

Dr. Ralf Eschelbach

Reform des Ermittlungsverfahrens

*»Wer weiß, wie Gesetze und Würste zustande kommen,
kann nachts nicht mehr ruhig schlafen.« (Bismarck).*

Das Thema des »partizipatorischen Ermittlungsverfahrens«, bei dem alle Beteiligten aufgrund gleichen Informationsstands eine allseits akzeptierte Lösung finden sollen,¹ ist weder neu noch auf das deutsche Recht beschränkt. Es hängt eng mit der Idee des adversatorischen oder konsensualen Strafverfahrens zusammen, wobei aber die Verfahrensherrschaft im Vorverfahren bei der Staatsanwaltschaft liegt.

Der erste Anlauf zu einer solchen Umgestaltung des Strafverfahrens im deutschen Recht ist durch Verständigungsgesetz und Verständigungsurteil eher gescheitert als gelungen, weil Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht nicht vom überkommenen Hauptverhandlungsmodell abrücken wollen und der Konsensmaxime als Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung eine Absage erteilt haben. Die Hauptverhandlung nach dem Verständigungsgesetz ist strenger formalisiert als der konventionelle Prozess. Informelle Urteilsabsprachen, die jahrzehntelang toleriert wurden, sind nun generell rechtswidrig. Dafür wird im Vorverfahren umso mehr informell gehandelt und schon dort die Mehrzahl aller Strafverfahren ohne Hauptverhandlung beendet, sei es durch Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO, nach §§ 153, 153a, 154 StPO oder durch Strafbefehl ohne Einspruch. Gegen die Sanktionierungsmöglichkeiten nach § 153a StPO oder durch Strafbefehl hat das Bundesverfassungsgericht keine Bedenken erhoben, obwohl seine Verknüpfung von Strafurteil, Schuldgrundsatz und Aufklärungsmaxime im Strengbeweisverfahren mit der urteilsgleichen Wirkung eines Strafbefehls, der im Freibeweisverfahren nach Aktenlage erlassen wird, offensichtlich nicht harmoniert. Im Bereich des § 153a StPO ist in unkontrollierter Weise nahezu alles möglich, bis hin zur Verfahrenseinstellung gegen Geldbußen, die eine höchstmögliche Geldstrafe um ein Vielfaches übersteigen. Die Informalität der Verfahrensbeendigung durch Einstellungen unter Auflagen oder ausgehandelte Strafbefehle steht in einem

¹ Nachweise bei *Jahn*, ZStW 2003, 815, 821 .

markanten Kontrast zur Transparenzoffensive bei den Urteilsverfahren nach dem Verständigungsgesetz, deren Hinweise und Dokumentationen allerdings mehr auf Ergebnisverhandlungen, als auf sachlich-inhaltliche Aspekte der Beweiswürdigung, der rechtlichen Bewertung und der Strafzumessungsbegründung bezogen sind. Die Bezeichnung als »Rechtsgespräch« ist blanker Hohn. Es muss künftig jedenfalls mehr Wert auf Inhalte gelegt werden.

Reformthemen sind:

- Verhältnis von Verteidiger zu Beschuldigtem,
- Formalisierung der Beschuldigtenstellung,
- frühe Verteidigerbestellung,
- Anwesenheitsrecht der Verteidigung bei polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen,
- Dokumentation von Vernehmungen im Vorverfahren,
- Verbesserungen bei der Akteneinsicht,
- Beweisantragsrecht im Vorverfahren,
- Mitwirkung bei der Sachverständigenauswahl,
- Rechtsschutz gegen Ermittlungseingriffe,
- Stärkung des Geheimnisses des Vertrauensverhältnisses von Mandant und Verteidiger,
- Einführung eines formalisierten Schlussgehörs.

Geregelt wurde in der Zwischenzeit das Recht der heimlichen Ermittlungsmaßnahmen, einschließlich der dortigen Beweisverbote und Rechtsschutzmöglichkeiten u.a. gegen die Überwachung der Kommunikation im Mandat, aber ohne den V-Mann-Einsatz, die staatliche Tatprovokation, die Führung von Geheimakten und die Dokumentation der Maßnahmen in den Strafakten. Insoweit muss das *Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes* reklamiert werden, um eine Verbesserung der Regelungslage anzuschieben. Ferner muss das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz betont werden, damit Regelungsversuche nicht scheitern.

Defizitäre gesetzliche Regelungen und Richterrecht bleiben vorerst in den anderen Bereichen. Eine neue Gefahrenquelle aber ist der überbordende *Opferschutz mit Anwaltsbeistand und psychosozialer Prozessbegleitung* von mutmaßlichen Opferzeugen in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, in denen bisher eine massive Trübung der Beweisquelle mit nachteiligen Folgen für Beschuldigte unbeanstandet bleibt. Das Beispiel zeigt, dass der Reformruf der Verteidiger nicht unvorsichtig erhoben werden darf, ohne darauf Bedacht zu nehmen, dass der Gesetzgeber das gewünschte Konzept verpfuscht.

Eine umfassende Strafprozessreform ist nach dem Drama um die Urteilsab-sprachen derzeit nicht in Sicht, weil der *Gesetzgeber kein Konzept*, aber einen Beobachtungsauftrag hat. Anstöße zur Änderung von Richterrecht und danach von konsekutiver Gesetzgebung sind aus dem europäischen Recht über die *Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* zu erwarten, derzeit im Bereich des Lockspitzeinsatzes. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs arbeitet an *Beweissicherungsmaßnahmen* bei Vernehmung zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen im Anwendungsbereich des § 252 StPO. Aus diesen Feldern könnten sich, weil immer alles mit allem zusammenhängt, Ansätze für ernsthafte Änderungen des Strafverfahrensrechts ergeben. Solche sind auch dadurch möglich, dass im Bereich der Urteilsab-sprachen eine *Transparenzoffensive* begonnen wurde, die noch kein Gegenstück für das Vorverfahren gefunden hat, in dem noch weitreichende Freiheit der Ermittlungen für die Ermittler vorherrscht und das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft zueinander unklar geblieben ist.

Das *Verhältnis von Verteidiger zum Beschuldigten* ist noch eine terra incognita, die der Entdeckung harrt. Die Tatsache, dass prozessuale Rechte, einschließlich der Rechtsmittelbefugnisse, dem Beschuldigten und dem Strafverteidiger jeweils aus eigenem Recht zustehen, ist etwa bei der Widerspruchslösung für unselbständige Beweisverwertungsverbote übergangen worden. Nicht nur der Verteidiger, sondern auch der Beschuldigte sollte ein Recht zur Zustimmung zur Beweisverwertung, sondern auch zum Widerspruch gegen die Verwertung haben, wenn es dessen bedarf. § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO zeigt, dass bisweilen prozessuale Rechte von beiden ausgeübt werden können und müssen; bei der Verständigung kommt es nur auf die Zustimmung des Angeklagten, nicht des Verteidigers an. Warum bei der Widerspruchslösung letztlich nur der Verteidiger in die Pflicht genommen wird, aber der Angeklagte selbst nicht gefragt ist, bleibt unklar.

Eine echte *Vorverlagerung des Verfahrensschwerpunkts* von der Hauptverhandlung auf das Vorverfahren unter Wahrung schützender Formen und Herstellung von Fairness für Beschuldigte und Nebenkläger sowie Ankläger *kollidiert* vorerst mit *personellen Hindernissen*. Würde Partizipation aller Verfahrensbeteiligten an irreversiblen Beweiserhebungen und Beweissicherungen gefordert, so müsste ein *Stück parteiöffentlicher Verhandlung vor der gesamtöffentlichen Hauptverhandlung* stattfinden. Neben Anwesenheitsrechten müssten auch *Anwesenheitspflichten* erwogen werden. Der gerichtlich bestellte Verteidiger, der an einer Beschuldigtenvernehmung oder der Vernehmung eines mutmaßlichen Tatopfers in der Aussage-gegen-Aussage-Konstellation nicht teilnimmt, begeht praktisch per se einen Kunstfehler. Ein auf Fürsorge für den Beschuldigten

bedachter Staat müsste auch eine von außen erkennbare *Schlechtverteidigung* zum Anlass nehmen, die Verteidigerbestellung abzuändern.

Das Erfordernis der Anwesenheit zumindest von Verteidigern, vielleicht aber auch von Nebenklagevertretern oder Zeugenbeiständen bei zentralen Vernehmungen führt zur Erschwerung, Verlangsamung und Effizienzminderung der Beweiserhebungen.² Die rechtliche Beurteilung des Notwendigen müsste der Staatsanwaltschaft obliegen, die aus Personalnot bereits die meisten Beweiserhebungen an die Ermittlungspersonen der Polizeibehörden abgetreten hat. Es sind aber weder genug Staatsanwälte noch leistungsbereite Strafverteidiger verfügbar, um lückenlose Präsenz im Vorverfahren zu gewährleisten. Das gilt auch deshalb, weil angemessene Dotierung der Staatsanwälte im Pensensystem und der Verteidiger in der Gebührenordnung fehlt. Erst recht sind Ermittlungsrichter chronisch überfordert, am Ausgang des Verfahrens nichts beteiligt und deshalb nicht umfassend instruiert und motiviert, sich bei Einzelakten erschöpfend einzubringen.

Andererseits wäre nach aufwändigen und fair gestalteten Beweiserhebungsakten im Vorverfahren ein Beweisinhaltstransfer aus dem Vorverfahren in den eigentlichen Entscheidungsprozess obligatorisch. Ob man sich davor fürchten muss, erscheint zweifelhaft. Wenn die erste Vernehmung gut organisiert, fair gestaltet und aussagekräftig dokumentiert ist, hat sie größeren Beweiswert als jede nachfolgende Befragung. Jeder Mensch überschreibt seine Gedächtnisspuren laufend, so dass er nach einer früheren Vernehmung im Rahmen erneuter Befragung eigentlich nicht mehr sicher sein kann, ob er sich an selbst erlebte historische Ereignisse im Zusammenhang mit der Tat oder an die Erstvernehmung erinnert. Fragen und Vorhalte haben suggestive Wirkung und verändern die Erinnerung im Gedächtnisprozess, der keine statische Informationssammlung, sondern ein dynamisches Geschehen ist. Zeitablauf mit der Wahrnehmung, Speicherung und Verarbeitung anderer Informationen, Erlangung von Sekundärinformationen zur Tat aus Akten, Gesprächen mit Dritten oder Medienberichten überschreiben die Gedächtnisspuren der Auskunftsperson immer wieder und immer weiter. Nach einiger Zeit ist praktisch keine authentische Erinnerung mehr abzurufen, auch wenn die Auskunftsperson meint, dass sie sich genau erinnert. »Falsche Erinnerungen« sind die Regel, bildhafte Wiedergaben des historischen Geschehens sind die Ausnahme. Das »false memory syndrome« ist empirisch belegt. Jeder weiß das, aber Strafjuristen ignorieren den Befund. Wer die Wahrheit erforschen will, muss frische Erinnerungen möglichst eingehend

² Nachweise bei *Jahn*, ZStW 2003, 815, 834.

und genau abrufen sowie präzise dokumentieren. Alles andere verfälscht das Bild von der »Wahrheit«. Freilich können Zweitvernehmungen dazu dienen, Defizite der ersten Vernehmung zu korrigieren und Rechte, die dabei noch nicht wahrgenommen worden waren, wenigstens nachträglich zur Geltung zu bringen, soweit das dann noch möglich ist. Im Grunde aber sind das nur Notbehelfe.

Aber beginnen wir von vorn.

Wirksame Strafverteidigung ist Vorneverteidigung, weil einmal eingeschlichene Fehler nachträglich schwer zu korrigieren sind. Es ist besser darauf hinzuwirken, dass sie sich nicht einstellen oder jedenfalls in frischem Zustand bekämpft werden. Zurückhalten von Verteidigungsmitteln ist dagegen tendenziell nicht sinnvoll, da die Erfolgchancen mit Zeitablauf und Vorschreiten des Verfahrens sinken.

Wer sogar strafprozessuale Maßnahmen bereits vor Beginn des Ermittlungsverfahrens billigt, muss auch die Frage der dortigen Notwendigkeit von formeller Verteidigung beantworten. Wenn der Gesetzgeber, wie bei § 2 DNA-IFG, heute § 81 g StPO, den herkömmlichen Bereich des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen auf Vorfeldmaßnahmen ausdehnt, ist auch der rechtsstaatlichen Ausgestaltung dieses Verfahrensbereichs angemessene Rechnung zu tragen. Über die Erforderlichkeit der Bestellung eines Verteidigers ist im Blick auf den Anspruch des Betroffenen auf ein rechtsstaatliches Verfahren daher auch in diesem Bereich zumindest von Fall zu Fall zu entscheiden (BVerfGE 103, 21, 40 f.). Soweit aber nicht der Gesetzgeber eine Regelung für ein Verfahren vor Beginn des konventionellen Strafverfahrens getroffen hat, fehlt die rechtsstaatliche Ausgestaltung eines richterrechtlich oder informell implementierten Vorermittlungs-, Informations- oder sogar Tatprovokationsverfahrens, weshalb es prinzipiell als unzulässig gelten müsste.

»Vorermittlungen« sind im Gesetz nicht vorgesehen, daher nach dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes unzulässig, soweit sie mit einem Eingriff in Grundrechte verbunden sind. Schon die Beschaffung und Verwendung personenbezogener Daten ist ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Ihre Ergebnisse sollten daher nach der Beweisbefugnislehre einem Verwertungsverbot unterliegen. Unabhängig davon sollte eine Dokumentationspflicht angenommen werden, weil alles staatliche Handeln entweder von vornherein offen und transparent oder jedenfalls nachträglich kontrollierbar sein muss. Die Führung geheimer Vorermittlungsakten ist damit nicht vereinbar.

Für »informativische Befragungen« späterer Beschuldigter muss Entsprechendes gelten. Sie sind unzulässig, soweit sie über reine Sondierungsmaßnahmen

beim ersten Zugriff an einem Tatort hinausgehen und auf eine Verletzung von § 136 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 163a Abs. 4 S. 2 StPO hinauslaufen. Nachdem § 136 Abs. 1 S. 2 seit der deutschen Miranda-Entscheidung³ nicht mehr als bloße Ordnungsvorschrift gilt, haben sich manche Polizeibeamte das Feld angeblicher »informativischer Befragungen« vor der förmlichen Vernehmung als formfreie Zone erschlossen. Das ist nichts anderes als eine Gesetzesumgehung. Daher dürfen ihre Ergebnisse wegen Verletzung der Förmlichkeiten der Beschuldigtenvernehmung nicht verwertet werden, soweit der verteidigte Beschuldigte später nicht der Verwertung zustimmt. Die Anwendung der Widerspruchslösung der Rechtsprechung hierauf überzeugt auch bereits deshalb nicht, weil die informelle Ausforschung einer Täuschung im Sinne des § 136a Abs. 1 StPO über die Beweisbedeutung und Verwertbarkeit der Äußerungen im informellen Gespräch gleichkommt.

Zur Ermöglichung einer späteren Prüfung ist die Dokumentation des Inhalts aller Gespräche von Ermittlungspersonen mit Beschuldigten auch vor der förmlichen Vernehmung zu fordern. Das ist zur Vermeidung von Fehlurteilen insbesondere erforderlich, um dem unzutreffenden Eindruck des Vorhandenseins von »Täterwissen« entgegenzuwirken, wenn tatsächlich durch das informelle Handeln auch Informationen über den Verdachtssachverhalt an den späteren Beschuldigten vermittelt wurden. Das informelle Vorgehen mit Vernehmungscharakter kann, wenn man ihm effektiv begegnen will, nur durch ein kategorisches Beweisverwertungsverbot sanktioniert werden, das sich auch auf die nachfolgende förmliche Vernehmung auswirken muss, solange dort keine wirksame Heilung des Fehlers erfolgt. Zudem muss die Verteidigung nachforschen, ob im Rahmen der informellen Befragung scheinbares Täterwissen suggeriert wurde. Denn »falsche Erinnerungen« können auch beim Beschuldigten entstehen. Ein Beweisverwertungsverbot für die informativische Befragung alleine reicht also nicht einmal aus, um die Spätfolgen des im Gedächtnisprozess vorhandenen scheinbaren Täterwissens zu eliminieren.

Selbstbelastungsprovokationen durch heimliche Ermittlungsmethoden sind unter dem Blickwinkel der Beweisverwertungsverbote neu zu bewerten. Die Befassung mit diesem Thema kann eine neue Sicht auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit ermöglichen, die auch an anderer Stelle weitreichende Wirkung entfalten kann. Der Große Senat des Bundesgerichtshofs für Strafsachen⁴ hatte in der informellen Ausforschung in kompromisshafter Weise nur einen Beinaheverstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungs-

3 BGHSt 38, 214 ff.

4 BGHSt 42, 139 ff.

freiheit gesehen, weil als echter Verstoß nur ein nötigungsnaher oder den anderen Methoden im Sinne des § 136a Abs. 1 und 2 StPO gleichkommender Zwang zur Selbstbelastung gelten soll. Das ist eine falsche Bewertung aus der Perspektive der Ermittlungsorgane statt aus der Perspektive des Inhabers des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit. Angesichts der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist eine Korrektur dieses Ansatzes angezeigt. Die aktive Herbeiführung einer ungewollten Selbstbelastung des Beschuldigten durch informelle Ausforschungsmaßnahmen entspricht danach bereits einer Täuschung im Sinne von § 136a Abs. 1 StPO und verletzt den unantastbaren Kernbereich der Selbstbelastungsfreiheit.⁵

Erst recht greifen »staatliche Tatprovokationen« gegenüber solchen Personen, gegen die kein konkreter Tat- oder Gefahrenverdacht vorliegt, in die prozesuale Rechtsposition des späteren Beschuldigten ein. Tatprovokationen sind jedenfalls nach dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes eigentlich unzulässig. Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sollen sie dagegen zulässig sein,

»wenn die Vertrauensperson oder der Verdeckte Ermittler gegen eine Person eingesetzt wird, die in einem den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer zukünftigen Straftat bereit zu sein; hierfür müssen also zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Dies gilt unabhängig davon, ob der VP-Einsatz ursprünglich bis zur Tatprovokation der präventiven Gefahrenabwehr diene oder von Anfang an repressiven Charakter hatte. Die Rechtmäßigkeit des Lockspitzeinsatzes ist selbst im Fall einer Gemengelage einheitlich an den Regelungen der StPO zu messen.«⁶

Der Verdacht, den der Bundesgerichtshof hier mit einer Analogie zu §§ 152 Abs. 2, 160 StPO umschreibt ist aber weder ein konkreter Tatverdacht noch ein konkreter Gefahrenverdacht, sondern eher ein Verdacht der Szenezugehörigkeit einer prinzipiell tatgeneigten Person. Die Zulässigkeit der Tatprovokation gegenüber einer solchen Person auch im Fall eines Handelns mit Anstiftungscharakter wird dabei nicht normativ begründet, weil kein Eingriffstatbestand umschrieben, keine Eingriffsermächtigungsnorm genannt und keine Prüfung der Einschlägigkeit der Norm und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme vorgenommen wird. Streng genommen fehlt es an einer spezialgesetzlichen Ermächtigung und die Maßnahme ist dann per se rechtswidrig. *Alle durch staatliche Anstiftung zur Tat hervorgebrachten Beweise sind* nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschen-

⁵ Wolter ZIS 2012, 238 ff.

⁶ BGHSt 45,321, 337.

rechte unverwertbar.⁷ Das ist bei der Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts zu berücksichtigen. Die deutsche Rechtsprechung setzt bisher die Eingriffsschwelle zu hoch an und greift mit der Strafzumessungslösung als begrenzter Rechtsfolgen zu kurz. Das Bundesverfassungsgericht hat dies zwar vorerst gebilligt,⁸ aber den schwarzen Peter den Fachgerichten zugeschoben. Diese werden eine erneute Verurteilung der Bundesrepublik Deutschland nach Möglichkeit zu vermeiden haben. Tatprovokierendes Vorgehen muss auch dann, wenn es gegen Verdächtige gerichtet ist, wegen seines Eingriffscharakters im Übrigen *dokumentiert* werden. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs trägt der Staat in Fällen, in denen dies in Betracht kommt, auch die Beweislast dafür, dass keine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt. Die Tatprovokation des Staates greift zumindest in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein, wenn nicht sogar der Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung betroffen ist. Insoweit ist das Regelungsfähige vom Gesetzgeber zu regeln, nicht durch Richterrecht, und das Unverfügbare ist abzugrenzen. Auch dafür wäre eine gesetzliche Regelung hilfreich.

Geheimhaltungsmaßnahmen hinsichtlich der an heimlichen Ermittlungen und Tatprovokationen für den Staat beteiligten Personen (Verdeckte Ermittler, nicht offen ermittelnde Polizeibeamte, V-Leute) sind, soweit sie überhaupt zulässig sein sollen, gesetzlich zu regeln. Anlage D zu den RiStBV reicht als untergesetzliche Regelung nach dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes nicht aus. Der Hinweis darauf verdeutlicht nur das Regelungsdefizit. Unklar bleibt, warum Verteidiger sich nicht dagegen wenden, notfalls mit der Rechtssatzverfassungsbeschwerde.

Der Grundsatz der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit bedarf der ausdrücklichen Verankerung in der Strafprozessordnung, um eine Aussonderung von »Spurenakten«⁹ oder Geheimakten über verdeckte Ermittlungen und heimliche Informationen nach Gutdünken zu vermeiden. Die Absicherung der Aktenvollständigkeit und Aktenwahrheit muss mit einem effektiven Beweisantragsrecht der Verteidigung im Vorverfahren erfolgen. Effektiv ist das Beweisantragsrecht nur, wenn seine Nichtbeachtung oder rechtsfehlerhafte Zurückweisung mit Rechtsfolgen verbunden ist. Bei unzureichender Reaktion der Staatsanwaltschaft und/oder Polizei kann mit Wahrunterstellung von Verteidigungsvorbringen oder Beweisverwertungsverbot für Behauptungen der Ermittlungsbehörde ohne nachprüfbare Beweisgrundlage

7 EGMR JR 2015, 81 ff. mit Anm. *Petzsche*.

8 BVerfG, Beschluss vom 18.12.2014 - 2 BvR 209,240, 262/14.

9 BVerfGE 63, 45 ff.

wegen Geheimhaltungsmaßnahmen reagiert werden. Bei Unklarheit über umfangreiche informatorische Vorgespräche und/oder suggestive Fragen und Vorhalte bei informellen oder nicht dokumentierten Befragungen kann aus späteren Äußerungen des Beschuldigten jedenfalls nicht auf »Täterwissen« geschlossen werden.

Über das Gebot der gesetzlichen Bestimmung des Grundsatzes der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit und der genauen Regelung eventueller Ausnahmen hinaus, muss Aktenvollständigkeit auch genaue Beweissicherung durch umfassende Dokumentation von Vernehmungen einschließen. Die grundsätzliche *Dokumentation aller Vernehmungen* durch audiovisuelle Aufzeichnung, die schon mit modernen Smartphones bewirkt werden kann, sollte de lege ferenda obligatorisch werden. Es ist nicht akzeptabel, dass bezüglich aller informellen Handlungen im Hauptverfahren zur Vermeidung von Geheimprozessen umfassende Transparenz und Dokumentation gefordert wird, während im Vorverfahren verwertbare Beweise geschaffen werden können, ohne dass die modernen technischen Dokumentationsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. Die Frage der Brauchbarkeit von Protokollen oder sonstigen Aufzeichnungen ist unter Beachtung aussagepsychologischer Erkenntnisse zu bewerten. Ein zusammenfassender Aktenvermerk ermöglicht keine aussagepsychologische Glaubhaftigkeitsbewertung, ein Inhaltsprotokoll schon eher, aber nicht bei Weglassen der Dokumentation von Fragen und Vorhalten. Aussagekräftig erscheint fast nur ein Wortprotokoll, noch besser wirkt eine audiovisuelle Aufzeichnung. Das Unmittelbarkeitsprinzip wirkt kontraproduktiv, wenn anstelle genauer Dokumentationen, die auch aussagepsychologisch bewertbar wären, Zeugen vom Hörensagen herangezogen werden. Insgesamt sollten die empirischen Erkenntnisse der Gedächtnis- und Aussagepsychologie dazu genutzt werden, auf die Dringlichkeit der Verbesserung im Bereich der Aussagedokumentation hinzuweisen. Die Gefahren falscher Erinnerungen müssen vermehrt anhand plakativer Beispiele verdeutlicht werden. Die Aufarbeitung des dramatischen Falles Rudi Rupp¹⁰ ist ein erster Versuch, dem aber weitere folgen müssen.

Ob und wie eine Befragung verfahrensrechtlich durchzuführen ist, hängt von der Prozessrolle der Auskunftsperson ab.

Die *Begründung der Beschuldigtenstellung* könnte nach dem Vorbild des § 397 Abs. 1 AO geregelt werden, was der nach Rechtsschutzgewährung trachtenden Verteidigung nur bedingt weiterhilft. Damit würde nur klargestellt,

10 Eschelbach, Fehltriteilsquellen aus der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung, ZAP 9/2013, S. 467 ff. = Fach 22, 661 ff.; Nestler, Bauer Rupp Reloaded. Überlegungen zur Reform des Ermittlungsverfahrens, ZIS 2014, 594 ff.

dass einerseits eine zu frühe Inkulpatation wegen ihrer Auswirkungen auf das soziale Leben des Beschuldigten unterbleiben soll, aber andererseits keine Ausschaltung von Beschuldigtenrechten im Sinne von § 136 Abs. 1 S. 2 und 3 StPO durch zu weit gehende Zurückstellung der Inkulpatation erfolgen darf und alles in der Entscheidungsmacht des Ermittlers liegt, soweit dieser nicht objektiv willkürlich handelt. Der Hinweis auf einen weiten *Beurteilungsspielraum* des federführenden Ermittlungsbeamten und die Notwendigkeit der Sanktionierung nur von objektiver Willkür kaschiert die besondere Problematik der genauen Festlegung der Beschuldigtenstellung im Einzelfall. Eine abstrakte Definition reicht daher nicht aus, wenn es schließlich um den Grundsatz der *Selbstbelastungsfreiheit* geht.

Ein Ausgleich der Interessen könnte darin bestehen, den *prozessualen Rollentausch* vom noch unverdächtigen oder bereits im Sinne von § 55 StPO verdächtigen Zeugen zum Beschuldigten zum Anlass zu nehmen, frühere Äußerungen im Rahmen einer Zeugenvernehmung nur dann für die spätere Beweisverwertung nach Inkulpatation derselben Person freizugeben, *wenn der Beschuldigte zustimmt*. Um das Recht sachgemäß ausüben zu können, dürfte im *Regelfall Verteidigung notwendig* sein.

Der *prozessuale Rollentausch* weist auf ein Problem hin, das noch der abschließenden Klärung harrt, nämlich die Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit¹¹ bei einem solchen Rollentausch. Der gesetzlich vorgeschriebene Hinweis in der Beschuldigtenvernehmung auf das Recht sich redend oder schweigend verteidigen zu dürfen, hat lange auf rechtlich wirksame Anerkennung warten müssen. Die Bedeutung des Hinweises auf die jederzeitige Möglichkeit von Verteidigerbeistand ist dagegen bis heute nicht abschließend verinnerlicht. Der Beschuldigte ist über die Möglichkeit des Verteidigerbeistands nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zu belehren, der verdächtige Zeuge nach § 55 Abs. 2 StPO dagegen nicht. Die Prüfung, ob nur ein Verdacht oder der Sache nach schon eine Inkulpatation zum Beschuldigten vorliegt und welche Bedeutung Angaben zur Sache haben können, vermag der Vernommene als Nichtjurist und Betroffener aber streng genommen nicht eigenverantwortlich zu bewerten, auch nicht aufgrund der Belehrungen durch den vernehmenden Beamten. Der Hinweis an Beschuldigte auf die Möglichkeit eines Verteidigerbeistands, der dem Verdächtigen nicht einmal gegeben wird, soll aber mittelbar auch die Selbstbelastungsfreiheit im Sinne einer eigenverantwortlichen, bewussten Entscheidung für eventuell selbstbelastende Angaben sichern. Wird der spätere Beschuldigte zuerst als Zeuge vernommen, weil es der Zufall oder die polizeiliche Willkür

11 Zur Unverwertbarkeit früheren Schweigens BGHSt 38, 302, 305.

will, dass die Inkulpation erst später erwogen wird, ist mit der Zeugenaussage die Selbstbelastungsfreiheit in Frage gestellt und zwar sowohl für die aktuelle Zeugenaussage als auch für die nachfolgende Beschuldigteneinlassung, selbst wenn diese für sich genommen verfahrensfehlerfrei erfolgt.

Nur mit der *Anerkennung eines* heilbaren *Beweisverwertungsverbots* ließe sich auch das Rätsel der Vermengung von präventivpolizeilichen und repressiven Zielen lösen, wie es etwa bei Zeugenvernehmungen in Vermisstensachen auftaucht, denen anschließend eine Beschuldigtenvernehmung nachfolgt.¹² Die (präventiv-) polizeiliche Vernehmung eines »verdächtigen Zeugen« in der Vermisstensache ist dann nicht gegen dieselbe Person als späterer Beschuldigter verwertbar, wenn er der Verwertung nicht zustimmt. Zudem erscheint in solchen Fällen formelle Verteidigung tatsächlich notwendig, weil Bedeutung und Tragweite der prozessualen Rechtslage für den von einem strafrechtlichen Vorwurf Betroffenen unüberschaubar ist. Abweichende Rechtsbehauptungen der bisher vorherrschenden Rechtsprechung sind kontrafaktisch und nur mit normativen Erwägungen nachzuvollziehen.

»Qualifizierte Belehrungen« gegenüber nicht verteidigten Beschuldigten mit dem Inhalt, dass frühere Angaben nicht ohne seine Zustimmung verwertbar seien, reichen zur Fehlerkorrektur *bei Folgevernehmungen ohne Verteidigerbeistand* nicht aus. Sie überfordern polizeiliche Ermittlungsbeamte mit der Bewertung von Beweisverboten, die nach der Widerspruchslösung eigentlich erst in der Hauptverhandlung entstehen sollen, und sie ermöglichen dem rechtlich nicht beratenen Beschuldigten keine eigenverantwortliche Entscheidung. Die Rechtsprechung, welche die Figur der »qualifizierten Belehrung« erfunden hat, überschätzt auch dabei die Wirksamkeit der Belehrungsfloskel für die Entscheidungsautonomie des Vernommenen. Dieser bleibt überfordert mit der Vernehmungssituation. Demnach ist die richterrechtliche Implementierung einer solchen Figur auch wegen Fehlens ausreichender empirischer Grundlagen fragwürdig.

Das zeigt sich bei der Idee, eine qualifizierte Zeugenbelehrung über die künftige Verwertbarkeit der Aussage auch in der Hauptverhandlung selbst bei dortiger Zeugnisverweigerung zur Voraussetzung für die Verwertbarkeit einer richterlichen Vernehmung zeugnisverweigerungsberechtigter Zeugen aus dem Vorverfahren in der Hauptverhandlung durch Vernehmung des Richters als Zeuge zu erklären.¹³ Damit wird einen Gegen Ausnahme zur

¹² BGH, Urteil vom 30.12.2014 -2 StR 439/13.

¹³ Anfragebeschluss BGH StV 2014, 717 ff. mit Anm. *Henckel* HRRS 2014, 482 ff.; abl. BGH Beschluss vom 14.01.2015 -1 ARs 21/14; Beschluss vom 08.01.2015 -3 ARs 20/14; Beschluss vom 16.12.2014 -4 ARs 20/14, NSiZ-RR 2015, 48; Beschluss vom 14.08.2014 StR 350/14; Beschluss vom 27.01.2015 -5 ARs 64/14.

Ausnahme von dem Beweisverbot des § 252 StPO postuliert. Das Richterrecht hat sich hier verheddert. Im Ergebnis ermöglicht es die Rechtsprechung dem Zeugen, vor der Hauptverhandlung darüber zu disponieren, ob er Beweismaterial schafft, der in der Hauptverhandlung verwertet werden kann, ohne dass er selbst dort aussagt. Damit kann das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK umgangen werden, wenn er bei der Zeugenvernehmung im Vorverfahren weder selbst anwesend noch durch einen Verteidiger vertreten wird, wozu der Staat mit der »qualifizierten Belehrung« beiträgt. Erfolgt die Gegensteuerung dann nur mit der Beweiswürdigungslösung, dass eine »besonders sorgfältige Beweiswürdigung« das prozessuale Defizit ausgleichen soll,¹⁴ so ist der Beschuldigte essentiell benachteiligt. Will man dem von vornherein begegnen, so wird auch hier die richterliche Vernehmung im Vorverfahren unter Beteiligung von Verteidigung und Zeugenbeistand sowie Staatsanwaltschaft zu einer kleinen, nur »parteiöffentlichen« mündlichen Verhandlung vor der eigentlichen Hauptverhandlung. Diese Entwertung der Hauptverhandlung sollte nicht durch Richterrecht bewirkt werden. Sie wäre aber auch als Gesetzesrecht *de lege ferenda* defizitär, weil eine Legitimation zur Sonderbewertung der richterlichen Vernehmung fehlt und der Untersuchungsrichter im Übrigen zu Recht vernachlässigt wird.

Der Ermittlungsrichter, der nur die Vernehmung durchführt, ohne mit dem Prozessergebnis im Hauptverfahren etwas zu tun zu haben, ist mit dem erkennenden Richter in der Hauptverhandlung hinsichtlich des Engagements und der Information über die Beweisbedeutung für die Endentscheidung nicht zu vergleichen. Muss der erkennende Richter uneingeschränkt über den gesamten Sach- und Streitstand informiert sein,¹⁵ so gilt das für den reinen Untersuchungsrichter bei der isolierten Zeugenvernehmung wohl nicht ebenso. Seine Befragung bleibt defizitär. Die Kontrolle der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung fehlt auch bei der nichtöffentlichen Zeugenvernehmung.

Der Beweistransfer nur durch Zeugenvernehmung des Richters in der Hauptverhandlung ist ebenfalls fehleranfällig. Das Vernehmungsprotokoll wäre zum Beweis des protokollierten Wortlauts der Äußerungen wichtiger, ist aber - unbeschadet des von der Rechtsprechung zugelassenen Vorhalts - nach § 252 StPO nicht als Urkunde verwertbar. Andere Beweismittel als der Richter als Zeuge, etwa der Urkundsbeamte oder Staatsanwalt oder Verteidiger als Zeuge, werden nicht zugelassen, so dass auch mögliche Erinnerungsfehler des Richterzeugen nicht weiter aufklärbar sind. Mit Erforschung der materiellen Wahr-

14 BGHSt 46, 93, 103 ff.

15 BVerfG NStZ 2012,458,460.

heit hat das alles wenig zu tun. Es geht um eine auf normativen Überlegungen aufbauende Praktikabilitätsentscheidung. Einerseits sollen Beweissicherung und Beweistransfer praeter legem ermöglicht werden, andererseits darf das nur unter relativer Beachtung der Grenzen der gesetzlichen Vorgaben erfolgen. Das Gesamtkonstrukt kann danach nicht überzeugen.

Das wird wieder bei aussagepsychologischer Bewertung des Ergebnisses deutlich. Aussagekonstanz der Aussage des unmittelbaren Zeugen, die mit einem singulären Sekundärbeweismittel eingeführt werden sollen, kann nicht geprüft werden, weil ein Vergleichsstück fehlt.

Detailliertheit und Widerspruchsfreiheit kann nicht geprüft werden, wenn der Originalton der Aussage nicht authentisch zur Verfügung steht, obwohl ein Protokoll faktisch existiert, das aber rechtlich nach § 252 StPO nicht bewertet werden darf. Aus aussagepsychologischer Sicht ist die Konstruktion also verfehlt. Prozessrechtlich stellt sie in der Konstellation, in der Aussage-gegen-Aussage steht, eine *einseitige Bevorzugung der Opferzeugenpartei* dar. Das ist kein faires Verfahren mehr.

Die *Verfahrens-, Gedächtnis- und Aussagepsychologie* sollte auch bei der weiteren Ausgestaltung von Partizipationen bei der Beweisgewinnung im Vorverfahren beachtet werden. Das gilt wiederum namentlich für die Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, die einem Parteienprozess immer ähnlicher werden, weil die Adhäsionsklagen oder nachfolgende Schadensersatzprozesse und familienrechtliche Auseinandersetzungen auch echte Privatinteressen der mutmaßlichen Tatopfer einfließen. Der »moderne« Strafprozess ist nicht mehr nur das Verfahren des Staates gegen den Beschuldigten, sondern auch das Verfahren des Staates und der verletzten Partei gegen den Beschuldigten. Das wird als *dreipoliges Grundrechteverhältnis* betrachtet, was bei Zurückstellung von Bedenken dem innerstaatlichen Recht entsprechen mag, aber jedenfalls der Konvention bei der Bewertung der prozessualen Menschenrechte als Abwehrrechten des Betroffenen gegen den Staat widerspricht. Konflikte sind vorprogrammiert. Beschuldigter und Opferzeuge werden zu Prozessparteien. Je mehr ihnen an Rechten zugestanden wird, desto mehr wird ihre Beweisbedeutung als personales Beweismittel erschüttert.

Beschuldigte werden bei der Sacheinlassung durch Verteidiger mit anwaltlichen Erklärungen vertreten, Opferzeugen werden anwaltlich beraten, über Akteninhalte *informiert, therapiert und gecoacht*. Beides ist vom aussagepsychologischen Standpunkt aus verfehlt, weil es zwangsläufig durch Informationszufluss und Aussagenkanalisierung zu *Erinnerungsverfälschungen und Aussagenbeeinflussungen* führt. Die Beweisperson, die mit Akteninformationen versehen

wird, hat keine authentische Erinnerung an das Geschehen, sondern eine überschriebene Gedächtnisspur. Die Beweisperson, die therapiert wird, ist in ihrem nonverbalen Aussageverhalten nicht mehr authentisch; der »persönliche Eindruck« des Richters wird entwertet oder sogar in die Irre geführt. Zeugen-coaching bis hin zum Realkennzeichentraining führt zur Trübung der Beweisquelle bis zur Unkenntlichkeit oder sogar zur Beweisfälschung. Das alles muss, wenn die von Gesetzgebung und Rechtsprechung bisher ignorierte »Wahrheit« über die Bedeutung der Dinge bekannt und beachtet wird, zur Zerstörung des Strafprozesses in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen führen, wenn nicht entweder vorherige Beweissicherung unverfälschten Beweisstoffs betrieben oder die Suche nach der materiellen Wahrheit aufgegeben wird. Ersteres gelingt nur halbwegs fair, wenn anwaltliche Beobachter und Fragesteller an der ersten Beweisgewinnung teilnehmen, es gelingt nur halbwegs professionell, wenn für psychologische Sachverständige und erkennende Richter verwertbarer und aussagekräftiger Beweisstoff möglichst umfassend und genau, am besten audiovisuell, dokumentiert wird.

Ein Sonderproblem, das auch noch nicht ernsthaft nach aussagepsychologischen Maßstäben überprüft wurde, bilden die Vernehmungen von informellen *Kronzeugen*. Dass auch Mitbeschuldigte durchaus Belastungszeugen im Sinne der Konvention sind, hat sich noch nicht überall herumgesprochen. Das Konfrontationsrecht muss sich auch und erst recht auf solche Zeugen beziehen, die mit ihrer drittbelastenden Einlassung zugleich wesentliche Eigeninteressen verfolgen und daher ein starkes Falschaussagemotiv besitzen. Die überkommene Regelung, dass der Verteidiger eines Beschuldigten bei der polizeilichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten kein Anwesenheitsrecht hat, wirkt daher überholt.¹⁶ Die *Beteiligtenöffentlichkeit* der Mitbeschuldigtenvernehmung im Vorverfahren und die authentische *Dokumentation* aller Äußerungen sollte als *Mindestbedingung zur Legitimation von Kronzeugenbehandlungen* nach §§ 46 Abs. 2, 46b StGB anerkannt werden, sofern man diese überhaupt zulassen will. Die Belohnung eines Beschuldigten mit Strafrabatt in eigener Sache wegen drittbelastender Angaben ist nämlich per se nicht unbedenklich und sollte daher auch als Grund für die Zulassung einer aussagepsychologischen Begutachtung überprüft werden. Die »besonders sorgfältige« tatrichterliche Beweiswürdigung reicht als Korrektiv auch hier kaum aus.

Das Ob und Wie der Gutachteneinholung, die *Leitung des Sachverständigen* und die *Gutachtenkontrolle* sind weitere Problembereiche der Praxis und möglichen Reform des Verfahrensrechts. Wirkliche Verteidigung kann in allen

¹⁶ Jahn, ZStw 2003,815,839.

Bereichen, nicht nur bei der Gutachterausswahl, sondern auch bei der Fragestellung, der Sachkundeprüfung, der Hypothesenformulierung, der Prüfung der Beachtung von methodischen Mindeststandards und der inhaltlichen Gestaltung von Gutachten wesentlich zur Wahrheitsermittlung beitragen. Indes wirkt das Recht des Sachverständigenbeweises vielfach noch als *terra incognita*.

Zur Frage der *Sachverständigenauswahl* steht der Verteidigung ein *Anspruch auf rechtliches Gehör* zu. Gehörsverletzungen können zumindest in gravierenden Fällen, in denen nachträglich ein Interesse an der Auswahl eines anderen Sachverständigen plausibel geltend gemacht wird, so dass die vorherige Auswahlentscheidung auf der Gehörsverletzung beruhen kann, zu einem *Beweisverwertungsverbot* hinsichtlich der Ausführungen des beauftragten Sachverständigen führen.¹⁷ Die überraschende Beauftragung eines anderen Sachverständigen nach der Erstellung eines dem Angeklagten günstigen Gutachtens kann eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren darstellen.¹⁸ Methodenfehler können zur Berechtigung des Antrags auf Einholung des Gutachtens eines weiteren Sachverständigen führen.

Beweisantragsrecht und Schlussgehör sind gut, aber nur, wenn sie erstens genutzt werden und zweitens auf ein Echo stoßen. Die wirksame Nutzung setzt voraus, dass wirkliche Verteidigung echte *Alternativhypothesen* zum Verdacht formuliert, dazu eine Äußerung von Ermittlungsbehörde oder Gericht einfordert und für die Adressaten eine *Berücksichtigungs- und Bescheidungsspflicht* besteht. Die Polizei kommt dafür nicht in Frage, die Staatsanwaltschaft ist ein rechtlich richtiger, aber praktisch nicht entscheidungsbereiter Kommunikationspartner, maßgebend ist auch nicht der Ermittlungsrichter, sondern das erkennende Gericht. Es sollte also eine Prüfungs- und Bescheidungsspflicht in Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss angestrebt werden. Dazu müssen auch wirksame Rechtsbehelfe bestehen.

Die Schaffung eines autonomen Rechtswegs im Vorverfahren über Ermittlungsrichter und Beschwerdegericht führt nicht zum Kern, solange jedenfalls keine Bindung des später im Zwischen- und Hauptverfahren erkennenden Gerichts oder der dazu gehörenden Rechtsmittelinstanzen besteht, die wegen Autonomie dieser Instanzen der prozessbeendenden Entscheidung auch besser nicht angedacht werden sollte.

17 *Dierlamm*, Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 117, 122 f. 18 BGH NSTZ 1996, 454 f. 18 BGH NSTZ 1996, 545 f.

Aus allem ergibt sich:

Ein Anfang ist dort zu machen, wo evident das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes verletzt ist, also bei geheimer Aktenführungen, V-Mann-Einsatz und Tatprovokation.

Eine Fortsetzung der Reformbemühungen ist bei Dokumentationsmaßnahmen mit Hinweis auf die aussagepsychologische Bedeutung nur genau dokumentierter Aussagen von Beschuldigten, Mitbeschuldigten und Zeugen zu machen.

Die Möglichkeit des Beweistransfers sollte von der Verteidigung eher als Chance, denn als Gefahr verstanden werden, wenn diese von einer bestimmten Qualität der Beweissicherung abhängig gemacht wird.

Anwesenheits- und Fragerechte sind über das Konfrontationsrecht, Antrags- und Äußerungsrechte über das Recht auf wirkungsvollen Rechtsschutz und rechtliches Gehör einzufordern und qualitativ dadurch anzureichern, dass Verteidiger nicht nur abstrakte Forderungen aufstellen, sondern konkrete Alternativhypothesen ausformulieren und dazu konkrete Antworten der Justiz einfordern.

Die Rollen von Verteidiger und Mandant sind zu definieren, weil beide eigenständige prozessuale Rechte haben.

Opfer als Prozesssubjekte verlieren an Beweisbedeutung als personale Beweismittel; darauf ist nachdrücklich zu verweisen. Die Aussage eines über Akteninhalte informierten, rechtlich beratenen, therapeutisch aufgebauten und in der Zeugenrolle trainierten Zeugen ist entwertet.

Es gibt viel zu tun.