herrn Dr. Krauß jede Form der Telekommunikation, auch wenn eine technische Trennung derzeit noch nicht möglich sei. Im Übrigen schloss sich Herr Dr. Mutzbauer der Meinung an, dass das Recht die Vorgaben zu machen und die Techniker sich daran zu orientieren hätten.

Herr Prof. Dr. **König** teilte die Einschätzung von Herrn Prof. Dr. Esser, dass die Rechtsprechung die Anordnung einer Quellen-TKÜ auf § 100a StPO stützen werde, wenn keine neue spezielle Regelung geschaffen werde. Eine Befassung der Kommission mit dem Thema sei deshalb erforderlich.

Herr Dr. **Meyer** wies darauf hin, dass die herrschende Meinung eine Quellen-TKÜ bereits nach geltendem Recht für zulässig halte. Die Schaffung einer Rechtsgrundlage mit speziellen Anordnungsvoraussetzungen würde daher einen Gewinn an Rechtsstaatlichkeit bedeuten.

Herr Prof. Dr. **Nestler** schlug vor, sich mit Absatz 2 des Entwurfs von Herrn Dr. Krauß zu beschäftigen, wenn in der Expertenkommission Einigkeit über die Notwendigkeit der Schaffung einer eigenen Rechtsgrundlage für die Quellen-TKÜ herrsche. Eine Regelungsempfehlung solle die Expertenkommission nur unter der Bedingung aussprechen, dass eine technische Trennbarkeit der Maßnahmen möglich sei.

Herr Prof. Dr. **Esser** warf die Frage auf, wie das Gericht in der Hauptverhandlung einen Beweisantrag des Verteidigers des Inhalts behandeln solle, ob die eingesetzte Software eine technische Trennbarkeit gewährleiste. Der Antrag müsse wohl schon auf Grund von Geheimhaltungsaspekten abgelehnt werden. Er bezweifle deshalb, dass die technische Trennbarkeit der Maßnahmen jemals in einem öffentlichen Gerichtsverfahren bewiesen werden könne.

Herr. Dr. **Krauß** verwies auf die Dokumentationspflicht in § 100b Absatz 4 Satz 4 StPO. Dabei sei abzuwägen, wie weit diese Pflicht im Verhältnis zum Geheimnisschutz reiche. Ein entsprechender Beweisantrag werde daher nicht vornherein abgelehnt werden können, weil die Vorschriften ansonsten obsolet seien. Es werde aber bestimmte technische Bereiche geben, die der Öffentlichkeit nicht zugänglich gemacht werden könnten.

Frau **Graf-Schlicker** äußerte Zweifel, ob die Prämisse, die Technik habe dem Recht zu folgen, richtig sei. Rechtliche Regelungen könnten erst getroffen werden, wenn die technischen Abläufe bekannt seien. Entscheidend sei, dass bei einer Quellen-TKÜ nicht gleichzeitig eine Online-Durchsuchung stattfinde. Auch die Entscheidung, auf welchen Straftatenkatalog – schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – zurückgegriffen werden könne, hänge sowohl von der technischen Ausgestaltung der Software (technische Trennungsmöglichkeit) als auch von der Form ab, wie diese Software in den Computer des Betroffenen implementiert werden müsse. Bei der Frage, ob die Expertenkommission eine Empfehlung abgeben solle, sei zu bedenken, dass die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bei Veröffentlichung des Abschlussberichtes noch nicht vorliegen werde.

Herr Dr. **Krauß** stellte klar, dass das Bundesverfassungsgericht eine Quellen-TKÜ an sich nicht für verfassungswidrig halte. Ferner würden demnächst die technischen Voraussetzungen dafür vorliegen, dass eine Online-Durchsuchung bei Durchführung der Anwendung einer Quellen-TKÜ ausgeschlossen sei. Dann werde es auch entsprechende Beschlüsse geben, die eine Quellen-TKÜ auf Grundlage von § 100a StPO anordnen würden. Daher sei es besser, wenn durch eine entsprechende Ergänzung des § 100a StPO ein rechtlicher Rahmen für die Quellen-TKÜ geschaffen werde.

Herr Prof. Dr. **Radtke** stimmte Frau Graf-Schlicker darin zu, dass rechtlich nichts vorge-schrieben werden könne, was technisch nicht möglich sei. Wenn aber demnächst die techni-schen Voraussetzungen für den Einsatz der Quellen-TKÜ vorliegen würden, solle sich die Expertenkommission für eine entsprechende Regelung auszusprechen, etwa auf der Basis des Vorschlags von Herrn Dr. Krauß. Es sei nicht davon auszugehen, dass das Bundesverfas-sungsgericht die Quellen-TKÜ grundsätzlich für verfassungswidrig erklären werde. Hinsicht-lich der von Herrn Prof. Dr. Esser aufgeworfenen Frage führte Herr Prof. Dr. Radtke aus, dass es hierbei um die Frage der Verwertbarkeit der Ergebnisse einer Quellen-TKÜ gehe, was im Freibeweisverfahren entschieden werde. Auf die strengbeweislichen Ablehnungsgründe sei das Gericht in der Hauptverhandlung nicht angewiesen. Ob die Anordnungsvoraussetzungen für eine Quellen-TKÜ vorlägen, müsse der Ermittlungsrichter entscheiden. Auch für diese Entscheidung gelte das Freibeweisverfahren, so dass nicht alle Informationen über die einge-setzte Software öffentlich gemacht werden müssten.

Herr Prof. Dr. **König** fasste zusammen, es bestehe zum Teil die Befürchtung, dass die Quel-len-TKÜ auf Basis des jetzt geltenden § 100a StPO angeordnet werden könne. Daher könne die Expertenkommission schon vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts emp-fehlen, dass eine Regelung zur Quellen-TKÜ erst zulässig sei, wenn durch technische Maß-nahmen der Zugriff ausschließlich auf die laufende Kommunikation sichergestellt sei. Die Expertenkommission solle auch eine Empfehlung zu einem Straftatenkatalog aussprechen.

Herr Prof. Dr. **Nestler** verwies auf den zweiten Absatz des vorgeschlagenen Entwurfes zu § 100a StPO, wonach die Quellen-TKÜ nur zulässig sei, wenn diese auf die laufende Tele-kommunikation begrenzt werde.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** konstatierte, dass bei der Quellen-TKÜ ein tieferer Eingriff als bei der TKÜ vorliege. Herr Dr. Krauß habe dargelegt, dass der derzeitige § 100a StPO keine ausreichende Rechtsgrundlage darstelle. Auch die Frage der Notwendigkeit des Betretens der Wohnung müsse geklärt werden. Dass ein Betreten der Wohnung nur grundsätzlich nicht erforderlich sei, reiche für die Beurteilung nicht aus. Auch sei zu berücksichtigen, dass das Datenverarbeitungssystem durch den Eingriff beschädigt werden könne, weshalb eine andere Eingriffsqualität gegeben sei und höhere Anforderungen gelten müssten.

Herr Dr. **Krauß** betonte, dass § 100a StPO in der derzeitigen Fassung seiner Meinung nach als Rechtsgrundlage vor allem wegen der notwendigen Infiltration des EDV-Systems nicht ausreiche. Daher seien engere gesetzliche Vorgaben erforderlich, die in der von ihm in seinem Gutachten vorgeschlagenen Regelung eines § 100b StPO enthalten seien. Ein Recht zum Betreten der Wohnung solle es danach aber nicht geben.

Herr Prof. Dr. **Nestler** führte aus, der entworfene § 100a Absatz 2 StPO sehe vor, dass der Eingriff mit „technischen Mitteln“ erfolgen solle. Das Betreten einer Wohnung sei damit nicht vorgesehen. Der Entwurf enthalte die diskutierten Restriktionen. Allein fraglich sei der Straftatenkatalog, der in der geltenden Fassung des § 100a StPO schon zu weit sei.

Herr **Schatmann** wies daraufhin, dass die entsprechende Regelung des BKA-Gesetzes an Artikel 10 GG und nicht an Artikel 13 GG gemessen werde. Für den Einsatz der Technik sei ein Betreten der Wohnung nicht erforderlich.

Auf Nachfrage von Prof. Dr. Dr. Ignor und Dr. Mutzbauer erklärte Dr. **Krauß**, dass die von ihm vorgeschlagene Regelung theoretisch auch E-Mails erfasse. Praktisch sei das Abgreifen von E-Mails allerdings ausgeschlossen, weil eine Quellen-TKÜ hier technisch nicht möglich sei.

Herr Dr. **Isak** ging davon aus, dass die vom BKA entwickelte TKÜ-Software langfristig gesehen auch den Landeskriminalämtern zur Verfügung stehen werde und Quellen-TKÜ-Maßnahmen dann häufiger eingesetzt werden würden. Weder § 100a StPO noch der Vorschlag von Herrn Dr. Krauß schlossen aber rechtlich betrachtet eine Quellen-TKÜ bei Mobiltelefonen oder E-Mails aus, sofern die technischen Voraussetzungen geschaffen werden könnten. Hinsichtlich der Forderung nach höheren rechtlichen Hürden für die Quellen-TKÜ wies er darauf hin, dass der Eingriff an sich der Gleiche sei wie bei § 100a StPO. Eine Rechtfertigung dafür könnten aber die vorbereitenden oder auch begleitenden Maßnahmen in das technische System des Betroffenen sein.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** äußerte zusammenfassend, dass die Kommission sich zu dem Problem äußern solle. Die derzeitige Regelung in § 100a StPO reiche nicht aus, so dass allein aus Gründen der Missbrauchsverhinderung eine ausdrückliche Regelung notwendig sei. Das könne die Kommission feststellen. Darüber hinaus solle der zweite Absatz des § 100a StPO aus der Entwurfsfassung von Herrn Dr. Krauß in die Empfehlung aufgenommen werden. Allerdings glaube er nicht, dass sich die Expertenkommission auf einen Straftatkatolog werde einigen können.

Herr Prof. Dr. **Nestler** trat den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Ostendorf bei, zumal berücksichtigt werden müsse, dass es zu einem häufigen Einsatz dieser Maßnahme kommen werde.

Herr **Sabel** wies daraufhin, dass durch die Verschlüsselung ein höheres Vertrauen der Kommunikationspartner entstehe, so dass die Quellen-TKÜ auch deshalb einen tieferen Eingriff darstelle als die TKÜ. Daher sei eine eigene Eingriffsgrundlage erforderlich.

Herr **Thiele** schloss sich Herrn Prof. Dr. Ostendorf und Herrn Dr. Müller an. § 100a StPO sei unübersichtlich sowie unstrukturiert und entspreche nicht dem vom Bundesverfassungsgericht herausgearbeiteten neuen Gewährleistungsgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Das müsse geändert werden.

Herr **Schmengler** stellte fest, dass aktuell bereits eine Notwendigkeit für den Einsatz der Quellen-TKÜ aber auch für die Abschöpfung andere Kommunikationswege bestehe. Das Bundesverfassungsgericht habe bestätigt, dass die Quellen-TKÜ verfassungsgemäß sei. Es bestehe auch kein Anlass, einen anderen Straftatenkatalog als für die TKÜ vorzusehen. Die Verschlüsselung der Kommunikation sei auch kein Grund, ein höheres Schutzniveau vorzusehen. In der Praxis sei man auf das Instrument der Quellen-TKÜ angewiesen.

Hinsichtlich der Erfassung der E-Mail-Kommunikation im Vorschlag von Herrn Dr. Krauß erkundigte sich Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** danach, ob schon der Entwurf einer E-Mail abgefangen werden solle, sofern eine Begrenzung künftig technisch möglich sei. Das sei problematisch, weil vor dem Absenden der Nachricht teilweise nur Notizen formuliert werden würden und - um mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts zu sprechen - der „Mensch hier bei sich sei“. Dies stelle einen weiteren Eingriff dar.

Herr Prof. Dr. **Nestler** verwies darauf, dass nach Absatz 2 des Entwurfes von Herrn Dr. Krauß zu § 100a StPO nur auf die laufende Kommunikation zugegriffen werden dürfe. Daher müssten entsprechende technische Vorkehrungen getroffen werden, dass erst beim Betätigen der „Sendetaste“ ein Abgreifen erfolgen könne. Der Vorschlag von Herrn Dr. Krauß sei auf diese Weise zu verstehen.

Herr Dr. **Isak** und Herr Prof. Dr. **Radtke** stimmten Prof. Dr. Nestler zu.

Herr **Caspari** vertrat die Ansicht, dass ein Abgreifen möglich sein müsse, sofern vom Empfänger – etwa durch Weitergabe des Kennworts - auf einen Server zugegriffen werde könne. Entscheidend müsse das Herausgeben aus der Herrschaftssphäre des Erstellers sein.

Herr Dr. **Krauß** stimmte mit Herrn Prof. Dr. Nestler darin überein, dass definiert werden müsse, was als Kommunikation gewertet werde.

### c) Meinungsbild

Die Expertenkommission befürwortete mehrheitlich, zum Thema „Quellen-TKÜ“ eine Empfehlung auszusprechen.

Ferner sprachen sich die Mitglieder der Kommission einstimmig dafür aus, sich zur grundrechtsrelevanten Begrenzung der Maßnahme zu äußern. Auf Basis der gutachterlichen Äußerung von Herrn Dr. Krauß sollen entsprechende Empfehlungen formuliert werden.

## 2. Online-Durchsuchung

### a) Gutachten

Herr Dr. **Krauß** stellte sein Gutachten zur „Online-Durchsuchung“ vor. Hierbei handele es sich um eine Maßnahme mit einer anderen Eingriffstiefe als bei der Quellen-TKÜ, weil der gesamte Datenbestand abgreifbar sei. Dies sei sogar kontinuierlich möglich, so dass ein Persönlichkeitsbild von einer Person erstellt werden könne. In der StPO sei dafür keine gesetzliche Ermächtigung vorhanden. Ein entsprechender Gesetzesentwurf des Landes Bayern sei im Jahr 2008 im Bundesrat gescheitert. Gesetzliche Grundlagen für die Online-Durchsuchung gebe es aber in zahlreichen Landespolizeigesetzen. Die betreffende Regelung im BKA-Gesetz sei – wie schon erwähnt – gerade Gegenstand der Verhandlung vor dem Bundesverfassungsgericht.

Für die Frage, ob die Online-Durchsuchung als Ermittlungsmaßnahme auch in das Strafrecht Eingang finden sollte, sei entscheidend, welche verfassungsrechtlichen Anforderungen hieran zu stellen seien. Ausgangspunkt sei auch hier wieder das (neue) Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Das wesentliche Problem liege bei der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, die Schwere des Eingriffs dürfe bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen.

In der Literatur werde zum Teil vertreten, dass eine entsprechende Regelung auf Grund ihrer Eingriffstiefe nicht verfassungsgemäß sein könne. Allerdings sei der Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen den Bürger- und Freiheitsrechten auf der einen Seite und den Aspekten der öffentlichen Sicherheit und der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege auf der anderen Seite nicht dadurch lösbar, dass man den Freiheitsrechten durchgängig den Vorrang gewähre. Man könne einen Ausgleich dadurch erreichen, dass die Online-Durchsuchung nur zum Schutz bestimmter herausragender Rechtsgüter und nur bei bestimmten Verdachts-

lagen eingesetzt werden dürfe. Ferner müsse man gewisse Verfahrensvorkehrungen treffen, um den verfassungsrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen.

Angesichts der zeitlichen Vorgaben werde es der Expertenkommission allerdings nicht möglich sein, hierzu eine Lösung zu erarbeiten. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist eine Online-Durchsuchung im Bereich der Gefahrenabwehr zulässig sein, wenn eine konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut bestehe, namentlich Leib, Leben, Freiheit und andere wichtige Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührten. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ließen sich jedoch nicht ohne weiteres auf den Bereich der Strafverfolgung übertragen. Der Katalog des § 100a StPO passe daher nicht; selbst der Katalog des § 100c StPO sei zu weit gefasst, so dass dieser lediglich als Ausgangspunkt dienen könne.

Als weitere Einschränkung diene der Verdachtsgrad, so dass etwa bestimmte Tatsachen vorliegen müssten. Der Verdacht müsse so weit konkretisiert sein, dass ein Beschuldigter erkennbar und dessen Beteiligung an einer Katalogtat wahrscheinlich sei. Stufe man die Anforderungen entsprechend herauf, wäre auf den „dringenden Tatverdacht“ als Verdachtsgrad abzustellen, wie er auch für den Erlass eines Haftbefehls erforderlich sei. Allerdings solle die Durchführung einer Online-Durchsuchung gerade der Ermittlung dienen, ob ein dringender Tatverdacht anzunehmen sei. Die Einschränkungen „besonders schwerer Einzelfall“ und eine Subsidiaritätsklausel würden keine entscheidende Rolle spielen, um eine entsprechende Begrenzung bewirken zu können.

Ein weiteres schwieriges Problem sei, welche Zielperson erfasst sein dürfe. Das Bundesverfassungsgericht habe dies im Rahmen des Gefahrenbegriffs behandelt. Danach liege die konkrete Gefahr nur dann vor, wenn sie auf eine individuelle Person als Verursacher zurückzuführen sei, so dass nur der Beschuldigte als Zielperson einer Online-Durchsuchung in Frage komme. Problematisch sei es, wenn das Informationssystem von anderen Personen genutzt werde. Ferner sei der Kernbereichsschutz zu berücksichtigen.

Das Bundesverfassungsgericht habe hier ein Zwei-Stufen-Modell entwickelt. Eine gesetzliche Regelung habe zunächst sicherzustellen, dass schon die Erhebung kernbereichsrelevanter Daten unterbleibe, soweit dies informationstechnisch und ermittlungstechnisch möglich sei. Das könne aber bei einer Online-Durchsuchung nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Daher sei die zweite Stufe relevanter: wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen

würden, dass eine bestimmte Datenerhebung den Kernbereich privater Lebensgestaltung berühre, habe die Maßnahme zu unterbleiben. Fraglich sei, wer diese Differenzierung hier vornehmen könne. Es biete sich dabei an, dass im Zweifel der Richter die Frage zu entscheiden habe.

Der Schutz zeugnisverweigerungsberechtigter Personen stelle das nächste Problemfeld dar. Hier könne man die Regelung des § 160a StPO anwenden oder ein Durchsuchungsverbot für alle Berufsheimnisträger als *lex specialis* schaffen wie in § 100c Absatz 6 StPO. Ferner müssten auch die verfahrensrechtlichen Vorgaben näher ausgestaltet werden. Abschließend bleibe die Frage der Wohnungsbetretung. Weder die Schrankenkompetenz des Artikel 13 GG noch eine Annex-Kompetenz könnten eine solche rechtfertigen, so dass eine Änderung des Grundgesetzes erforderlich sei.

## b) Diskussion

Frau **Graf-Schlicker** stellte zunächst die Frage, wie die Expertenkommission mit einem derart komplexen Thema umgehen wolle.

Herr Dr. **Krauß** antwortete, dass im Falle einer Befassung mit dem Thema alle aufgeworfenen Fragen geklärt werden müssten, was der Expertenkommission auf Grund der Komplexität des Themas nicht ohne weiteres möglich sein werde.

Frau **Graf-Schlicker** stellte daher den Vorschlag zu Diskussion, in den Bericht aufzunehmen, dass das Thema behandelt worden sei, jedoch zahlreiche Probleme in diesem Zusammenhang noch geklärt werden müssten, was die Expertenkommission aus Zeitgründen nicht leisten könne.

Herr Dr. **Krauß** stimmte zu und wies darauf hin, dass es im Gegensatz zur Quellen-TKÜ bereits die technischen Möglichkeiten zur Online-Durchsuchung gebe. Zudem gebe es nach den Polizeigesetzen der Länder entsprechende Möglichkeiten, Daten zu erhalten, die für ein Strafverfahren allerdings nicht verwertbar seien.

Herr Dr. **Isak** äußerte sich positiv zur Quellen-TKÜ, lehnte jedoch die Online- Durchsuchung als Ermittlungsinstrument im Strafverfahren ab. Ein akuter Handlungsbedarf wie er bei der Quellen-TKÜ bestehe hier nicht. Er gehe auch nicht davon aus, dass die Online-Durchsuchung nach derzeitiger Rechtslage zulässig sei. Schon die Frage, ob überhaupt die Möglichkeit bestehe, eine verfassungskonforme Regelung zu formulieren, sei schwierig zu beantworten.

Herr Dr. **Mutzbauer** sprach sich ebenfalls dafür aus, das Thema zurückzustellen. Im Gefahrenabwehrbereich sei eine entsprechende Maßnahme sinnvoll, auf dem Gebiet der Strafverfolgung werde sie nicht benötigt.

### c) Meinungsbild

Die Mehrheit sprach sich dafür aus, das Thema zurückzustellen.

## 3. Ausweitung des § 100a StPO- Katalogs

### a) Gutachten

Herr **Schatmann** stellte das Gutachten zur Ausweitung des § 100a StPO- Katalogs vor. Er verwies zunächst auf die bisherige Diskussion, wonach der Katalog systematischer und übersichtlicher gestaltet werden sollte. Im Hinblick auf eine effektivere und praxistauglichere Regelung werde vorgeschlagen, alle Verbrechen und bestimmte schwere Vergehen in den Katalog aufzunehmen. So sollten Vergehen aufgenommen werden, denen eine gemeinschaftliche Begehungsweise innewohne, aber auch bei denen das Tatmittel Internet genutzt werde. Hintergrund für diesen Vorschlag seien die Wertungswidersprüche im derzeitigen § 100a StPO. So sei die gemeinschaftliche Vergewaltigung im Katalog enthalten, nicht jedoch die Vergewaltigung, bei der ein Einzeltäter ein Messer oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet habe, obwohl das letztere Delikt vom Gesetzgeber als schwerwiegender eingestuft werde.

Bei § 100a StPO handele es sich nicht nur um ein Ermittlungs- sondern auch um ein Fahndungsinstrument. In der Strafverfolgungspraxis existiere ein dringender Bedarf für eine Aus-

weitung des Straftatenkataloges in Fällen schwerer Sexualdelikte, gerade wenn die TKÜ zur Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten eingesetzt werden solle.

In § 100a StPO werde der Begriff der „schweren Straftat“ verwandt. Das Bundesverfassungsgericht setze für Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis die Qualifizierung einer Straftat als „schwer“ voraus. Für eine solche Qualifizierung seien das geschützte Rechtsgut und dessen Bedeutung für die Rechtsgemeinschaft von Relevanz. Das Bundesverfassungsgericht habe den derzeit geltenden Katalog des § 100a Abs. 2 StPO als verfassungskonform angesehen. Es habe angenommen, dass Delikte mit einer Mindesthöchststrafe von 5 Jahren jedenfalls eine hinreichende Schwere aufwiesen, um den Eingriff in Artikel 10 GG zu rechtfertigen. Allerdings sei es nicht ausreichend, lediglich auf die Mindesthöchststrafe abzustellen. Unter dem vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Maßstab ließen sich aber auch alle vom Gesetzgeber als Verbrechen qualifizierte Delikte subsumieren, für deren Begehung jeweils eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorgesehen sei.

Jedes Verbrechen stelle den Rechtsfrieden in erheblicher Weise in Frage. Dies gelte erst recht für Verbrechen, deren Mindeststrafandrohung deutlich darüber hinausgehe. Es biete sich eine Orientierung an der Systematik des § 261 Absatz 1 StGB an, der alle Verbrechen einbeziehe. Die Schaffung eines neuen Verbrechenstatbestandes würde dann auch keine Folgeänderungen im Straftatenkatalog nach sich ziehen.

Aber auch hinsichtlich der in den geltenden Katalog aufgenommenen Vergehenstatbestände lägen Wertungswidersprüche vor. Diese zeichneten sich in der Vielzahl durch eine gemeinschaftliche Begehungsweise aus. Nicht enthalten sei jedoch der Tatbestand der gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung (§ 224 Absatz 1 Nummer 4 StGB). Angesichts des vom Gesetzgeber für diese Strafnorm gewählten Strafrahmens erscheine dessen Nichtaufnahme in den Katalog des § 100a StPO inkonsequent. Das Einfügen solcher Vergehen, die üblicherweise durch eine gemeinsame oder konspirative Begehungsweise geprägt seien, wäre von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gedeckt. Die gemeinschaftliche Begehungsweise stelle den Rechtsfrieden in einer Weise in Frage, die eine Aufnahme des Delikts in den Katalog des § 100a Absatz 2 StPO und den Eingriff in Artikel 10 GG rechtfertige. In Fällen gemeinschaftlicher und konspirativer Begehungsweise durch die Täter sei die TKÜ überdies in der Regel das einzig erfolgversprechende Ermittlungsinstrument.

Daneben bestehe gerade aufgrund der Flüchtigkeit von Telekommunikationsdaten ein Bedürfnis zur Aufnahme bestimmter Delikte. Auch Straftaten aus dem Bereich der Cyberkrimi-

nalität könnten hinreichend schwer wiegen, um eine Aufnahme in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO zu rechtfertigen.

### b) Diskussion

Frau **Graf-Schlicker** stellte fest, dass es zum einen darum gehe, ob strukturell etwas an § 100a StPO geändert werden und zum anderen, ob eine Erweiterung des Katalogs vorgenommen werden solle.

Herr Prof. Dr. **König** wies darauf hin, dass es bereits in den Jahren 2006 und 2007 eine Diskussion zur Neugestaltung des § 100a StPO gegeben habe. Entsprechende Änderungsvorschläge wie die Einführung einer Generalklausel seien gescheitert. Für die vorgeschlagene Erweiterung gebe es derzeit weder einen Anlass noch eine Rechtfertigung.

Herr Prof. Dr. **Esser** betonte, dass § 100a StPO in der derzeitigen Fassung durch das „Schwere“- Element geprägt sei. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass eine Vielzahl entsprechender Verweise auf § 100a StPO in anderen Normen geändert werden müssten. Bei dem Vorschlag sei es sinnvoll, dass TK-spezifische Delikte aufgenommen werden, allerdings passe dies nicht durchgängig für die Verweise.

Frau Prof. Dr. **Swoboda** erinnerte an die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum Urteil zur Vorratsdatenspeicherung, wonach nicht jede Maßnahme die nützlich und erforderlich sei, auch verfassungsrechtlich zulässig sei.

Herr Prof. Dr. **Radtke** wies auf die zuvor geführte Diskussion hin, dass derzeit bei § 100a StPO keine „Leitlinie“ erkennbar sei. Der Vorschlag des BMI könne dieses Problem beheben. Zum einen käme es auf die „Schwere“ des Deliktes an. Zum anderen treffe es zu, dass bei Vergehen, die durch ein konspiratives Element geprägt seien, vor allem durch die TKÜ Erkenntnisse gewonnen werden könnten.

Herr Dr. **Mutzbauer** betonte, dass eine Orientierung an dem Eingriff zu erfolgen habe und an den zu erwartenden deliktsspezifischen Erkenntnissen aus der Überwachung. Hinsichtlich der Erweiterung auf alle Verbrechen bezweifle, dass sich bei allen Verbrechenstatbeständen entsprechende Ermittlungserfolge einstellen.

Herr Prof. Dr. **Radtke** erwiderte, dass der Katalog lediglich eine erste Orientierung darstelle, da es noch andere Voraussetzungen gebe, weswegen die Anordnung einer entsprechenden Maßnahme abgelehnt werden könne.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** bezweifelte, ob der Vorschlag des BMI handhabbarer sei als die aktuelle Regelung. Für den Richter sei es nicht ohne weiteres möglich, einzuschätzen, ob eine gemeinschaftliche oder konspirative Verhaltensweise einem Vergehen immanent sei.

Frau Dr. **Wollmann** stellte klar, dass es nicht darum gehe, hinsichtlich der dem § 100a StPO unterfallenden Vergehen eine Generalklausel zu formulieren, sondern darum, den bestehenden Katalog zu erweitern. Ferner handele es sich bei § 100a StPO nicht nur um ein Ermittlungs- sondern auch um ein Fahndungsinstrument.

Herr Dr. **Meyer** hob hervor, dass es sinnvoll sei, alle Verbrechenstatbestände aufzunehmen. Problematisch sei jedoch, die komplette Cyberkriminalität erfassen zu wollen, da dann etwa auch das Abfangen von Daten gemäß § 202b StGB erfasst werde, das mit einer Höchststrafe von zwei Jahren bedroht sei. Allerdings könnten hier auch noch weitere Anordnungsvoraussetzungen vorgesehen werden.

Frau Dr. **Becker** wies hinsichtlich des Arguments „Fahndungsinstrument“ auf den geltenden § 100g StPO hin. Eine Erweiterung des § 100a StPO sei zumindest aus diesem Grunde nicht erforderlich.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** merkte an, dass der vorgestellte Vorschlag zu einer Mehrbelastung der Strafverfolgungsbehörden führen würde. Es müsse ein zusätzlicher Ermittlungsaufwand betrieben werden. So müssten etwa TKÜ-Protokolle verschriftlicht werden. Die Frage sei,

„wer das bezahle und ob sich das lohne“. Er sei nicht sicher, dass dies erforderlich sei. Jedenfalls existierten keine Untersuchungen, die eine entsprechende Notwendigkeit belegen könnten.

Herr **Thiele** befürwortete die Aufnahme aller Verbrechen. Vergehen hingegen sollten dann aufgenommen werden, wenn eine konkrete Straferwartung von über einem Jahr bestehe. Ansonsten gelte die Erweiterung auch für den Bereich des Jugendstrafrechts. Das könne nicht beabsichtigt sein.

Herr Dr. **Isak** äußerte in Bezug auf den Beitrag von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor, dass es nicht um eine Ausweitung der Zahl der Telekommunikationsüberwachung gehe.

Herr Prof. Dr. **König** bemerkte, dass er sich dann frage, warum die Regelung geändert werden solle. Die Diskussion in den Jahren 2006 und 2007 sei mit dem Ziel geführt worden, entsprechende Auswüchse zu verhindern. Zwingende Gründe für eine Änderung seien aktuell immer noch nicht ersichtlich.

Nach Ansicht von Herrn **Caspari** ist der Vorschlag des BMI zwar charmant. Systematische Erwägungen allein rechtfertigten aber keine Änderung des § 100a StPO. Aus eigener Praxis könne er bestätigen, dass bei der Anwendung der Norm in der Praxis keine Probleme beständen.

Herr Dr. **Müller** bemerkte, dass die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit des Strafprozessrechts wichtig sei. Die Diskussion um eine Ausweitung der TKÜ könne bei Umsetzung des hier diskutierten Vorschlags endgültig beendet werden.

Herr **Caspari** wies darauf hin, dass Wertungswidersprüche im Katalog unvermeidbar seien, etwa hinsichtlich der Fahndungs- und Ermittlungsmöglichkeiten.

Herr Dr. **Müller** betonte, dass es um Delikte gehe, bei denen Kommunikation das typische Tatmittel sei. Auf Nachfrage von Herrn Prof. Dr. König erklärte Herr Dr. Müller, dass noch zu überlegen sei, ob eine Generalklausel oder ein entsprechender Katalog formuliert werden solle.

Herr Dr. **Krauß** stimmte zu, dass die Anwendung des § 100a StPO kompliziert sei. Dies sei aber den weiteren Voraussetzungen der Regelung und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geschuldet und liege nicht an dem Katalog.

Herr Prof. Dr. **Radtke** trug vor, dass es bei einer gesetzlichen Ausgestaltung wie bei der Quellen-TKÜ entscheidend auf die Reichweite des Grundrechtseingriffs ankomme. Dafür seien aber auch andere Voraussetzungen entscheidend, so dass man entsprechende Leitlinien formulieren könne, zumal es hier um gleiche Grundrechtseingriffe gehe. Der Vorschlag beinhalte zwei Leitlinien für § 100a StPO: Zum einen solle eine Orientierung an der „Schwere“ des Delikts erfolgen. Hierbei könne auf die Unterscheidung von Vergehen und Verbrechen zurückgegriffen werden. Das zweite Kriterium solle sich an der Art der Begehung orientieren.

### c) Meinungsbild

Die Frage, ob auf Basis der Vorschläge ein Anlass bestehe, die Vorschrift des § 100a StPO hinsichtlich der beiden Aspekte, die Prof. Dr. Radtke ausgeführt habe, entsprechend zu ändern, wurde von sieben Mitgliedern befürwortet, sieben Mitglieder stimmten dagegen und es gab eine Enthaltung.

----- 2. Sitzungstag – 14. Juli 2015 -----

#### **4. Beratungen zum „Vollstreckungsverfahren“: Zuständigkeitskonzentration bei der großen Strafvollstreckungskammer (§ 78b GVG)**

##### **a) Gutachten**

Herr **Holten** stellte sein Gutachten zum Thema „Zuständigkeitskonzentration bei der großen Strafvollstreckungskammer (§78b GVG)“ vor. Das Thema sei bereits mehrfach im Rahmen von Gesetzesvorhaben behandelt worden. Es gehe um das Strafvollstreckungsrecht, wenn gegenüber einem Verurteilten neben einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherheitsverwahrung auch eine oder mehrere zeitige Freiheitsstrafen zu vollstrecken seien.

Für die gleichzeitig erfolgende Entscheidung über eine Strafaussetzung zur Bewährung nach Unterbrechung der Vollstreckung aller Freiheitsstrafen bestimme § 78b GVG unterschiedliche Zuständigkeiten. Über die Aussetzung des Restes der lebenslangen Freiheitsstrafe habe die („große“) Strafvollstreckungskammer in der Besetzung mit drei Berufsrichtern zu entscheiden und sofern es um die Aussetzung der zeitigen Freiheitsstrafe gehe, müsse darüber die mit einem Einzelrichter besetzte („kleine“) Strafvollstreckungskammer entscheiden. Somit gebe es zwei Aussetzungsverfahren, die parallel verliefen. Hierdurch entstehe ein erhöhter Verwaltungsaufwand, da zwei Beschlüsse zu verfassen und zuzustellen seien. In der Regel erfolgten auch zwei getrennte Anhörungstermine. Wenn eine Begutachtung durch einen Sachverständigen erforderlich sei, sei es denkbar, dass diese unter Umständen ebenfalls doppelt erfolge. Neben dem Mehraufwand bestehe die Gefahr, dass zwei unterschiedliche Entscheidungen getroffen werden, da beide Kammern unabhängig voneinander entscheiden könnten.

Das Problem könne dadurch gelöst werden, dass die große Strafvollstreckungskammer im Falle des Zusammentreffens über die Aussetzung der Vollstreckung aller Freiheitsstrafen und der Maßregel zu entscheiden habe. Das Aussetzungsverfahren könne so abgekürzt und

Ressourcen gespart werden. Die Anregung zu dem ersten Gesetzentwurf im Jahr 2006 sei seitens der Praxis erfolgt. Der Gesetzentwurf sei dann der Diskontinuität anheimgefallen. Das gleiche Schicksal habe den zweiten Gesetzentwurf ereilt. Das Bundesministerium der Justiz und der Strafrechtausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hätten die Gesetzentwürfe unterstützt. Daher werde nun erneut vorgeschlagen, § 78b Absatz 1 Nummer 1 GVG dahin zu ergänzen, dass im Ergebnis die große Strafvollstreckungskammer im Ganzen entscheiden könne.

### **b) Diskussion**

Herr Dr. **Mutzbauer** unterstützte den Vorschlag von Herrn Holten. Er verwies darauf, dass es in der StPO einige Stellen gebe, bei denen ähnliche Probleme bestünden, etwa bei der PKH-Entscheidung für den Nebenkläger oder im Adhäsionsverfahren. Daher werde angeregt, bei dem Entwurf von Regelungen generell darauf zu achten, die Entscheidungszuständigkeit bei einer Stelle zu konzentrieren. Rechtsstaatliche Verluste seien hierdurch nicht zu befürchten.

### **c) Meinungsbild**

Der Vorschlag, § 78b Absatz 1 Nummer 1 GVG entsprechend zu ändern, wurde einstimmig unterstützt.

## **5. Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Antrag des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers**

### **a) Gutachten**

Herr **Thiele** stellte sein Gutachten zum Thema „Zuständigkeit für die Entscheidung über einen Antrag des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers - Korrektur des § 141 Absatz 4 StPO“ vor. Bei seinem Gutachterauftrag sei er davon ausgegangen, dass die Expertenkommission die Schaffung eines Antragsrechts des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers empfehlen werde.

Durch das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 14. März 2013 (BT-Drs. 17/6261) sei die heutige Fassung des § 141 StPO geschaffen worden. Dabei sei der Grundsatz geblieben, dass die Bestellung des Pflichtverteidigers durch den Vor-

sitzenden des Gerichtes erfolge, das für die Hauptverhandlung zuständig sei. Das StORMG habe die gesetzliche Zuständigkeit für die Beiordnung eines Pflichtverteidigers aber auf den Ermittlungsrichter erweitert, wenn die Staatsanwaltschaft dort eine richterliche Vernehmung nach § 162 Absatz 1 Satz 1 oder Satz 3 StPO beantrage und sie eine Entscheidung durch den Ermittlungsrichter zur Beschleunigung des Verfahrens für erforderlich halte. Damit solle die Anberaumung richterlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren erleichtert und Verzögerungen vermieden werden, die entstehen könnten, wenn vor der ermittelungsrichterlichen Vernehmung zunächst noch das für das Hauptverfahren zuständige Gericht befasst werden müsse. Er schlage vor, die Regelung noch weiter zu fassen und eine umfassendere Zuständigkeitsregelung zugunsten des Ermittlungsrichters zur Bestellung eines Pflichtverteidigers bei alle Anträgen der Staatsanwaltschaft zu schaffen, mit denen eine richterliche Handlung im Ermittlungsverfahren begehrt werde. Eine Prüfung der Eilbedürftigkeit sei dann nicht mehr erforderlich. Im Ergebnis bleibe die Möglichkeit, dass verschiedene Gerichte beauftragt werden könnten, über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu entscheiden. Das sei vorteilhaft, weil ansonsten durch eine Konzentration der Bescheidung über die Pflichtverteidigerbestellung eine Begrenzung der Auswahl der Pflichtverteidiger zu befürchten sei.

Herr **Wenske** präsentierte sein Gutachten zum Thema „In wessen Zuständigkeit sollte die Entscheidung über einen – de lege ferenda möglicherweise zu begründenden – Antrag des Beschuldigten auf Bestellung eines notwendigen Verteidigers fallen?“.

In der ursprünglichen Kontroverse habe er sich bei der Frage, wer für die Beiordnungsentscheidung zuständig sein solle, für den gesetzlichen Grundsatz eingesetzt, dass das Gericht der Hauptsache zuständig sein solle. Er sei damals der Meinung gewesen, dass die bestehenden gesetzlichen Ausnahmen nicht weiter ausgeweitet werden sollten. Das Gericht, das für das Hauptverfahren zuständig sei, habe den Vorteil, abschätzen zu können, welche Verfahren demnächst verhandelt werden würden. Durch die Vorbefassungsregel in den Geschäftsverteilungsplänen der Gerichte sei es - jedenfalls in Hamburg - üblich, dass ein Gericht, das eine Entscheidung im Ermittlungsverfahren getroffen habe, auch später mit der Sache erfasst werde. Zudem sei es zumindest in großstädtischen Amtsgerichten üblich, dass dem Ermittlungsrichter regelmäßig ein Dezernat mit ausschließlich ermittelungsrichterlichen Aufgaben zugewiesen sei. Gerade in sehr spezifischen Fragen wie der Anordnung von Telekommunikationsüberwachungen sei dies auch vorteilhaft, weil dann entsprechendes Spezialwissen vor-

handen sei. Dadurch gehe diesen Richter andererseits jedoch die Erfahrung einer Hauptverhandlung verloren. Deshalb habe er sich dafür eingesetzt, die Ausnahmen hinsichtlich der Zuständigkeit der Beiordnungsentscheidung nicht zu erweitern.

Allerdings habe sich seine Sicht geändert. Ermittlungsrichter würden auch über tatrichterliche Erfahrung verfügen. Besser sei es, weder dem Ermittlungsrichter noch dem für ein Hauptverfahren zuständigen Richter eine bevorzugte Zuständigkeit zuzuschreiben. Für eine grundsätzliche Zuständigkeit des Ermittlungsrichters könne sprechen, dass auf diese Weise etwa der Vorwurf verhindert werden könne, der in der Sache entscheidende Richter ordne sich einen „passenden“ Verteidiger bei. Wie Herr Dr. Mutzbauer bereits angedeutet habe, sei es sinnvoll, über eine einheitliche Regelung für die gesamte StPO nachzudenken. Somit könnten zahlreiche Verfahrensverzögerungen vermieden werden.

Er regte an, dass zumindest im Grundsatz dem Ermittlungsrichter die Zuständigkeit zugesprochen werden solle. Gerade in Flächenstaaten mit der dortigen Notwendigkeit, die Akten zu versenden, könne Zeit gespart werden. Ferner schlage er vor, eine entsprechende Zuständigkeit des Ermittlungsrichters auch für die Anordnung einer Wohnraumüberwachung nach § 100d StPO einzuführen. Es sei verfassungsrechtlich nicht geboten, dass die Entscheidung durch ein Kollegialorgan erfolge. Wenn dem Beschuldigten ein Antragsrecht auf Beiordnung zuerkannt werde und andererseits die derzeitige Zuständigkeitsregelung beibehalten werden solle, müsse sich die Kommission noch eine Meinung dazu bilden, wie der Antrag prozessual zu werten sei. Ein entsprechender Antrag des Beschuldigten könne nicht mit einem Antrag der Staatsanwaltschaft gleichgestellt werden, da etwa hinsichtlich der Zuständigkeit für letzteren die Auffassung des Antragstellers entscheidend sei, ob das Verfahren vor dem Amtsgericht oder Landgericht verhandelt werde. Der Antrag solle eine Bewirkungshandlung sein, die die Staatsanwaltschaft dazu verpflichte, einen Antrag bei dem nach ihrer Einschätzung für das Hauptverfahren zuständigen Gericht zu stellen.

## **b) Diskussion**

Herr Dr. **Gebauer** betonte, dass aus jugendstrafverfahrensrechtlicher Sicht eine deutliche Sympathie dafür bestehe, die Entscheidung dem Ermittlungsrichter zu überlassen. Er verwies auf die EU-Richtlinie über Verfahrensgarantien für Kinder im Strafverfahren. Dort sei eine erhebliche Ausweitung der Pflichtverteidigung vorgesehen. Auch wenn diese Richtlinie noch nicht abschließend verhandelt sei, werde es zu einer Ausweitung der Pflichtverteidigung

kommen, im Extremfall so, dass etwa bei jeder Vernehmung ein Verteidiger beizuordnen sein werde.

Herr Dr. **Isak** verwies darauf, dass er sich schon in der früheren Diskussion über das Antragsrecht des Beschuldigten dafür einsetzt habe, dass der Ermittlungsrichter generell für die Beiordnungsentscheidung im Ermittlungsverfahren zuständig sein solle. Aus der Praxis in Karlsruhe kenne er keine Vorbefassungsregelung bei den Gerichten. Es sei im Gegenteil regelmäßig üblich, dass zwei unterschiedliche Richter mit der Pflichtverteidigerbestellung und der späteren Anklage befasst werden würden. Ansonsten unterstütze er die Ausführungen von Herrn Wenske, warum der Ermittlungsrichter mit der Entscheidung befasst werden sollte. Er bezweifle, dass das Risiko bestehe, dass es zu einer Begrenzung der Auswahl an Verteidigern kommen werde, vor allem wenn es ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten gebe, da der gewählte Verteidiger in der Regel bestellt werden dürfte.

Herr Prof. Dr. **Jahn** bestätigte die Ausführungen von Herrn Dr. Isak zur gerichtlichen Geschäftsverteilung. Es sei üblich, dass eine Verteilung der Beiordnungsanträge nach dem Turnussystem erfolge. Daher sei es oft Zufall, ob der Richter, der über die Beiordnung entschieden habe, auch mit der späteren Anklage befasst werde. Damit überzeuge das Argument, dass durch eine vorherige Befassung Ressourcen gespart werden könnten, nicht mehr. Ferner spreche für die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters eine empirische Untersuchung. In einer Umfrage seien 2000 Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern im Auftrag der AG Strafrecht des DAV nach ihrer Erfahrung mit der Anwendung des § 140 Absatz 1 Nummer 4 StPO in der Praxis befragt worden. Eine Frage hätte die Erfahrung mit unterschiedlichen Zuständigkeiten zum Inhalt gehabt, da das Gesetz in den Fällen des § 140 Absatz 1 Nummer 4 StPO die Zuständigkeit nicht vollständig auf den Ermittlungsrichter übertrage. In den Fällen des § 275a StPO bleibe die Strafkammer zuständig. Nach der Einschätzung der Befragten sei kein signifikanter Unterschied bei der Behandlung der Pflichtverteidigerbestellung festzustellen. Darüber hinaus sei festgestellt worden, dass eher die Strafkammer als die Ermittlungsrichter nur eine begrenztere Auswahl von Pflichtverteidigern beiordne. Damit biete die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters sogar eine bessere Gewähr für eine unabhängigere Auswahl des Pflichtverteidigers.

Herr Prof. Dr. **Esser** unterstütze ebenfalls den Vorschlag, die Zuständigkeit auf den Ermittlungsrichter zu verlagern. Er erinnerte daran, dass die derzeitige Rechtslage gegen Artikel 13 EMRK verstoße, wonach jedes Recht der EMRK durch einen wirksamen Rechtsbehelf eingefordert werden können müsse. Die Wirksamkeit sei in diesem Zusammenhang aus Sicht des Beschuldigten zu beurteilen. Diese sei allerdings nicht gegeben, wenn die Staatsanwaltschaft zur Antragsstellung dazwischen geschaltet werde. Erforderlich nach der EMRK sei ein eigenes effektives Recht des Beschuldigten, mit welchem er sich an eine unabhängige Stelle wenden könne. Nach unserem innerstaatlichen Verständnis könne dies nur ein Richter sein.

Herr Dr. **Müller** verwies darauf, dass es zunächst um die Frage gehe, ob ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliege und dass erst im Anschluss die Frage zu klären sei, wer darüber zu entscheiden habe. Die Beurteilung dieser Frage könne ohne weiteres durch einen Ermittlungsrichter erfolgen. Er berichtete von seiner Erfahrung mit Geschäftsverteilungsplänen. Vorbefassungsregeln funktionierten nicht ohne Probleme. Daher könne der Ermittlungsrichter die Entscheidung über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers treffen. Zudem solle man die Sphären des Ermittlungsrichters und des Gerichts der Hauptsache nicht trennen, da auch hier eine Kommunikation statfinde und man sich gerade über die Verteidigerleistung austausche. Schließlich widersprach er dem entstandenen Eindruck, dass Richter „angenehme“ Verteidiger bevorzugen würden. Dies treffe seiner Erfahrung nach nicht zu. Im Ergebnis sei dem Vorschlag auch auf Grund des Beschleunigungsgrundsatzes zuzustimmen. Dies gelte auch hinsichtlich der Anordnung der Wohnraumüberwachung. Die Entscheidung eines Kollegialorgan sei hier nicht qualitativ besser sei als die eines Ermittlungsrichters.

Herr **Thiele** führte aus, dass nach § 162 StPO derjenige Ermittlungsrichter sei, der beim Sitz der Staatsanwaltschaft tätig sei. Das bedeute eine Konzentration der Pflichtverteidigerauswahl nach den Standorten der Staatsanwaltschaften. Problematisch sei dies in Flächenstaaten, da die vor den Amtsgerichten bestellten Pflichtverteidiger nicht ohne weiteres bei den Landgerichten bekannt seien, bei denen die Staatsanwälte ihren Sitz habe. Darüber hinaus könne es aus Verteidigersicht aufschlussreich sein, was die Staatsanwaltschaft als Gericht der Hauptsache ansehe. Praktisch sinnvoll sei eine Konzentration der Ermittlungsrichter beim Sitz der Staatsanwaltschaft, allerdings sei dann eine Verfahrensregelung hinsichtlich der Beiordnung von Pflichtverteidigern notwendig. Ansonsten verbliebe nur ein kleiner Kreis von

potenziellen Pflichtverteidigern. Bezogen auf die Argumentation von Herrn Dr. Gebauer sei die Situation bei Jugendstrafsachen spezieller, da dort nicht der allgemeine Ermittlungsrichter sondern der Jugendrichter zuständig sei. Aber auch hier bestehe eine Abhängigkeit vom Sitz der Staatsanwaltschaft, so dass ebenfalls eine gewisse Distanz bestehe. Das bedeute, dass etwa ein Jugendrichter über die Anordnung von Untersuchungshaft entscheiden müsse, der den Jugendlichen oder Heranwachsenden ansonsten nicht kenne. Diese Situation werde bereits kritisiert und müsse bei der Diskussion berücksichtigt werden.

Herr Dr. **Krauß** berichtete aus seiner Erfahrung, wonach in den meisten Fällen schon vor Vollstreckung des Haftbefehls die von den Beschuldigten gewählten Verteidiger hinzugezogen werden würden. Daher trete die Eingrenzung der Pflichtverteidigerauswahl als Argument eher in den Hintergrund.

Herr Dr. **Mutzbauer** schloss sich dieser Ansicht an. Aus seiner Zeit als Ermittlungsrichter gerade in den Verfahren, die der GBA betreibe, sei es üblich, dass der Beschuldigte sich nicht in Karlsruhe befinde und er auch nicht in einer Haftanstalt in der Nähe von Karlsruhe einsitze. Daher sei es erforderlich, dass ein Verteidiger in Karlsruhe bestellt werde und ein anderer am Ort der Haftanstalt. Dem Problem könne man begegnen, indem ein Verteidigerwechsel vereinfacht werde. Grundsätzlich sei es zu befürworten, die Zuständigkeit auf den Ermittlungsrichter zu übertragen. Allerdings könne man das Gericht der Hauptsache nicht vollständig ausschließen. Es gebe Fälle, in denen etwa erst nach Anklageerhebung ein Pflichtverteidiger erforderlich werde. Hier müsse schon das Gericht der Hauptsache zuständig sein. Eine entsprechende Regel müsse daher an § 126 Absatz 1 und Absatz 2 StPO anknüpfen, so dass vor Erhebung der Anklage der Ermittlungsrichter und nach Erhebung der Anklage das Gericht der Hauptsache zuständig sei. Ansonsten unterstütze er auch das Antragsrecht des Beschuldigten.

Herr Prof. Dr. **König** war der Ansicht, dass die Frage, welcher Verteidiger gewählt werde solle, von der Frage, welcher Richter zuständig sein soll, zu trennen sei. Die Bedenken von Herrn Thiele hinsichtlich der begrenzten Pflichtverteidigerauswahl betreffen ein anderes Problem. Es gehe hier um die Erleichterung des Pflichtverteidigerwechsels, vor allem im Zu-

sammenhang mit der notwendigen Verteidigung bei vollzogener Untersuchungshaft. Auf Grund der Notwendigkeit, dass schnell ein Verteidiger zur Verfügung stehen solle, habe die Anwaltschaft vorgeschlagen, eine Regelung zu treffen, wonach eine Art „Notanwalt“ am Anfang ohne weiteres zur Verfügung stehen solle, der später bei Bedarf aber ausgetauscht werden könne. Diese Frage könne etwa gebührenrechtlich gelöst werden. Bei der Frage der Zuständigkeit für die Beiordnung von Pflichtverteidigern im Ermittlungsverfahren würden die besseren Argumente für die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters sprechen.

Frau **Graf-Schlicker** fasste zusammen, dass der Vorschlag, den Ermittlungsrichter für zuständig zu erklären, überwiegend unterstützt werde. Die Frage sei lediglich, ob der Ermittlungsrichter ausschließlich oder neben dem Gericht der Hauptsache zuständig sein solle. Außerdem sei für den Fall, dass die Expertenkommission sich für ein Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers ausspreche, zu klären, ob es sich um einen Antrag im prozessualen Sinne handele oder er nur bewirken könne, dass die Staatsanwaltschaft einen solchen stellen müsse.

Herr Prof. Dr. **Esser** verwies darauf, dass bereits in der Novembersitzung die Frage diskutiert worden sei, ob es ein Antragsrechts des Beschuldigten geben solle. In der jetzigen Diskussion gehe es nur noch darum, wie das Antragsrecht prozessual umgesetzt werden solle. Sein Einwand bezüglich Artikel 13 EMRK habe sich darauf bezogen, dass der Beschuldigte sein Antragsrecht prozessual selbst ohne die Hilfe des Staatsanwaltes müsse durchsetzen können.

Herr **Thiele** sprach sich für die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft aus, weil sich die Akte im Ermittlungsverfahren dort befinde. Die Staatsanwaltschaft müsse den Antrag dann beschleunigt dem entsprechenden Richter vorlegen. Herrn Wenske sei insoweit zuzustimmen als die Staatsanwaltschaft verpflichtet sei, den Antrag weiterzuleiten. Wenn der Beschuldigte den Antrag bei Gericht stellen könne, würde dies zu organisatorischen Problemen führen.

Herr **Wenske** schlug vor, dass die Frage, welchen Charakter das Antragsrecht des Beschuldigten habe, zurückgestellt werden könne. Sofern der Ermittlungsrichter allein darüber zu entscheiden habe, sei sichergestellt, dass ein entsprechender Antrag des Beschuldigten prozessualen Charakter habe. Den Ausführungen von Herrn Dr. Mutzbauer, dass die Zuständig-

keit mit Erhebung der Anklage auf das Gericht der Hauptsache übergehen solle, stimmte Herr Wenske zu.

Herr **Caspari** sprach sich dafür aus, dass der Antrag bei der Staatsanwaltschaft gestellt werden müsse. Ansonsten müsse der Ermittlungsrichter die Übersendung der Akten und eine Stellungnahme der Staatsanwaltschaft anfordern. Auch um örtliche Zuständigkeitsprobleme zu vermeiden, sei es ratsam, dass der Beschuldigte zunächst einen Antrag bei der Staatsanwaltschaft stelle. Dabei handele es sich auch um die schnellere Variante.

Herr Prof. Dr. **Esser** bezweifelte die Effektivität des Vorschlags, wonach der Antrag des Beschuldigten bei der Staatsanwaltschaft gestellt werden muss. Es gehe um Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft den Antrag nicht stelle. In derartigen Fällen müsse sich der Beschuldigte selbst an einen Richter wenden können. Im Hinblick auf Artikel 13 EMRK sei es jedenfalls erforderlich, dass eine unabhängige Stelle entscheide.

Herr Prof. Dr. **König** stimmte Herrn Prof. Dr. Esser zu. Zudem gebe es auch andere Anträge wie den Haftprüfungsantrag, der beim Ermittlungsrichter und nicht bei der Staatsanwaltschaft gestellt werde. Die Akte könne sich auch in diesen Fällen bei der Staatsanwaltschaft befinden, so dass sie zunächst entsprechend angefordert werden müsse. Ein praktisches Problem werde daher nicht gesehen.

Herr **Wenske** wies darauf hin, dass der Ermittlungsrichter stets die Staatsanwaltschaft um Stellungnahme bitte. Es handle sich damit lediglich um eine Frage der Reihenfolge.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** teilte die Zweifel an dem Vorschlag, dass ein Antragsrecht des Beschuldigten nur über die Staatsanwaltschaft geltend gemacht werden könne. Es müsse die Möglichkeit bestehen, dass ein Bürger seinen Antrag bei Gericht stellen könne.

Herr Dr. **Krauß** wies darauf hin, dass eine Pflicht seitens der Staatsanwaltschaft bestehe, den Antrag weiterzuleiten. Der Ermittlungsrichter hingegen werde den Vorgang zuerst an die

Staatsanwaltschaft weiterleiten, so dass ein entsprechender Vorteil, den Antrag beim Ermittlungsrichter stellen zu können, nicht gesehen werde.

Herr **Wenske** war der Auffassung, dass keine Einschränkung des Rechtsschutzes vorliege, wenn der Antrag bei der Staatsanwaltschaft gestellt werden müsse.

Herr Dr. **Müller** betonte, dass das Antragsrecht auch dann ein originäres bleibe, wenn der Antrag zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers nur bei der Staatsanwaltschaft gestellt werden könne. Der Vorteil sei eine schnellere Bearbeitungsmöglichkeit. Das Problem sei, dass es keine originäre Zuständigkeit seitens des Ermittlungsrichters gebe. Dieser müsse durch die Staatsanwaltschaft mit der Sache befasst werden.

Herr Dr. **Isak** schlug vor, die Frage des primären Adressaten für den Antrag offen zu lassen, da es ausreiche, wenn sich die Kommission für ein eigenes Antragsrecht des Beschuldigten und für die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters für die Beiordnungsentscheidung des Pflichtverteidigers ausspreche.

Herr **Thiele** schlug als Kompromiss vor, dass der Antrag sowohl beim Ermittlungsrichter als auch beim Staatsanwalt gestellt werden könne.

Herr Prof. Dr. **Radtke** unterstütze den Vorschlag von Herrn Dr. Isak hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise, da die Frage, wo der Antrag gestellt werden könne, nicht von der Expertenkommission entschieden werden müsse.

Frau **Graf-Schlicker** fasste das Meinungsbild wie folgt zusammen: Der Vorschlag, dass der Ermittlungsrichter zuständig sein solle, habe überwiegend Zustimmung innerhalb der Expertenkommission erfahren. Auch der Vorschlag einer eigenen Antragsbefugnis des Beschuldigten zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers habe sich weiterhin als konsensfähig erwiesen. Die Frage, ob der Antrag bei der Staatsanwaltschaft oder beim Ermittlungsrichter gestellt werden müsse, solle dem Gesetzgeber überlassen werden, der die betreffenden systemati-

schen, konventionsrechtlichen und grundrechtlichen Aspekte selbstverständlich berücksichtigten werde.

Herr Prof. Dr. **Esser** wies abschließend noch einmal darauf hin, dass es wichtig sei, dass eine Entscheidung des Richters über den Antrag erfolge, ansonsten bestehe bereits ein entsprechendes Antragsrecht.

Herr Prof. Dr. **Jahn** betonte, dass es entscheidend sei, dem Beschuldigten nicht lediglich ein Antragsrecht zu gewähren, sondern auch ein Bescheidungsrecht. Gerade hinsichtlich des Bescheidungsrechts bestehe in der Literatur und in der Rechtsprechung Uneinigkeit, wobei die überwiegende Meinung ein Bescheidungsrecht ablehne. Das derzeit bestehende Antragsrecht werde gerade lediglich als Anregung zum Tätigwerden für den Staatsanwalt verstanden.

## **6. Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens**

### **a) Gutachten**

Herr Prof. Dr. **König** stellte sein Gutachten zum Thema „Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens“ vor. Es gehe ihm um eine mögliche Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens zugunsten des Verurteilten. Eine Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Angeklagten, wie zuletzt im Gesetzentwurf des Bundesrates zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts vom 30. Januar 2008 (BT-Drs.16/7957) vorgeschlagen, sei – wie auch Herr Prof. Dr. Radtke in seinem Gutachten ausführen werde – aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht möglich.

Grundsätzlich teile er das aktuell bestehende Unbehagen derjenigen Verteidigerkollegen, die sich in der Praxis intensiv mit dem Wiederaufnahmeverfahren beschäftigten. Das Problem sei, dass in den Fällen, in denen es um besonders schwere Vorwürfe gehe, derzeit lediglich eine Tatsacheninstanz vorgesehen sei. Es sei daher ein effektiveres Wiederaufnahmeverfahren als weitere Korrekturmöglichkeit für etwaige Fehlurteile erforderlich. Entsprechende

Überlegungen spiegelten sich auch in den Motiven zur Reichstrafprozessordnung wider. Das Wiederaufnahmeverfahren sei dort auch als Ersatz für die fehlende Berufungsinstanz gegen erstinstanzliche Urteile der Land- und Oberlandesgerichte gesehen worden.

Einzuräumen sei dabei, dass es sich nicht um einen grundsätzlichen Gedanken zum Wiederaufnahmeverfahren, da – worauf Herr Prof. Dr. Radtke zutreffend hinweise – die Wiederaufnahmemöglichkeit auch hinsichtlich der erstinstanzlichen Urteile der Amtsgerichte und hinsichtlich der Berufungsurteile bestehe. Derzeit bestehe in der Praxis Uneinigkeit darüber, ob eine Reform des Wiederaufnahmeverfahrens erforderlich sei. Der Gesetzgeber selbst habe in den Beratungen zum ersten Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) vom 9. Dezember 1974 eine Reform des Wiederaufnahmerechts für dringend geboten gehalten, diese aber damals bis zum Abschluss einer erforderlichen Rechtstatsachenforschung und Sachprüfung zurückgestellt. Eine entsprechende Prüfung sei zwar bis heute noch nicht erfolgt.

Allerdings schlage er auch keine grundlegende Reform des Wiederaufnahmerechts vor. Es gehe lediglich um einzelne folgende Punkte: Zum einen kritisiere er die seit langem bestehende Rechtsauffassung des BGH, wonach der Wiederaufnahmerichter bis zur Willkürgrenze an die Beurteilung der Beweisergebnisse durch das Erstgericht gebunden sei. Unberechtigt erscheine dies im Hinblick darauf, dass die Urteilsgründe gerade nicht in Rechtskraft erwachsen. Die Rechtsauffassung des BGH führe dazu, dass die Wiederaufnahmegerichte die vorgelegten neuen Tatsachen isoliert prüften und sie eliminieren würden, anstatt sie in eine neue autonome Gesamtschau einzustellen. In § 368 Absatz 1 StPO solle folgender zweite Satz angefügt werden: „Bei der Prüfung, ob das Beweismittel geeignet ist, ist das Gericht nicht an die Beweiswürdigung durch das Erstgericht gebunden.“

Ferner werde die zumeist fehlende Unterstützung der Wiederaufnahmebemühungen durch die Ermittlungsbehörden, namentlich die Staatsanwaltschaft, beklagt. Dieser ständen wirksamere Möglichkeiten zur Verfügung, Zeugenaussagen zu gewinnen oder auf asservierte Beweismittel zuzugreifen oder sachverständige Untersuchungen – etwa DNA-Profile – zu veranlassen. So werde die molekular-biologische Untersuchungsmethode dazu genutzt, um Erkenntnisse für die Aufklärung von Straftaten zu gewinnen, nicht jedoch um den Nachweis zu führen, dass ein rechtskräftig Verurteilter zu Unrecht verurteilt sei.

Die Behebung dieses Zustandes könne man erreichen, wenn man eine entsprechende Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Unterstützung des Antragsstellers im Wiederaufnah-

meverfahren gesetzlich normieren würde. Ein entsprechender Vorschlag sei auch bereits im Entwurf des 1. StVRG enthalten gewesen. Dieser habe zudem ein Rechtsmittel des Antragstellers für den Fall des Untätigbleibens der Staatsanwaltschaft vorgesehen. Der Vorschlag sei lediglich deswegen nicht umgesetzt worden, weil man davon ausgegangen sei, dass anschließend an einer größeren Reform des Wiederaufnahmerechts gearbeitet werde. Der Vorschlag könne nun wiederaufgenommen werden.

Ferner werde bemängelt, dass ein Richter, der einen Wiederaufnahmeantrag mit der Begründung als unzulässig verworfen habe, der Antrag habe kein geeignetes Beweismittel angeführt (§ 368 Abs. 1 StPO) nicht vom weiteren Verfahren ausgeschlossen sei, wenn der Antrag auf die Beschwerde des Antragstellers hin für zulässig erklärt werde. Das Problem sei, dass dieser Richter sich in einer Weise festgelegt habe, die zumindest die Besorgnis der Befangenheit aus Sicht des Antragsstellers begründe. Auch mit diesem Gedanke hätten sich die Verfasser des Regierungsentwurfs für das 1. StVRG beschäftigt. Es sei ein entsprechender Vorschlag in § 372 Absatz 2 StPO–E eingeflossen. Aus nicht nachvollziehbaren Gründen sei dieser Vorschlag jedoch nicht weiter behandelt worden.

Erforderlich erscheine auch die Erweiterung der Möglichkeiten zur sogenannten Strafmaßwiederaufnahme. Derzeit werde eine Wiederaufnahme mit dem Ziel einer Strafmilderung nur dann für zulässig gehalten, wenn der Antragsteller die Anwendung eines „anderen Strafgesetzes“ anstrebe. Dieser Begriff werde in der Rechtsprechung nicht einheitlich ausgelegt. Der Gesetzgeber habe bei der Schaffung der RStPO die Überlegung zu Grunde gelegt, dass die Strafzumessung eine weitgehend dem Ermessen des Richters überlassene Tätigkeit sei. Diese Auffassung sei aus unterschiedlichen Gründen heute nicht mehr zutreffend. Auf Grund der weitgehenden rechtlichen Determinierung des Zumessungsvorganges müsse darüber nachgedacht werden, die Strafmaßwiederaufnahme in einem umfangreicheren Maße zuzulassen.

Hierzu habe die SPD – Bundestagsfraktion bereits im Jahre 1996 einen Gesetzentwurf vorgelegt, mit dem eine entsprechende Reform des Wiederaufnahmerechts vorgeschlagen worden sei. Die Wiederaufnahme sollte danach möglich sein, wenn bei zutreffender Tatsachengrundlage ein Strafmaß hätte verhängt werden müssen, das mit dem tatsächlich verhängten in einem solchen Missverhältnis stehe, dass eine Aufrechterhaltung des Strafmaßes für das Rechtsgefühl der Allgemeinheit unerträglich wäre. Der dahinterstehende Gedanke entspreche dem, der bereits heute eine Wiederaufnahme im Bereich der Maßregel ermögliche.

Kritisiert werde außerdem das Fehlen einer Pflicht zur Divergenzvorlage an den BGH für Beschlüsse der obergerichtlichen Wiederaufnahmeinstanzen, die zu einer Vereinheitlichung der Rechtsanwendungspraxis im Wiederaufnahmeverfahren führen würde. Zumindest sei darüber nachzudenken, letztere durch eine Ergänzung des § 121 Absatz 2 Nummer 3 GVG einzuführen.

Dass schließlich auch die audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung im Erkenntnisverfahren für das Wiederaufnahmeverfahren einen wesentlichen Gewinn darstellen würde, müsse nicht weiter ausgeführt werden. Die in verschiedenen Stellungnahmen geäußerte Kritik an der weitreichenden Zulassung einer Beweisantizipation im Additionsverfahren vor der Beweiserhebung im Probationsverfahren und der unklare Beweismaßstab in Bezug auf den Grad der Wahrscheinlichkeit eines günstigen neuen Prozessergebnisses stellten zudem weitere und noch grundlegendere Probleme dar, die bei einer größeren Reform zu berücksichtigen sei. Hierzu könne man lediglich grundsätzlich dafür oder dagegen votieren, jedoch angesichts der zeitlichen Vorgaben für den Abschlussbericht der Expertenkommission nicht ins Detail gehen.

Anschließend präsentierte Herr Prof. Dr. **Radtke** sein Gutachten zum Thema „Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens“. Hinsichtlich der Berufungersatzfunktion habe bereits Herr Prof. Dr. König erklärt, welche Vorstellungen der historische Gesetzgeber mit den geschaffenen Regelungen verbunden habe. Die Berufungersatzfunktion stelle lediglich einen Teilaspekt des Wiederaufnahmeverfahrens dar und dies auch nur bei Verfahren, bei denen lediglich eine Tatsacheninstanz gegeben sei. Grund sei gewesen, dass die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer fehlerhaften Sachverhaltsaufklärung und damit zu einer ungerechten Entscheidung kommen könne, bei nur einer Tatsacheninstanz höher eingeschätzt worden sei.

Jedoch relativiere sich die Notwendigkeit einer Wiederaufnahme propta nova zugunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund, dass bei der revisionsgerichtlichen Überprüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung die Kontrolldichte nach und nach immer mehr zugenommen habe. Im Rahmen dessen werde von den Tatrichtern erwartet, dass sie in einer intersubjektiven nachvollziehbaren Weise erklären, warum sie zu einer bestimmten Überzeugung gelangt seien.

Wenn die Wiederaufnahme dazu dienen solle, ein materiell fehlerhaftes Urteil zu korrigieren, müssten zwei Dinge berücksichtigt werden: Zum einen sei ungewiss, ob bestehende Zweifel

an der materiellen Richtigkeit des ersten Urteils auch begründet seien. Zum anderen sei es auch dann, wenn Zweifel an der Richtigkeit des ersten Urteils aufkämen, fraglich, ob es in einem zweiten Verfahren gelingen werde, zu besseren Erkenntnissen zu kommen. Tendenziell müsse davon ausgegangen werden, dass auf Grund der hohen Bedeutung des Personalbeweises im Strafverfahren sich die Chancen für eine bessere Sachverhaltsaufklärung in einem zweiten weitaus späteren Verfahren reduzierten und nicht erhöhten, auch wenn es hierzu gegenteilige Einzelfälle geben möge. Wenn man diese Ausgangslage akzeptiere, sei die Frage, ob das geltende Wiederaufnahmerecht die entsprechende Situation nicht eigentlich gut erfasse.

Die hohen Zulässigkeitsvoraussetzungen seien gerade in Hinblick darauf wichtig, dass aus Gründen der Rechtssicherheit die Zweifel an dem vorliegenden rechtskräftigen Urteil begründet sein müssen. Er stelle in Frage, dass es rechtspolitisch richtig sei, die Zulässigkeitsanforderungen für das Wiederaufnahmeverfahren zu senken. Im Grundsatz sei es auch zutreffend, dass die neuen Tatsachen im Lichte der Beweiswürdigung des Tatrichters betrachtet werden würden. Aufgabe des Wiederaufnahmeverfahrens sei es, Fehler in der Tatsachenfeststellung und nicht Subsumtionsfehler zu korrigieren.

Derzeit könne die Expertenkommission vor allem auch keine Lockerung des Wiederaufnahmeverfahrens empfehlen, da es noch nicht absehbar sei, wie sich die audiovisuelle Dokumentation auf die revisionsrechtliche Kontrolldichte auswirken werde. Abschließend träfen die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. König zu, dass zu wenige Erkenntnisse über das Fehlurteil vorliegen. Dabei könne weder die Rechtsprechung noch die Wissenschaft genau bestimmen, was ein Fehlurteil ausmache. Man könne sich darauf einigen, dass es vorliege, wenn auf Grund einer fehlerhaften Sachverhaltsaufklärung ein Urteil materiell falsch sei. Wenn man sich darauf einigen würde, könnte man klären, wie viele Fehlurteile tatsächlich gefällt werden würden. Fraglich seien dann noch die Auswirkungen einer fehlerhaften Sachverhaltsaufklärung auf das Strafmaß. Das Thema sei insgesamt so umfassend und durch keinerlei valide Untersuchungen erhellt, dass es nicht möglich sei, entsprechende Änderungen vorzuschlagen.

## b) Diskussion

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** unterstützte die Vorschläge von Herrn Prof. Dr. König. Es gebe zwar tatsächlich wenige Erkenntnisse über Fehlurteile, aber die bekannten Erfahrungen seien er-

schütternd. Nach *Peters* gebe es gerade so wenige Erkenntnisse, weil es so wenige Wiederaufnahmeverfahren gebe. Nur durch Wiederaufnahmeverfahren ließen sich entsprechende Beispiele für Fehlurteile finden. Es gebe einige Untersuchungen zum Thema „Fehlurteile“, etwa von *Ahlsberg*, *Hirschberg* und *Peters*. In ihnen zeichneten sich gewisse Fehlergruppen ab, zum Beispiel dass Geständnissen, Zeugenaussagen oder Sachverständigengutachten geglaubt wurden, die sich später als falsch herausgestellt hätten. Wenn es zu einer entsprechenden Wiederaufnahme komme, seien diese Fälle erschütternd, wie etwa jüngst der Fall des Bauers Rupp. In einem solchen Fall könne auch die Überprüfung der Beweiswürdigung nicht helfen. Die Überzeugung von der Richtigkeit eines Geständnisses oder einer Zeugenaussage sei nicht angreifbar und müsse auch nur begrenzt vom Richter dargestellt werden. Dieser Erkenntnis dürfe man sich nicht verschließen. Ein entsprechender Änderungsbedarf bestehe bereits aktuell.

Herr **Schmengler** lehnte ein Bedürfnis zur Änderung des Wiederaufnahmeverfahrens ab. Er schloss sich den Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Radtke an, der diesbezüglich alles zutreffend dargelegt habe. Hinsichtlich der von Herrn Prof. Dr. Dr. Ignor angesprochenen Würdigung von Zeugenaussagen reiche die revisionsrechtliche Kontrolldichte aus, um entsprechende Fehlurteile zu vermeiden.

Herr Dr. **Müller** vertrat die Ansicht, dass es durchaus zu Fehlurteilen kommen könne, auch wenn die Kontrolldichte erhöht worden seien. Insgesamt sei es selbstverständlich am besten, wenn erst gar keine Fehlurteile zustande kämen. Allerdings lasse sich dies nie ganz ausschließen. Auch wenn in beiden Gutachten die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten ausgeklammert sei, gebe es dennoch ein gewisses Bedürfnis dafür, diese auch in den Blick zu nehmen. Wenn man die Wiederaufnahme reformieren wolle, solle man das gesamte Verfahren überprüfen und sich nicht lediglich auf die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten konzentrieren.

Er kritisierte, dass das im damaligen Gesetzgebungsverfahren im Hinblick auf § 364c StPO-E abgegebene Versprechen, statt der Statuierung einer Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Unterstützung des Antragstellers bei der Beweisbeschaffung eine Absenkung der Zulässigkeitsanforderungen für einen Wiederaufnahmeantrag vorzunehmen, nicht eingelöst worden sei.

Eine Absenkung sei aber auch in beide Richtungen möglich. So seien etwa die „neuen“ Möglichkeiten der DNA-Untersuchung für beide Fälle der Wiederaufnahme relevant.

Frau **Graf-Schlicker** stellte klar, dass die gesetzliche Möglichkeit der Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten in Hinblick auf neue Erkenntnisse aus DNA-Analysen sehr gründlich geprüft worden sei. Es gebe für eine solche Änderung erhebliche verfassungsrechtliche Hürden. Ferner sei die Frage untersucht worden, ob die neueren Erkenntnisse auch neue Beweismittel darstellen würden. In Gesprächen mit Gerichtsmedizinern und anderen Personen, die sich mit der DNA-Untersuchung intensiv beschäftigten, hätten diese sehr plausibel dargelegt, dass es sich nicht um ein neues Beweismittel handele, sondern lediglich um eine Verfeinerung einer bereits bekannten Untersuchungsmethode. Daher gebe es nur eine sehr beschränkte Möglichkeit, in diesem Bereich die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten zu erweitern.

Herr Dr. **Meyer** stimmte Herrn Prof. Dr. Radtke in dem Ausgangspunkt zu, dass sich die Regelungen zum Wiederaufnahmeverfahren im Grundsatz bewährt hatten. Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit seien hier zu einem sachgerechten Ausgleich gebracht. Zu diesem Ergebnis sei auch die Konferenz der Justizministerinnen und -minister im Jahr 2013 gekommen. Ansonsten seien Aspekte des Opferschutzes und der begrenzten Ressourcen der Justiz zu berücksichtigen. Hinsichtlich des Vorschlags, dass die Staatsanwaltschaft das Wiederaufnahmebegehren im Hinblick auf die Beweissammlung unterstützen solle, gebe er folgenden Absatz aus der betreffenden Bundestagsdrucksache (BT-Drs. 7/2774, Seite 3) zu bedenken: *„Es ist ferner davon auszugehen, daß die Staatsanwaltschaft schon heute in begründeten Fällen die erforderliche Ermittlungshilfe leistet. Die in dem Gesetzesbeschluß vorgesehene Regelung dürfte aber darüber hinaus zu zahlreichen unbegründeten Anträgen auf Ermittlungshilfe Anlaß geben, die den Geschäftsverkehr der Staatsanwaltschaften in unverträglichem Maße belasten müßten. Ist dem Verurteilten nach § 364 b ein Verteidiger bestellt, so wäre die Staatsanwaltschaft wegen der in § 364 c Abs. 1 Satz 2 enthaltenen Bindungsklausel verpflichtet, allen nur denkbaren Ermittlungsanträgen des Verteidigers nachzugehen, wenn diese Ermittlungen, was sehr häufig der Fall sein dürfte, von dem Verurteilten oder seinem Verteidiger nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten angestellt werden können. Lehnt die Staatsanwaltschaft einen völlig aussichtslosen Beweisermittlungsantrag ab, so*

*könnte sich jedesmal das umständliche Verfahren nach den §§ 171 ff. StPO anschließen, und zwar auch dann noch, wenn die Staatsanwaltschaft bereits mehreren anderen Anträgen des Verteidigers nachgegangen war. Bei der großen Anzahl von Wiederaufnahmebegehren muß die vorgesehene Regelung zu Personalanforderungen führen, denen die Justiz aufgrund der derzeitigen Haushaltslage nicht entsprechen kann; eine Gefährdung der Erfüllung der staatsanwaltschaftlichen Aufgaben auf dem Gebiet der Strafverfolgung kann unter diesen Voraussetzungen nicht ausgeschlossen werden.*“ Diese Aspekte würden unverändert gelten. Bezüglich des Vorschlags, Richter auf Grund der Besorgnis der Befangenheit auszuschließen, solle man darauf vertrauen, dass die Richter offen für neue Erkenntnisse seien. Im Fall des Bauern Rupp habe es etwa funktioniert. Hinsichtlich der Erweiterung der Möglichkeit zur sog. Strafmaßwiederaufnahme sei es richtig, dass die Regelungstechnik nicht überzeugen könne. Hierbei seien auch Fragen der Täterschaft und Teilnahme relevant. Besser sei es, im materiellen Recht die Regelungstechnik zu überdenken. Den Vorschlag, eine Divergenzvorlage einzuführen, um die Rechtsanwendungspraxis in Wiederaufnahmeverfahren zu vereinheitlichen, könne er unterstützen.

Herr Dr. **Isak** betonte, es sei unbestreitbar, dass es auch Fehlurteile gebe. Die genannten Beispiele bestätigten diesen Befund zwar, verdeutlichten aber andererseits auch, dass das geltende Recht funktioniere. Die Frage sei insbesondere, ob die vorgeschlagenen Änderungen dazu beitragen können, Fehlurteile besser zu erkennen und effektiver aufzuheben. Ansonsten bezweifle er, dass man bezüglich der Frage vorankommen sei, was unter einem Fehlurteil überhaupt zu verstehen sei. Hinsichtlich des § 364c StPO–E könne er aus seinen praktischen Erfahrungen berichten, dass hier oft schon Zulässigkeitsvoraussetzungen wie etwa die des § 364b Absatz 1 Nummer 1 StPO nicht gegeben seien. In den meisten Anträgen würden lediglich andere Beweiswürdigungen oder Aspekte vorgetragen, die nicht neu oder nebensächlich seien. Daher lehne er ein entsprechendes Klageerzwingungsverfahren ab. Dieses bedeute allein eine Mehrbelastung für die Justiz. Als Kompromiss könne man die ersten beiden Absätze des Vorschlages von Herrn Prof. Dr. König ohne das Erzwingungsverfahren in die RiStBV aufnehmen.

Herr Prof. Dr. **König** erwiderte, die Voraussetzungen für eine „Amtshilfe“ durch die Staatsanwaltschaft in dem Entwurf seien sehr hoch, so dass er die Befürchtungen hinsichtlich einer

Überlastung der Justiz nicht teilen können. Seitens der Anwaltschaft bestehe kein Bedürfnis einer grundlegenden Überarbeitung des Wiederaufnahmerechts, sondern lediglich hinsichtlich einzelner Aspekte. Die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Radtke könnten nicht vollständig überzeugen. Die Frage zu stellen, ob ein dem tatsächlichen Sachverhalt näher als dem Ersturteil kommendes Urteil im Wiederaufnahmeverfahren erreicht werden könne, sei im Hinblick auf die Unzuverlässigkeit des wichtigsten Beweismittels, nämlich des Personalbeweises, nicht überzeugend. Mit solchen Argumenten habe man sich in der Diskussion um die Schaffung der RStPO ausweislich der Motive auch gegen das Rechtsmittel der Berufung gewendet. Es gehe auch um den Fall, dass ein neuer Zeuge verhört werde, der vorher noch nicht bekannt gewesen sei. Zu berücksichtigen sei ferner, dass heutzutage durch die Verständigung im Strafprozess hinsichtlich der Zuverlässigkeit und Richtigkeitsgewähr von Entscheidungen ein eingeschränkterer Maßstab gelte. Geständnisse müssten zwar überprüft werden, allerdings bestünden gerade im Hinblick auf die Untersuchung von *Altenhain* zur Praxis der Verständigung im Strafverfahren Zweifel, dass dies in der Praxis auch wirklich immer geschehe.

Herr Prof. Dr. **Radtke** stimmte Herrn Prof. Dr. König hinsichtlich seiner Ausführungen zur Verständigung zu und teilte seine Zweifel an der bestehenden Praxis. Statt deshalb nun das Wiederaufnahmeverfahren zu erweitern, sei es besser, wenn weiter dafür Sorge getragen werde, dass der wahre Sachverhalt im ersten Urteil so gut wie möglich ermittelt werde. Fehlerurteile werde es stets in einem gewissen Maße geben, aber dafür gebe es bereits gesetzliche Regelungen, um diese zu beseitigen. Es gehe in der Diskussion allerdings auch darum, unter welchen Bedingungen die Rechtskraft durchbrochen werden solle. Dies sei nur sachgerecht, wenn verlässliche Anhaltspunkte vorlägen, dass ein Fehlerurteil gegeben sei und es einigermaßen gesicherte Anhaltspunkte dafür gebe, dass in einem zweiten Verfahren die Aufklärung des wahren Sachverhalts gelinge. Hinsichtlich des Personalbeweises bestehe die Tendenz, dass dieser mit zunehmender Zeit schlechter bei der Sachverhaltsaufklärung helfen könne. Aber auch eine DNA-Analyse oder eine neue Zeugenaussage müsse im Kontext bewertet werden. Es müsse daher trotzdem eine Gesamtbeweiswürdigung stattfinden. Ein neues Beweismittel stelle isoliert betrachtet lediglich eines von vielen Beweismitteln dar.

Der Vorschlag von Herrn Dr. Isak, § 364c StPO-E in die RiStBV aufzunehmen, könne unterstützt werden. Allerdings müsse die Staatsanwaltschaft ohnehin bei hinreichenden tatsächli-

chen Anhaltspunkten von sich aus das Wiederaufnahmeverfahren betreiben oder zumindest unterstützen. Des Weiteren sei die grundsätzliche Frage offen, was eigentlich ein Fehlurteil sei. Als typisches Beispiel für ein Fehlurteil werde etwa der Fall Mollath genannt. Allerdings sei der Medienberichterstattung inzwischen zu entnehmen, dass das Wiederaufnahmeverfahren hinsichtlich der schuldrelevanten Fragen dieselben Erkenntnisse erbracht habe wie das erste Urteil. Hier habe offenbar lediglich eine Skandalisierung durch Presse und Öffentlichkeit stattgefunden; ein Fehlurteil liege nach der aktuellen Berichterstattung aber wohl gerade nicht vor. Das Betreiben eines Wiederaufnahmeverfahrens bedeute nämlich noch nicht zwingend, dass das erste Urteil auch tatsächlich falsch gewesen sein müsse. Daher bestehe keine zwingende Notwendigkeit in das bestehende Gefüge des Wiederaufnahmerechts einzugreifen. Die Rechtskraft habe einen Wert an sich, der nicht ohne weiteres zur Disposition gestellt werden solle. Man könne lediglich die Staatsanwaltschaft bisweilen daran erinnern, dass sie mindestens unterstützend tätig werden müsse, wenn die Voraussetzungen für ein Wiederaufnahmeverfahren vorlägen.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** trat dem Vorschlag bei, dass die Staatsanwaltschaft das Wiederaufnahmeverfahren stärker unterstützen solle. Es gebe im Vergleich zu früher mit der Möglichkeit der DNA-Analyse ein neues besseres Beweismittel. Die Fruchtbarmachung der Erkenntnisse dieses neuen Beweismittels sei allerdings abhängig von der Unterstützung der Staatsanwaltschaft. Das Wiederaufnahmerecht solle für dieses Beweismittel geändert werden.

Herr **Schmengler** wies auf das Berufsethos der Staatsanwälte hin. Einige erfolgreiche Wiederaufnahmeverfahren seien seitens der Staatsanwaltschaft initiiert worden. Daher würden entsprechende Bedenken nicht geteilt.

### c) Meinungsbild

Der Vorschlag, überhaupt Änderungen im Wiederaufnahmeverfahren vorzunehmen, wurde von fünf Kommissionsmitgliedern unterstützt, sieben Mitglieder stimmten dagegen und drei enthielten sich.

Der Vorschlag, in der RiStBV eine dem vorgeschlagenen § 364c StPO-E entsprechende Pflicht der Staatsanwaltschaft zur Unterstützung des Antragstellers bei der Beweissammlung zu schaffen, wurde von der Mehrheit der Kommissionsmitgliedern unterstützt.

## **7. Reformbedarf im jugendgerichtlichen Verfahren; Auswirkungen der bisher diskutierten Vorschläge**

### **a) Gutachten**

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** präsentierte die Stellungnahme von Frau Prof. Dr. Höynck „zur Frage der Konsequenzen der bisherigen Debatten für das jugendgerichtliche Verfahren“. Die empfohlenen Änderungen in der StPO hätten über § 2 Absatz 2 JGG Auswirkung auch auf das Jugendstrafverfahren. Frau Prof. Dr. Höynck lehne dabei jede Ausweitung des schriftlichen Verfahrens sowie des Strafbefehlsverfahrens im Jugendstrafrecht ab. Bei Jugendlichen sei das Strafbefehlsverfahren nach geltendem Recht gemäß § 79 Absatz 1 JGG ausgeschlossen; bei Heranwachsenden könne es nur eingesetzt werden, wenn das allgemeine Strafrecht Anwendung finde. Die hierfür notwendige Prüfung nach § 105 Absatz 1 JGG könne ohne mündliche Verhandlung nach Aktenlage erfolgen. Bis dahin sei auch die Jugendgerichtshilfe noch nicht eingeschaltet, so dass die Gerichte vor allem bei Straßenverkehrsdelikten aus justizökonomischen Gründen das Erwachsenstrafrecht für anwendbar erklären würden. Diese Praxis der Gerichte werde kritisiert, weil der Gesetzgeber eine auf den Einzelfall bezogene Prüfung erwarte. Grund für die Vorgehensweise der Gerichte sei wohl, dass auf diese Weise das Strafbefehlsverfahren angewendet werden könne, was vermeintlich als vorteilhaft für den Heranwachsenden angesehen werde, weil ihm die stigmatisierende Hauptverhandlung erspart bleibe. Allerdings sei diese Vorgehensweise trügerisch, da die Anwendung der Geldstrafe bedeute, dass bei einkommenslosen Heranwachsenden Ersatzfreiheitsstrafe vollzogen werde. Auch könne die Anwendung des Erwachsenstrafrechts im Falle eines erneuten strafrechtlichen Vorwurfes die Präjudizierung des Erwachsenstrafrechts bedeuten.

Für das Jugendstrafverfahren kritisch zu sehen sei auch eine Erweiterung partizipatorischer und kommunikativer Verfahrenselemente. Im Jugendstrafrecht habe dies, wie Frau Prof. Dr. Höynck ausgeführt habe, faktische Grenzen, da sie der Kommunikation im Strafverfahren nicht gewachsen seien. Sie bedürfen viel eher Schutz und Fürsorge. Hingegen werde eine „kooperative Sanktionierung“ unterstützt, etwa bei Bewährungsaufgaben oder -weisungen.

Anders als Frau Prof. Dr. Höynck sprach sich Herr Prof. Dr. Ostendorf nicht grundsätzlich gegen das Schuldinterlokut aus, wobei dieses nur in komplizierteren Verfahren sinnvoll sein könne. Die audiovisuelle Vernehmung könne nach der Auffassung von Frau Prof. Dr. Höynck eine besondere Belastung bedeuten. Herr Prof. Dr. Ostendorf wandte darüber hinaus ein, dass diese Art der Vernehmung der Erforschung der Wahrheit entgegenstehen könne, da die Aufzeichnung zu einem Abblocken oder zu einer Darstellung ohne Rücksicht auf die Konsequenzen führen könne. Allerdings trat Herr Prof. Dr. Ostendorf dem Vorschlag offener gegenüber, da seiner Meinung nach junge Menschen heutzutage offener und erfahrener im Hinblick auf audiovisuelle Aufzeichnungen als Erwachsene seien. Man müsse zumindest die Erfahrungen auswerten, die bei der Verwendung moderner Aufzeichnungstechnik bei sexuell missbrauchten Kindern gewonnen würden, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob dies zu einer besonderen Belastung führe. Im Einzelfall, namentlich bei Kindern unter 14 Jahren, könne eine solche Vernehmung geboten sein. In dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über Verfahrensgarantien im Strafverfahren für verdächtige oder beschuldigte Kinder laute es in Ziffer 41 etwa wie folgt: *„Damit ein hinlänglicher Schutz von Kindern sichergestellt ist, die nicht immer in der Lage sind, den Inhalt von Befragungen, denen sie – unter anderem von der Polizei – unterzogen werden, zu verstehen, sollten Befragungen audiovisuell aufgezeichnet werden. Es wäre jedoch unverhältnismäßig vorzuschreiben, dass die zuständigen Behörden in allen Fällen für eine audiovisuelle Aufzeichnung sorgen müssen. Die Komplexität des Falls, die Schwere der zur Last gelegten Straftat und die zu gewärtigende Strafe sind gebührend zu berücksichtigen. Wird jedoch einem Kind die Freiheit entzogen, so sollte die Befragung stets aufgezeichnet werden.“* Daher sei hier eine Einzelprüfung geboten, bei der jedoch die Elternrechte zu berücksichtigen seien.

Abschließend stellte Herr Prof. Dr. Ostendorf noch einen eigenen Vorschlag dar: Er schlug vor, dass die Kommission sich mit der Frage auseinandersetzen solle, ob der Rechtmittelausschluss nach § 55 Absatz 1 JGG aufgehoben werden sollte. Hiernach könne eine Entscheidung, in der lediglich Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel angeordnet oder die Auswahl und Anordnung von Erziehungsmaßregeln dem Familiengericht überlassen seien, nicht wegen des Umfangs der Maßnahmen und nicht deshalb angefochten werden, weil andere oder weitere Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel hätten angeordnet werden sollen oder weil die Auswahl und Anordnung der Erziehungsmaßregeln dem Familiengericht überlassen worden seien. Die von den Verteidigern gewählte Umgehung des § 55 Absatz 1 JGG, das gesamte

Urteil anzufechten, um doch ein Rechtsmittel einlegen zu können, werde von Obergerichten zunehmend nicht mehr akzeptiert.

Für diese Haltung der Rechtsprechung spreche auch durchaus einiges, denn oft sei in diesen Fällen im Beisein des Verteidigers ein glaubhaftes Geständnis abgegeben worden. Das bedeute dann aber, dass es in zahlreichen Fällen im Jugendstrafrecht kein Rechtsmittel gebe. Zu berücksichtigen sei bei den „weichen“ Sanktionen der Erziehungsmaßregel und des Zuchtmittels, dass sie 300 Arbeitsstunden oder auch maximal vier Wochen Freiheitsentzug bedeuten könnten. Es handele sich um einen rechtsstaatlich bedenklichen Zustand, wenn es gegen bestimmte Sanktionen kein Rechtsmittel gebe. Das Motiv des Gesetzgebers für diese gewollte Abkürzung des Jugendstrafverfahrens seien erzieherische Gründe und die Wahrung der Autorität des entscheidenden Gerichts gewesen. Letzteres sei jedoch wenig nachvollziehbar, da Rechtsmittel auch sonst zugelassen seien. Der Erziehungsgedanke habe damals im Vordergrund gestanden, allerdings gebe es auch aus pädagogischer Sicht gute Gründe, ein Rechtsmittel zuzulassen, um etwa einen fairen Prozess zu präsentieren, der sich durch eine erneute Befassung auszeichne und den Lernprozess fördere.

Insbesondere verwies Herr Prof. Dr. Ostendorf aber auf rechtsstaatliche Anforderungen, die auch durch internationale Positionen abgesichert seien. Nach den Mindestgrundsätzen für die Jugendgerichtsbarkeit aus dem Jahr 1986 hätten Jugendliche „das Recht, die Entscheidung durch eine höhere Instanz nachprüfen zu lassen“ (Artikel 7.1). Gleiches ergebe sich aus Artikel 14 Absatz 5 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte sowie aus Artikel 40 Absatz 2b und Artikel 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, aber auch aus dem Rechtsstaatsprinzip. Anführen lasse sich auch ein systematisches Argument: Wenn in § 363 StPO die Wiederaufnahme wegen Strafzumessungserwägungen ausgeschlossen sein solle, es sich beim Wiederaufnahmeverfahren jedoch grundsätzlich um ein sehr restriktives Rechtsmittel handele und gleichzeitig im JGG ein Rechtsmittelausschluss pauschal für diesen Fall gelte, so liege ein systematischer Widerspruch vor, vor allem da § 363 StPO auch über § 2 Absatz 2 StPO Anwendung finde. Im Ergebnis sprächen verfassungsrechtliche und rechtspolitische Argumente daher dafür, eine entsprechende Empfehlung zu verfassen.

## **b) Diskussion**

Herr Prof. Dr. **Jahn** merkte an, dass ihn die Ausführungen von Frau Prof. Dr. Höynck zum partizipatorischen Ermittlungsverfahren nicht gänzlich überzeugt hätten. Es treffe zu, dass Jugendliche wenig verhandlungsmächtig und kompetent seien. Konsequenz könne aber nicht sein, dass es deshalb im Jugendstrafverfahren nicht mehr Partizipation der Verteidigung im Ermittlungsverfahren gebe. Für den Ausgleich eines Autonomiedefizits sei die notwendige Verteidigung vorgesehen. Ein Beschuldigter, der seine Rechte alleine nicht kompetent wahrnehmen könne, solle eher mehr und nicht weniger Rechte eingeräumt erhalten. Diesen Gedanken verfolge auch § 68 JGG. Daher sei die Konsequenz, die notwendige Verteidigung im Jugendstrafverfahren durch eine jugendspezifischere Auslegung des § 68 Nummer 1 JGG auszubauen. Wenn man die kritisierte Konsequenz auf das Erwachsenenstrafrecht übertrage, bedeute dies das Ende der Partizipationsbemühungen für die nicht handlungskompetenten Beschuldigten. Daher sei nicht weniger Partizipation, sondern mehr Pflichtverteidigung erforderlich. Auch lasse sich diese Lösung besser mit dem Erziehungsgedanken vereinbaren. Dem Jugendlichen solle demonstriert werde, wie positiv sich gewaltfreie Verhandlungskompetenz auswirke.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** entgegnete, die Ausweitung der Partizipation solle nicht eine Ausweitung des förmlichen Verfahrens zur Folge haben. Im Jugendstrafrecht gebe es eine noch höhere Anzahl an Erledigungen durch informelle Verfahren, etwa durch die Diversion. Die Besorgnis von Frau Prof. Dr. Höynck sei, dass durch einen frühzeitigen Einsatz der Verteidigung der Anteil der förmlichen Verfahren gesenkt werde. Es sei zutreffend, dass die Voraussetzungen für eine Pflichtverteidigerbestellung jugendspezifisch auszulegen seien, um die fehlende Handlungskompetenz auszugleichen.

Herr Dr. **Gebauer** stellte fest, dass die Ausführungen im Gutachten durch die Kürze möglicherweise missverständlich seien. Frau Prof. Dr. Höynck sei sicher grundsätzlich für und nicht gegen eine aktive Partizipation der jungen Beschuldigten. Sie wende sich nach seinem Verständnis aber gegen die Verantwortungszuweisung und negative Konsequenzen, wenn bestimmte partizipatorische Schritte seitens des Jugendlichen nicht unternommen würden. Jugendliche könnten aufgrund ihrer alters- und entwicklungsbedingt geringeren Handlungskompetenzen nicht in einer ihnen in diesem Sinne zugewiesenen Verantwortung reagieren. Es gehe deshalb um das Problem, dass über den Pauschalverweis des § 2 Absatz 2 JGG Best-

immungen des allgemeinen Strafverfahrensrechts, also auch für die empfohlenen Neuregelungen, grundsätzlich im Jugendstrafverfahren ebenfalls Anwendung fänden, wenn es den Grundsätzen des Jugendstrafrechts nicht widerspreche. Letzteres könne aber mitunter unklar oder streitig sein. Bei den Stichworten „Partizipation“ oder „Verantwortungszuweisung“ müsse deshalb besonders darauf geachtet werden, ob dazu vorgeschlagene Regelungen für eine Anwendung im Jugendstrafrecht geeignet seien oder ob jeweils eine Spezialregelung für das Jugendstrafrecht erforderlich sei. Dies könne im Einzelnen der ausdrückliche Ausschluss einer Anwendung sein oder Modifizierungen und ergänzende Bestimmungen, nach denen zum Beispiel eine Verantwortungszuweisung nur zulässig wäre, wenn als Korrelat eine notwendige Verteidigung vorgesehen werde.

Die Ausführungen von Herrn Prof. Dr. Ostendorf zum Strafbefehlsverfahren und ähnlichen schriftlichen Verfahren unterstütze er. Hier sei ebenfalls jeweils zu prüfen, ob Sonder- oder Ausschlussregelungen für das Jugendstrafverfahren notwendig seien. Das Thema „Schuldinterlokut“ sei dagegen aus seiner Sicht zu komplex, um dafür ohne vertiefte Vorbereitung und Diskussion im vorliegenden Kontext eine vernünftige Empfehlung abfassen zu können. Für die Aufhebung von § 55 Absatz 1 JGG als weiteren Punkt gebe es viele sachliche und gute Gründe. Herr Prof. Dr. Ostendorf habe bereits einige genannt. Es treffe zu, dass heutzutage ein anderes Erziehungsverständnis vorliege als bei Schaffung dieser Norm. Wichtiger als die Autorität der gerichtlichen Entscheidung und eine rasche „Vollstreckung“ sei vielmehr, dass eine Rechtsfolge akzeptiert und in gewisser Weise als gerecht empfunden werde. Auch das Übereinkommen über die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen (UN-Kinderrechtskonvention) spräche für eine entsprechende Änderung. Früher sei es stets möglich gewesen, ein Urteil, auch wenn es nur auf Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel laute, auf Grund der Schuldfrage insgesamt anzufechten. Allerdings habe die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung dann eine andere Richtung genommen und dies als eine unzulässige Umgehung des § 55 Absatz 1 betrachtet. Trotz letztlich guter Gründe für eine entsprechende Änderung sei aber darüber nachzudenken, ob eine entsprechende Empfehlung zu den Aufgaben der Expertenkommission gehöre, die sich mit einer Effektivierung des Strafverfahrens beschäftigen soll.

Frau Prof. Dr. **Swoboda** sprach sich dafür aus, das Problem des § 55 Absatz 1 JGG auch dann zu lösen, wenn es keine Effektivierung bringe, gerade weil dieses Problem durch die Rechtsprechung entstanden sei. Außerdem sei das Wahlrechtsmittel im Erwachsenenstrafrecht

von der Expertenkommission kritisiert worden, da die Verständigung ansonsten keiner obergerichtlichen Entscheidung mehr zugänglich sei. Genau dies sei aber in § 55 Absatz 2 JGG für das Jugendstrafverfahren geregelt. Daher sei § 55 JGG insgesamt reformbedürftig.

Herr Prof. Dr. **Esser** sprach sich auch für eine Reform des § 55 JGG aus. Die entsprechenden Gründe seien bereits genannt worden. Dass die Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme wie der Arrest nicht überprüft werden könne, sei problematisch.

Herr Prof. Dr. **Radtke** verwies darauf, dass es im allgemeinen Strafrecht ein paralleles Problem gebe und zwar bei der Frage einer isolierten Anfechtung von Unterbringungsentscheidung nach § 64 StGB. Das Urteil könne nur insgesamt angegriffen werden. Problematisch sei es allerdings tatsächlich, dass es zur Umgehung des § 55 Absatz 1 JGG lediglich erforderlich sei, ein Rechtsmittel einzulegen und dabei nicht nur die Sanktion anzugreifen. Daher sei es sinnvoll, entsprechende Überlegungen hinsichtlich § 55 JGG anzustellen. Die Gründe für diese Vorschriften könnten jedenfalls nicht überzeugen, weswegen Herrn Prof. Dr. Ostendorf zuzustimmen sei, dass hierzu mindestens Überlegungsbedarf bestehe. Ebenso sei Herrn Prof. Dr. Ostendorf hinsichtlich der Ausführungen zu § 105 JGG dahin zuzustimmen, dass eine Entscheidung nicht allein auf Grund der Aktenlage erfolgen könne. Außerdem solle man das schriftliche Verfahren sowie das Strafbefehlsverfahren nicht auf Heranwachsende anwenden.

Herr Dr. **Mutzbauer** warf die Frage auf, warum nicht ein „normales“ Rechtsmittelsystem eingeführt werden solle, wenn die Zielsetzung nicht mehr in einer schnellen Sanktion zu sehen sei.

Frau **Graf-Schlicker** fasste das Gutachten von Frau Prof. Dr. Höynck dahin zusammen, dass im Jugendstrafverfahren kein aktueller Reformbedarf bestehe, aber bei Empfehlungen zur Änderung des Strafverfahrensrechts die Auswirkungen auf das Jugendstrafrecht berücksichtigen müsse. Diesbezüglich müsse die Expertenkommission wohl keine Empfehlung beschließen.

Hinsichtlich einer Änderung von § 55 JGG handele es sich um ein lohnenswertes Projekt. Mangels weiterer Vorbereitungszeit schlage sie vor, dass die Expertenkommission eine Überprüfung des Rechtmittelsystems im JGG, insbesondere des § 55 JGG, empfehlen solle. Eine konkrete Empfehlung ohne vorherige gutachterliche Befassung und Einarbeitung der Kommissionmitglieder entspreche nicht dem Standard der sonstigen Arbeit der Kommission.

Herr **Thiele** sah einen Prüfauftrag im Hinblick auf § 55 JGG als zu wenig an. Herrn Prof. Dr. Ostendorf könne der Auftrag erteilt werden, eine entsprechende Empfehlung samt Begründung zu formulieren. Es bestehe ein aktueller Handlungsbedarf.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** stimmte einem Prüfungsauftrag zu, sofern die genannten Argumente in der Begründung entsprechend berücksichtigt werden würden, wie den systematischen Widerspruch zum Wiederaufnahmeverfahren oder die internationalen Aspekte.

### c) Meinungsbild

Eine Empfehlung mit einem Prüfauftrag zu § 55 JGG wurde von zehn Mitgliedern unterstützt und fünf Mitglieder enthielten sich.

## III. Weiteres Vorgehen

### 1. Abstimmung der Empfehlungen, Aufbau des Abschlussberichts

Frau **Graf-Schlicker** schlug zu weiteren Vorgehen Folgendes vor:

In der nächsten Sitzung am 14./15. September 2015 solle die Abstimmung über die Empfehlungen der Expertenkommission erfolgen. Auf Grundlage der Gutachten, der Diskussion in der Expertenkommission und der Ergebnisse der vier Arbeitssitzungen mit Gutachtern werde BMJV Empfehlungsentwürfe formulieren. Nach einer ersten Zusammenstellung der bisherigen Beratungen sei damit zu rechnen, dass rund 30 Empfehlungen zur Abstimmung gestellt werden. Zu jeder Empfehlung werde das BMJV eine Begründung entwerfen, die sowohl die Argumente aus den Gutachten als auch die in der Diskussion vertretenen Meinungen widerspiegeln werde.

Das Dokument mit den Empfehlungsentwürfen und –begründungen werde den Mitgliedern der Expertenkommission Anfang September 2015 übersandt werden. Bis zur Sitzung am 14./15. September 2015 könnten schriftliche Änderungs-, Ergänzungs- oder Berichtigungsanregungen mitgeteilt werden. Dabei solle aber die inhaltliche Diskussion nicht fortgesetzt oder wiederholt werden. Es gehe lediglich darum, ob die Darstellung der Argumente zutreffend sei.

In der September-Sitzung sollten die 21 „externen“ Kommissionsmitglieder stimmberechtigt sein (Frau Prof. Dr. Beckemper, Herr Caspari, Herr Prof. Dr. Esser, Herr Holten, Frau Prof. Dr. Höynck, Herr Prof. Dr. Dr. Ignor, Herr Dr. Isak, Herr Prof. Dr. Jahn, Herr Prof. Dr. König, Herr Dr. Krauß, Herr Dr. Meyer, Herr Dr. Müller, Herr Dr. Mutzbauer, Herr Prof. Dr. Nestler, Herr Prof. Dr. Ostendorf, Herr Prof. Dr. Radtke, Herr Prof. Dr. Rönnau, Herr Schmengler, Frau Prof. Dr. Swoboda, Herr Thiele und Herr Wenske). Die Mitglieder aus dem BMJV und dem BMI stimmten nicht mit.

Für die Annahme einer Empfehlung solle jeweils die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich sein. Enthaltungen würden als „nein“ gewertet. Frau Graf-Schlicker bat die stimmberechtigten Mitglieder deshalb darum, sich möglichst bei jeder Empfehlung zu positionieren. Wichtig sei zudem, dass am 14./15. September 2015 alle stimmberechtigten Mitglieder anwesend seien. Mitglieder der Kommission, die als Vertreter von Institutionen benannt wurden, sollten sich vertreten lassen, soweit sie selbst nicht teilnehmen könnten.

Neben den Empfehlungen und ihren Begründungen solle der Bericht eine Einleitung enthalten, in der der Auftrag, die Mitglieder und die Arbeitsweise der Expertenkommission dargestellt werden. Die Beschlüsse, die eine Mehrheit fänden, würden als positive Empfehlungen formuliert, die abgelehnten als negative Empfehlungen dargestellt.

Geplant sei, dass die Expertenkommission am 13. Oktober 2015 Herrn Bundesminister Maas den Abschlussbericht übergibt.

## 2. Diskussion

Herr Prof. Dr. **König** schlug vor, die von den Mitgliedern der Kommission erstellten Gutachten im Internet zu veröffentlichen. Auf diese Weise könnten sie kostengünstig und einfach zugänglich gemacht werden. Er sprach sich dafür aus, das Abstimmungsergebnis im Bericht mitzuteilen. Dies habe mehr Aussagekraft.

Herr Prof. Dr. Dr. **Ignor** plädierte dafür Gutachten und Protokolle zu veröffentlichen. Er wies darauf hin, dass es sich bei der Mitgliedschaft in der Expertenkommission um ein freies Mandat handle. Die Kommission sei nicht mit einem politischen Gremium gleichzusetzen. Es sei ein Gremium von Experten. In einem solchem Gremium werde typischerweise mit einfacher Mehrheit abgestimmt.

Herr Prof. Dr. **Jahn** unterstützte den Vorschlag, die Gutachten und Protokolle zu veröffentlichen. Durch eine Veröffentlichung dieser Materialien werde das Verständnis für die Ergebnisse der Expertenkommission gefördert. Er wies darauf hin, dass die einfache Mehrheit als Quorum den Regelfall darstelle, gerade auch im Hinblick auf Geschäftsordnungsfragen sei dies üblich. Zweidrittelmehrheiten seien nur ausnahmsweise erforderlich.

Nach Ansicht von Herrn **Dr. Meyer** stelle sich die Frage, ob eine einfache Mehrheit wirklich ausreichen solle. Eine Empfehlung mit einer 2/3-Mehrheit habe mehr Aussagekraft und würde wohl eher vom Gesetzgeber aufgegriffen werden.

Frau **Graf-Schlicker** betonte, dass die Expertenkommission ausgewogen besetzt sei und deshalb einfache Mehrheitsentscheidungen grundsätzlich ausreichten. Davon zu unterscheiden sei die Frage, wie der Gesetzgeber mit den Empfehlungen umgehen werde.

Herr Dr. **Isak** wies darauf hin, dass das genaue Ergebnis der Abstimmung über eine Empfehlung mehr Gewicht in der Gesetzgebung haben könne.

Herr **Caspari** unterstützte den Vorschlag, eine einfache Mehrheit ausreichen zu lassen. Zu bedenken sei, dass die Verbandsvertreter nicht mit einem imperativen Mandat versehen worden seien. Es müsse bei der Veröffentlichung der Ergebnisse sowie der Protokolle klargestellt werden, dass alle Mitglieder nur ihre persönliche Meinung vertreten hätten. Sofern die Ergebnisse der Abstimmung veröffentlicht würden, sollten dann auch die Protokolle mitveröffentlicht werden, denn nur daraus ergebe sich, warum das Ergebnis entsprechend ausgefallen sei.

Herr Prof. Dr. **Ostendorf** sprach sich dafür aus, die Ergebnisse der Abstimmungen zu veröffentlichen. Die Entscheidung hierfür solle auch unabhängig von der Entscheidung getroffen werden, ob die Protokolle veröffentlicht würden, auch wenn er letzteres ebenfalls unterstütze.

Herr **Thiele** hielt eine einfache Mehrheit bei der Beschlussfassung über die Empfehlungen für ausreichend. Die Anschlussfrage sei, ob auch eine namentliche Abstimmung erfolgen solle. Daran könne auf Grund der Tatsache, dass der Expertenkommission Vertreter unterschiedlicher Interessen angehörten, möglicherweise ebenfalls ein Interesse bestehen.

Frau **Graf-Schlicker** verwies auf die Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte. Dort seien die Abstimmungsergebnisse ohne namentliche Nennung veröffentlicht worden. Auch bei der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister, bei der eine vergleichbare Situation gegeben sei, werde das Abstimmungsergebnis ohne Namensangaben mitgeteilt. Zudem reiche auch dort eine einfache Mehrheit aus.

Herr Dr. **Müller** sprach sich gegen die Veröffentlichung der Abstimmungsergebnisse aus, da die Argumente für eine Entscheidung wichtiger seien als ein bloßes Ergebnis. Das reine Stimmenverhältnis sei kein Indiz für eine gute oder weniger gute Empfehlung. Wenn sich die Kommission für die Veröffentlichung des zahlenmäßigen Abstimmungsergebnisses ausspreche, solle auch eine Namensnennung stattfinden. Allerdings sei die Veröffentlichung der Protokolle im Zweifel wichtiger, da so eine entsprechende Rückkoppelung zwischen dem Abstimmungsergebnis und der Diskussion möglich sei.

Herr Prof. Dr. **Esser** verwies auf die Möglichkeit, dass man geheim abstimmen könne. Eine namentliche Abstimmung gehe jedenfalls zu weit.

Herr Prof. Dr. **Radtke** führte aus, eine gute Lösung liege schon dadurch vor, dass eine einfache Mehrheit ausreiche und die konkreten Abstimmungsergebnisse veröffentlicht würden.

Bei der ausgewogenen und alle Interessengruppen berücksichtigenden Zusammensetzung der Expertenkommission habe ein einstimmig gefasster Beschluss in seiner Außenwirkung großes Gewicht. Bei einer knappen Entscheidung ließen sich ebenfalls gewisse Rückschlüsse ziehen. Mehr Transparenz sei dann jedoch nicht erforderlich.

### 3. Meinungsbild zum Abschlussbericht

Sechzehn Mitglieder sprachen sich dafür aus, auch die Gutachten zu veröffentlichen. Ein Mitglied enthielt sich, da es zuvor noch Rücksprache halten müsse.

Hinsichtlich der Protokolle stimmten zwölf Mitglieder dafür, diese mit namentlicher Nennung zu veröffentlichen. Vier Mitglieder stimmten dagegen.

Die Mehrheit der Mitglieder sprach sich dafür aus, dass die einfache Mehrheit der Stimmen bei den Abstimmungen ausreichen soll, um eine Empfehlung anzunehmen.

Die Frage, ob die Abstimmungsergebnisse veröffentlicht werden sollten, wurde von zwölf Mitgliedern befürwortet; dagegen sprachen sich fünf Mitglieder aus.

### 4. Ergebnis

Frau **Graf-Schlicker** fasste das Ergebnis zusammen:

- Die Vorschläge für die Empfehlungen mit Begründungen werden bis Anfang September 2015 versandt.
- Alle Mitglieder der Kommission werden gebeten, eventuellen Änderungsbedarf im Begründungsteil BMJV vor der September-Sitzung mitzuteilen.
- Die Gutachten sollen jedenfalls in einem Anlagenband veröffentlicht werden.
- Bis Ende August 2015 wird allen Gutachterinnen und Gutachtern die Gelegenheit gegeben, ihre Gutachten noch einmal redaktionell zu bearbeiten.
- Die Frage, ob und ggf. in welcher Fassung auch die Protokolle veröffentlicht werden, soll in der September-Sitzung noch einmal aufgegriffen werden.
- Für die Annahme eines Beschlussvorschlages soll die einfache Mehrheit ausreichen. Enthaltungen gelten als Nein-Stimmen.
- Die Abstimmungsergebnisse (ohne Namen) werden in den Abschlussbericht aufgenommen.

## **5. Nächste Sitzungen**

Die nächste Sitzung der Expertenkommission findet am 14. und 15. September und die Abschlussitzung am 13. Oktober 2015 statt.



## **H. Achte Sitzung der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens am 14./15. September 2015**

Die einzelnen Empfehlungen der Expertenkommission wurden erörtert. Im Anschluss daran wurde hierüber jeweils Beschluss gefasst. Zu den beschlossenen Empfehlungen und dem Abstimmungsergebnis wird auf den Bericht der Expertenkommission verwiesen.

