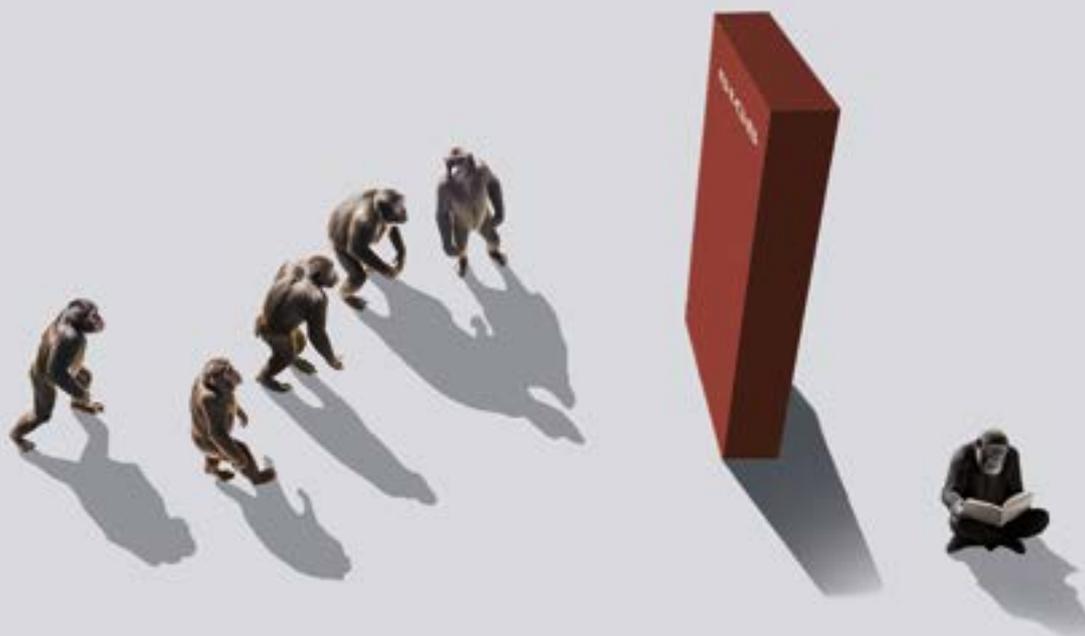


MATERIALHEFT
45. STRAFVERTEIDIGERTAG
HAMBURG, 1. - 3. MÄRZ 2024



2024: A COURT ODYSSEY

45. STRAFVERTEIDIGERTAG : MACHT UND OHNMACHT VOR GERICHT
Universität Hamburg, 1. bis 3. März 2024



4 Wochen
kostenlos
testen!

testen.beck-online.de

Strafrecht

Immer auf der sicheren Seite

Die Fachmodule von **beck-online** – hier findet jede Juristin und jeder Jurist die perfekte Ausrüstung. Einmal mit **beck-online** gearbeitet, wollen Sie nie mehr darauf verzichten – garantiert!

— Strafrecht PLUS

Die ideale Grundausstattung für Ihre tägliche Arbeit: Mit wichtigen Standardwerken wie **Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch; Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz; BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Hrsg. Graf** übersichtlich aufbereitet und stets aktuell.

ab € 67,-/Monat* | Infos: beck-shop.de/29222

— Strafrecht PREMIUM

Für komplexe Herausforderungen und ein breiteres Meinungsspektrum: Das Aufbaumodul Strafrecht PREMIUM bietet Ihnen weitere renommierte Nachschlagewerke wie den **Münchener Kommentaren zum StGB und zur StPO** sowie das **Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, Hrsg. Müller/Schlothauer/Knauer**.

ab € 155,-/Monat* | Infos: beck-shop.de/29221

— Strafrecht OPTIMUM

Die Spezial-Ausrüstung für besonders knifflige Fälle: Für alle, die das Optimum im Strafrecht wollen enthält dieses Modul zusätzlich weitere Top-Werke, z.B.: **Joecks/Jäger/Randt, Steuerstrafrecht; Münchener Anwaltshandbuch Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, Hrsg. Volk/Beukelmann; Harte-Bavendamm/ Ohly/ Kalbfus, GeschGehG** sowie **Schwark/ Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar**.

ab € 292,-/Monat* | Infos: beck-shop.de/17240646

* Preise für bis zu 3 Nutzer, zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo

beck-online.DIE DATENBANK genügt.





45

Veranstalterinnen:

Organisationsbüro der
Strafverteidigervereinigungen
Berlin

Vereinigung Baden-Württembergischer
Strafverteidiger e.V.

Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen
und Strafverteidiger e.V.

Vereinigung Berliner
Strafverteidiger*innen e.V.

Hamburger Arbeitsgemeinschaft für
Strafverteidigerinnen
und Strafverteidiger e.V.

Vereinigung Hessischer
Strafverteidiger e.V.

Strafrechtausschuss des
Kölner Anwaltverein

Strafverteidigerinnen- und
Strafverteidigerverein
Mecklenburg-Vorpommern e.V.

Vereinigung Niedersächsischer und Bremer
Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V.

Strafverteidigervereinigung NRW e.V.

Strafverteidigervereinigung Sachsen/
Sachsen-Anhalt e.V.

Schleswig-Holsteinische
Strafverteidigervereinigung e.V.

45. STRAFVERTEIDIGERTAG
Hamburg, 1. bis 3. März 2024
Universität Hamburg

Programm

Freitag, 1. März 2024

ab 17.00 Uhr
Anmeldung und Akkreditierung

18.30 Uhr:
Eröffnung und Begrüßung

Eröffnungsvortrag

RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen
»Macht und Ohnmacht vor Gericht«

im Anschluss
Empfang für die Gäste &
Teilnehmer*innen
des Strafverteidigertages

Samstag, 2. März 2024

9.00 – 12.30
14.00 – 17.00 Uhr

Arbeitsgruppen

17.30 Uhr
ggfs. Zusatzveranstaltungen

ab etwa 21.00 Uhr
Abendveranstaltung der
Hamburger Arbeitsgemeinschaft
für Strafverteidiger*innen

Sonntag, 3. März 2024

10.00 – 12.30 Uhr

Schlussdiskussion:
Die Zukunft der Verständigungsregeln

Erscheint im März.



Neuaufgabe

Das Handbuch bringt Struktur in das brisante, über zahlreiche Normenkomplexe verstreute Rechtsgebiet. Seine kluge Systematik orientiert sich am Lebenszyklus eines Unternehmens. Von der Gründung bis zur Beendigung wird chronologisch jedes mögliche Strafbarkeitsrisiko bis ins Detail durchleuchtet und die gigantische Stofffülle von Praktikern für Praktiker aufbereitet.

Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts. Herausgegeben von RiOLG a.D. Dr. Christian Müller-Gugenberger, Ltd. OStA Jens Gruhl und Bundesanwältin beim BGH Anke Hadamitzky. Bearbeitet von über 25 Experten aus Beratung, Verwaltung und Richterschaft. 8. neu bearbeitete Auflage 2024, ca. 3.000 Seiten Lexikonformat, gbd. ca. 250 €. ISBN 978-3-504-40102-3

Am besten gleich vorbestellen unter otto-schmidt.de

ottoschmidt

Inhalt

- 7 Prof. Dr. Karsten Altenhain
Dokumentationspflicht im Ermittlungsverfahren. Warum eigentlich nicht?
- 20 Prof. Dr. Thomas Weigend
Audio-visuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen
- 26 Dr. Markus Wagner
Die Videoaufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung. Psychologische Implikationen und ihre verfahrensrechtlichen Konsequenzen
- 35 Gerhard Strate
Verdeckte Ermittlungen auch gedeckt durch die Verfassung?
- 41 (Prof.) Dr. Thomas Fischer
RiBGH Dr. Heinrich Maul
Tatprovokierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme
- 49 Prof. Dr. Matthias Jahn
Dr. Nikolaos Gazeas
Dr. Yannic Hübner
Rechtssicherheit beim Einsatz von Vertrauenspersonen und rechtsstaatskonformes Verbot der Tatprovokation: Ein Regelungsvorschlag
- 58 Dr. Carolin Arnemann
Zur Reformbedürftigkeit des Wiederaufnahmerechts
- 65 Hans Holzhaider
Im Zweifel
- 70 Prof. Dr. Stefan König
Fehlurteil und Wiederaufnahme. Ein »Innocence-Project« für Deutschland?
- 78 Thomas Bliesener
Karsten Altenhain
Franziska Kilian
Mona Leve
Merten Neumann
Jana Otzipka
Erik Penther
Renate Volbert
Fehlerquellen und Wiederaufnahme im Strafverfahren. Eine bundesweite Untersuchung der Rechtspraxis bei Wiederaufnahmeverfahren nach rechtskräftigen Entscheidungen
- 93 Christian Volk *im Gespräch mit Jannis Grimm*
Über den demokratischen Gestus von Aktionen des zivilen Ungehorsams im Regime der Unruhe
- 102 AG Tiergarten
Sitzblockaden der Klimaaktivisten
Beschluss vom 5. Oktober 2022 – (303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22), 303 Cs 202/22 –
- 105 AG Freiburg im Breisgau
Straßenblockade von Klimaaktivisten
Urteil vom 21.11.2022 – 24 Cs 450 Js 18098/22 –
- 113 Prof. Dr. Thomas Fischer
Über die Wahrheit
- 115 Dr. Oliver Harry Gerson
»Diskurs, Konflikt, Wahrheitsfindung«. Reflexionen zur Rechtswirklichkeit des Strafverfahrens
- 124 LG Hamburg Jugendkammer
Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit aufgrund Telefongesprächen mit dem Strafverteidiger
Beschluss vom 13.06.2019 – 617 KLS 35/18 jug –
- 127 Dr. Anna-Katharina Pieronczyk
Prozessrechte im Auslieferungsrecht. Rechtsschutzlücken im IRG – und wie die Anwaltspraxis damit umgehen kann
- 136 RiOLG Klaus Michael Böhm
Aktuelle Entwicklungen im Auslieferungsrecht
- 145 Dr. Mariana Sacher
Einfordern und Prüfung von Zusagen vor Auslieferung
- 147 Klaus Ott
Freiheit für Manager, Gefängnis für Schwarzfahrer: Das ist Klassenjustiz

Danksagung

Wir danken den Autor*innen sowie den veröffentlichenden Verlagen und Redaktionen für die Erteilung von Nachdruckgenehmigungen. Bitte beachten Sie die jeweils neben den Texten angegebenen Quellen und Zeitschriften.

Impressum

Das Materialheft zum 45. Strafverteidigertag wird kostenfrei an Teilnehmer*innen der Tagung ausgegeben und erscheint in einer Auflage von 800 Exemplaren.

Verantwortlich für das Heft ist das

**organisationsbüro der
strafverteidigervereinigungen**
Münchener Str. 16
10779 Berlin

WELCOME TO THE PARTY BOAT

SAMSTAG, 2. MÄRZ 2024 AB 20.00 UHR
MS STUBNITZ - HIRCHENPAUERKAI 29, U-BAHN-STATION ELBBRUECKEN

MUSIK:
CLANDESTINOS DE HAMBURGO (SKA, CUMBIA, FUSION, TANZMUSIK)
DANACH: **MISS LEEMA** LEGT AUF

EINTRITT 15,-
KARTEN AUF DEM STRAFVERTEIDIGERTAG
UND ABENDS VOR ORT.



Information



Fortbildungszertifikate

Die inhaltlichen Veranstaltungen des Strafverteidigtages können als Fortbildung i.S.d. § 15 FAO anerkannt werden. Für das Kernprogramm der Tagung (Eröffnungsvortrag Freitag, Arbeitsgruppen Samstag, Schlussveranstaltung am Sonntag) können insgesamt 10 Stunden bescheinigt werden. Evtl. Zusatzveranstaltungen am Samstag werden ebenfalls je nach Dauer bescheinigt. Die Teilnahme wird vor Ort per Teilnehmerliste überprüft.

Die Zertifikate werden im Nachgang der Tagung per Post versandt.

tagungsort

Der Strafverteidigtage findet statt an der **Universität Hamburg** Von-Melle-Park 4, 20146 Hamburg (Rotherbaum). Das Tagungszentrum befindet sich im Audimax der Universität. Die genaue Verteilung der Arbeitsgruppen erfahren Sie vor Ort.

Die Hamburger Universität liegt in unmittelbarer Nähe zum Fernbahnhof Hamburg-Dammthor (500 Meter). Die nächsten ÖPNV-Haltestellen befinden sind Museum für Völkerkunde, Grindelhof und Universität/Staatsbibliothek (jeweils 300 Meter). Eine Tageskarte im **Hamburger Verkehrsverbund** kostet 8,80 Euro.

abendveranstaltung

Die traditionsreiche Abendveranstaltung des Strafverteidigtages findet in diesem Jahr an Bord des denkmalgeschützten Kühltransportschiffs der DDR Fischereiflotte **MS Stubnitz** statt (Kirchenpauerkai 29, 20457 Hamburg).

Die MS Stubnitz ist mit der U-Bahnlinie 4 (Haltestelle Elbbrücken) erreichbar. Weitere Details entnehmen Sie bitte der Ankündigung auf der Vorderseite.

rahmenprogramm

Für Gäste des Strafverteidigtages sind auch wieder Stadtführungen in Planung. Weitere Informationen erhalten Sie unmittelbar vor Beginn der Tagung.

weitere informationen

Unmittelbar vor Beginn der Tagung erhalten Sie weitere Informationen – bspw. über die Raumverteilung, Hinweise zur Anreise etc. – von uns mit gesonderter Post.

zusatzfortbildung

Ergänzend zum Strafverteidigtage besteht am Freitag vor Beginn der Tagung die Möglichkeit zur Teilnahme an einer zusätzlichen Fortbildung der Hamburger Arbeitsgemeinschaft für Strafverteidiger*innen im Umfang von 5 Zeitstunden. **Diese Zusatzfortbildung ist nicht Teil des Strafverteidigtages und bedarf einer gesonderten Anmeldung.**

»Verteidigung im Sexualstrafrecht«

RA Urs Koerner von Gustorf, Berlin

»Verteidigung in Sexualstrafsachen nach dem 50. StrÄG«

Sachverständige Frau Dr. Nahlah Saimeh,

RA Arne Timmermann, Hamburg

Forensisch-psychiatrische Sachverständigengutachten in Sexualstrafsachen / Besonderheiten der Begutachtung von Beschuldigten in diesem Deliktsbereich

Teilnahmegebühr:

Die Teilnahmegebühr für Mitglieder der Strafverteidigervereinigungen beträgt 119,00 Euro (100 € zzgl. 19% USt iHv 19€), für Nicht-Mitglieder 178,50 Euro (150€ zzgl. 19% USt iHv 28,50€), für junge Kolleg*innen (Zulassung unter 3 Jahre) 89,25 Euro (75€ zzgl. 19% USt. iHv. 14,25€).

Die Anmeldung erfolgt online über die Website des Strafverteidigtages.

DOKUMENTATIONSPFLICHT IM ERMITTLUNGSVERFAHREN

aus:
ZIS 5/2015
269 ff.

WARUM EIGENTLICH NICHT?

I. Einleitung

Wenn von der Dokumentation im Ermittlungsverfahren gesprochen wird, so ist damit zumeist die Dokumentation der Beschuldigten- und der Zeugenvernehmung gemeint. Gefordert wird eine Bild-Ton-Aufzeichnung – nur selten die Tonaufzeichnung, nie das Wortprotokoll.

Dokumentation zielt ab auf die Konservierung des Authentischen: Das tatsächliche verbale, paraverbale und non- verbale Aussageverhalten des Zeugen oder Beschuldigten soll vollständig dauerhaft aufgezeichnet werden und dadurch unbegrenzt reproduzierbar sein. Es geht, vergleichbar mit der Sicherstellung eines Sachbeweises, um die Verhinderung eines Beweisverlusts.¹

Von einer Dokumentation mittels Bild-Ton-Aufzeichnung verspricht man sich außerdem, dass mit ihr ein etwaiger späterer Verdacht, bei der Vernehmung seien Verfahrensvorschriften missachtet worden, schnell, zuverlässig und eindeutig aufgeklärt werden kann.

Es ist eigentlich kein Grund ersichtlich, warum das damit umrissene Ziel, eine authentische, vollständige, jederzeit reproduzierbare und aus sich heraus auf ihre rechtmäßige Gewinnung hin überprüfbare Erkenntnisquelle sicherzustellen, nur bei der Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten verfolgt werden soll. Jedoch ist verständlich, dass Zeugen- und Beschuldigtenvernehmung im Vordergrund stehen. Sie haben in der Praxis eine überragende Bedeutung und sind besonders fehleranfällig.

II. Rechtslage

Die StPO sieht bislang keine umfassende Pflicht zur Dokumentation der Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten im Ermittlungsverfahren vor.² Das Proto-

koll, das bei jeder richterlichen Vernehmung erstellt werden muss (§ 168 StPO) und bei staatsanwaltschaftlichen und (neuerdings³ auch bei) polizeilichen Vernehmungen aufgenommen werden »soll« (§ 168b Abs. 2 StPO), muss kein Wortprotokoll sein.

Daneben – nicht anstelle des Protokolls – »kann« die Vernehmung eines Zeugen audiovisuell aufgezeichnet werden. Das erlaubt § 58a Abs. 1 S. 1 StPO, der gem. § 161a Abs. 1 S. 2 StPO auf staatsanwaltliche⁴ und gem. § 163 Abs. 3 S. 1 StPO auch auf die polizeiliche Vernehmung⁵ anwendbar ist. Als Regelfall vorgesehen ist eine solche Bild-Ton-Aufzeichnung aber nur bei der Vernehmung von minderjährigen Zeugen, von Zeugen, die als Minderjährige Opfer bestimmter schwerer Delikte (§ 255a Abs. 2 S. 1 StPO) waren, und von Zeugen, die in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung stehen werden.⁶ Dann »soll« gem. § 58a Abs. 1 S. 2 StPO die Vernehmung »nach Würdigung der dafür jeweils

ebenso Rogall, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 4. Aufl. 2014, § 72 Rn. 22; Trück, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 1, 2014, § 72 Rn. 27; im Ergebnis [keine Aufzeichnung] auch Neuhaus, in: Dölling/ Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 72 Rn. 17, wonach der Sachverständige vor einer Anwendung des § 58a StPO abberufen werden muss). Dieser Argumentation ist für § 58a Abs. 1 S. 2 StPO beizupflichten, weil der Sachverständige nicht das Opfer der Tat und im Gegensatz zum Zeugen austauschbar ist (vgl. § 247a Abs. 2 im Gegensatz zu § 247a Abs. 1 S. 3, 4 StPO). Sie trägt aber nicht für § 58a Abs. 1 S. 1 StPO.

³ Bis zur Erweiterung des § 168b StPO durch Art. 2 Nr. 5 Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren (BGBl. I 2013, S. 1938 [1939]) war gar keine Protokollierung polizeilicher Vernehmungen vorgeschrieben. Nach h.M. war § 168b Abs. 2 StPO aber analog anzuwenden (BGH NSTz 1995, 353; BGH NSTz 1997, 611; Erb, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 163a Rn. 100, § 168b Rn. 2a). – Der Erweiterung des § 168b StPO wurde allerdings Nr. 5b RiStBV noch nicht angepasst. Danach kann im Fall des § 168b Abs. 2 i.V.m. § 168a Abs. 2 S. 1 StPO nur der Staatsanwalt die Entscheidung über den Einsatz technischer Hilfsmittel (insb. Tonaufnahmeggeräte) treffen.

⁴ Erb (Fn. 3), § 161a Rn. 20; Wohlers, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 161a Rn. 17.

⁵ Durch den 2009 in § 163 Abs. 3 S. 1 StPO eingefügten Verweis auf § 58a StPO kommt es nicht mehr darauf an, ob der Zeuge mit der Aufzeichnung einverstanden ist.

⁶ Der Anwendungsbereich des § 58a Abs. 1 StPO wird durch den Verweis in § 168e S. 4 StPO nicht erweitert. Der Gesetzgeber wollte dort nur klarstellen, dass eine zulässige Simultanübertragung unter den Voraussetzungen des § 58a StPO auch aufgezeichnet werden »kann« (BT-Drs. 13/7165, S. 5, 9). Der Verweis ist überflüssig, weil § 58a StPO als allgemeine Vorschrift allemal gilt, und er ist missglückt, weil § 58a StPO direkt und nicht nur »entsprechend« anwendbar ist (Erb [Fn. 3], § 163e Rn. 24 f.)

¹ So ausdrücklich BT-Drs. 13/7165, S. 6, zur Einführung der Bild-Ton-Aufzeichnung gem. § 58a StPO.

² Die Dokumentation der Vernehmung von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren bleibt hier unerörtert. Eine mündliche Erstattung des Gutachtens ist zwar auch in diesem Verfahrensstadium möglich (§ 82 StPO), in der Praxis aber selten, weil sie zu protokollieren, zumindest aktenkundig zu machen ist (§ 168b Abs. 1, 2 StPO). Streitig ist, ob § 72 StPO eine entsprechende Anwendung des § 58a StPO erlaubt, also eine mündliche Gutachtenerstattung aufgezeichnet werden darf. Das wird zumeist mit der Begründung verneint, es bestehe keine vergleichbare Sachlage, die es rechtfertige, die »von § 58a gestatteten Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zur Wahrung der Interessen von besonders schutzbedürftigen Zeugen« auch bei einem Sachverständigen zuzulassen (Krause, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 72 Rn. 13;

maßgeblichen Umstände« aufgezeichnet werden.⁷

Seit November 2013 »kann« auch die Vernehmung des Beschuldigten audiovisuell aufgezeichnet werden. Das gilt für staatsanwaltschaftliche, polizeiliche⁸ und, wenn die Staatsanwaltschaft dies beantragt, auch richterliche Vernehmungen (§ 162 StPO).⁹ Der neue § 163a Abs. 1 S. 2 StPO¹⁰ erklärt auf die Beschuldigtenvernehmung § 58a Abs. 1 S. 1, Abs. 2, Abs. 3 StPO für entsprechend anwendbar. Zwar heißt es in der Gesetzesbegründung nur, nunmehr sei »die Aufzeichnung einer *Videovernehmung* des Beschuldigten ausdrücklich erlaubt«,¹¹ jedoch ist der Verweis in § 163a Abs. 1 S. 2 StPO darauf nicht beschränkt, sondern erklärt § 58a Abs. 1 S. 1 StPO unabhängig von einer Videoübertragung der Vernehmung gem. § 58b StPO für anwendbar.

III. Entwicklung der Gesetzgebung

Die Bild-Ton-Aufzeichnung von Vernehmungen verdankt ihre Einführung in die StPO ursprünglich dem Opferschutz. Der Gesetzgeber wollte schutzbedürftigen Zeugen Mehrfachvernehmungen ersparen.¹² Er erkannte aber durchaus auch die Vorteile einer solchen Aufzeichnung für die »Erforschung der Wahrheit« (vgl. § 58a Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StPO). So hob er zum Beispiel die »besondere Beweisbedeutung« der Erstaussage (des kindlichen Opferzeugen) hervor¹³ oder betonte die Notwendigkeit, »Beweisverlusten entgegenzutreten«.¹⁴

Inzwischen ist die Erforschung der Wahrheit in den Vordergrund gerückt. Bei der letzten Änderung des § 58a StPO durch das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 26.6.2013 hieß es in der Entwurfsbegründung, für die Anordnung einer Ton-Bild-Aufzeichnung könnten auch schon mit ihr »möglicherweise verbundene Aspekte wie beispielsweise eine erhöhte Geständnisbereitschaft« und »die Beweissicherung« den Ausschlag geben.¹⁵ Zu dem ebenfalls 2013 in Kraft getretenen Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren, durch das die Videoaufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung geregelt wurde, verweist

⁷ Außerdem »soll« sie »als richterliche Vernehmung erfolgen«, wenn dies »neben der Bild-Ton-Aufzeichnung einen zusätzlichen Beitrag zur Wahrung der schutzwürdigen Belange des Zeugen [...] bzw. zur Erforschung der Wahrheit [...] zu leisten vermag« (*Hervorhebung des Verf.*); **BT-Drs. 17/6261**, S. 11.

⁸ So ausdrücklich **BT-Drs. 17/12418**, S. 2. Allgemein gilt, dass sich § 163a Abs. 1 StPO auch an die Polizei richtet; *Erb* (Fn. 3), § 163a Rn. 6.

⁹ A.A. *Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*, GA 2014, 1 (32), wonach die Vernehmung durch den Ermittlungsrichter ausgenommen ist.

¹⁰ Eingefügt durch Art. 6 Nr. 4 Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren v. 25.4.2013; BGBl. I 2013, S. 935 (936).

¹¹ **BT-Drs. 17/12418**, S. 2, 16.

¹² **BT-Drs. 13/7165**, S. 5, 7; **BT-Drs. 16/12098**, S. 12; **BT-Drs. 17/6261**, S. 1, 8, 10; siehe auch Art. 20 lit. b) und Erwägungsgrund (53) der RL 2012/29/EU über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten v. 25.10.2012, ABl. L 315 v. 14.11.2012, S. 57 (63, 70).

¹³ **BT-Drs. 13/7165**, S. 6.

¹⁴ **BT-Drs. 13/7165**, S. 6.

¹⁵ **BT-Drs. 17/6261**, S. 10.

der Gesetzgeber wieder auf »die Gefahr eines Beweismittelverlusts«.¹⁶

Die Einstellung des Gesetzgebers zu Zweck und Umfang der Bild-Ton-Aufzeichnung hat sich also gewandelt. Während zunächst der Opferschutz im Vordergrund stand und sogar versucht wurde, durch die Gesetzesformulierung sicherzustellen, dass § 58a StPO von der Praxis »nicht als Einstieg für eine regelmäßige Videoaufzeichnung« aufgefasst wird,¹⁷ weist der Gesetzgeber nun darauf hin, dass es im Ermittlungsverfahren selten auf den unmittelbaren persönlichen Eindruck ankomme, und appelliert deshalb an die Strafverfolgungsorgane, die (Video- und) Videokonferenztechnik stärker einzusetzen.¹⁸

IV. Reformvorschläge

Durch die letzten Gesetzesänderungen wurden bereits einige Forderungen aus dem im Jahr 2010 vom Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer vorgelegten »Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik«¹⁹ (im Folgenden: BRAK-Entwurf) zum Teil umgesetzt. Der Entwurf sieht jedoch darüber hinaus vor, dass eine Zeugenvernehmung auch dann in Bild und Ton aufgezeichnet werden *soll*, wenn »abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein und der Aussage [...] im Verfahren eine erhebliche Bedeutung zukommen wird«. Außerdem wird verlangt, dass die Vernehmung aufgezeichnet werden *muss*, »wenn abzusehen ist, dass der Aussage [...] ausschlaggebende Bedeutung zukommen wird«. Auch die Vernehmung des Beschuldigten *muss* nach den Vorstellungen der BRAK aufgezeichnet werden, »wenn abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird«.²¹

Der im Jahr 2013 vorgestellte »Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme« des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (im Folgenden: Alternativ-Entwurf) bleibt hinter diesen Forderungen zurück. Der Arbeitskreis hält den BRAK-Entwurf »für zu weitgehend«.²² Er sieht bei § 58a StPO »nur geringen Präzisierungs- und Ergänzungs-

¹⁶ **BT-Drs. 17/12418**, S. 2, 15.

¹⁷ **BT-Drs. 13/7165**, 6. Unter Verweis hierauf plädiert *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 48, für eine »einschränkende Auslegung« des § 58a Abs. 1 S. 1 StPO. Abgesehen von der aufgezeigten Änderung der Grundeinstellung des Gesetzgebers spricht dagegen auch, dass sich die Passage auf die ursprünglich vorgeschlagene, engere Formulierung des § 58a Abs. 2 S. 1 StPO-E bezog, die Verwendung der Aufzeichnung müsse zur Erforschung der Wahrheit »unerlässlich« sein. Bereits der Vermittlungsausschuss schwächte dies auf das heutige »erforderlich« ab (**BT-Drs. 13/10001**, S. 2).

¹⁸ **BT-Drs. 17/12418**, S. 2, 15.

¹⁹ **BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010**; bekräftigt in **BRAK-Stellungnahme Nr. 45/2014**, S. 6 ff.

²⁰ **BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010**, S. 8 (§ 58a Abs. 1 S. 2 Nr. 3, Abs. 1 S. 3 StPO-E).

²¹ **BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010**, S. 9 (§ 136 Abs. 4 StPO-E).

²² § 58a Abs. 1 S. 2 StPO-AE, *Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis)*, GA 2014, 1 (30).

bedarf«.²³ Vorgeschlagen werden daher lediglich Modifikationen der Soll-Vorschrift des § 58a Abs. 1 S. 2 StPO. So soll die Begrenzung der minderjährige Opfer betreffenden Nr. 1 auf bestimmte Delikte i.S.d. § 255a StPO gestrichen werden. Nr. 2 soll etwas erweitert und in eine Muss-Vorschrift umgewandelt werden.²⁴ Auch die Beschuldigtenvernehmung »soll« nur aufgezeichnet werden, wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird.²⁵ Eine Pflicht wird nur für den Fall befürwortet, dass der Beschuldigte die Bild-Ton-Aufzeichnung selbst beantragt.²⁶

V. Tatsächliche Nutzung der Aufzeichnungstechnik

1. Studien

Aktuelle Zahlen zu Bild-Ton-Aufzeichnungen von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren gibt es, soweit ersichtlich, nicht. In der Literatur wird die Einschätzung geäußert, von dieser Möglichkeit werde »praktisch kein Gebrauch gemacht«.²⁷ Damit hätte sich seit einer frühen Studie aus Bayern, die im März 2001²⁸ – also gut zwei Jahre nach Inkrafttreten des § 58a StPO – erstellt wurde und zu dem Ergebnis gelangte, dass im Ermittlungsverfahren nur ausnahmsweise und dann vornehmlich bei der Vernehmung minderjähriger Opfer sexuellen Missbrauchs eine Bild-Ton-Aufzeichnung gemacht wird,²⁹ wenig geändert. Eine in den Jahren 2001 bis 2003 in Niedersachsen durchgeführte Studie kam sogar zu dem Ergebnis, »dass die Umsetzung dieser neuen Technik [...] eher rückläufig« sei.³⁰ Insgesamt sei »angesichts des Mehraufwandes im Umgang mit der Technik und [mit der] Abschrift der Protokolle [...] eher eine Zurückhaltung zu verzeichnen«.³¹ Auch

²³ § 58a Abs. 1 S. 2 StPO-AE, *Arbeitskreis*, GA 2014, 1 (29).

²⁴ § 58a Abs. 1 S. 2 StPO-AE, *Arbeitskreis*, GA 2014, 1 (8, 28).

²⁵ Dagegen **BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010**, S. 24.

²⁶ § 136 Abs. 4 StPO-AE, *Arbeitskreis*, GA 2014, 1 (8). Über sein Antragsrecht muss der Beschuldigte belehrt werden.

²⁷ v. *Schlieffen*, Freispruch 2014, Nr. 5, 1; ebenso: *Artkämper/Schilling*, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 410 (»seltene Praxis«); *Bender/Nack/Treuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. 2014, Rn. 1544; *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 58a Rn. 3; siehe auch *Albrecht*, in: *Kilchling/Albrecht*, Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren, 2002, S. 459 (475); optimistischer *Maaß*, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien, 2012, S. 50, deren Einschätzung sich aber wohl kaum auf die von ihr zitierten Arbeiten von *Schöch* und *Hartz* stützen lässt.

²⁸ *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 62.

²⁹ *Vogel* (Fn. 28), S. 78, 86, 226, 228, zusammenfassend S. 118, 255, 258; zu dieser Studie siehe auch *Schöch*, in: *Eser u.a.* (Hrsg.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis*, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 365 (383); *ders.*, in: *Eppenstein* (Hrsg.), *Schutz von Opferzeugen im Strafverfahren*, 2002, S. 10 (28: »behutsame Anwendung«). – Über die anfängliche Ausstattung der Gerichte mit Videotechnologie und damit gemachte Erfahrungen, allerdings ohne belastbare Zahlen zum Umfang der Nutzung, berichtet *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 132 ff.; darauf gestützt auch *Hartz*, Empirische und normative Fragen der audiovisuellen Vernehmung kindlicher Opfer, 2004, S. 63 ff.

³⁰ *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen, 2007, S. 108.

³¹ *Scheumer* (Fn. 30), S. 54, 279; ebenso *Hartz*, KJ 2006, 74 (77, 85), die resümiert, dass das Gesetz »nur sehr zögerlich umgesetzt« werde und »wenig Resonanz« finde; *Senge* (Fn. 27), § 58a Rn. 4, der klagt, dass »erste Erfahrungen mit der neuen Technik in Deutschland teilweise enttäuschend« seien. – Es geht folglich zu weit, wenn zur Stützung der Behauptung, dass sich »die polizeiliche Videovernehmung (des Opfers) bewährt hat und vielfach praktiziert wird«

eine 2006 in Rheinland-Pfalz durchgeführte Befragung zur Videovernehmung kindlicher Missbrauchsopfer offenbarte eine nur »zögerliche Nutzung der strafprozessualen Option der Video-Vernehmung«.³² Exemplarisch für diese Zurückhaltung steht ein Strafverfahren vor dem Landgericht Würzburg, in dem ein vierzehnjähriges Missbrauchsopfer »im Rahmen des Ermittlungsverfahrens fünfmal von der Polizei und zweimal vom Ermittlungsrichter vernommen« worden war, anstatt, wie der BGH im Jahr 2004 rügte, einmal eine Videoaufzeichnung zu erstellen.³³

Darauf, dass die Möglichkeit einer Videoaufzeichnung auch heute kaum genutzt wird, deutet eine in den Jahren 2011/12 erstellte qualitative Studie hin, bei der 36 Berliner Polizeibeamte interviewt wurden, die nach Einschätzung ihrer Kollegen bei Beschuldigtenvernehmungen herausragend erfolgreich waren. Mehr als zwei Drittel der Befragten nutzten nach eigenem Bekunden keine Video- oder Tonbandaufzeichnungen. Dies sei ein unnötiger »zeitlicher Mehraufwand, da anschließend alles nochmals verschriftlicht werden müsse, und bringe andererseits eine eventuelle Verunsicherung des Beschuldigten mit sich«. Zudem waren diese – doch offenbar erfahrenen und erfolgreichen – Polizeibeamten teilweise aufgrund mangelnder Erfahrung im Umgang mit dieser Technik selbst verunsichert.³⁴

2. Ursachen

Auch zu den damit bereits angesprochenen Ursachen dafür, warum nicht häufiger von der Möglichkeit einer Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung Gebrauch gemacht wird, fehlen aussagekräftige aktuelle Zahlen. In den bereits erwähnten älteren Studien aus Bayern und Niedersachsen wird aber ebenso wie in der Erhebung unter Berliner Vernehmungsbeamten vor allem ein (zu) hoher Zeitaufwand für die Niederschrift des Protokolls genannt. Dabei wird auch der Extremfall geschildert, dass nach einer eindirektierten Vernehmung angeblich drei Schreibkräfte zweieinhalb Monate benötigten, um ein 90-seitiges Protokoll zu erstellen.³⁵

Selbst wenn es sich dabei um einen Einzelfall gehandelt haben wird, scheint es doch so zu sein, dass der Einsatz der Videotechnik von vielen Praktikern als

(*Artkämper/Schilling* [Fn. 27], S. 247), auf die Begründung zum RegE StORMG verwiesen wird, wo es heißt, »dass sich in der Praxis teilweise die Bild-Ton-Aufzeichnung polizeilicher bzw. staatsanwaltschaftlicher Vernehmungen eingespielt« habe (**BT-Drs. 17/6261**, S. 11). Diese Aussage bezieht sich nicht auf die absolute Häufigkeit solcher Bild-Ton-Aufzeichnungen, sondern auf die relative im Vergleich zur richterlichen Vernehmung und stützt sich gerade auf die Arbeiten von *Scheumer* und *Hartz*.

³² *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 132, 134, 226.

³³ BGH, Beschl. v. 3.8.2004 – 1 StR 288/04 = BeckRS 2004, 07878; siehe auch BGH, Beschl. v. 8.7.2004 – 1 StR 273/04 = BeckRS 2004, 07147.

³⁴ *Schicht* (Hrsg.), *Das Erfolgsgeheimnis guter Vernehmerinnen und Vernehmer*, 2012, S. 48.

³⁵ *Vogel* (Fn. 28), S. 116. Deutlich besser, wenn auch immer noch zu lang, ist die von *Scheumer* (Fn. 30), S. 139, wiedergegebene Faustformel: »Eine Stunde Videovernehmung entspricht zwei Tagen Schreibtätigkeit«. *Lichtenstein*, in: *Deckers/Köhnken* (Hrsg.), *Die Erhebung von Zeugenaussagen im Strafprozess*, 2007, S. 131 (134), beklagt das Fehlen jeglicher Schreibkräfte.

zu aufwändig angesehen wird³⁶ – und zwar nicht nur in zeitlicher, sondern auch in personeller, sachlicher und organisatorischer Hinsicht. So wurde zum Beispiel beklagt, dass die Technik manchmal schlicht nicht vorhanden sei³⁷ – in einem Fall soll ein Ermittlungsrichter sich sogar die private Videokamera des Hausmeisters geliehen haben³⁸ –, dass es keinen geeigneten Raum gebe, dass die Technik angefordert und überprüft werden müsse, dass sie unzuverlässig (z.B. schlechte Mikrofone), nicht adäquat (z.B. schlechte Akustik) oder nicht kompatibel sei (z.B. mit Abspiegelgeräten) oder dass sie zu schwierig zu bedienen sei und deshalb für ihre Einrichtung und Bedienung zusätzliches, geschultes Personal erforderlich sei.³⁹

Beklagt wurde sogar, dass eine Videoaufzeichnung dazu verleite, den Zeugen reden zu lassen und so den Fokus der Ermittlung aus den Augen zu verlieren,⁴⁰ weshalb am besten ein weiterer Ermittlungsbeamter zugegen sei.⁴¹ Zudem seien die Protokolle viel umfangreicher als bei gewöhnlichen Vernehmungen. Sie seien mühsamer zu lesen und »die entscheidenden Passagen [...] teilweise in uninteressanten Randschilderungen versteckt.«⁴² Ein Abschlussvermerk mit dem wesentlichen Ergebnissen der Vernehmung und den Fundstellen sei daher für die weitere Arbeit unverzichtbar.⁴³ Die Videoaufzeichnung selbst schaue man sich später gar nicht mehr an,⁴⁴ weil dies sogar noch zeitintensiver sei als die Durchsicht der Niederschrift.⁴⁵ Insgesamt wird der Aufwand einer Videovernehmung gegenüber dem einer herkömmlichen Vernehmung deutlich höher veranschlagt, während umgekehrt der Nutzen, gerade auch für den Vernehmenden selbst, als gering eingestuft wird.

3. Einwände

Manche dieser Einwände sind abwegig; so verwundert z.B. vor dem Hintergrund des § 69 Abs. 1 S. 1 StPO die Sorge, man könne den Zeugen »reden lassen«. Andere sind nur vorgeschoben oder übertrieben, etwa die Probleme beim Umgang mit der Aufnahmetechnik.⁴⁶

³⁶ Das wird von der Literatur häufig übernommen: Gercke, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner (Hrsg.), Heidelberg Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 58a Rn. 5; Gertler, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Strafprozessordnung, Stand 15.1.2015, Nr. 19 RiStBV Rn. 9; Ignor/Bertheau, in: Erb u.a. (Fn. 2), § 58a Rn. 12; Maier, in: Kudlich (Fn. 2), § 58a Rn. 22; Otte, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 58a Rn. 3; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 58. Aufl. 2015, § 58a Rn. 4; Senge (Fn. 27), § 58a Rn. 3.

³⁷ So für die Polizei in NRW Lichtenstein (Fn. 35), S. 133; zuvor bereits Höttinges, Sexueller Missbrauch von Kindern und die Umsetzung des Zeugenschutzgesetzes bei der Justiz und bei den Polizeibehörden, 2002, S. 239 ff., 264.

³⁸ Dieckerhoff (Fn. 32), S. 146.

³⁹ Höttinges (Fn. 37), S. 260 ff.; Lichtenstein (Fn. 35) S. 134; Scheumer (Fn. 30), S. 139; Vogel (Fn. 28), S. 116; Dieckerhoff (Fn. 32), S. 146, 148.

⁴⁰ Scheumer (Fn. 30), S. 140.

⁴¹ Hartz (Fn. 29), S. 75 Fn. 285.

⁴² Scheumer (Fn. 30), S. 139.

⁴³ Hartz (Fn. 29), S. 75 Fn. 285.

⁴⁴ Dieckerhoff (Fn. 32), S. 162; Scheumer (Fn. 30), S. 153; Vogel (Fn. 28), S. 117.

⁴⁵ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 9. Aufl. 2015, Rn. 1312, sieht deshalb sogar »erhebliche Gefahren für die Erforschung der Wahrheit« durch »Schwierigkeiten hinsichtlich der Konzentration der Zuschauenden«.

⁴⁶ Artkämpfer/Schilling (Fn. 27), S. 410.

Insofern gilt hier wie überall, was einer der befragten Richter mit den Worten umschrieb: »Sie dürfen niemals bei allem bei der Justiz auch den menschlichen Faktor vergessen. Dazu gehört auch Bequemlichkeit, Faulheit, alles.«⁴⁷

Andere Einwände werden – oder könnten zumindest – zwischenzeitlich an Gewicht verloren haben, etwa durch eine Schulung der Vernehmungspersonen, durch eine flächendeckende technische Ausstattung oder schlicht durch die bekannten Fortschritte in der Aufzeichnungstechnik. Falls heute noch eine Bild-Ton-Aufzeichnung unterbleibt, weil die Ausstattung fehlt, ist daran zu erinnern, dass der BGH dieses Argument zumindest dann für unbeachtlich hält, wenn der Einsatz der Videotechnik rechtlich geboten ist.⁴⁸ Das BVerfG hat darin sogar jüngst einen Akt objektiver Willkür (Art. 3 Abs. 1 GG) gesehen.⁴⁹ Die alten Einwände, die Ausstattung sei unzureichend, unzuverlässig und unpraktikabel, sind heute aber auch deshalb nicht stichhaltig, weil verglichen damit im Bereich der technischen Ermittlungsmaßnahmen⁵⁰ und der Gefahrenabwehr schon jetzt viel mehr möglich ist. Wieso soll die Aufzeichnung einer Vernehmung im Präsidium praktisch schwierig sein, wenn es die Bildaufzeichnung zum Schutz festgehaltener Personen (z.B. § 37 PolG NW) oder zur Eigensicherung (z.B. Art. 32 Abs. 5 S. 3 PAG BAY; § 21 Abs. 4 PolG BW; § 15b PolG NW) nicht ist?

Der technische Fortschritt hinkt allerdings bei der Software. Zwar wird die Dauer einer Verschriftlichung teilweise überzeichnet. Richtig ist aber auch, dass die gelegentlich zur Zeitersparnis empfohlenen Spracherkennungsprogramme bislang nicht für Gespräche geeignet sind, weil sie auf Nutzerprofilen basieren und nicht zwischen mehreren Profilen wechseln können, weil sie gesprochene Satzzeichen benötigen und weil sie mit überlappender Kommunikation nicht zurecht kommen.⁵¹ Eine einfache Transkription dauert daher auch heute noch länger als die Vernehmung selbst.⁵²

Wieder andere Einwände gegen eine Bild-Ton-Aufzeichnung gründen in – tatsächlichen oder vermeintlichen – rechtlichen Vorgaben oder Defiziten. Hierzu zählt erstens die fehlende Vorgabe, unter welchen Voraussetzungen eine Vernehmung aufgezeichnet werden muss. Der Gesetzgeber schreibt noch nicht einmal die Aufzeichnung simultan übertragener Vernehmungen vor (vgl. § 168e S. 4 StPO).⁵³ Hinzu kommt eine restri-

⁴⁷ Dieckerhoff (Fn. 32), S. 148.

⁴⁸ BGH NJW 2007, 1475 (1476 Rn. 10), zu § 247a StPO.

⁴⁹ BVerfG NJW 2014, 1082 (1083 Rn. 31), zu § 247a StPO; zustimmend Barton, StRR 2014, 178 (180); Eisenberg, medstra 2015, 37.

⁵⁰ Darauf verweist bereits Schünemann, ZStW 114 (2002), 1 (45 f.), der fordert, dass »die technologische Aufrüstung, die in den letzten Jahrzehnten ausschließlich zugunsten der Strafverfolgungsbehörden stattgefunden hat, nun einmal zugunsten der Verteidigung« erfolgen müsse.

⁵¹ Spehr, Spracherkennung zur Interview-Transkription?, 2011, abrufbar unter: <http://www.dr-spehr.de/2011/07/spracherkennung-zur-interview-transkription/> (13.5.2015); siehe auch Dressing/Pehl, Praxisbuch Interview, Transkription & Analyse, 5. Aufl. 2013, S. 31.

⁵² Genannt wird ein fünf- bis zehnmal so langer Zeitraum: Buckow, ZIS 2012, 551 (553); Kuckartz, Einführung in die computergestützte Analyse qualitativer Daten, 3. Aufl. 2010, S. 40; siehe auch bereits Höttinges (Fn. 37), S. 261.

⁵³ Wie sie im Gesetzgebungsverfahren zuletzt Deckers, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von

tive Auslegung der Ermessensvorschrift des § 58a Abs. 1 S. 1 StPO durch die h.M., in der ein Hauptgrund für dessen bislang zurückhaltende Anwendung gesehen wird.⁵⁴ Zweitens wird die bereits erwähnte (angebliche) Pflicht zur Erstellung eines Wortprotokolls als Hemmnis angeführt, drittens das Fehlen gesetzlicher Vorgaben für die Durchführung der Bild-Ton-Aufzeichnung⁵⁵ und schließlich viertens die Schwierigkeiten beim Transfer einer Aufnahme in die Hauptverhandlung. Im Folgenden wird auf den ersten und den zweiten Einwand eingegangen. Die beiden anderen richten sich nicht grundsätzlich gegen das »Ob« einer Bild-Ton-Aufzeichnung im Ermittlungsverfahren.

VI. Fakultative oder obligatorische Aufzeichnung?

Bereits de lege lata »kann« jede Zeugen- und Beschuldigtenvernehmung aufgezeichnet werden. § 58a Abs. 1 S. 1 (i.V.m. § 161a Abs. 1 S. 2, § 163 Abs. 3 S. 1 oder § 163a Abs. 1 S. 2 StPO) nennt dafür keine Voraussetzungen, sondern stellt die Entscheidung ganz in das Ermessen des Richters (Staatsanwalts, Polizeibeamten).

Die bislang geringe Nutzung der Videotechnologie deutet darauf hin, dass es vielleicht ein Fehler des Gesetzgebers war, die Frage, ob eine Bild-Ton-Aufzeichnung erfolgen soll, in die Hände gerade derjenigen Personen zu legen, für die eine solche Aufzeichnung nach ihrer eigenen Einschätzung mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden ist. Möglicherweise hat die Einräumung eines weiten Ermessensspielraums dazu geführt, dass hinter dem Schleier einer nicht weiter begründeten Ermessensentscheidung die geschilderten tatsächlichen oder vermeintlichen Schwierigkeiten einer Bild-Ton-Aufzeichnung ein ihnen nicht zukommendes Gewicht erlangt haben.⁵⁶ Dafür spricht die Äußerung eines Staatsanwalts zu den geltenden Regelungen: »Ja, wenn die natürlich eindeutig wären, dann muss man. Das ist ganz klar, dann hat man keine Wahl mehr. Aber alles, was mit KANN und SOLL zu tun hat, versucht man irgendwann, ja gut, man muss mit seinem täglichen Geschäft fertig werden.«⁵⁷

Die Alternative könnte sein, die Bild-Ton-Aufzeichnung gesetzlich vorzuschreiben, also aus dem »kann« in § 58a Abs. 1 S. 1 StPO ein »muss« zu machen.⁵⁸ Dieser flächendeckenden Verpflichtung aller Richter, Staatsanwälte und Polizisten zur Bild-Ton-Aufzeichnung von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren stünde dann selbstverständlich keine entsprechend weitgehende Pflicht der Zeugen und Beschuldigten zur Duldung einer Aufzeichnung gegenüber.⁵⁹ Zeugen

Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren, S. 3, gefordert hat; abrufbar unter: <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2549&id=1206> (13.5.2015).

⁵⁴ Otte (Fn. 36), § 58a Rn. 3.

⁵⁵ Sie fordern Bender/Nack/Treuer (Fn. 27), Rn. 1532.

⁵⁶ Dieckerhoff (Fn. 32), S. 227.

⁵⁷ Dieckerhoff (Fn. 32), 2008, S. 147.

⁵⁸ Ebenso Drews, Die Königin unter den Beweismitteln?, 2013, S. 255 (für die polizeiliche Vernehmung); Dieckerhoff (Fn. 32), S. 233 (für die Soll-Vorschrift des § 58a Abs. 1 S. 2 StPO); Nestler, ZIS 2014, 594 (598 mit Fn. 29, 601); Roxin/Schünemann, Strafverahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 69 Rn. 6 (für die Zeugenvernehmung).

⁵⁹ A.A. ohne Begründung Brauneisen, ÖAnwBl 2013, 209 (213).

könnten bei der Polizei eine Aufnahme verhindern, indem sie gar nicht erst erscheinen oder nicht oder nur unter der Bedingung aussagen, dass keine Aufzeichnung erfolgt. Beschuldigte könnten ebenso verfahren, bei Staatsanwaltschaft und Richter müssten sie allerdings erscheinen (§§ 133 Abs. 2, 163 Abs. 3 S.1 StPO). Eine Umwandlung des § 58a Abs. 1 S. 1 StPO in eine Muss-Vorschrift würde in diesen Fällen somit nur die Vernehmenden verpflichten, bei einer Zustimmung des Zeugen oder Beschuldigten eine Aufzeichnung zu machen.

Gegen die Einführung einer obligatorischen Bild-Ton-Aufzeichnung, die nur bei Zeugenvernehmungen durch Richter und Staatsanwälte auch gegen den Willen des Vernommenen durchgeführt werden könnte, scheint allerdings zu sprechen, dass bereits die geltende Kann-Vorschrift des § 58a Abs. 1 S. 1 StPO eng ausgelegt wird. Von der Möglichkeit einer Bild-Ton-Aufzeichnung soll nach h.M. nur »zurückhaltend« Gebrauch gemacht werden, weil damit ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Vernommenen und eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes verbunden sei.⁶⁰

1. Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes

Letzteres wird damit begründet, dass eine Videoaufzeichnung regelmäßig dazu führe, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht mehr persönlich gehört werde.⁶¹ Gegen dieses Argument sind drei Einwände zu erheben.

Erstens steht es in deutlichem Kontrast zu dem Ergebnis einer Befragung, wonach Staatsanwälte und Ermittlungsrichter gerade im Gegenteil die Anordnung der Videovernehmung im Ermittlungsverfahren als unnützlich ablehnen, weil sich das Gericht in der Hauptverhandlung sowieso einen eigenen Eindruck verschaffen und den Zeugen vernehmen werde.⁶² Kein Gericht, meinte eine befragte Staatsanwältin, sei bereit, »jemanden zu 4 Jahren, zu 8 Jahren oder was [zu] verurteilen [...] aufgrund [...] eines Videos, das vielleicht anderthalb Jahre alt ist.«⁶³

⁶⁰ Gercke (Fn. 36), § 58a Rn. 5; Huber, in: Graf (Fn. 36), § 58a Rn. 6; Leitner (Fn. 17), S. 47 f.; Maier (Fn. 36), § 58a Rn. 22; Neubeck, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung, Stand: November 2010, § 58a Rn. 5; Otte (Fn. 36), § 58a Rn. 3; Schmitt (Fn. 36), § 58a Rn. 4; v. Schlieffen, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwaltkommentar Strafprozessordnung, 1. Aufl. 2010, § 58a Rn. 9; ähnlich Höttinges (Fn. 37), S. 103; im Ergebnis auch Maaß (Fn. 27), S. 51; noch restriktiver Eisenberg (Fn. 45), Rn. 1311 (»auf ein Mindestmaß zu beschränken«); siehe auch Nr. II.1 des Gemeinsamen Runderlasses des brandenburgischen Ministeriums der Justiz und für Europaangelegenheiten und des brandenburgischen Ministeriums des Innern v. 19.7.2000 (»Video-Dokumentation von Vernehmungsinhalten im Ermittlungsverfahren«), JMBL 2000, S. 105. – Dieselbe Argumentation wird auch andernorts verwandt, z.B. für eine restriktive Auslegung des § 58 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StPO (BT-Drs. 16/12098, S. 12; Senge (Fn. 27), § 58a Rn. 6a; zurückhaltender BT-Drs. 17/6261, S. 10: »keine zu strengen Anforderungen«) oder gegen eine Ermächtigung der Polizei zur Anordnung der Videoaufzeichnung (BR-Drs. 178/09, S. 18, BT-Drs. 16/12812, S. 11).

⁶¹ Maier (Fn. 36), § 58a Rn. 22.

⁶² Dieckerhoff (Fn. 32), S. 176 f.; das geht so weit, dass die befragten Strafrichter angeben, mangels geeigneter Aufzeichnungen gar nicht vor der Frage zu stehen, ob sie § 255a Abs. 1 StPO anwenden, S. 199 f. Nach der Studie von Höttinges (Fn. 37), S. 251, wurden von 250-300 Videoändern aus Ermittlungsverfahren zwei in die Hauptverhandlung eingebracht.

⁶³ Dieckerhoff (Fn. 32), S. 176.

Zweitens ist die Rede von einer »drohenden«, »vor-gezeichneten« oder gar »angestrebten Durchbrechung« des Unmittelbarkeitsgrundsatzes rechtlich nicht haltbar, weil das Gericht des Hauptverfahrens nur unter den Voraussetzungen des § 255a StPO die Vernehmung des Zeugen durch eine Videoaufzeichnung ersetzen darf. Tut es dies, liegt darin gerade keine rechtswidrige Durchbrechung des Grundsatzes materieller Unmittelbarkeit. Die Forderung, im Ermittlungsverfahren möglichst wenige Videoaufzeichnungen zu erstellen, damit in der Hauptverhandlung der Zeuge selbst in Fällen vernommen werden muss, in denen dies nach § 255a StPO eigentlich unnötig wäre, ist eine Missachtung dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung⁶⁴ und der Entscheidungshoheit des Gerichts der Hauptverhandlung, das ja selbst dann, wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen des § 255a StPO vorliegen, nicht auf die Aufzeichnung zugreifen muss.⁶⁵ Drittens blendet die Fokussierung auf die Hauptverhandlung aus, welche Bedeutung die Videoaufzeichnung schon im Ermittlungsverfahren erlangen kann. Sie kann hier die Entscheidungsgrundlage für weitere Ermittlungsschritte sein, für die Anordnung von Zwangsmaßnahmen und für den Abschluss des Verfahrens (Einstellung [§§ 153 ff., 170 Abs. 2 StPO⁶⁶], Anklage). Zwar entspricht der Tunnelblick auf die Hauptverhandlung dem Modell, das ursprünglich dem Gesetzgeber vorschwebte. Bereits in der eingangs erwähnten frühen Studie aus Bayern zeigte sich aber, dass die Praxis dieses Modell modifiziert. Soweit überhaupt Bild-Ton-Aufzeichnungen gemacht wurden, geschah dies »in aller Regel nicht mit dem Ziel der späteren Verwertung in der Hauptverhandlung nach § 255a StPO, sondern zur Förderung des Geständnisbereitschaft, zum Nachweis des dringenden Tatverdachts bei Anordnung der Untersuchungshaft oder mit dem Ziel einer Reduzierung belastender Mehrfachvernehmungen«.⁶⁷

2. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Vernommenen

Auch das zweite Argument für eine »zurückhalten-de« Anwendung des § 58a Abs. 1 S. 1 StPO, dass der mit der Videoaufzeichnung verfolgte Zweck zumeist nicht den – von manchen ohne weiteres als »erheblich« eingestuft – Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Vernommenen rechtfertigt, überzeugt im Ergebnis nicht.

⁶⁴ Auch das weitergehende Argument, die aus der Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips resultierende Beeinträchtigung der Verteidigungsposition in der Hauptverhandlung spreche ebenfalls für eine zurückhaltende Anwendung (v. Schlieffen [Fn. 60], § 58a Rn. 9), geht daher ins Leere – ganz abgesehen davon, dass das Vorspielen der Aufzeichnung in der Hauptverhandlung regelmäßig gem. §§ 255a Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 3 StPO der Zustimmung des Angeklagten und des Verteidigers bedarf.

⁶⁵ Es kommt daher einer Aufforderung zum Ermessensfehlgebrauch gleich, wenn Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 14, ganz i.S.d. h.M. den Rechtsanwender mahnt, die »Auswirkungen auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung und auf die dort geltenden Verfahrensgrundsätze [...] stets mit zu bedenken«.

⁶⁶ Vogel (Fn. 28), S. 117, bringt das Beispiel, dass es im Klageerzwingungsverfahren mit der Aufnahme leichter gewesen sei, die Generalstaatsanwaltschaft von der Richtigkeit der Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO zu überzeugen.

⁶⁷ Schöch (Fn. 29 – Eppenstein), S. 26; siehe auch Dieckerhoff (Fn. 32), S. 229, 233.

Bereits der geltende § 58a Abs. 1 StPO bildet eine formell-gesetzliche Grundlage für Eingriffe in das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort⁶⁸ und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁶⁹ Diese Rechte sind Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,⁷⁰ das zwar in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs.1 GG verankert ist, seine Schranken aber ausschließlich in Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG findet. Eine entgegen der h.M. extensive Auslegung des § 58a Abs. 1 S. 1 StPO oder gar seine Umwandlung de lege ferenda in eine Muss-Vorschrift müssen daher mit der verfassungsmäßigen Ordnung vereinbar,⁷¹ also verhältnismäßig sein.⁷² Wegen der Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch in Art. 1 Abs. 1 GG ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung hier allerdings »strenger«⁷³ als bei einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit. Das wirkt sich vornehmlich bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne aus. An den Rang und die Gefährdung der geschützten öffentlichen Interessen sind dort umso höhere Anforderungen zu stellen, »je näher der absolut geschützte Bereich des Art. 1 Abs. 1 GG rückt«.⁷⁴

a) Zunächst ist aber zu erörtern, ob der durch die Bild-Ton-Aufzeichnung erfolgende Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Vernommenen einem legitimen Zweck dient, und ob die Bild-Ton-Aufzeichnung geeignet und dazu erforderlich ist, diesen Zweck zu erreichen.

aa) Der geltende, restriktiv ausgelegte und angewandte § 58a StPO dient zwei Zwecken: dem Zeugenschutz und der Dokumentation, insb. der Beweissicherung.⁷⁵ Wenn man eine obligatorische Aufzeichnung aller Vernehmungen fordert, dann kann das nicht mehr mit dem Zeugenschutz begründet werden. Fraglich ist, ob der Dokumentationszweck ausreicht. Die Dokumentation ist kein Selbstzweck, sondern erfüllt zwei Funktionen:

(1) Ebenso wie die Vernehmung der Wahrheitsfindung dient (vgl. §§ 57 S. 1, 64 Abs. 1, 2 StPO), muss auch ihre Dokumentation wahr sein, also die Aussage so wiedergeben, wie sie tatsächlich gemacht wurde. Die Beweissicherung ist daher unlöslich mit dem,

⁶⁸ Leitner (Fn. 17), S. 45; Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 1, 10; v. Schlieffen (Fn. 60), § 58a Rn. 1; Tsambikakis, in: Satzger/ Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2014, § 58a Rn. 1; nur das Recht am eigenen Bild nennt Schmitt (Fn. 36), § 58a Rn. 8.

⁶⁹ Maaß (Fn. 27), S. 50.

⁷⁰ Vielfach wird nur dieses genannt: Gercke (Fn. 36), § 58a Rn. 5; Huber (Fn. 60), § 58a Rn. 6; Ignor/Bertheau (Fn. 36), § 58a Rn. 4; Maier (Fn. 36), § 58a Rn. 22; Neubeck (Fn. 60), § 58a Rn. 5; Otte (Fn. 36), § 58a Rn. 3; Swoboda (Fn. 29), S. 374; siehe auch BT-Drs. 13/7165, S. 5.

⁷¹ Die beiden anderen Schranken des Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG gehen darin auf; Lang, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 1.3.2015, Art. 2 Rn. 24.

⁷² Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, 72. Lfg. Stand: Dezember 2014, Art. 2 Rn. 133, 157.

⁷³ Lang (Fn. 71), Art. 2 Rn. 52; Manssen, Staatsrecht, Bd. 2, 11. Aufl. 2014, Rn. 256; siehe auch Di Fabio (Fn. 72), Art. 2 Rn. 133, 157, 159, 162.

⁷⁴ Di Fabio (Fn. 72), Art. 2 Rn. 162, in Anlehnung an eine Formulierung in BVerfGE 89, 69 (82 f.).

⁷⁵ Ignor/Bertheau (Fn. 36), § 58a Rn. 1; Maier (Fn. 36), § 58a Rn. 2; Schmitt (Fn. 36), § 58a Rn. 1, 1b; Senge (Fn. 27), § 58a Rn. 1; Tsambikakis (Fn. 68), § 58a Rn. 3; v. Schlieffen (Fn. 60), § 58a Rn. 2; ebenso Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 2, der als dritten Zweck die Erleichterung der Protokollierung nennt.

wie es das BVerfG nennt, »zentralen Anliegen«⁷⁶ des Strafprozesses verbunden: der Ermittlung des wahren Sachverhalts. Das Gebot der Wahrheitserforschung hat Verfassungsrang. Abgeleitet wird es vom BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Menschenwürde. Ohne die Ermittlung der Wahrheit gibt es keine funktionstüchtige Strafrechtspflege und kein faires Verfahren, ohne sie lässt sich das materielle Schuldprinzip nicht wahren.⁷⁷

(2) Neben der Beweissicherung zur Wahrheitsfindung dient die Dokumentation der Sicherung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens. So soll schon nach geltendem Recht die Aufzeichnung nach § 58a StPO nicht allein die (vollständige)⁷⁸ Aussage des Zeugen erfassen, sondern den gesamten Verlauf der Vernehmung, also auch die Fragen, Vorhalte und das sonstige Verhalten der Vernehmungsperson.⁷⁹ Aufgezeichnet werden sollen zudem die Belehrung des Zeugen (§§ 52 Abs. 3 S. 1, 57 StPO) und seine Reaktion hierauf (z.B. Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht),⁸⁰ bei richterlichen Vernehmungen auch die Verhandlung und Entscheidung über die Vereidigung (im Ermittlungsverfahren gem. § 62 StPO) sowie diese selbst. Dadurch werden Vernehmungspersonen von vornherein zu rechtskonformem Vorgehen angehalten. Außerdem wird so eine schnelle, zuverlässige und eindeutige Aufklärung ermöglicht, falls im weiteren Verfahren der Verdacht aufkommt, bei der Vernehmung seien Vorschriften missachtet worden. Auch die Gewährleistung eines gesetzmäßigen Verfahrens ist ein Gebot des Rechtsstaatsprinzips. Die nicht rechtskonforme Vernehmung birgt zudem die Gefahr des Verlustes entlastender Beweismittel und gefährdet so den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren.⁸¹

bb) Dass die Bild-Ton-Aufzeichnungen geeignet sind, diese legitimen, von der Verfassung vorgegebenen Zwecke zu erreichen, steht außer Zweifel. Die Befürchtung, die Audio- und Videoaufnahmegeräte könnten Zeugen und Beschuldigte irritieren oder gar hemmen,⁸² hat sich in der Praxis als unbegründet er-

⁷⁶ BVerfGE 57, 250 (275); 63, 45 (61); 118, 212 (231); 130, 1 (26); BVerfG NJW 2013, 1058 (1060 Rn. 56).

⁷⁷ Siehe dazu eingehend Fink, Intimsphäre und Zeugenpflicht, 2015, S. 236 ff., 241. Das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren gründet auch in Art. 2 Abs. 1, 2 GG, S. 239.

⁷⁸ Teilaufzeichnungen widersprechen Wortlaut (»die Vernehmung«) und Zweck des § 58a StPO und sind daher unzulässig; Leitner, StraFo 1999, 45 (47); Maaß (Fn. 27), S. 57; Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 11; anders, aber nur in Ausnahmefällen: Ignor/Bertheau (Fn. 36), § 58a Rn. 24; Rieß, StraFo 1999, 1 (3).

⁷⁹ Ignor/Bertheau (Fn. 36), § 58a Rn. 24.

⁸⁰ Dagegen spricht nach h.M. auch nicht, dass die Belehrungen formal vor der Vernehmung erfolgen müssen; Ignor/Bertheau (Fn. 36), § 58a Rn. 25 f.; Leitner, StraFo 1999, 45 (47); Maaß (Fn. 27), S. 57; Maier (Fn. 36), § 58a Rn. 66; Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 11; Schmitt (Fn. 36), § 58a Rn. 4; siehe auch Nr. 19 II 2 RiStBV; a.A. bei Zeugen, die das Zeugnis gem. § 52 StPO verweigern können: Eisenberg (Fn. 45), Rn. 1311a, Senge (Fn. 27), § 58a Rn. 8, deren Bedenken durch eine Pflicht zur umgehenden Löschung der Aufzeichnung abgeholfen werden könnte.

⁸¹ Nach BVerfG NJW 2007, 204 (205), kann das Recht auf ein faires Verfahren z.B. »durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen«. Ein Beispiel ist die beliebige Erweiterung von Zeugnisverweigerungsrechten; BVerfGE 77, 65 (76); BVerfG NJW 2001, 507 (508).

⁸² Wasserburg, in: Kempf/Jansen/Müller (Hrsg.), Verstehen und Widerstehen, Festschrift für Christian Richter II zum 65. Geburtstag, 2006, S. 547 (548 f.); siehe auch die bei Dieckerhoff (Fn. 32), S. 158,

wiesen.⁸³ Die Bild-Ton-Aufzeichnung ist auch besser geeignet als das Vernehmungsprotokoll in der Form eines Inhaltsprotokolls.⁸⁴

Das schriftliche Vernehmungsprotokoll soll ebenfalls der Dokumentation und damit der Wahrheitsfindung und der Gewährleistung eines rechtmäßigen Verfahrens dienen. Während die StPO jedoch auch für das Protokoll verlangt, dass es ersehen lassen muss, »ob die wesentlichen Förmlichkeiten« einer Vernehmung beachtet worden sind (§§ 168 Abs.1 S. 1, 168b Abs. 2, 3 StPO), macht sie keinerlei Vorgaben für die Konservierung der Aussage selbst.⁸⁵ Insbesondere fordert die StPO kein Wortprotokoll. Es genügt ein Inhaltsprotokoll. Daran ändert auch die – in der Praxis sowieso »nahezu missachtete«⁸⁶ – Nr. 45 Abs. 2 S. 1 RiStBV nichts, die für »bedeutsame Teile der Vernehmung empfiehlt [...] die Fragen, Vorhalte und Antworten möglichst wörtlich in die Niederschrift aufzunehmen«.⁸⁷ Diese windelweiche Empfehlung wird in der Kommentarliteratur noch weiter aufgeweicht durch die Forderung, dass die wörtliche Protokollierung »die Lesbarkeit der Vernehmungsniederschrift nicht gefährden« dürfe.⁸⁸

Das nach dem Gesetz zulässige und in der Praxis auch übliche⁸⁹ Inhaltsprotokoll ist von vornherein nicht darauf angelegt, den vollständigen und tatsächlichen Inhalt der Aussage und ihr Zustandekommen, insbesondere die Fragen und Vorhalte, wörtlich wiederzugeben. Es genügt nach der derzeitigen Rechtslage, wenn der Vernehmende den – aus seiner Sicht – wesentlichen Inhalt der Aussage in eigenen Worten zusammenfasst.⁹⁰ Dieses Fehlen gesetzlicher Vorgaben kontrastiert mit der Fehleranfälligkeit des Inhaltsprotokolls, die nach allgemeiner Meinung »seit langem erforscht und bei weitem kein forensisches Geheimnis mehr«⁹¹ ist.

Allerdings ist einschränkend anzumerken, dass der Stand der Forschung in Deutschland im Wesentlichen immer noch die Studie von Banscheraus aus dem Jahr 1977 ist. Er stellte bei einem Vergleich der Aufzeichnungen und Protokolle von 27 simulierten⁹² und 17 tatsächlichen Vernehmungen⁹³ »eine erhebliche Zahl von

wiedergegebene Einschätzung, siehe dort auch die Gegenstimmen.

⁸³ Albrecht (Fn. 27), S. 470; Ammann, Kriminalistik 2011, 570 (576); Vogel (Fn. 28), S. 259; Artkämper/Schilling (Fn. 27), S. 410.

⁸⁴ Davon ging bereits der Gesetzgeber des Zeugenschutzgesetzes aus; BT-Drs. 13/7165, S. 7.

⁸⁵ Griesbaum, in: Hannich (Fn. 27), § 168 Rn. 8; Wohlers (Fn. 4), § 168 Rn. 3.

⁸⁶ Artkämper, Kriminalistik 2009, 417 (423).

⁸⁷ Nr. 45 RiStBV gilt für die Beschuldigtenvernehmung. Für eine analoge Anwendung auf die Zeugenvernehmung Meyberg, in: Graf (Fn. 36), Nr. 45 RiStBV Rn. 6.

⁸⁸ Meyberg (Fn. 87), Nr. 45 RiStBV Rn. 7.

⁸⁹ Artkämper/Schilling (Fn. 27), S. 404; Rohloff/Ruhländer, Kriminalistik 2004, 518.

⁹⁰ Erb (Fn. 3), § 168a Rn. 14; siehe auch Plöd, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Fn. 60), § 168a Rn. 3 (»der wesentliche Inhalt«); Schmitt (Fn. 36), § 168a Rn. 3 (»Ergebnisse«); Wohlers (Fn. 4), § 168a Rn. 5 (»Angaben der Auskunftsperson«); Zöller, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Fn. 36), § 168a Rn. 3 (»Ergebnisse«); a.A. Swoboda (Fn. 29), S. 359.

⁹¹ Leitner (Fn. 17), S. 101 ff., Zitat auf S. 101.

⁹² Banscheraus, Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, 1977, S. 223, 246, insgesamt wurden 57 (S. 100) oder 56 (S. 97) simulierte Vernehmungen durchgeführt.

⁹³ Banscheraus (Fn. 92), S. 100.

Protokollierungsfehlern⁹⁴ fest. *Banscherus* führte 21 Beispiele an für Auslassungen von Angaben (z.B. »an einem Freitag« statt »Freitag, den 7. Januar«) und Hinzufügungen von Tatsachen (z.B. »eine echt goldene Uhr« statt »nicht [...] ,echt golden', sondern nur ,golden«), für Modifikationen der Aussage (z.B. Verwendung des Indikativs statt des Konjunktivs, Änderung des zeitlichen Ablaufs) und für fehlerhafte Paraphrasierungen (z.B. »einige« Personen statt »drei, vier«).⁹⁵ *Banscherus* führte diese Fehler bei erfahrenen Vernehmungspersonen auf eine durch Routine vorgefasste Meinung vom Tathergang und bei unerfahrenen Vernehmungspersonen auf »mangelnde Konzentration« und »mangelnde Selektionsfähigkeit« zurück.⁹⁶

Die seither erfolgten Äußerungen aus der Praxis bestätigen diese Befunde. Inhaltsprotokolle sind demnach weiterhin selektiv, subjektiv und intuitiv, sie sind nicht selten durch vorgefasste Meinungen geprägt, geben die Aussage nur oberflächlich und lückenhaft wieder und enthalten keine (verlässlichen) Angaben zur Befragungstechnik und zum Verlauf der Vernehmung (z.B. Wiedergabe der Vernehmung in einem tatsächlich nicht stattgefundenen Frage-Antwort-Verlauf).⁹⁷ Sogar das BVerfG stellte fest, dass die Wiedergabe einer Aussage »durch den Vernehmenden oder den Protokollführer erfahrungsgemäß mißglücken kann«.⁹⁸

Rechtspsychologische Untersuchungen deuten darauf hin, dass ein Inhaltsprotokoll dem Wahrheitsgebot auch gar nicht gerecht werden kann. Besondere Erwähnung verdient die Studie von *Lamb u.a.*, bei der die Transkripte von auf Tonband aufgenommenen Befragungen mutmaßlicher kindlicher Missbrauchsoffer mit den dazu gehörigen, simultan angefertigten Protokollen der Vernehmungspersonen verglichen wurden. Die Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:⁹⁹

- Die Protokolle waren deutlich lückenhaft, sowohl in Bezug auf den Inhalt der Aussage – ungefähr 25 % der tatrelevanten Details fehlten –, als auch in Bezug auf die Äußerungen der Vernehmungsperson, die zu der jeweiligen Aussage geführt hatten – über 50 % der Äußerungen des Vernehmenden wurden ausgelassen.

⁹⁴ *Banscherus* (Fn. 92), S. 259.

⁹⁵ *Banscherus* (Fn. 92), S. 225 ff.

⁹⁶ Auf Aufmerksamkeits- und Informationsverluste beim Vernehmenden durch die Protokollierung selbst weist *Greuel*, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 221 (228), hin. Auch *Banscherus* (Fn. 92), S. 115, 225, stellt schon fest, dass die »Schreibmaschine« »zur Störquelle werden kann« und »das zu frühe Einsetzen der Schreibmaschine« eine häufige Ursache für Auslassungen ist.

⁹⁷ *Artkämper/Schilling* (Fn. 27), S. 403 (»teilweise ein erschreckendes Bild«); *Brauneisen*, *ÖAnwBl* 2013, 209 f.; *Clages*, in: *Clages* (Hrsg.), *Der rote Faden*, 12. Aufl. 2012, S. 188 (224 f.); *Deckers*, *StraFo* 2013, 133 (134, 136); *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8. Aufl. 2010, Rn. 363 f.; *Nack/Park/Brauneisen*, *NStZ* 2014, 310 (311); *Nestler*, *ZIS* 2014, 594 (598 mit Fn. 25); v. *Schlieffen* (Fn. 27), Nr. 5, 1 f.

⁹⁸ BVerfGE 38, 105 (117).

⁹⁹ *Lamb u.a.*, *Law and Human Behavior* 2000, 699 (703 ff.). Die Ergebnisse werden gestützt durch die Untersuchung von *Warren/Woodall*, *Psychology, Public Policy, and Law* 1999, 355 (362 ff.), wonach das Erinnerungsvermögen selbst geschulter Vernehmungspersonen bzw. Interviewer sowohl bzgl. des Gesprächsinhalts als auch des genauen Wortlauts der Aussagen der Auskunftsperson und insbesondere im Hinblick auf die gestellten Fragen nach Art und Inhalt ausgesprochen schwach ist; entsprechende Protokolle sind in erheblicher Weise lücken- und fehlerhaft.

- Soweit Äußerungen der Vernehmungsperson in das Protokoll aufgenommen wurden, wurden sie zu einem Großteil (ca. 60 %) falsch zugeordnet. Detailreiche Aussagen des Vernommenen wurden tendenziell öfter als spontane, freie Antworten auf offene Fragen dargestellt, obwohl sie infolge einer Suggestivfrage, eine geschlossenen Frage o.Ä. erfolgt waren.

- Schließlich wurde auch die Struktur der Befragung falsch wiedergegeben.

Diese Befunde sprechen deutlich gegen das schriftliche Protokoll. Noch viel mehr gilt das aber, wenn man bei ihrer Würdigung bedenkt, dass die Vernehmenden um das Ziel der Studie und die Audioaufnahme wussten, dass sie langjährige Erfahrung in der Vernehmung von Kindern und der Protokollierung hatten und dass sie ausdrücklich aufgefordert waren, ein vollständiges Protokoll zu erstellen und die Äußerungen der Befragten nicht zu paraphrasieren oder zusammenzufassen. Vor diesem Hintergrund muss nicht nur davon ausgegangen werden, dass unvollständige und inhaltlich fehlerhafte Protokolle an der Tagesordnung sind, sondern auch, dass diese Fehleranfälligkeit dem parallel zur Vernehmung erstellten schriftlichen Protokoll immanent ist.¹⁰⁰

Das fehlerhafte Inhaltsprotokoll erfährt in der Praxis auch keine wirksame Kontrolle und Richtigstellung durch das Prüfungsrecht des Vernommenen (§ 168a Abs. 3 StPO). Er kann das Protokoll falsch verstehen, er kann den Fehler für unerheblich halten (z.B. weil er um die rechtliche Bedeutung der Tatsache nicht weiß), er kann glauben, dass der Vernehmende besser weiß, wie die Aussage korrekt formuliert werden muss, es kann ihm egal sein (z.B. der durch die Tat nicht betroffene Zeuge) oder er kann sich einfach nur nicht trauen, der Vernehmungsperson einen Fehler vorzuwerfen.¹⁰¹ Wie wenig das Prüfungsrecht in Anspruch genommen wird, zeigte bereits die Untersuchung von *Wulf*,¹⁰² bei der knapp die Hälfte der Vernommenen das Protokoll gar nicht erst las.

aa) Der Bild-Ton-Aufzeichnung ist keine Fehleranfälligkeit immanent.¹⁰³ Sie gibt die Aussage des Vernommenen ebenso authentisch wieder wie die Fragen und Vorhalte des Vernehmenden; sie dokumentiert vollständig die Befragungstechnik und den Befragungsverlauf. Diskutiert wird jedoch, ob es nicht andere Formen der Dokumentation gibt, die dasselbe leisten, aber mildere Mittel sind. Genannt werden das simulta-

¹⁰⁰ Dasselbe gilt dann wohl erst recht für nachträgliche Protokolle (welche die StPO ohnehin nicht zulässt; erforderlich ist gem. § 168a Abs. 2 StPO als Grundlage eine vorläufige Aufzeichnung). Psychologische Studien zeigen, dass nachträgliche Interviewprotokolle »selbst dann zu erheblichen Informationsverlusten oder gar selektiven Aussageverzerrungen führen«, wenn sie unmittelbar nach Abschluss des Interviews angefertigt werden; *Greuel* (Fn. 96), S. 228, unter Verweis auf Studien von *Köhnken/Thürer/Zoberbier*, *Applied Cognitive Psychology* 1994, 13, und *McLean*, *Medicine, Science and the Law* 1995, 116.

¹⁰¹ *Leitner* (Fn. 17), S. 103.

¹⁰² *Wulf*, *Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung auf der Grundlage empirischer Untersuchungen*, 1984, S. 492 ff.; siehe auch *Banscherus* (Fn. 92), S. 82 f.

¹⁰³ Zwar kann auch sie zu Fehleinschätzungen des Betrachters führen, wenn sie falsch vorgelesen wird (z.B. keine neutrale Kameraperspektive), aber das ist kein ihr immanentes Problem.

ne Wortprotokoll und die Tonaufzeichnung, von denen letztere dem Vernommenen zumindest den Eingriff in das Recht am eigenen Bild erspart.

(1) Das vom Vernehmenden (oder Protokollführer¹⁰⁴) während der Vernehmung erstellte Wortprotokoll ist jedoch ungeeignet. Es stößt gerade bei derjenigen Vernehmungstechnik an ihre Grenzen, die vom Gesetz gefordert wird (§ 69 Abs. 1 S. 1 StPO) und am ehesten eine vollständige und objektiv wahre Aussage erzielt: Macht der Aussagende seine Angaben im Form eines freien Berichts,¹⁰⁵ so ist eine fortlaufende Niederschrift unmöglich. Der Aussagende wird im Durchschnitt bereits nach 7,5 Sekunden unterbrochen, damit der Protokollierende mithalten kann.¹⁰⁶ Die ständige Unterbrechung stört nachhaltig den Erinnerungsprozess des Aussagenden und schwächt so die Aussageleistung. Hinzu kommen Aufmerksamkeits- und Informationsverluste beim Vernehmenden. Aus diesen Gründen wird in der Rechtspsychologie eine Video- oder Audioaufzeichnung gefordert.¹⁰⁷

(2) Die Tonaufzeichnung (vgl. § 168a Abs. 2 S. 1 StPO) wird häufig deshalb als nicht ebenso geeignet angesehen wie die Bild-Ton-Aufzeichnung, weil sie die nonverbale Kommunikation der Beteiligten nicht wiedergibt. Das ist jedoch in Bezug auf den Vernommenen bedeutungslos, weil das non-verbale Aussageverhalten entgegen einem weit verbreiteten Irrglauben¹⁰⁸ keine Rückschlüsse auf den Wahrheitsgehalt der Aussage erlaubt.¹⁰⁹ Hingegen kann die Aufzeichnung der nonverbalen Kommunikation der Vernehmungsperson bedeutsam sein,¹¹⁰ etwa wenn der Vernommene dadurch eingeschüchtert oder verwirrt wurde. Dieser Aspekt deutet auf den entscheidenden Gesichtspunkt hin, weshalb die Bild-Ton-Aufzeichnung geeigneter ist als die Tonaufzeichnung. Mit ihr ist es besser möglich zu kontrollieren und zu beweisen, ob die Vernehmung rechtskonform durchgeführt wurde oder nicht. Die Bild-Ton-Aufzeichnung erlaubt zudem »eine bessere Einschätzung des für eine Geständnisbeurteilung relevanten physischen und psychischen Zustands des

¹⁰⁴ Keine realistische Alternative ist der Vorschlag, bei allen Zeugen und Beschuldigtenvernehmungen – also auch und gerade durch die Polizei – Stenographen hinzuziehen, die in der Lage sind, eine Beweiserhebung wörtlich zu protokollieren, wie das z.B. für parlamentarische Untersuchungsausschüsse des Bundestags vorgeschrieben ist (§ 11 Abs. 2 S. 1 PUAG).

¹⁰⁵ *Greuel* (Fn. 96), S. 225.

¹⁰⁶ *Weber/Berresheim*, *Kriminalistik* 2001, 785 (787), unter Verweis auf eine Studie von *Fisher/Geiselman/Ramond*, *Journal of Police Science and Administration* 1987, 177; *Ammann*, *Kriminalistik* 2011, 570 (573 f.), bestätigt dies aus eigener Erfahrung.

¹⁰⁷ Siehe zum Vorstehenden *Greuel* (Fn. 96), S. 228.

¹⁰⁸ *Dieckerhoff* (Fn. 32), S. 164, 166 ff.; *Scheumer* (Fn. 30), S. 111; *Hartz* (Fn. 29), S. 74.

¹⁰⁹ *Sporer/Köhnken*, in: *Volbert/Steller* (Fn. 96), S. 353 (359 ff.); ebenso: *Norouzi*, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, 2010, S. 251 f.; *Rieck*, Substitut oder Komplement?, 2003, S. 190 ff.; *Swoboda* (Fn. 29), S. 186 ff. – Die Bild-Aufzeichnung schadet aber auch nicht. Eine Metaanalyse von 50 Studien deutet darauf hin, dass die Zuhörer von Tonaufzeichnungen falsche Aussagen nicht signifikant besser erkennen als Betrachter von Bild-Ton-Aufzeichnungen (*Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 2006, 214 [225]). Die Fehleranfälligkeit der Beurteilung aufgrund einer Bild-Ton-Aufzeichnung könnte außerdem durch eine entsprechende, wissenschaftlich fundierte Instruktion der Beurteilenden zumindest gemindert werden (*Vrijj/ Granhag/Porter*, *Psychological Science in Public Interest* 2010, 89 [102 ff.]).

¹¹⁰ *Drews* (Fn. 58), S. 255.

Vernommenen«.¹¹¹

b) Die obligatorische Bild-Ton-Aufzeichnung ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die mit ihr verfolgten Zwecke der Sicherung der Wahrheitsfindung und der Sicherung der Rechtmäßigkeit des Verfahrens überwiegen den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

(1) Der Eingriff in die Rechte am eigenen Bild, am gesprochenen Wort und auf informationelle Selbstbestimmung erfolgt im Rahmen einer besonderen Rechts- und Pflichtenbeziehung zwischen dem Zeugen und den Strafverfolgungsorganen, die man als Sonderstatusverhältnis bezeichnen kann. Der Zeuge erzählt nicht als Privatperson einem von ihm ausgesuchten Dritten eine beliebige Geschichte und wird dabei aufgezeichnet. Sondern er erfüllt in der ihm vom Gesetz zugewiesenen Verfahrensrolle gegenüber einem Amtsträger seine Pflicht, bestmöglich zur Wahrheitsfindung beizutragen. In diesem Sonderstatusverhältnis wird sein Recht, selbst über die Preisgabe personenbezogener Informationen (vgl. § 3 Abs. 1 BDSG) zu bestimmen, bereits durch die Aussagepflicht eingeschränkt (vgl. §§ 68, 68a StPO¹¹²). Dasselbe gilt für sein Recht, über die Information als solche selbst weiter zu verfügen und zu bestimmen, an wen sie weitergegeben wird, das bereits durch andere Vorschriften beschränkt wird – beginnend mit denen zur Protokollierung, die bereits eine (vorläufige) Tonaufzeichnung erlauben (§ 168a Abs. 2 S. 1 StPO), bis hin zu den Regelungen über die Akteneinsicht. Das Spezifische der Aufzeichnung ist der Eingriff in die Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeit des Zeugen darüber, wer ihn später bei der Vernehmung wahrnimmt. Dieser Eingriff findet jedoch in einer Situation statt, in der dem Zeugen von vornherein kein Recht zukommt, seinen Gesprächspartner frei zu wählen oder sich je nach Gesprächspartner unterschiedlich zu äußern. Bereits die Zeugenrolle schränkt die Freiheit ein, sich nach Belieben gegenüber anderen durch Gebaren, Sprache und Informationen selbst darzustellen.¹¹³ Die Eingriffstiefe der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung ist daher deutlich geringer als die eines privaten Gesprächs.¹¹⁴

(2) Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen ist also nicht so erheblich, wie das häufig behauptet wird. Er wird mehr als aufgewogen durch die aus ihm erwachsenden Vorteile für die Wahrheitsfindung und die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Die Bild-Ton-Aufzeichnung schafft eine authentische, vollständige, jederzeit reproduzierbare und aus sich heraus auf ihre rechtmäßige Gewinnung hin überprüfbare Erkenntnisquelle. Dadurch eröffnet sich anderen Ermittlungspersonen, Staatsanwälten, Richtern und Verteidigern die Gelegenheit, die

¹¹¹ *Drews* (Fn. 58), S. 255.

¹¹² Hier wurde im Gesetzgebungsverfahren auch explizit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung genannt; BT-Drs. 16/12098, S. 13.

¹¹³ Die Rechte am eigenen Bild, am gesprochenen Wort und auf informationelle Selbstbestimmung schützen die selbstbestimmte Darstellung des persönlichen Lebens- und Charakterbildes; *Di Fabio* (Fn. 72), Art. 2 Rn. 166.

¹¹⁴ Ebenso *Gertler* (Fn. 36), Nr. 19 RiStBV Rn. 9; im Ergebnis auch *Tsamibakakis* (Fn. 68), § 58a Rn. 7.

Vernehmung später so wahrzunehmen, wie sie stattgefunden hat. Es wird ihnen erstmals – oder jedenfalls weitaus zuverlässiger als bislang – ermöglicht zu beurteilen, ob eine Aussage glaubhaft ist, ob sie durch Vernehmungsfehler beeinflusst wurde oder ob sie auf rechtskonforme Weise erlangt wurde. Bei Vernehmungen, an denen ein Dolmetscher beteiligt war, wird zudem erstmals eine nachträgliche Prüfung möglich, ob die Übersetzung richtig war und ob der Dolmetscher auf den Aussagenden Einfluss genommen hat.¹¹⁵ Die flächendeckende Bild-Ton-Aufzeichnung wird aber nicht nur retrospektiv nutzbar sein, sondern auch präventiv wirken. Das Wissen darum, dass nun jederzeit kontrolliert werden kann, was bei der Vernehmung tatsächlich passiert ist, wird Vernehmungspersonen und Dolmetscher motivieren, korrekt vorzugehen.¹¹⁶

Neben den Vorteilen für die Wahrheitsfindung und die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens wird auch die Möglichkeit des Beschuldigten und seines Verteidigers verbessert, sich gegen ihn belastende Aussagen zur Wehr zu setzen oder auf ihn entlastende Aussagen hinzuweisen. Das gilt insbesondere dann, wenn er selbst oder sein Verteidiger bei der Vernehmung des Zeugen nicht anwesend war.¹¹⁷ Zudem schützt die Bild-Ton-Aufzeichnung den Zeugen besser vor einem Fehlverhalten des Vernehmenden¹¹⁸ sowie vor einem falschen Verständnis und einer falschen oder verkürzten Protokollierung seiner Aussage mit ihren Konsequenzen (z.B. unnötige Mehrfachvernehmung).

Des Weiteren kann die Bild-Ton-Aufzeichnung positive Folgen für andere Rechtsgüter haben. So wird sie in der Hauptverhandlung zu einer signifikanten Verringerung der Streitigkeiten und Beweisschwierigkeiten über die Frage führen, ob bei der Vernehmung alle Verfahrensvorschriften eingehalten wurden;¹¹⁹ dadurch wird es zu einer Beschleunigung des Hauptverfahrens und zur Entlastung der Justiz sowie der Polizei kommen, deren Vernehmungsbeamte insoweit nicht mehr als Zeugen benötigt werden.¹²⁰ Durch die Möglichkeit, Fehler bei der Vernehmung frühzeitig aufzudecken und so z.B. falsche Geständnisse zu entlarven, wird schließlich nicht nur die Wahrheitsfindung im Strafverfahren gefördert, was Unschuldige vor einer Verurteilung bewahren kann, sondern es können ggf. auch weitere Straftaten durch den Schuldigen verhindert werden.¹²¹

c) Eine obligatorische Bild-Ton-Aufzeichnung aller Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren wäre somit verfassungsgemäß.

Diese Einschätzung liegt auch dem BRAK-Entwurf zugrunde, der nur deshalb keine flächendeckende obligatorische Bild-Ton-Aufzeichnung vorsieht, um »den mit Videoaufzeichnungen einhergehenden Aufwand auf ein akzeptables Maß zu beschränken« und den »begrenzten Ressourcen Rechnung zu tragen.¹²² Ein Grund für diese Zurückhaltung dürfte der Wunsch sein, das schriftliche Vernehmungsprotokoll beizubehalten.¹²³

VII. Schriftliches Protokoll oder Videoprotokoll?

Kommt es in der Praxis ausnahmsweise zu einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung, so wird anschließend zumeist ein Wortprotokoll erstellt, sie also vollständig verschriftlicht. Der Zeit- und Personalaufwand dafür ist hoch und steht aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden außer Verhältnis zum Nutzen. Die Niederschrift sei »erheblich umfangreicher und damit weniger übersichtlich als herkömmliche Protokolle«;¹²⁴ sie sei wegen der wortwörtlichen Wiedergabe der Aussage mühsamer zu lesen; das aus der Sicht der Ermittler Wesentliche lasse sich schwerer herausfiltern. Während der langwierigen Phase der Verschriftlichung sei die Akte nicht verfügbar und damit der Fortgang des Ermittlungsverfahrens blockiert.

Dass von jeder Vernehmung, die in Bild und Ton aufgezeichnet wird, auch ein Wortprotokoll angefertigt wird, verlangt die StPO jedoch gar nicht. Da der Gesetzgeber keine besondere Regelung zur Protokollierung von Vernehmungen getroffen hat, die gem. § 58a (i.V.m. § 161a Abs. 1 S. 2, § 163 Abs. 3 S. 1 oder § 163a Abs. 1 S. 2) StPO aufgezeichnet werden,¹²⁵ gelten die allgemeinen Regeln.¹²⁶ Es genügt daher ein Inhaltsprotokoll, das während der Vernehmung vom Vernehmenden selbst erstellt, diktiert oder von einem Protokollführer angefertigt wird.¹²⁷

Diese Wege der Protokollierung während der Vernehmung werden aber aus naheliegenden Gründen nicht gewählt, wenn eine Bild-Ton-Aufzeichnung läuft.

lin sieben Menschen tötete. Die erste Tat gestand allerdings in der polizeilichen Vernehmung Michael Mager, der später angab, nach dem langen Verhör durcheinander gewesen zu sein und zu allem »Ja und Amen« gesagt zu haben, weil er geglaubt habe, sein falsches Geständnis werde schon noch aufgeklärt werden. Mager widerrief sein Geständnis, wurde aber dennoch verurteilt und saß sechs Jahre im Gefängnis. Seine Unschuld stellte sich erst heraus, als Rung nach seiner Festnahme auch die erste Tat gestand. Sechs Menschen wären möglicherweise nicht getötet worden, wenn die Vernehmung Magers aufgezeichnet und das falsche Geständnis dadurch früher aufgedeckt worden wäre.

122 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 16, 20. Auch der Alternativ-Entwurf problematisiert den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht nicht, allerdings ist er auch in der Reichweite seiner Vorschläge wesentlich zurückhaltender.

123 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 17.

124 Griesbaum (Fn. 85), § 168a Rn. 4.

125 Ausdrücklich ablehnend BT-Drs. 13/4983, S. 10; BT-Drs. 13/7165, 6.

126 BT-Drucks. 13/4983, S. 10; Ignor/Bertheau (Fn. 36), § 58a Rn. 29; Leitner (Fn. 17), S. 50; Neuback (Fn. 60), § 58a Rn. 12; Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 22; Schmitt (Fn. 36), § 58a Rn. 9; Senge (Fn. 27), § 58a Rn. 9.

127 Erb (Fn. 3), § 168a Rn. 18b; Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 22.

Es gilt ja gerade als ein Vorzug einer solchen Aufzeichnung, dass man den Gesprächsfluss nicht zwecks Protokollierung unterbrechen muss. Daher wird auf eine gleichzeitige Protokollierung verzichtet und die Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 58a (i.V.m. § 161a Abs. 1 S. 2, § 163 Abs. 3 S. 1 oder § 163a Abs. 1 S. 2) StPO dient als vorläufige Aufzeichnung i.S.d. § 168a Abs. 2 S. 1 StPO.¹²⁸ Auch dieses Vorgehen zwingt aber noch nicht dazu, später ein Wortprotokoll anzufertigen.¹²⁹ Die vorläufige Aufzeichnung¹³⁰ ist noch nicht das Protokoll, sondern die verbindliche Grundlage, auf der das Protokoll zu erstellen ist (§ 168a Abs. 2 S. 2 StPO). Eine Beschränkung des nachträglich erstellten Protokolls auf wesentliche Teile der Vernehmung oder auf das übliche Inhaltsprotokoll ist zulässig.¹³¹ Sie setzt allerdings eine Mitwirkung der Vernehmungsperson voraus; zudem muss das Protokoll später dem Vernommenen vorgelegt, dieser also nochmals geladen werden.¹³² All das ist arbeits- und zeitaufwändig, umständlich und kann außerdem im Fall eines jederzeit möglichen Widerspruchs des Zeugen gegen eine Weitergabe der Aufzeichnung gem. § 58a Abs. 3 S. 1 StPO die Notwendigkeit der Erstellung eines Wortprotokolls ohnehin nicht verhindern.¹³³

Daher wird in dieser Situation der zunächst einfachere Weg gewählt: die vorläufige Aufzeichnung wird dem Vernommenen vorgespielt und von ihm genehmigt (§ 168a Abs. 3 S. 4, 5 StPO) oder – noch schlanker – von ihm unter Verzicht auf ein Abspielen (§ 168a

128 Zwar ermächtigt § 168a Abs. 2 S. 1 StPO nur zu einer vorläufigen Aufnahme mittels »einem Tonaufnahmegerät«. Das schließt aber nach h.M. nicht aus, eine gem. § 58a StPO zulässige Bild-Ton-Aufzeichnung auch als vorläufige Aufzeichnung zu nutzen (*El Duwaik*, in: Graf [Fn. 36], § 168a Rn. 4; *Erb* [Fn. 3], § 168a Rn. 18a; *Griesbaum* [Fn. 85], § 168 Rn. 4; *Leitner* [Fn. 17], S. 50, 57; *Rogall* [Fn. 2], § 58a Rn. 1, 22; *Schmitt* [Fn. 36], § 58a Rn. 9, § 168a Rn. 4; *Wiesneth*, Handbuch für das ermittlungsrichterliche Verfahren, 2006, Rn. 588; *Wohlens* [Fn. 4], § 168a Rn. 10, § 168e Rn. 18; a.A. noch der Bundesrat, *BT-Drs. 13/4983*, S. 6; dagegen *BT-Drs. 13/4983*, 10; *13/7165*, 6). Daran kann man zweifeln, weil jeder Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – und dazu gehört auch eine abweichende Nutzung – einer Ermächtigungsgrundlage bedarf. Eine solche bietet § 58a Abs. 1 StPO aber nur dann, wenn man seinen Zweck auch in der Erleichterung der Protokollierung sieht (so aber nur *Rogall* [Fn. 2], § 58a Rn. 2, 14; siehe oben Fn. 75). – Weil die Ermächtigung zur Bild-Ton-Aufzeichnung nicht auf § 168a StPO, sondern auf § 58a (i.V.m. § 161a Abs. 1 S. 2, § 163 Abs. 3 S. 1 oder § 163a Abs. 1 S. 2) StPO beruht, hat sie nicht nur »den Wert einer vorläufigen Aufzeichnung« und unterliegt nicht der Löschungsvorschrift des § 168a Abs. 2 S. 4 (a.A. *Swoboda* [Fn. 29], S. 359); vielmehr gelten die §§ 58a Abs. 2 S. 2, 101 Abs. 8 StPO (siehe dazu *Erb*, a.a.O., und *Rogall* [Fn. 2], § 58a Rn. 27, mit unterschiedlichen Lösungen für den Fall, dass die Aufzeichnung gem. § 101 Abs. 8 StPO zu einem früheren Zeitpunkt zu löschen ist als gem. § 168a Abs. 2 S. 4; dieses Problem entfällt, wenn man die Bild-Ton-Aufzeichnung als Videoprotokoll anerkennt; dann ist sie aufzubewahren, bis sie nach beiden Vorschriften gelöscht werden muss).

129 *Artkämper/Schilling* (Fn. 27), S. 413; *Gertler* (Fn. 36), Nr. 5b RiStBV Rn. 10; *Wiesneth* (Fn. 128), Rn. 588; a.A. *Erb* (Fn. 3), § 168a Rn. 18a; *Maier* (Fn. 36), § 58a Rn. 68.

130 Da § 168a Abs. 2 S. 1 StPO nur davon spricht, dass der »Inhalt des Protokolls« vorläufig aufgezeichnet werden kann, liegt es im Ermessen des Vernehmenden, ob die Aussage selbst aufgezeichnet wird oder nur seine Zusammenfassung von ihr oder eine Kombination von beidem (*BT-Drs. 8/976*, S. 41; *Erb* [Fn. 3], § 168a Rn. 21). – Folglich ist auch die Forderung in Nr. 5b RiStBV, bei der vorläufigen Aufzeichnung von Protokollen solle »vom Einsatz technischer Hilfsmittel (insbesondere von Tonaufnahmegeräten) möglichst weitgehend Gebrauch gemacht werden«, keine Forderung nach einer Aufzeichnung der Aussage selbst.

131 *Gertler* (Fn. 36), Nr. 5b RiStBV Rn. 10.

132 *Swoboda* (Fn. 29), S. 360.

133 Wohl deshalb wird empfohlen, von vornherein immer ein Wortlautprotokoll zu erstellen; *Rogall* (Fn. 2), § 58a Rn. 45.

Abs. 3 S. 6 StPO) genehmigt. Danach ist dann allerdings das Wortprotokoll zwingend. Eine einmal genehmigte Aufzeichnung darf bei der späteren Anfertigung des Protokolls nicht mehr geändert werden.¹³⁴

Angesichts dieser Sach- und Rechtslage stellt sich die Frage, warum im Fall einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung überhaupt noch ein schriftliches Protokoll erstellt werden muss. Warum wird stattdessen nicht das Videoprotokoll anerkannt?

Diese Überlegung ist nicht neu. Sie wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Zeugenschutzgesetz angestellt. In der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz kindlicher Zeugen führte der Bundesrat aus, dass im Protokoll wegen des Inhalts der Vernehmung auf die Bild-Ton-Aufzeichnung verwiesen werden solle.¹³⁵ Allerdings war der Bundesrat zu Unrecht der Ansicht, ein solches Vorgehen sei bereits nach den damals wie heute geltenden allgemeinen Protokollierungsvorschriften zulässig.¹³⁶ *Swoboda* hat den Gedanken des Videoprotokolls deshalb bereits im Jahr 2002 zu Recht wieder aufgegriffen und vorgeschlagen, in § 168a StPO eine Regelung aufzunehmen, dass bei einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung diese Protokoll im Sinne des Gesetzes ist.¹³⁷

Demgegenüber soll nach dem BRAK-Entwurf das schriftliche Vernehmungsprotokoll beibehalten bleiben »wie bisher«.¹³⁸ Begründet wird das allerdings nicht.¹³⁹ Diese Ablehnung des Videoprotokolls im Ermittlungsverfahren passt nicht dazu, dass das Gesetz die Bild-Ton-Aufzeichnung bereits jetzt als Beweismittel anerkennt und sie dem schriftlichen Protokoll gleichstellt. Teile der Literatur nehmen sogar an, dass ihr grundsätzlich eine höhere Beweisqualität zukommt,¹⁴⁰ so dass in der Hauptverhandlung ihr Vor-

134 *BT-Drs. 8/976*, S. 41; *Wohlens* (Fn. 4), § 168a Rn. 21; im Grundsatz auch *Erb* (Fn. 3), § 168a Rn. 26, und *Griesbaum* (Fn. 85), § 168a Rn. 12, die aber eine Korrektur von »offensichtlichen Fassungsversehen« für zulässig erachten; noch weiter geht *Schmitt* (Fn. 36), § 168a Rn. 8, der auch »rein stilistische Änderungen« für erlaubt hält.

135 Entwurf eines Gesetzes zum Schutz kindlicher Zeugen, *BT-Drs. 13/4983*, 6.

136 Deshalb regte der Bundesrat im Gegenteil sogar an, zwecks Praktikabilität und Waffengleichheit (die Aufzeichnung sollte bei der Staatsanwaltschaft asserviert werden) eine Verschriftlichung der »wesentlichen Teile der Aufzeichnung« anzuordnen (§ 168 Abs. 2 StPO-E), die aber »keine prozessuale relevante Beweisdokumentation« sein sollte (*BT-Drs. 13/4983*, S. 3, 6). Der Vorschlag wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht weiterverfolgt. Die Bundesregierung und die Koalitionsfraktionen hielten eine solche Regelung wegen der ohnehin geltenden allgemeinen Protokollierungsvorschriften (§§ 168, 168a StPO) für »verzichtbar«. »Gegebenenfalls könnten, soweit geboten, entsprechende Regelungen in die RiStBV aufgenommen werden« (*BT-Drs. 13/4983*, S. 10; *BT-Drs. 13/7165*, 6). Das geschah nicht, möglicherweise weil in der Praxis, wie oben dargelegt, sogar ein Wortprotokoll erstellt wird.

137 *Swoboda* (Fn. 29), S. 361.

138 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 17 (mit dem Zusatz, dass die Verfahrensbeteiligten [wie bisher] grundsätzlich »keinen Anspruch auf Verschriftung« haben sollen); ebenso schon *Schünemann*, ZStW 114 (2002), 1 (45 f.); für eine Beibehaltung des schriftlichen Protokolls auch *Deckers*, StV 2013, 133 (136), der aber fordert, »dass das verschriftete Protokoll der elektronischen Aufzeichnung an die Stelle des klassischen schriftlichen Vernehmungsprotokolls treten muss«.

139 Es wird auch nicht erläutert, wie sich die Ablehnung des Videoprotokolls im Ermittlungsverfahren mit der Befürwortung des Videoprotokolls der Hauptverhandlung (§ 273 StPO-E; *BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010*, S. 6 f., 10, 18 f., 27) vereinbaren lässt.

140 Ebenso der BGH im Rahmen seiner Kritik an dem Verweis des § 255a Abs. 1 StPO auf § 252 StPO; BGH NJW 2004, 1605 (1607); BGH NSiZ 2014, 596 (597); BGH, Beschl. v. 14.1.2015 – 1 ARs 21/ARS = BeckRS 2015, 02348, Rn. 34.

StPO

mit allen Zusammenhängen.

spielen dem Verlesen des schriftlichen Protokolls vorzuziehen ist.¹⁴¹ Dieser Vorrang soll nach dem Alternativ-Entwurf sogar ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben werden.¹⁴² Ausgehend »von dem Ziel der bestmöglichen Wahrheitsermittlung«, so die Begründung, sei »die Vorführung einer vorhandenen Bild-Ton-Aufzeichnung der Verlesung eines über die frühere Vernehmung gefertigten Protokolls überlegen und daher vorrangig«.¹⁴³

Unabhängig von der grundsätzlichen Frage eines Vorrangs, muss ein solcher jedenfalls dann bejaht werden, wenn das schriftliche Protokoll auf einer Bild-Ton-Aufzeichnung basiert. Denn eine Eins-zu-eins-Umsetzung einer Video- oder auch nur Audioaufzeichnung in ein schriftliches Protokoll ist unmöglich. Eine Transkription geht immer mit einer Interpretation und Reduktion der Informationen einher.¹⁴⁴ Es fehlt bislang sogar ein einheitliches und verbindliches Transkriptionssystem für das Strafverfahren, das festlegt, welche Informationen verzichtbar sind und auf welche es ankommt.¹⁴⁵ Aber selbst wenn insoweit Klarheit bestünde, wären der Transkription immer noch Grenzen gesetzt, etwa wenn mehrere Personen gleichzeitig reden.¹⁴⁶ Festgehalten werden kann somit, dass das Protokoll niemals mehr ist als eine unzulängliche Verschriftung der Aufzeichnung. Zu Recht spricht ihm daher Rogall den Rang einer »prozessual relevanten Beweisdokumentation« ab; allenfalls sei es eine Arbeitshilfe.¹⁴⁷ Dann aber kann man auch ganz darauf verzichten.

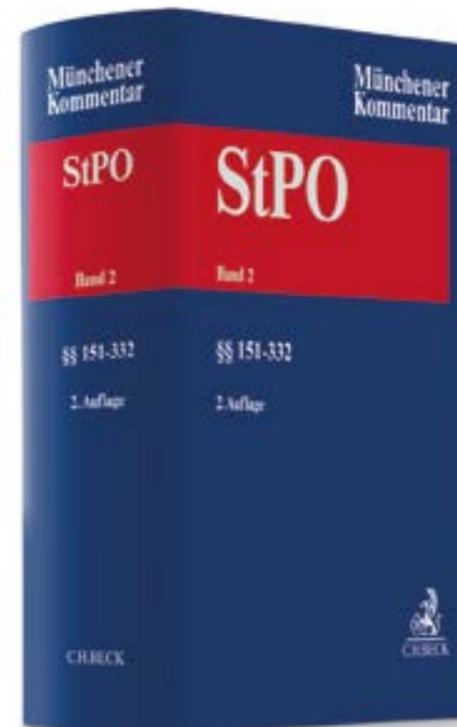
Eine Konsequenz des Vorschlags, das Videoprotokoll anzuerkennen, wäre, dass die Bild-Ton-Aufzeichnung auch alle Angaben i.S.d. § 168a Abs. 1 StPO – also Ort und Tag der Verhandlung, Namen der mitwirkenden und beteiligten Personen, Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten (z.B. Belehrungen, Beanstandungen und diesbezügliche Entscheidungen) – dokumentieren muss. Jedoch wird dies auch heute schon bei der Nutzung einer Bild-Ton-Aufzeichnung als vorläufige Aufzeichnung gem. § 168a Abs. 2 S. 1 StPO für machbar gehalten und gefordert.¹⁴⁸ Zusätzlich sollte der Vernehmende am Ende der Aufzeichnung eine Erklärung darüber abgeben, dass keine verfahrensbezogenen

Gespräche außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung über den Gegenstand der Vernehmung geführt wurden,¹⁴⁹ und dem Zeugen oder Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, sich dazu zu erklären.

Eine weitere Konsequenz wäre es, dass eine Kopie der Bild-Ton-Aufzeichnung Teil der Akte wird,¹⁵⁰ während eine andere Kopie weiterhin als Beweismittel amtlich zu verwahren ist.¹⁵¹ Diese Dopplung ist nach der Einführung der digitalen Aufnahmetechnik, die keine Originalaufzeichnung mehr kennt,¹⁵² unproblematisch. Für die Frage, ob dem Vernommenen weiterhin und in demselben Umfang ein Widerspruchsrecht zustehen soll, wie es § 58a Abs. 4 StPO derzeit vorsieht,¹⁵³ wäre diese Änderung ohne Belang.¹⁵⁴

VIII. Ergebnis

Eine obligatorische Bild-Ton-Aufzeichnung aller¹⁵⁵ Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren ist notwendig und rechtlich zulässig. Ihre Einführung könnte begleitet werden von einer Streichung der Pflicht zur Erstellung eines schriftlichen Protokolls.

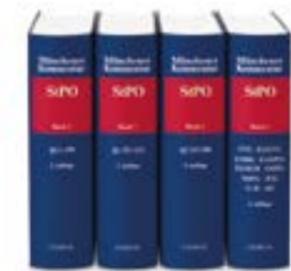


NEU
im Dezember 2023

**Münchener Kommentar
zur Strafprozessordnung
Band 2: §§ 151–332**

2. Auflage, 2024.
XXXVII, 2830 Seiten. In Leinen € 299,-
Vorzugspreis bei Abnahme aller vier Bände
€ 279,-
ISBN 978-3-406-76772-8

≡ beck-shop.de/31852076



**Münchener Kommentar
zur Strafprozessordnung**

Herausgegeben von Prof. Dr. Christoph Knauer,
Rechtsanwalt, Prof. Dr. Hans Kudlich und
Prof. Dr. Hartmut Schneider, Bundesanwalt beim
Bundesgerichtshof.
Rund 8900 Seiten. In Leinen
Vorzugspreis bei Gesamtabnahme ca. € 1016,-
statt ca. € 1096,- bei Einzelabnahme
ISBN 978-3-406-76770-8

≡ beck-shop.de/31863414

Die weiteren Einzelbände:

Band 1: §§ 1-150 StPO.
2023. XLII, 2947 Seiten. In Leinen € 299,-/279,-*
Band 3: §§ 333-500 StPO.
2024. Rund 1900 Seiten. In Leinen ca. € 249,-/229,-*
Neu im März 2024
Band 4: GVG, EGGVG, EMRK, EGStPO, EGStGB,
ZSHG, StrEG, JGG, G10, AO, BZRG, DolmetscherG,
VerSanG
2024. Rund 2200 Seiten. In Leinen ca. € 249,-/229,-*
Neu im Mai 2024

*ca.-Vorzugspreis bei Gesamtabnahme



Die StPO im MüKo-Format

Der Großkommentar erläutert die Strafprozessordnung wissenschaftlich fundiert und zugleich mit präzisiertem Blick auf die **Bedürfnisse der Praxis**. Band 2 erläutert zunächst alle relevanten Fragen zum **Verfahren im ersten Rechtszug**. Diese umfassen die Öffentliche Klage und ihre Vorbereitung (§§ 151-177), die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (§§ 198-211), die Hauptverhandlung und ihre Vorbereitung (§§ 212-275) sowie die Sicherungsverwahrung und Verfahren gegen Abwesende (§§ 275a, 276-295). Ein weiterer Schwerpunkt sind die **Rechtsmittel der Beschwerde und Berufung** (§§ 296-332).

Die Neuauflage

Seit der Voraufgabe waren 75 Änderungsgesetze zu berücksichtigen. **Band 2** enthält umfangreiche Kommentierungen zum zweiten Buch, zum Verfahren im ersten Rechtszug, sowie zur Beschwerde und Berufung aus dem dritten Buch. Ein besonderes Augenmerk liegt u.a. auf

- den Neuerungen im Beweisanztragsrecht durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens
- den Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens
- der Weiterentwicklung der Verständigung durch obergerichtliche Rechtsprechung.

¹⁴⁹ Aufzuzeichnen sind also auch Vor- und Zwischengespräche (Deckers, StV 2013, 133 [139]; Leitner, StraFo 1999, 45 [47]; v. Schlieffen, (Fn. 27), Nr. 5, 1 [2]). Hingegen lassen BRAK- und Alternativ-Entwurf nicht aufgezeichnete Vor- und Zwischengespräche zu (BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 9, 22; GA 2014, 1 [8, 30 f.]). Damit werden die mit der Dokumentation verfolgten Zwecke unterlaufen, weil es sein kann, dass solche Gespräche nicht rechtskonform verlaufen und in ihnen die später aufgezeichnete Aussage vorbereitet wird (vgl. Schönemann, ZStW 114 [2002], 1 [45]; eindrücklich Nester, ZIS 2014, 594 [597, 601], am Fall der angeblichen Tötung des Rudolf Rupp). Diese Probleme lassen sich auch nicht dadurch beheben, dass der Vernehmende verpflichtet wird, den wesentlichen Inhalt solcher Gespräche zu Beginn oder am Ende der Aufzeichnung wiederzugeben. Damit kehren nur alle Probleme des Inhaltsprotokolls wieder zurück. Auch die Forderung, dem Vernommenen müsse Gelegenheit gegeben werden, dazu Stellung zu nehmen, hilft nicht, wie die Probleme bei der Genehmigung des Protokolls zeigen.

¹⁵⁰ Videoaufnahmen können Bestandteil der Akte sein; BayObLG, NStZ 1991, 190 (190 f.); OLG Schleswig NJW 1980, 352 (353); Wohlers (Fn. 4), § 147 Rn. 25.

¹⁵¹ Zur derzeitigen Rechtslage s. Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 6, 36.

¹⁵² In der Literatur ist häufig von der »Originalaufzeichnung« die Rede (z.B. Ignor/Bertheau [Fn. 36], § 58a Rn. 36; Rogall [Fn. 2], § 58a Rn. 36), die es bei der früher üblichen analogen Aufnahmetechnik gab, bei der heutigen digitalen Aufnahmetechnik aber nicht mehr gibt. Heute ist die mit »original« gemeinte erste Speicherung diejenige im Arbeitsspeicher des Aufzeichnungsgeräts. Das zur Akte genommene oder amtlich verwahrte externe Speichermedium (z.B. CD-ROM) enthält eine identische Kopie.

¹⁵³ Dagegen zu Recht der BRAK-Entwurf, BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 17, soweit dort gefordert wird, dass dem Verteidiger »auch im Falle eines Widerspruchs des Vernommenen eine Kopie der Bild-Ton-Aufzeichnung im Rahmen des ihm nach § 147 StPO zustehenden Akteneinsichtsrechts zu überlassen« ist; enger Swoboda (Fn. 29), S. 392, die zumindest eine Beschränkung auf Opferzeugen fordert.

¹⁵⁴ Zu Recht rügt Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 6, dass die Diskussion um die Zuordnung der Bild-Ton-Aufzeichnung zur Akte oder zu den amtlich verwahrten Beweisstücken ein Streit um Worte ist, der die Entscheidung der Sachfrage, inwieweit die Herstellung und Überlassung von Kopien zulässig ist, unberührt lässt; siehe auch Swoboda (Fn. 29), S. 391.

¹⁵⁵ Auch der Vernehmungen »vor Ort«; Ammann, Kriminalistik 2011, 570 (575).

¹⁴¹ Julius, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Fn. 36), § 255a Rn. 7; Leitner, StraFo 1999, 45 (48); Mosbacher, in: Erb u.a. [Hrsg.], Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2010, § 255a Rn. 3; Pott, Rechtsprobleme bei der Anwendung von Videotechnologie im Strafprozess, 2004, S. 63 f.; Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 4. Aufl. 2012, § 255a Rn. 7; Weigend, Gutachten C für den 62. Deutschen Juristentag, 1998, S. 63; enger Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 36), § 255a Rn. 5 (»häufig, aber nicht gleichsam automatisch«); a.A. (kein Vorrang) Diemer, in: Hannich (Fn. 27), § 255a Rn. 4; Senge (Fn. 27), § 58a Rn. 6.

¹⁴² § 251 StPO-AE, GA 2014, 1 (53).

¹⁴³ Arbeitskreis, GA 2014, 1 (5).

¹⁴⁴ Buckow, ZIS 2012, 551 (552); Kuckartz (Fn. 52), S. 41.

¹⁴⁵ Buckow, ZIS 2012, 551 (552).

¹⁴⁶ Buckow, ZIS 2012, 551 (553), weist zudem auf Personen mit Migrationshintergrund hin, denen manchmal »eine andere soziale Wahrnehmung und Kommunikation« eigen sei, »die zu Mehrdeutigkeiten führen kann und ganz neue Anforderungen [...] an die Übertragung stellt«.

¹⁴⁷ Rogall (Fn. 2), § 58a Rn. 23; unter Verwendung einer Formulierung aus BT-Drs. 13/4983, S. 6; siehe auch Swoboda (Fn. 29), S. 361.

¹⁴⁸ Erb (Fn. 3), § 168a Rn. 18a, 23b.

AUDIO-VISUELLE AUFZEICHNUNG VON BESCHULDIGTEN- VERNEHMUNGEN*

aus:
Hoven/Kudlich
Digitalisierung &
Strafverfahren,
2020, 49 ff.

I. Das Problem

Die Vernehmung des Beschuldigten ist ein kritischer, oft für das weitere Strafverfahren entscheidender Punkt im Ermittlungsverfahren. Die Strafverfolgungsbehörden erhoffen sich von der Vernehmung wichtige Informationen, in dem aus ihrer Sicht günstigsten Fall ein Geständnis; der Beschuldigte kann durch unkluge Einlassungen alle Trumpfkarten der Verteidigung schon zu Beginn aus der Hand geben. Der Gesetzgeber hat klar erkannt, dass bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten oft die Weichen für das weitere Verfahren gestellt werden; er hat deshalb in § 136 StPO detaillierte Anweisungen für die Durchführung dieser Vernehmung gegeben. Die Regeln sollen vor allem sicherstellen, dass der Beschuldigte gleich zu Beginn ausreichend über seine Rechte informiert wird.

In krassem Gegensatz zu der hohen Relevanz der Beschuldigtenvernehmung für das weitere Verfahren steht der Umgang mit dem *Ergebnis* dieser Vernehmung: Was der Beschuldigte sagt, wird in der Regel weder wörtlich mitgeschrieben noch auf Tonband aufgenommen; die Dokumentation besteht vielmehr in einem schriftlichen Protokoll dessen, was der Vernehmende als wesentlich erachtet, zumeist formuliert in dessen eigenen Worten.¹ Ob bei der Vernehmung die nach § 136 StPO vorgeschriebenen Belehrungen in verständlicher Form erteilt und die verbotenen Methoden des § 136a StPO unterlassen wurden, lässt sich mangels einer genauen Dokumentation des Geschehens nachträglich nicht mehr verlässlich feststellen. Wenn im Streitfall die Aussage des Angeklagten gegen diejenige des Vernehmungsbeamten steht, zieht der Angeklagte meist den Kürzeren, zumal die Rechtsprechung die Einhaltung der Verfahrensregeln durch Polizei und Staatsanwaltschaft faktisch vermutet.² Die Schwächen des Vernehmungsprotokolls hat der Ver-

fahrensgesetzgeber keineswegs übersehen: Protokolle einer polizeilichen oder staatsanwaltlichen Beschuldigtenvernehmung dürfen in der Hauptverhandlung grundsätzlich nicht verlesen werden (arg. e contrario aus § 254 StPO).³ Diese Regel ist allerdings durch einige Ausnahmen durchbrochen;⁴ sie wirken sich überwiegend zum Nachteil des Beschuldigten aus.

Diese Rechtslage mag den Gepflogenheiten des ausgehenden 19. Jahrhunderts bei der Erstellung von Protokollen entsprochen haben; im 21. Jahrhundert ist sie rational kaum erklärbar. Es verwundert daher nicht, dass schon seit längerem gefordert wird, die Strafverfolgungsbehörden dazu zu verpflichten, die Vernehmung des Beschuldigten mindestens auf Tonband aufzunehmen,⁵ wie dies auch in ausländischen Rechtsordnungen üblich ist.⁶ Die Expertenkommission, die sich im Auftrag des Bundesjustizministeriums mit der effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens beschäftigt und im Jahre 2015 ihren Bericht⁷ vorgelegt hat, hat denn auch empfohlen, dass Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen »jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage im Regelfall audiovisuell aufgezeichnet werden«.⁸ Die Kommission hat diesen Beschluss allerdings nur mit einer knappen Mehrheit von 12:9 Stimmen gefasst, und schon aus der Formulierung lässt sich unschwer der Kompromiss-Charakter der Empfehlung ablesen. Dabei hatte die Kommission die Defizite der bisherigen Praxis klar herausgearbeitet und insbesondere den erleichterten Transfer der Ergebnisse der Beschuldigtenvernehmung in die Hauptverhandlung als Vorteil einer besseren Dokumentation

³ KK StPO/Diemer (Fn. 2) § 254 Rn. 1; MüKo StPO/Kreicker (Fn. 2) § 254 Rn. 2 f.

⁴ Dazu unten IV.1.

⁵ S. etwa Altenhain ZIS 2015, 269; Brauneisen/Nack/Park NSTZ 2011, 310; Nestler ZIS 2014, 594 (598); Neubacher/Bachmann ZRP 2017, 140 (142); s. auch Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (31 ff.).

⁶ S. Sections 60, 60A Police and Criminal Evidence Act 1984 (England); Art. 64–1 Code de procédure pénale (Frankreich); § 97 öst. StPO (fakultativ); Art. 76 Abs. 4 schweiz. StPO (fakultativ).

⁷ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 67 ff.

⁸ Bericht (Fn. 7) S. 67.

hervorgehoben.⁹ Eine generelle Aufzeichnungspflicht sei jedoch, so die Kommission, »technisch und zeitlich in der Praxis derzeit nicht umzusetzen«.¹⁰ Für die Operationalisierung der in der Empfehlung angesprochenen »schweren« Delikte oder der »schwierigen Sach- oder Rechtslage« wurden keine klaren Vorgaben gemacht; gedacht war offenbar an den Maßstab der notwendigen Verteidigung nach § 140 StPO oder auch an den Deliktscatalog des § 100b Abs. 2 StPO.¹¹

II. Änderungen zum 1.1.2020

Der Gesetzgeber hat sich diese schon sehr zurückhaltenden Vorschläge nur in bescheidenem Maße zu eigen gemacht. Ausgangspunkt der Reformüberlegungen war die seit 2013 bestehende Rechtslage, nach der die Video- Aufzeichnung einer Beschuldigtenvernehmung durchaus erlaubt, aber nicht geboten war: Nach § 163a Abs. 1 Satz 2 iVm § 58a StPO kann die Vernehmung eines Beschuldigten durch Polizei, Staatsanwaltschaft oder Ermittlungsrichter in Bild und Ton aufgezeichnet werden. Die Aufzeichnung darf nur für Zwecke des Strafverfahrens verwendet werden (§ 58a Abs. 2 StPO), und der Beschuldigte kann ihrer Herausgabe an einen Akteneinsichtsberechtigten (etwa den Nebenklägervertreter) widersprechen (§ 58a Abs. 3 StPO). Da die Aufzeichnung nicht zwingend vorgeschrieben ist, macht die Praxis von ihr allerdings nur ausnahmsweise Gebrauch.¹²

Das hat sich mit dem 1.1.2020 geändert – oder auch nicht. Eine neue Vorschrift, § 136 Abs. 4 StPO, schreibt die Video-Aufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten nunmehr verbindlich vor, allerdings nur für zwei Fallgruppen: (a) für Ermittlungsverfahren wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte und (b) bei besonders verletzlichen Beschuldigten, nämlich Jugendlichen unter 18 Jahren und solchen Personen, die unter »eingeschränkten geistigen Fähigkeiten« oder »einer schwerwiegenden seelischen Störung« leiden. In allen übrigen Fällen bleibt es bei der bloßen *Möglichkeit* einer Aufzeichnung.

Die Engherzigkeit dieser neuen Regelung ist umso erstaunlicher, als in der Gesetzesbegründung noch deutlicher als zuvor im Bericht der Expertenkommission die Vorteile einer Aufzeichnung herausgearbeitet werden: Durch ihre größere Authentizität erleichtere sie nicht nur das Ermittlungsverfahren, sondern auch eine spätere Hauptverhandlung, da nun auch körpersprachliche Signale sowie vermeintlich nebensächliche Bemerkungen des Beschuldigten dauerhaft dokumentiert seien und jederzeit zur Sachaufklärung genutzt werden könnten.¹³ Dem Angeklagten könnten seine früheren Aussagen auch in authentischer Form vorgehalten werden, und zur Aufklärung des tatsächlichen Aussageverhaltens müssten nicht mehr die Vernehmungspersonen geladen werden.¹⁴ Ein weiterer wesentlicher Vorteil liege darin, dass das Vorgehen

⁹ Bericht (Fn. 7) S. 69.

¹⁰ Bericht (Fn. 7) S. 71.

¹¹ Bericht (Fn. 7) S. 71.

¹² Bericht (Fn. 7) S. 67; Neubacher/Bachmann ZRP 2017, 140 (141).

¹³ BT-Drs. 18/11277 v. 22.2.2017 (im Folgenden: Begr.) S. 24.

¹⁴ Begr. (Fn. 13) S. 14, 24.

der Vernehmungspersonen und die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben für die Vernehmung ohne weiteres überprüfbar werden. Dadurch werde einerseits der Beschuldigte vor einer Missachtung seiner Rechte geschützt, andererseits aber auch die Vernehmungsperson gegenüber der unbegründeten Behauptung von Übergriffen.¹⁵

Die Vorteile einer Dokumentation der Beschuldigtenvernehmung in Bild und Ton liegen auf der Hand. Es ist aber andererseits nicht zu übersehen, dass die Aufzeichnung, die nach § 136 Abs. 4 StPO auch gegen den Willen des Beschuldigten erfolgen kann, in nicht unerheblicher Weise in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht, insbesondere in sein Interesse an der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes und auf informationelle Selbstbestimmung, eingreift. Die Gesetzesbegründung rechtfertigt diesen Eingriff mit dem überwiegenden Allgemeininteresse an der Erleichterung der Wahrheitsermittlung¹⁶ und verweist den Beschuldigten auf die Möglichkeit, einen Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht dadurch zu vermeiden, dass er von seinem Schweigerecht Gebrauch macht.¹⁷ Dies kann der Beschuldigte zwar tun; das Gesetz zwingt ihn jedoch dazu, sich im Ermittlungsverfahren zwischen vollständigem Schweigen und einer auf Video dokumentierten Aussage zu entscheiden. § 136 Abs. 4 StPO macht also die Möglichkeit des Beschuldigten, sich in der wichtigen ersten Phase des Ermittlungsverfahrens Gehör zu verschaffen, davon abhängig, dass er auf eine Grundrechtsposition verzichtet. Dabei ist es durchaus zweifelhaft, dass die praktische Anwendbarkeit der Regelung ernstlich gefährdet wäre, wenn das Gesetz die Zustimmung des Beschuldigten zu der Aufzeichnung verlangte.

Einem Missbrauch des Videobandes für verfahrens-fremde Zwecke sollen die Verwendungsbeschränkungen nach § 58a Abs. 2 StPO (der auch auf Beschuldigtenvernehmungen anwendbar ist) entgegenwirken. Allerdings gestattet diese Vorschrift, dass den zur Akteneinsicht berechtigten Personen Kopien der Aufzeichnung überlassen werden. Das Gesetz sieht auch nicht vor, dass die Aufzeichnung mit einem Kopierschutz versehen werden muss;¹⁸ außerdem kann der Beschuldigte der Herausgabe der Aufzeichnung etwa an den Nebenklägervertreter nach der Neufassung des Gesetzes nicht mehr wirksam widersprechen, ohne dass für die Streichung dieser bisher bestehenden Befugnis ein plausibler Grund ersichtlich wäre.¹⁹

¹⁵ Begr. (Fn. 13) S. 24 f. Als weiterer Vorteil wird der erleichterte Transfer der Vernehmung ins Ausland, auch im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung, genannt; Begr. (Fn. 13) S. 25.

¹⁶ Die gleiche Frage stellt sich im Übrigen auch für die Bild-Ton-Aufzeichnung von Zeugenaussagen nach § 58a StPO. Nach geltendem Recht wird angenommen, dass die Zeugnispflicht nach §§ 48 Abs. 1, 161a Abs. 1, 163 Abs. 3 StPO auch die Pflicht des Zeugen umfasst, seine Aussage aufzeichnen zu lassen; s. etwa HK StPO/Gercke (Fn. 2) § 58a Rn. 5; KK StPO/Bader (Fn. 2) § 58a Rn. 8.

¹⁷ Begr. (Fn. 13) S. 25. Verfehlt ist allerdings der dortige Hinweis, dass der Eingriff in die Rechtsstellung des Beschuldigten nur in den Fällen des § 136 Abs. 4 Satz 2 StPO erfolge, in denen ein besonders starkes Interesse an der Aufzeichnung bestehe. Denn nach § 136 Abs. 4 Satz 1 StPO kann die Vernehmung eines Beschuldigten in jedem Verfahren auch gegen dessen Willen aufgezeichnet werden.

¹⁸ Nach Begr. (Fn. 13) S. 26 „wird es sich anbieten“, die herauszugebende Aufzeichnung mit einem Kopierschutz zu versehen.

¹⁹ § 58a Abs. 3 StPO, der die Möglichkeit des Widerspruchs für Zeugen vorsieht, gilt für den Beschuldigten ab 2020 nicht mehr.

III. Auslegungsfragen

1. Begriff der Vernehmung

Für die Auslegung des neuen § 136 Abs. 4 StPO stellt sich zunächst die Frage, welcher Begriff der »Vernehmung« der Regelung zugrunde liegt. Schon der systematische Kontext des § 136 StPO²⁰ macht deutlich, dass die Aufzeichnung nur bei offenen, formellen Vernehmungen durch einen Richter, Staatsanwalt oder Polizeibeamten zulässig ist. Sie darf auch nicht etwa heimlich erfolgen, sondern der Beschuldigte muss vorab über die Aufzeichnung informiert werden;²¹ alles andere würde den Schutz des § 100f StPO gegenüber verdeckten akustischen Ermittlungsmaßnahmen unterlaufen.

Wenn das Gesetz von der »Vernehmung« als Gegenstand der Aufzeichnung spricht, stellt sich die Frage nach deren zeitlicher Erstreckung. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist insbesondere, ob auch das »Umfeld« der eigentlichen Befragung, beispielsweise informatorische Vorgespräche und Belehrungen nach § 136 Abs. 1 StPO, von der Aufzeichnung erfasst werden soll. Dabei lässt sich ohne Zweifel sagen, dass die Information des Beschuldigten über seine Rechte zu Beginn der Vernehmung zum Gegenstand der Aufzeichnung gehört, da es ja gerade einer der Zwecke von § 136 Abs. 4 StPO ist, dass hierüber Beweis geführt werden kann.²² Etwas anders stellt sich die Frage bei sogenannten informatorischen Vorgesprächen, die der Belehrung vorangehen und – am Rande der Legalität²³ – der Vor-Information des vernehmenden Beamten dienen sollen. Hier wird die Aufzeichnungspflicht in den Fällen des § 136 Abs. 4 S. 2 StPO teilweise verneint.²⁴ Die Gesetzesbegründung scheint diese Position zu teilen; sie empfiehlt jedoch, dass »eventuell bedeutsame Vorgespräche, die außerhalb der Bild-Ton-Aufzeichnung geführt worden sind, [in der Vernehmung] erwähnt werden« sollten, um dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, sich hierzu zu erklären.²⁵ Dies mag ein akzeptables Hilfsmittel sein, um bestimmte Informationen in die eigentliche Vernehmung einzuführen. Die entscheidende Frage ist jedoch, ob die informatorische Befragung – etwa durch Vernehmung des Polizeibeamten – als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden und damit zur Urteilsgrundlage werden kann. Sofern man diese

Der Gesetzgeber begründet dies mit der Erwägung, dass der Beschuldigte anders als ein Zeuge keine erzwingbare Verpflichtung habe, sich zu äußern (Begr. IFn. 131 S. 26). Dies schafft jedoch aus den im Text genannten Gründen eine Zwangslage für den Beschuldigten.

²⁰ § 136 StPO regelt die erste richterliche Vernehmung; durch Verweisung in § 163a Abs. 3 und 4 StPO gilt die Regelung auch für polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungen.

²¹ Zutr. HK StPO/Ahlbrecht (Fn. 2) § 136 Rn. 58.

²² In diesem Sinne auch Begr. (Fn. 13) S. 26 („alle Verfahrensvorgänge, die mit der Vernehmung in enger Verbindung stehen“); Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 136 Rn. 19b.

²³ S. zum Einsetzen einer Belehrungspflicht bei sich verdichtendem Tatverdacht BGHSt 38, 214 (217); 51, 367 (372); KK StPO/Diemer (Fn. 2) § 136 Rn. 4; Löwe-Rosenberg/Gleß StPO (Fn. 2) § 136 Rn. 11. Generell gegen eine Zulässigkeit »informativischer Befragungen« des Beschuldigten Roxin/Schünemann (Fn. 2) Rn. 25/11.

²⁴ HK/Ahlbrecht (Fn. 2) § 136 Rn. 53.

²⁵ Begr. (Fn. 13) S. 26.

Möglichkeit nicht von vornherein ausschließen will,²⁶ kann eine solche Beweisaufnahme in den Fällen des § 136 Abs. 4 Satz 2 StPO nur dann zulässig sein, wenn das Vorgespräch in Bild und Ton aufgezeichnet wurde; andernfalls könnte das Ziel des Gesetzes, bei gravierendem Tatvorwurf oder besonderer Verletzlichkeit des Beschuldigten dessen Angaben bei der Polizei für das Gericht überprüfbar zu machen, mühelos unterlaufen werden. Vor Abschluss der aufgezeichneten Vernehmung sollte der Beschuldigte gefragt werden, ob alles für ihn Wesentliche von der Aufzeichnung erfasst wurde; wenn er diese Frage – auf Wunsch: nach Vorspielen des Bandes²⁷ – bejaht, ist die Vollständigkeit der Aufzeichnung zumindest indiziert.²⁸

2. Verpflichtung zur Aufzeichnung

a) Tötungsdelikte

Nach § 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StPO ist die Vernehmung aufzuzeichnen, wenn dem Verfahren ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde liegt. In der Gesetzesbegründung wird insoweit pauschal auf »die Delikte der §§ 211 bis 221 des Strafgesetzbuchs« verwiesen; außerdem sollen er- folgsqualifizierte Delikte erfasst sein, »sofern der Vorsatz auf den Eintritt der schweren Folge gerichtet war.«²⁹ Damit dürfte die Reichweite der Vorschrift deutlich überzeichnet sein. Den Grund dafür, dass eine Aufzeichnungspflicht nur bei Ermittlungen wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte angeordnet ist, sieht der Gesetzgeber darin, dass es sich bei ihnen »um äußerst schwerwiegende Delikte« handelt, »die mit hohen Freiheitsstrafen bedroht sind.«³⁰ Diese Voraussetzung gilt sicher nicht für die Strafnormen über den Schwangerschaftsabbruch (§§ 218, 218b, 218c, 219a, 219b StGB), wo die Höchststrafe außer in besonders schweren Fällen des § 218 StGB nicht über 3 Jahren Freiheitsstrafe liegt. Die Aussetzung nach § 221 StGB, bei der zur Tatbestands- erfüllung nicht einmal der Eintritt einer Lebensgefahr notwendig ist, wird man trotz ihrer (systematisch längst überholten) Einordnung bei den »Straftaten gegen das Leben« ebenfalls nicht als vorsätzliches Tötungsdelikt bezeichnen können. So bleiben nur Mord und Totschlag sowie die Tötung auf Verlangen als Anwendungsbereich für § 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StPO übrig. Sofern der Täter bei der Verwirklichung eines anderen Straftatbestandes, wie etwa Raub oder Brandstiftung, den Tod des Opfers vorsätzlich herbeiführt oder herbeiführen will, mögen spezielle Qualifikationsstatbestände (hier §§ 251 bzw. § 306c StGB) erfüllt sein; doch ist in diesen Fällen dann gleichzeitig immer mindestens versuchter Totschlag gegeben, so dass es

²⁶ Zulässig mag es sein, dass mit Einverständnis des Angeklagten in der Hauptverhandlung über den Inhalt von Vorgesprächen Beweis erhoben wird; der Angeklagte kann ein Interesse daran haben darzulegen, dass er bestimmte Umstände schon bei seinen ersten Äußerungen gegenüber der Polizei erwähnt hat.

²⁷ Vgl. § 168a Abs. 3 StPO.

²⁸ Wenig sinnvoll ist dagegen der Rat in Begr. (Fn. 13) S. 26, der Vernehmende solle am Ende der Vernehmung erklären, »dass die Aufzeichnung die Vernehmung vollständig und richtig wiedergibt«. Entscheidend ist dazu nicht die Auffassung des Vernehmenden, sondern des Vernommenen.

²⁹ Begr. (Fn. 13) S. 27. Übereinstimmend Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 136 Rn. 19c; Singelstein/Derin NJW 2017, 2646 (2649).

³⁰ Begr. (Fn. 13) S. 25.

nicht des in der Gesetzesbegründung empfohlenen fragwürdigen Kunstgriffs bedarf, solche Qualifikationsstatbestände als »vorsätzlich begangene Tötungsdelikte« i.S.v. § 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StPO einzuordnen.³¹

Für die Pflicht zur Aufzeichnung kommt es nicht auf den Gegenstand der Vernehmung, sondern auf denjenigen des Verfahrens an. Dies bedeutet, dass auch Vernehmungen von Personen, die nur der Beihilfe oder der Anstiftung zu einem Tötungsdelikt beschuldigt sind, aufgezeichnet werden müssen, und dies unabhängig vom Thema der konkreten Vernehmung. Zu Recht wird empfohlen, eine Video-Aufzeichnung auch dann vorzunehmen, wenn die Frage des Vorsatzes noch unklar ist.³² Wird ein Verfahren zunächst nur wegen der fahrlässigen Herbeiführung des Todes (etwa nach § 227 StGB) geführt, so ist unverzüglich mit der Aufzeichnung zu beginnen, sobald der Verdacht entsteht, der Beschuldigte könnte mit (möglicherweise: bedingtem) Tötungsvorsatz gehandelt haben.

Das Gesetz macht eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Aufzeichnung für den Fall, dass ihr »die äußeren Umstände« oder »die besondere Dringlichkeit der Vernehmung« entgegenstehen (§ 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 a.E. StPO). Gemeint sind damit beispielsweise Fälle, in denen der Beschuldigte noch am Tatort vernommen werden soll.³³ Doch kann die Ausnahme nur dann eingreifen, wenn aus zwingenden kriminalistischen oder praktischen Gründen mit der Vernehmung nicht gewartet werden kann, bis sich der (bei Tötungsverdacht in der Regel vorläufig festgenommene) Beschuldigte an einem Ort befindet, an dem ein Video-Aufzeichnungsgerät zur Verfügung steht. Jedenfalls räumt die Vorschrift der Polizei kein Ermessen hinsichtlich des Ortes der Vernehmung ein.³⁴

b) Verletzte Beschuldigte

Die zweite Fallgruppe der Aufzeichnungspflicht (§ 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StPO) betrifft Beschuldigte unter 18 Jahren sowie Personen mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung.³⁵ Hintergrund dieser Regelung, soweit sie Jugendliche betrifft, ist eine Richtlinie der EU von 2016.³⁶ Sie schreibt für alle EU-Mitgliedstaaten vor, dass polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungen von Personen unter 18 Jahren audiovisuell aufgezeichnet werden, »wenn dies unter den Umständen des Falles verhältnismäßig ist«. Dabei ist u.a. zu berücksichtigen, ob bei der Vernehmung ein Rechtsbeistand anwesend und dem Jugendlichen die Freiheit entzogen ist. Die Begründung dieser europäischen Richtlinie liegt nach deren Präambel darin,

³¹ So aber Begr. (Fn. 13) S. 27; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 136 Rn. 19c.

³² Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 136 Rn. 19c.

³³ Begr. (Fn. 13) S. 27.

³⁴ Ähnlich Singelstein/Derin NJW 2017, 2646 (2649).

³⁵ Nach Begr. (Fn. 13) S. 28 soll die Aufzählung der Personengruppen im Gesetz nicht abschließend zu verstehen sein. Es ist allerdings aus der Formulierung der Vorschrift nicht zu erkennen, weshalb eine Verpflichtung zur Video-Aufzeichnung noch bei weiteren (welchen?) Personengruppen bestehen sollte.

³⁶ Art. 9 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.5.2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind. Zur Umsetzung der Richtlinie durch § 136 Abs. 4 StPO teilweise krit. Neubacher/Bachmann ZRP 2017, 140.

dass Kinder (d.h. Personen unter 18 Jahren) den Inhalt von Befragungen nicht immer verstehen können.³⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Gedanken vernünftigerweise auf Erwachsene ausgedehnt, die aufgrund psychischer Defekte ebenfalls in ihrer Fähigkeit, einer Vernehmung zu folgen, eingeschränkt und/oder besonders leicht beeinflussbar sind.³⁸ Wird die Vernehmung solcher Beschuldigter nur schriftlich protokolliert, so ist die Gefahr von Irrtümern und Missverständnissen besonders groß, auch wegen der möglicherweise eingeschränkten Ausdrucksfähigkeit des Vernommenen. Insofern ist die Video-Aufzeichnung für die Ermittlung von Inhalt und Glaubhaftigkeit der Aussage, und damit letztlich für die gerichtliche Wahrheitsfindung, von besonderer Bedeutung. § 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StPO setzt allerdings einen anderen Akzent: Die Aufzeichnung ist nach dem Gesetz nur dann verpflichtend, wenn durch sie die »schutzwürdigen Interessen« des Beschuldigten »besser gewahrt werden können«. Ein solcher Zusammenhang zwischen Aufzeichnung und Beschuldigteninteressen kann vor allem dann bestehen, wenn der Vernommene selbstbelastende Äußerungen macht. Durch eine Video-Aufzeichnung kann das Beruhen der Aussage auf Suggestion oder auf mehr oder weniger sanftem Druck seitens des Vernehmungsbeamten besser nachgewiesen werden als allein durch ein schriftliches Protokoll.³⁹ Daher dürfte es kaum Fälle geben, in denen die Vernehmung eines besonders verletzlichen Beschuldigten ohne Video-Aufzeichnung dessen Interessen besser gerecht würde.⁴⁰

IV. Beweisrechtliche Fragen

1. Verwertung der Aufzeichnung als Beweismittel

Wenn Polizei oder Staatsanwaltschaft eine Beschuldigtenvernehmung akustisch und optisch aufgezeichnet haben, stellt sich die Frage nach der Verwertbarkeit der Aufnahme im weiteren Verfahren, insbesondere in der Hauptverhandlung. Für die Video-Aufnahmen von Zeugenvernehmungen gilt nach § 255a Abs. 1 StPO i.V.m. § 251 StPO unverändert das Prinzip, dass das Abspielen der Aufnahme die Aussage eines erwachsenen Zeugen in der Hauptverhandlung nicht ersetzen kann, es sei denn, dem Erscheinen des Zeugen steht ein ernsthaftes Hindernis entgegen oder alle Beteiligten sind mit der Ersetzung einverstanden. Für Aussagen des Angeklagten galt bisher ebenfalls das Prinzip, dass nur seine (etwaigen) Bekundungen in der Hauptverhandlung dem Urteil zugrunde gelegt werden dürfen. Davon gibt es allerdings schon nach bisherigem Recht zwei gewichtige Ausnahmen: erstens, nach § 254 Abs. 1 StPO kann das richterliche Protokoll über ein Geständnis verlesen werden; zweitens, hat der An-

³⁷ Präambel Nr. (42) der Richtlinie (EU) 2016/800 (Fn. 36).

³⁸ Die Begr. (Fn. 13) S. 28 beruft sich auch auf den in Art. 13 Abs. 1 der UN-Behindertenkonvention von 2006 (BGBl. 2008 II S. 1419, 1420) verankerten Anspruch von Menschen mit Behinderungen auf gleichberechtigten und wirksamen Zugang zur Justiz. Dieses Recht dürfte jedoch bei Personen, die als Beschuldigte wegen der Begehung einer Straftat vernommen werden, allenfalls am Rande berührt sein.

³⁹ Vgl. Begr. (Fn. 13) S. 27 f.

⁴⁰ Zutr. Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 136 Rn. 19e: Das Vorliegen der Voraussetzung »wird regelmäßig anzunehmen sein«.

geklagte früher eine Aussage bei Polizei oder Staatsanwaltschaft gemacht, so kommt zwar eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls nicht in Betracht, aber die Vernehmungsbeamten dürfen nach ständiger – wenn auch durchaus anfechtbarer⁴¹ – Rechtsprechung⁴² über die damaligen Angaben des Beschuldigten als Zeugen vom Hörensagen vernommen werden. Nun hat der Gesetzgeber durch eine Änderung von § 254 StPO⁴³ die Video-Aufzeichnung einer jeden Beschuldigtenvernehmung (also auch bei Polizei oder Staatsanwaltschaft) einem richterlichen Protokoll gleichgestellt.⁴⁴ Dies hat zur Folge, dass die Video-Aufzeichnung in der Hauptverhandlung »zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis«⁴⁵ oder zur Klärung von Widersprüchen zu den Angaben des Angeklagten in der Hauptverhandlung (§ 254 Abs. 2 StPO) vorgeführt und als Augenscheinsbeweismittel verwertet werden darf. Dies ist insbesondere dann von praktischer Bedeutung, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung von seinem Schweigerecht Gebrauch macht oder ein früheres Geständnis widerruft: In beiden Fällen kann seine früher aufgezeichnete (kann sich fragen, weshalb der Gesetzgeber belastende) Aussage bei der Polizei ohne Weiteres als Beweismittel gegen ihn verwendet werden.⁴⁶ Insofern wird gerade die eigentlich zum Schutz des Beschuldigten intendierte Authentizität der Bild-Ton-Aufnahme zur Falle für ihn: Sie macht es ihm schwer, in der Hauptverhandlung darzulegen,

dass seine polizeiliche Aussage unter Druck oder Täuschung zustande gekommen oder dass er damals missverstanden worden sei.

Im übrigen bewirkt die neue Regelung eine seltsame Diskrepanz zwischen der Rechtsposition des Angeklagten und seiner Angehörigen: Während ein Angehöriger des Angeklagten seine frühere Aussage durch Berufung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung nach § 252 StPO rückwirkend unverwertbar machen kann, bleibt diese Option dem Angeklagten selbst verschlossen: Was er im Ermittlungsverfahren einmal – nach Belehrung über sein Schweigerecht – gesagt hat, zeugt als Aufzeichnung in Bild und Ton unverrückbar gegen ihn.

2. Einfluss auf die Beweislast in Bezug auf Verfahrensverstöße?

Die Rechtsprechung nimmt an, dass der Grundsatz *in dubio pro reo* für die Frage, ob ein Verfahrensverstoß vorliegt, nicht gelte, sondern dass im Zweifel von der Rechtmäßigkeit des Verfahrens auszugehen sei.⁴⁷ Eine solche Vermutung der Rechtmäßigkeit ist schwer zu begründen. Ihre Geltung setzt aber mindestens voraus, dass die staatlichen Organe alle Möglichkeiten ergriffen haben, die prozessordnungsgemäße Vorgehensweise zu dokumentieren; haben sie bewusst in einer unüberprüfaren »Dunkelzone« gehandelt, so kann die damit verbundene Erschwerung der Aufklärung des wahren Geschehens nicht zu Lasten des betroffenen Bürgers gehen. Diese Überlegung spricht dafür, die Vermutung rechtmäßigen Vorgehens bei einer Beschuldigtenvernehmung nur dann gelten zu lassen, wenn der vernehmende Beamte von einer unter den gegebenen Umständen erreichbaren Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Vernehmung auf Video aufzuzeichnen. Verzichtet er darauf und lässt die Methodik und den genauen Inhalt der Vernehmung damit bewusst im Dunkeln, so ist, wenn der Beschuldigte plausible Indizien für eine Rechtsverletzung anführen kann,⁴⁸ bei Unaufklärbarkeit – speziell in der Situation »Aussage gegen Aussage« – anzunehmen, dass eine behauptete Rechtsverletzung tatsächlich stattgefunden hat.⁴⁹ Die Einführung einer solchen Regel hätte den willkommenen Effekt, dass die Polizei häufiger auch in solchen Fällen von der Möglichkeit der Video-Aufzeichnung Gebrauch macht, in denen der zu eng gefasste § 136 Abs. 4 Satz 2 StPO dies nicht vorschreibt.

3. Beweisverwertungsverbot bei Verletzung von § 136 Abs. 4 StPO?

Da § 136 Abs. 4 S. 2 StPO eine (wenn auch mehrfach »aufgeweichte«) Verpflichtung zur Bild-Ton-Aufzeichnung in den dort genannten Fällen enthält, stellt

sich die beweisrechtliche Frage, ob eine pflichtwidrig nicht aufgezeichnete Vernehmung – etwa eines jugendlichen Beschuldigten – dennoch als Beweis verwertet werden darf, nachdem sie (etwa durch Zeugenvernehmung des ermittelnden Polizeibeamten) in die Hauptverhandlung eingeführt wurde. In der Gesetzesbegründung wird § 136 Abs. 4 StPO als eine »Ordnungsvorschrift« bezeichnet, deren Missachtung keinerlei Rechtsfolgen, insbesondere nicht die Unverwertbarkeit der Aussage des Beschuldigten, nach sich ziehen soll.⁵⁰ Das Konzept einer bloßen »Ordnungsvorschrift«, deren Einhaltung faktisch im Belieben der staatlichen Organe stehen soll, ist methodisch insgesamt überholt.⁵¹ Hier kann von einer solchen Regelung schon deshalb keine Rede sein, weil § 136 Abs. 4 StPO nicht irgendeine abstrakte »Ordnung«, sondern die rechtlichen Interessen der vernommenen Personen sowie das Allgemeininteresse an der Wahrheitsfindung im Strafverfahren schützen soll. Wenn die Aufzeichnungspflicht verletzt wurde, sind daher diese Interessen, entsprechend der Rechtsprechung zu sonstigen Verfahrensverstößen,⁵² gegen das Interesse an der Verwertung des relevanten Beweismittels abzuwägen; diese Abwägung spricht zumindest dann für ein Beweisverwertungsverbot bezüglich der pflichtwidrig nicht dokumentierten Aussage, wenn sich der Vernehmungsbeamte bewusst oder in objektiv willkürlicher Weise über die Verpflichtung zur Video-Aufzeichnung hinweggesetzt hat.⁵³

V. Rechtspolitische Fragen

Abschließend soll erneut die Frage nach der rechtspolitischen Legitimation und Stimmigkeit der neuen Regelung gestellt werden.

1. Probleme bei der praktischen Anwendung?

Man kann sich fragen, weshalb der Gesetzgeber ab 2020 für manche Fallgestaltungen eine Option verpflichtend gemacht hat, die bisher von der Praxis weitgehend ignoriert worden ist. Ist die Beschuldigtenvernehmung mit Video-Aufnahme überhaupt praktikabel? Tatsächlich werden technische Schwierigkeiten und die Umständlichkeit des Verfahrens häufig als Gründe dafür genannt, dass von der ja auch bisher schon bestehenden Möglichkeit der Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen nur selten Gebrauch gemacht wird.⁵⁴ Auch eine 2007 veröffentlichte empirische Untersuchung über die Verwendung der Video-Aufzeichnung bei Zeugenaussagen in Niedersachsen stellte bei einer Befragung von Polizei- und Justizpraktikern fest, dass entsprechende Versuche wegen technischer Schwierigkeiten (Versagen von Mikrofon und/oder Kamera, ungeeignete Kameraeinstellungen usw.) häufig wieder eingestellt wurden.⁵⁵ In der seither vergange-

nen Zeit dürfte jedoch der technische Fortschritt die Zahl der Fehlerquellen deutlich vermindert haben.

Ein weiterer Einwand geht dahin, dass durch die Video-Vernehmung für die Polizei eine doppelte Arbeitslast geschaffen werde, da zusätzlich noch ein schriftliches Protokoll, möglicherweise sogar eine vollständige Transkription der Aufnahme, erstellt werden müsse. Tatsächlich schreibt das Gesetz jedoch eine Verschriftlichung der aufgezeichneten Vernehmung nicht vor;⁵⁶ die Aufzeichnung kann ja nach § 254 Abs. 1 StPO unmittelbar als Augenscheinsbeweis in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Im Übrigen dürfte in näherer Zukunft die verwendbare Transkription eines Zwei-Personen-Gesprächs mittels Spracherkennungssoftware möglich sein. Allerdings bleibt es nach § 168b Abs. 1 StPO dabei, dass Polizei und Staatsanwaltschaft die Ergebnisse ihrer Untersuchungshandlungen aktenkundig zu machen haben; über die Vernehmung eines Beschuldigten sollen sie nach § 168b Abs. 2 StPO ein förmliches Protokoll erstellen. Das Mitschreiben bei der Beschuldigtenvernehmung empfiehlt sich auch bei gleichzeitiger Video-Aufzeichnung schon deshalb, weil die Aufzeichnung wegen technischer Probleme misslungen sein oder verloren gehen kann. Falls eine brauchbare vollständige Bild-Ton-Aufzeichnung der Vernehmung vorliegt, kann man aber auf die nachträgliche schriftliche Abfassung eines vollständigen⁵⁷ Protokolls unter Umständen verzichten, da das Gebot der schriftlichen Protokollierung nur eine Soll-Regelung ist und das Vorliegen eines besseren Beweismittels über den Ablauf und das Ergebnis der Vernehmung eine Ausnahme begründen kann.⁵⁸ Bei pragmatischer Betrachtung lässt sich jedenfalls sagen, dass angesichts der heutigen Möglichkeiten, Gespräche ohne großen technischen Aufwand aufzunehmen, auch bei kleineren Behörden weder die Kosten noch der Zeitaufwand einer routinemäßigen Video-Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen entgegenstehen.⁵⁹

2. Ist die Regelung zu eng?

Wenn das so ist, stellt sich die Frage, ob es bei dem jetzt vorgesehenen überaus engen Anwendungsbereich der obligatorischen Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung bleiben soll. Dabei geht es zunächst um die verschiedenen »Angstklauseln« in § 136 Abs. 4 StPO, die die Pflicht zur Aufzeichnung wieder zurücknehmen, z.B. wenn die »äußeren Umstände« der Aufzeichnung entgegenstehen oder wenn sie in Bezug auf die Wahrung der »schutzwürdigen Interessen« des Vernommenen keinen Gewinn verspricht. Auch wenn die Vielzahl der schwammig formulierten

⁴¹ S. etwa die Kritik bei HK StPO/Julius/Bär (Fn. 2) § 254 Rn. 2; Jahn, Festschrift für Jürgen Wolter, 2013, S. 963 (965).

⁴² Seit BGHSt 3, 149 (150); 14, 310; 14, 339.

⁴³ In der Begr. (Fn. 13) S. 27, 35 ist zweimal von einer »klarstellen- den« Ergänzung von § 254 StPO die Rede. Tatsächlich bringt die Einfügung der Worte »oder in einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung« jedoch eine ganz neue Regelung, insbesondere da sich die Vorführbarkeit nicht (nur) auf das in der amtlichen Überschrift der Vorschrift angesprochene »richterliche« Protokoll eines Geständnisses bezieht, sondern die Aufzeichnung jeder Beschuldigtenvernehmung zum Beweisgegenstand in der Hauptverhandlung macht. Die Annahme einer bloßen »Klarstellung« in der Gesetzesbegründung beruht auf der Auffassung, dass schon nach bisherigem Recht das Abspielen einer (Tonband- oder Video-)Aufnahme eines außergerichtlichen Geständnisses des Angeklagten durch § 254 StPO nicht gesperrt sei (so insbesondere MüKo StPO/Kreicker (Fn. 2) § 254 Rn. 32 mwN). Diese Auffassung ist jedoch unbegründet: Wie § 255a StPO zeigt, stellt die Vorführung und Verwertung einer Bild-Ton-Aufzeichnung ein *aliud* gegenüber einer Protokollverlesung dar, dessen Heranziehung als Beweismittel eine besondere gesetzliche Regelung voraussetzt. Bezeichnend ist auch, dass § 255a Abs. 1 StPO gerade nicht auf § 254 StPO verweist. Die Entscheidung BGHSt 14, 339 aus dem Jahr 1960, auf die sich Kreicker aaO beruft, betrifft nicht die Verwendung der Tonbandaufnahme eines polizeilichen Geständnisses als selbständiges Beweismittel, sondern lediglich als Mittel eines Vorhalts gegenüber dem Polizeibeamten, der die Vernehmung durchgeführt hatte und in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen wurde.

⁴⁴ Missverständlich allerdings die Formulierung bei Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 254 Rn. 1a, die neu gefasste Vorschrift enthalte die Voraussetzungen »für die Einführung nichtrichterlicher Vernehmungsprotokolle in die Hauptverhandlung durch Augenschein«; es geht in § 254 StPO nach wie vor nur um den Beweis von »Geständnissen«.

⁴⁵ Diese Formulierung wird sehr weit ausgelegt. Sie soll insbesondere auch die Frage erfassen, ob der Angeklagte früher ein Geständnis abgelegt hat, und sich auf Angaben erstrecken, die dem Angeklagten günstig sind; BGH MDR 1977, 984; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 254 Rn. 2; MüKo StPO/Kreicker (Fn. 2) § 254 Rn. 21 ff. m.w.N.

⁴⁶ Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 254 Rn. 2 meinen, dass die Vorführung in einem solchen Fall zulässig, aber überflüssig sei, da dem Angeklagten das frühere Geständnis vorgehalten werden könne. Bei formlosem Vorhalt aus den Akten ist jedoch nur eine darauf folgende Äußerung des Angeklagten, nicht das Vorgelesene selbst als Beweis verwertbar; s. BGHSt 1, 4 (8); MüKo StPO/Kreicker (Fn. 2) § 253 Rn. 28.

⁴⁷ S. Fn. 2.

⁴⁸ Für eine generelle Verlagerung der Zweifelslast in diesem Fall *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn. 143.

⁴⁹ In der Begr. (Fn. 13) S. 27 heißt es: »Aus dem Fehlen einer audiovisuellen Aufzeichnung kann folglich nicht der Schluss gezogen werden, dass die Vernehmungsförmlichkeiten nicht eingehalten wurden oder ihre Einhaltung nicht mehr feststellbar sei.« Ersteres ist sicher richtig, aber das Unterlassen einer situativ möglichen Aufzeichnung sollte immerhin eine Umkehrung der Zweifelslast in Bezug auf Verfahrensverstöße bewirken.

⁵⁰ Begr. (Fn. 13) S. 27.

⁵¹ S. dazu von Freier HRRS 2007, 139; Frisch, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, 1995, S. 173; Neuhäus, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 871.

⁵² S. etwa BVerfGE 130, 1; BGHSt 47, 172 (179); 54, 69 (87).

⁵³ Ebenso HK/Ahlbrecht (Fn. 2) § 136 Rn. 61; Singelstein/Derin NJW 2017, 2646 (2649); s. auch Neubacher/Bachmann ZRP 2017, 140 (143).

⁵⁴ Solche Gründe zitiert die Expertenkommission, Bericht (Fn. 7) S. 68.

⁵⁵ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, 2007, S. 105 ff.,

⁵⁶ 138 ff. Siehe auch Altenhain ZIS 2015, 269 (273), der ähnliche Einwände aus der Praxis zitiert, allerdings meint, angesichts der technischen Fortschritte in den letzten Jahren beruhe die Nicht-Verwendung der Video-Technologie heute eher auf »Faulheit«.

⁵⁷ Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 136 Rn. 19b; Neubacher/Bachmann ZRP 2017, 140 (141).

⁵⁸ Zwingend vorgeschrieben sind allerdings Angaben über die Belehrung des Beschuldigten und die Anwesenheit eines Verteidigers (§ 168b Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 StPO).

⁵⁹ Bisher werden allerdings andere Ausnahmefälle erwogen, wie z.B. die geringe Bedeutung einer Aussage; vgl. KK StPO/Griesbaum (Fn. 2) § 268b Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 22) § 168b Rn. 2.

⁵⁹ Ebenso Altenhain ZIS 2015, 269 (273); Neubacher/Bachmann ZRP 2017, 140 (141).

Ausnahmetatbestände ein gewisses Unbehagen bereitet, wäre doch eine ganz starre gesetzliche Pflicht zur Bild-Ton-Aufzeichnung nicht zu empfehlen. Abgesehen von den Fällen der Eilbedürftigkeit sind auch Situationen denkbar, in denen eine Aufzeichnung unterbleiben sollte, weil sie die Vernehmung erschwert oder den Beschuldigten daran hindert, von seinem Äußerungsrecht im Ermittlungsverfahren Gebrauch zu machen.⁶⁰ Die meisten dieser Hinderungsgründe ließen sich jedoch durch ein Erfordernis der Zustimmung des Beschuldigten zur Aufzeichnung elegant auffangen.

Schließlich bleibt die Frage, ob die Verpflichtung zur Aufzeichnung weiterhin auf Ermittlungen wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte beschränkt bleiben sollte. Die offizielle Begründung für diesen Kompromiss (»nicht selten ein hoher Ermittlungsaufwand«⁶¹) vermag nicht wirklich zu überzeugen. In den Vorberatungen waren als sachlicher Anwendungsbereich für die Regelung die Fälle notwendiger Verteidigung nach § 140 StPO vorgeschlagen worden.⁶² Dieser Maßstab scheint allerdings aus verschiedenen Gründen weniger geeignet: Zum einen beziehen sich die meisten der in § 140 Abs. 1 StPO genannten Fälle auf Umstände, die das weitere Verfahren prägen, während die Beschuldigtenvernehmung ja häufig bei noch ungeklärter Beweislage am Anfang steht; zum anderen sind die Vorgaben in § 140 Abs. 2 StPO denkbar unbestimmt und setzen jedenfalls eine gewisse vorangehende Aufklärung des Sachverhalts voraus. Wenn sich der Gesetzgeber also, was zu hoffen ist, nach der vorgesehenen Evaluation der praktischen Erfahrungen mit den neuen Regelungen⁶³ zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 136 Abs. 4 StPO entschließt, könnte als einfach zu handhabender Maßstab der Verdacht eines Verbrechens gewählt werden; in Verbrechensfällen verbindet sich die Notwendigkeit einer umfassenden Sachaufklärung mit einer gravierenden Bedeutung des Vorwurfs für den Beschuldigten.

VI. Schlussbemerkung

Der Beitrag mag gezeigt haben, dass selbst kleine Aktionen des Gesetzgebers im Strafverfahrensrecht zu dem Grundproblem der angemessenen Verteilung der Lasten und Rechte im Strafverfahren zurückführen. Die Video-Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung enthält großes Potential für eine erfolgreiche Annäherung des Urteils an die materielle Wahrheit, für eine rationalere Gestaltung des Strafverfahrens und für den Schutz des Beschuldigten in der Vernehmungssituation. Man sollte diese Möglichkeiten nutzen – allerdings nicht über den Kopf des betroffenen Individuums hinweg.

⁶⁰ Begr. (Fn. 13) S. 25 nennt als Beispielfälle für entgegenstehende »Umstände«, dass »sich der Beschuldigte erkennbar gegen eine Aufzeichnung sträubt, durch diese offenkundig gehemmt ist oder die Aufzeichnung für sachfremde – z. B. selbstdarstellerische – Zwecke missbraucht«.

⁶¹ Begr. (Fn. 13) S. 24.

⁶² Dafür z. B. Expertenkommission, Bericht (Fn. 7) S. 71; *Niedernhuber JA* 2018, 169 (175).

⁶³ Zur geplanten Evaluation s. Begr. (Fn. 13) S. 18, 24.

Dr. Markus Wagner*

DIE VIDEOAUFZEICHNUNG DER BESCHULDIGTENVERNEHMUNG**

PSYCHOLOGISCHE IMPLIKATIONEN UND IHRE VERFAHRENSRECHTLICHEN KONSEQUENZEN

I. Einführung

Seit 1.1.2020¹ gilt gemäß § 136 Abs. 4 S. 2 StPO in bestimmten Fällen die Pflicht, die Vernehmung eines Beschuldigten audiovisuell aufzuzeichnen. Danach »ist« die Beschuldigtenvernehmung aufzuzeichnen, »wenn [Nr. 1] dem Verfahren ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde liegt und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen oder [Nr. 2] die schutzwürdigen Interessen von Beschuldigten, die erkennbar unter eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung leiden, durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden können.« Diese Pflicht gilt insbesondere auch für die polizeiliche Vernehmung (vgl. § 163 a Abs. 4 S. 2 StPO). Gemäß § 254 Abs. 1 StPO n. F. kann die Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung als Augenscheinobjekt eingeführt werden, sei es, weil der Angeklagte nunmehr von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, sei es, um seine Einlassung zur Sache zu ergänzen oder ihm seine frühere Aussage im Falle der Abweichung vorzuhalten.

Diese Praxis ist international bereits seit langem verbreitet. So schreiben etwa zahlreiche US-amerikanische Bundesstaaten eine Videoaufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung vor,² üblich ist sie auch

¹ * Der Verfasser dankt Herrn *Joachim Bernard* von der »Arbeitsgruppe Audiovisuelle Vernehmung« der hessischen Polizei für Einblicke in die Polizeipraxis.

** Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 5.6.2020 digital »an« der Universität Bielefeld gehalten hat.

Eingefügt durch Art. 3 Nr. 17 lit. b des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 = BGBl. I 2017, S. 3202 (3208) - Nr. 58 v. 23.8.2017; zum Inkrafttreten am 1.1.2020 vgl. dessen Art. 18 Abs. 2. Die Regelung wurde noch vor ihrem Inkrafttreten durch Art. 2 des Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Jugendstrafverfahren v. 9.12.2019 = BGBl. I 2019, S. 2146 (2151) -Nr. 47 v. 16.12.2019- dergestalt geändert, dass die zuvor vorgesehene Geltung für Jugendliche in § 70c Abs. 2 JGG verschoben wurde; zutreffend kritisch hierzu bspw. *Claus jurisPR-StrafR 4/2020 Anm. 1*.

² Vgl. den Überblick bei *Sullivan, Compendium: Electronic Recording of Custodial Interrogations*, updated January 2019

beispielsweise in Australien und Neuseeland.³ In Deutschland ist die audiovisuelle Aufzeichnung von polizeilichen Vernehmungen hingegen weitestgehend Neuland. Zwar sieht das Gesetz die Möglichkeit einer solchen Aufzeichnung seit 1998⁴ für Zeugenvernehmungen und seit 2013⁵ auch für Beschuldigtenvernehmungen vor. Von dieser freiwilligen Möglichkeit hat die Praxis allerdings nur äußerst zurückhaltend Gebrauch gemacht.⁶

Nach dem Willen des Gesetzgebers verfolgt diese Pflicht einen doppelten Zweck, wobei kein Hehl aus der Priorisierung gemacht wird: »[I]n erster Linie« soll sie der »Wahrheitsfindung« dienen, da es auf diese Weise einfacher sei, den Beschuldigten beim Wort zu nehmen.⁷ »Daneben« zielt die Vorschrift darauf ab, die Einhaltung des Rechts sicherzustellen - etwa in Bezug auf Belehrungspflichten und das Einhalten der zulässigen Vernehmungsmethoden.⁸ Sie schütze da-

[zuletzt abgerufen am 4.5.2021].

³ Zum Ganzen *Altenhain*, in: FS Kindhäuser, 2019, S. 975 (977 ff.) m. w. N.

⁴ Einfügung des § 58 a StPO durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte (Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes; Zeugenschutzgesetz - ZSchG) v. 30.4.1998 = BGBl. I 1998, S. 820 (Nr. 25 v. 8.5.1998) m.W.v. 1.12.1998.

⁵ Einfügung des § 163a Abs. 1 S. 2 StPO a. F. durch Art. 6 Nr. 4 des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren v. 25.4.2013 = BGBl. I 2013, S. 935 (Nr. 20 v. 30.4.2013) m.W.v. 1.11.2013.

⁶ So bspw. die Einschätzung bei BMJV (Hrsg.), *Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens*, 2015, S. 67. Zwar fehlt es an konkreten aktuellen quantitativen Untersuchungen diesbezüglich, aber zahlreiche verwandte Studien deuten darauf hin, dass diese Einschätzung zutrifft, vgl. dazu die Zusammenstellung bei *Altenhain*, in: *Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Welche Reform braucht das Strafverfahren?*, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages, Lübeck, 6.-8.3.2015, 2016, S. 181 (185 ff.) m. w. N., auch zu den anzunehmenden Gründen für das Absehen von der Aufzeichnung.

⁷ BT-Drs. 18/11277, S. 24.

⁸ BT-Drs. 18/11277, S. 25.

her gleichermaßen »redliche Vernehmungspersonen« »vor falschen Anschuldigungen« wie auch den »nicht sachgerecht vernommenen Beschuldigten«.⁹

Im Folgenden ist darzulegen, dass die Neuregelung nicht ohne weiteres geeignet ist, die angestrebten Ziele zu erreichen. Denn bei der Aufzeichnung und Wiedergabe einer Beschuldigtenvernehmung kommen zahlreiche psychologische Mechanismen zum Tragen, die - anders als viele typische verfahrensrechtsdogmatische Fragen¹⁰ - bislang nur vereinzelt¹¹ thematisiert wurden. Insbesondere soll gezeigt werden, dass nur bei einer ganz bestimmten räumlichen Anordnung von Kamera, Beschuldigtem und Vernehmungsperson die Aufzeichnung der Vernehmung den gesetzgeberischen Zielen gerecht werden kann. Bei allen anderen Aufzeichnungsmodalitäten werden diese Zwecke nicht nur nicht erreicht, sondern die Verwendung der Aufzeichnung ist der Wahrheitsfindung hingegen sogar abträglich.

II. Psychologische Aspekte

1. Ziel der Wahrheitsermittlung: Beweiswert der Videoaufzeichnung

Zuerst zu beleuchten ist die Zielsetzung des Gesetzgebers,¹² die Wahrheitsfindung zu verbessern. Diese Formulierung ist insoweit missverständlich, als der Beschuldigte im Strafverfahren auch dann, wenn er zur Aussage bereit ist, nicht zur Wahrheit verpflichtet ist.¹³ Ihr liegt vielmehr die Annahme zugrunde, dass die Glaubhaftigkeit der Einlassung des Beschuldigten sich vom Gericht besser beurteilen lässt, wenn es den Beschuldigten dabei beobachten kann.¹⁴

Unbestritten ist jedenfalls, dass polizeiliche Vernehmungsprotokolle die Aussage des Beschuldigten regelmäßig unvollständig, zusammengefasst und subjektiv gefärbt wiedergeben; insoweit ist die Videoaufzeichnung fraglos überlegen.¹⁵ Weniger eindeutig ist hingegen, wie der Beweiswert einer Videoaufzeichnung im Vergleich zur persönlichen Vernehmung bzw. im Vergleich zu einer bloßen Tonaufnahme oder einem

⁹ BT-Drs. 18/11277, S. 25.

¹⁰ Dazu bspw. *Michel*, Die audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren, 2019; *Vorländer*, Die Neufassung des § 136 Absatz 4 Strafprozessordnung, Eine Untersuchung zur Reichweite und Wirkung der Norm im Spannungverhältnis zwischen Rechten des Beschuldigten und dem allgemeinen Interesse der Erforschung der Wahrheit, 2019; *Weigend StV* 2019, 852 ff.; *Wickel ZIS* 2020, 311 ff.

¹¹ Vgl. nur *Altenhain*, in: FS Kindhäuser, S. 975 (985 ff.); *Bender/Nackl/reuer*, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl. 2014, Rn 1530; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn 617; *Floren Kriminalistik* 2020, 37 (40); *Gless*, in: *Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Wehe dem, der beschuldigt wird ...*, 34. Strafverteidigertag, Hamburg, 26.-28.2.2010, 2011, S. 193 (209); *Michel (Fn 10)*, S. 225 ff.; *Sautner JBl* 2019, 210 (220); *Vorländer (Fn 10)*, S. 67 f.

¹² BT-Drs. 18/11277, S. 24.

¹³ Zutreffend etwa *Radtko DRiZ* 2017, 190 (191).

¹⁴ *Hofmann/Granzow jurisPR-ITR 4/2018 Anm. 2*.

¹⁵ Eingehend bspw. *Altenhain (Fn 6)*, S. 196 ff.; *ders.*, in: *Barton/Dubelaar/Köbel/Lindemann (Hrsg.), »Vom hochgemuten, vorläufigen Griff nach der Wahrheit«, Fehlurteile im Strafprozess*, 2018, S. 225 ff., jeweils m. w. N.; vgl. auch *Artkämper/Schilling*, Vernehmungen, Taktik - Psychologie - Recht, 5. Aufl. 2018, Rn 1927 ff.; *Floren Kriminalistik* 2020, 37 (38); *Hofmann/Granzow jurisPR-ITR 4/2018 Anm. 2*; *Ransiek*, in: *Eidam/Lindemann/Ransiek (Hrsg.), Interrogation, Confession, and Truth, Comparative Studies in Criminal Procedure*, 2020, S. 151 (175).

präzisen Wortprotokoll zu beurteilen ist. Insoweit sind zwar Faktoren zu untersuchen: zum einen die Einwirkung der Videoaufzeichnung auf die Vernehmung selbst und zum anderen die Wahrnehmung der Aufzeichnung in der Hauptverhandlung durch die Verfahrensbeteiligten, insbesondere das Gericht.

Das Gefühl verändert - entgegen verbreiteten Befürchtungen unter Ermittlern¹⁶ - das Ausnahmeverhalten von Beschuldigten nach bisherigen Erkenntnissen regelmäßig nicht signifikant.¹⁷ Auf das Frageverhalten der Ermittler hat es hingegen - wenn überhaupt - den Effekt, dass diese deutlich weniger drängend auf den Beschuldigten einwirken¹⁸. Die Authentizität der Vernehmung selbst wird durch die Aufzeichnung folglich nicht negativ beeinträchtigt.

Damit ist aber nichts darüber ausgesagt, welcher Beweiswert der Aufzeichnung in der Hauptverhandlung im Vergleich etwa mit einer reinen Audioaufnahme oder dem Verlesen eines präzisen Wortprotokolls zukommt, wenn sie in der Hauptverhandlung abgespielt wird. Die Annahme, dass die Vernehmungsperson u. a. anhand von Körpersprache, Mimik, Augenkontakt etc. darauf schließen kann, ob eine Aussage wahrheitsgemäß ist oder nicht, ist zwar weit verbreitet.¹⁹ Aussagepsychologisch ist sie aber keineswegs belegt.²⁰ Nach den Ergebnissen der Forschung lassen sich aus bestimmten Verhaltensweisen keine verlässlichen Schlüsse ziehen; im Gegenteil führen verbreitete intuitive Annahmen oftmals zum falschen Eindruck. So schenken Juroren beispielsweise der Aussage eines Vergewaltigungsopfers regelmäßig weniger Glauben, wenn dieses die Tat emotionslos und apathisch beschreibt, als wenn es bei der Vernehmung weint - der Wahrheitsgehalt einer solchen Zeugenaussage kann beim Lesen einer schriftlichen Aussage deutlich präziser beurteilt werden.²¹

Insoweit ließe sich einwenden, dass diese Phänomene auch bei der gerichtlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung auftreten. Sieht man hierin ein Problem, scheint man das gegenwärtige System des Strafverfahrens insgesamt in Frage zu stellen. Entsprechende Erwägungen würden den Rahmen dieser Untersuchung sprengen. Allerdings ergeben sich drei maßgebliche Unterschiede zwischen der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung und dem Abspielen der Aufzeichnung, die es rechtfertigen, be-

grenzt auf die Frage der Videoaufzeichnung auf diese Aspekte einzugehen:

Erstens ist der Angeklagte - anders als Zeugen - in der Hauptverhandlung nicht verpflichtet, sich (erneut) zur Sache zu äußern. Befürchtet der Angeklagte, der Eindruck seiner Person könnte die Glaubhaftigkeit seiner Aussage schmälern, hatte er bislang die Möglichkeit, dies zu verhindern.

Zweitens wirkt nach psychologischen Erkenntnissen das Ansehen einer Videoaufzeichnung besonders stark auf den Betrachter ein.²² Obwohl Menschen regelmäßig nur einen Teil dessen wahrnehmen, was im Video geschieht, überschätzen sie deutlich, wie viele und wie sorgfältig sie Details der Vernehmung wahrnehmen oder eben nicht.²³ Die visuellen Eindrücke sind dabei am stärksten und überlagern die übrigen Elemente.²⁴ Der Betrachter einer Videoaufzeichnung hat das Gefühl, die dargestellte Situation in ihrer Gesamtheit und so wahrgenommen zu haben, als sei er selbst anwesend gewesen, während tatsächlich immer nur ein Teil des Geschehens wiedergegeben werden kann. Eine unbemerkte Fokussierung auf bestimmte Details zulasten der Wahrnehmung anderer Einzelheiten wird auch nicht durch mehrfaches Ansehen kompensiert; vielmehr wird die Fokussierung des erstens Betrachtens wiederholt und vertieft.²⁵ Gleichzeitig verstärkt sich aber sein Eindruck, er habe den Inhalt der Aufzeichnung nun besonders intensiv und präzise wahrgenommen. So konnte beispielsweise eine stark verzerrte Wahrnehmung in Fällen nachgewiesen werden, in denen gewalttätige Übergriffe durch Polizisten gleichzeitig mittels BodyCam und mit einer Überwachungskamera auf gezeichnet wurden.²⁶ Der Betrachter kann sich aufgrund der Ego-Perspektive stärker mit dem Polizisten identifizieren. Er nimmt das Verhalten der abgebildeten Personen eher als bedrohlich und in der Folge auch das als eigenes empfundene Verhalten des Polizisten eher als notwendig und gerechtfertigt wahr. Bei einer aus einer neutralen Perspektive angefertigten Aufnahme kann der Betrachter wesentlich präziser beurteilen, was tatsächlich vorgefallen ist.²⁷

Mögen derlei Effekte bei der Aufzeichnung einer Beschuldigtenvernehmung mit einer starren Kameraperspektive auch weniger stark ausgeprägt sein, gelten die beschriebenen Verzerrungseffekte bei der Wahrnehmung grundsätzlich auch dort. Noch nicht hin-

reichend erforscht ist, inwiefern diese Effekte durch Aufklärung über sie minimiert oder beseitigt werden können.²⁸

Die verzerrte Wahrnehmung ist *drittens* deshalb besonders problematisch, weil im System des deutschen Strafverfahrens das erkennende Gericht selbst über die Eröffnung des Hauptverfahrens entscheidet. Sagt der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht erneut zur Sache aus und wird daher die Aufzeichnung abgespielt, haben die Berufsrichter diese Aufnahme bereits gesehen. Anders als bei der Zeugenvernehmung, bei der nach der Lektüre der polizeilichen Vernehmungsprotokolle in der Hauptverhandlung der persönliche Eindruck hinzutritt, stellt das Ansehen der Aufzeichnung sich als bloße Wiederholung dar. Daher sind der Redundanz- und der Perseveranzeffekt²⁹ insoweit naturgemäß ganz besonders stark ausgeprägt.

Diese Mechanismen sprechen bezogen auf den Aspekt der Wahrheitsermittlung in der Hauptverhandlung - zunächst³⁰ - dafür, der Videoaufzeichnung einen abgeschwächten Beweiswert zuzuschreiben; die Verwendung eines Wortprotokolls oder einer reinen Tonaufnahme scheint nach den Erkenntnissen der psychologischen Forschung insoweit prinzipiell vorzugswürdig zu sein. Vor diesem Hintergrund werden beispielsweise in Großbritannien im Regelfall nur Audioaufzeichnungen angefertigt.³¹

2. Ziel der Aufdeckung von verbotenen Ermittlungsmethoden: der »camera perspective bias«

Auch in Bezug auf das zweite Ziel des Gesetzgebers³² - den Schutz des Beschuldigten vor unzulässigen Vernehmungsmethoden - ist die Videoaufzeichnung keineswegs ohne weiteres ein Allheilmittel. Entgegen der intuitiven Annahme ist die Videovorführung der Vernehmung der ursprünglichen Vernehmungsperson als Zeuge vom Hörensagen oder der Verlesung des Vernehmungsprotokolls keineswegs immer unter allen Gesichtspunkten überlegen. Denn je nach räumlichem Verhältnis von Beschuldigtem, Vernehmungsperson und Kamera kommt es zum sog. »camera perspective bias«. Danach schätzt der Betrachter einer Videoaufzeichnung die Freiwilligkeit der dargestellten Aussage unterschiedlich ein, je nachdem, welche Art der Kameraperspektive gewählt wird.

a) Hintergrund der Forschung zum »camera perspective bias«

Erforscht wurde der Mechanismus maßgeblich in US-amerikanischen³³ Studien, die sich der Frage wid-

²⁸ Granat u. a. Psychology, Public Policy, and Law 24 (2018), 93 (100 f.) m. w. N.

²⁹ Dazu exemplarisch Schünemann StV 2000, 159 ff. m. w. N.

³⁰ Vgl. aber noch unten II. 2. e).

³¹ Vgl. den Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), Code E: Code of Practice on audio recording interviews with suspects, Revised 2018 (m.w.v. 31.7.2018); abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/pace-codes-e-and-f-2018> (zuletzt abgerufen am 4.5.2021).

³² BT-Drs. 18/11277, S. 25.

³³ Zum Folgenden Elek/Ware/Ratcliff Legal and Criminological Psychology 17 (2012), 123 ff.; Lassiter/ Irvine Journal of Applied Social Psychology 16 (1986), 268 ff.; Lassiter u. a. Journal of Applied Social Psychology 22 (1992), 1838 ff.; Lassiter u. a. in: Zanna (Hrsg.),

men, ob die Videoaufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung dazu beitragen kann, die Quote falscher Geständnisse zu vermindern bzw. der Erkennbarkeit der Falschheit eines Geständnisses zu erhöhen. Dieser sehr spezielle und enge Forschungsgegenstand ergibt sich aus Besonderheiten des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, die stark von denjenigen des deutschen Rechts abweichen: Zum einen kommt dort einem Geständnis eine wesentlich höhere Bedeutung zu, weil im Falle eines »guilty plea« die Beweisaufnahme entfällt und dem Urteil eine prozessuale Wahrheit zugrunde gelegt wird. Das deutsche Strafverfahrenrecht hingegen strebt die Aufklärung der materiellen Wahrheit an, weshalb im Licht der Amtsaufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO - zumindest dem Ideal des Gesetzes nach³⁴ - auch eine geständige Einlassung des Angeklagten nicht unkritisch der Urteilsfindung zugrunde gelegt werden darf, sondern mit anderen Beweismitteln auf ihren Wahrheitsgehalt abzugleichen ist. Zum anderen beruht das Erkenntnisinteresse dieser Forschung darauf, dass in vielen US-amerikanischen Bundesstaaten die Vernehmungstechnik des »false evidence ploy«³⁵, also das Vorgaukeln des Vorhandenseins nicht existenter Beweismittel, zulässig ist.³⁶ Dieses Verfahren wird gern praktiziert und führt oftmals zu falschen Geständnissen, da auch zu Unrecht Beschuldigte entweder aufgrund einer psychologischen Erinnerungsverzerrung von ihrer eigenen Schuld überzeugt werden³⁷ oder sich in einer ausweglosen Situation sehen, in der sie sich von einem Geständnis den günstigsten noch möglichen Ausgang versprechen³⁸. In einem deutschen Ermittlungsverfahren handelte es sich bei einem solchen

Advances in Experimental Social Psychology, Bd. 33, 2001, S. 189 ff.; Lassiter u. a. Current Research in Social Psychology 1n (2001) - abrufbar unter <https://crisp.org.uiowa.edu/sites/crisp.org.uiowa.edu/files/2020-04/7.1.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.2.2024); dies. Analyses of Social Issues and Public Policy 2001, 53 ff.; dies. Journal of Applied Psychology 87 (2002), 867 ff.; Lassiter u. a. Current Psychology 21 (2002), 265 ff.; Lassiter u. a. Law & Policy 28 (2006), 192 ff.; Lassiter u. a. Psychological Science 18 (2007), 224 ff.; Lassiter u. a. Legal and Criminological Psychology 14 (2009), 157 ff.; Lassiter American Psychologist 65 (2010), 768 ff.; ders. Law and Human Behavior 34 (2010), 41 f.; ders./Lindberg Journal of Psychiatry & Law 38 (2010), 177 ff.; Lassiter u. a. in: Lassiter/Meissner (Hrsg.), Police interrogations and false confessions, Current research, practice, and policy recommendations, 2010, S. 143 ff.; Ratcliff u. a. Journal of Experimental Psychology: Applied 12 (2006), 197 ff.; Schmidt, Effects of Interrogator Tactics and Camera Perspective Bias on Evaluations of Confession Evidence, 2006 (abrufbar unter https://etd.ohiolink.edu/acprod/odb_etd/ws/send_file/send?accession=ohiou1155923366&disposition=inline (zuletzt abgerufen am 6.2.2024)); Snyder u. a. Behavioral Sciences & the Law 27 (2009), 451 ff.; Ware, Monitoring Visual Attention in Videotaped Interrogations: An Investigation of the Camera Perspective Bias, 2006; dies. u. a. Journal of Experimental Psychology: Applied 14 (2008), 192 ff.; Warner/Pickel Psychology, Crime & Law 16 (2010), 493 ff.

³⁴ Dies wird in der Praxis freilich häufig nicht umgesetzt, gerade im Rahmen von Verständigungen (vgl. Altenhain/Dietmeier/May, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, 2013, S. 98 ff., 106).

³⁵ Dazu eingehend Leo, in: Eidam/Lindemann/Ransiek (Fn 15), S. 183 ff. m. w. N.

³⁶ Psychologen warnen seit langem vor dieser Technik, vgl. bspw. Forrest/Woody Behavioral Sciences & the Law 27 (2009), 333 ff.; dies. The Jury Expert 6/22 (2010), 9 ff.; dies. u. a. Behavioral Sciences & the Law 30 (2012), 342 ff.; Perillo/Kassin Law and Human Behavior 35 (2011), 327 ff.; krit. auch aus juristischer Sicht fynbrandt The Yale Law Journal 126 (2016), 545 ff.; jeweils m. w. N.

³⁷ Dazu bspw. Henkel/Coffmann Applied Cognitive Psychology 18 (2004), 567 ff.; Gudjonsson, The Psychology of False Confessions, Forty Years of Science and Practice, 2018, S. 73 ff. m. w. N.

³⁸ Dazu bspw. Sickor, Das Geständnis, 2014, S. 298 m. w. N.

¹⁶ Z. B. bei Cassell The Journal of Criminal Law & Criminology 88 (1998), 497 (555); Geiler, Police video taping of suspect interrogations and confessions, A Preliminary Examination of Issues and Practices, A Report to the National Institute of Justice 1992, S. 107 (abrufbar unter <https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/139584NCJRS.pdf> (zuletzt abgerufen am 6.2.2024)); Thurlow Journal of Computer & Information Law 23 (2005), 771 (800) m. w. N.

¹⁷ Geliert (Fn 16), S. 106 ff.; Kassin u. a. Law and Human Behavior 43 (2019), 45 ff.; Thurlow Journal of Computer & Information Law 23 (2005), 771 (800 f.) m. w. N.

¹⁸ Kassin u. a. Law and Human Behavior 38 (2014), 73 ff.

¹⁹ Vgl. bspw. The Global Deception Research Team Journal of Cross-Cultural Psychology 37 (2006), 60 ff.

²⁰ Vgl. bspw. Artkämper/Schilling (Fn 15), Rn 83 ff., 87 f.; Bender/Nack/Treuer (Fn 11), Rn 224 ff.; Eisen berg (Fn 11), Rn 1459; Jansen, Zeuge und Aussagepsychologie, 2. Aufl. 2012, Rn 264 ff.; Niehaus, in: Volbert/Steller (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, S. 497 (502); jeweils m. w. N.; darauf weist im hiesigen Kontext auch Altenhain, in: FS Kindhäuser, S. 975 (986 f.) m. w. N. hin.

²¹ Dazu bspw. Kaufmann u. a. Applied Cognitive Psychology 17 (2003), 21 ff.

²² Zum Folgenden eingehend Feigenson/Spiesel, in: Najdowski/Stevenson (Hrsg.), Criminal Juries in the 21st Century- Contemporary Issues, Psychological Science, and the Law, 2019, S. 173 (174 ff.) m. w. N.

²³ Zum Folgenden Granot u. a. Psychology, Public Policy, and Law 24 (2018), 93 ff. m. w. N.

²⁴ Granot u. a. Psychology, Public Policy, and Law 24 (2018), 93 (93 ff.) m. w. N.; vgl. auch Appleby/Kas sin Psychology, Public Policy, and Law 22 (2016), 127 ff.

²⁵ Dazu Granot u. a. Psychology, Public Policy, and Law 24 (2018), 93 (96) m. w. N.

²⁶ Bspw. Turner u. a. Proceedings of the National Academy of Sciences 116 (2019), 1201 ff.; Jones/Crozier/Strange Journal of Applied Research in Memory and Cognition 6 (2017), 460 ff.; dies. Behavioral Sciences & the Law 37 (2019), 711 ff.; Feigenson/Spiesel (Fn 22), S. 173 (185 f.); jeweils m. w. N.

²⁷ Einen Selbstversuch kann man bei Williams u. a., Police Body Cameras: What Do You See?, The New York Times (Online) v. 1.4.2016 (updated) durchführen; abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/interactive/2016/04/01/us/police-bodycam-video.html> (zuletzt abgerufen am 4.5.2021).

Vorgehen um eine gemäß § 136 a Abs. 1 S. 2 StPO untersagte Täuschung,³⁹ die zur Unverwertbarkeit der auf ihr beruhenden Aussagen des Beschuldigten führt.

b) Anwendbarkeit der Forschungsergebnisse auf das deutsche Strafverfahrensrecht

Trotz dieser unterschiedlichen rechtlichen Ausgangssituation können die Forschungsergebnisse der Psychologen i. S. einer funktionalen Betrachtung auch für das deutsche Recht fruchtbar gemacht werden. Entscheidend sind allein die Erkenntnisse, die sich allgemein auf die menschliche Wahrnehmung beziehen. Insoweit besteht aber kein Unterschied zwischen deutschen Richtern und US-amerikanischen Juristen. Zwar ist es zutreffend, dass es kulturelle und regionale Unterschiede in der menschlichen Wahrnehmung gibt.⁴⁰ So nehmen beispielsweise Amerikaner und Europäer tendenziell eher den Fokus einer Szenerie sehr detailliert wahr, vernachlässigen dabei aber Elemente, die sich eher im Hintergrund abspielen, während Ostasiaten tendenziell die Gesamtheit des Präsentierten zulasten von Einzelheiten wahrnehmen.⁴¹ Die US-amerikanische Forschung zum camera perspective bias konnte aber auch etwa in Schweden⁴², Japan⁴³ und Korea⁴⁴ repliziert werden. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb deutsche Richter und Schöffen dieser Wahrnehmungsverzerrung nicht unterliegen sollten.

c) Relevanz für das deutsche Strafverfahren

Die psychologische Forschung ist auch für die deutsche Rechtslage relevant. Zwar kann unterstellt werden, dass in der Bundesrepublik verbotene Vernehmungsmethoden seltener eingesetzt werden als beispielsweise in den USA, auch wenn es insoweit an empirischen Studien fehlt. Allerdings dürfte es gerade in Bezug auf Täuschungen gegenüber unverteidigten Beschuldigten ein gewisses Dunkelfeld geben. Größere Bedeutung wird der Videoaufzeichnung von Vernehmungen vor allem hinsichtlich der Möglichkeit zukommen, die Vernehmungsfähigkeit des Beschuldigten beurteilen zu können. Dieser Umstand kann besonders schlecht mittels eines schriftlichen Vernehmungsprotokolls bewertet werden, weshalb es sinnvoll ist, wenn das Gericht sich insoweit sein eigenes Bild machen kann. Als Beispiel kann ein Sachverhalt dienen, über den der BGH im Jahr 2014 zu entscheiden hatte:⁴⁵ Eine junge Frau hatte ihre Schwangerschaft verheimlicht, in der Nacht ohne jegliche Hilfe das Kind zur Welt gebracht und aufgrund eines spontanen Entschlusses erstickt. Sie brach mehrfach zusammen und äußerste einen Todeswunsch, als sie schließlich gefunden wurde. Nachdem im Krankenhaus der Dammriss

genährt worden war, wurde sie mehrfach von der Polizei vernommen, obwohl sie weinte, entkräftet war und seit mindestens 38 Stunden nicht geschlafen hatte. Die Polizeibeamten sagten aus, sie habe »weder betäubt noch übermüdet« gewirkt, sondern »einen den Umständen entsprechenden frischen Eindruck gemacht«. Diese höchst subjektive Einschätzung wäre mit einer Videoaufzeichnung sicherlich zweifelsfrei zu widerlegen gewesen.

d) Aussage des »camera perspective bias«

Der »camera perspective bias« betrifft die Frage, wie ein späterer Betrachter der Videoaufzeichnung das Aussageverhalten des Beschuldigten einordnet, abhängig davon, auf welche Art und Weise die Aufzeichnung erfolgt ist.⁴⁶ Ist die Kamera dabei direkt auf den Beschuldigten gerichtet und erfasst sie nur dessen Gesicht bzw. Oberkörper - sog. »suspect focus« -, so ist der Betrachter deutlicher eher geneigt, dem Beschuldigten zu attestieren, dass dieser aus freien Stücken aussagt. Das Gegenteil gilt für den sog. »interrogator focus«, bei dem das Verhalten der Vernehmungsperson tendenziell eher als drängend und beeinflussend wahrgenommen wird. Dieser Effekt ist nicht nur darauf zurückzuführen, dass beim »suspect focus« die Vernehmungsperson nicht oder nur ihr Rücken zu sehen ist und damit beispielsweise nicht wahrgenommen werden kann, ob die Vernehmungsperson etwa Drohgebärden macht. Auch wenn etwa akustisch täuschende oder drohende Äußerungen der Vernehmungsperson deutlich hörbar sind, tendiert der Betrachter - im Vergleich zur Beurteilung aufgrund eines Transkripts oder der bloßen Tonaufnahme - eher dazu, der Täuschung oder Drohung keine Wirkung zuzuschreiben. Dies ist offenbar darauf zurückzuführen, dass der Beobachter dazu tendiert, derjenigen Person, die in einer Videoaufnahme am präsentesten ist, auch den größten Einfluss auf die dargestellte Situation zuzuschreiben (sog. saliency effect).⁴⁷ Die Fehleinschätzung scheint sogar noch intensiviert zu werden, je stärker die Fokussierung und je größer das Bild bei der Wiedergabe ist.⁴⁸ Diese Effekte betreffen den Bereich der unmittelbaren Wahrnehmung,⁴⁹ weshalb sie sich auch nicht ohne weiteres durch entsprechende Schulung der Gerichte vermeiden lassen.⁵⁰ Als Paradebeispiel für den camera perspective bias kann die polizeiliche Vernehmung von Brendan Dassey vom 1.3.2006 gelten, der durch die Netflix-Dokumentation »Making a Murderer« traurige Berühmtheit erlangte.⁵¹ Der minderjährige und unterdurchschnittlich intelligente Dassey wurde wegen Mordverdachts ohne Beisein eines Verteidigers

oder eines Erziehungsberechtigten im »suspect focus« vernommen. Obwohl deutlich zu hören ist, wie drängend, suggestiv und manipulativ die Ermittler auf ihn einwirken, sahen weder die Jury noch der *Wisconsin Court of Appeals* sein Geständnis als erzwungen an.

e) Beseitigung des »camera perspective bias«

Es bestehen zwei technische Möglichkeiten, diesen Effekt zu beseitigen:⁵² Erstens kann die Vernehmung beispielsweise mit zwei Kameras gleichzeitig aufgenommen werden, sodass Beschuldigter und Vernehmungsperson jeweils im Fokus zu sehen sind und beide Aufnahmen im Split-Screen wiedergegeben werden. Zweitens kann die Vernehmung mit einer Weitwinkel-Kamera aufgezeichnet werden, die beide Personen im Profil zeigt (sog. »equal-focus«).

Für die letztere Variante spricht zusätzlich, dass dadurch der in Bezug auf das Ziel der Wahrheitsfindung angesprochene Effekt der Wahrnehmungsverzerrung⁵³ verringert wird: Da das Gesicht des Beschuldigten nicht vollumfänglich zu sehen ist, ist die Beurteilung des Wahrheitsgehalts seiner Aussage bei diesem Aufzeichnungsmodus vergleichbar präzise wie beim Anhören der bloßen Tonspur oder dem Lesen eines wörtlichen Transkripts. Diesen Vorteil bietet der Split-Screen nicht;⁵⁴ zudem ist die Aufzeichnung mit zwei Kameras deutlich aufwendiger. Aus diesem Grund praktizieren beispielsweise die neuseeländischen Behörden die »equal-focus«-Aufzeichnung; im deutschen Recht trifft für Zeugenaussagen von Kindern und Jugendlichen Nr. 19 Abs. 2 RiStBV eine vergleichbare Anordnung (auch wenn es sich dabei lediglich um eine Verwaltungsvorschrift handelt).

In der polizeilichen Praxis wird offenbar überwiegend mit mehreren Kameras gearbeitet. Teilweise werden drei Geräte verwendet, wobei eine Kamera den gesamten Raum (360°) erfasst und je eine Kamera auf den Beschuldigten und die Vernehmungsperson gerichtet ist.⁵⁵ Teilweise wurde mitgeteilt, dass eine Kamera im suspect-focus und eine im equal-focus ausgerichtet wird. Nach dem Gesagten ist ein solches Vorgehen zwiespältig; an Staatsanwaltschaft und Gericht sollten nur »equal-focus«-Aufnahmen geraten, eventuelle zusätzliche Aufzeichnungen aus anderen - insbesondere personenfokussierten - Perspektiven sollten hingegen der internen Verwendung der Polizeibehörden vorbehalten bleiben.

3. Zwischenergebnis

Die Videoaufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung bietet zahlreiche psychologische Fallstricke. Mag sie in Bezug auf die Wahrheitsfindung zwar tauglicher sein als ein herkömmliches polizeiliches Vernehmungsprotokoll, so kann ihr dennoch eine reine Audioaufnahme in dieser Hinsicht überlegen sein und - bestenfalls - deren Qualität erreichen. Gleichzeitig ist es aber erforderlich, dass das Gericht auch eine Bildspur zur Verfügung hat, um beurteilen zu können, ob

der Beschuldigte aus freien Stücken aussagt, was nur bei einem bestimmten Aufnahmesetting möglich ist. Anders als der Gesetzgeber dies eigentlich im Sinn hatte, muss man die Vorschrift § 136 Abs. 4 S. 2 StPO unter Berücksichtigung der Verfahrenswirklichkeit so verstehen, dass ihr Primärzweck der Schutz des Beschuldigten vor unzulässigen Vernehmungsmethoden ist. Die Wahrheitsfindung wird hingegen nur in geringerem Umfang verbessert als vom Gesetzgeber angenommen; diese reflexhafte Folge tritt zudem ebenfalls nur dann ein, wenn eine »equal focus«-Perspektive gewählt wird.

III. Verfahrensrechtliche Folgen

Aus diesen psychologischen Einsichten ergeben sich de lege lata und de lege ferenda verschiedene Konsequenzen für den Geltungsbereich der Vorschrift und die Ausgestaltung der Aufzeichnung sowie für ihre prozessuale Verwendung.

1. Klassifizierung der Vorschrift im System des Strafverfahrensrechts

Mag die Videoaufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung zwar einem gängigen polizeilichen Protokoll an Präzision grundsätzlich überlegen sein, ist sie für die Wahrheitsfindung nicht besser, sondern - im besten Falle (nämlich bei einer equal-focus-Aufzeichnung)⁵⁶ - gleichermaßen geeignet wie ein präzises Wortprotokoll oder eine reine Tonaufnahme.⁵⁷ Daher dient die Pflicht zur audiovisuellen Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung gemäß § 136 Abs. 4 S. 2 StPO - entgegen der Auffassung des Gesetzgebers⁵⁸ - primär dem Schutz des Beschuldigten vor unerlaubten Vernehmungsmethoden. Vor diesem Hintergrund muss sie als zwingendes Recht verstanden werden. Die Einordnung des Gesetzgebers, es handle sich um eine bloße Ordnungsvorschrift,⁵⁹ deren Verletzung keine Konsequenzen zeitigt,⁶⁰ ist abzulehnen.⁶¹ Wurde die Aufzeichnung pflichtwidrig unterlassen, so darf der Inhalt der Vernehmung nicht anderweitig in die Hauptverhandlung eingebracht und der Urteilsfindung zugrunde gelegt werden.⁶² Aufgrund der thematischen Nähe zu § 136a StPO kann der Beschuldigte hierüber nicht disponieren,⁶³ was de lege ferenda im Gesetz festzuhalten ist. Ist der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren erneut zur Aussage bereit, so kann der Mangel durch korrekte Wiederholung der Vernehmung ge-

³⁹ Dazu Rogall, in: SK-StPO, Bd. 2, 5. Aufl. 2016, § 136a Rn 62 m. w. N.

⁴⁰ Grundlegend Henrich/Heine/Norenzayan Behavioral and Brain Sciences 33 (2010), 61 ff. sowie die zahlreichen Repliken hierzu in derselben Ausgabe.

⁴¹ Dazu Chua/Boland/Nisbett PNAS 102 (2005), 12629 ff.; Nisbett/Miyamoto TRENDS in Cognitive Sciences 9 (2005), 467 ff.; Granat u. a. Psychology, Public Policy, and Law 24 (2018), 93 (96).

⁴² Landström/Af Hjelmstätter/Granhag Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling 4 (2007), 199 ff.

⁴³ Ibusuki International Journal for the Semiotics of Law 32 (2019), 831 ff.

⁴⁴ Park/Pyo Law and Human Behavior 36 (2012), 184 ff.

⁴⁵ BGHSt 60, 50.

⁴⁶ Vgl. zum Folgenden oben die Nachweise in Fn 33, 42, 43 und 44.

⁴⁷ Dazu etwa Aronson/Wilson/Akert, Sozialpsychologie, 8. Aufl. 2014, S. 120 f., 123; Ejfer-Uhe/Mohnert, Psychologie für Juristen, 2019, Rn 141 m. w. N.

⁴⁸ Dazu insbesondere Heath/Grannemann Behavioral Sciences & the Law 32 (2014), 496 ff.; vgl. auch Blandón-Gitlin/Mindthoff, in: Najdowski/Stevenson (Fn 22), S. 195 (201 f.); Feigenson/Spiesel, in: Najdowski/Stevenson (a. a. O.), S. 173 (180) m. w. N.

⁴⁹ Dazu Ratcliff, a. Journal of Experimental Psychology: Applied 12 (2006), 197 ff.

⁵⁰ Vgl. Lassiter u. a. Journal of Applied Psychology 87 (2002), 867 ff.; für Möglichkeiten zur Abschwächung des Effekts aber Elek/Ware/Ratcliff Legal and Criminological Psychology 17 (2012), 123 ff.

⁵¹ Zum Folgenden näher auch Ibusuki International Journal for the Semiotics of Law 32 (2019), 831 (833 ff.).

⁵² S.o. II. 2. e).

⁵³ S.o. II. 1.

⁵⁴ BT-Drs. 18/11277, S. 24.

⁵⁵ Hierzu grundsätzlich kritisch BGHSt 25, 325 (329); v. Freier HRRS 2017, 139 (140 f.); Frisch, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolph, 1995, S. 173 ff.; Neuhaus, in: FS Herzberg, 2008, S. 871 ff.

⁵⁶ BT-Drs. 18/11277, S. 27.

⁵⁷ Zutreffend Michel (Fn 10), S. 320 ff.; Weigend StV 2019, 852 (857).

⁵⁸ Michel (Fn 10), S. 326 ff.; vgl. auch Leitner, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 145 f.; Nestler ZIS 2014, 594 (599); Neubacher/Bachmann ZRP 2017, 140 (143); einschränkend Weigend StV 2019, 852 (857): Abwägung nach allgemeinen Grundsätzen, die dann zu einem Verwertungsverbot führt, »wenn sich der Vernehmungsbeamte bewusst oder in objektiv willkürlicher Weise über die Verpflichtung zur Video Aufzeichnung hinweggesetzt hat«; vermittelnd Wickel ZIS 2020, 311 (315 ff.).

⁵⁹ A.A. Michel (Fn 10), S. 328.

heilt werden. Allerdings ist der Beschuldigte insoweit qualifiziert zu belehren, als er darauf hinzuweisen ist, dass das Ergebnis der ersten Vernehmung nicht verwertbar ist.⁶⁴

2. Auslegung des Anwendungsbereichs des Aufzeichnungspflicht

Ebenfalls aufgrund des beschuldigtenschützenden Charakters der Vorschrift ist ihr Anwendungsbereich weit und sind die Ausnahmen ihrer Anwendung eng auszulegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Risiko des Einsatzes verbotener Vernehmungsmethoden steigt, je schwerer der Tatvorwurf wiegt und damit je größer der öffentliche Druck auf die Ermittlungsbehörden ist.

a) Gemäß § 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StPO ist die Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren dann audiovisuell aufzuzeichnen, wenn »dem Verfahren ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde liegt«. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen damit vor allem die vorsätzlichen Fälle der §§ 211 bis 221 StGB gemeint sein.⁶⁵ Ebenfalls erfasst sein sollen erfolgsqualifizierte Delikte mit Todesfolge, sofern der Vorsatz des Beschuldigten auf die Herbeiführung des Todes gerichtet war.⁶⁶ In einem solchen Fall liegt aber auch zumindest ein versuchter Totschlag vor.⁶⁷

Allerdings kennt weder die StPO noch ein anderes Bundesgesetz sonst den Begriff des »Tötungsdelikts«. ⁶⁸ Das StGB betitelt den 16. Abschnitt des Besonderen Teils mit »Straftaten gegen das Leben«. Hierauf nimmt etwa explizit § 255 a Abs. 2 S. 1 StPO Bezug; andere Vorschriften (wie z.B. der Katalog in § 100a Abs. 2 StPO) verweisen auf einzelne Paragraphen. Da der Gesetzgeber selbst auch erfolgsqualifizierte Delikte wie z.B. die Körperverletzung mit Todesfolge (wenn auch nur eingeschränkt) einbezogen wissen wollte, sind mit »Tötungsdelikten« offenbar diejenigen Straftatbestände des StGB sowie des Nebenstrafrechts gemeint, die den Eintritt eines Todeserfolgs voraussetzen und die das Gesetz als vorsätzlich klassifiziert. Nimmt man aber auf die Wertungen des StGB Bezug, so muss dies auch für dessen § 11 Abs. 2 gelten,⁶⁹ wonach z.B. erfolgsqualifizierte Delikte auch dann als vorsätzliche Delikte gelten, wenn hinsichtlich der schweren Folge nur Fahrlässigkeit oder Leichtfertigkeit vorlag. Entgegen dem geäußerten Willen des Gesetzgebers ist diese Wertung auf § 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StPO zu übertragen: Zum einen ist in diesem frühen Ermittlungsstadium häufig noch nicht klar, ob der Vorwurf etwa auf Totschlag oder Körperverletzung mit Todesfolge lauten wird.⁷⁰ Zum anderen sind erfolgsqualifizierte

Delikte wie etwa die Körperverletzung, der Raub oder die sexuelle Nötigung mit Todesfolge mit dem gleichen oder einem noch schwereren Strafraumen bedroht als der Totschlag und gehören ebenso zur erstinstanzlichen Zuständigkeit der Schwurgerichtskammer beim Landgericht. Beide Voraussetzungen liegen bei der - selbst nach der engsten denkbaren Auslegung erfassten - Tötung auf Verlangen nicht vor,⁷¹ weshalb die todeserfolgsqualifizierten Delikte erst recht erfasst sein müssen; dasselbe gilt für die Tötungstatbestände des Völkerstrafgesetzbuchs.

Von dieser ohnehin unklar konturierten Aufzeichnungspflicht macht das Gesetz eine Ausnahme, wenn der Aufzeichnung »die äußeren Umstände [oder] die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen«. Diese vage formulierte Einschränkung muss extrem eng verstanden werden.⁷² Jedenfalls kann es nicht ausreichend sein, wenn der Beschuldigte noch am Tatort betroffen und trotz Belehrung zur Einlassung bereit ist, die Ermittlungsbeamten aber die notwendige technische Ausrüstung nicht bei sich haben und befürchten, dass der Beschuldigte seine Entscheidung bis zur Verbringung in die Polizeiwache revidieren könnte.⁷³ Das hessische Justizministerium ließ beispielsweise verlauten, dass mobile Kamerasysteme angeschafft wurden, um diesem Problem zu begegnen,⁷⁴ was insoweit zu begrüßen ist.

b) An die »eingeschränkten geistigen Fähigkeiten« bzw. die »schwerwiegende seelische Störung« des Beschuldigten sind keine besonders hohen Anforderungen zu stellen; im Zweifelsfalle sollte aufgezeichnet werden.⁷⁵ Dies gilt vor allem im Jugendstrafrecht, da jugendliche Beschuldigte regelmäßig besonders leicht beeinflussbar sind.⁷⁶

3. Umfang der Aufzeichnung

Um ihren Schutzzweck erfüllen zu können, muss die gesamte Vernehmung einschließlich der Belehrungen aufgezeichnet werden.⁷⁷ Unterbrechungen sind zu dokumentieren; »inoffizielle« Gespräche jenseits der Aufzeichnung sind nicht gestattet und dürfen nicht verwertet werden.

4. Bedeutung der Kameraperspektive für die Verwertbarkeit der Aufzeichnung

Wurde zwar eine Videoaufzeichnung angefertigt, aber eine psychologisch fehleranfällige Kameraperspektive - also insbesondere der »suspect-focus« - gewählt, kann die Aufzeichnung ihren Zweck nicht erfüllen. De lege lata lässt der Gesetzestext es aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips nicht zu, Beweisverwertungsverbote differenziert nach verschiedenen Kameraperspektiven

verteidigtages Münster, 2.-4.3.2018, 2018, S. 479 (488 f.).

⁷¹ Darauf weist Weigend (StV 2019, 852 [855]) zutreffend hin.

⁷² Zutreffend kritisch etwa Wickel ZIS 2020, 311 (313 f.).

⁷³ So aber offenbar Weigend StV 2019, 852 (855); zutreffend hingegen bspw. Michel (Fn 10), S. 177 ff.; Vorländer (Fn 10), S. 67.

⁷⁴ Vgl. <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/video-pflicht-bei-vernehmungen-birgt-auch-risiken-16577166.html> (aktualisiert am 12.1.2020, zuletzt abgerufen am 7.2.2024).

⁷⁵ Zutreffend Wickel ZIS 2020, 311 (314 f.).

⁷⁶ Bspw. Gudjonsson (Fn 37), S. 124 m. w. N.

⁷⁷ So auch Michel (Fn 10), S. 154 ff.; Weigend StV 2019, 852 (854).

anzunehmen. Eine analoge Anwendung der Regelung in Nr. 19 Abs. 2 S. 2 RiStBV ist weder möglich noch zielführend.⁷⁸ De lege ferenda ist daher zu regeln, dass eine suspect-focus-Aufnahme so zu behandeln ist, als hätte sie nicht stattgefunden. Sie muss wiederholt werden, sofern der Beschuldigte nach qualifizierter Belehrung dazu bereit ist.

Darüber hinaus ist das erkennende Gericht aber auch vor einer verzerrten Wahrnehmung der aufgezeichneten Beschuldigtenvernehmung zu schützen. Solange nicht hinreichend untersucht ist, ob die Verzerrungseffekte durch Schulung der Richter und Schöffen beseitigt oder zumindest minimiert werden können, sollte die Videoaufzeichnung nur dann in das Zwischenverfahren und die Hauptverhandlung eingebracht werden, wenn es sich um eine Aufzeichnung im »equal-focus«-Modus handelt. Wurde hingegen der »split-screen«-Ansatz gewählt, sollte im Zwischenverfahren und in der Hauptverhandlung nur die Tonaufnahme oder ein aus der Aufnahme transkribiertes Wortprotokoll verwendet werden. Allerdings führt ein solches Vorgehen dazu, dass das erkennende Gericht auch nicht anhand der Aufzeichnung überprüfen kann, ob verbotene Vernehmungsmethoden angewandt wurden. Die Defizite der Regelung würden damit ihren eigentlichen Zweck neutralisieren. Trotz aller Vorbehalte ist die Aufzeichnungspflicht aber im Grundsatz zu begrüßen und den herkömmlichen polizeilichen Protokollen überlegen. Will man diese Vorteile daher nicht verlieren, sind die Verzerrungseffekte de lege lata hinzunehmen.

De lege ferenda könnten sie wie folgt ausgeglichen werden: Der Ermittlungsrichter, der nicht dem erkennenden Gericht angehören darf, ist dafür zuständig, Videoaufzeichnungen hinsichtlich Vernehmungsfähigkeit des Beschuldigten und Einsatz verbotener Ermittlungsmethoden zu überprüfen. Erst wenn er die Freigabe erteilt, dürfen dem erkennenden Gericht im Zwischenverfahren die Tonspur und Transkripte überlassen werden. Das Videomaterial kann erst in der Hauptverhandlung und nur auf Rüge des Angeklagten hin gesichtet werden, begrenzt auf die angegriffenen Teile der Vernehmung. Dabei ist die Vorführung des Videos zur Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes so durchzuführen, dass die Zuschauer im Gerichtssaal Bild und Ton gleichermaßen wahrnehmen können.⁷⁹ Zu beachten ist weiterhin, dass bei der Beweiswürdigung durch das Gericht auch die Größe des Bildschirms eine Rolle spielt: Je größer das Bild ist, desto größer wird der Beweiswert starker Beweismomente betont und schwache Beweismomente werden noch weniger bedeutsam wahrgenommen.⁸⁰

5. Sicherung der Integrität der Aufzeichnungsdatei

Schließlich müssen technische und prozedurale Sicherheitsmaßnahmen ergriffen werden, um die Auf-

⁷⁸ Michel (Fn 10), S. 228.

⁷⁹ Dazu eingehend M. Wagner StV 2019, 858 ff.; so auch Sautner JBl 2019, 210 (223).

⁸⁰ Dazu Heath/Grannemann Behavioral Sciences & the Law 32 (2014), 496 ff.; dies. The Jury Expert 4/26 (2014), 1 ff.

zeichnung gegen Nachbearbeitung zu schützen, die in Zeiten von DeepFake nur schwer zu erkennen sind. Vorbildfunktion könnte insoweit etwa die australische Regelung haben, wonach unmittelbar nach der Aufzeichnung in Gegenwart des Beschuldigten ein »security master tape« zu versiegeln ist.⁸¹ Will man - wie etwa die hessische Polizei - die Authentizität der Aufzeichnungsdatei mittels Hashwert⁸² sicherstellen, empfiehlt es sich, den Hashwert separat zu sichern.⁸³ In der Hauptverhandlung muss dann vor der Wiedergabe abgeglichen werden, ob der ursprünglich notierte Hashwert mit demjenigen der sogleich abzuspielenden Datei übereinstimmt.

IV. Fazit und Ausblick

Der Gesetzgeber möchte in fünf Jahren den Erfolg der Neuregelung evaluieren und ihren Anwendungsbereich möglicherweise ausweiten.⁸⁴ Dies ist grundsätzlich zu begrüßen; zu diskutieren wird vor allem sein, woran der Umfang der Ausweitung sich orientieren sollte.⁸⁵ Spätestens dieser. Evaluation wäre auch geeignet, um den psychologischen Problemen des neuen § 136 Abs. 4 StPO durch geeignete Reform Rechnung zu tragen.

⁸¹ Dazu Altenhain, in: FS Kindhäuser, S. 975 (980).

⁸² Allgemein zum Begriff https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Cyber-Sicherheit/Empfehlungen/cyberglossar/Functions/glossar.html?cms_lv2=9817286 (zuletzt abgerufen am 4.5.2021).

⁸³ Vgl. etwa Fährmann MMR 2020, 228 (230); Heinson, IT-Forensik, Zur Erhebung und Verwertung von Beweisen aus informationstechnischen Systemen, 2015, S. 52 f., 150; Savic, Die digitale Dimension des Strafprozessrechts, Zur Doppelnatur digitaler Beweise, 2020, S. 204 f.; jeweils m. w. N.

⁸⁴ BT-Drs. 18/11277, S. 18.

⁸⁵ Es stehen verschiedene Vorschläge im Raum, bspw. die Erstreckung auf alle Verbrechen (vgl. Esser [Fn 69], S. 488; Weigend StV 2019, 852 [858]) oder auf Fälle der notwendigen Verteidigung (vgl. BMJV [Fn 6], S. 71; Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK Stellungnahme-Nr. 1/2010, S. 4; Niednerhuber JA 2018, 169 [175]).

Umfassend, gründlich, praxisorientiert.



Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 8: Nebenstrafrecht II

4. Auflage. 2023. XXV, 1785 Seiten. In Leinen € 339,-
Vorzugspreis bei Abnahme aller Bände € 319,-
ISBN 978-3-406-74608-6

➡ beck-shop.de/30852821

Der neue Band 8

kommentiert auf aktuellem Stand die strafrechtlichen Normen im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes (UWG, UrhG, MarkenG, GeschGehG), Steuerstrafrecht (AO), im Arbeitsrecht (AÜG, SchwarzArbG, BetrVG), zum Wirtschaftsstrafrecht (AktG, AWG, BauFG, BauSiG, BörsG, DepotG, GenG, GewO, GmbHG, HGB, InsO, KWG, SanktDG, WpHG) sowie die strafrechtlichen Bestimmungen im Rahmen der neuen Kommunikationsmedien (TTDSG und TMG).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch

Gesamtwerk in neun Bänden. Die Bände sind einzeln beziehbar.
Herausgegeben von Prof. Dr. Volker Erb und Prof. Dr. Jürgen Schäfer,
Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof.

Vorzugspreis bei Gesamtabnahme € 3001,- (statt € 3181,-)
ISBN 978-3-406-74600-0

➡ beck-shop.de/29796370

Die weiteren Bände der 4. Auflage:

Band 1: §§ 1 - 37

4. Auflage. 2020. XXXVII, 1993 Seiten. In Leinen € 339,-
Vorzugspreis € 319,-*. ISBN 978-3-406-74601-7

➡ beck-shop.de/29796339

Band 2: §§ 38 - 79b

4. Auflage. 2020. XXXVIII, 1776 Seiten. In Leinen € 349,-
Vorzugspreis € 329,-*. ISBN 978-3-406-74602-4

➡ beck-shop.de/29796340

Band 3: §§ 80 - 184k

4. Auflage. 2021. XL, 1855 Seiten. In Leinen € 349,-
Vorzugspreis € 329,-*. ISBN 978-3-406-74603-1

➡ beck-shop.de/29796341

Band 4: §§ 185 - 262

4. Auflage. 2021. XXXVIII, 2237 Seiten. In Leinen € 359,-
Vorzugspreis € 339,-*. ISBN 978-3-406-74604-8

➡ beck-shop.de/30852817

Band 5: §§ 263 - 297

4. Auflage. 2022. XLI, 1484 Seiten. In Leinen € 339,-
Vorzugspreis € 319,-*. ISBN 978-3-406-74605-5

➡ beck-shop.de/30852818

Band 6: §§ 298-358

4. Auflage. 2022. XLIII, 1792 Seiten. In Leinen € 339,-
Vorzugspreis € 319,-*. ISBN 978-3-406-74606-2

➡ beck-shop.de/30852819

Band 7: Nebenstrafrecht I, JGG

4. Auflage. 2022. XXVII, 2605 Seiten. In Leinen € 429,-
Vorzugspreis € 409,-*. ISBN 978-3-406-74607-9

➡ beck-shop.de/30852820

Band 9: Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch

4. Auflage. 2022. XXIV, 1725 Seiten. In Leinen € 339,-
Vorzugspreis € 319,-*. ISBN 978-3-406-74609-3

➡ beck-shop.de/30852843

*bei Gesamtabnahme aller Bände

Gerhard Strate

VERDECKTE ERMITTLUNGEN AUCH GEDECKT DURCH DIE VERFASSUNG?*

aus:
Anwaltsblatt
1986, 309 ff.

1. Einleitung

Am 22.8.1985 begann die »Hamburger Morgenpost« auf der ersten Seite ihre Hauptschlagzeile mit folgender Überschrift: »Geheimagenten jagen St. Pauli-Mafia«. Im Kästchen war dann folgendes zu lesen:

»Hamburg-Spezialagenten jagen St. Paulis Gangsterbosse. Die Geheimtruppe der Polizei bekämpft das organisierte Verbrechen. Zuhälterei, Drogenhandel und Waffengeschäfte sind die Zielrichtung.

Besonders ausgebildete Polizisten schleusen sich ins Milieu ein und sammeln Informationen, Daten und Namen. Die verdeckten Ermittler bestimmen den Zeitpunkt zum Zuschlagen. Inzwischen zittert die Unterwelt. Zuhälter sind verunsichert. Führungsbeamte leiten die getarnten Polizisten. Sie geben den Spezialagenten die Anweisungen. Ihr gingen die Hell's Angels ins Netz. Ein Waffenschieberring wurde ausgehoben. Beim Aufbau der Spezialeinheit half das FBI in Amerika.«

Auf Seite 3 wurde das ganze dann noch ein wenig erläutert:

»FD 65 oder OK – so nennt sich eine Spezialtruppe der Polizei. Ihr Auftrag: Kampf gegen St. Paulis Gangsterbosse. Das Rezept: Besonders ausgebildete Beamte heimlich ins Milieu einschleusen.

Die Spezialagenten sind für die Ganoven-Szene zurechtgetrimmt. Mit neuer Identität, konstruierter Vergangenheit, falschen Papieren tauchen sie in den Verbrecher-Untergrund – manchmal sogar für Monate. »Diese Männer müssen natürlich charakterlich einwandfrei sein. Keine Schwachstellen – sonst sind sie verwundbar. Das Familienleben muß tip top sein. Nix mit Alkohol, Drogen und so; beschreibt Kripochef Otto-Werner Müller seine Spezialtruppe. (...) Der Spezialagent hat seinen Führungsbeamten. Mit ihm steht er in Verbindung, von ihm wird er gelenkt. Einsame Entscheidungen – unmöglich.

Ein Team unter Leitung von Staatsrat Peter Rabels steuert die gesamten Operationen. Jeder Schritt wird von einem Richter und einem Staatsanwalt »abgesegnet«. Müller: »Die Sicherheit unseres Beamten im Milieu hat Vorrang. Wir lassen ihn nicht im Regen stehen. Aber alles muß absolut legal bleiben.«

»Aber alles muß absolut legal bleiben« – dazu wird noch einiges zu sagen sein. Fraglos ist – dies wird durch die Meldung der »Hamburger Morgenpost« nur verdeutlicht –, dass sich die Methoden polizeilicher Fahndung geändert haben. Eine dieser qualitativen Veränderungen ist die *gezielte Zusammenarbeit mit V-*

Leuten und die systematische Einbeziehung verdeckter Ermittlungen. All dies wird legitimiert mit einer »qualitativen« Veränderung der Erscheinungsformen der Schwermriminalität, die sich – so das Protokoll der Sitzung des Arbeitskreises II »Öffentliche Sicherheit und Ordnung« der Arbeitsgemeinschaft der Innenminister der Bundesländer¹ »in den letzten Jahren« zugetragen haben soll. Die qualitative Veränderung der polizeilichen Ermittlungsarbeit wird lediglich als Anpassungsprozess beschrieben², und zwar als Anpassungsprozess an die sog. organisierte Kriminalität.

2. Sog. Organisierte Kriminalität

Wenn ich das Stichwort »organisierte Kriminalität« mit einem »sog.« verbinde, so bedeutet dies nicht, dass ich im Gegenzug zu polizeilichen Legitimierungsstrategien nunmehr aus Verteidigersicht einfach schlicht behaupten wollte, derartige gäbe es nicht, »organisierte Kriminalität« sei eine bloße Mystifikation. Immerhin hätte ich für eine derartige Behauptung – zumindest für den Zeitraum bis Mitte der 70er Jahre – Autoren wie den früheren Hamburger Kriminaldirektor *Zühlsdorf*³ und eine sorgfältige kriminologische Studie von *Kerner*⁴ auf meiner Seite. Was jedoch Not tut ist: Die Wahrheit in den Tatsachen zu suchen. Irgendwelche Empirie im herkömmlichen Sinne gibt es zur »organisierten Kriminalität« ohnehin nicht. Die Kriminalstatistiken der letzten Jahre mögen ein Anwachsen der Kriminalität in bestimmten Krimi-

* Es handelt sich um das Einführungsreferat zu einer Podiumsdiskussion zum Thema »Möglichkeiten effizienter Strafverteidigung bei Vernehmung von V-Männern«, die der Hamburgische Anwaltverein e. V. gemeinsam mit der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV am 20.9.1985 in Hamburg veranstaltet hat. Trotz der Masse der in den letzten Jahren zum V-Mann-Problem aufgehäuften Literatur und Rechtsprechung scheint die Auseinandersetzung sich festgefahren zu haben und allenfalls noch im Krebsgang fortzubewegen; entgegen der Enge der Themenstellung hat der Verfasser sich deshalb bemüht, die polizeirechtliche und konstitutionelle Problematik des V-Mann-Einsatzes zu akzentuieren, ohne die auch die Frage nach der Effizienz von Verteidigungstätigkeit nicht sinnreich beantwortet werden kann. Der oratorische Stil des Referates ist für die Veröffentlichung nicht verändert worden. Die Fußnoten enthalten nur Belegstellen und weiterführende Hinweise.

¹ Strafverteidiger 1984, 350

² Vgl. nur Wehner in Kriminalistik 1985, 155

³ Zühlsdorf, Bekämpfung organisierter Verbrechen, Stuttgart 1974, S. 37

⁴ Kerner, Professionelles und organisiertes Verbrechen, Wiesbaden 1973; ebenso auch noch 1985 derselbe Autor in Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss, (Hg.), Kleines kriminologisches Wörterbuch, 2. Aufl. 1975, S. 320 zum Sachwort »Organisiertes Verbrechen«

nalitätsbereichen belegen, Hinweise auf eine *qualitative* Veränderung der Erscheinungsformen von Kriminalität und insbesondere Schwerekriminalität ergeben sich hieraus nicht⁵. In der kriminalistischen Literatur finden sich denn auch lediglich Beschreibungen einzelner Verbrechen, ohne dass aus den geschilderten Vorgehensweisen der Täter, ihrem kriminellen Umfeld und den zutage getretenen nationalen oder internationalen Verbindungen deutlich werden würde, was nun eigentlich das »qualitativ Neue« des Geschehenen ausmache. Um eine Definition im rechten Sinne bemüht man sich letztlich auch nicht, sondern beschreibt Phänomene und stellt sie zu Indikatoren zusammen. Der »organisiert handelnde Rechtsbrecher«, ein Kriminalistler angeblich neuen Typs, wird von *Adelheid Werner*⁶ wie folgt beschrieben:

»1. Der Rechtsbrecher nutzt bei der Kooperation mit anderen Tatbeteiligten sämtliche Mittel der länderübergreifenden Kommunikation – Telefon, Telegrafendienst, Fernschreiber und Funkverkehr. Sie ermöglichen es ihm, Informationen auf schnellstem Wege an den Empfänger zu geben. (...).

2. Der Straftäter, von dem hier die Rede ist, nutzt sämtliche länderübergreifenden Transportmöglichkeiten. (...).

3. Der moderne, organisiert handelnde Rechtsbrecher nutzt bewußt und mißbräuchlich die ihm – zumindest in den Ländern mit freiheitlich-demokratischer Grundordnung gewährten – Freiheitsrechte, insbesondere die Freizügigkeit, das Touristenprivileg und das Asylrecht.«

Man fragt sich unweigerlich, ob das nun ausgerechnet den Kriminellen neuen Typs auszeichnet, dass er sich dem jeweils erreichten technologischen Standard anpasst, statt zu trommeln sich neuer Kommunikations- und Transportmöglichkeiten bedient und sogar die Freizügigkeit in Anspruch nimmt. Eine ergiebige Beschreibung des Phänomens der organisierten Kriminalität findet sich auch nicht in dem Protokoll der Sitzung des Arbeitskreises II »Öffentliche Sicherheit und Ordnung« der Arbeitsgemeinschaft der Innenminister der Bundesländer⁷. Dort wird die qualitative Veränderung im Bereich der Schwerekriminalität durch folgende Kriterien bezeichnet:

»- Der kriminelle Zusammenschluß wird sowohl nach innen als auch nach außen sorgfältig abgeschottet.

- Die Bandenmitglieder bevorzugen als Treffpunkte Lokale und Wohnungen von Mitgliedern oder von sonstigen in ihren Augen absolut zuverlässigen Personen.

- Die einzelnen Täter kennen sich untereinander nur soweit, wie dies für das Funktionieren der Organisation notwendig ist, d.h. den Ausführenden werden häufig die Auftraggeber und Hintermänner nicht bekannt.

- Die für den Absatz der Taterzeugnisse notwendigen »Geschäftspartner« werden sorgfältig abgeklärt, um sicherzugehen, daß es sich hierbei um keine Polizeibeamte handelt.

- Vorgesehene Treffs werden zur Erschwerung poli-

zeilicher Observationen kurzfristig abgesagt oder an andere Orte verlegt.

- Mögliche Zeugen werden durch Terror, Drohungen u. a. Einwirkungen zur Zeugnisverweigerung veranlaßt.

- Größere Geschäfte werden anfänglich kategorisch abgelehnt; dies gilt insbesondere im illegalen Rauschgift- und Waffenhandel sowie bei der Verbreitung von Falschgeld, wo das Vertrauen erst durch sog. Vertrauenskäufe erworben werden muß. Wenn überhaupt, gelingt es häufig erst nach mehreren solcher Vertrauenskäufe, mit den Hintermännern in Kontakt zu treten.

- Heiße Ware wird oftmals in geheimen Depots aufbewahrt, um sie vor Beschlagnahme zu sichern. Deshalb sind Durchsuchungen von Wohnungen und Geschäftsräumen des Verdächtigen oft erfolglos.«

Bei einigen Autoren kommen noch andere Indikatoren hinzu, so sieht beispielsweise *Sielaff*⁸ einen Hinweis auf das Vorliegen organisierter Kriminalität auch in der Hilfe für Gruppenmitglieder, so beispielsweise in der Aufwendung von größeren Barmitteln und der Bestellung eines prominenten Anwalts zur Verteidigung.

Angesichts der auf der Hand liegenden fehlenden Signifikanz all dieser Kennzeichen des angeblich neuen Phänomens der organisierten Kriminalität, der nahezu völlig fehlenden wissenschaftlichen Durchdringung und der auch von Praktikern eingeräumten mangelhaften Kenntnis, die – so *Sielaff*⁹ – »eher bruchstückhaft und von zufälligen Einblicken abhängig« sei, kann ich nicht umhin, als der Behauptung von der angeblich neuen Qualität mit gehöriger Skepsis zu begegnen. Eher drängt sich hier der Verdacht auf, dass ein in den 70er Jahren im Zuge der Terrorismusbekämpfung beispiellos ausgebauter Polizeiapparat sich anheischig macht, rechtsstaatliche Fesseln abzustreifen und unter Berufung auf angeblich »neue Dimensionen des Täterverhaltens«¹⁰ von der Rechtsprechung die nachträgliche Legitimation für Methoden der Verbrechensbekämpfung erhalten will, die weder durch das herkömmliche Polizeirecht noch durch die Eingriffsbefugnisse der Strafprozessordnung zu rechtfertigen sind.

Wenn es sich so verhalten sollte, dann ließe eine Analyse der Rechtsprechung des BGH zur V-Mann-Problematik durchaus den Schluss zu, dass man mit einer derartigen Legitimierungsstrategie Erfolg gehabt hat. Die prinzipielle Zulässigkeit des gezielten Einsatzes von V-Leuten und anderer Methoden verdeckter Fahndung werden in der Rechtsprechung z.Z. nicht in Frage gestellt. So hat es der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichtes in der sog. Cremer-Entscheidung vom 26.5.1982 als »auf der Hand« liegend erklärt,

»... daß es verfassungsmäßig legitimierte staatliche Aufgaben gibt, die zu ihrer Erfüllung der Geheimhaltung bedürfen, ohne daß dagegen verfassungsrechtliche Bedenken zu erheben wären. Die Wahrnehmung derartiger – in ihrer rechtlichen Gebundenheit nicht außerhalb des Rechtsstaates stehender – Aufgaben würde erheblich erschwert und

in weiten Teilen unmöglich gemacht, wenn die Aufdeckung geheimhaltungsbedürftiger Vorgänge im Strafverfahren ausnahmslos geboten wäre. Dies gilt insbesondere für Erkenntnisse und Arbeitsweisen der für die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland tätigen Behörden. Auch zur Bekämpfung besonders gefährlicher Kriminalität, wie etwa der Bandenkriminalität und des Rauschgift-handels, können die Strafverfolgungsorgane, wenn sie ihrem Auftrag der rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten überhaupt gerecht werden sollen, ohne den Einsatz sog. V-Leute nicht auskommen, deren Identität auch noch nach dem Einsatz gewahrt werden muß.«¹¹

Und der Große Senat des Bundesgerichtshofes geht in seiner Entscheidung vom 17.10.1983¹² noch etwas weiter. Es heißt dort:

»Im Hinblick auf die veränderten Kriminalitätsstrukturen und die durch sie bewirkte erhebliche Erschwerung der Verbrechensaufklärung besteht in der neueren Rechtsprechung der Obergerichte und auch des Bundesgerichtshofs Einigkeit darüber, daß die Bekämpfung der geschilderten Formen der Kriminalität den Einsatz anonymer Gewährsleute erfordert (...). Die Notwendigkeit des Einsatzes von V-Personen zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität ist unbestritten.«¹³

Nach anfänglichen Missdeutungen aus Polizeikreisen, der Beschluss des Großen Senates könne die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Polizei behindern oder gar gefährden – ich muss dazu sagen, dass auch wir Verteidiger uns vor dieser Missdeutung (allerdings unter umgekehrten Vorzeichen) anfänglich nicht bewahrt haben – wurde die juristisch nicht begründete, reinem Zweckdenken verfallene höchstrichterliche Anerkennung des V-Mannes auch in der Polizeiliteratur bald als der entscheidende Akzent dieses Beschlusses erkannt. So schreibt beispielsweise *Steinke*¹⁴ – ein leitender Kriminaldirektor aus Wiesbaden – zum Beschluss des Großen Senates folgendes:

»Der von der Rechtsprechung immer wieder für zulässig erachtete V-Mann-Einsatz im Rahmen mittlerer und schwerer Kriminalität mit mangelnden Aufklärungsmöglichkeiten ist in den letzten Jahren in der Literatur zunehmend kritisiert worden, so daß es nur eine Frage der Zeit zu sein schien, wann die herrschende Rechtsprechung unterlaufen, ja torpediert werden würde. Insbesondere Lüderssen, Dencker, Bertz und Bruns, eine starke Professorenriege, hat sehr engagiert, wenn auch mehr mit hochtrabenden rechtsgrundsätzlichen Floskeln und unter Berufung auf die Rechtsdogmatik, Einfluß zu nehmen versucht. Erfreulich ist, daß sich der Große Senat dem nicht angeschlossen und nun endgültig Klarheit geschaffen hat, eine Situation, an der obergerichtliche Rechtsprechung nicht mehr vorbeikommt.«

Und mit dem Gestus des Praktikers, der es nun einmal nicht so genau zu nehmen hat, fährt er fort:

»Es braucht nicht geprüft zu werden, ob der Einsatz von V-Leuten nur in Fällen besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer (...) Kriminalität zulässig sein soll oder im mittleren Bereich (...), denn orien-

tiert an der Praxis ist diese Frage akademisch.«

Die Polemik gegen die »hochtrabenden und rechtsgrundsätzlichen Floskeln« hat insoweit einen zugegebenermaßen richtigen Kern, als die Diskussion um den Einsatz von V-Leuten bislang viel zu sehr aus retrospektiver Sicht geführt worden ist, nämlich vom Standpunkt des erst am Ende des Ermittlungsverfahrens stehenden Strafprozesses, in dem es um die justizförmige Einführung des V-Mann-Wissens geht. Um die dort maßgeblichen Prinzipien – Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit – lässt sich trefflich streiten und wird seit Inkrafttreten der Strafprozessordnung gestritten. Das V-Mann-Problem ist aber kein Problem beispielsweise des Zeugen vom Hörensagen.

Der Zeuge, der nur berichtet, was ihm berichtet wurde, ohne selbst Bürge für die Richtigkeit des Berichts sein zu können, ist nicht nur für die Gerichte und die Staatsanwaltschaft, sondern auch für die Verteidigung unverzichtbar. Rechtsstaatlich vorrangig ist die Frage nach den Rechtsgrundlagen für den Einsatz von V-Leuten; auch logisch steht sie an erster Stelle. Die Prüfung wird ergeben, dass weder polizeirechtlich noch gemessen an den Eingriffsbefugnissen der Strafprozessordnung der gezielte Einsatz von V-Leuten zu rechtfertigen ist.

3. Rechtsgrundlagen des gezielten V-Mann-Einsatzes

Die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden – so das Grundgesetz (Art. 20 Abs. 3 GG). Es ist ein Grundprinzip des Rechts- und Verfassungsstaates, dass Handlungen, die den Bürger belasten, nur dann zulässig sind, wenn sie durch Gesetz oder durch eine aufgrund Gesetzes ergangene Rechtsnorm gestützt werden können.

Die Frage nach den Rechtsgrundlagen ist nicht zu verwechseln mit der Frage, ob und inwieweit der polizeiliche Lockspitzel sich selbst bei der Mitwirkung an Straftaten strafbar machen kann oder nicht. Selbst wenn man in der Regel davon ausgehen mag, dass die Tätigkeit des Lockspitzels die Schwelle der Strafbarkeit nicht überschreitet, so besagt dies nichts über die öffentlich-rechtliche Legitimation des polizeilich gesteuerten V-Mann-Einsatzes. Das Fehlen eines Verstoßes gegen strafrechtliche Normen verleiht keine öffentlich-rechtlichen Befugnisse. Dies ist selbstverständlich.

Verwaltungshandeln, das öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, ist der Einsatz von V-Leuten immer dann, wenn er gezielt und an Weisungen gebunden erfolgt. Sobald die Tätigkeit des V-Mannes über ein einmaliges oder gelegentliches Tip-Geben hinausgeht, er seinerseits polizeiliche Aufträge entgegennimmt, die – wie z.B. in den Hamburger Richtlinien formuliert – ihm »so genau und umfassend wie dies nach den Umständen möglich ist, zu erteilen« seien,¹⁵ ist das Handeln des V-Mannes hoheitliches Handeln. Er wird – vergleichbar mit den Schülerlotsen¹⁶ – als sog. Verwaltungshelfer für die Polizei tätig. Sein Handeln

⁵ So auch Sielaff, *Kriminalistik* 1983, 418

⁶ BKA-Vortragsreihe, Bd. 27, Bestandsaufnahme und Perspektiven der Verbrechensbekämpfung, Wiesbaden 1982, 45 IT.

⁷ Strafverteidiger 1984, 350 ff

⁸ Sielaff, *Kriminalistik* 1983, 41 8

⁹ AaO

¹⁰ Hertlein, *Die Polizei* 1984, 323

¹¹ BVerfGE 57,250,284

¹² BGHSt 32, 115 ff

¹³ BGH, aaO, S. 122

¹⁴ Steinke, *Kriminalistik* 1984, 285/186

¹⁵ Vgl. Hamburger Richtlinien für die Inanspruchnahme von Vertrauensleuten und anderen Informanten, CILP 17, 87, 91

¹⁶ OLG Köln NJW 1968, 655

ist daher ohne weiteres der Behörde, für die er tätig wird, zuzurechnen.¹⁷

Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für den gezielten Einsatz von V-Leuten mag sich dann als überflüssig darstellen, wenn deren Aktivitäten nicht das Niveau schlichten hoheitlichen Handelns verließen, keinen Eingriff in die Freiheitsrechte des einzelnen mit sich brächten. In der Tat wird dies auch von einzelnen Autoren – so beispielsweise *Rebmann*¹⁸ – ernsthaft behauptet. Ob die Tätigkeit des V-Mannes nun schlichtes oder Eingriffshandeln darstellt, soll hier nicht nur durch begriffliche Deduktionen entschieden werden. Auch hier möchte ich zur Veranschaulichung einige Passagen aus dem Urteil des Landgerichtes Frankfurt am Main vom 2.7.1984 verlesen. Dieses Urteil ist Grundlage der nunmehr erneut ergangenen Vorlageentscheidung des 2. Strafsenates des BGH vom 4.6.1985. Das Urteil des Landgerichtes Frankfurt ist veröffentlicht im Strafverteidiger 1984, S. 415 ff. Es heißt dort – nach dem zunächst geschildert worden war, dass der Angeklagte sich in den Jahren vor der Tat erheblich verschuldet und deswegen seinen einzigen Besitz, einen landwirtschaftlichen Betrieb in der Türkei, habe verkaufen müssen – wie folgt:

»Am 2.12.1980 reiste der Angeklagte in die Bundesrepublik ein. In Frankfurt/Main nahm er sofort Kontakt zu dem Zeugen Demir – *es handelt sich um einen fiktiven Namen, der Verfasser* – auf; über ihn bekam er Zugang zu dessen türkischen Bekanntenkreis und anderen Landsleuten. Demir, der wie der Angeklagte aus der Provinz Diyarbakir – dem Hauptliefergebiet von Heroin aus der Türkei – stammte, betrieb schon damals, ohne daß dies der Angeklagte wußte, in größerem Umfang Heroingeschäfte. Inzwischen ist er wegen derartiger Geschäfte rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 13 Jahren verurteilt worden.

Auch von dem Angeklagten erwarteten die Landsleute aufgrund seiner Bekanntschaft mit Demir und seiner Herkunft, daß er Heroin aus der Türkei mitgebracht habe oder entsprechende Geschäfte vermitteln könne. Sie empfingen ihn deshalb – so die Formulierung des Angeklagten – zunächst »wie einen König«. Nachdem sie merkten, daß er nicht der Heroinhändler war, für den sie ihn gehalten hatten, verloren sie mehr und mehr das Interesse an ihm und zogen sich von ihm zurück. (...)

An sich hatte der Angeklagte beabsichtigt, bald nach Erhalt der Restkaufpreissumme (die ihm Demir noch schuldet) in die Türkei zurückzukehren, um dort seine Gläubiger zu befriedigen. Ohne Geld wagte er die Heimkehr nicht; seinen Gläubigern war der Zweck seiner Reise in die Bundesrepublik bekannt, und er war überzeugt, man werde ihm nicht glauben, wenn er erklärte, er habe kein Geld erhalten; für diesen Fall fürchtete er erhebliche Repressalien seitens seiner Gläubiger, bis hin zu seiner Ermordung.

Tatsächlich erhielt der Angeklagte auch in Frankfurt/Main das versprochene Geld von Demir nicht. Dieser erklärte ihm nicht definitiv, er werde das Geld nicht bekommen, sondern tröstete ihn immer wieder damit, derzeit habe er, Demir, den erforderlichen Betrag nicht, er werde aber noch zahlen. Im Vertrauen auf diese Versprechungen blieb der An-

geklagte in Frankfurt.

Da er nach wie vor einen Hang zu Alkohol, Glücksspiel und Frauen hatte, nutzte er die Zeit seines Aufenthalts in Frankfurt, um sich ausgiebig dem Nachleben und sich den dort bietenden Vergnügungen zu widmen. Seine finanziellen Mittel – er hatte aus der Türkei einen nicht genau feststellbaren Betrag aus mehreren tausend DM mitgebracht – gingen deshalb rasch zur Neige.

Die finanzielle Situation des Angeklagten, seine Schwächen und der Grund für seinen Aufenthalt in Frankfurt/Main waren dem Zeugen K. – *ich nenne ihn im weiteren den V-Mann, der Verfasser* – bald bekannt. Er ging daran, sein Verhältnis zu dem Angeklagten möglichst eng zu gestalten und diesen von diesem abhängig zu machen.

Hintergrund für dieses Bestreben war der Umstand, daß der V-Mann – wovon weder der Angeklagte noch sonst einer der Landsleute in Frankfurt etwas wußte – seit einiger Zeit als Vertrauensmann für das Hessische Landeskriminalamt in Wiesbaden tätig war und den dort beschäftigten Zeugen H. mit Informationen versorgte. Um hier einen Erfolg zu erzielen, entschloß sich der V-Mann, die Lage des Angeklagten für den Zweck zu nutzen, eine Heroinlieferung zu organisieren und das Rauschgift in einem günstigen Augenblick durch Beamte des Hessischen Landeskriminalamtes beschlagnahmen zu lassen.

In Verfolgung dieses Zieles schloß sich der V-Mann eng an den Angeklagten an, verbrachte die meiste Zeit mit ihm, ging abends mit ihm aus, brachte am frühen Morgen den in der Regel stark alkoholisierten Angeklagten ins Bett und weckte ihn am frühen Nachmittag wieder.

Auch finanziell unterstützte der V-Mann den Angeklagten, der bald nur noch über geringe eigene Barmittel verfügte. (...)

Auf diese Weise entstand mit der Zeit ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem Angeklagten und dem V-Mann. Der Angeklagte fühlte sich dem V-Mann zum Dank verpflichtet, war aber aufgrund seiner schwierigen Situation auch weiter auf ihn angewiesen.

Im Verlauf ihrer Bekanntschaft brachte der V-Mann die Rede auf Heroingeschäfte. Dem Angeklagten war inzwischen klar geworden, daß der Zeuge Demir – der Käufer seines landwirtschaftlichen Betriebes – wohl mit Heroin handeln mußte, da anders nicht erklärlich war, woher er seine Einkünfte bezog. Der V-Mann machte dem Angeklagten Vorhaltungen, weshalb er nicht selbst Heroingeschäfte tätige, mit der Begründung, wenn derjenige, der ihm die Felder wegnehme, derartige Geschäfte betreibe, könne er das doch auch selbst tun und auf diese Weise seine Felder retten. Der Angeklagte, der noch nie mit Heroingeschäften zu tun gehabt hatte, lehnte dieses Ansinnen des V-Mannes immer wieder ab. Der V-Mann bedrängte ihn aber stetig und mit zunehmender Heftigkeit, nannte ihn einen Esel, wenn er sich diese Gelegenheit entgehen lasse, und setzte ihn auch damit unter Druck, daß er ihm vorhielt, was er der V-Mann, für den Angeklagten bereits getan habe. Schließlich wußte der Angeklagte nicht mehr, wie er sich dem Drängen des V-Mannes entziehen sollte, und gab nach.«

Im weiteren Verlauf des Urteils schildert dann das Gericht noch, dass die inzwischen auch abgelaufene Aufenthaltserlaubnis des Angeklagten verlängert wor-

den war, nachdem Beamte des Hessischen Landeskriminalamtes bei der Ausländerbehörde in Wiesbaden dies als »aus wichtigen dienstlichen Gründen« für erforderlich erklärt hatten.

Sicherlich mag nicht jede Anbahnung eines vertraulichen Kontaktes zwischen dem V-Mann und der der kriminellen Szene zugerechneten Person in derart krasser Weise ablaufen, wie es hier geschildert wird. Sicherlich mag die Anbahnung derartiger Kontakte in der Mehrzahl Personen treffen, bei denen eine Zugehörigkeit zum kriminellen Milieu berechtigterweise erwartet werden kann. Auch mag in einer Vielzahl von Fällen der Anfangsverdacht einer bereits begangenen oder geplanten Straftat bestehen. Das Vorgehen des V-Mannes wird aber in allen Situationen durch eines geprägt sein: Nämlich Vertrauen gewinnen, die eigene Identität und Motivation verleugnen, auf der Basis des geschaffenen Vertrauens Informationen erlangen, die ihm der Betroffene nie offenbaren würde, wenn er wüsste, wen er vor sich hat. Es mag sein, dass der V-Mann in dieser Vertrauenssituation auch Hinweise auf Straftaten und Straftäter erhält und der Polizei zu Fahndungserfolgen verhilft. Dieses kriminalpolitisch möglicherweise erwünschte Ergebnis ändert nichts daran, dass hier durch staatliche Steuerung eine Situation geschaffen wird, die mit den Freiheitsverbürgungen des Grundgesetzes nicht mehr vereinbar ist und im Volkszählungsurteil folgende Charakterisierung erfahren hat:

»Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wäre eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen. Wer damit rechnet, daß etwa die Teilnahme an einer Versammlung oder einer Bürgerinitiative behördlich registriert wird und daß ihm dadurch Risiken entstehen können, wird möglicherweise auf eine Ausübung seiner entsprechenden Grundrechte (Art. 8, 9 GG) verzichten. Dies würde nicht nur die individuellen Entfaltungschancen des einzelnen beeinträchtigen, sondern auch das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens ist.«¹⁹

Die Verfügungsfreiheit des einzelnen über seine Geheimnisse endet nicht dann, wenn ihm ein polizeilich gelenkter V-Mann als Kommunikationspartner gegenübertritt. Sie endet auch dann nicht, wenn die Polizei begründetermaßen gegen ihn den Verdacht hegt, er könne ein Straftäter sein. Der Eingriffscharakter derartiger Informationserhebungen wird deshalb auch in der Literatur²⁰ uneingeschränkt bejaht. Auch das Bundesverfassungsgericht spricht im Zusammenhang mit heimlichen Beobachtungen (Observationen) von »Informationseingriffen«.²¹

Eine gesetzliche Grundlage für den gezielten Einsatz von V-Leuten findet sich nicht in § 163 StPO. Nach dieser Vorschrift haben »die Behörden und Beamten des Polizeidienstes ... Straftaten zu erforschen und alle keinen Aufschub gestattenden Anordnungen zu treffen, um die Verdunkelung der Sache zu verhüten«. Aus dieser Vorschrift wird immer wieder von bestimmten Autoren die Befugnis zu polizeilichen Fahndungsmaßnahmen mit Eingriffscharakter herausgelesen²². Auch *Rebmann*²³ sieht in § 163 Abs. 1 StPO eine »einfache« Befugnisnorm für solche Eingriffe, denen nicht die Schärfe und der Schweregrad strafprozessualer Zwangsmaßnahmen beizumessen ist, und zählt hierzu ausdrücklich das »Einschleusen von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten in eine kriminelle Szene« oder auch andere ominöse Aufklärungsmaßnahmen, die von ihm mit dem sonderbaren Begriff der »provozierten Informationsgewinnung«²⁴ belegt werden.

Demgegenüber ist daran festzuhalten, dass § 163 Abs. 1 StPO lediglich den Polizeibehörden eine Aufgabe zuweist, nämlich Straftaten zu erforschen, nicht aber die Befugnis, sich hierzu jeden Mittels zu bedienen. Ein solcher Schluss von der Aufgabe auf die Befugnisse, vom Zweck auf die Mittel wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar²⁵. Die Strafprozessordnung enthält ein abgeschlossenes System von Spezialermächtigungen für polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Eingriffshandlungen. § 163 StPO zählt hierzu nicht.²⁶

Auch der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht wiederholt die Aufklärung schwerer Straftaten als wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet hat²⁷ gibt keine Veranlassung, die geschriebenen strafprozessualen Eingriffsbefugnisse durch eine ungeschriebene – etwa eines sog. »Verfassungsgebots der Aufklärung« – zu ergänzen, dies etwa noch legitimiert mit der nie versagenden, stets aber nichtssagenden Redensart, staatliches Handeln könne »bei der Vielfältigkeit möglicher Fallgestaltungen nicht enumerativ in gesetzlichen Vorschriften festgeschrieben werden«.²⁸ Das Bundesverfassungsgericht hat immer wieder betont, dass weder das staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten noch ein anderes öffentliches Interesse von vornherein den Zugriff auf den Persönlichkeitsbereich gestatten.²⁹ Das Vertrauen in die Rechtllichkeit der Bürger ist ein konstitutives Prinzip des Rechtsstaates, das generelle Misstrauen in den Bürger kennzeichnet den Polizeistaat. Von dieser Denkungsart abzuweichen besteht auch beim Kampf gegen die sog. »gefährliche und schwer aufklärbare Kriminalität«³⁰ kein Anlass. Denn wer zieht die Grenzen? Der Praxis jedenfalls gibt diese Abgrenzungsformel des BGH wenig zu rasonieren. Wir erinnern uns an

¹⁷ Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 453

¹⁸ Rebmann, NJW 1985, 3

¹⁹ BVerfGE 65, I, 43

²⁰ Vgl. nur Schoreit, DVR 1982, 39; Bull, DVR 1982, 14 m. w. N.; Riegel, NVwZ 1985, 639, 640

²¹ BVerfG, aaO, 41

²² So z.B. Ahlf, Die Polizei 1983, 41 ff.

²³ Rebmann, NJW 1985, 3

²⁴ Rebmann, aaO

²⁵ Vgl. auch BayVGHE 4, 20, 22; Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1973, 133

²⁶ Vgl. Vogel, NJW 1978, 1225

²⁷ Vgl. nur BVerfGE 44,353, 374 m. w. N.

²⁸ Rebmann, aaO

²⁹ BVerfGE 35, 202, 220/221 m. w. N.

³⁰ BGHSt 32, 115, 120

den polizeilichen Praktiker, den ich bereits eingangs zitiert habe:

»Es braucht nicht geprüft zu werden, ob der Einsatz von V-Leuten nur in Fällen besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität zulässig sein soll oder im mittleren Bereich (...), denn orientiert an der Praxis ist diese Frage akademisch.«³¹

Fehlt eine strafprozessuale Eingriffsgrundlage für den Einsatz von V-Leuten und verdeckt ermittelnden Kriminalbeamten, so lässt sie sich auch nicht in der polizeirechtlichen Generalklausel finden. Nach allgemeiner Auffassung liegt eine »Gefahr« vor, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten beim unbehinderten Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird.³² Eine Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut besteht nur dann, wenn seine Schädigung bei ungehindertem Geschehensablauf hinreichend wahrscheinlich ist. Der Schaden braucht also einerseits nicht mit Gewissheit einzutreten, andererseits genügt auch nicht die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts zur Annahme einer Gefahr.³³ Immer aber – selbst in Fällen der Anscheinsgefahr – setzt polizeiliches Eingreifen einen nach Sachlage begründeten Verdacht einer Gefahr voraus.³⁴ All diese Voraussetzungen – die zum gesicherten Bestand des Polizeirechtes gehören – liegen bei den propagierten und vielfach schon praktizierten »verdeckten Fahndungsmethoden« der Polizei in der Regel nicht vor. Hier gilt es – man vergewärtige sich noch einmal den in der Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main geschilderten Fall – gerade nicht, den Verdacht einer Gefahr zu erhärten, sondern die Gefahr überhaupt erst zu ermitteln und zu erforschen oder gar zu provozieren, ohne dass sie und der ihr entsprechende Verdacht sich zuvor überhaupt schon konkretisiert hätten. Auch wenn jener Fall hinsichtlich der gesamten Begleitumstände möglicherweise für die sonstige polizeiliche Praxis beim Einsatz von V-Leuten nicht typisch gewesen sein mag, so ist doch dem V-Mann Einsatz regelmäßig eigen, dass – und gerade damit wird die Heimlichkeit des Vorgehens gerechtfertigt – er erst Aufschluss darüber geben soll, ob überhaupt eine Gefahr vorliegt, wer als Adressat einer Abwehrmaßnahme in Betracht kommt und welche Vorgehensweise zu welchem Zeitpunkt erfolgversprechend erscheint.³⁵

Der Umstand, dass das Polizeirecht in der Regel keine Befugnis für den gezielten Einsatz von V-Leuten gibt, scheint den BGH allerdings nicht zu bekümmern. In der Vorlageentscheidung des 2. Strafsenates an den Großen Senat vom 4.6.1985³⁶ heißt es etwa hinsichtlich des gegen den Täter bestehenden Verdachtes, der den Einsatz des Lockspitzels rechtfertigen solle:

»Der Besuch eines einschlägigen Lokals durch einen Rauschgiftändler Und seine Frage an den Tischnach-

barn, ob es hier Möglichkeiten zum Rauschgiftbezug gebe, wird selbst ohne Verdacht gegenüber dem Befragten ebenso als zulässig anzusehen sein wie stärkeres Drängen gegenüber einer nahezu überführten Person, das in der Hauptsache noch der Entdeckung des Rauschgiftverstecks oder Bezugsquelle gilt.«

Das steht also am Ende, wenn man – wie die Strafsenate des BGH – seit Jahren sich nur mit den strafrechtlichen Voraussetzungen und prozessualen Konsequenzen des Lockspitzeinsatzes beschäftigt und zielstrebig an dem gewachsenen Bestand polizeirechtlicher Prinzipien vorbei denkt: »Selbst ohne Verdacht« soll der Lockspitzel also künftig tätig werden dürfen, natürlich alles nach Maßgabe des Einzelfalles. Dies ist nicht haltbar.

Dass auch die strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe der §§ 32, 34 StGB für hoheitliche Maßnahmen, so auch für den gezielten Einsatz von V-Leuten, keine Eingriffsgrundlage abgeben, ist inzwischen allgemein anerkannt.³⁷

Auch das Volkszählungsurteil steht schließlich dem Einsatz von V-Leuten entgegen. Das Bundesverfassungsgericht hat betont, dass jedenfalls Informationseingriffe, die zwangsweise durchgesetzt werden können, grundsätzlich einer Regelung bedürfen, die »bereichsspezifisch und präzise bestimmt«, was mit diesen Daten geschieht.³⁸ Nur so könne dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Normenklarheit Rechnung getragen werden. Dieser Maßstab ist in gleicher Weise auch an heimliche Informationseingriffe – zu denen der gezielte polizeiliche Einsatz von V-Leuten zu zählen ist – anzulegen. Im Gegensatz zur zwangsweise durchgesetzten Informationserhebung ist hier der Eingriff noch intensiver, weil er dem Bürger unbekannt ist und dieser somit – jedenfalls zunächst – keine Möglichkeit hat, sich hiergegen zu wehren.³⁹

Ich fasse zusammen: Der gezielte Einsatz von V-Leuten hat keinerlei gesetzliche Grundlage. Ich fordere sie auch nicht. Der gezielte Einsatz von V-Leuten verstößt nicht nur gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns, sondern stellt in der Regel auch einen gravierenden Eingriff in das verfassungsrechtlich gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. Der Einsatz von V-Leuten unterscheidet sich in nichts vom heimlichen Lauschangriff oder vom Aushorchen eines Verdächtigen durch den in seine Zelle unter der Tarnkappe des Mitgefangenen gelegten Polizeibeamten. Mit dem gezielten Einsatz von V-Leuten – so wie er propagiert und schon seit Jahren praktiziert wird – ist die Schwelle zwischen erlaubter List und Rechtsbeugung längst überschritten. Er ist ständiger Verfassungsbruch – nichts anderes.

³¹ Steinke, Kriminalistik 1984, 285/286

³² BVerwGE 45, 51, 57

³³ Vgl. Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 8. Auflage, Bd. II, 108 ff.

³⁴ Drews/Wacke/Vogel/Martens, aaO, S. 110

³⁵ Vgl. generell hierzu Hans-Jürgen Meyer, Rechtsfragen im Zusammenhang mit polizeilichen Beobachtungsmaßnahmen, Dissertation Berlin 1982, 56

³⁶ In Strafverteidiger 1985, 309 ff.

³⁷ Vgl. Amelung, NJW J977,833 ff.; Riegel, in: NVwZ 1985, 639 ff.; Rebmann, aaO

³⁸ BVerfGE 65, I, 46

³⁹ Vgl. Riegel, aaO; a. A. Rebmann, aaO, S. 4, der seine gegenteilige Auffassung mit der unzutreffenden Behauptung begründet, das Bundesverfassungsgericht habe seine Prüfung unter dem Blickwinkel der Gefahren moderner Datenverarbeitung ausdrücklich auf die Tragweite des Persönlichkeitsrechtes für Eingriffe beschränkt, durch welche der Staat die Angabe personenbezogener Daten vom Bürger verlangt.

(Prof.) Dr. Thomas Fischer &
RiBGH Dr. Heinrich Maul

TAT- PROVOZIERENDES VERHALTEN ALS POLIZEILICHE ERMITTLUNGS- MASSNAHME

I. Problemstellung

Nach § 163 I StPO haben die Behörden und Beamten des Polizeidienstes Straftaten zu erforschen. Zu dieser Sachverhaltsaufklärung zählt auch der Einsatz von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten, Kontaktpersonen und Lockspitzeln¹. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 23. 5. 1984² hat der BGH die Ansicht vertreten, dass selbst in Fällen einer Überschreitung der Grenzen zulässigen Lockspitzeinsatzes sich daraus für den Angeklagten nur ein wesentlicher Strafmißderungsgrund ergeben könne. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses, eine Verwirkung des staatlichen Strafanspruchs oder ein Beweisverbot wurden verworfen. In der Folge hat sich die Rechtsprechung dieser Beurteilung uneingeschränkt angeschlossen; in der Mitwirkung von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten oder V-Leuten bei Straftaten, insbesondere bei Betäubungsmitteldelikten, wird auch in den Fällen nur ein Strafmißderungsgrund gesehen, in denen Zweifel daran bestehen könnten, ob der Einsatz solcher Ermittlungshelfer rechtlich vertretbar erscheint, wobei auf die Voraussetzungen und Grenzen solcher Einsätze vielfach nicht eingegangen wird.³

Der BGH meint in seiner Entscheidung vom 23.5.1984,⁴ mit der Ablehnung einer Verwirkung des Strafanspruchs wegen widersprüchlichen Verhaltens des Staats entfielen auch wesentliche Argumente für die in der Literatur befürwortete⁵ Annahme eines Beweisverbots.⁶ Es könne daher offenbleiben, ob etwa eine Analogie zu § 136a StPO dogmatisch überhaupt vertretbar und in ihrer praktischen Ausgestaltung geeignet wäre, befriedigende Ergebnisse herbeizuführen.

¹ KK-R. Müller § 163 Rn 18; Kleinknecht/Meyer § 163 Rn 34; vgl. auch RiStBV Anl. D, I 1, II 1.

² BGHSt 32, 345.

³ Vgl. u. a. BGH NSTz 1986, 162; NJW 1986, 75; StV 1987, 435; BGHRStGBB § 46 I V-Mann Nrn. 1, 2, 4, 7.

⁴ BGHSt 32, 345, 355.

⁵ Lüderssen in FS Peters, 1974, S. 349, 363; Franzheim NJW 1979, 2014; Berz JuS 1982, 416.

⁶ Seelmann ZStW 95 (1983), 797,825.

Diese Erwägungen erscheinen nach dem heutigen Stand der Diskussion nicht mehr ausreichend. Die Rechtsprechung bedarf, soweit ein Beweisverbot ausgeschlossen wird, kritischer Überprüfung. Es wird in der bisherigen Diskussion nicht hinreichend zwischen Fällen, in denen der Einsatz von verdeckt arbeitenden Ermittlungsbeamten und -helfern sich gegen eine Person richtet, gegen die bereits ein konkreter Tatverdacht i. S. des § 152 II StPO besteht⁷, und solchen Fällen unterschieden, in denen das nicht der Fall ist. Damit bleibt sowohl die Frage nach dem Eingriffscharakter wie die nach der möglichen Rechtsgrundlage der Maßnahme unklar.

II. Eingriffscharakter der Tatprovokation

Handelt es sich bei dem Einsatz von Lockspitzeln – als Unterfall des V-Mann-Einsatzes – um einen staatlichen Eingriff in den rechtlich geschützten Freiheitsbereich des Bürgers, so ist im Rechtsstaat hierfür eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Zwar ergibt sich aus der Gemeinschaftsgebundenheit der Person, dass der einzelne Einschränkungen seiner Rechte im überwiegenden Allgemeininteresse hinnehmen muss. Diese Beschränkungen bedürfen jedoch einer verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, aus welcher sich ihre Voraussetzungen und ihr Umfang klar und für den Bürger erkennbar ergeben; dies folgt aus dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit.⁸

Der im einzelnen beinahe unübersehbar gewordene Meinungsstand zum Problem des Lockspitzel-Einsatzes⁹ ist hier im einzelnen nicht nachzuzeichnen; über den Eingriffscharakter jedenfalls solcher Maßnahmen, welche gezielt auf Willensbildung und Tatentschluss des Provozierten ausgerichtet sind, besteht weitgehend Einigkeit.¹⁰ Es handelt sich um staatliche Eingriffe in das durch Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht, soweit bislang nicht

⁷ Hierzu Kühne NJW 1979, 617 ff.

⁸ BVerfGE 65, 1, 44.

⁹ Vgl. z. B. die Hinweise bei Körner BtMG, § 31 Rn 112 ff.; Voller Der Staat als Urheber von Straftaten, 1983, S. 33 ff.

¹⁰ Anders aber Steinke MDR 1980, 465.



konkret Verdächtige zu Straftaten angehalten werden, wegen derer sie anschließend bestraft werden (sollen), und um Eingriffe in den von Art. 1 I geschützten Bereich, soweit es sich um Ermittlungsmaßnahmen gegen Verdächtige/Beschuldigte handelt.¹¹ Die »Geringfügigkeitsgrenze«, bis zu welcher polizeiliche Tätigkeit unproblematisch von allgemeinen Aufgabenzuweisungsnormen gedeckt sein kann, ist jedenfalls dann zweifelsfrei überschritten, wenn der polizeiliche Lockspitzel aktiv auf den späteren Täter einwirkt. Im Bereich strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen liegt hier der Vergleich mit Telefonüberwachung, Postkontrolle oder längerfristiger, gezielter Observation, insbesondere unter Einsatz technischer Einrichtungen, nahe.¹²

III. Tatprovokation als Maßnahme der Strafverfolgung

Nicht erst bei der Frage möglicher Folgen unzulässiger Maßnahmen, sondern bereits bei der nach der Zulässigkeit von Lockspitzel-Einsätzen wird in Rechtsprechung und Literatur häufig nicht hinreichend zwischen repressiver Strafverfolgungstätigkeit und präventiver Gefahrenabwehr unterschieden. Der Hinweis, dass sich beide Bereiche bei der Tatprovokation durch die Polizei (oder ihr zuzurechnende Personen) »vermischen«,¹³ hilft insoweit nicht weiter. Diese »Vermischung« ist es andererseits, so ist zu vermuten, welche die Suche nach einer tragfähigen Rechtsgrundlage häufig allzusehr auf die Darlegung (angeblich) unabdingbarer praktischer Notwendigkeit¹⁴ und rechtsstaatlicher Verhältnismäßigkeit beschränkt.¹⁵ Dies kann eine rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechende Befugnisnorm hingegen nicht ersetzen.

Der vorschnelle Rückgriff auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und nicht der Charakter der Maßnahme selbst ist es, der in der Tat die Grenzen zwischen präventivem und repressivem Lockspitzel-Einsatz verwischt. Diese ganz überwiegend an materiellen Kriterien orientierte Argumentation suggeriert einen tatsächlichen und rechtlichen Sonderbereich, in welchem es, quasi in Analogie zum Zwielfeld der »Szene« selbst, nicht mehr um genaue Abgrenzungen und formalrechtsstaatliche Anforderungen, sondern allein um »Notwendigkeiten« geht.¹⁶

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das hier behandelte Problem in die Diskussion um tiefgreifende Veränderungen und Verschiebungen der Abgrenzung zwischen Kriminalitätsprävention und Strafverfolgung eingebettet ist.¹⁷ Dabei erscheint das Beharren

auf einer strikten Trennung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung,¹⁸ wenn auch als Grundsatz vielfach bekräftigt, aus neuerer polizeirechtlicher Sicht häufig nurmehr als praxisferne Besitzstandswahrung der Justiz, welche der Orientierung der »kriminalstrategischen Zielsetzung«¹⁹ auf eine umfassende Sozialhygiene im Wege steht. Die mit erheblicher Schärfe geführte Diskussion²⁰ entzündet sich insbesondere an dem unklaren Begriff der »vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten«, der bedauerlicherweise inzwischen auch Eingang in die neue Polizeigesetzgebung gefunden hat.²¹

Hierzu ist im vorliegenden Zusammenhang nur folgendes auszuführen: Soweit dem Begriff der »vorbeugenden Verbrechensbekämpfung« der Bereich »Verhütung von Straftaten« unterfällt, liegt zweifellos eine präventive polizeiliche Tätigkeit vor. Andererseits kann eigentlich kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass die mit »Vorsorge für die Verfolgung künftiger Straftaten« umschriebene polizeiliche Tätigkeit eine solche repressiver Art ist, mithin dem Bereich der Strafverfolgung zugerechnet werden muss.²² Dies gilt nicht nur für die vielfach diskutierte Aufgabe der Datensammlung und -auswertung, sondern in besonderem Maße für den Einsatz von V-Leuten und Lockspitzeln.²³ Bereits der Terminus »Vorsorge für die Verfolgung« lässt wenig Raum für Zweifel an der Zuordnung entsprechender Maßnahmen. Soweit auf eine angebliche präventive Wirkung solcher Vorsorge-Eingriffe hingewiesen wird²⁴, so gehen solche Effekte nicht über die behaupteten allgemein präventiven Wirkungen der Strafverfolgung hinaus.²⁵

In geradezu hervorstechender Weise wird dies am Beispiel des Lockspitzeleinsatzes deutlich: Es kann nicht ernsthaft behauptet werden, die gezielte Provokation einer Straftat diene primär der Verhinderung von Kriminalität. Vielmehr soll sich die (general-)präventive Wirkung der Tatprovokation ja ersichtlich und erklärtermaßen gerade aus der Ergreifung und Aburteilung des provozierten Täters ergeben. Kann schon bei der Informationsgewinnung durch heimliche Datenerhebung von einer genuin präventiven Aufgabe nicht gesprochen werden, da ja die Maßnahme selbst

¹⁸ Vgl. BVerfGE 44, 353 - Suchtberatungsstelle.

¹⁹ Vgl. etwa Kniesel ZRP 1989, 329 f.

²⁰ Vgl. z. B. Schoreit KritV 1989, 201; 1988, 157 ff.; CuR 1986, 224; Sydow ZRP 1977, 119; Backes KritV 1986, 315; Denninger CR 1988, 51; Lisken ZRP 1990, 15 einerseits, Kniesel/Tegtmeier DRiZ 1986, 251; Kniesel ZRP 1989, 329; Tegtmeier KritV 1989, 213 ff.; Behrendes Die Polizei 1988, 220; Braun Die Polizei 1989, 213 andererseits - jew. mwN. Überblick über den Diskussionsstand insb. bei Weßlau (o. Fn 11), S. 15 ff., 42 ff.; Hassemer ZRP 1991, 121; Keller/Griesbaum NStZ 1990, 416; Merten/Merten ZRP 1991, 213.

²¹ § 1 I PolG NRW v. 24. 2. 1990, GVBl 70; §§ 27, 28 BremPolG v. 21. 3. 1983; vgl. auch Entwurf des Hbg. SOG, Bürgerschaftsdr. 13/5422, S. 6; zum Ursprung des Begriffs in Erlassen des Reichssicherheitshauptamts s. die Nachw. bei Merten/Merten ZRP 1991, 213, 218 Rn 84.

²² Vgl. auch Merten/Merten ZRP 1991, 213, 219; Hassemer ZRP 1991, 121 f.; Merten NStZ 1987, 11, 12 f.; Geißer GA 1983, 385, 386 f.; Schoreit KritV 1989, 201, 203 - jew. mwN.

²³ Zum Einsatzbereich und -umfang vgl. Weßlau (o. Fn 11), S. 86 ff. mit zahlr. Nachw.

²⁴ Tegtmeier KritV 1989, 213, 223; Kniesel/Tegtmeier DRiZ 1986, 251.

²⁵ Vgl. auch Ringwald ZRP 1988, 178, 180 ff.; Bauer Prävention durch Repression? - aus der Sicht eines Kriminalisten, in: Polizei und Prävention, BKA-Vortragsreihe, 1976, S. 119 ff.; Sack Aus der Sicht eines Kriminologen, ebda., S. 129 ff.

bestimmungsgemäß nicht nach außen wirken soll, so entbehren entsprechende Behauptungen für den Bereich der Tatprovokation schlechthin der Grundlage. Wäre die Provokation von Straftaten durch die Polizei eine Maßnahme der polizeirechtlich zu beurteilenden Prävention, so würde das für Eingriffe wie Post- und Telefonkontrolle gleichermaßen gelten; überhaupt wäre der Bereich polizeilicher Beweisgewinnung weitgehend zur präventiven »Verdachtsgewinnung« unfunktioniert.

Auf der Basis der herkömmlichen rechtsstaatsorientierten Begrifflichkeit ist die skizzierte Zuordnung offenkundig. Die besondere Problematik und zugleich die ernsthafte, bislang zu wenig gesehene Gefahr der gegenwärtigen Präventions-Diskussion liegt aber darin, dass von einer im Vordringen befindlichen, polizeirechtlich orientierten Sichtweise diese »klassische« Begrifflichkeit als weitgehend überholt angesehen wird.²⁶ Die Begriffsverwirrung, welche die Diskussion zunehmend erschwert, hat insofern durchaus Methode: Anknüpfend an Konzeptionen, wie sie von Herold und anderen bereits in den 70er Jahren vertreten wurden²⁷, wird zunehmend eine »sozialhygienische, wohlfahrtsstaatliche, umfassend präventive Aufgabenstellung der Polizei« propagiert. Strafverfolgung erscheint so nurmehr als »in das Gesamtkonzept Gefahrenabwehr eingebettet«(!)²⁸; es geht um einen »strategischen Neuanfang der Polizei«²⁹. Dabei werden einerseits neue Formen der Kriminalität, über deren Bedrohungspotential von polizeilichen Kriminalisten und empirischen Kriminologen freilich unterschiedliche Ansichten vertreten werden³⁰, andererseits sozialwissenschaftliche und kriminologische Erkenntnisse über die Gesellschaftsbedingtheit und die soziale Verflochtenheit von Kriminalität als Argumente dafür herangezogen, dass es der »neuen Kriminalstrategie« um die »Beseitigung der Kriminalität schlechthin«³¹ gehen müsse. Unter diesem – freilich alles andere als neuen! – Sichtwinkel ist die Polizei in der Tat »gezwungen, über die ihr gesetzten klassischen Barrieren der konkreten Gefahr einerseits und des konkreten Tatverdachts andererseits hinaus tätig zu werden«³². Repression und Prävention »fallen auf einer höheren Ebene zusammen«³³; sie sind »irgendwie dasselbe«³⁴.

Eine solche Durchdringung und Vereinnahmung des Strafrechts durch präventive Zielsetzungen und Instrumentarien birgt erhebliche Gefahren³⁵. Angesichts einer rechtspolitischen Debatte, welche sich teilweise in wechselseitigen Ideologievorwürfen erschöpft, ist nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass »klassische«

rechtsstaatliche Begrenzungen staatlicher Eingriffsbefugnisse nicht nur der Abwehr des sozialschädlichen bösen Willens, sondern gerade auch der Sicherung gegen die Verabsolutierung des guten Willens dienen. Es gibt kein »Grundrecht auf Sicherheit« um jeden Preis, wohl aber ein Grundrecht des Bürgers, »vom Staat in Ruhe gelassen zu werden«, solange er sich im Rahmen der Rechtsordnung hält³⁶. Allein eine strikt an rechtsstaatlichen Grundsätzen ausgerichtete Trennung zwischen polizeilich-präventivem und strafprozessual-repressivem Bereich ermöglicht systematisch und praktisch Lösungen, welche die Herausbildung von undurchsichtigen »Sonderrechtsgebieten« (etwa im Bereich der Rauschgift- und der organisierten Kriminalität) vermeiden. Unbewiesene Behauptungen über angeblich kriminalitätsverhütende (Neben-) Effekte von Strafverfolgungsmaßnahmen sind ebensowenig wie Hinweise auf allfällige »Gemengelagen«³⁷ geeignet, die vielfach geforderten Verschiebungen zu legitimieren. Auch die Schaffung eines unklaren Zwischenbereichs von »Verdachtsgewinnungsmaßnahmen« im »Vorfeld« des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens mit eigenen, an operativen Zweckmäßigkeitserwägungen orientierten Regeln³⁸ kann unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht hingenommen werden³⁹.

IV. Zulässigkeit der Tatprovokation

1. Wertungsgesichtspunkte der Rechtsprechung

In zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1980⁴⁰ hat der BGH ausgeführt, das Rechtsstaatsprinzip verbiete es den Strafverfolgungsbehörden, auf die Verfolgung von Straftaten hinzuwirken, wenn die Gründe dafür vor diesem Prinzip nicht bestehen können. Dieser Satz enthält letztlich ein tautologisches Postulat, welches für die Lösung des Problems wenig Anhaltspunkte bietet⁴¹. Die an materiellen Inhalten des Rechtsstaatsprinzips orientierte Abwägung von »Wertungskriterien«⁴² knüpft unmittelbar hieran an. So werden Statthaftigkeit wie Grenzen der Maßnahme letztlich im übergreifenden Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes diskutiert. Auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip kann jedoch ein Eingriff in den grundrechtlich geschützten Freiheitsbereich nicht gestützt werden; dieser Grundsatz ist vielmehr allein Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit anderweitig legitimer Eingriffe im Einzelfall. Dies ist zuletzt für die Maßnahme langfristiger Observation und Video-Überwachung diskutiert wor-

³⁶ Vgl. BVerfGE 27, 1.

³⁷ Vgl. z. B. Behrendes Die Polizei 1988, 220, 226; kritisch zur Behauptung von »Gemengelagen« aber Merten/Merten ZRP 1991, 213, 216.

³⁸ diese Richtung: Mache Die Zulässigkeit des Einsatzes von agents provocateurs und die Verwertbarkeit der Ergebnisse im Strafprozeß, 1984, S. 78: Der Lockspitzel-Einsatz sei »eine Maßnahme ... eigener Art«; er sei weder nach Polizeirecht noch nach Strafprozeßrecht zu beurteilen.

³⁹ Vgl. dazu zutr. Weßlau (o. Fn 11), S. 105 ff., 116 ff.

⁴⁰ NJW 1981, 1761; StV 1981, 163.

⁴¹ Krit. auch Schumann JZ 1986, 66, 68 Fn 28. Ähnlich unklar aber BVerfG (Kammer) NStZ 1987, 276.

⁴² Vgl. BGH GA 1975, 333; JZ 1980, 536 = NJW 1981, 1761; NJW 1981, 1626; StV 1981, 163; 1981, 276; NStZ 1982, 126; 182, 156, ; weitere Nachw. bei Bruns NStZ 1982, 49, 54 ff.; Körner BtMG § 31 Rn 118; Voller (o. Fn 9), S. 44 ff.; Schumann JZ 1986, 66 Fn 2.

den⁴³ und weitgehend anerkannt⁴⁴.

Die bislang herrschende Meinung in der Rechtsprechung setzt dagegen im Bereich des Lockspitzel-Einsatzes vorschnell Legitimation mit Verhältnismäßigkeit gleich. Hierbei wird jedoch, worauf Lisken zutreffend hingewiesen hat⁴⁵, in Wahrheit Unvergleichbares einer »Abwägung« unterworfen: Aus dem Rechtsstaatsgrundsatz abgeleitete Verfahrensprinzipien werden mit gesellschaftlichen Schutzinteressen »abgewogen«. Dies ist freilich nur dann möglich, wenn beides zuvor in die Münze der »Rechtsguts«-Qualität gewechselt wird. Dabei gerät indes aus dem Blick, dass solche Verfahrensprinzipien tangiert werden, die als schlechthin konstituierend für den demokratischen Rechtsstaat anzusehen sind. So steht insbesondere der Grundsatz der Unschuldsumutung für eine »Abwägung« der genannten Art gar nicht zur Verfügung.

Dies ist weithin anerkannt. Niemand käme auf den Gedanken, der Staat dürfe, wenn es nur der Schutz wichtiger Rechtsgüter gebiete, quasi flächendeckende Brief- oder Telefonkontrollen nach dem Muster der ehemaligen DDR durchführen, um so ein präventives »Verdachtsgewinnungsinstrumentarium« zu installieren.⁴⁶ Die schlichte operative »Notwendigkeit« allein soll andererseits den Einsatz von Lockspitzeln insbesondere im Bereich der Rauschgiftkriminalität legitimieren. Bei der Beurteilung müssen indes drei Konstellationen des Lockspitzel-Einsatzes unterschieden werden:

a) die Tatprovokation zur Überführung eines Serientäters, d.h. zur Erlangung von Beweisen hinsichtlich bereits begangener (gleichartiger) Taten;

b) die Tatprovokation im Rahmen eines auf einen konkreten Verdacht gegründeten Ermittlungsverfahrens (Beispiel: Rauschgift-Aufkäufer)⁴⁷;

c) die Tatprovokation gegenüber bislang nicht konkret Verdächtigen (möglicherweise »Tatgeneigten«).

2. Lockspitzel-Einsatz bei Vorliegen eines Anfangsverdachts

Bei den beiden erstgenannten Fällen handelt es sich, auch nach den Kriterien des »neuen« Polizeirechts, offensichtlich um Maßnahmen der Strafverfolgung. Ihre Zulässigkeit bestimmt sich ausschließlich nach den Regeln der StPO. Gesichtspunkte der präventiven Gefahrenabwehr sind nicht einschlägig. Da eine spezielle Regelung fehlt, kommt allein § 163 StPO als Befugnisnorm in Betracht. Ob diese Vorschrift herangezogen werden kann, ist umstritten⁴⁸. Insbesondere die Rege-

lungssystematik der §§ 160 ff. StPO zeigt jedoch, dass gravierende Eingriffe auf die Aufgabenzuweisungsnorm des § 163 StPO nicht gestützt werden können. Angesichts des teilweise geringen Gewichts der in §§ 160 ff. im einzelnen geregelten Eingriffsmaßnahmen würde die Auffassung, § 163 enthalte eine subsidiäre Befugnis-Generalklausel, zu einer gänzlich undifferenzierten Ermächtigungsnorm führen⁴⁹. Die Annahme, geringfügige Maßnahmen seien spezialgesetzlich geregelt, während möglicherweise schwerwiegende Eingriffe allein auf die Aufgabenzuweisung gestützt werden könnten, wäre weder systematisch nachvollziehbar noch mit dem Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar. § 163 StPO scheidet daher als Ermächtigungsbefugnis-Generalklausel, zu einer analogen Anwendung der StPO-Vorschriften⁵⁰. Eingriffe der vorliegenden Art können auch nicht auf § 34 StGB oder gar die Annahme eines »übergesetzlichen« Notstands gestützt werden. Selbst wenn man § 34 StGB überhaupt für auf staatliches Handeln anwendbar hält⁵¹, so fehlt es doch beim Lockspitzel-Einsatz als schon routinemäßiger⁵² Ermittlungsmaßnahme regelmäßig an allen Voraussetzungen für eine Anwendung im Einzelfall.

Dass hinsichtlich repressiver Strafverfolgung durch Einsatz von Lockspitzeln daher ein materielles Regelungsdefizit vorliegt, kann ernsthaft nicht bezweifelt werden. Auch im Bereich des – dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugeordneten – Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist dies, im Anschluss an das Volkszählungsurteil des BVerfG⁵³, inzwischen weitgehend anerkannt und hat zu entsprechenden gesetzgeberischen Aktivitäten geführt⁵⁴.

Wie nicht zuletzt seit dem Urteil des BVerfG zum »besonderen Gewaltverhältnis«⁵⁵ weitgehend unbestritten ist, führt allerdings das Vorliegen eines materiellen Regelungsdefizits mit der Folge, dass rechtsstaatliche Ermächtigungsnormen für Eingriffshandlungen nicht vorliegen, nicht von vornherein dazu, dass entsprechende Maßnahmen als rechtswidrig zu beurteilen sind. Vielmehr kann unter Umständen, je nach Eigenart der Regelungsmaterie, dem Gesetzgeber eine Schonfrist für die Neuregelung eingeräumt sein; während dieser Übergangsfrist ist der »rechtsfreie« Zustand im überwiegenden Allgemeininteresse hinzunehmen. Hinsichtlich des Einsatzes von Lockspitzeln – über den allgemeinen V-Mann-Einsatz hinaus – erscheint indes – unabhängig vom möglichen Regelungsinhalt – das Fortbestehen einer solchen Schonfrist angesichts der bereits seit Ende der 70er Jahre andauernden Diskussion und der seit langer Zeit erhobenen Forderungen inzwischen fraglich. Die in Anlage D zu den RiStBV aufgenommenen Richtlinien geben insoweit keine

StV 1981, 636; Voller (o. Fn 9), S. 90; D. Fischer Die strafrechtliche Problematik des polizeilichen Lockspitzels, 1982, S. 108 ff.; Berz JuS 1982, 416; Rogall JZ 1987, 847, 850; Weßlau (o. Fn 11), S. 151 ff.

⁴⁹ Vgl. auch H.-J. Meyer (o. Fn 12), S. 80.

⁵⁰ Körner BtMG, § 31 Rn 117; vgl. auch BGHSt 31, 304; 34, 39, 51 zur Zulässigkeit einer Telefonüberwachung außerhalb des Anwendungsbereichs von § 100a StPO.

⁵¹ BGHSt 34, 39, 51.

⁵² Vgl. die Nachw. bei Körner BtMG, § 31 Rn 111.

⁵³ BVerfGE 65, 1.

⁵⁴ Vgl. § 484 StVAG 1989 sowie o. Fn 44.

⁵⁵ BVerfG NJW 1976, 37.

hinreichende Orientierung⁵⁶; es erscheint naheliegend anzunehmen, die Übergangsfrist sei abgelaufen⁵⁷.

Bei einer somit dringend erforderlichen gesetzlichen Regelung der Materie kann es andererseits nicht darum gehen, bestehende Praxis schlicht zu »legalisieren«. Vielmehr ist aus dem Blickwinkel des betroffenen Grundrechts, in welches polizeilicher Lockspitzel-Einsatz eingreift, zu differenzieren.

Hierbei ist zunächst der Grundsatz in Erinnerung zu rufen, daß § 163 StPO nicht etwa ein rechtlich selbständiges, vom staatsanwaltschaftlichen unabhängiges Ermittlungsverfahren der Polizei zulässt. Die strafverfolgende Tätigkeit der Polizei ist stets justizielles Handeln; eine Unabhängigkeit von staatsanwaltschaftlichen Weisungen kann es auch »zunächst« oder »ansatzweise« nicht geben⁵⁸. Das gilt auch da, wo repressive und präventive Tätigkeit scheinbar vermischt sind, denn im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Zweck des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens und unter dem Gesichtspunkt des Art. 19 IV GG kann es solche Mischformen staatlichen Eingriffshandelns nicht geben⁵⁹. Allgemein kriminalpolitische und generalpräventive Erwägungen sind nicht geeignet, das im Wesen individuelle Ermittlungsverfahren, das auf die Aufklärung einer bestimmten begangenen Tat und der persönlichen Schuld eines individuellen Täters gerichtet ist, in mehr oder minder abstrakte »Notwendigkeiten« präventiver Gefahrenabwehr aufzulösen. Schon aus diesem Grund wäre eine klare Trennlinie zwischen solchen Fällen, in denen ein Anfangsverdacht i.S. des § 152 II StPO vorliegt, und solchen, in welchen das nicht der Fall ist, zu ziehen. Das Legalitätsprinzip stellt insoweit eine für die staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Ermittlungstätigkeit nicht durchbrechbare Schranke dar. Ohne konkreten Anfangsverdacht ist ein strafprozessuales Ermittlungsverfahren schlicht unzulässig; auf Verhältnismäßigkeit und andere Wertungskriterien kann es hier (noch) gar nicht ankommen.

3. Lockspitzel-Einsatz ohne Vorliegen eines Anfangsverdachts

Das bedeutet, dass ein Lockspitzel-Einsatz »auf gut Glück«, ohne Vorliegen eines auf tatsächliche Grundlagen gestützten Anfangsverdachts, strafprozessual keinesfalls zulässig ist; auch auf neu zu schaffende Ermächtigungsnormen der StPO, welche den Einsatz von *agents provocateurs* in bestimmten anderen Fällen für zulässig erklären mögen, könnte er nicht gestützt werden. Der Grundgedanke des rechtsstaatlichen Strafprozesses steht der Zulässigkeit einer »repressiven« Ermittlungstätigkeit entgegen, welche ihren Ausgang nicht vom konkreten Verdacht bestimmter begangener Straftaten nimmt, sondern quasi ins Blaue hinein forscht, ob irgendwelche Straftaten möglicherweise – auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden! – begangen werden könnten.

⁵⁶ Dies zeigt auch Nr. 3.2. der Richtlinien, wonach verdeckten Ermittlern Eingriff in Rechte Dritter »nur im Rahmen der geltenden Gesetze« gestattet sind: Dritter ist natürlich zuerst der Betroffene.

⁵⁷ So zur »vorbeugenden Verbrechensbekämpfung« Behrendes, Die Polizei 1988, 220, 224.

⁵⁸ Vgl. LR-Rieß § 163 Rn 3, 8.

⁵⁹ Vgl. auch Merten/Merten ZRP 1991, 213 ff., 216; Geißer GA 1983, 385, 389.

Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass derzeit noch § 163 StPO i. V. mit §§ 161, 244 StPO und dem verfassungsrechtlichen Gebot strafprozessualer Sachverhaltsaufklärung eine ausreichende Rechtsgrundlage für den Einsatz von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten und V-Leuten bilden könnte⁶⁰, dürften die genannten Ermittlungsmaßnahmen somit nur gegen Personen eingesetzt werden, gegen die jedenfalls schon ein Verdacht i.S. des § 160 I StPO besteht, entsprechende Straftaten zu planen oder darin verwickelt zu sein. Das ergibt sich aus den Vorschriften der Strafprozessordnung (§§ 152, 160, 161 StPO), nach denen Polizei und Staatsanwaltschaft grundsätzlich nur bei Verdacht strafbarer Handlungen zu Ermittlungen befugt und verpflichtet sind⁶¹. Hieraus folgt, dass der Einsatz von verdeckt ermittelnden Polizeibeamten und V-Leuten gegen Personen, gegen die kein Anfangsverdacht i.S. des § 160 I StPO besteht, schlechthin unzulässig ist.

Typische Fälle einer Lockspitzel-Tätigkeit ohne Anfangsverdacht liegen vor, wenn Tatprovokationen aufgrund des allgemeinen Eindrucks vorgenommen werden, eine Person sei möglicherweise »strafatgeneigt«. Solche Personen für »Beschuldigte« i.S. des § 160 ff. StPO zu halten, erscheint fernliegend. Ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren, welches ja erst die Grundlage von Eingriffshandlungen sein könnte, kann sich gegen sie daher nicht richten. Praktisch sollte gerade im Bereich der teilweise unter erheblichem Erfolgsdruck stehenden V-Leute der Polizei der Umfang gezielter, quasi »professioneller« Ausspähung und Verstrickung unverdächtigter, jedoch labiler und in sozialen Grenzsituationen lebender Personen als »potentielle Täter«⁶² nicht unterschätzt werden.

Liegt ein Strafverfahren zum Zeitpunkt einer Tatprovokation ohne konkreten Anfangsverdacht nicht vor, so könnte ein solcher Eingriff somit allenfalls auf neu zu schaffende oder bereits geschaffene Rechtsnormen gestützt werden, welche die präventive Tätigkeit der Polizei regeln. Gerade hier, im Bereich der verdeckten Ermittler und Lockspitzel, so wird häufig hervorgehoben⁶³, »vermischen« sich angeblich Repression und Prävention, liegt ein Kernbereich der »vorbeugenden Verbrechensbekämpfung«. Es ist daher auf das oben Ausgeführte zu verweisen.

Darüber hinaus ist zu fragen, welcher Art die Prävention ist, die hier betrieben werden soll. Verhütung von Straftaten, insbesondere auch solcher im Bereich der Drogen- und organisierten Kriminalität, kann ja auf vielerlei Weise geschehen. Der Lockspitzel-Einsatz hat ein konkretes Ziel: Eine Straftat soll begangen werden; hierfür soll der Täter sodann bestraft werden. Es findet unmittelbar also gerade das Gegenteil von Prävention statt. Erst auf dem Umweg über die Aburteilung und Bestrafung des provozierten Täters könnten möglicherweise präventive Effekte eintreten: Der Täter wird

⁶⁰ So auch KK-R. Müller § 163 Rn 18; Rebmann NJW 1985, 1 ff.; BVerfG NStZ 1987, 276.

⁶¹ BGHRStGBB § 46 I V-Mann 6; vgl. Kleinknecht/Meyer § 152 Rn 3, 4.

⁶² Unter dieser Bezeichnung firmiert der (unverdächtige) Bürger aus dem Sichtwinkel der »vorbeugenden Verbrechensbekämpfung«; vgl. Kniesel/Tegtmeier DRiZ 1986, 2.

⁶³ Vgl. z. B. Körner BtMG, § 31 Rn 112 f.

auf den rechten Weg zurückgeführt, von dem ihn die Polizei abgebracht hat; Dritte werden abgeschreckt; der Bevölkerungsmehrheit erscheint die Rechtsordnung gefestigt.

Von den genannten präventiven Aspekten tritt derjenige der Spezialprävention sicher zurück. Besteht wirklich konkreter Anlass, eine Person als »strafatgeneigt« anzusehen, weil sie häufig an kriminogenen Orten verkehrt und/oder einen charakterlich ungesicherten und labilen Eindruck vermittelt, so gibt es, um diese Person auf den rechten Weg zu weisen, keinerlei Veranlassung, sie zunächst einmal zu Straftaten anzuhalten. Die Vorstellung, Erziehung und Besserung labiler, in gesellschaftlichen und persönlichen Grenzsituationen lebender Menschen dadurch betreiben zu wollen, dass man sie von Staats wegen zu Taten veranlasst, die ihre Bestrafung nach sich ziehen sollen, ist so fernliegend, dass sie nicht ernsthaft diskutiert werden muss. Überdies wären entsprechende Konzepte weder mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit noch dem der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn zu vereinbaren.

Abwegig erscheint auch die Vorstellung, durch Einsatz von Lockspitzeln könne beispielsweise der Rauschgiftmarkt »ausgetrocknet« werden, die Tatprovokation diene dem Abschöpfen von Rauschgift. Zunächst wäre hierzu die Anstiftung Dritter gar nicht erforderlich: Polizeiliche Aufkäufer könnten, offen oder getarnt, mit Steuergeldern Rauschgift erwerben, um es der Vernichtung zuzuführen. Es liegt auf der Hand, dass dies eine kuriose Vorstellung von »Prävention« wäre.

Tatsächlich gehört es zu den gesicherten Erkenntnissen der Kriminologie, dass Ausbreitung und Gefährlichkeit des Rauschgiftmarktes unmittelbar von Umfang und Struktur der Nachfrage abhängen. Ein »Abschöpfen« von Rauschgift führt unter den Strukturbedingungen des illegalen Marktes zwangsläufig zur Erhöhung des Angebots; es wäre in geradezu absurder Weise kontraproduktiv.

Als Ansatzpunkt präventiver Polizeitätigkeit bleibt somit nur der Gesichtspunkt der (negativen oder positiven) Generalprävention: Durch Aburteilung und Bestrafung dieses einen sollen mögliche weitere Täter von ähnlichen Taten abgeschreckt, insgesamt soll das »Rechtsklima« gefördert werden. Eine solche Begründung des Lockspitzel-Einsatzes gegen Nichtverdächtige greift in den Kern des von Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützten Bereichs ein. Vielfach hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass die Achtung vor der Menschenwürde es schlechthin verbietet, das Individuum zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung zu machen⁶⁴. Auch der einer Straftat Angeklagte ist nicht bereits wegen dieses Verdachts des Schutzes seiner Menschenwürde beraubt⁶⁵; erst recht gilt das für einen Nichtbeschuldigten, der nur für »tatgeneigt« gehalten wird. Das Grundgesetz garantiert dem Bürger einen unantastbaren Bereich der Privatheit⁶⁶, es gibt ihm das Recht, »vom Staat in Ruhe gelassen zu wer-

den«; es verbürgt ein Recht auf Freiheit von Furcht vor allumfassender Kontrolle; dem Legalitätsprinzip des Strafprozessrechts schließlich korrespondiert die verfassungsrechtlich garantierte Unschuldsvermutung.

Im Kernbereich des Persönlichkeitsschutzes ist für eine Abwägung zwischen diesen rechtsstaatlichen Garantien und dem Gewicht allgemein gefährdeter Rechtsgüter nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kein Raum. Der Rechtsstaat ist per definitionem gehindert, einzelne Bürger – mögen sie auch aus irgendwelchen Gründen suspekt erscheinen – zum bloßen Objekt und Instrument kriminalpolitischer und generalpräventiver Maßnahmen zu machen.

Dies alles ist im Grundsatz nicht streitig. Es ist auch nicht ersichtlich, dass in speziellen Deliktsbereichen, etwa auf dem Gebiet der Rauschgift-Kriminalität, diese Grundsätze außer Kraft gesetzt oder durch vorgezogene materielle Abwägungen verdrängt sein könnten. Wer in »Szene«-Lokalen verkehrt, über Erfahrungen als Rauschgiftkonsument verfügt, einschlägig vorbestraft ist, labil und »tatgeneigt« erscheint, begibt sich dadurch nicht des Schutzes seiner Grundrechte. Er darf ebensowenig wie etwa ein Alkoholkranker zum bloßen Objekt staatlicher Sozialpolitik und Prävention gemacht werden. Zweifellos stellt die organisierte Rauschgift-Kriminalität eine erhebliche Gefährdung hochwertiger individueller und Rechtsgüter der Allgemeinheit dar. Verfehlt wäre es indes, aus speziellen Strukturen der Rauschgift-Szene, insbesondere der hier symptomatischen Vermischung von Täter- und Opferrolle und den damit einhergehenden erheblichen Ermittlungsschwierigkeiten, eine einzigartige Bedrohungsqualität abzuleiten. Der Schaden und die Bedrohung für das Gemeinwesen, welche etwa durch Schwarzarbeit, Steuerhinterziehung⁶⁷ oder Trunkenheit im Verkehr entstehen, dürften schwerlich geringer einzuschätzen sein. Gleichwohl wird nicht nur der Einsatz »neuer Kriminalstrategien«, sondern bereits die Ausschöpfung der vorhandenen in diesen Bereichen für verfassungsrechtlich bedenklich oder unzulässig gehalten. Würden Polizeibeamte sich gezielt in Gaststätten begeben, wo sie nach alkoholgefährdeten Personen Ausschau hielten, um diese zuerst zum Trinken und sodann zum Autofahren zu animieren und sie den wartenden Kollegen in die Hände zu spielen, so wären solche Maßnahmen nach wohl allgemeinem Konsens selbst dann unzulässig, wenn gewisse generalpräventive Effekte wahrscheinlich wären. Und auch der hohe Wert des Rechtsguts »Leben« rechtfertigt es nach allgemeiner Ansicht keinesfalls, dass sich etwa V-Leute der Polizei ohne konkreten Anfangsverdacht an labile Personen wenden und sie durch Versprechen hoher Geldsummen zum Begehen von Morden bestimmen. Schließlich wird auch eine Telefonüberwachung »kriminogener« Wirtschaftsbranchen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit nicht gefordert, und niemand käme auf den Gedanken, man müsse, um den Therapiewillen alkoholkranker Straftäter zu stärken, durch Lockspitzel

Schnaps in Entziehungsanstalten schmuggeln lassen, um »abschreckende« Rückfälle zu provozieren.⁶⁸

Generalpräventive Gesichtspunkte lassen sich daher allenfalls als postulierter Nebeneffekt, keinesfalls aber als Legitimationsgrundlage eines Lockspitzel-Einsatzes gegen Unverdächtige heranziehen. Unter keinem denkbaren Aspekt lassen sich entsprechende Maßnahmen als solche präventivpolizeilicher Gefahrenabwehr einordnen. Es gilt somit das oben allgemein Ausgeführte.

Die Tatprovokation ohne Anfangsverdacht durch die Polizei stellt, ebenso wie die gegen Verdächtige, eine Maßnahme der Strafverfolgung dar. Es handelt sich um eine repressive Ermittlungs-, nicht aber um eine präventive Vorbeugungsmaßnahme. Konkrete Straftaten werden durch sie nicht verhindert, sondern im Gegenteil gerade – zum Zweck ihrer Verfolgung – veranlasst. Eine präventive Wirkung, welche bislang allein behauptet, jedoch empirisch in keiner Weise belegt ist,⁶⁹ ist ausschließlich im Zusammenhang mit dieser beabsichtigten Verfolgung und Aburteilung der provozierten Tat denkbar.

Der Lockspitzel-Einsatz gegen Unverdächtige zeigt daher in besonders hervorstechender Weise die im Zusammenhang mit dem Begriff der »vorbeugenden Verbrechensbekämpfung« entstandenen Probleme auf. Eine Rechtsgrundlage für diese Maßnahme ist nicht ersichtlich. Weder könnte sie auf die strafprozessuale Aufgabenzuweisungsnorm (§ 163 StPO) gestützt werden, noch lässt sich ihre Legalität aus präventiven, notstandsähnlich begründeten Gesichtspunkten ableiten.

Im Gegensatz zu Ermittlungsverfahren gegen Verdächtige, d.h. gegen solche Personen, gegen die ein Anfangsverdacht vorliegt, könnte ein derartiger Eingriff in die Rechte Unverdächtiger auch nicht auf neu zu schaffende gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen gestützt werden: Der Anfangsverdacht stellt eine nicht überwindbare rechtsstaatliche Schranke repressiver Ermittlungstätigkeit dar. Eine Strafverfolgung zur Verdachtsgewinnung kann es nicht geben.⁷⁰

V. Rechtsfolgen unzulässigen Lockspitzel-Einsatzes

Auch die bislang herrschende Meinung in der Rechtsprechung gelangt zur Annahme der Unzulässigkeit des Lockspitzel-Einsatzes dann, wenn »die durch das Rechtsstaatsprinzip gesetzten Grenzen« zulässiger Tatprovokation überschritten seien;⁷¹ dies wird bei Provokationen ohne Anfangsverdacht vermutlich näherliegen als in anderen Fällen, jedoch kommt es nach Ansicht des BGH auch hier vor allem auf das Gewicht der Einwirkung an.⁷² Zur Annahme der Rechtswidrig-

keit der Tatprovokation gelangt die Rechtsprechung somit im Wege der bereits oben kritisierten vorgezogenen Abwägung zwischen Verfahrensprinzipien und Rechtsgutsinteressen, wobei sich der Ort der Abwägung konsequent vom Maß des bestehenden Verdachts (also der Betrachtung des Täters) auf das Maß des provozierenden Einflusses (also die Betrachtung des Lockspitzels) verschoben hat.⁷³

Hierbei gerät die systematische Einordnung der Gründe für die mögliche Unzulässigkeit aus dem Blick. Nur wenn es von vornherein, ohne Rücksicht auf den Charakter der Maßnahme und ihre Einordnung in das rechtsstaatliche System der Strafverfolgung, allein um »Abwägung« zwischen Werten, um die Zumessung von »Gewichten« und um das Verhältnis von Verfahrensprinzipien zu Rechtsgütern geht, können Überlegungen zur »Verwirkung« des staatlichen Strafanspruchs einerseits, zum Vergleich mit dem rechtswidrigen Befehl andererseits⁷⁴ Bedeutung erlangen.

Gerade der Vergleich der Tatprovokation durch einen polizeilichen Lockspitzel mit dem rechtswidrigen Befehl (§ 11 II SoldG, § 5 WStG) macht dies deutlich. Das soldatische Disziplinarverhältnis kann nicht mit dem Verhältnis zwischen Beschuldigtem und Strafverfolgungsbehörde gleichgesetzt werden; die Besonderheit der Tatprovokation durch Lockspitzel liegt nicht in der »irgendwie« dem Staat zuzurechnenden Veranlassung einer Straftat – was den Vorwurf der Widersprüchlichkeit nach sich ziehen muss –, sondern in der Tatsache, dass es sich hier um eine strafprozessuale Ermittlungshandlung handelt. Der Vergleich mit dem rechtswidrigen Befehl einer Straftat gibt zur Beurteilung dieses Sachverhalts nicht mehr her als beispielsweise zur Bestimmung der Rechtsfolgen einer unzulässigen Telefonüberwachung. Für die Beurteilung von Rechtmäßigkeit und Rechtsfolgen strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen gelten die Regeln der StPO, nicht aber allgemeine Analogien und Verhältnismäßigkeitsabwägungen. Das verfassungsrechtlich begründete Verbot von Ausforschungsermittlungen gegen Unverdächtige schließlich kann nicht mit dem Hinweis auf kriminaltaktische Notwendigkeiten aufgehoben werden⁷⁵.

Zutreffend sind die Erwägungen, welche in der Rechtsprechung des BGH zur Ablehnung einer »Verwirkung« des Strafanspruchs, eines Strafausschlussgrundes oder eines Verfahrenshindernisses geführt haben⁷⁶. Nicht gefolgt werden kann aber, im Lichte der Ergebnisse des Volkszählungsurteils des BVerfG und nach dem heutigen Erkenntnisstand zum Eingriffscharakter polizeilicher Maßnahmen, der Auffassung, mit der Ablehnung einer »Verwirkung« des Strafanspruchs seien auch die Gründe für die Annahme eines Beweisverbots entfallen⁷⁷.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 45, 187, 228; BGHSt 14, 358, 364.

⁶⁵ Vgl. KK-Pfeiffer Einl. Rn 91 mwN.

⁶⁶ Vgl. etwa den besonders krassen Fall AG Heidenheim NJW 1981, 1628: Schein-Liebesbeziehung durch Lockspitzel, um die Frau zu Drogengeschäften anzustiften.

⁶⁷ Vgl. auch Liskan ZRP 1990, 15, 20: Die Annahme, Polizei und Justiz könnten die (Rauschgift-) Kriminalität insgesamt senken, ist unbelegt. Andererseits wird eine »verdeckte Steuerfahndung« trotz des immensen Schadens ausgeschlossen; die »Quellensteuer«-Diskussion zeigt, dass schon auf eine normale Erhebung der Einkommensteuer von Staats wegen verzichtet wird.

⁶⁸ Vgl. den Sachverhalt der Entsch. BGH StV 1982, 53, 54: Dort wurden Rauschgiftabhängige durch Versprechen von Drogen zu Straftaten animiert.

⁶⁹ Allgemein zur empirischen Ungesicherheit präventiver Wirkungen Hassemer JuS 1987, 257 ff.; Berlitz/Guth/Kaulitzki/Schumann KrimJ 1987, 13.

⁷⁰ Weitergehend BGHZ 8, 83: Danach ist die Tatprovokation auch zur Überführung Verdächtiger sittenwidrig und verpflichtet zum Schadensersatz (!).

⁷¹ BGHSt 32, 345, 348 f.; vgl. auch BGH JZ 1980, 530; GA 1975, 333; StV 1981, 163; 1981, 276; NSZ 1981, 70; 1981, 104.

⁷² Vgl. BGH NSZ 1981, 104; OLG Stuttgart MDR 1980, 1038; KG

NJW 1982, 838.

⁷³ Erstmals mit der Entsch. BGH NJW 1981, 1626; vgl. dazu Voller (o. Fn 9), S. 15 ff., 20 f.

⁷⁴ BGHSt 32, 345, 354; Foth NJW 1984, 221 f.

⁷⁵ Vgl. auch Weßlau (o. Fn 11), S. 333 f.

⁷⁶ Vgl. BGHSt 32, 345, 350 ff.

⁷⁷ BGHSt 32, 345, 355.

Fehlt es für die belastende Ermittlungsmaßnahme an einer tragfähigen Rechtsgrundlage, so ergibt sich hieraus ein Beweiserhebungsverbot. Dieses rechtsstaatliche Verbot der Beweiserhebung ist es, was den Lockspitzel-Einsatz unzulässig macht; weitergehende Prinzipien und Abwägungen müssen hierzu nicht herangezogen werden. Die Folgen einer ohne Rechtsgrundlage, unter Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot durchgeführten Ermittlungsmaßnahme bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln. Zwar hat die fehlerhafte Beweiserhebung nicht zwingend ein Beweisverwertungsverbot zur Folge⁷⁸; bei einem schwerwiegenden Eingriff in den durch Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG geschützten Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, wie ihn der Lockspitzel-Einsatz gegen Unverdächtige fraglos darstellt, ergibt sich jedoch, nicht anders als in Fällen heimlicher Tonbandaufnahmen, des Einsatzes von Beobachtungs- und Abhörgeräten in der Wohnung durch die Polizei oder des Zugriffs auf intime Aufzeichnungen, ein Beweisverwertungsverbot unmittelbar aus dem Grundgesetz⁷⁹. Dies gilt schon für den unzulässigen Einsatz solcher Ermittlungsmethoden gegen Verdächtige; um so mehr gilt es bei Einsätzen gegen Unverdächtige. Auch hier kommt es auf die »Abwägung« zwischen Unschuldsvermutung und Rechtsgutsgefährdung überhaupt nicht an: Würde etwa die Polizei ohne konkreten Verdacht in den Wohnungen irgendwelcher »suspekter« Bürger Abhörgeräte oder Videokameras anbringen, so wären auf diese Weise heimlich gewonnene Erkenntnisse über eventuelle Straftaten der Betroffenen sicher unverwertbar, und zwar unabhängig vom Gewicht des verletzten Rechtsguts. Nichts anderes gilt für den unzulässigen Eingriff durch Tatprovokation Unverdächtiger.

Die bisherige Behandlung des Problembereichs zeigt, daß die Rechtsprechung sich vorschnell auf eine Diskussionsebene begeben hat, welche vorwiegend von präventivem, polizeilichen Gedankengut geprägt ist⁸⁰. Nicht bei der Abwägung von kriminaltaktischen Notwendigkeiten und generalpräventiven Postulaten ist jedoch bei der Beurteilung anzusetzen, sondern am Rechtsstaatsgrundsatz und am Legalitätsprinzip⁸¹. Die Rechtsprechung darf nicht die Schaffung von »Sonderrechtsgebieten« zulassen und muss einem kaum noch kontrollierbaren Vordringen präventiv-polizeilicher Tätigkeit in den Bereich der Strafverfolgung mit Nachdruck entgegenreten. Diese Forderung ist nicht, wie bisweilen unterstellt wird, Ausdruck prinzipiellen Misstrauens gegen die Rechtsstaatlichkeit der Polizeitätigkeit, sondern das von Verfassungen wegen gebotene Beharren auf rechtsstaatlichen Grundsätzen und Begrenzungen als Sicherung der Freiheit gerade auch vor allumfassender Fürsorge und Prävention durch

den Staat⁸². Würde – unter der Flagge der »vorbeugenden Verbrechensbekämpfung« – das strafprozessuale Ermittlungsverfahren auch nur in manchen Deliktsbereichen ersetzt durch ein »präventives Gesamtkonzept« zur Bekämpfung der Kriminalität schlechthin, so hätten diese Sicherungen versagt.

VI. Fazit

1. Bei dem Einsatz von polizeilichen Lockspitzeln zur Tatprovokation handelt es sich um staatliche Eingriffe in den durch Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG geschützten Persönlichkeitsbereich; sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.

2. Tatprovokationen durch Lockspitzel sind nicht dem Bereich polizeilicher Prävention, sondern dem Bereich repressiver Strafverfolgung zuzurechnen. Der in der neuen Polizeirechtsdiskussion sowie in neuen Polizeigesetzen verwendete Begriff der »vorbeugenden Verbrechensbekämpfung« ist unklar, verschiebt die Grenzen polizeilicher Prävention unzulässig und ist zur rechtsstaatlichen Problemlösung ungeeignet.

3. Weder der Lockspitzel-Einsatz bei Vorliegen eines Anfangsverdachts noch die Tatprovokation bislang Unverdächtiger finden im Gesetz eine Grundlage. Auf die Aufgabenzuweisungsnorm des § 163 StPO können sie nicht gestützt werden. Eine eventuelle »Übergangsfrist« zur Schaffung einer Rechtsgrundlage ist abgelaufen.

4. In jedem Fall unzulässig und auch durch Einfügung einer Ermächtigungsnorm in die StPO nicht zu legitimieren ist die Tatprovokation allgemein »Tatgeneigter« ohne Anfangsverdacht i. S. des § 152 II StPO. Eine solche Maßnahme degradiert den Bürger zum Objekt staatlicher Kriminalpolitik; sie ist verfassungswidrig.

5. Aus der Unzulässigkeit der polizeilichen Tatprovokation folgt ein umfassendes Beweisverwertungsverbot; dieses ergibt sich unmittelbar aus Art. 2 I, 1 I GG.

⁷⁸ BGHSt 31, 304, 380; 33, 83; 34, 39, 52.

⁷⁹ So i. E. auch Weßlau (o. Fn 11), S. 204 ff., 337 ff. Vgl. auch die Beispiele bei Voller (o. Fn 9), S. 102 f.; Amelung ZRP 1991, 143, 147; Kleinknecht/Meyer Einl. Rn 55 ff.; KK-Pfeiffer Einl. Rn 120 ff.; KK-Pelchen vor § 48 Rn 27 ff., 37 ff. - jew. m. zahlr. Nachw.

⁸⁰ Zur »Selbstentmachtung der Justiz« auch Steinke Kriminalistik 1976, 395 ff.; vgl. auch Albrecht KritV 1986, 55, 60 ff.

⁸¹ Hierzu Weßlau (o. Fn 11), S. 230 ff.

⁸² Vgl. auch Rogall GA 1985, 1 ff.; NStZ 1986, 385 ff.; Liskin ZRP 1980, 145 ff.; Ostendorf JZ 1991, 62, 68; Hassemer StV 1982, 275, 279 f.

Prof. Dr. Matthias Jahn
Dr. Nikolaos Gazeas
Dr. Yannik Hübner

aus:
StV 2023, 414 ff.

RECHTSSICHERHEIT BEIM EINSATZ VON VERTRAUENSPERSONEN UND RECHTSSTAATSKONFORMES VERBOT DER TATPROVOKATION: EIN REGULIERUNGSVORSCHLAG

Die Debatte um strafprozessuale Regelungen zum Einsatz von Vertrauenspersonen und zur Tatprovokation muss nach Ablauf der Hälfte der 20. Legislaturperiode in Gesetzentwürfe einmünden, will sie zum Ziel führen – sonst sind die erhofften, rechtsstaatlich überfälligen »Geländegewinne«¹ nicht mehr zu erreichen. Bis zum Herbst 2023 steht ein nurmehr überschaubarer zeitlicher Rahmen zur Verfügung. In ihm werden die beiden zentralen Versprechen, die Ampelkoalition regelt »Voraussetzungen für den Einsatz von V-Personen, Gewährspersonen und sonstigen Informantinnen und Informanten aller Sicherheitsbehörden gesetzlich« (S. 110 des Koalitionsvertrags²) und zugleich »das grundsätzliche Verbot der Tatprovokation« (S. 106), in die Gestalt von im Bundestag beschlussfähigen StPO-Normen überführt werden müssen.³ Das noch geöffnete politische Opportunitätsfenster trifft mit der Ankündigung des Bundesjustizministers zusammen, Straf- und Strafprozessrecht zu einem der Arbeitsschwerpunkte seines Hauses im Jahr 2023 zu machen.⁴

¹ So unlängst die Formulierung von Conen, Warten auf die Ampelschaltung? StV 03/2023, S. 1 (Editorial), http://stv-online.de/system/files/users/user5/Editorial_StV_2023_03.pdf (alle - auch nachfolgenden - URLs zuletzt abgerufen am 7.2.2024).

² KoaV »Mehr Fortschritt wagen«, 2021, www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800.

³ S. bereits die Initiativen der FDP (BT-Drs. 19/25248) und der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 19/25352) in der vergangenen Legislaturperiode, dazu Diehl u.a., Bundestag berät über neues V-Mann-Gesetz, Spiegel-online v. 24.03.2023, <https://www.spiegel.de/panorama/bundestag-beraet-ueber-neues-v-mann-gesetz-a-39e6381d-b4c6-44ca-8208-397a0a4066f5>.

⁴ »2023 wird das Strafrecht ein Schwerpunkt unserer Arbeit sein«: Buschmann, Twitter-Account des BMJ v. 03.01.2023, https://twitter.com/bmj_bund/status/1610229721689882624. Dies betrifft im Kontext des aktuellen KoaV (vgl. Fn. 2) nach unserem Verständnis nicht nur die Ankündigung, unzeitgemäße Strafvorschriften (»totes Holz«) aus dem StGB entfernen zu wollen, sondern mit der VP- und Tat-

Ausgelöst unter anderem durch die Umtriebe des NSU, die Causa Anis Amri und die sog. VP01 Murat Cem,⁵ getrieben durch die kurz aufeinanderfolgenden Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland in den Sachen Furcht und Akbay u. a. vor dem Straßburger Gerichtshof und dissonant begleitet von einem zwischenzeitlichen Rechtsprechungskonflikt innerhalb der Strafsenate des BGH ist die Diskussion aus Sicht der Autoren reif für gesetzgeberisches Handeln. Für sie wird, nach einer angesichts der Diskussionslage auf das Notwendigste konzentrierten rechtspolitischen und verfassungsrechtlichen Hinführung (A.), ein ausformulierter Regelungsvorschlag (D.) vorgelegt.⁶

A. Mehr Fortschritt durch Demokratie: Wesentliches gehört in die Strafprozessordnung

Der Titel des Koalitionsvertrags der drei Ampelparteien – »Mehr Fortschritt wagen« – nimmt bekanntlich Bezug auf ein berühmtes Wort, das der damalige Bundeskanzler an den Anfang seines Regierungsprogramms vom Herbst 1969 gestellt hatte.⁷ Nur fünf Jahre jünger ist die Diskussion um die V-Personen im

provokations-Regelung auch das Einpflanzen eines lange gehegten StPO-Setzlings.

⁵ S. dazu nur Diehl/Lehberger/Schmid, »Der König der Spione«, Der Spiegel 11/2020 v. 07.03.2020, S. 8 sowie dies., Undercover. Ein V-Mann packt aus, 2020. Transparenzhinweis: Der Mitautor Gazeas hat die VP01 Murat Cem in den »Breitscheidplatz«-Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestags und des Landtags NRW anwaltlich vertreten.

⁶ Die Verf. bauen dabei auf die Regelungsmodelle bei Jahn/ Hübner StV 2020, 207 (213) [zur Tatprovokation]; Gazeas BT-Prot. 19/136 v. 24.03.2021, 56 ff. und Jahn BT-Prot. 19/136 v. 24.03.2021, S. 115 ff. [anlässlich der Anhörung im BT-Rechtsausschuss u.a. zu dem in Fn. 3 erwähnten FDP-Antrag »Einsatz von Vertrauenspersonen konsequent gesetzlich regeln«, BT-Ds. 19/25248] sowie Hübner, Rechtsstaatswidrig, aber straflos? 2020, S. 260 ff., auf. Der Textvorschlag des Deutschen Anwaltvereins, Einsatz von V-Leuten gesetzlich regeln, StN 35/21, S. 4 ff., <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-35-21-einsatz-von-v-leuten-gesetzlich-regeln>, erschien uns in weiten Teilen als geeignete Formulierungsgrundlage. In den Blick genommen wurden namentlich auch die Formulierungsvorschläge von Weigend KriPoZ 2022, 131 (134); Gebhard/Geisel Die Polizei 2022, 133 (139) und Soine ZRP 2021, 47 (49 f.).

⁷ Willy Brandt BT-Prot. 6, S. 20 C (5. Sitzung v. 28.10.1969): »Wir wollen mehr Demokratie wagen«, in der Rückschau »fünfzig Jahre später die vielleicht meistzitierte Formulierung eines deutschen Politikers nach dem Zweiten Weltkrieg« (Schildt/Schmidt, in: dies. [Hrsg.]. »Wir wollen mehr Demokratie wagen«, 2019, S. 11).

Strafprozess – und damit aus heutiger Sicht lange gereift, ohne bislang gesetzgeberische Früchte zu tragen. Klaus Lüderssen hat das Thema mit seinem berühmten Beitrag zur Festschrift für Karl Peters auf die Agenda von Strafprozessrecht und Kriminalpolitik gesetzt, unter dem – mit einem mehr rhetorisch gemeinten Fragezeichen versehenen – Titel »Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?«⁸ Dieser Text setzte, wie ein Biograph Lüderssens notierte, »mühsam, aber zielstrebig eine längst fällige Diskussion in Gang«.⁹

Das ist ein halbes Jahrhundert her. Kommt die Diskussion in der 20. Legislaturperiode an ihr – jedenfalls vorläufiges – Ende? Eine parlamentsgesetzliche Regelung der Ermittlungsinstrumente und Routinen des Einsatzes von V-Personen und zur Tatprovokation im deutschen Strafprozess gibt es nach wie vor nicht. Das Feld bleibt einer undurchsichtigen Praxis und uneinheitlichen Rechtsprechung überlassen.

Die derzeit noch nicht explizit revidierte BVerfG-Kammerrechtsprechung¹⁰ hält im Einklang mit der älteren Rechtsprechung des 1. Strafsenats¹¹ speziell bei rechtsstaatswidriger polizeilicher Tatprovokation an der überkommenen Strafzumessungslösung fest. Damit werden jedoch die spätestens mit dem Urteil Furcht gegen Deutschland¹² deutlich sichtbaren und in Akbay u.a. gegen Deutschland¹³ schließlich unübersehbaren Impulse des EGMR, der das menschenrechtliche Defizit im Rahmen der ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten klar benannt hat, nicht ausreichend dem innerstaatlichen Recht implementiert. Eine – auch nur abgestufte – Strafzumessungslösung ist bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation konventionswidrig.¹⁴ Demgegenüber haben zunächst der 2. Strafsenat des BGH¹⁵ und nunmehr auch der 1. Strafsenat¹⁶ diese Vorgaben fallweise ernst- und zum Anlass genommen, bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation ein Verfahrenshindernis festzustellen und einen anhängigen Strafprozess trotz schwerwiegender Tatvorwürfe zu beenden. Über die vorgelagerte Frage der inhaltlichen Konturierung der Kriterien für die Annahme oder Ablehnung einer unzulässigen Tatprovokation wird man indes allein auf der Grundlage des Leiturteils des 2. Strafsenats weiter streiten können und müssen. Inmitten stehen die beiden Fragen nach einem bereits bestehenden Anfangsverdacht und nach der Intensität der dem Staat zurechenbaren Einflussnahme. Wenn

tatsächlich ein Fall unzulässiger Provokation vorliegt, entspricht es den inhaltlichen Leitlinien der Rechtsprechung des EGMR auf dem durch den 2. Strafsenat begründeten Rechtsprechungspfad, die weit reichenden Folgen – also ein Verfahrenshindernis oder äquivalente Konsequenzen wie zumindest ein materiell-rechtlicher Straf- oder Rechtsfolgenausschlussgrund – entgegen der BVerfG-Kammerrechtsprechung nicht noch zusätzlich auf »Extremfälle« zu beschränken.¹⁷

Unter dem Gesichtspunkt strafprozessualer Wesentlichkeit bedarf es damit nicht nur für die Fälle rechtsstaatswidriger Tatprovokation, sondern für den gesamten VP-Komplex einer normenklaren parlamentsgesetzlichen Regelung. Doch die strafprozessuale Praxis behilft sich auch nach vielen Jahrzehnten weiterhin mit dem Rückgriff auf die §§ 161, 163 StPO. Dies wird weder den tatsächlichen Herausforderungen gerecht noch ist es mit den verfassungsrechtlichen Erfordernissen des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes in Einklang zu bringen. Der Rückgriff auf die Ermittlungsgeneralklausel konterkariert die h.M.¹⁸ im wissenschaftlichen und kriminalpolitischen Schrifttum, aber auch Rechtsprechung aus Karlsruhe.

Der Erste Senat des BVerfG hatte beim Ausnutzen von Vertrauen durch Vertrauenspersonen bereits in der Entscheidung zum BKA-Gesetz festgeschrieben, dass »sehr schwerwiegende Grundrechtseingriffe«¹⁹ vorliegen. Da ein solches Ausnutzen von Vertrauen bei sozialen Kontakt der Tätigkeit der VP immanent ist, überschreitet folglich jeder Einsatz einer VP diese Gravitätsschwelle. Mit einem vor wenigen Wochen bekannt gewordenen Beschluss hat das Gericht an diese Rechtsprechungslinie angeknüpft und schon im ersten Leitsatz herausgestellt, dass bereits der Einsatz von Vertrauenspersonen sogar den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen kann, ohne dass es noch auf den Inhalt der hierdurch erlangten Informationen ankäme. Auch dies war ein tragender Grund dafür, das Sicherheits- und Ordnungsgesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern teilweise für verfassungswidrig zu erklären.²⁰ Die strafprozessuale Generalklausel der §§ 161, 163 StPO rechtfertigt demgegenüber aber nur solche Maßnahmen, die »lediglich geringfügig in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen«.²¹ Der Einsatz von VP und erst recht die Tatprovokation liegen damit ersichtlich über dieser durch die Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG gezogenen Grenze. Legt man

zusätzlich die Maßstäbe des EGMR an die Tatprovokation an, genügt die derzeitige deutsche Rechtslage nicht einmal dem, was der Straßburger Gerichtshof im prozeduralen Test fordert.²² Die Anlage D der Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) ist für eine ausdifferenzierte und demokratisch, nicht nur exekutivisch unmittelbar legitimierte VP-Regelung kein Ersatz. Hinzu kommt, dass Anlage D durch den Bund nie in Kraft gesetzt wurde.²³ Nicht einmal die bloße Verwaltungsvorschrift gilt damit für den häufig besonders eingriffsinvasiven Einsatz von VP durch das Bundeskriminalamt und die Bundespolizei.

Die verfassungsrechtliche Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung wird damit im Ergebnis heute nicht mehr ernsthaft bestritten werden können. Nicht zuletzt deshalb gehen alle wesentlichen rechtspolitische Empfehlungen der letzten Jahre zu dieser Frage – ob es die Expertenkommission zur Reform der StPO von 2015 ist,²⁴ die 2017 eingesetzte Große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes,²⁵ der NSU-Untersuchungsausschuss²⁶ oder die bei dem Bundesministerium des Innern angesiedelte Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus²⁷ – dahin, eine gesetzliche Grundlage für den Einsatz von Vertrauenspersonen zu schaffen.²⁸ Und auch aus der zuweilen einseitig effektivitätsorientierten Sicht der Sicherheitsbehörden zeigt schließlich der Fall der VP01,²⁹ was im Falle einer fehlenden Regelung über die zulässigen Grenzen des Einsatzes passieren kann.

Auch hier trägt die eingangs erwähnte historische Allusion des aktuellen Koalitionsvertrags: Der Strafprozess muss in der 20. Wahlperiode mehr Demokratie wagen. Unser nachfolgender Vorschlag einer gesetzlichen Regelung versteht sich deshalb als Kombination aus möglichst normenklaren Vorschriften für die Zulässigkeit und Grenzen des strafprozessualen Einsatzes von Vertrauenspersonen und einem menschenrechtskonformen Verbot der Tatprovokation. Wir schlagen damit ein umfassendes gesetzliches Regelungskonzept vor, mit dem die in der Rechtsprechung des EGMR und des BGH formulierten Leitlinien ausbuchstabiert werden.

²² Ausf. *Conen* StV 2022, 182 (185); weiterführend *F. Meyer* HRRS 2022, 179 (186); *Hoven* NJW 2021, 3514 (3515).

²³ Sie zu finden bereitet bereits eine gewisse Mühe, da weitgehend auf den Abdruck bzw. die Veröffentlichung – selbst in amtlichen Quellen der Bundesregierung – verzichtet wird, s. <https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/BMJ-RB3-19770101-KF08-A004.htm>.

²⁴ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015, S. 80 ff.

²⁵ DRiB-Strafrechtskommission (Fn. 18), S. 110 et passim.

²⁶ BT-Drs. 17/14600 (Beschlussempfehlung und Bericht des 2. UA v. 22.08.2013), s. 297 ff., 856 ff., 865.

²⁷ Abschlussbericht der Bund-Länder-Kommission Rechtsterrorismus v. 30.04.2013, S. 301, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheit/abschlussbericht-kommission-rechtsterrorismus-lang.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D2

²⁸ Zusf. *Gazeas* BT-Prot. 19/136 v. 24.03.2021, S. 47 ff.; *Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg-HdB Sicherheits- und Staatsschutzrecht/ T. Zimmermann*, 2022, § 27 Rn. 22: »Es steht zu erwarten, dass insbesondere die grundrechtsdogmatisch inzwischen überholten strafprozessualen Vorschriften in Bälde einer Überarbeitung unterzogen werden (müssen)«.

²⁹ Zu Nachw. oben Fn. 5.

B. Wesentliche verfassungsrechtliche und kriminalpolitische Leitlinien eines gesetzlichen Regelungskonzepts

Die Komplexität des Einsatzes von VP und die Schwere des damit einhergehenden Grundrechtseingriffs müssen sich in der Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung widerspiegeln. Dies gilt für den Einsatz von VP in Strafverfahren in besonderem Maße. Denn im Vergleich zu ihrem Einsatz zur nachrichtendienstlichen Aufklärung und zur Gefahrenabwehr³⁰ sind die Folgen für den Betroffenen im Strafverfahren am gravierendsten. Regelungen zum Umgang mit VP als Zeugen im Strafprozess sind essentiell. Ein bloßer Verweis auf existente Zeugenschutzvorschriften genügt nicht. Ziel muss die Schaffung klarer Kriterien für den Einsatz von VP und seiner Grenzen sowie für den Umgang mit dieser Erkenntnisquelle im Strafverfahren, insbesondere in der Hauptverhandlung, sein. Dabei ist dem legitimen staatlichen Sanktionsanspruch und seiner Durchsetzung Rechnung zu tragen. Dies kann jedoch nicht bedeuten, zentrale Regelungsbereiche wie den des Umgangs mit der Erkenntnisquelle VP in der Hauptverhandlung weiter unregelt zu lassen. Es sollte der gesetzgeberisch zu manifestierende Wille Niederschlag finden, dass die VP grundsätzlich in der Hauptverhandlung als Zeuge zu vernehmen ist, insbesondere im schon heute eröffneten Wege der audiovisuellen Vernehmung unter Verfremdung von Bild und Ton.

Eine Legaldefinition der VP muss eine klare Abgrenzung dieser Personengruppe von Verdeckten Ermittlern (§ 110 a StPO), Gewährspersonen und sonstigen Informanten ermöglichen. Erforderlich sind gesetzliche Regelungen, die sowohl die Voraussetzungen des Einsatzes von VP regeln als auch dessen Grenzen. Ihr Einsatz sollte – insoweit parallel zu § 110 a StPO – auf Straftaten von erheblicher Bedeutung begrenzt werden, also ultima ratio sein. Es sollte klar geregelt werden, wann der Einsatz zu beenden ist, etwa dann, wenn die VP Straftaten begeht. Ferner bedarf es konkreter Regelungen dazu, wann eine zugesicherte Vertraulichkeit in Wegfall gerät. Eine Dokumentationspflicht und eine regelmäßige Überprüfung der Zuverlässigkeit der VP müssen dauerhaft Mindeststandards der Rechtsstaatlichkeit sichern. Der Einsatz einer VP ist wegen der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs unter einen grundsätzlichen Richtervorbehalt zu stellen. Wesentlich ist unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren weiterhin die Befristung der heimlichen Überwachungsmaßnahme mit einer grundsätzlich absoluten Beendigungsfrist: Es bedarf zudem einer klaren und widerspruchsfreien Wertentscheidung des Gesetzgebers zum absoluten Verbot der Begehung von Straftaten durch die VP; auch die Teilnahme an szenetypischen Straftaten sollte unzulässig sein. Eine zentrale Rolle spielt zudem die programmierte Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Einsatzes von V-Personen, die bei länger andauernden Einsätzen wegen der besonderen Schwere und

³⁰ Statt Vieler dazu *Dietrich/Fahrner/Gazeas/v. Heintschel-Heinegg-HdB Sicherheits- und Staatsschutzrecht/T. Zimmermann* (Fn. 28), § 28 Rn. 28 ff. m.w.N.

⁸ *Lüderssen* FS Karl Peters, 1974, S. 349 – »die erste auf Anhiob tiefschürfende und umfassende Problembeschreibung« (so jüngst *Schünemann* FS Prittitz, 2023, S. 305 (309)) –, vier Jahre später aus Anlass einer Stellungnahme in einem Revisionsverfahren rechtsstaatlich weiter zugespielt in *Denninger/Lüderssen* (Hrsg.), *Polizei und Strafprozess* im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 262 (276).

⁹ *Wehnelt*, *Der Aufklärer*, NK 2/ 1996, 36.

¹⁰ BVerfG (2. Kammer des 2. Senats), StV 2015, 413 (415 Tz. 33 ff.) m. krit. *Anm. Jahn* JuS 2015, 659.

¹¹ BGHSt 60, 238 Tz. 4 ff. = StV 2016, 78.

¹² EGMR StV 2015, 405 m. *Anm. Pauly*. Ausf. dazu *F. Meyer/Wohlens* JZ 2015, 761; *U. Sommer* *StraFo* 2014, 508 und *Sinn/Maly* NStZ 2015, 379.

¹³ EGMR NJW 2021, 3515 (3520 Tz. 109 ff.) = StV-S 2021, 1 (Ls) m. *Bespr. Esser* StV 2021, 383; *Hübner* HRRS 2020, 441.

¹⁴ *Schünemann* FS Prittitz, 2023, S. 305 (319 f.); *Esser* StV 2021, 383 (391 f.); *Jahn/ Hübner* StV 2020, 207 (212).

¹⁵ BGHSt 60, 276 (282 Tz. 18 ff.) = StV 2016, 70.

¹⁶ BGH StV 2022, 275 f. (Ls) m. *Bespr. Janssen/Wennekers* StV 2022, 338 (342).

¹⁷ Siehe bereits *Jahn/Kudlich* JR 2016, 54 (61).

¹⁸ Siehe – zum Teil speziell für die Tatprovokation, aber auf den gesamten VP-Komplex übertragbar – explizit *Weigend* FS Barton, 2023, unter II. (*im Erscheinen*); *ders.* KriPoZ 2022, 131 (134); *B. Gercke* StV 2017, 615 (623); *Jahn/Hübner* StV 2020, 207 (209 f.); *I. Roxin* JR 2021, 348 (350 f.); *Greco* GA 2021, 672 (680 f.); *Zeyher* NZWiSt 2022, 197 (200 f.); *Schiemann* KriPoZ 2022, 135 (137); LR-StPO/Erb, 27. Aufl. 2018, § 163 Rn. 74 (»dringend geboten«) und jedenfalls im Ergebnis auch *Kriminalpolitischer Kreis* KriPoZ 2021, 322 (325 f.) (»empfiehlt sich«); *HB Straf VII/ Hauck*, 2022, § 33 Rn. 116. A.A. *Chr. Jäger* JA 2022, 609 (611) sowie die Kompromissformel des Deutschen Richterbundes – *Große Strafrechtskommission* –, *Gutachten: Vertrauenspersonen und Tatprovokation*, 2017, S. 62 f.: Eine Regelung sei zwar nicht verfassungsrechtlich geboren, aber dennoch sinnvoll.

¹⁹ BVerfGE 141, 220 (290 Tz. 160) = StV 2016, 413 (Ls).

²⁰ BVerfG, *Beschl. v. 09.12.2022* - 1 BvR 1345/21 - *SOG M-V*, Ls. 1 u. Tz. 109: »Der Gesetzgeber muss Maßgaben für die Erhebungsebene vorsehen«.

²¹ BGHSt 51, 211 (218 Tz. 21) = StV 2007, 115; ebenso bereits BGH JR 2007, 77 (78) m. *Anm. Jahn* JuS 2007, 279 (281).

Folgen beim Oberlandesgericht verortet werden sollte. Hiermit verbunden ist auch die Frage eines Akteneinsichtsrechts der Verteidigung, das unter rechtsstaatlichen Vorzeichen nicht per se ausscheiden darf. Von essentieller Bedeutung ist zudem der Umgang mit VP und ihren Aussagen in der Hauptverhandlung. Hier sind konkrete prozedurale Regelungen von Nöten. Schließlich ist das Verbot der Tatprovokation gesetzlich zu regeln.

Nachfolgend sollen nur die wesentlichen Punkte angesprochen werden. Weitere Details – etwa zu nachträglichen Benachrichtigungspflichten (§ 101 StPO-E) und zur statistischen Erfassung sowie die Benachrichtigungspflichten an den Deutschen Bundestag (§ 101b StPO-E) – finden sich in dem Regelungsvorschlag (unten D.).

I. Systematische Verortung als §§ 110e bis 110h StPO-E

Systematisch bietet es sich an, die Regelungen im AchtenAbschnitt in den §§ 110e ff. StPO im Anschluss an die Vorschriften über den Verdeckten Ermittler (§§ 110a ff. StPO) zu verorten. Die bestehenden Regelungen in anderen Bereichen des Sicherheitsrechts (§ 9b BVerfSchG, § 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG, §§ 45 Abs. 2 Nr. 4, 64 Abs. 2 Nr. 3 BKAG, § 47 Abs. 2 Nr. 3 ZFdG) sind nicht durchgängig als Vorbild geeignet. Sie sind auf die Besonderheiten der VP als förmliches Mittel der Überzeugungsbildung im strafprozessualen Strengbeweisverfahren nicht ohne Weiteres übertragbar.

II. Begrenzung des Einsatzbereichs, Ausschlusskriterien bei der Auswahl von Vertrauenspersonen und klare Regelungen zur Beendigung sowie zur Zusicherung der Vertraulichkeit

Den Grundstein des Regelungskonzepts legt mit § 110e StPO-E eine acht Absätze umfassende Vorschrift zum strafprozessualen Einsatz von Vertrauenspersonen. Sie schafft die unter Wesentlichkeitsgesichtspunkten notwendige gesetzliche Ermächtigung, sieht eine Legaldefinition zur Abgrenzung der VP von VE, Gewährspersonen und Informanten vor und beschränkt den Einsatzbereich zugleich auf Straftaten von erheblicher Bedeutung. Insoweit wird der Gleichklang mit dem Katalog des § 110a Abs. 1 S. 1 und 2 StPO hergestellt. Vertrauenspersonen sollen in strafprozessualen Ermittlungen nur als ultima ratio zum Einsatz kommen dürfen. Auch der Verdeckter Ermittler sollte gegenüber der VP das vorrangige Einsatzinstrument sein, weil ein verbeamteter Polizist (vgl. § 110a Abs. 2 StPO) vorzugswürdig gegenüber einer Privatperson ist, die in der Regel der Szene des Beobachtungsobjekts angehört oder ihr zumindest nahesteht.³¹ Wann eine Person als VP von vornherein nicht in Betracht kommt, sollte – wie in § 9b Abs. 2 Satz 2 BVerfSchG – in einem Negativkatalog klar festgelegt werden. Beispielhaft seien hier Minderjährigkeit,³² die Berufsheimnisträger-

eigenschaft, finanzielle Abhängigkeit oder erhebliche Vorstrafen genannt. Dasselbe gilt für die Frage, wann ein ursprünglich zulässig begonnener VP-Einsatz zu beenden ist. Dies soll etwa dann zwingend sein, wenn die VP wissentlich oder leichtfertig Informationen falsch weitergibt. Eine Doppelführung von VP durch verschiedene Ermittlungs- und Polizeibehörden oder Nachrichtendienste sollte ausgeschlossen sein; damit wird auch Erkenntnissen aus Untersuchungsausschüssen Rechnung getragen. Die Informationsweitergabe etwa von Nachrichtendiensten an Strafverfolgungsbehörden und vice versa richtet sich nach dem allgemeingültigen rechtlichen Rahmen.³³ Parallele Mehrfachverwendungen einer VP bergen Gefahren sowohl für den Wahrheitsgehalt der Erkenntnisse als auch für die Person selbst. Schließlich ist ein differenziertes Konzept zur Zusicherung von Vertraulichkeit und deren möglichem Entfall vorgesehen, um gewichtige Interessen der Strafverfolgungsbehörden, der Vertrauenspersonen selbst und dem Recht der Betroffenen auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren in Einklang zu bringen. Die Entscheidung über die Zusicherung der Vertraulichkeit soll – wie auch über den Einsatz selbst – dem Ermittlungsrichter obliegen.

III. Aktenkundige Dokumentation des Einsatzes und Akteneinsichtsrecht der Verteidigung

Ein rechtsstaatliches Defizit besteht heute in der strukturellen Schwächung der Verteidigungsrechte durch die in der Praxis defizitäre richterliche Kontrollmöglichkeit einer VP, daneben in dem fehlenden Informationszugang zu Erkenntnissen über die VP für die Verteidigung. Während des Einsatzes findet eine gewaltenteilungsaverse Machtballung bei der Polizei und VP-Führung statt. Wie ungesund das sein kann, hat der Fall der VP01 eindrücklich gezeigt.³⁴ Unser Regelungsvorschlag sieht deshalb vor, dass ab einer bestimmten Dauer des Einsatzes an berufener Stelle – möglichst ein OLG-Staatschutzsenat, die Aufgabe mag aber wohl auch bei der Staatschutzkammer des LG angesiedelt werden – eine umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Einsatzes einer VP erfolgt und dort auch die Identität der VP offen zu legen ist. Das OLG teilt Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Einsatzes oder der Zusicherung der Vertraulichkeit der zuständigen Staatsanwaltschaft mit und hat die Option, den Einsatz zu beenden und die Zusicherung von Vertraulichkeit entfallen zu lassen. Der befassende Ermittlungsrichter sowie die Staatsanwaltschaft als Judikativorgane i.w.S. sollen ebenso verlangen können, dass dort die Identität der VP offengelegt wird.

Für die Verteidigung ist ein beschränktes Einsichtsrecht in die VP-Akte vorgesehen. Eine solche Regelung wäre ein wichtiger Schritt in Richtung eines fairen Verfahrens. Sie würde der signifikanten Benachteiligung des Beschuldigten in der gegenwärtigen Rechtspraxis begegnen, ohne unzumutbare Gefährdungen für die VP zu schaffen.

³³ Dazu *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014, S. 199 ff. und *passim*.

³⁴ S. dazu nochmals oben Fn. 5.

IV. Grundsatz des Richtervorbehalts, zeitliche Befristung und Verfahrenssicherung durch Überwachungspflicht der Staatsanwaltschaft

Als § 110f StPO-E ist eine Verfahrensregelung zum Einsatz von VP vorgesehen, die – in Anbetracht der besonderen Schwere der Grundrechtseingriffe – den Grundsatz des Richtervorbehalts und eine ausnahmsweise Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft statuiert. Darüber hinaus soll – wie bei anderen heimlichen Überwachungsmaßnahmen auch – eine zeitliche Befristung der Maßnahme auf maximal drei Monate mit Verlängerungsmöglichkeiten um jeweils nicht mehr als drei Monate und einer absoluten Grenze von nicht mehr als fünf Jahren gelten. Ziel muss es sein, eine Dauerbeschäftigung und damit einhergehende, auch finanzielle Abhängigkeiten mit Auswirkungen auf die Zuverlässigkeit der Angaben der VP im Strafprozess zu verhindern. Ein Fall Murat Cem, der fast zwanzig Jahre lang als VP01 tätig war,³⁵ darf sich nicht wiederholen. Zur rechtsstaatlichen Kontrolle des Einsatzes sollen Staatsanwaltschaft und Gericht unter bestimmten Bedingungen die Offenbarung der Identität der Vertrauensperson verlangen können. Der Einsatz der VP soll durch die Staatsanwaltschaft zu überwachen und ihre Zuverlässigkeit regelmäßig zu überprüfen sein.³⁶ Einzelheiten der Überwachungspflicht sollten bei der Staatsanwaltschaft u.a. durch die Etablierung eines regelmäßigen internen Revisions- und Kontrollverfahrens sichergestellt werden. Für die Fortdauer des Einsatzes über zwölf Monate hinaus ist vorgesehen, dass die Akten zur Prüfung der Rechtmäßigkeit sowie gegebenenfalls zur Beendigung des Einsatzes und in Ausnahmefällen zur Zurücknahme der Vertraulichkeitszusage dem zuständigen OLG-Staatschutzsenat vorgelegt werden.

V. Kein Recht zum Betreten von Wohnungen und Verbot von Straftaten im Rahmen des Einsatzes

Auf eine Regelung zum Betreten von Wohnungen durch VP wird bewusst verzichtet. Denn ein solcher aufgrund der Täuschung beim Einverständnis in Art. 13 GG eingreifender, der hoheitlichen Gewalt zurechenbarer Akt wäre nur im Falle einer Änderung auch des Art. 13 GG verfassungskonform.³⁷ Im Umkehrschluss folgt hieraus, dass das Betreten der Wohnung grundsätzlich unzulässig ist. Auch die Teilnahme an strafbaren Handlungen des Beschuldigten ist der VP in Anlehnung an Anlage D Nr. II.2.2 S. 1 zu den RiStBV generell nicht gestattet.³⁸ Eine Regelung zum Absehen von der Strafverfolgung für den Fall einer gleichwohl begangenen Straftat ist vor diesem Hintergrund ebenfalls

³⁵ S. Fn. 5.

³⁶ Zur Kontrollpflicht beim Einsatz verdeckter Ermittler EGMR StV 2015, 405 (408 Tz. 53) – *Furcht. I Deutschland*; BVerfG (2. Kammer des 2. Senats), StV 2015, 413 (415 Tz. 36).

³⁷ Selbst für den VE ebenso die ganz h.M. im Schrifttum, vgl. C. Roxin StV 1998, 43 (44); Frister StV 1993, 151 (155); Eisenberg NJW 1993, 1033 (1038 f.); SSW-StPO/Eschelbach, 5. Aufl. 2023, § 110c Rn. 4; HK-StPO/Gercke, 6. Aufl. 2019, § 110c Rn. 3 und MÜKo-StPO/Hauschild, 2. Aufl. 2023, § 110c Rn. 15.

³⁸ Zur Unzulässigkeit einsatzbedingter Straftaten BGH NSTZ-RR 2021, 175 (176); Meyer-Goßner/Schmitt-StPO, 65. Aufl. 2022, § 110c Rn. 4. Vgl. für das Nachrichtendienstrecht § 9b Abs. 1 i.V.m. § 9a Abs. 3 BVerfSchG.

untunlich.³⁹ Bei Straftaten der einfachen und mittleren Kriminalität ist auf das bestehende Instrumentarium der Opportunitätsvorschriften zu verweisen (§§ 153, 153a StPO).

VI. Regelungen zur Vernehmung und zu Grenzen der Geheimhaltung im Strafprozess

Das zweite Herzstück des Regelungsvorschlages sind prozessuale Regelungen zum Umgang mit einer VP und ihrer Aussage in der Hauptverhandlung. Dieser Punkt hat vor dem Hintergrund des regelmäßig eingeschränkten Konfrontationsrechts des Beschuldigten essentielle Bedeutung, eine gesetzliche Regelung ist rechtstaatlich elementar. Dem Spannungsverhältnis gegenläufiger Interessen soll durch ein abgestuftes Instrumentarium zum Schutz der Identität der VP in der Hauptverhandlung Rechnung getragen werden.

Die Vernehmungen einer VP sind im Ermittlungsverfahren wörtlich zu verschriften. Das derzeit gelebte Regel-Ausnahme-Verhältnis zur Vernehmung der VP selbst soll geändert werden. Es soll gesetzlich klargestellt werden, dass bei der Vernehmung der VP von der Möglichkeit einer audiovisuellen Vernehmung an einem anderen Ort unter Verfreumdung Gebrauch zu machen ist. Denn es leuchtet nicht ein, eine VP per se für eine Vernehmung zu sperren und stets nur den VP-Führer als Zeugen vom Hörensagen in die Hauptverhandlung zu entsenden. Der Fall der VP01 – sie zählt zu den gefährdetsten zivilen Personen in Deutschland – zeigt eindrücklich, dass eine Vernehmung unter optisch-akustischer Verfreumdung an einem geheimen Ort möglich ist, ohne die VP einer Gefährdung auszusetzen, und gleichzeitig erheblich zur Wahrheitsfindung beitragen kann.⁴⁰ Auch bei optischer und akustischer Verfreumdung der Identität der Vernehmungsperson ist es regelmäßig möglich, ihre Glaubwürdigkeit und die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben hinreichend zu prüfen. Bestehende Schutzmechanismen wie der Anschluss der Öffentlichkeit und die Entfernung des Angeklagten aus dem Sitzungszimmer (vgl. insgesamt § 68 Abs. 2 und 3, § 68a, § 200 Abs. 1, § 222 Abs. 1 und § 247a StPO sowie die §§ 171b, 172 GVG) sollten von der Praxis auch tatsächlich genutzt werden. Ein Auskunftsverweigerungsrecht der VP soll neu geschaffen werden, wenn die wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage konkrete Hinweise auf ihre Identität ermöglichen würde. Schließlich soll klargestellt werden, dass im Falle einer Sperrung der VP als Zeuge durch die oberste Dienstbehörde die Möglichkeit der Vernehmung unter Anwendung von Schutzregelungen in die Frage einzustellen ist, ob eine Sperrung zulässig ist oder nicht. Um die Kontrolle durch die Legislative zu stärken, sollte sich das Parlamentarische Kontrollgremium, ausgehend von der zu begründenden statistischen Erfassung und Berichtspflicht (§ 101b StPO), mit dem Einsatz von Vertrauenspersonen auf Bundesebene befassen.

³⁹ Vgl. für das Nachrichtendienstrecht § 9b Abs. 1 i.V.m. § 9a Abs. 3 BVerfSchG.

⁴⁰ Sie wurde in dieser Form sowohl vor dem Untersuchungsausschuss des Landtags NRW als auch vor dem des Deutschen Bundestags angenommen, s. <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/murat-cem-alias-vp01-ich-rate-jedem-davon-ab-v-mann-zu-werden-a-2ed0c271-0062-4eba-9337-ba04dd6635bc>.

VII. Rechtssichere Regelung zum menschenrechtskonformen Verbot der Tatprovokation

Schließlich ist mit § 110h StPO-E eine gesetzliche Regelung zum menschenrechtskonformen Verbot der Tatprovokation vorgesehen. Die Vorschrift schreibt im ersten Absatz das grundsätzliche Verbot der Tatprovokation sowie das Verfahrenshindernis als zwingende Konsequenz rechtsstaatswidriger Tatprovokation fest. Etwaige Bedenken,⁴¹ dass trotz des zwischenzeitlichen Einlenkens auch des 1. Strafsenats Raum für eine Strafzumessungslösung verblieben sein konnte, werden damit endgültig ausgeräumt. Prozessual soll im Sinne eines effektiven Grundrechtsschutzes beim Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte eine Beweislastumkehr gelten. Die Strafverfolgungsbehörde sollen verpflichtet werden zu substantiieren, dass die Tatmotivierung nicht unzulässig war.⁴²

Weitere Absätze regeln sodann eine eng formulierte Bereichsausnahme der Tatmotivierung, indes unter qualifizierten Voraussetzungen. Darin werden die durch die Rechtsprechung des EGMR und des BGH gezogenen Grenzen des Rechts auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren aufgegriffen, zusammengeführt und in zwingende Mindestvoraussetzungen beim tatmotivierenden Einsatz Verdeckter Ermittler umgesetzt. Charakteristika bilden das Erfordernis des Tatverdachts als »nicht überwindbare rechtsstaatliche Schranke«,⁴³ die Begrenzung des Einsatzbereichs in einem Katalog für bestimmte Allgemeinrechtsgüter,⁴⁴ die Wiederholungsfahrer als Einsatzvoraussetzung,⁴⁵ eine Subsidiaritätsklausel, das durch die Rechtsprechung⁴⁶ entwickelte Quantensprungsverbot, eine Begrenzung der Einwirkungsintensität und der Vorbehalt richterlicher Zustimmung als vorbeugender Rechtmäßigkeitskontrolle.⁴⁷ Wegen ihrer gesteigerten professionellen Zuverlässigkeit als Beamte des Polizeidienstes (oben B.11.) beschränkt sich die Regelung auf Verdeckte Ermittler als agents provocateurs. Es erscheint perspektivisch jedoch nicht ausgeschlossen, sie nach einer positiven Evaluierung, die frühestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Vorschriften starten sollte, für andere Personengruppen zu öffnen.⁴⁸

⁴¹ Weigend KriPoZ 2022, 131 (133) ordnet BGH StV 2022, 275 f (Ls) indes so ein: »Die noch vor kurzem in dieser Frage diagnostizierte >judikative Kakophonie< hat sich damit unversehens in vollendete Harmonie verwandelt«.

⁴² Vgl. F. Meyer HRRS 2022, 179 (184); Conen StV 2022, 182 (184 f.); Gaede Buermeyer HRRS 2008, 279 (280, 286 f.).

⁴³ Siehe dazu bereits U. Sommer NSTz 1999, 48 (49); Fischer/Maul N StZ 1992, 7 (12).

⁴⁴ Ausf. Tyszkiewicz, Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme, 2014, S. 196.

⁴⁵ Vgl. C. Schmidt, Grenzen des Lockspitzeinsatzes, 2016, S. 174.

⁴⁶ Vgl. EGMR (Große Kammer) NJW 2009, 3565 (3568 Tz. 71) - *Ramanauskas./ Litauen*; EGMR NJW 2012, 3502 (3503 Tz. 27) - *Prado Bugallo./ Spanien*; BGHSt 47, 44 (49) = StV 2001, 492; dazu auch F. Meyer/Wohlens JZ 2015, 761 (769); Kinzig StV 1999, 288 (292);) *ahn JuS* 2014, 371 f.

⁴⁷ Eingehend Hübner (Fn. 6), S. 126 ff.

⁴⁸ S. bereits Jahn/Hübner StV 2020, 207 (212 f.).

C. Ausblick

»Auch wenn«, so lesen wir an zentraler Stelle in einer deutschen Übersetzung des Akbay-Urteils,⁴⁹ »die Ausbreitung des organisierten Verbrechens zweifellos wirksame Maßnahmen verlangt, nimmt das Recht auf eine geordnete Rechtspflege doch eine so herausragende Stellung ein, dass es nicht der Zweckmäßigkeit geopfert werden darf«. Für den gesamten Komplex des VP-Einsatzes hat Straßburg hier für den Gesetzgeber eine verbindliche menschenrechtliche Leitlinie formuliert. Mag man aus strafverfassungsrechtlicher Sicht auch die Beschwörung der kriminalpolitischen Allzweckwaffe »OK« im ersten Teil der zitierten Stelle mit einer gewissen Zurückhaltung betrachten, besteht über den zweiten Satzteil aus deutscher Sicht kein Dissens.⁵⁰

Die Aussage hat praktische Konsequenzen für die Debatte um VP und die Tatprovokation. Diese sind: der Zweck heiligt nicht die Mittel.⁵¹ Im Rechtsstaat gibt es keine Wahrheitsermittlung und erst recht keine Strafverfolgung um jeden verfassungsrechtlichen Preis.⁵² Und wir hoffen, dass dazu demnächst eine dritte Konkretisierung dritte: auch für Außenstehende bedarf es nicht länger einer kritischen Distanz zum VP-Einsatz schon allein deshalb, weil die Voraussetzungen und Grenzen der Maßnahme vom Gesetzgeber nicht so konkret wie möglich begründet worden sind.⁵³ Für den Rechtsstaat wäre dies ein Gewinn.

D. Vorschlag eines Gesetzes zur Schaffung von Rechtssicherheit beim Einsatz von Vertrauenspersonen und zum rechtsstaatskonformen Verbot der Tatprovokation (VTPG)⁵⁴

§ 110e Vertrauenspersonen

(1) ¹Vertrauenspersonen dürfen zur Aufklärung von Straftaten eingesetzt werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung,
2. auf dem Gebiet des Staatsschutzes (§§ 74a, 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes),

⁴⁹ EGMR NJW 2021, 3515 (3520 Tz. 110) = StV-S 2021, 1 (Ls) unter Bezugnahme auf die *Landmark Cases Teixeira de Castro./ Portugal* und *Bannikova./ Russland*.

⁵⁰ Ebenso Esser StV 2021, 381 (392).

⁵¹ Vgl. bereits R. Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1988, S. 361; Jahn, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 298.

⁵² Es gibt wohl keine Sentenz aus einem BGH-Urteil (nämlich: BGHSt 14, 358 [365]), die in der Strafprozessualen Literatur häufiger zitiert worden ist, vgl. - im Kontext der Gesamtreform des Strafverfahrens - Jahn StV 2022, 594 (599) m.w.N.

⁵³ S. das seinerzeitige Fazit von Lüderssen, in: ders. (Hrsg.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, 1985, S. 1 (37).

⁵⁴ Der Regelungsvorschlag übernimmt in einigen Partien Formulierungen des DAV-Entwurfs (Fn. 6).

3. gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder

4. von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist. ²Zur Aufklärung von Verbrechen dürfen Vertrauenspersonen auch eingesetzt werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen die Gefahr der Wiederholung besteht. ³Der Einsatz ist nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre; der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers gemäß § 110a Absatz 1 hat Vorrang. ⁴§ 100d Absatz 1 und 2 gilt entsprechend.

(2) Vertrauensperson ist eine Privatperson, die, ohne einer Strafverfolgungsbehörde anzugehören, beauftragt wird, diese bei der Aufklärung von Straftaten, in der Regel auf längere Zeit, vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird.

(3) ¹Als Vertrauenspersonen dürfen Personen nicht eingesetzt werden, die

1. Berufsheimnisträger (§ 53 Absatz 1 Nr. 1-5) oder deren Berufshelfer (§ 53a Absatz 1 Nr. 1-3) sind, soweit Sachverhalte betroffen sind, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht bezieht,

2. gleichzeitig für einen Nachrichtendienst oder die Polizei im Bereich der Gefahrenabwehr tätig sind.

3. an einem behördlichen Aussteigerprogramm teilnehmen,

4. von den Geld- oder Sachzuwendungen für die Tätigkeit als Vertrauensperson als ihrer dauerhaften alleinigen Lebensgrundlage abhängen würden,

5. nicht voll geschäftsfähig, insbesondere minderjährig sind oder

6. im Bundeszentralregister aufgrund einer Verurteilung wegen eines Verbrechens oder zu einer Freiheitsstrafe, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist, eingetragen sind.

²Die Beteiligung an strafbaren Handlungen ist einer Vertrauensperson nicht gestattet.

(4) Die Mehrfachführung von Vertrauenspersonen durch verschiedene Polizeibehörden oder Nachrichtendienste oder Strafverfolgungsbehörden in anderen Ermittlungsverfahren ist nicht zulässig.

(5) ¹Einer Vertrauensperson darf Vertraulichkeit nur dann zugesichert werden, wenn sie bei Bekanntwerden ihrer Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden erheblich gefährdet wäre oder unzumutbare Nachteile zu erwarten hätte. ²Über die Zusicherung der Vertraulichkeit entscheidet der Richter (§ 162).

(6) ¹Der Einsatz ist unverzüglich zu beenden, wenn die Vertrauensperson

1. die Information wissentlich oder leichtfertig falsch weitergibt,

2. von einer Weisung vorwerfbar abweicht oder sich sonst als unzuverlässig erweist,

3. sich an der aufzuklärenden Tat beteiligt hat,

4. sich in Ausübung ihrer Tätigkeit für die Strafverfolgungsbehörden strafbar macht (§ 110e Absatz 1

Satz 5) und deshalb rechtskräftig verurteilt wird oder

5. gleichzeitig gefahrenabwehrrechtlich für eine Polizeibehörde oder einen Nachrichtendienst oder in einem anderen Ermittlungsverfahren tätig wird.

²Tritt eine der in Satz 1 genannten Voraussetzungen ein, entfällt grundsätzlich die Zusicherung der Vertraulichkeit. ³Hierüber entscheidet der Richter (§ 162). ⁴Die Vertrauensperson ist über die in Satz 2 genannte Folge vor Beginn ihrer Tätigkeit schriftlich zu belehren.

(7) ¹Die Einsatzvoraussetzungen (Absatz 1), die Gründe für die Zusicherung der Vertraulichkeit (Absatz 5) und eine Verlängerung nach § 110f Absatz 1 Satz 5 sowie die maßgeblichen Gründe hierfür sind in der die Vertrauensperson betreffenden Akte (Vertrauenspersonalakte) niederzulegen. ²Insbesondere sind stets einzelfallbezogen anzugeben

1. die bestimmten Tatsachen, die den Tatverdacht begründen (Absatz 1 Satz 1),

2. die wesentlichen Erwägungen zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme (Absatz 1 Satz 3).

(8) ¹Auf Antrag ist dem Verteidiger des Beschuldigten Einsicht in die Vertrauenspersonalakte zu gewähren. ²Von der Akteneinsicht ausgenommen sind Berichte und Informationen, die Rückschlüsse auf die Identität der Vertrauensperson zulassen. ³Die Entscheidung über den Umfang der Akteneinsicht trifft in entsprechender Anwendung des § 162 Absatz 2 der Richter.

§ 110f

Verfahren beim Einsatz von Vertrauenspersonen

(1) ¹Der Einsatz einer Vertrauensperson darf nur durch den Richter (§ 162), bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden. ²Die Anordnung bedarf der Schriftform. ³Die Maßnahme ist bei Anordnung durch die Staatsanwaltschaft zu beenden, sofern nicht das Gericht binnen drei Werktagen schriftlich zustimmt. ⁴Der Einsatz ist auf höchstens drei Monate zu befristen. ⁵Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei Monate ist zulässig, soweit die Voraussetzungen der Anordnung unter Berücksichtigung der gewonnenen Untersuchungsergebnisse fortbestehen. ⁶Die Dauer des Einsatzes einer Vertrauensperson darf fünf Jahre nicht überschreiten.

(2) Die Staatsanwaltschaft und das Gericht, welche für die Entscheidung über die Anordnung des Einsatzes nach Absatz 1 Satz 1 zuständig sind, können verlangen, dass die Identität der Vertrauensperson ihnen gegenüber offenbart wird.

(3) Wird die Vertrauensperson in einem bestimmten Ermittlungsverfahren unter einer Legende (§ 110a Absatz 2 Satz 1) gezielt eingesetzt, ohne zuvor dem Umfeld des Beschuldigten anzugehören, so ist sie zu verpflichten, in der Hauptverhandlung als Zeuge auszusagen.

(4) ¹Die Zuverlässigkeit der Vertrauensperson ist regelmäßig zu überprüfen. ²Ihr Einsatz ist durch die Staatsanwaltschaft zu überwachen.

IM STRAFRECHT UNVERZICHTBAR

(5) ¹Dauert der Einsatz länger als zwölf Monate an, ist dem zuständigen Oberlandesgericht durch den in § 120 Absatz 4 Satz 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes genannten Senat ihre Identität unbeschadet des § 110g Absatz 2 mitzuteilen und alle sechs Monate Einsicht in die Akte der Vertrauensperson zu geben. ²Der Senat prüft die Rechtmäßigkeit des Einsatzes und der Zusicherung der Vertraulichkeit und teilt Zweifel daran der Staatsanwaltschaft mit. ³Soweit die Bedenken nicht ausgeräumt werden können, ordnet das Oberlandesgericht an, den Einsatz der Vertrauensperson unverzüglich zu beenden und in Ausnahmefällen zusätzlich die Zusicherung der Vertraulichkeit zurück zu nehmen.

§ 110 g

Vernehmung von Vertrauenspersonen

(1) Vernehmungen einer Vertrauensperson im Ermittlungsverfahren sind in wörtlicher Wiedergabe (§ 168a Absatz 2 Satz 1) zu protokollieren.

(2) ¹Die Identität der Vertrauensperson darf gegenüber den Gerichten nicht geheim gehalten werden. ²Ausnahmsweise ist die Geheimhaltung möglich, wenn

1. der Schutz der Vertrauensperson dies unabwendbar erfordert
- oder
2. zukünftige Ermittlungserfolge maßgeblich vom weiteren Einsatz der Vertrauensperson abhängen und zu erwarten ist, dass der weitere Einsatz durch die Mitteilung der Identität vereitelt würde.

³Dem Gericht sind unabhängig von Satz 2 auf Anforderung diejenigen Angaben zu der Vertrauensperson zu machen, die deren Ladung in der Hauptverhandlung ermöglicht.

(3) ¹In der Hauptverhandlung ist die Vertrauensperson zu vernehmen, soweit über ihre Angaben Beweis erhoben werden soll. ²Soweit möglich ist von einer audiovisuellen Vernehmung an einem anderen Ort unter Verfremdung der Erscheinung und Stimme der Vertrauensperson (§ 247a Absatz 1 Satz 1) Gebrauch zu machen. ³Die Vertrauensperson muss die in § 111 Absatz 1 OWiG genannten Personalien nicht angeben, solange die Vertraulichkeitszusage besteht. ⁴Zum Schutz der Vertrauensperson kann das Gericht insbesondere anordnen, dass die Öffentlichkeit für die Dauer der Befragung ausgeschlossen wird oder der Angeklagte während der Vernehmung aus dem Sitzungszimmer entfernt wird, sofern ein erheblicher Nachteil für das Wohl der Vertrauensperson zu befürchten ist, wenn sie in Gegenwart des Angeklagten vernommen würde. ⁵Die grundsätzliche Pflicht zur Vernehmung einer Vertrauensperson und die bestehenden Möglichkeiten zum Schutz ihrer Identität sind bei einer Entscheidung der obersten Dienstbehörde nach § 96 zu beachten.

(4) Die Vertrauensperson kann die Beantwortung von Fragen verweigern, wenn die wahrheitsgemäße Beantwortung konkrete Hinweise auf ihre Identität ermöglichen würden.

§ 110h

Rechtsstaatswidrige Tatprovokation

(1) ¹Im Falle rechtsstaatswidriger Tatprovokation ist das Verfahren gegen die provozierte Person wegen eines Verfahrenshindernisses einzustellen. ²Soweit hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation stattgefunden hat, hat die Strafverfolgungsbehörde darzulegen, dass die Tatmotivierung nicht unzulässig war.

(2) ¹Ausnahmsweise dürfen Verdeckte Ermittler (§ 110a Absatz 2 Satz 1) eine Tat provozieren, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Straftat von erheblicher Bedeutung

1. auf dem Gebiet des unerlaubten Betäubungsmittel- oder Waffenverkehrs, der Geld- oder Wertzeichenfälschung oder
2. gegen ein sonstiges Allgemeinrechtsgut
 - a) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig oder
 - b) von einem Bandenmitglied oder in anderer Weise organisiert

begangen worden ist und die Gefahr der Wiederholung bestehe. ²Die Maßnahme ist nur zulässig, soweit die Verfolgung der Anlasstat oder einer Wiederholungstat ansonsten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

(3) ¹Tatprovokation ist das staatliche Hervorrufen eines Tatentschlusses mit dem Zweck, den Verdächtigen wegen der veranlassten Straftat zu überführen. ²Der Unrechtsgehalt der provozierten Tat muss in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zum Tatverdacht stehen. ³Die zulässige Intensität der Einflussnahme richtet sich nach der Stärke des bestehenden Tatverdachts. ⁴Ergänzend kann berücksichtigt werden, inwiefern die Zielperson zur Tat bereit ist, in welchem Maße sie eigene, nicht fremdgesteuerte Aktivitäten entfaltet und welchem weiteren Zweck die Maßnahme dient. ⁵Der Tatprovokateur darf sich keiner unlauteren Mittel bedienen.

(4) ¹Tatprovokationen dürfen nur durch den Richter (§ 162), bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden. ²Die Anordnung bedarf der Schriftform. ³Die Maßnahme ist bei Anordnung durch die Staatsanwaltschaft zu beenden, sofern nicht das Gericht binnen drei Werktagen schriftlich zustimmt.

§ 101 Absatz 1 ist dahingehend zu erweitern, dass die nachträgliche Benachrichtigungspflicht auch den Einsatz von Vertrauenspersonen nach § 110e erfasst; dasselbe gilt für § 101b Absatz 1 für die statistische Erfassung und die Berichtspflichten an den Deutschen Bundestag).



**JUGENDGERICHTSGESETZ
KOMMENTAR**
Rudolf Brunner und Dieter Dölling
2023, 14., neu bearb. Auflage, 733 S.
Gebunden € 99,95 [D]
ISBN 978-3-11-067819-2

Die umfassend überarbeitete Neuauflage des Klassikers:

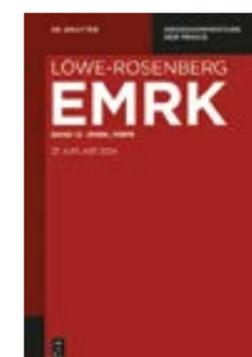
- ▶ wissenschaftlich fundiert und mit praxisbezogenen Lösungsansätzen
- ▶ präzise, übersichtliche Kommentierung aus einer Hand
- ▶ hochaktuell: berücksichtigt sämtliche Änderungen durch die jüngsten Reformgesetze



LEIPZIGER KOMMENTAR STGB
BAND 19 §§ 331–358
Bearb. v. Ferdinand Gillmeister,
Anette Grünewald, Eric Hilgendorf et al.
2023, 13., neu bearb. Auflage, 602 S.
Gebunden € 179,- [D]
ISBN 978-3-11-048898-2

Band 19 enthält die im Besonderen Teil des StGB geregelten Amtsdelikte, darunter die Vorteilsannahme, die Bestechlichkeit, die Vorteilsgewährung und Bestechung (§§ 331–335), die Rechtsbeugung (§ 339), die Körperverletzung im Amt (§ 340) sowie die Falschbeurkundung im Amt (§ 348) und die Verletzung von Dienstgeheimnissen (§ 353b).

Teil des mehrbändigen Werks *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, in der Reihe *Großkommentare der Praxis*.



LÖWE-ROSENBERG STPO
BAND 12 EMRK; IPBPR
Bearb. v. Robert Esser
2023, 27., neu bearb. Auflage, 2099 S.
Gebunden € 309,- [D]
ISBN 978-3-11-027483-7

Band 12 enthält die umfassende Kommentierung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR).

Teil des mehrbändigen Werks *Löwe-Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, in der Reihe *Großkommentare der Praxis*.



Ebenfalls erhältlich als eBook (PDF und ePUB).
Preisänderungen vorbehalten.

ZUR REFORM- BEDÜRFTIGKEIT DES WIEDERAUF- NAHMERECHTS



I. Historische Entwicklung der gesetzlichen Grundlagen des Wiederaufnahmerechts

Fehlurteile sind zu beklagen, seit Urteile gesprochen werden.¹ Oftmals führt menschliches Versagen zu Fehlurteilen, manchmal auch der Zufall oder mangelndes kriminalistisches Wissen. Fehlurteile werden daher auch mit allen Verbesserungen der Verfahrensstruktur, die auf die Reduzierung von Gefahrenquellen für Fehlurteile gerichtet sind, nie gänzlich vermeidbar sein.² Hinzu kommt, dass das geltende Prozessrecht davon geprägt ist, Verfahren effizient, ökonomisch und endgültig zu erledigen.³ Dass dabei die Wahrheit auf der Strecke bleiben kann, liegt auf der Hand.

Die Korrektur von Fehlurteilen obliegt mit den §§ 359 ff. StPO dem Rechtsbehelf der Wiederaufnahme des Strafverfahrens. Das geltende Wiederaufnahmerecht im Jahr 2023 unterscheidet sich dabei nur unwesentlich vom Wiederaufnahmerecht nach Inkrafttreten der RStPO am 1.10.1879,⁴ indem es – nach wie vor – Elemente des akkusatorischen und inquisitorischen Prozessverständnisses⁵ vereint. Aus den einzelnen gesetzlich vorgesehenen Wiederaufnahmegründen wird jedoch auch deutlich, dass Zweifel an der (materiellen) Wahrheit eines Urteilsspruchs die Wiederaufnahme eines Verfahrens begründen können sollen.⁶ Der Gesetzgeber hat sich damit zugunsten der Wahrheit und Gerechtigkeit entschieden, um Rechtsfrieden herzustellen.⁷

Im Folgenden wird sich die Frage stellen, ob der Gesetzgeber zur Korrektur von Fehlurteilen die nach geltendem Recht sehr restriktiven Wiederaufnahmenvorschriften der §§ 359 ff. StPO⁸ reformieren sollte und welchen Verbesserungsvorschlägen er im Wiederaufnahmerecht de lege ferenda Beachtung schenken sollte.

Wendet man sich der Frage zu, welche Reformideen der Gesetzgeber zur Verbesserung des geltenden Rechts aufgreifen sollte, lohnt es, auch die Historie des geltenden Rechts zu beleuchten. Aus ihr lassen sich Erkenntnisse zum grundsätzlichen Verständnis des Gesetzgebers über den Rechtsbehelf gewinnen, was wiederum für die Fortentwicklung des Rechts essenziell erscheint.

Die Wiederaufnahme, deren grundsätzliche Legitimation soweit ersichtlich nicht in Zweifel gezogen wird, unterscheidet bekanntlich seit jeher zwischen der günstigen (§ 359 StPO) und ungünstigen Wiederaufnahme (§ 362 StPO). Ein wesentlicher Unterschied der beiden Wiederaufnahmekonstellationen ist, dass das Wiederaufnahmerecht bis 2021 eine auf neue Tatsachen oder Beweismittel (*nova*) gestützte Wiederaufnahme nur mit § 359 Nr. 5 StPO kannte. Bereits 1908 erwog der Gesetzgeber, die grundlegende Differenzierung zwischen Wiederaufnahme zugunsten und zuungunsten des Betroffenen aufzugeben.⁹ Zwar ist diese Diskussion nicht mehr aktuell, jedoch zeigt die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO, dass sich der Gesetzgeber nunmehr für eine Spiegelbildlichkeit der Wiederaufnahmegründe in § 359 StPO und § 362 StPO entschieden hat.¹⁰ Eine derartige Entwicklung kennt die deutsche Geschichte bereits aus dem Jahr 1939. Damals sollte die ungünstige Wiederaufnahme keinen strengeren Maßstäben unterliegen als die günstige,¹¹ so dass im Zusammenhang mit der Vereinfachungsverordnung von 1943 die ungünstige Wiederaufnahme erheblich ausgeweitet wurde (das Verfahren konnte zuungunsten des Beschuldigten¹² aufgrund neuer Tatsachen und Beweismittel wiederaufgenommen werden¹³).

Erst mit dem Vereinheitlichungsgesetz 1950 wurde auch in Bezug auf das Wiederaufnahmerecht der bis 1933 geltende Gesetzeszustand wiederhergestellt.¹⁴ Änderungen am materiellen Wiederaufnahmerecht

¹ Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß I, S. 25.

² Hanack, Zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß, JZ 1973, 393.

³ Dunkel/Kemme, Fehlurteile in Deutschland: eine Bilanz der empirischen Forschung seit fünf Jahrzehnten, in: NK 2016, 139.

⁴ LR-Schuster Vor § 359/Entstehungsgeschichte; Dippel GA 1972, 97, 111 ff.

⁵ Wasserburg, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, S. 6; Petermann, in: Miebach/Hohmann, Wiederaufnahme in Strafsachen, Teil B, Rz. 8.

⁶ Grüner/Wasserburg NSTz 1999, 286, 289.

⁷ Grüner/Wasserburg NSTz 1999, 286, 290.

⁸ Kaspar/Arnemann, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zur Korrektur fehlerhafter Urteile – rechtliche Grundlagen, empirische Erkenntnisse und Reformbedarf, in: R&P 2016, 58, 62; SSW-Kaspar, Vorbemerkung zu §§ 359 ff. StPO, Rz. 6.

⁹ Arnemann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 172 f.

¹⁰ Kritisch hierzu: Arnemann StraFo 2021, 442; Kaspar GA 2022, 21 sowie Gerson (in diesem Heft).

¹¹ Wasserburg, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, S. 16; Ziemba, Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen oder Verurteilten, S. 68.

¹² Die im Folgenden gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf alle Geschlechter.

¹³ RGBl. I 1943, 342, 345.

¹⁴ KK-Tiemann, Vorbemerkungen zu § 359/8.

wurden sodann wieder im Rahmen des 1. StRVG 1974 diskutiert, das eine grundlegende Reform für dringend erforderlich erachtete.¹⁵ Lediglich ein Teil der in Vergangenheit erhobenen Reformforderungen hat der Gesetzgeber bis dato umgesetzt, bspw. mit Einfügung der §§ 364a, b StPO (Bestellung eines Verteidigers für das Wiederaufnahmeverfahren bzw. zu dessen Vorbereitung) bzw. § 140a GVG (Zuständigkeit des Wiederaufnahmegerichts) und § 359 Nr. 6 StPO (Wiederaufnahme wegen festgestellter Menschenrechtsverletzung)¹⁶. Im Übrigen wurde die auch vom Gesetzgeber als notwendig erachtete und von verschiedenen Seiten angemahnte, grundlegende Reformierung des Wiederaufnahmerechts bis heute nicht aufgegriffen.¹⁷

Auch Mitte der 1990-iger Jahre beinhalteten Gesetzesentwürfe u. a. die Forderung, das Recht der Wiederaufnahme grundlegend zu verändern. So sollten die einzelnen Wiederaufnahmegründe abgeschafft, § 359 Nr. 5 StPO hingegen als Generalklausel erhalten bleiben. Erwogen wurde auch die Möglichkeit zur Korrektur von Rechtsanwendungsfehlern oder offensichtlicher Verletzungen der rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze.¹⁸ In prozessualer Hinsicht war vorgesehen, im Wiederaufnahmeverfahren eine mündliche Verhandlung zu ermöglichen und eine Antragsfrist von zehn Jahren bei Vergehen bzw. 20 Jahren bei Verbrechen einzuführen. Auch um eine Konkretisierung der Erheblichkeitsprüfung im Wiederaufnahmeverfahren bemühten sich die Entwurfsverfasser. Die ungünstige Wiederaufnahme sollte demgegenüber auf Mord und Völkermord beschränkt werden, jedoch als Wiederaufnahmegrund ebenfalls neue Tatsachen und Beweismittel vorsehen,¹⁹ und nur bei »Ausschluss jeden Zweifels« der Täterschaft möglich sein.²⁰ Der Gesetzgeber folgte diesen Vorschlägen nicht.²¹

Grundlegende Fragen zum Recht der Wiederaufnahme beschäftigten zuletzt 2015 eine vom Bundesjustizministerium eingesetzte Expertenkommission. Sie sah im Ergebnis keinen Reformbedarf für das Wiederaufnahmerecht.²² Inhaltlich war hier diskutiert worden, die hohen Zulässigkeitsanforderungen im Bereich der Wiederaufnahme eines Verfahrens zu lockern, wobei die Kommission die Zulässigkeit der Beweisantizipation im Rahmen des Aditionsverfahrens bis zu einer grundlegenden Reform zurückstellen

wollte.²³ Sie erwog indes, das Wiederaufnahmegericht bei der Geeignetheitsprüfung des § 368 Abs. 1 StPO von der Beweiswürdigung des Erstgerichts zu entbinden²⁴ und die Ermittlungsbehörden zu verpflichten, den Angeklagten bei seinen Wiederaufnahmebemühungen zu unterstützen. Die Kommission erörterte darüber hinaus den bereits im Rahmen des 1. StrVG diskutierten Vorschlag, den zur Entscheidung berufenen Richter, dessen Zulässigkeitsentscheidung im Beschwerdeverfahren korrigiert worden war, von der Mitwirkung am weiteren Verfahren auszuschließen.²⁵ Auch die Einführung der mit § 363 Abs. 2 StPO bislang nicht möglichen Strafmaßwiederaufnahme wurde diskutiert, ebenso wie eine Divergenzvorlagepflicht für Oberlandesgerichte an den Bundesgerichtshof zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung.²⁶ Sämtliche Erwägungen wurden jedoch nicht weiterverfolgt.

II. Notwendigkeit zur Fortentwicklung des Wiederaufnahmerechts

Seit Langem²⁷ und bis heute anhaltend²⁸ wird damit eine Neuregelung des Wiederaufnahmerechts gefordert. Im Zentrum der Forderungen steht vor allem die Korrektur der in der Praxis beklagten Neigung der Gerichte, Wiederaufnahmegesuche abzublocken.²⁹ Die gerichtliche Praxis der Anwendung der §§ 359 ff. StPO wird gar als wiederaufnahmefeindlich moniert,³⁰ weshalb die meisten Wiederaufnahmegesuche scheitern sollen.

Um dieses Verständnis zu erschüttern und eine offene Fehlerkultur in der gerichtlichen Praxis zu etablieren, erscheint daher zunächst eine systematische Erfassung und Erforschung von Fehlurteilen³¹ notwendig, zumal es nach wie vor nur wenige empirische Forschungen über Fehlurteilsquoten und die Erfolgsaussichten von Wiederaufnahmeanträgen gibt.³² Dunkel betont in ihrer Arbeit etwa, dass die vorhandenen Daten unübersichtlich sind, zumal sie nicht erkennen lassen, ob die auf Wiederaufnahmeanträge hin eingeleiteten Verfahren lediglich die Anzahl eingereicherter Anträge, die Anzahl zulässiger oder die Anzahl zuläs-

²³ Bericht der Expertenkommission 2015, S. 169.

²⁴ Bericht der Expertenkommission 2015, S. 168 f.

²⁵ Protokolle der Expertenkommission, Anlagenband II, S. 280.

²⁶ Protokolle der Expertenkommission, Anlagenband II, S. 281, Ebenso: Kaspar/Arnemann, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zur Korrektur fehlerhafter Urteile – rechtliche Grundlagen, empirische Erkenntnisse und Reformbedarf, in: R&P 2016, 58, 63.

²⁷ LR-Schuster Vor § 359/191 m.w.N.

²⁸ Frister/Müller, Reform der Wiederaufnahme in Strafsachen, ZRP 2019, 101; SSW-Kaspar, Vorbemerkungen zu §§ 359 ff. StPO Rz. 3.

²⁹ LR-Schuster Vor § 359/191 m.w.N.

³⁰ Arnemann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 270, 319; MüKo-/Engländer/Zimmermann, § 368 StPO Rz. 2; Bock/Eschelbach/Geipel/Hettinger/Röschke/Wille GA 2013, 328, 331; Clausing, Conviction Integrity Units – ein Modell für das deutsche Strafrecht?, in: NSTz 2020, 644.

³¹ Clausing, Conviction Integrity Units – ein Modell für das deutsche Strafrecht?, in: NSTz 2020, 644, 645; Köbel/Puschke/Singelstein, Zum Stand, zur Notwendigkeit und zu den Aussichten der Prozessfehler- und Fehlurteilsforschung, in: GA 2019, 129.

³² Dunkel/Kemme, Fehlurteile in Deutschland: eine Bilanz der empirischen Forschung seit fünf Jahrzehnten, in: NK 2016, 138; LR-Schuster, Vor § 359/2. Anmahnend auch: Kaspar/Arnemann, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zur Korrektur fehlerhafter Urteile – rechtliche Grundlagen, empirische Erkenntnisse und Reformbedarf, in: R&P 2016, 58.

siger und begründeter Wiederaufnahmeanträge abbilden.³³ Auch moniert sie, dass wenig gesichertes Wissen zu Wiederaufnahmeverfahren besteht.³⁴ Dies sei u. a. darauf zurückzuführen, dass der Zugang zu Akten für eine wissenschaftliche Aufarbeitung schwierig ist, da Wiederaufnahmeverfahrensaktenzeichen nicht fehlerfrei und systematisch vergeben werden, die Aktenokumentation zudem unvollständig ist.³⁵ Für eine wissenschaftliche Ermittlung von Fehlentscheidungen erscheint demnach neben einer amtlichen Registrierung abändernder Entscheidungen in Bundeszentral- oder staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregistern auch eine Identifizierung (prozessualer, psychologischer, rechtlicher, kriminaltechnischer und soziologischer) Fehlerursachen erforderlich.³⁶ Immanent dürfte derartigen Forschungen sein, dass sie nur Hellfeldstudien sind, mithin die erfolglosen oder nicht gestellten Wiederaufnahmeanträge außer Betracht bleiben werden.³⁷ Erforderlich erscheint daher auch eine Fehlerforschung systematischer Unzulänglichkeiten zur Verbesserung der Fehlerkultur.³⁸

Zwar fehlt eine derartige grundlegende empirische Aufarbeitung von Fehlerurteilen und Wiederaufnahmeverfahren in jüngerer Zeit,³⁹ jedoch bleibt die Frage: Wie kann der Gesetzgeber der wiederaufnahmefeindlichen Neigung der Gerichte Einhalt gebieten? Wie kann das Wiederaufnahmerecht effektiver gestaltet werden, um Fehlerurteile im Interesse eines funktionierenden Rechtsstaats zu korrigieren?

1. Allgemeine Erwägungen

In jüngerer Zeit widmen sich wissenschaftliche Arbeiten vermehrt dem Wiederaufnahmerecht.⁴⁰ Sie setzen sich auch mit konkreten Reformvorschlägen auseinander, die im Folgenden kurz dargelegt werden sollen.

a) Antragsbefugnis

Unabhängig von den konkreten und gesetzlich abschließend geregelten Wiederaufnahmegründen werden Reformforderungen erhoben, die sich auf die Antragsbefugnis beziehen. Diese ergibt sich de lege lata aus §§ 365 i.V.m. 296 StPO. Ausgehend von rechtsvergleichenden Überlegungen wird gefordert, diese auf nichteheliche Lebenspartner zu erweitern.⁴¹

³³ Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz (2018), S. 206; SSW-Kaspar, Vorbemerkungen zu §§ 359 ff. StPO, Rz. 7.

³⁴ Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz (2018), S. 206 f.

³⁵ Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz (2018), S. 206.

³⁶ Kölbl/Puschke/Singelnstein, Zum Stand, zur Notwendigkeit und zu den Aussichten der Prozessfehler- und Fehlerurteilsforschung, in: GA 2019, 129, 132 ff.

³⁷ LR-Schuster, Vor § 359/3.

³⁸ Kölbl/Puschke/Singelnstein, Zum Stand, zur Notwendigkeit und zu den Aussichten der Prozessfehler- und Fehlerurteilsforschung, in: GA 2019, 129, 144.

³⁹ Deutschland hinkt insoweit dem internationalen Forschungsstand zu Fehlerurteilen hinterher. In bspw. Norwegen, China, der Schweiz bzw. den USA werden die Gründe für Fehlerurteile erforscht, vgl. hierzu Dunkel/Kemme, Fehlerurteile in Deutschland: eine Bilanz der empirischen Forschung seit fünf Jahrzehnten, in: NK 2016, 147.

⁴⁰ So etwa: Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht; Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz; Systematische Analyse von Wiederaufnahmeverfahren in Strafverfahren im Hinblick auf Häufigkeit und Risikofaktoren; Arne-mann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen.

⁴¹ Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französi-

schon lässt sich gegen eine Erweiterung der Antragsbefugnis einwenden, dass der Rechtsbehelf der Wiederaufnahme damit im Vergleich zu den ordentlichen Rechtsmitteln einem weiteren Personenkreis zugänglich wäre, die Wiederaufnahme damit mehr eine »Superrevisionsinstanz« würde. Da jedoch bereits mit § 361 Abs. 2 StPO die Wiederaufnahme des Verfahrens einem erweiterten Personenkreis zugänglich ist, sie im Übrigen der Rehabilitation des Betroffenen dient, bestehen keine Bedenken, auch nichtehelichen Lebenspartnern ein Antragsrecht zuzugestehen.

b) Strafmaßwiederaufnahme

Nicht neu ist auch die Forderung, die Wiederaufnahme entgegen § 363 Abs. 2 StPO im Falle verminderter Schuldfähigkeit zu ermöglichen.⁴² Damit soll die Möglichkeit der Strafmaßänderung erweitert werden, insbesondere, um die fakultative Strafmilderung des § 21 StGB mit anderen Strafmilderungsgründen des allgemeinen Teils des StGB gleich zu behandeln.⁴³ Eine dahingehende gesetzliche Anpassung erscheint längst überfällig.⁴⁴

c) Recht auf Ermittlungen

Aufgegriffen wird auch die bereits in der Vergangenheit diskutierte Überlegung, ein Antragsrecht zur Durchführung von Ermittlungen durch die Untersuchungsbehörden gesetzlich festzuschreiben.⁴⁵ Eine dahingehende Forderung war bereits in den 1980er Jahren erhoben worden, als in dem von der damaligen Bundesregierung eingebrachten Entwurf des 1. StVRG mit § 364c StPO-E die Normierung einer Verpflichtung der Staatsanwaltschaft vorgesehen war, all jenen Anträgen auf Durchführung weiterer Ermittlungen zu entsprechen, die für den Verurteilten selbst oder dessen Verteidiger nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten durchführbar wären.⁴⁶ Begründet wurde sie seinerzeit mit den besseren Aufklärungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft, zudem streitet für eine umfassende Beteiligung der Staatsanwaltschaft, dass die Ermittlungen im Interesse der Rechtspflege umfassend und – im Idealfall – neutral geführt werden können. Aufgrund fehlender Ressourcen bzw. einer als unverträglich erachteten Belastung der Behörden, verzichtete man auf eine gesetzliche Normierung.⁴⁷ In der Tat erscheint diese Forderung notwendig, um dem Antragsteller, dem im Wiederaufnahmeverfahren nicht nur eine allgemeine Darlegungs- und Beweislast, sondern in Fällen verfahrensinterner Widersprüchlich-

schen und englischen Recht (2018), S. 320.

⁴² Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz (2018), S. 226; Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 316; Frister/Müller, Reform der Wiederaufnahme in Strafsachen, ZRP 2019, 101, 104.

⁴³ Frister/Müller, Reform der Wiederaufnahme in Strafsachen, ZRP 2019, 101, 104; SSW-Kaspar, § 363 StPO Rz. 10.

⁴⁴ Arne-mann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 63 ff., 479; Kaspar/Arne-mann, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zur Korrektur fehlerhafter Urteile – rechtliche Grundlagen, empirische Erkenntnisse und Reformbedarf, in: R&P 2016, 58, 63.

⁴⁵ Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 326; SSW-Kaspar, § 364b StPO Rz. 7 ff.

⁴⁶ BT-Drs. 7/551, S. 52, 89 ff. S. hierzu auch: Arne-mann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 45 ff.

⁴⁷ Momsen/Diederichs, Conviction Integrity Units – Ein Vorschlag zur Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Wiederaufnahmepaxis nach US-amerikanischem Vorbild, in: StV 2021, 467.

keit auch eine sog. erweiterte Darlegungslast obliegt, zu ermöglichen, überhaupt einen zulässigen Wiederaufnahmeantrag stellen zu können. De lege ferenda sollte der Staatsanwaltschaft, die nach geltendem Recht zwar ein Antragsrecht, jedoch keine Ermittlungspflicht hat,⁴⁸ im Sinne eines Mindeststandards auferlegt werden, dem Verurteilten bzw. dessen Verteidiger auf Antrag diejenigen Auskünfte zu erteilen, die zur Vorbereitung eines Wiederaufnahmeantrags benötigt werden, dem Antragsteller jedoch ohne behördliche Hilfe nicht zugänglich sind. Zugleich sollte dem Verurteilten, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Wiederaufnahmeverbereitungen nicht (vollständig) aufbringen kann, Untersuchungskostenhilfe gewährt werden, wenn dessen Bestrebungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens hinreichende Erfolgsaussichten haben.⁴⁹ Entsprechend hatte auch die Expertenkommission 2015 ausdrücklich erwogen, Nr. 170 RiStBV dahin zu erweitern, dass die Staatsanwaltschaft das Wiederaufnahmebegehren des Verurteilten im Hinblick auf die Beweissammlung unterstützen solle.⁵⁰

Weiter geht insoweit *Clousing*, der sich dafür ausspricht, das Legalitätsprinzip des § 152 StPO – entgegen der h.M.⁵¹ – dahin zu ergänzen, dass die Staatsanwaltschaft auch bei Bestehen des Verdachts auf ein Fehlerurteil zu weiteren Ermittlungen verpflichtet ist, um Fehlerurteile (schneller) zu korrigieren.⁵² Dies erscheint überzeugend, zumal mit einer Fehlurteilung der wahre Täter noch ungestraft ist und die Staatsanwaltschaft obliegende Ermittlungspflicht somit nicht erfüllt wurde.⁵³ Entsprechend müsste die Staatsanwaltschaft bereits dann tätig werden, wenn ihr substantielle Gründe für Zweifel an der Schuld des Verurteilten zur Kenntnis kommen.⁵⁴ Die Geltung des Legalitätsgrundsatzes über die Rechtskraft hinaus käme faktisch einer Ermittlungspflicht gleich. *Clousing* sieht – ebenso wie bereits 2017 Kölbl – für diesen Fall die Notwendigkeit spezieller mit der Aufarbeitung von Fehlerurteilen befassten Abteilungen der Staatsanwaltschaft auf Landesebene als sog. *Conviction Integrity Units*.⁵⁵ Auch *Momsen* und *Diederichs* orientieren sich

⁴⁸ *Clousing*, Conviction Integrity Units – ein Modell für das deutsche Strafrecht?, in: NSTZ 2020, 644, 646.

⁴⁹ Arne-mann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 50 f.; Eisenberg, Überdehnung strafjustizieller Kompetenz, in: NK 2021, 139, 141.

⁵⁰ Bericht der Expertenkommission 2015, S. 170

⁵¹ MüKo-Engländer/Zimmermann § 364b StPO Rz. 7 ff.; Marxen / Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen (2014) Rz. 463; s.a. Arne-mann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 47.

⁵² *Clousing*, Conviction Integrity Units – ein Modell für das deutsche Strafrecht?, in: NSTZ 2020, 644.

⁵³ *Momsen/Diederichs*, Conviction Integrity Units – Ein Vorschlag zur Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Wiederaufnahmepaxis nach US-amerikanischem Vorbild, in: StV 2021, 467.

⁵⁴ *Clousing*, Conviction Integrity Units – ein Modell für das deutsche Strafrecht?, in: NSTZ 2020, 644, 646.

⁵⁵ *Clousing*, Conviction Integrity Units – ein Modell für das deutsche Strafrecht?, in: NSTZ 2020, 646 f. und Kölbl, Der Stand der internationalen Fehlerurteilsforschung, in: Barton/Dubelaar/Kölbl/Lindemann (Hrsg.), Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit (2018). Insbesondere auch *Momsen/Diederichs*, Conviction Integrity Units – Ein Vorschlag zur Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Wiederaufnahmepaxis nach US-amerikanischem Vorbild, in: StV 2021, 467. In diese Richtung auch Kölbl/Puschke/Singelnstein, Zum Stand, zur Notwendigkeit und zu den Aussichten der Prozessfehler- und Fehlerurteilsforschung, in: GA 2019, 129, 141 f.

am Vorbild der amerikanischen *Conviction Integrity Units* und fordern eine Einbindung der Staatsanwaltschaft i.S. standardisierter Unschuldsermittlungen durch spezielle Abteilungen. So sei aktuell die Bereitschaft der Ermittlungsbehörden zur Durchführung von Unschuldsermittlungen umso geringer, je komplexer der Fall bzw. je umfangreicher die Ermittlungen im Ausgangsverfahren durchgeführt wurden.⁵⁶ Jedoch sei die Staatsanwaltschaft aufgrund ihrer Professionalität, Kompetenz und Neutralitätspflicht prädestiniert, Fehlerurteile aufzudecken und die hierfür erforderlichen Ermittlungen anzustellen.⁵⁷ Der Aufdeckung von Fehlerurteilen durch andere Stellen stehe neben erheblichen Kosten v.a. auch deren fehlende Kompetenzen (z. B. der Möglichkeit zur Vorführung eines Zeugen) entgegen.⁵⁸ Zudem könne nur so das dem deutschen Wiederaufnahmerecht innewohnende ungleiche Kräfteverhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung eliminiert werden.⁵⁹

d) Schutz vor Beweismittelverlust

Zu Recht gefordert wird angesichts des unter c) dargelegten Kräfteungleichgewichts zwischen Verurteilten und Ermittlungsbehörden zudem ein Widerspruchsrecht des Verurteilten zum Schutz vor Zerstörung behördlich verwahrter Beweismittel bzw. sein Recht auf deren Heraus-/Rückgabe.⁶⁰ Insoweit sollte Nr. 76 RiStBV dahingehend ergänzt werden, dass Sachbeweismittel, die für die Zwecke des Strafverfahrens benötigt wurden, in der Regel bis zum Eintritt der Verfolgungsverjährung aufzubewahren sind.⁶¹ Dies erscheint bereits deshalb geboten, da zunehmend forensische Wissenschaften für das Strafverfahren Bedeutung erlangen, die sich stetig fortentwickeln. Wird erst nach rechtskräftigem Abschluss eines Verfahrens eine neue Untersuchungsmethode anerkannt, muss dem Betroffenen der faktische Zugang zu dieser ermöglicht werden, indem ihm die hierfür erforderlichen Spurenträger bzw. Beweismittel ausgehändigt werden.

e) Gerichtliche Zuständigkeit

Auch über die gerichtliche Zuständigkeit wird diskutiert, etwa im Sinne der Einführung einer erstinstanzlichen Zuständigkeit der obersten Gerichte.⁶² Sowohl die Schwierigkeit und Bedeutung von Wiederaufnahmeverfahren als auch das Interesse an einer einheitlichen Rechtsprechung streiten dafür, eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte und eine Beschwerdezuständigkeit des Bundesgerichtshofs zu

⁵⁶ *Momsen/Diederichs*, Conviction Integrity Units – Ein Vorschlag zur Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Wiederaufnahmepaxis nach US-amerikanischem Vorbild, in: StV 2021, 466.

⁵⁷ *Momsen/Diederichs*, Conviction Integrity Units – Ein Vorschlag zur Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Wiederaufnahmepaxis nach US-amerikanischem Vorbild, in: StV 2021, 467.

⁵⁸ *Momsen/Diederichs*, Conviction Integrity Units – Ein Vorschlag zur Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Wiederaufnahmepaxis nach US-amerikanischem Vorbild, in: StV 2021, 467.

⁵⁹ *Momsen/Diederichs*, Conviction Integrity Units – Ein Vorschlag zur Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Wiederaufnahmepaxis nach US-amerikanischem Vorbild, in: StV 2021, 469.

⁶⁰ Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 326 m.w.N.

⁶¹ Arne-mann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 54.

⁶² Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 320.

begründen. Diese haben nicht nur eine höhere Autorität, sondern begegnen auch dem Vorurteil, dass sich Ausgangs- und Wiederaufnahmegericht als Gerichte derselben Instanz solidarisieren.⁶³

Von anderer Seite wird demgegenüber zur Verbesserung der strukturellen Probleme des Wiederaufnahmerechts § 23 Abs. 2 StPO in Frage gestellt. So sei der Ausgangsrichter – nicht zuletzt aufgrund der bis heute fehlenden umfassenden Aufzeichnung der Hauptverhandlung – am besten in der Lage, die Neuheit und Geeignetheit des Wiederaufnahmevorbringens zu beurteilen, ebenso wie die Frage, ob seine bisherige Überzeugung dadurch erschüttert wird.⁶⁴ Zwar garantiere § 23 Abs. 2 StPO Neutralität, jedoch mache sich der Wiederaufnahmerichter bei Kollegen unbeliebt, wenn er ein Wiederaufnahmegesuch für begründet erklärt. Auch schaffe er sich selbst hierdurch Mehrarbeit.⁶⁵ In der Tat häuft sich das Wiederaufnahmegesuch mit einer positiven Zulässigkeitsentscheidung im Aditionsverfahren selbst Arbeit auf, ist es doch auch im folgenden Probations- und Erneuerungsverfahren zur Entscheidung berufen. Eine Trennung der Zuständigkeit des Zulässigkeitsgerichts vom Probations-/Erneuerungsgericht wäre insoweit – unabhängig von der Frage erstinstanzlicher Zuständigkeit der Obergerichte – eine wünschenswerte Fortentwicklung. Die Zuständigkeitstrennung würde ein Abblocken eines Wiederaufnahmeverfahrens, um keine Mehrarbeit zu verursachen, verhindern und könnte so zu einem großzügigeren Umgang mit Wiederaufnahmeverfahren führen.⁶⁶

Zudem sollte der Gesetzgeber in § 372 StPO eine § 354 Abs. 2 S. 1 StPO bzw. § 210

Abs. 3 StPO nachgebildete Regelung erwägen, die dem Beschwerdegericht die Möglichkeit eröffnet, die Sache an einen anderen Spruchkörper zurückzuverweisen.⁶⁷ Dies würde den bereits mit §§ 23 Abs. 2 StPO bzw. § 140a GVG zum Ausdruck kommen den Gedanken der Unbefangenheit des Wiederaufnahmerichters fortführen und eine unvoreingenommene Entscheidung in der Sache gewährleisten.

e) Mündliche Verhandlung vs. Hinweispflicht

Anders als im Strafprozess üblich, wird das Wiederaufnahmeverfahren nicht vom Prinzip der Mündlichkeit beherrscht, sondern ergehen Entscheidungen schriftlich durch Beschluss.

Die Einführung einer mündlichen Verhandlung über die Zulässigkeit des Wiederaufnahmegesuchs würde den Verfahrensbeteiligten i.S.e. offenen, fairen Prozessierens die Möglichkeit eröffnen, kontradiktorisch rechtliche oder tatsächliche Probleme zu diskutieren. Zugleich könnte der Antragsteller so auf formelle Mängel in seinem Vortrag hingewiesen und ihm die Möglichkeit eröffnet werden, sich im Rahmen einer

Anhörung hierzu zu äußern. Eine von der Verfasserin durchgeführte Untersuchung ergab, dass in der anwaltlichen Praxis eine dialogische Prozessführung als wünschenswert erachtet wurde, sei es im Wege einer mündlichen Anhörung oder einer gesetzlich normierten Hinweispflicht, die vor Überraschungsentscheidungen schütze.⁶⁸

Im Interesse eines fairen Verfahrens erscheint hier ein Handeln des Gesetzgebers wünschenswert. Dabei kann es dem Gesetzgeber überlassen werden, ob er sich für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Aditionsverfahren oder die Einführung einer Hinweispflicht entscheidet.

2. Reformüberlegungen der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten

Unter Bezugnahme auf Reformüberlegungen des französischen Strafprozesses erwägt *Bayer*, die ungünstige Wiederaufnahme vollständig abzuschaffen.⁶⁹ Dafür spreche neben der Missbrauchsgefahr nicht nur bei politischer Willkürherrschaft auch die Anprangerung bestimmter Bevölkerungsgruppen bis hin zur Gefährdung des Rechtsfriedens durch nicht endende Ermittlungen. Im Ergebnis lehnt sie die Abschaffung des § 362 StPO jedoch selbst ab, da sie darin eine noch größere Gefahr für den Rechtsfrieden sieht.⁷⁰

Bayer schlägt vor, § 362 Nr. 1–3 StPO dahingehend einzuschränken, dass die zur Wiederaufnahme berechtigende Straftat durch den Angeklagten veranlasst wurde bzw. diesem zuzurechnen ist, da nur in diesen Fällen sein Anspruch auf Schutz durch die Rechtsicherheit in Folge der Rechtskraft verwirkt worden sei.⁷¹ Für § 362 Nr. 4 StPO fordert *Bayer* eine Klarstellung dahingehend, dass der Anwendungsbereich auf außerhalb des engsten Familien- und Vertrautenkreises abgegebene Geständnisse, die sich auch auf Rechtswidrigkeit und Schuld der Tat beziehen, beschränkt werden sollte.⁷² Zudem solle die ungünstige Wiederaufnahme im Interesse der Rechtsklarheit und zum Schutz des Beschuldigten nur bis zum Eintritt der Strafverfolgungsverjährung zuzulassen sein.⁷³

Mit dem Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit hat der Gesetzgeber eine seit 1993 regelmäßig geführte⁷⁴ Reformdiskussion mit § 362 Nr. 5 StPO in geltendes Recht verwandelt. Auf die hierzu bestehenden (v.a. verfassungsrechtlichen Mängel) wird an anderer Stelle eingegangen.⁷⁵ Hieraus resultierend spricht sich *Letzgas* gar für eine Auflösung der bisherigen Systematik des § 362 StPO aus. Er hält § 362

⁶⁸ Arnemann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen (2019), S. 283, 342; Eisenberg, Überdehnung strafjustizieller Kompetenz, in: NK 2021, 139, 141.

⁶⁹ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 321.

⁷⁰ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 321 f.

⁷¹ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 315.

⁷² *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 316.

⁷³ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 320.

⁷⁴ BT-Drs. 12/6219, BT-Drs. 13/3594, BT-Drs. 13/10333.

⁷⁵ Vgl. Gerson in diesem Heft.

Nr. 1–4 StPO für verzichtbar und geht davon aus, dass § 362 Nr. 4 StPO in § 362 Nr. 5 StPO aufgeht.⁷⁶ Eine Auseinandersetzung mit derartigen Forderungen erscheint zunächst verzichtbar, solange unklar ist, ob § 362 Nr. 5 StPO in seiner geltenden Fassung Bestand haben wird.⁷⁷

Zwar erscheinen die Reformüberlegungen *Bayers* durchaus überzeugend, jedoch tendiert der Gesetzgeber offenbar seit längerem zu einer Ausweitung der Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten. Der Gesetzgeber sollte sich jedoch vor weiteren übereilten Gesetzesvorhaben in dieser Richtung zunächst eingehend mit der Frage auseinandersetzen, wie weit ein Eingriff in den durch Rechtskraft verursachten Vertrauensschutz des Betroffenen (auch angesichts des Doppelpflichtsverbots) verfassungsrechtlich legitimierbar ist.

3. Reformüberlegungen der Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten

Tatsächlich sollte die bereits skizzierte wiederaufnahmefeindliche gerichtliche Praxis den Gesetzgeber veranlassen, Gesetzesänderungen im Bereich der günstigen Wiederaufnahme zu erwägen. Reformdiskussionen hierzu konzentrieren sich nicht nur auf das Verhältnis zwischen Rechtskraft und materieller Wahrheit,⁷⁸ vielmehr unterbreitet die aktuelle Literatur dem Gesetzgeber auch weitere konkrete Reformvorschläge.

a) Reformvorschläge für die konkreten Wiederaufnahmegründe

Sich aus dem technischen Fortschritt und der Fortentwicklung des Rechts ergebende rechtspolitische Fragestellungen thematisiert *Bayer* im Zusammenhang mit § 359 Nr. 1 StPO.⁷⁹ Sie spricht sich im Hinblick auf den Urkundenbegriff für eine erweiterte Auslegung bzw. gesetzliche Klarstellung aus, um u.a. dem technischen Fortschritt Rechnung zu tragen.⁸⁰ Im Rahmen des § 359 Nr. 3 StPO möchte *Bayer* vom Verurteilten veranlasste Pflichtverletzungen eines Richters oder Schöffen einbezogen wissen.⁸¹ Im Zusammenhang mit § 359 Nr. 4 StPO plädiert sie zudem für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs auf rechtskräftig aufgehobene arbeits-, sozial-, finanz-, verwaltungs- und strafgerichtliche Urteile, ebenso sollen nach ihrer Darstellung auch Verwaltungsakte und Beschlüsse von § 359 Nr. 4 StPO umfasst werden, soweit diese dem in der Wiederaufnahme angegriffenen Strafurteil zugrunde gelegt wurden.⁸² Im Zusammenhang mit § 359 Nr. 5 StPO greift *Bayer* die bereits in der Vergangenheit dis-

kutierte Ausweitung der Wiederaufnahmemöglichkeit auf Fälle der Änderung der Gesetzeslage sowie bei Vorliegen von Rechtsanwendungsfehlern auf.⁸³ § 359 Nr. 6 StPO möchte *Bayer* auf solche Fälle ausweiten, in denen zwar nicht der Verurteilte selbst ein EGMR-Urteil erwirkt hat, die von ihm geltend gemachte Konventionsverletzung aber in einem anderen Verfahren als Konventionsverletzung deutscher Rechtsnormen durch den EGMR festgestellt wurde.⁸⁴

b) Reformvorschläge im Zusammenhang mit § 359 Nr. 5 StPO

Weitere Reformideen zielen auf die Stärkung der Effektivität des geltenden Rechts⁸⁵ bzw. die Eindämmung der monierten gerichtlichen Abwehrhaltung.⁸⁶ Diskutiert wird hierzu, den Prüfungsumfang des Zulässigkeitsverfahrens zu reduzieren, um die Begründetheitsprüfung im Probationsverfahren zu stärken.⁸⁷ So soll etwa der Prüfungsmaßstab und Geeignetheitsbegriff des § 359 Nr. 5 StPO die Zulässigkeit der Wiederaufnahme dann ermöglichen, wenn das Wiederaufnahmeziel nicht ausgeschlossen erscheint. Von anderer Seite werden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils als ausreichend erachtet.⁸⁸

In diesem Kontext wird ergänzend zu der bereits skizzierten Infragestellung des § 23 Abs. 2 stopp auch die Frage des Prognosestandpunkts der Geeignetheitsprüfung gem. §§ 359 Nr. 5, 368 Abs. 1 StPO diskutiert. Diese kann aus Sicht des Ausgangsgerichts oder des Wiederaufnahmegerichts erfolgen.⁸⁹ Folgt man der h.M., die insoweit auf die Sicht des Ausgangsgerichts abstellt, besteht für das Wiederaufnahmegesuch das Problem, dass die Ausgangshauptverhandlung mangels zuverlässiger Dokumentation nicht nachvollziehbar ist und es die Beweiswürdigung des Ausgangsgerichts nicht prognostizieren kann.⁹⁰ Gleichwohl soll das Wiederaufnahmegesuch an die Beweiswürdigung des Ausgangsgerichts gebunden sein, soweit diese nachvollziehbar und nicht im Widerspruch zu einer Gesamtschau aller (alten und neuen) Beweismittel steht.⁹¹ Vor diesem Hintergrund wäre eine gesetzliche Klarstellung wünschenswert. Dies gilt letztlich für den gesamten Zulässigkeits- und Begründetheitsmaßstab des Wiederaufnahmerechts.⁹²

III. Conclusio

⁸³ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 312 f.

⁸⁴ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 312 f.

⁸⁵ *Clousing, Conviction Integrity Units – ein Modell für das deutsche Strafrecht?*, in: NStZ 2020, 644; *Frister/Müller, Reform der Wiederaufnahme in Strafsachen*, ZRP 2019, 101, 103.

⁸⁶ Eisenberg, Überdehnung strafjustizieller Kompetenz, in: NK 2021, 139, 141.

⁸⁷ LR-Schuster, Vor § 359/194.

⁸⁸ LR-Schuster, Vor § 359/194.

⁸⁹ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 318.

⁹⁰ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 318 f.

⁹¹ *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 319.

⁹² *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht (2018), S. 319.

Wie dargestellt greifen die in jüngerer Zeit unterbreiteten Reformvorschläge in Teilen Diskussionen aus der Vergangenheit auf. Im Zentrum der Forderungen stehen dabei Verbesserungen des geltenden Rechts auf zwei Ebenen: im Stadium der Erarbeitung eines Wiederaufnahmeantrags durch Mitwirkungspflichten der Staatsanwaltschaft sowie der gerichtlichen Prüfung im Aditionsverfahren durch reduzierte Prüfungsmaßstäbe zur Korrektur der wiederaufnahmefeindlichen Haltung der Gerichte.

Natürlich kann man dem Problem von Fehlurteilen am besten dadurch begegnen, dass man ihre Entstehung von vornherein verhindert. Zu Recht und unabhängig von der Reformierung des Wiederaufnahmerechts wird daher gefordert, Ermittlungsergebnisse der Polizei auf fehlerhafte oder fehlende Beweise noch im Ermittlungsverfahren zu überprüfen. Entsprechend sollte Polizei- und Kriminalbeamten in ihrer Ausbildung verdeutlicht werden, welche Bedeutung und Konsequenz ihre Arbeit hat.⁹³ Aber auch in der juristischen Ausbildung müssen künftig Möglichkeiten, Grenzen und Risikofaktoren bei der Sachverhaltsaufklärung thematisiert werden. Hierzu zählen insbesondere auch Kenntnisse in Kriminalistik und den forensischen Hilfswissenschaften.⁹⁴ Schließlich erscheint auch für die Urteilspraxis eine Validitätskontrolle erforderlich, die mit einer Fehlerquellenforschung einhergehen muss.⁹⁵

Soweit in der Vergangenheit von einer umfassenden Reform des Wiederaufnahmerechts mit der Begründung abgesehen wurde, die dazu notwendigen Rechtstatsachenforschungen stünden noch aus,⁹⁶ ist die Wissenschaft zu weitergehenden Forschungen⁹⁷ aufgerufen. Hierzu haben wiederum die Landesjustizverwaltungen durch eine Modifikation der Zählkarten und Erfassungsmodalitäten die entsprechenden Grundlagen zu schaffen.

Nicht verkannt werden darf schließlich, dass sich den (Wiederaufnahme-) Gerichten trotz Anpassungen und Verbesserungen des geltenden Rechts auch in Zukunft Beurteilungsspielräume eröffnen werden. Sie sind es, die Rechtswirklichkeit schaffen. An ihrem Verständnis des Wiederaufnahmerechts wird aber nur eine belastbare und umfassende Fehlurteilsforschung Änderungen bewirken können.

LITERATUR

Arnemann (2019), Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen.
Bayer (2018), Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht.
Clausing, Conviction Integrity Units – ein Modell für das deutsche

⁹³ Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz (2018), S. 209 f.

⁹⁴ Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz (2018), S. 210.

⁹⁵ Eschelbach/Geipel/Hettinger/Meller/Wille, Plädoyer gegen die Abschaffung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, in: GA 2019, 235, 249.

⁹⁶ BT-Drs. 7/2774, S. 3; Bericht der Expertenkommission 2015, S. 170

⁹⁷ Hervorzuheben sind hier insbesondere die Fehlurteilsforschungen Peters in den Jahren 1970–1974.

Strafrecht? In: NStZ 2020, S. 644–647.

Dippel, Zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß. In: GA 1972, S. 97–125.

Dippel (1974), Das geltende deutsche Wiederaufnahmerecht und seine Erneuerung. In: Jeschek, Hans-Heinrich / Meyer, Jürgen (Hrsg.). Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens im deutschen und ausländischen Recht.

Dunkel (2018), Fehlentscheidungen in der Justiz; Systematische Analyse von Wiederaufnahmeverfahren in Strafverfahren im Hinblick auf Häufigkeit und Risikofaktoren.

Dunkel/Kemme, Fehlurteile in Deutschland: Eine Bilanz der empirischen Forschung seit fünf Jahrzehnten. In: NK 2016, S. 138 – 154.

Eisenberg, Überdehnung strafjustizieller Kompetenz. In: NK 2021, S. 139–149.

Engländer/Zimmermann (2019), in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO. Band 3–1.

Eschelbach/Geipel/Hettinger/Meller/Wille, Plädoyer gegen die Abschaffung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens. In: GA 2019, 235 – 249.

Frister/Müller, Reform der Wiederaufnahme in Strafsachen. In: ZRP 2019, 101–103.

Grüner/Wasserburg, Die Mitwirkungspflichten der Staatsanwaltschaft im Wiederaufnahmeverfahren zugunsten des Verurteilten. In: NStZ 1999, 286 – 291.

Hanack, Zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß. In: JZ 1973, 393 – 403.

Kaspar (2022), in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO. 5. Auflage.

Kaspar/Arnemann, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zur Korrektur fehlerhafter Urteile – rechtliche Grundlagen, empirische Erkenntnisse und Reformbedarf. In: R&P 2016, 58–64.

Köbel (2018), Der Stand der internationalen Fehlurteilsforschung, in: Barton/Dubelaar/Köbel/Lindemann (Hrsg.), Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit.

Köbel/Puschke/Singelstein, Zum Stand, zur Notwendigkeit und zu den Aussichten der Prozessfehler- und Fehlurteilsforschung. In: GA 2019, 129–148.

Letzgas, Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten bei neuen Tatsachen und Beweismitteln. In: NStZ 2020, 717–720.

Marxen/Tiemann (2014), Die Wiederaufnahme in Strafsachen.

Meyer (1977), Wiederaufnahmereform – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Strafverfahrens.

Momsen/Diederichs, Conviction Integrity Units – Ein Vorschlag zur Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Wiederaufnahmepaxis nach US-amerikanischem Vorbild. In: StV 2021, 466–469.

Petermann (2016), Rechtliche Grundlagen. In: Miebach, Klaus / Hohmann, Olaf (Hrsg.). Wiederaufnahme in Strafsachen.

Peters (1970), Fehlerquellen im Strafprozeß; Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland. 1. Band – Einführung und Dokumentation.

Ruhs (2018), Rechtsbehelfe bei Verständigungen.

Schuster (2022), in: Becker/Erb/Esser/Gralmann-Scheerer, Hilger, Ignor, Löwe-Rosenberg StPO, Band 9/1, 27. Auflage.

Tiemann (2023), in: Barthe, Gericke (Hrsg.). Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Auflage.

Wasserburg (1984), Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens; Ein Handbuch unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben des Verteidigers.

Ziamba (1974), Die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten des Freigesprochenen oder Verurteilten (§§ 362 ff. StPO).

Hans Holzhaider

IM ZWEIFEL

Justizvollzugsanstalt Landsberg am Lech. Ein Beamter in Uniform führt den Gefangenen in den Besucherraum. Manfred Genditzki, 56 Jahre alt, verurteilt zu lebenslanger Haft wegen Mordes. Seit acht Jahren sitzt er im Gefängnis. Er soll eine 87-jährige Frau im Streit auf den Kopf geschlagen und sie dann, um diese Tat zu verdecken, in der Badewanne ertränkt haben. Als er verhaftet wurde, war sein Sohn Daniel drei Jahre alt, seine Frau mit dem zweiten Kind schwanger. Jetzt ist das Mädchen acht. Seinen Vater kennt es nur von den Besuchen im Gefängnis. Der sagt: »Sie soll wissen, dass ich kein Mörder bin. Dafür kämpfe ich.« Er könnte seine Aussicht auf eine vorzeitige Entlassung verbessern, wenn er ein Geständnis ablegen würde. Aber eine Tat gestehen, die er, wie er sagt, nicht begangen hat? »Und wenn sie mich morgen dafür rauslassen würden«, sagt Genditzki, »das kommt für mich nicht infrage. Niemals.«

In mehr als 20 Jahren als Gerichtsreporter habe ich viele Angeklagte erlebt, die ihre Unschuld beteuern. Nie habe ich die Männer und Frauen benedigt, die eine Entscheidung treffen müssen: Reichen die Beweise aus, um einen Menschen zu einer langen, manchmal lebenslangen Freiheitsstrafe zu verurteilen? Nach all diesen Jahren habe ich hohen Respekt vor den Richterinnen und Richtern in Deutschland. Man kann ihrer Professionalität, ihrer Redlichkeit, ihrer Erfahrung, ihrer Menschenkenntnis vertrauen. Meistens.

Der Fall des Manfred Genditzki hat dieses Vertrauen erschüttert. Ein unbescholtener Mann, dem alle, die ihn kennen, nur das beste Zeugnis ausstellen: freundlich, hilfsbereit, friedfertig. Es gibt kein Motiv für die Tat, die man ihm zur Last legt, und keinen Beweis. Es gibt ein paar Verdachtsmomente, die sich aber auch auf harmlose Weise erklären lassen. Und eine Fülle von Indizien dafür, dass der vermeintliche Mord in Wirklichkeit ein häuslicher Unfall war. Trotzdem wird er verurteilt: Im Zweifel gegen den Angeklagten.

Genditzki konnte seine Unschuld nicht beweisen – aber das muss er auch nicht.

Damit wird ein Grundprinzip des Rechtsstaats auf den Kopf gestellt. Es stimmt: Genditzki konnte seine Unschuld nicht beweisen. Aber seit der Antike gilt im Strafrecht der Grundsatz, dass nicht der Angeklagte seine Unschuld, sondern das Gericht seine Schuld zu beweisen hat. Wenn es Zweifel an der Schuld des Angeklagten gibt, muss das Gericht ihn freisprechen. Aber der Fall Genditzki zeigt, dass der Grundsatz »in dubio pro reo« einen Angeklagten nicht immer schützt. Ob ein Richter Zweifel hat oder nicht, das hat auch mit der Person des Richters zu tun. Es ist seine subjektive Entscheidung. Wenn er sagt, er habe keine Zweifel – dann verurteilt er den Angeklagten.

AUS:
Süddeutsche
Zeitung
11./12.3.2017

Die Tote in der Badewanne

Der Fall Genditzki nimmt seinen Lauf am frühen Abend des 28. Oktober 2008. Gegen 18.30 Uhr betritt Marina S., 21, das Haus Steinfeldstraße 2 in Rottach-Egern am Tegernsee. In einer Drei-Zimmer-Wohnung im ersten Stock dieses Hauses wohnt die 87-jährige Lieselotte Kortüm. Marina S. ist Mitarbeiterin eines ambulanten Pflegedienstes. Sie soll die abendliche Medikamenteneinnahme der alten Dame überwachen. Die Pflegerin hat einen Schlüssel, mit dem sie die Haustür und eine Zwischentür im ersten Stock, nicht aber die dahinter liegende Wohnungstür öffnen kann.

An diesem Abend steckt ein Schlüsselbund mit einem Lederetui im Schloss der Wohnungstür, das fällt Marina S. auf. Sie betritt die Wohnung. Sie schaut ins Wohnzimmer, ins Schlafzimmer – niemand da. Dann schaut sie ins Badezimmer. In der mit Wasser gefüllten Badewanne liegt Lieselotte Kortüm, vollständig bekleidet. Das linke Bein hängt über den Wannenrand, der Kopf ist unter Wasser. Aus dem Hahn läuft gerade so viel Wasser, dass es durch den Überlauf wieder abfließt. »Mir war sofort klar, dass sie tot ist«, sagt Marina S.

Der Rettungsdienst kommt, der Notarzt, die Polizei. Frau Kortüm, früher Inhaberin eines Schuhgeschäfts, lebte allein; ihr Mann war im März 2007 gestorben. Die einzige Person, mit der sie näheren Kontakt hatte, war der Hausmeister der Wohnanlage: Manfred Genditzki. Er hatte sich schon um das Ehepaar gekümmert, als der Mann noch lebte; seit dessen Tod ist Genditzki für die alte Dame unentbehrlich geworden. Er macht ihr jeden Tag das Frühstück, kauft für sie ein, wäscht ihre Wäsche, fährt sie zum Arzt und zum Friseur. Er geht auch für sie zur Bank; allein im Jahr 2008 hat er Barschecks über fast 20.000 Euro für sie eingelöst. Sie ruft ihn zu jeder Tages- und Nachtzeit an, oft mehrmals täglich. Sie zahlt ihm hundert Euro im Monat, 500 Euro zu Weihnachten, gibt auch mal ein großzügiges Trinkgeld. Oft kommt auch Genditzkis Frau Mariya mit dem kleinen Daniel zum Kaffeetrinken. Frau Kortüm liebt den Buben, immer hat sie ein Stück Schokolade für ihn.

Am 23. Oktober, fünf Tage vor ihrem Tod, hat sie den Hausmeister schon früh um halb sechs aus dem Bett geklingelt. Es geht ihr schlecht, sie hat starken Durchfall. Genditzki verständigt den Hausarzt, der verordnet ein Medikament, aber der Zustand bessert sich nicht. Frau Kortüm will ins Krankenhaus. Die Pflegerin kommt zur Morgensvisite, zieht der Patientin eine frische Unterhose und Hose an, die verkotete Wäsche bleibt in der Wohnung – ein Umstand, der sich als wichtig erweisen wird. Genditzki fährt Kortüm

ins Krankenhaus Agatharied. Als sie dort ankommen, ist es schon wieder passiert: »Der Kot lief ihr an den Beinen herunter«, berichtet eine Krankenschwester. Frau Kortüm wird gewaschen, in Windeln gepackt, die schmutzige Wäsche kommt in eine Plastiktüte. Fünf Tage später ist sie wieder so bei Kräften, dass sie nach Hause kann. Genditzki holt sie gegen 13.30 Uhr ab. Sie ist aber noch so schwach auf den Beinen, dass er sie im Rollstuhl zum Auto schiebt.

Für das, was in den folgenden zwei Stunden geschieht, gibt es keinen Zeugen – außer Genditzki. Er erzählt die Geschichte so: Er fährt mit Frau Kortüm in die Tiefgarage der Wohnanlage. Sie schafft nur mühsam die drei Treppen in ihre Wohnung. Er setzt sie in den Fernsehsessel, zieht ihr die Hausschuhe an, kocht Kaffee und trinkt eine Tasse mit ihr. Er holt eine Geldkassette aus dem Schlafzimmer und rechnet Einkäufe mit ihr ab. Er will den Pflegedienst benachrichtigen, dass sie wieder zu Hause sei. Weil ihm die Nummer nicht einfällt, versucht er, den Hausarzt anzurufen, legt aber gleich wieder auf, weil nur der Anrufbeantworter dran ist. Laut Telekom sind es zwei Anrufversuche im Abstand von 20 Sekunden. Die Uhrzeit: 14.57 Uhr. Dann spült er seine Kaffeetasse ab und schenkt Frau Kortüm nach. Sie sagt, sie wolle ein Fußbad nehmen und sich dann etwas hinlegen. Er solle, für den Fall, dass sie einschlafe, den Schlüssel außen in die Tür stecken, damit der Pflegedienst rein kann. Sie will, dass er später noch mit der Familie zum Kaffee vorbeikommt. Das lehnt er ab. Er will noch seine eigene Mutter besuchen, auch sie liegt im Krankenhaus.

Kurz nach 15 Uhr verlässt er die Wohnung. Aus dem Auto erfragt er bei der Auskunft die Nummer des Pflegedienstes und spricht dort auf die Mailbox. Der Anruf wird um 15.09 Uhr registriert. Um 15.30 Uhr ist er, belegt durch den Kassenbon, im Edeka-Markt in Bad Wiessee und kauft Schokolade, Kinderbonbons und Slipeinlagen für Frau Kortüm.

Am 29. Oktober, dem Tag nach der Auffindung, wird die Leiche der alten Dame in München von dem Gerichtsmediziner Wolfgang Keil obduziert. Die Todesursache ist eindeutig: Lieselotte Kortüm ist ertrunken. In verschiedenen Körperregionen findet der Obduzent Blutergüsse unterschiedlichen Alters: am Bauch, an den Armen, am Oberschenkel. Als die Kopfhaut abgezogen wird, entdeckt Keil zwei Einblutungen in der Kopfschwarte des Hinterkopfs. Sie waren von außen nicht sichtbar – keine Beule, keine Verfärbung der Kopfhaut. Keil misst diesem Befund offensichtlich keine besondere Bedeutung bei. In der Zusammenfassung der Befunde werden die Einblutungen am Kopf nicht eigens erwähnt, anders als etwa ein Bluterguss am linken Oberarm.

Auf einen genauen Todeszeitpunkt kann sich Keil nicht festlegen – das können Gerichtsmediziner immer nur im Fernsehkrimi. Alles ist möglich zwischen 15 Uhr und 18.30 Uhr, als die Leiche aufgefunden wurde. Das einzige Beweisstück, das hier weiterhelfen könnte, ist auf mysteriöse Art verschwunden. Die tote Lieselotte Kortüm trug eine goldene Armbanduhr. Diese wurde, das ist im Leichenauffindungsbericht dokumentiert, »um 21.25 Uhr abgenommen und im Badezimmer neben dem Waschbecken abgelegt«. Danach

wurde sie nicht mehr gesehen. Ob die Uhr stand oder noch lief, welche Zeit sie anzeigte – das hat niemand notiert.

Der Verdacht

Aber die Hauptkommissarin Diana U. von der Kripo in Miesbach schöpft jetzt Verdacht. Die Mitarbeiterinnen des Pflegedienstes haben berichtet, dass Kortüm sich immer strikt geweigert habe, zu baden, nachdem eine Bekannte in der Badewanne verunglückt war. Wie also sollte die alte Dame in die Badewanne gekommen sein? Und nun diese Blutergüsse unter der Kopfhaut. Die Kommissarin bittet den Gerichtsmediziner Keil zu einer »Tatortbesichtigung« – schon zu diesem frühen Zeitpunkt scheint sie sich sicher zu sein, dass es hier eine Straftat aufzuklären gilt. Keil schaut sich die Badewanne an und kommt spontan zu dem Schluss, »dass die beiden Blutergüsse weder durch einen Sturz in die Wanne noch durch nachfolgende Selbstrettungshandlungen zwanglos erklärt werden können«.

Das ist eine vorschnelle und kühne Schlussfolgerung. Aber der Kommissarin U. reicht diese Einschätzung für eine weitere, schwerwiegende Schlussfolgerung: »Es muss somit von einem als Unfall getarnten Tötungsdelikt ausgegangen werden«, schreibt sie in ihrem Bericht.

Ohne Aufforderung legt er den Kassenbon von Edeka vor

Als mutmaßlicher Täter kommt aus Sicht der Polizei keiner in Betracht außer Genditzki. Kommissarin U. listet in ihrem Bericht weitere, aus ihrer Sicht verdächtige Umstände auf. Als man den Hausmeister an dem Abend, als man die Tote fand, in die Wohnung der Frau Kortüm zitierte, habe er sich seltsam verhalten: Er war außerordentlich redselig, er legte von sich aus, ohne Aufforderung, den Kassenbon von seinem Einkauf bei Edeka vor, und er übergab einige Schmuckstücke, die Lieselotte Kortüm seiner Ehefrau geschenkt hatte: Er wolle nicht als Erbschleicher dastehen, sagte er. Und dann die Sache mit dem Schlüssel: Genditzki sagt, es sei mit Frau Kortüm ausgemacht gewesen, dass er, falls er längere Zeit nicht erreichbar sei, den Schlüssel in der Wohnungstür stecken lasse. Die alte Dame habe Angst gehabt, es könnte ihr etwas zustoßen, und dann käme keiner in die Wohnung. Aber die Mitarbeiterinnen des Pflegedienstes sagen, sie hätten nie den Schlüssel in der Tür steckend vorgefunden.

Aber – sind das schon Beweise für einen Mord? Wenn es weit und breit kein Motiv gibt, warum Genditzki der alten Frau etwas angetan haben sollte, um die er sich seit Jahren geradezu rührend gekümmert hat? Auch da lässt sich etwas finden. Genditzkis finanzielle Verhältnisse werden durchleuchtet. Er hat Schulden bei der Bank – ein Kredit für ein Haus in Mecklenburg, in dem seine erste Frau lebt, ein Ratenvertrag für ein Auto. Kurz nach Kortüms Tod hat er einem Freund, der ihm Geld geliehen hatte, 8.000 Euro zurückbezahlt. Wo kam das Geld her? Er wusste, wo die alte Dame Bargeld aufbewahrte. Angeblich besaß sie wertvollen Schmuck, der jetzt unauffindbar ist.

Am 26. Februar 2009 wird Genditzki verhaftet. Seine Wohnung, die Wohnungen seiner Schwester, seiner Mutter, seiner Tochter aus erster Ehe, Cindy, werden durchsucht – man findet nichts. Pfandleiher im weiten Umkreis werden befragt – nichts. Genditzki kann auch erklären, woher er das Geld hatte: Viele Mieter und Eigentümer in der Wohnanlage in Rottach-Egern lassen ihn für sich arbeiten – einen Keller entrümpeln, eine Wohnung streichen. Genditzki war das Mädchen für alles. Kurz vor Kortüms Tod hat ihm eine andere alte Dame 8.000 Euro bezahlt. Er hat ein Motorrad für 4.000 Euro verkauft. Alles durch Zeugenaussagen belegt.

Es hilft nichts. Im August 2009 klagt Florian Gliwitzky, Staatsanwalt beim Landgericht München II, Genditzki wegen Mordes und Unterschlagung an. Dieser habe sich »über viele Jahre hinweg das Vertrauen des Tatopfers erschlichen«. Während Kortüm im Krankenhaus war, habe Genditzki 8.000 Euro aus ihrer Geldkassette entnommen. Kortüm habe dies bei ihrer Rückkehr bemerkt und ihn zur Rede gestellt. Genditzki habe sich ihrer deshalb »ein- für allemal entledigen« wollen, habe sie mit einem stumpfen Gegenstand auf den Kopf geschlagen und die bewusstlose Frau in der Badewanne ertränkt. Die Anklage wurde offensichtlich mit heißer Nadel gestrickt. Sie enthält diverse falsche Sachdarstellungen (etwa, Genditzki habe eine Vollmacht für Kortüms Konten gehabt). Am 25. November 2009 eröffnet der Vorsitzende Richter, Ralph Alt, die Hauptverhandlung. Nach 16 Verhandlungstagen steht fest: Das angebliche Tatmotiv existiert nicht. Die Beweisaufnahme hat zweifelsfrei ergeben, dass Genditzki kein Geld unterschlagen hat. Sogar der Staatsanwalt räumt das ein. Er beantragt, das Verfahren hinsichtlich der Unterschlagung einzustellen.

Ein Motiv aus dem Nichts

»Für uns war sonnenklar, dass die Anklage damit erledigt ist«, sagt der Rechtsanwalt Peter Huber, einer der drei Verteidiger Genditzkis. »Aber dann ist der Staatsanwalt umgeschwenkt. Es war, als ob man einen Schalter umlegt. Er hat einfach ein neues Motiv aus dem Hut gezaubert.«

Wenn es nicht das Geld war, sagt Staatsanwalt Gliwitzky in seinem Plädoyer am 11. Mai 2010, dann war es eben so: Frau Kortüm war eifersüchtig, weil Genditzki seine Mutter im Krankenhaus besuchen wollte, statt mit Frau und Kind zu ihr zum Kaffeetrinken zu kommen. Sie habe ihm Vorhaltungen gemacht. Darüber sei der Hausmeister so in Zorn geraten, dass er die Frau mit irgendeinem Gegenstand auf den Kopf geschlagen habe. Um diese Tat zu verdecken, habe er sie dann in der Badewanne ertränkt.

Der Revisionsanwalt sagt, er sei fassungslos über dieses Urteil

Am nächsten Vormittag halten die Verteidiger ihre Plädoyers. Sie sind guter Dinge: Keiner kann sich vorstellen, dass das Gericht dieser absurden Geschichte, für die es nicht das geringste Indiz gibt, folgen könnte. Aber sie irren sich. Noch am selben Abend, nach nur wenigen Stunden Beratung, verkündet Richter Alt das Urteil: lebenslange Haft wegen Mordes. »Das war ein

Augenblick, den ich mein Leben lang nicht vergessen werde«, sagt Genditzkis Tochter Cindy. »Mein Papa hat die Frau Kortüm doch gern gehabt. Er hat es ihrem Mann in die Hand versprochen, dass er sich um sie kümmern wird. Das war doch auch so eine moralische Geschichte. Und dann steht da der Richter und sagt: ›Im Namen des Volkes ... Die Kammer ist überzeugt...‹ Ich dachte: Was machen die da?«

Ein Beamter in der JVA Stadelheim nennt der Tochter einen Namen: Gunter Widmaier. Wenn ihrem inhaftierten Vater jetzt einer noch helfen könne, dann der.

Gunter Widmaier, Jahrgang 1938, Rechtsanwalt, früher in der Kanzlei Bossi, nun seit Langem in Karlsruhe. Sein Name ist Legende am Bundesgerichtshof. Er ist der Revisionsanwalt Nummer eins in Deutschland. Und er ist kein Apparatschik des Rechts, er ist ein freundlicher, einfühlsamer Mensch – und ein notorischer Optimist. »Er hat an die Kraft des Arguments, an den gesunden Menschenverstand und an die Aufrichtigkeit der Richter geglaubt«, sagt sein junger Sozius Ali Norouzi.

Der Mann aus Karlsruhe

Cindy ruft in Widmaiers Kanzlei an. »Ich weiß nicht, ob ich Ihnen helfen kann«, sagt der Anwalt, er werde sich die Akten anschauen. Dann ruft er zurück: Er sei fassungslos über das Urteil. Er sieht mehrere Ansätze für eine Revision, der einfachste beruht auf dem Umstand, dass das Gericht den angeklagten Straftatbestand modifiziert hat: Die Straftat, die der Angeklagte durch die Tötung der Lieselotte Kortüm angeblich verdecken wollte, war nicht mehr die Unterschlagung, sondern die im Zorn begangene Körperverletzung. Darauf hätte das Gericht den Angeklagten rechtzeitig hinweisen müssen, um ihm eine angemessene Verteidigung zu ermöglichen. Der Bundesgerichtshof folgt dieser Argumentation. Am 12. Januar 2011 hebt er das Urteil des Landgerichts München auf und überweist die Sache zur neuen Verhandlung an eine andere Strafkammer desselben Gerichts.

Widmaier ist auf Revisionen spezialisiert; die Verteidigung vor Gericht überlässt er anderen. Im diesem Fall macht er eine Ausnahme. »Es handelt sich um ein Verfahren, das fast in lehrbuchhafter Weise aufzeigt, wie es trotz einiger Sorgfalt der Verfahrensbeteiligten zur Verurteilung eines unzweifelhaft unschuldigen Menschen kommen kann«, schreibt er. Als am 8. November 2011 Petra Beckers, Vorsitzende Richterin der 4. Strafkammer, die neue Hauptverhandlung gegen Genditzki eröffnet, sitzt Widmaier neben Peter Huber auf der Verteidigerbank. Staatsanwalt ist, wie im ersten Verfahren, Florian Gliwitzky. Als Sachverständiger ist wiederum der Gerichtsmediziner Wolfgang Keil geladen, aber das Gericht hat diesmal in Jiri Adamec auch einen Sachverständigen für Biomechanik bestellt. Man ist sich offenbar nicht mehr sicher, ob der Mediziner Keil das nötige Fachwissen für die Beantwortung der Frage hat, wie Lieselotte Kortüm in die Badewanne gelangt sein könnte.

Denn das sind die zentralen Fragen: Wenn Genditzki Lieselotte Kortüm nicht getötet hat – wie konnte sie dann so unglücklich in die Badewanne stürzen, dass sie sich nicht mehr retten konnte? Was könnte sie

überhaupt an der Wanne zu tun gehabt haben? Und wie hat sie sich die beiden Einblutungen am Kopf zugezogen?

Dass die alte Dame kein Bad nehmen wollte, steht fest. Sie hat nie gebadet, alle Angebote des Pflegepersonals, ihr dabei zu helfen, hatte sie stets zurückgewiesen. Sie wollte sich auch nicht die Füße in der Badewanne waschen; dafür, das hat Genditzki selbst berichtet, benutzte sie immer eine kleine Plastikschißel. Sie wollte sich auch nicht die Haare waschen; dafür ist sie stets zum Friseur gegangen.

Möglich, ja naheliegend ist, dass Frau Kortüm ihre kotverschmutzte Wäsche in der Badewanne einweichen und vorreinigen wollte, ehe sie sie dem Hausmeister zum Waschen übergibt. Eine Dame alten Schlages drückt einem Mann nicht ihre stark verschmutzte Wäsche in die Hand. Das erste Gericht hatte diese Möglichkeit ausgeschlossen: Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass es in der Wohnung kotverschmutzte Wäsche gegeben habe. Das Gegenteil ist der Fall. Es gab die Schmutzwäsche von dem Morgen, als Kortüm ins Krankenhaus ging, und es gab die Wäsche, die man ihr dort auszog und in einen Plastikbeutel steckte. Auf einem Polizeifoto aus der Wohnung sieht man auf einer Kommode im Flur einen offensichtlich mit Schmutzwäsche gefüllten Korb und daneben einen gefüllten braunen Plastikbeutel – genau so einen Beutel, bestätigt eine Krankenschwester, wie man sie im Krankenhaus für diesen Zweck verwendet. Es gab also durchaus Anlass für Frau Kortüm, Wasser in die Badewanne laufen zu lassen. Es gibt auch einen Beweis dafür, dass sie sich tatsächlich zumindest gelegentlich an der Badewanne betätigt hat: An den Armaturen findet sich ihre DNA – aber keine DNA von Genditzki.

Aber wie kommt die alte Dame in die Wanne? Widmaier hat die Patientenakte von Lieselotte Kortüm studiert, die von ihrem Hausarzt und die aus dem Krankenhaus. Es ist dokumentiert, dass sie immer wieder mal stürzte. Sie ist steif in den Knien, benutzt einen Gehstock. Am 14. Januar 2008 vermerkte der Hausarzt: »In den Feiertagen wohl mehrmals Bewusstlosigkeiten, wohl nur wenige Sekunden«. Am 25. Juli 2008 ist im Arztbrief einer Klinik in Bad Tölz vermerkt: »TIA links mit Schwäche rechtes Bein«. Eine TIA ist eine »Transitorisch ischämische Attacke«, eine plötzliche Durchblutungsstörung des Gehirns, eine Art Mini-Schlaganfall, oft verbunden mit einem Sekunden dauernden Bewusstseinsverlust. Es wäre also durchaus vorstellbar, dass Kortüm, während sie sich über die Wanne beugt, um den Wasserhahn aufzudrehen, plötzlich zusammensackt und in die Wanne stürzt. Aber genauso gut könnte sie ausgerutscht sein und das Gleichgewicht verloren haben.

Die Schauspielerin hat sich einen »Fat Suit« angezogen, um auf 74 Kilo zu kommen

Wäre sie dann so in der Badewanne zu liegen gekommen, wie die Pflegerin Marina S. sie am Abend des 28. Oktober vorgefunden hat? Widmaier hat eine Schauspielerin und einen Filmemacher engagiert, um das zu demonstrieren. Die eher schlanke Schauspielerin hat sich einen »fat suit« angezogen, um auf die

74 Kilo Körpergewicht der Frau Kortüm zu kommen. Sie soll, so die Aufgabe, eine Ohnmacht simulieren, während sie sich über die Badewanne beugt. Bei acht von zehn Versuchen landet sie in einer Stellung, die derjenigen der toten Lieselotte Kortüm zumindest ähnlich ist. Der Sachverständige Adamec erhebt Einwände: Man könne sehen, dass die Schauspielerin noch Muskelkraft benutzt; es gelinge ihr nicht, eine völlige Muskeler schlaffung zu simulieren. Aber auch Adamec muss einräumen: Es wäre jedenfalls möglich. Ein Sturz ist ein so komplexes Geschehen, dass es unmöglich ist, eine präzise Aussage über die Endposition des Stürzenden zu treffen.

Kann Kortüm sich die beiden Blutergüsse am Kopf durch den Sturz in die Badewanne zugezogen haben? Gerichtsmediziner Keil hält das für unwahrscheinlich: vielleicht den einen, aber nicht alle beide. Nur: Wer kann mit Bestimmtheit sagen, dass Kortüm nur einmal gestürzt ist? Wenn sie nach einer vielleicht nur Sekunden dauernden Bewusstlosigkeit wieder zu sich gekommen wäre, wäre sie sicherlich in Panik geraten. Das war genau die Situation, vor der sie sich immer gefürchtet hatte. Sie hätte versucht, aus der Wanne zu kommen, sie wäre vielleicht ausgerutscht und ein zweites Mal gefallen. Niemand ist in der Lage, das zu rekonstruieren.

Hinzu kommt: Seit fast einem Jahr wurde Kortüm mit dem Medikament Marcumar behandelt, das die Gerinnungsfähigkeit des Blutes vermindert. Noch vier Tage vor ihrem Tod wurde bei ihr ein weit überhöhter Laborwert für die Blutgerinnung gemessen. Deshalb wurde das Medikament abgesetzt. Aber der Wirkstoff von Marcumar hat eine Halbwertszeit von 130 bis 160 Stunden; das heißt, nach fünf Tagen ist noch immer die Hälfte des Wirkstoffs im Körper aktiv. Widmaier hat den Kölner Gerichtsmediziner Markus Rothschild mit einem Gutachten über die Verletzungen beauftragt. Er kommt zu dem Ergebnis, dass unter Berücksichtigung der Marcumar-Behandlung eine relativ geringe Gewalteinwirkung ausreichte, um die beiden Hämatome am Kopf zu erklären. Mit anderen Worten: Schon ein leichtes Aufschlagen des Kopfes an der Badewanne könnte das Verletzungsbild erklären.

Widmaier zählt die Indizien auf, die dafür sprechen, dass Kortüm noch lebte, als Genditzki ihre Wohnung verließ. Der Wäschekorb im Flur: Wer hat ihn dort hingestellt und wann? Zwei abgospülte Tassen in der Spüle: Wer hat die zweite Tasse abgospült? Eine aufgeschlagene Tageszeitung auf dem Bett: Wer hat sie gelesen? Das Licht, das im Wohnzimmer brannte, als Marina S. um 18.30 Uhr die Wohnung betrat: Wer hat es eingeschaltet?

Die falsche Hose

Am letzten Tag der Beweisaufnahme betrachtet Genditzki die Fotos von den Kleidungsstücken, die man der Toten ausgezogen hat. Widmaier hat sie auf DIN-A4 vergrößern lassen. Genditzki stutzt. Diese Hose – das ist nicht die Hose, die Frau Kortüm trug, als er sie aus dem Krankenhaus abholte. Im ersten Gerichtsurteil stand: Frau K. trug die Jogginghose, mit der sie aus dem Krankenhaus kam. Offensichtlich hat niemand das Beweisstück je in Augenschein genom-

men. Die Hose wird aus der Asservatenkammer geholt: Es ist eine dünne, fast durchsichtige, blaue Schlafanzughose. Ganz sicher keine Jogginghose.

Widmaier lehnt sich zurück. Damit, glaubt er, steht nun endgültig fest, dass Kortüm noch lebte, als Genditzki die Wohnung verließ. Möchte wirklich jemand glauben, die alte Dame habe sich in Gegenwart des Hausmeisters die Jogginghose ausgezogen? Für Widmaier gibt es jetzt nicht mehr den leisesten Zweifel: Sein Mandant ist unschuldig. Dieses Gericht wird ihn freisprechen.

Er irrt sich. Am 11. Januar 2012 hält Staatsanwalt Gliwitzky sein Plädoyer. Er fordert erneut eine lebenslange Freiheitsstrafe wegen Mordes. Am 17. Januar verkündet die Richterin Petra Beckers das Urteil. »So blass sah man sie noch nie«, notiert Gisela Friedrichsen, die Gerichtsreporterin des *Spiegel*, »aber ihre Worte treffen wie Säbelhiebe«: »Manfred Genditzki ist schuldig des Mordes in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung. Er wird zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt.«

Alles wird so ausgelegt, dass es für die Schuld des Angeklagten spricht

Die schriftliche Urteilsbegründung ist 109 Seiten lang. Sie lässt keinen Zweifel daran, dass die Vorsitzende Richterin und ihre beiden Beisitzerinnen Tanja Mayerhoffer und Ute Schmitthenner ihr juristisches Handwerk verstehen. Nichts ist ausgelassen, was in der Beweisaufnahme zur Sprache kam. Aber alles wird so ausgelegt, dass es für die Schuld des Angeklagten spricht.

Die Kammer ist überzeugt

Die Vermutung, Kortüm habe kotverschmutzte Wäsche in der Badewanne einweichen wollen? »Zur Überzeugung der Kammer steht fest, dass Frau K. Wäsche nie in der Badewanne eingeweicht hat, erst recht nicht am Nachmittag des Entlasstages.« Die Möglichkeit, dass Kortüm aufgrund einer TIA in die Wanne stürzte? »Ist zur Überzeugung der Kammer auszuschließen.« Die Möglichkeit, dass sie nach einem Sturz in die Position gelangte, in der sie aufgefunden wurde? Auch das glaubt die Kammer nicht. Sie folgt dem Sachverständigen Keil, der »sämtliche Sturzvarianten rekonstruiert« und sich zu diesem Zweck sogar »selbst in die Wanne gelegt« habe. Das wurde zwar weder gefilmt, noch hat ein Biomechaniker zugeschaut, aber dessen ungeachtet ist »nach Überzeugung der Kammer ein Sturzgeschehen auszuschließen.«

Anders sieht die Kammer die Nachstellung des Sturzes in dem von der Verteidigung gefertigten Film: »Hat keinerlei Aussagekraft für das hiesige Verfahren.« Der Schlüssel in der Tür? Den hat der Angeklagte stecken lassen, um zu verhindern, dass er selbst am nächsten Morgen die Leiche finden und die Polizei verständigen müsse. Welchen Vorteil er sich davon versprochen haben soll, lässt das Urteil offen. Die beiden Anrufversuche beim Hausarzt? Da habe der Angeklagte kurzzeitig erwogen, Hilfe zu holen, nachdem er Frau Kortüm niedergeschlagen hatte. Dann sei ihm plötzlich bewusst geworden, was das für Konsequenzen für ihn habe, und er habe schnell wieder aufgelegt. Zweimal hinter-

einander, im Abstand von 20 Sekunden. Die durchaus plausible Erklärung des Angeklagten für die beiden Anrufversuche?

»Dem ist die Kammer nicht gefolgt.«

Und was ist mit all den Indizien, die dafür sprechen, dass Frau Kortüm noch lebte, als Genditzki sie verließ? Die sind, aus Sicht des Gerichts, allesamt »nicht zwingend«. Das Licht im Wohnzimmer, die zweite Kaffeetasse in der Spüle, die aufgeschlagene Zeitung auf dem Bett, der Wäschekorb im Flur – alles »nicht zwingend«. Die fehlende Jogginghose? Die hat Frau K. eben irgendwann ausgezogen: »Wann sie das tat, ist nicht feststellbar.« Auch dass die Psychiaterin dem Angeklagten ausdrücklich eine »hohe Frustrationstoleranz« bescheinigt, irritiert die Kammer nicht. Ohne Wenn und Aber übernimmt sie das einst vom Staatsanwalt Gliwitzky frei erfundene Motiv: Frau Kortüm habe dem Hausmeister Vorhaltungen gemacht, dieser sei in Rage geraten und habe der Frau irgendetwas – eine Tatwaffe wurde nie gefunden – auf den Kopf geschlagen.

Ein Gefangener, der sich nicht »einsichtig« zeigt, kommt nicht vorzeitig frei

Widmaier legt auch gegen dieses Urteil Revision ein. Er weiß: Das wird nicht leicht. Im Revisionsverfahren prüft der Bundesgerichtshof ein Urteil auf Rechtsfehler; die Beweiswürdigung – wie die Tatrichter die Indizien bewerten, welche Schlussfolgerungen sie aus den festgestellten Tatsachen ziehen – interessiert den BGH nicht, es sei denn, das Gericht hätte offenkundig gegen Logik oder wissenschaftliche Erkenntnisse verstoßen.

Aber auch die Freiheit des Richters hat Grenzen. Er darf nicht einfach drauflos fabulieren. »Dass eine Strafkammer mit vergleichbarer Intensität bloße Vermutungen in das Gewand von Tatsachen kleidet, ist mir zuletzt vor Jahrzehnten begegnet«, schreibt Widmaier in der Revisionsbegründung. Der Fall, auf den er anspielt, ist als »Pistazieneis-Fall« in die Rechtsgeschichte eingegangen. Eine Frau war angeklagt, ihre achtjährige Nichte mit vergiftetem Pistazieneis ermordet zu haben. Wie im Fall Genditzki gab es kein Motiv, keinen Beweis. Trotzdem wurde die Frau zweimal verurteilt. Der BGH tat schließlich etwas äußerst Ungewöhnliches: Er sprach die Angeklagte selbst frei. In der Begründung hieß es: »Da Motive und tatnahe Indizien fehlen, zieht das Landgericht aus zahlreichen Verhaltensweisen der Angeklagten Folgerungen zu ihren Lasten. Dabei handelt es sich jedoch nur um Spekulationen oder Vermutungen, ohne dass dies durch mehr als die »Überzeugung« des Gerichts gestützt wurde.«

Das ist ein Satz, der Wort für Wort auch auf das Urteil im Fall Genditzki passt. Aber die Zeiten haben sich geändert. Konkret: Die Besetzung des Gerichts hat sich geändert. Und oft ist es die Person des Richters, die über das Schicksal eines Angeklagten entscheidet. Damals, im Pistazieneis-Fall, war Gerhard Schäfer Vorsitzender des Ersten Strafsenats am BGH. Jetzt ist es Armin Nack. Unter seinem Vorsitz hat sich der Senat in Juristenkreisen den Ruf des »Olli-Kahn-Senats« erworben: »Hält alles«. Und Berichterstatter in diesem

Senat ist jetzt Holger Rothfuß. Im Pistazieneis-Fall war er noch Bundesanwalt und hatte vergeblich versucht, Widmaiers Revision zu Fall zu bringen. Rothfuß hat den Pistazieneis-Fall ganz sicher nicht vergessen. Würde er die Souveränität aufbringen, den ähnlich gelagerten Fall Genditzki unvoreingenommen zu prüfen? Gunter Widmaier glaubt unbeirrt an das Gute im Richter. »Die Sicht eines Mitarbeiters der Bundesanwaltschaft lässt sich mit der Sicht eines verantwortungsbewussten Richters nicht vergleichen«, schreibt er.

Er irrt sich abermals. Widmaiers Revisionsbegründung umfasst 124 Seiten. Die Bundesrichter Nack, Rothfuß, Wahl, Jäger und Sander benötigen nur 15 Zeilen, um sie als unbegründet zu verwerfen. Mit kaum mehr als einem Federstrich ist das Schicksal Manfred Genditzkis besiegelt. Widmaier selbst erlebt diese Niederlage nicht mehr. Am 4. September 2012, einen Tag bevor der BGH seine Entscheidung verkündet, stürzt der Rechtsanwalt in einem Berliner Hotel auf der Treppe. Er stirbt wenige Tage später.

Genditzki verbüßt die lebenslange Freiheitsstrafe. Seine Chancen, nach 15 Jahren auf Bewährung entlassen zu werden, sind gering. Ein Gefangener, der sich nicht »einsichtig« zeigt, kann sich in Bayern wenig Hoffnung auf vorzeitige Entlassung machen. Sein Kampfgeist aber ist ungebrochen. Er setzt jetzt seine ganze Hoffnung auf die Münchner Rechtsanwältin Regina Rick. Sie durchforstet die Akten nach einem Ansatzpunkt für ein Wiederaufnahmeverfahren. Dafür müsste sie »neue Tatsachen oder Beweismittel« präsentieren, die geeignet wären, einen Freispruch herbeizuführen. Es gibt es aber nach jetzigem Stand keine neuen Tatsachen oder Beweismittel im Fall Genditzki.

Es sei denn, jemand fände die verschwundene Armbanduhr.

Prof. Dr. Stefan König¹

FEHLURTEIL UND WIEDERAUFNAHME

EIN »INNOCENCE-PROJECT« FÜR DEUTSCHLAND?

Unfehlbar ist niemand. Nicht einmal der Papst, jedenfalls nicht persönlich.² Dennoch hat es den Anschein, als hielten sich viele Strafgerichte dafür, haben ihre Urteile erst einmal die Ziellinie der Rechtskraft überquert. Anders ist der Widerstand gegen Anträge auf Wiederaufnahme und auch gegen die Etablierung einer rechtstatsächlichen Basis für Erforschung von Ursachen von Justizirrtümern kaum zu erklären. Das Phänomen des Fehlurteils wird in der Justiz weitgehend geleugnet. Ist es dann mal nicht zu bestreiten, muss es sich um einen »Ausreißer« handeln, die die Regel bestätigende Ausnahme.

Der Gesetzgeber sieht das grundsätzlich anders. Sonst gäbe es kein strafprozessual geregeltes Wiederaufnahmeverfahren. Und es hat auch Zeiten gegeben, da war es geradezu common sense hierzulande, dass auf diesem Gebiet Bedarf bestünde an rechtstatsächlichen Fakten. Und auch an Änderungen im Verfahrensrecht. »Die Reform des Wiederaufnahmeverfahrens ist dringend geboten. Sie sollte aber geschlossen in einem besonderen Gesetzesvorhaben durchgeführt werden«, hieß es in der Begründung der Regierungsvorlage zum Ersten Strafverfahrensänderungsgesetz im Mai 1973.³ Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sah unter anderem eine Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft in Wiederaufnahmeverfahren vor (§ 364c StPO-Entwurf). Hierzu meinte der Bundesrat in der Begründung seiner Anrufung des Vermittlungsausschusses, eine solche Verpflichtung könne im Rahmen der erwogenen Erleichterungen der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Wiederaufnahmeanträgen entbehrlich werden (die aber nicht kamen). Und weiter: »Die

¹ Der Beitrag ist mit wesentlicher Unterstützung durch meinen wissenschaftlichen Mitarbeiter Marco Willumat entstanden, der auch an dem Projekt »Fehlurteil und Wiederaufnahme« maßgeblich beteiligt ist und u. a. die Beschreibung der Organisation des Projektes beigesteuert hat.

² Zum Unfehlbarkeitsdogma und der Unterscheidung der Unfehlbarkeit des Papstes bei der Entscheidung strittiger theologischer und seiner Fehlbarkeit als Mensch: Horst, Unfehlbarkeit und Geschichte: Studien zur Unfehlbarkeitsdiskussion von Melchior Cano bis zum I. Vatikanischen Konzil, 1982; zu den historischen Wurzeln im Mittelalter: Tierney, Origins of papal infallibility, 1150 - 1350: a study on the concepts of infallibility, sovereignty and tradition in the Middle Ages, 1988.

³ BT-Drs. 7/551, S. 146.

erforderlichen Rechtstatsachenforschungen und Sachprüfungen konnten bisher nicht abgeschlossen werden. Es erscheint daher angezeigt, die vorgesehene Neuregelung zurückzustellen, bis das Recht der Wiederaufnahme des Verfahrens insgesamt überarbeitet werden kann.« (BT-Drs. 7/2774, S. 3).

Mit der »vorgesehenen Neuregelung« ist es – abgesehen von punktuellen Reformen und zuletzt der weitreichenden Erleichterung der Wiederaufnahme zulasten der vom Vorwurf schwerster Verbrechen Freigesprochenen (§ 362 Nr. 5 StPO) – bis heute nichts geworden. Auch die seinerzeit (im Jahr 1974) für notwendig gehaltene rechtstatsächliche Erforschung der Praxis der Wiederaufnahmeverfahren ist jahrzehntelang nicht in Angriff genommen worden. Es gibt nicht einmal eine systematische Erfassung von Wiederaufnahmeanträgen und ihren Ergebnissen in den Justizverwaltungen der Länder. Leuschner, die sich um Zahlen bemüht hat, berichtet, öffentlichen Statistiken lasse sich lediglich entnehmen, dass es etwa im Jahr 2015 1.139 erledigte Verfahren nach Antrag auf Wiederaufnahme zugunsten des Beschuldigten gemäß § 359 StPO gab.⁴ Über die Anzahl der erfolgreichen Anträge ist (fast) nichts bekannt. Ihre Anfrage bei den Justizverwaltungen der Länder habe – mit Ausnahme eines (namentlich nicht genannten) Bundeslandes – ergeben, dass dort Zahlen nicht erhoben würden. Das ungenannte Bundesland habe fünf erfolgreiche Wiederaufnahmen/Jahr gemeldet. Das bedeute im Verhältnis zur von dort gemeldeten Gesamtzahl der Wiederaufnahmeanträge eine durchschnittliche Erfolgsquote von 21,1 %.⁵ Immerhin. Wieweit diese Zahlen generalisierbar sind, ist allerdings fraglich.

Der Beitrag referiert auch die Auswertung der Untersuchung von 29 Verfahrensakten von in Wiederaufnahmeverfahren aufgedeckten Fehlurteilen, u.a. nach Fehlerquellen.⁶

⁴ Leuschner, F., in: Boers/Schaerff (Hrsg.), Kriminologische Welt in Bewegung, 2018, S. 497 ff., 498 unter Verw. auf Zahlen des Statistischen Bundesamt, 2016.

⁵ Leuschner, F., a. a. O., S. 499.

⁶ Eine Darstellung der Studie und ihrer Ergebnisse findet sich auch bei Leuschner, F./Rettenberger, M./Dessecker, A., Imprisoned But Innocent: Wrongful Convictions and Imprisonments in Germany,

aus:
FS Barton
2023, 57 ff.

Derzeit arbeiten Volbert/Bliesener/Altenhain et al. an einem Forschungsprojekt »Fehler und Wiederaufnahme im Strafverfahren«, das Ende März 2022 abgeschlossen sein sollte. Ergebnisse sind bislang nicht publiziert. In der Projektbeschreibung heißt es:

»Ziel des vom KFN (Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen, d.U.) koordinierten Projekts ist es, zu folgenden Aspekten Erkenntnisse zu gewinnen: a) zu Fehlern, die in einem Strafprozess zu einem Fehlurteil führen können, b) zur Entscheidungspraxis in Wiederaufnahmeverfahren und c) damit verbunden zu der Frage, ob bestimmte Fehler durch die Vorgaben des Wiederaufnahmeverfahrens schwieriger geltend zu machen sind als andere. Auf der Basis dieser Erkenntnisse sollen Vorschläge für Prozeduren und Regelungen erarbeitet werden, die dazu beitragen, Fehlurteile weit möglichst zu vermeiden, bzw. die geeignet sind, potentielle Fehler nachträglich aufdecken zu können.«⁷

Eine Teilauswertung der Forschungen ist im April 2022 in der Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform erschienen⁸ Sie gibt die Ergebnisse der Befragung von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, Staatsanwältinnen und Staatsanwälten mit Wiederaufnahmeanträgen und -verfahren wieder. Die Expertenkommission zur StPO-Reform, die in den Jahren 2014 und 2015 tagte, eingesetzt vom damaligen Bundesjustizminister Maas,⁹ befasste sich auch mit der Reform des Wiederaufnahmeverfahrens, beschloss aber (13 dafür, 5 Enthaltungen, drei Gegenstimmen) das Recht der Wiederaufnahme solle nicht geändert werden.¹⁰

Die Diskussion über die Reform des Wiederaufnahmeverfahrens, die in den siebziger Jahren geführt wurde und zu der verbreiteten Auffassung führte, Reformen seien »dringend geboten«, ist wesentlich beflügelt worden durch Karl Peters' dreibändiges, von 1970 bis 1974 publiziertes Werk über »Fehlerquellen im Strafprozess«.¹¹ Die Forschungsarbeit, noch immer ein *rocher de bronze* in der strafprozessualen Reformdiskussion in Deutschland, hat erst in jüngster Zeit wieder vermehrt Nachfolger gefunden.¹² Zu denjenigen, die es aufgegriffen und um weitere Untersuchungen ergänzt haben, gehört auch der Jubilar. Sein Augenmerk galt dabei besonders – bereits in seiner Habilitationsschrift¹³ – Verteidigungsfehlern als Ursachen von Fehlurteilen.

Über »Verteidigungsfehler als Ursache von Fehlurteilen« hat er auf der ersten Sommertagung des Arbeitskreises Psychologie im Strafverfahren im Jahr 2017 in Bad Saarow, am Ufer des Scharmützelsees, referiert. Er bewohnte seinerzeit (und auch in anderen

1990 2016; Crime & Delinquency 2019.

⁷ Zit. n. <https://kfn.de/forschungsprojekte/fehler-und-wiederaufnahme-im-strafverfahren/> (letzter Abruf 8.2.2024).

⁸ Leve, M./Otzipka, J./Volbert, R., MschrKrim 105 (2022), 113.

⁹ Mit vollem Namen: »Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens«. Die seinerzeit erstatteten Gutachten finden sich im Anlagenband, dort auch auf S. 660 ff. das Gutachten von Verf., Überlegungen zur Stärkung des Wiederaufnahmeverfahrens.

¹⁰ Empfehlungen der Expertenkommission Nr. 25.

¹¹ Peters, Fehlerquellen im Strafprozess, 3 Bde., 1970-1974.

¹² Zur - in jüngerer Zeit auch in Deutschland anwachsenden - Befassung mit dem Thema s. u. A.

¹³ Barton, Mindeststandards der Strafverteidigung, 1994; zur Problematik auch Barton, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl. 2013, S. 12.

Jahren) das kleine Gästehaus am Seeufer auf meinem dortigen Anwesen. Wir hatten daher oft Gelegenheit, auch außerhalb von Tagungen über das Problem des Fehlurteils und Wege zu seiner Vermeidung oder Beseitigung zu diskutieren. Diese Gespräche waren eine der Quellen des Projekts, über das ich hier berichte.

A. Auseinandersetzung mit Phänomen und Problem des Fehlurteils in den USA und in Deutschland

Die Befassung mit Phänomen und Problem des Fehlurteils ist andernorts anders verlaufen als in Deutschland. Das gilt insbesondere für die USA.¹⁴ Hervorzuheben ist das *Innocence Project*, eine im Jahr 1992 von zwei Strafverteidigern, Barry Scheck und Peter Neufeld, in den USA (New York) gegründete Organisation. Sie ist inzwischen auch in Deutschland durch zahlreiche Presseveröffentlichungen, nicht zuletzt durch die gleichnamige Doku prominent geworden, die der Streaming-Dienst *Netflix* seit April 2020 anbietet.¹⁵ Das *Innocence Project* beschränkt sich – neben zahlreichen rechtspolitischen Initiativen zur Vermeidung und Beseitigung von Fehlurteilen – auf den Versuch, mithilfe von DNA-Analysen Fehlurteile aufzudecken und damit unschuldig Verurteilte zu rehabilitieren. Das ist seit Gründung der Organisation, also seit 30 Jahren, immerhin in 375 Fällen gelungen (nachzulesen auf der Homepage des Projekts¹⁶). In absoluten Zahlen ein eindrucksvoller Erfolg, der auch nicht dadurch geschmälert wird, dass die Zahl, verglichen mit den vielen Verurteilungen, die es jedes Jahr in den USA zu Freiheitsstrafen¹⁷ gibt, verschwindend gering ist. In der US-amerikanischen Literatur kursieren Zahlen zum Anteil von Fehlurteilen an der Gesamtzahl der Verurteilungen wegen Verbrechen (felonies).¹⁸ Die Zahlen bewegen sich zwischen 1 und 5 %, was immerhin bedeutet, dass mehr als 100.000 Menschen derzeit in den USA zu Unrecht inhaftiert sind.

Die spektakulären Erfolge des Projekts haben die amerikanische Öffentlichkeit wachgerüttelt und ihr bis dahin bestehendes Vertrauen in die Zuverlässigkeit der Entscheidungen der Gerichte nachhaltig erschüttert. Auch in der Wissenschaft hat eine intensive Befassung mit Fehlurteilen und ihren Ursachen eingesetzt. Gesetzgeberische Konsequenzen wurden in einigen Bundesstaaten zur Vermeidung von Fehlerquellen gezogen, auch die Ermittlungspraxis ist in einiger Hinsicht verändert worden.¹⁹

¹⁴ Zu Großbritannien interessant die Website des CCRC, <https://ccrc.gov.uk/>, einer unabhängigen staatlichen Institution, an die sich Personen wenden können, die meinen, sie seien zu Unrecht verurteilt und ihre Rechtsmittel blieben dennoch erfolglos. Der CCRC untersucht Fälle auf Ansätze für eine Wiederaufnahme; vgl. auch die Website der britischen Bürgerrechtsorganisation Appeal, <https://appeal.org.uk/>; die von Fehlurteilen Betroffenen Unterstützung anbietet und auch rechtspolitisch engagiert ist

¹⁵ »Innocence Project - Gerechtigkeit für Justitia«.

¹⁶ www.innocenceproject.org

¹⁷ Im Jahr 2019 waren es z.B. 576.956, siehe US Department of Justice - Bureau of Justice Statistics, Prisoners in 2020 Statistical Tables, Abb. 8 S. 17 f (abrufbar unter: <https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/p20st.pdf>).

¹⁸ Norris, Exonerated, A history of the Innocence movement, 2017, S. 3 unter Verw. auf Publikationen von Gross et al., von Risinger und von Poveda.

¹⁹ Vgl. dazu meine Übersicht in: FS Jehle, 2018, S. 379, 389.

Vorangetrieben wurde (und wird) diese Entwicklung in erster Linie durch bürgerschaftliches Engagement, von Journalisten, Anwälten, NGOs. Der amerikanische Kriminologe Gould hat in verschiedenen Publikationen beklagt, dass es an einer systematischen, die verschiedenen, punktuellen. Ansätze zusammenfassenden wissenschaftlichen Durchdringung noch immer fehle.²⁰

An der fehlt es erst recht in Deutschland. Erst in den letzten Jahren sind hierzulande einige Untersuchungen entstanden, die sich wissenschaftlich mit dem Phänomen des Fehlurteils und seiner Vermeidung bzw. Beseitigung befassen. Zu nennen sind etwa die Dissertationen von Brinkmann²¹, Dunkel²², Böhme²³ und Arnemann²⁴ oder der neben dem Jubilar durch Dubelaar/Kölbel/Lindemann herausgegebene Sammelband²⁵, der interdisziplinäre Perspektiven auf das Phänomen des Fehlurteils bietet.²⁶

Aus dem Innocence-Project ist inzwischen ein internationales Innocence-Movement geworden, das allein in den USA an Dutzenden Universitäten zur Befassung mit Fehlurteilen und ihren Ursachen durch dort eingerichtete »law clinics« (zu diesem Lehrveranstaltungs-Format näher unten B. II.) geführt hat – mit engagierter studentischer Beteiligung²⁷. Die Bewegung hat Folgeprojekte in zahlreichen Ländern veranlasst. Nicht jedoch in Deutschland. Zwar gab es Ansätze. Es gibt eine facebook-Seite eines »Innocence Project Germany«, allerdings ohne Inhalte, außer der Ankündigung einer Veranstaltung in der Universität Frankfurt/Main am 2.11.2017. Die Veranstaltung ist abgesagt worden.

Dabei wird, auch wenn der reformerische Elan des Gesetzgebers aus den 70er-Jahren auf dem Gebiet des Wiederaufnahmeverfahrens derzeit erloschen ist (abgesehen von der Erweiterung des Wiederaufnahme zulasten der Freigesprochenen in § 362 Nr. 5 StPO²⁸), der Ruf nach einer Reform des Wiederaufnahmeverfahrens, namentlich seiner Praxis, gerade in den letzten Jahren laut. Das zeigt die verstärkte Befassung mit dem Problem in der rechtswissenschaftlichen Literatur.

²⁰ Unter dem Titel »One hundred Years Later: Wrongful Convictions A Century of Research« zusammenfassend dargestellt in: Gould/Leo, Journal of Criminal Law and Criminology 100/3 (2010), 825, 858 ff.

²¹ Brinkmann, Zum Anwendungsbereich der §§ 359 ff. StPO. Möglichkeiten und Grenzen der Fehlerkorrektur über das strafrechtliche Wiederaufnahmeverfahren, 2017.

²² Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz. Systematische Analyse von Wiederaufnahmeverfahren im Hinblick auf Häufigkeit und Risikofaktoren, 2018.

²³ Böhme, Das strafgerichtliche Fehlurteil - Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht, 2019.

²⁴ Arnemann, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen, 2019.

²⁵ Barton/Dubelaar/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), »Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit«, 2018.

²⁶ Daneben etwa: Dunkel/Kemme, NK 2016, 142; dies., StV2020, 52; Kasper/Arnemann, R&P2016, 58; Sporer, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2020, S. 163; grundsätzlich zur Problematik auch: Kölbel/Puschke/Singelstein, GA 2019, 129-148, zum Stand zur Notwendigkeit und zu den Aussichten der Prozessfehler- und Fehlurteilsforschung.

²⁷ Vgl. Norris, Exonerated, A history of the Innocence movement, 2017, S. 4.

²⁸ Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung - Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit) vom 21.12.2021, BGB1. I, S.5252.

B. Das Projekt »Fehlurteil und Wiederaufnahme«

2019 beschlossen Carsten Momsen, Professor an der FU Berlin, und ich nach vielen Gesprächen über die Thematik, und nachdem wir unabhängig voneinander Kontakt zum »Innocence Project« in New York aufgenommen und uns dort über deren Arbeit und Erfahrungen hatten informieren lassen, den Schritt zu gehen, eine dem Innocence Project ähnliche Initiative zu starten. Eine Übertragung 1:1 schien uns wegen der Fokussierung des Innocence Projects auf die Arbeit mit DNA-Analysen nicht zielführend.²⁹ Bald kam Kirslin Drenkhahn, auch Professorin an der FU Berlin, hinzu. Auch Kai Ambos, Professor an der Universität Göttingen, gehörte zu den Initiatoren.³⁰

Zu dieser Zeit gab es sowohl an der FU Berlin als auch an der Universität Göttingen bereits strafprozessual orientierte sog. Law Clinics. Das Konzept dieses Unterrichtsformats besteht darin, Studierende an der konkreten Fallarbeit zu beteiligen. Das dient nicht allein der Erweiterung ihrer Kenntnisse von der Praxis der Rechtsanwendung. Im Idealfall soll ihre Arbeit die Praktiker, denen sie in Kleingruppen zuarbeiten – das sind Anwältinnen und Anwälte – bei der Fallbearbeitung unterstützen, ihnen Tätigkeiten abnehmen.

Bekannt geworden sind die sog. Refugee-Law Clinics, die im Zuge der Flüchtlingskrise an einigen Universitäten entstanden und bei der Beratung von Flüchtlingen beachtliche Arbeit geleistet haben.³¹

Mit der Einführung der Vorschrift des § 6 Abs. 2 RDG schaffte der Gesetzgeber zum 1.7.2008 auch die Voraussetzungen für die Tätigkeit solcher Projekte. Danach ist eine unentgeltliche Rechtsdienstleistung, wie sie von Law Clinics angeboten und erbracht wird, außerhalb familiärer, nachbarschaftlicher oder ähnlich enger persönlicher Beziehungen jedenfalls nicht schlechthin unzulässig. Sie muss zwar grundsätzlich entweder durch eine Person, der auch eine entgeltliche Erbringung der Rechtsdienstleistung erlaubt wäre oder die über die Befähigung zum Richteramt verfügt, erbracht werden. Für die Tätigkeit von Law Clinics entscheidend ist aber, dass es genügt, wenn eine solche Person bei der Rechtsdienstleistung anleitend tätig wird (§ 6 Abs. 2 S. 1 Var. 3 RDG).³²

Solche Law Clinics sind ein wichtiger Bestandteil der Arbeit des Innocence Projects. Wir haben uns entschieden, mit dem Projekt »Fehlurteil und Wiederauf-

²⁹ Inzwischen ist uns durch weitere Gespräche mit VertreterInnen des Innocence Projects bekannt geworden, dass es in den USA Innocence Projects gibt, die auch andere mögliche Erkenntnisquellen zur Decouvrierung von Fehlurteilen berücksichtigen.

³⁰ Inzwischen hat er sich wegen anderer Tätigkeiten etwas zurückgezogen, ist dem Projekt aber weiterhin verbunden.

³¹ Vgl. zum Überblick nur die Auflistung der Mitglieder des Dachverbands der Refugee Law Clinics Deutschland (<https://home.refugeelawclinics.de/2022/11/22/rhc-standorte/>), zul. abgerufen am 8.2.2024). In diesem Verband sind 37 Refugee Law Clinics in Deutschland organisiert.

³² Zu den aufgeworfenen Haftungsfragen sowohl ggü. der anleitenden Person als auch ggü. der studentischen Rechtsberatung: Dux, in: Deckenbrock/Henssler, RDG, § 6, Rn. 46; ders./Prügel, JuS 2015, 1148, 1151; Horn, JA 2013, 644, 647 f.; Heuser, Asylmagazin 2016, 152, 159; Prütting, DJT-Gutachten 2003, G 48; K.-M. Schmidt, in: Krenzler, RDG, § 6, Rn. 56, 79; Späth/Vollmerhausen, Jura 2020, 783; Wreesmann/Schmidt-Kessel, NJOZ 2008, 4061, 4070 f.

nahme« eine Anlaufstelle zur Vorbereitung von Anträgen auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu schaffen, die ebenfalls die studentische Beteiligung in den Mittelpunkt rückt und damit nach dem Modell einer Law Clinic organisiert ist.

I. Organisation des Projekts und Ablauf der Fallbearbeitung

Natürlich gibt es inzwischen auch einen Verein: »Fehlurteil und Wiederaufnahme e.V.«. Er schafft den Rahmen für die Ausbildung der im Projekt tätigen Studierenden (1.) und die Bearbeitung der Anfragen Verurteilter, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens anstreben (2.).³³ Außerdem werden durch den Verein Fortbildungsveranstaltungen für Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen ausgerichtet. In der Zukunft soll er auch Raum für empirische Forschung zum Phänomen des Fehlurteils bieten.

Die Anzahl der Vereinsmitglieder ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt überschaubar. Es zählen hierzu die bereits genannten Initiatoren des Projekts³⁴ sowie wissenschaftliche und studentische Mitarbeiter der Initiatoren.

Der Verein beschäftigt eine eigene studentische Mitarbeiterin. Sie nimmt vornehmlich administrative Aufgaben bei der Bearbeitung von Anfragen Ratsuchender wahr. Über sie wird die erste Kontaktaufnahme zum Verein ermöglicht. Dabei gewährleistet sie, dass alle Ratsuchenden den bei der ersten Kontaktaufnahme auszufüllenden Fragebogen (dazu s. u. 3. a)) erhalten und überwacht dessen Rücklauf. Weiterhin stellt sie im Anschluss die Studierendengruppen zur weiteren Bearbeitung der Anfrage zusammen und teilt diesen eine/n Rechtsanwalt bzw. Rechtsanwältin aus der Gruppe der anwaltlichen Unterstützer des Projekts zur Betreuung zu. Nach der vereinsinternen Organisationsstruktur gehört sie damit dem sog. »zentralen Case-Management« an.

Die wissenschaftlichen und studentischen Mitarbeiter der Initiatoren übernehmen Aufgaben des sog. »dezentralen Case-Managements«. Ihnen werden individuelle Anfragen Ratsuchender nach Rücklauf des Fragebogens und Einteilung der Studierendengruppe zugeordnet. Zwar fällt die Organisation der weiteren Bearbeitung der Anfrage grundsätzlich in den Aufgabenkreis des bzw. der anleitenden Rechtsanwalts/-anwältin. Durch die Tätigkeit im »dezentralen Case-Management« wird aber weiterhin eine organisatorische Unterstützung bei der Fallarbeit gewährleistet. Häufig nehmen die Mitarbeiter des dezentralen Case-Managements auch an den ersten Treffen der Studierendengruppe teil.

1. Ausbildung der beteiligten Studierenden

Die Studierenden, die im Rahmen des Projekts an einer law clinic teilnehmen, erhalten zunächst eine Einführung in Recht und Praxis der Wiederaufnahme.

³³ Im Weiteren wird die Rede von »Ratsuchenden« sein.

³⁴ Mit Ausnahme von Kai Ambos, der das Projekt aber weiterhin unterstützt.

Das Lehrangebot wird sowohl von den Initiatoren des Projekts als auch durch externe Kooperationspartner getragen. Es setzt sich aus mehreren Lehreinheiten zusammen. Den Ausgangspunkt bildet eine mehrteilige Einheit zur Einführung in das Recht der Wiederaufnahme durch Carsten *Momsen*, FU Berlin und Johannes *Kaspar*, Universität Augsburg. Es werden die wesentlichen verfahrensrechtlichen Grundlagen der Wiederaufnahme in Strafsachen vermittelt. Auch sollen den Studierenden Defizite der aktuellen Rechtslage und Reformperspektiven aufgezeigt werden. Gleichzeitig wird bereits in dieser Lehrveranstaltung ein Ausblick auf empirische Erkenntnisse zu Fehlerurteilen und dem Wiederaufnahmeverfahren geboten. Hieran knüpft eine durch den Jubilar angebotene Lehreinheit zur Ursachenforschung, Prävention und Korrektur von Fehlerurteilen im Strafverfahren an. Diese wird flankiert durch eine Lehreinheit zu den Fehlerquellen im Strafverfahren aus psychologischer Perspektive durch Renate *Volbert*, Psychologische Hochschule Berlin. Sie sensibilisiert die Studierenden insbesondere für die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen, für das Phänomen falscher Geständnisse und für die Grenzen menschlichen Urteilsvermögens durch Wahrnehmungsverzerrungen. Hieran knüpft die Vorstellung kriminologischer Perspektiven auf das Phänomen des Fehlerurteils in einer durch Stefan *Harrendorf*, Universität Greifswald, ausgerichteten Lehreinheit an.

Dieser richtet auch einen Beitrag zur Einführung in die Kriminalistik aus. Gemeinsam mit der Einheit zur Einführung in die Urteils- und Aktenanalyse durch die Rechtsanwältin Carolin *Arnemarm*, München, werden damit praktische Grundlagen für die Identifikation von Ansatzpunkten für einen Antrag auf Wiederaufnahme durch die Studierenden vermittelt.

Abgerundet wird das Lehrangebot durch eine Einführung in das Spannungsverhältnis zwischen Fehlerurteil und Strafvollzug durch Kristin *Drenkhahn*, FU Berlin und Christine *Graebisch*, Fachhochschule Dortmund.

Die curricula sind während der COVID-Zeit entstanden, alle Beiträge daher online auf der homepage www.wiederaufnahme.com abrufbar. Erste Erfahrungen mit der Arbeit an den Einzelfällen haben allerdings deutlich werden lassen, dass eine vertiefte Einführung erforderlich ist, die auch in Präsenzveranstaltungen erfolgen sollte. Häufig fehlt es den Studierenden am Verständnis der Besonderheiten des Wiederaufnahmerechts, werden vermeintliche Denkfehler oder Widersprüche in den Urteilsgründen analysiert oder Angaben von Belastungszeugen als unglaublich kritisiert. All das ist für das Wiederaufnahmeverfahren grundsätzlich irrelevant und führt zu überflüssigem Zeitaufwand.

2. Ablauf der Fallbearbeitung des Innocence Projects in New York

Die Organisation der Fallbearbeitung im Projekt Fehlerurteil und Wiederaufnahme ist am Vorbild des Innocence Projects ausgerichtet. Von Mitarbeiterinnen des Innocence Project in New York wurde uns berichtet, dass dessen Arbeit sich im Wesentlichen in zwei

Stufen vollzieht:

Auf der ersten Stufe werden diejenigen, die sich hilfesuchend an das Projekt wenden, aufgefordert, einen umfangreichen Fragebogen auszufüllen und an das Projekt einzusenden. Der Fragebogen umfasst über zehn Seiten und enthält sehr detaillierte Fragen, u.a. zum physischen Erscheinungsbild des Antragstellers zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Tat, zu Mitverurteilten, zum Einlassungsverhalten, zu verwendeten Beweismitteln etc.³⁵ Wir haben zunächst versucht, eine an deutsche Verhältnisse angepasste Version eines solchen Fragebogens herzustellen. Das Vorbild ist aber auf amerikanische Verhältnisse zugeschnitten. Viele der Fragen beantworten sich, wenn die schriftlichen Urteilsgründe vorgelegt werden (die es bei amerikanischen Jury-Urteilen nicht gibt). Auch bestand die Befürchtung, die Rechtsuchenden könnten durch das Formular abgeschreckt, zumindest überfordert werden. Die Auswertung erfolgt über besonders ausgebildete Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Innocence Projects in New York. Sie sind bei dem Project beschäftigt und werden von ihm bezahlt.

Ein Fragebogen wird auch verwendet von der Criminal Cases Review Commission in Großbritannien, allerdings wesentlich einfacher und verständlicher aufgebaut.³⁶

Ob die Auswertung ergibt, dass eine vertiefte Befassung aussichtsreich erscheint, entscheidet ein Gremium von – ebenfalls bei dem Project angestellten – Anwältinnen und Anwälten. Die vorbefassten Mitarbeiter/innen geben hierfür ein Votum ab.

Fällt die Entscheidung für eine vertiefte Befassung, so wird der Fall in der zweiten Stufe einem Anwalt/einer Anwältin zugeteilt, der oder die zu den Unterstützern des Innocence Projects zählt. An der weiteren Bearbeitung, namentlich an Recherchen werden Studierende beteiligt, die an der Law Clinic teilnehmen.

3. Ablauf der Fallbearbeitung im Projekt Fehlerurteil und Wiederaufnahme

Für die Organisation unserer Projektarbeit wurden Modifikationen notwendig, die sich zum einen aus den Besonderheiten des deutschen Rechts der Wiederaufnahme, zum anderen aber aus der vom US-amerikanischen Strafverfahren weitgehend abweichenden Struktur des deutschen Strafverfahrens ergeben.

Die Arbeit im Projekt Fehlerurteil und Wiederaufnahme verläuft derzeit in drei Stufen.

a) Stufe 1: Kontaktaufnahme durch Fragebogen

Orientiert am Konzept des Innocence Project liegt der Ausgangspunkt der Kontaktaufnahme zu den Mitarbeitenden des Projekts in der Übersendung eines ausgefüllten Fragebogens. Dieser lässt sich auf der Website des Projekts abrufen.³⁷ Alternativ sind die Mitarbeitenden des Projekts auch einmal wöchent-

lich (Dienstags 12-16 Uhr) telefonisch erreichbar. So ist sichergestellt, dass ein Versand des Fragebogens auch erfolgen kann, wenn ein Ratsuchender, etwa im Strafvollzug, keinen Zugang zum Internet³⁸ hat. Der Versand des Fragebogens wird in diesem Fall durch die für das Projekt tätige studentische Hilfskraft nach telefonischer Kontaktaufnahme übernommen.

aa) Gestaltung des Fragebogens

Der Fragebogen beinhaltet zunächst eine knappe und laienverständliche Darstellung zu den denkbaren Ansatzpunkten einer Wiederaufnahme des Verfahrens im deutschen Strafverfahrensrecht. Insbesondere wird erläutert, dass der (nicht nur³⁹) für die Tätigkeit des Projekts zentrale Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 5 StPO die Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel voraussetzt, die im Urteil nicht berücksichtigt wurden.

Zunächst teilt der Ratsuchende unter I. des Fragebogens persönliche Informationen mit. Er macht Angaben zu seiner aktuellen Lebenssituation, insbesondere ob er sich in Haft befindet. Wesentlich ist die Abfrage der finanziellen Situation des Ratsuchenden, um frühzeitig zu ermitteln, ob dieser selbst in der Lage wäre, die zum Beispiel für Sachverständigengutachten in Vorbereitung eines Antrags auf Wiederaufnahme anfallenden Kosten zu tragen. Hierauf zielt auch die Frage danach ab, ob Dritte (z.B. Angehörige) ggf. anfallende Kosten tragen könnten.

Sodann erhält der oder die Ratsuchende unter II. des Fragebogens Gelegenheit, Informationen über seine Verurteilung mitzuteilen. In diesem Zusammenhang wird abgefragt, ob und mit welchen Rechtsmitteln sich der Ratsuchende gegen das Urteil gewandt hat. Zur Bewertung der Erfolgsaussichten eines Antrags auf Wiederaufnahme ist insbesondere die Beantwortung der Frage relevant, ob bereits ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens und ggf. mit welcher Begründung gestellt wurde. Nur so lässt sich eine Aussage über einen Verbrauch bereits vorgebrachter neuer Tatsachen oder Beweismittel durch einen bereits in der Vergangenheit gestellten, aber verworfenen Antrag auf Wiederaufnahme⁴⁰ treffen.

Schließlich wird der oder die Ratsuchende unter III. aufgefordert, spezifische Informationen zur angestrebten Wiederaufnahme des Verfahrens mitzuteilen. Im Mittelpunkt steht hier eine Schilderung des Tathergangs aus der Perspektive des Ratsuchenden und die seinerzeit im zur Verurteilung führenden Verfahren verwendeten und im Urteil verwerteten Beweismittel⁴¹ Hierauf aufbauend sind Angaben zu neuen Beweismit-

³⁸ Zur Diskussion um einen »Anspruch auf Internet« im Strafvollzug siehe: EGMR *Jankovskis v. Litauen*, no. 21575/08, v. 17.1.2017 m. Anm. *Bode*, ZIS 2017, 348; zur Sicherungsverwahrung: SächsVerfGH NSTZ 2020, 105; aus der Literatur nur: *Bode*, NK 2019, 30 ff.; *Esser*, NSTZ 2018, 121 ff.

³⁹ Denn auch sonst handelt es sich bei § 359 Nr. 5 StPO um den in der Praxis des Wiederaufnahmerechts wohl wesentlichen Ansatzpunkt eines Antrags auf Wiederaufnahme, vgl. nur *Arnemann*, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen, 2019, S. 245 ff.

⁴⁰ Vgl. hierzu nur OLG Braunschweig NJW 1966, 993, 994.

⁴¹ Dies ist zentral für die Bewertung, um nunmehr genannte Beweismittel oder Tatsachen i. S. d. § 359 Nr. 5 StPO als »neu« zu bewerten sind: vgl. zur Auslegung dieses Rechtsbegriffs: BVerfG StV 2003, 225; NJW 2007, 207, 208; BGH NSTZ 2000, 218; OLG Düsseldorf NJW 1987, 2030.

teln oder Tatsachen zu machen, die Ansatzpunkt eines Antrags auf Wiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 StPO sein können.

bb) Grobauswertung des Fragebogens

Nach Eingang des ausgefüllten Fragebogens wird dieser einer groben Auswertung unterzogen. Diese erste Auswertung bezieht sich lediglich auf die grobe Einschätzung, ob das Wiederaufnahmebegehren nicht von vorneherein aussichtslos ist, z.B. weil noch ein Rechtsmittelverfahren anhängig ist oder lediglich Missstände im Vollzug vorgetragen werden. Im Anschluss bemühen sich die Mitarbeiter des Projekts um die Beschaffung des Urteils.

Schließlich wird durch das zentrale Case-Management eine Studierendengruppe zusammengestellt und einem/r der beteiligten Rechtsanwält:innen zur weiteren Bearbeitung des Falls zugewiesen. Vor der Zuweisung wird der (oder die) Ratsuchende nach seinem Einverständnis befragt, den oder die vorgeschlagene/n Anwalt/Anwältin mit der weiteren Bearbeitung zu betrauen.

b) Stufe 2: Bearbeitung des Falls durch die Studierendengruppe unter anwaltlicher Leitung

Die Studierendengruppe untersucht unter anwaltlicher Leitung den Fall daraufhin näher, ob er konkrete Ansatzpunkte für einen Wiederaufnahmeantrag bietet. Zuvor werden die Mitglieder der Gruppe aufgefordert, eine Verschwiegenheitsverpflichtungserklärung abzugeben. Auf die Rechte und Pflichten aus §§ 53a StPO, 203 StGB werden sie hingewiesen.

Anders als das Innocence Project verfügen wir – jedenfalls bislang – nicht über angestellte Spezialisten, die diese Vorauswertung vornehmen können. Hierfür fehlt es an den Mitteln. Wir hoffen aber darauf, dass es Studierende geben wird, die dem Projekt auch über die Dauer einer Law-Clinic (zwei Semester) verbunden bleiben und dadurch Kenntnisse und Erfahrungen sammeln, die sie zunehmend besser qualifizieren. Einen nicht unerheblichen Teil der Arbeit leisten derzeit allerdings auch die ehrenamtlich beteiligten Anwältinnen und Anwälte.

aa) Die Untersuchung mündet in ein Votum. Fällt es positiv aus, wird dargestellt, worauf ein Wiederaufnahmeantrag gestützt werden könnte, wo sich vertiefte Recherchen anbieten, die Anlass für einen Beibringungsantrag nach § 364b StPO bieten können. In diesem Kontext wird bei gegebenem Anlass auch problematisiert, ob im Rahmen einer Beibringung die Übernahme der Kosten für ein Sachverständigengutachten erlangt werden kann. § 46 Abs. 3 S. 1 RVG sieht vor, dass für Auslagen, die durch Nachforschungen zur Vorbereitung eines Wiederaufnahmeverfahrens entstehen, ein Vergütungsanspruch des beigeordneten Anwalts besteht. In der Literatur werden hierunter auch kostenintensive Ermittlungen wie die Beauftragung eines Privatdetektivs oder einer Sachverständigen verstanden.⁴² Die Vergütungsfähigkeit wird jedoch – nach zumindest teilweise vertretener Ansicht – durch ihre Erforderlichkeit begrenzt. Die Aufklärung »völlig aus der Luft gegriffener Vermutungen« soll darunter

⁴² *Engländer/Zimmermann*, in: MüKo-StPO, § 364b, Rn. 25; *Eschelbach*, in: KMR-StPO, 364b, Rn. 6 f., 10, 25.

nicht fallen. Wo hier die Grenzen zu ziehen sind, ist also eine Einzelfallfrage. Will der die Ermittlungen veranlassende Verteidiger nicht riskieren, auf den Kosten sitzen zu bleiben, kann es sich anbieten, zunächst in entsprechender Anwendung von § 46 Abs. 2 RVG die Feststellung zu beantragen, dass die beabsichtigte Maßnahme erforderlich ist. Es ist auch entschieden worden, dass bereits die Beantragung eines Sachverständigengutachtens ein neues Beweismittel darstellen kann.⁴³ Verbreitet ist allerdings die Ansicht, die Vorlage eines Gutachtens sei zusammen mit dem Wiederaufnahmeantrag erforderlich.⁴⁴

Über einen Ermittlungsfonds, der solche Kosten übernehmen könnte, verfügt das Projekt bislang nicht.

bb) Das Votum kann natürlich auch lauten, dass Ansätze für einen Wiederaufnahmeantrag nicht erkennbar sind. Dann ist die Befassung mit dem Fall für das Projekt abgeschlossen. Andernfalls wird er an eine Anwältin oder einen Anwalt abgegeben, der zu dem Kreis derer zählt, die sich auf einen Beitrag von Carsten Momsen und mir im StraFo 2021⁴⁵ hin gemeldet haben, in dem wir das Projekt vorgestellt und zur Mitwirkung aufgerufen haben. Weitere sind durch eine Fortbildungsveranstaltung zu »Recht und Praxis der Wiederaufnahme« hinzugekommen, die wir 2021 durchgeführt haben.

Ob dieser wesentliche Filter des Projekts sich in der Praxis als funktionsfähig erweist, muss sich nun zeigen. Bedenken sind von einigen (anwaltlichen) Seiten angemeldet worden, dass Studierende mit der Aufgabe überfordert sein könnten. Wir gehen davon aus, dass mit wachsender Routine der Anleitenden und auch mit einer verfeinerten Ausbildung die Voraussetzungen für eine erfolgversprechende Arbeit sich stetig verbessern werden. Beachtlich ist schon jetzt das Engagement der Beteiligten und nicht zu unterschätzen die Fähigkeit zur kritischen Bewertung von Akteninhalten, die vor allem einen wachen Verstand und nicht unbedingt fundierte Rechtskenntnisse und forensische Erfahrung voraussetzt.

c) Stufe 3: Weitergabe des Falls zur Ausarbeitung eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens

Kommt die erste Prüfung des Antrages zum Ergebnis, dass seine Bearbeitung erfolgversprechende Ansätze bietet, wird der Fall nach Rücksprache mit dem/der Rechtssuchenden an einen Anwalt oder eine Anwältin aus dem Unterstützerkreis abgegeben, der seine Kanzlei in der Nähe des Wohnorts des Rechtssuchenden hat, was in den meisten Fällen eine Justizvollzugsanstalt ist. Die Regelung der Honorierung oder die Beantragung einer Beordnung, sei es nach § 364b StPO zur Vorbereitung des Wiederaufnahmeantrages, sei es nach § 364a StPO, wenn sogleich ein Antrag gestellt werden soll, ist dann Sache der im Einzelfall tätigen Anwälte. Sie können in der Regel auf die Unterstützung durch die Studierenden zählen, die den Fall im Rahmen der Law Clinic bearbeitet haben und nun freiwillig - soweit es die räumliche Distanz zulässt

⁴³ LG Landshut Beschl. v. 18.9.2013 - 3 Qs 154/13, juris.

⁴⁴ Vgl. Gössel, in: Löwe/Rosenberg, Stopp, § 359, Rn. 87; BGHSt 31, 365 (370); zurückhaltender Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 359, Rn. 50: „muss idR vorgelegt werden“

⁴⁵ König/Momsen, StraFo 2021, 89-90.

- weiter daran mitwirken.

4. Zwischenbilanz

Bislang haben sich 65 Ratsuchende an uns gewandt. In vier Fällen ergab die Prüfung durch die anwaltlich angeleiteten Studierenden, dass keine Ansatzpunkte für ein Wiederaufnahmeverfahren bestehen. In einem Fall sahen die anwaltlich angeleiteten Studierenden Ansatzpunkte für ein Wiederaufnahmeverfahren.

Wir haben uns auch an der Bearbeitung eines Falles beteiligt, in dem bereits das Aditionsverfahren eingeleitet war. Inzwischen ist dort die Wiederaufnahme des Verfahrens durch das zuständige OLG angeordnet worden. In einem weiteren Fall, den wir für erfolgversprechend halten und den wir an eine Rechtsanwältin zur weiteren Bearbeitung abgegeben haben, ist die Verteidigern nach § 364b StPO zur Vorbereitung eines Wiederaufnahmeantrages beigeordnet worden. Bei den übrigen Fällen steht entweder der Rücklauf des Fragebogens aus oder sie befinden sich noch im Stadium der Bearbeitung durch die anwaltlich angeleiteten Studierenden.

Eine erfolgreiche Wiederaufnahme können wir bislang nicht vorweisen. Das wäre allerdings auch etwas früh. Solche Verfahren sind langwierig. Es gibt hierzu keine belastbaren Daten zu ihrer durchschnittlichen Dauer. In den USA sind es 11,5 Jahre.⁴⁶

II. Ausblick

Die triste Praxis des Wiederaufnahmeverfahrens ist für die Initiatoren Anlass gewesen, das Projekt ins Leben zu rufen. Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger kennen das aus ihrem beruflichen Alltag: Dickleibige Konvolute engzeilig beschriebenen Papiers, vom häufigen Weitergeben abgegriffen wie Zeitschriften eines Lesezirkels, stranden immer wieder in ihren Büros, von wo sie zumeist postwendend mit ein paar tröstenden Worten an den Absender zurückgeschickt werden. Expertise für solche Mandate ist wenig verbreitet, weswegen auch aussichtsreiche Gründe für eine Wiederaufnahme gelegentlich durch ungeschickten Vortrag »zerschossen« werden. Besondere Qualifikation für diese Tätigkeit auf dem Hinterhof der Strafjustiz existiert entsprechend wenig. Dem will das Projekt abzuwehren versuchen.

Stephan Barton, der an den Diskussionen regen Anteil genommen hat, die der Gründung des Projekts vorausgingen und dessen Vorlesung auch Teil des Curriculums ist, hat sich aus organisatorischen Gründen entschieden, in Bielefeld ein eigenes lokal begrenztes Projekt zu initiieren. Wir stehen in Kontakt. Im Januar 2022 schrieb er mir, das »Bielefelder Innocence Project« sei gestartet als Bestandteil der studentischen Bielefelder Rechtsberatung. Eine Mitarbeiterin betreue es, finanziert von der Fakultät. Es habe sich auch eine Gruppe von Studierenden zusammengefunden, die zuvor an seiner Vorlesung »Fehlurteile im Strafverfahren« teilgenommen hätten. Es bestünden

⁴⁶ The National Registry of Exonerations, Annual Report 2021, S. 7 (abrufbar unter: www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/NRE%20Annual%20Report%202021.pdf, [zul. abgerufen am 8.2.2024]); zur Tätigkeit des National Registry of Exonerations: König, in: FS Jehle, 2018, S. 379, 383.

Kluge Köpfe im Strafrecht

sprechen jeden Monat über ihre Herausforderungen und persönlichen Vorlieben.



NEUGIERIG?



gute Kontakte zu den lokalen Strafanstalten. Mit den Anstaltsleitungen sei vereinbart, dass sie geeignete Kandidaten für mögliche Wiederaufnahmeanträge mitteilen, namentlich solche Gefangene, die die Taten bestritten, wegen derer sie verurteilt wurden.

Als er mir schrieb, hatte die Gruppe den ersten Fall aufgegriffen. Sie sähen geeignete Ansatzpunkte für einen Wiederaufnahmeantrag und stünden in Kontakt mit dem Verteidiger. Weitere Kandidaten sollten angesprochen werden.

Das alles sind zaghafte erste Schritte. Weitere werden aber folgen. Praktische Erfahrungen müssen gesammelt und ausgewertet werden.

Abgesehen von der bevorstehenden wissenschaftlichen Auswertung, für die es noch am nötigen empirischen Material fehlt, denken wir auch daran, auf die Staatsanwaltschaften zuzugehen, deren Unterstützung - wegen ihrer Ermittlungsmöglichkeiten - in vielen Fällen hilfreich, wenn nicht notwendig wäre. Derzeit ist von dort nicht mit viel Hilfsbereitschaft zu rechnen⁴⁷, Immerhin reformiert Dunkel 16 erfolgreiche Wiederaufnahmeanträge der Staatsanwaltschaft in den Jahren 2003-2015 in Hamburg.⁴⁸ Als Vorbild mag auch hier die Entwicklung in den USA gelten, wo bei verschiedenen regionalen Staatsanwaltschaften (District Attorney's Offices) sog. »Conviction Integrity Units« (CIUs) eingerichtet wurden. Das sind Abteilungen, die darauf spezialisiert sind, abgeschlossene Verfahren auf mögliche Fehlurteile zu untersuchen.⁴⁹

»The Innocence Movement«, schrieb Mark Godsey, ein amerikanischer Strafverteidiger und Hochschul-lehrer, in einem Beitrag von 2017 in der Cambridge University Press⁵⁰, »has expanded internationally in an organic fashion. Those of us hoping the Movement will take hold in Germany ... cannot set out to convince Germans to take on the issue. Innocence work takes passions and desire to make the work a focus of one's professional life. Thus innocence work adheres in a given country only when a leading lawyer or scholar or other respected person in a position of influence in that country becomes deeply motivated by the problem an decides to make innocence his or her life work.«

Ob wir solche Persönlichkeiten - wenn wir sie brauchen - unter uns haben? Stephan Barton ist einer von uns!

⁴⁷ Vgl. dazu die in dem Beitrag von Leve/Otzipka/Volbert (dort unter 3.1.4.) referierten Erfahrungen der befragten Verteidiger:innen.

⁴⁸ Dunkel, Fehlentscheidungen in der Justiz, 2018, S. 190.

⁴⁹ Dazu Momsen/Diederichs, StV 2021, 466.

⁵⁰ <https://www.cambridge.org/core/books/abs/wrongful-convictions-and-the-dna-revolution/global-innocence-movement/107FD3F5DC9F2B3B406076A74A0FE803> (letzter Abruf: 25.6.2022).

THOMAS BLIESENER*, KARSTEN
ALTENHAIN, FRANZISKA KILIAN,
MONA LEVE, MERTEN NEUMANN,
JANA OTZIPKA, ERIK PENTHER UND
RENATE VOLBERT

FEHLERQUELLEN UND WIEDER- AUFNAHME IM STRAFVERFAHREN

EINE BUNDESWEITE UNTER- SUCHUNG DER RECHTSPRAXIS BEI WIEDERAUFNAHMEVERFAH- REN NACH RECHTSKRÄFTIGEN ENTSCHEIDUNGEN

1 Einführung

1.1 Problemaufriss

Folgt man der medialen Berichterstattung in Deutschland, so scheint das öffentliche Interesse an Fehlentscheidungen der Justiz groß zu sein. Zu den wohl bekanntesten deutschen Beispielen zählt neben dem Todesfall des Landwirts R. Rupp, in dem es zur Verurteilung mehrerer angeklagter Personen auf Basis falscher Geständnisse gekommen war, auch der Fall des Lehrers H. Arnold, der einer Vergewaltigung bezichtigt und zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt wurde; im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens wurde H. Arnold zehn Jahre später wegen erwiesener Unschuld freigesprochen. Derartige Fälle werden regelmäßig als »Justizskandal« bezeichnet. Gleichzeitig ist in Deutschland – insbesondere im Vergleich zu anderen Ländern – wenig über (potenzielle) Fehlerurteile bekannt. So fehlt es zum einen an einer systematischen Erfassung und Auswertung von Wiederaufnahmeverfahren (WAV) und deren Ausgängen. Zum anderen fand lange Zeit praktisch keine empirische Auseinandersetzung mit den Gründen für (potenzielle) Fehlerurteile statt. Erst in den letzten Jahren ist WAV und etwaigen zugrunde liegenden Fehlern wieder vermehrt Aufmerksamkeit zugekommen.

1.2 Stand der Forschung

In Deutschland bisher einzigartig geblieben sind die umfassenden Untersuchungen von Peters (1970, 1972, 1974); er analysierte 1.115 erfolgreiche (d.h. zulässige und begründete) WAV aus dem gesamten damaligen Bundesgebiet im Zeitraum von 1951 bis 1964. Als

aus:
StV 2015,
185 ff.

Hauptfehlerquellen identifizierte Peters dabei die unerkannte Schuldunfähigkeit (»in mehr als einem Fünftel« der Fälle; Peters, 1972, S. 118), falsche Zeugenaussagen (22,7 %; vgl. Böhme, 2018, S. 162) sowie Sachverständigengutachten (6,6 %; vgl. Böhme, 2018, S. 162). Ein falsches Geständnis wurde in »annähernd 7 %« der WAV zugunsten des Verurteilten als ursächlich für das Fehlerurteil erachtet (Peters, 1972, S. 13). Letztlich wurden Zeugenaussagen sowie Sachverständigengutachten von Peters als am problematischsten in diesem Kontext betrachtet (Peters, 1970, S. 516).¹

Eine nur wenig später von Schöneborn (1980) veröffentlichte Untersuchung nahm erstmals auch erfolglose Wiederaufnahmeanträge (WAAe) in den Fokus. Er analysierte 64 WAV aus den Jahren 1970 bis 1975, in denen ein WAA gestellt und als unzulässig und/oder unbegründet verworfen wurde. Es zeigte sich, dass die Mehrzahl der Fälle bereits an der Zulässigkeitshürde scheiterte (n = 45), davon die meisten an §§ 368 Abs. 1, 359 Nr. 5 StPO (n = 36).

Nachdem diese Untersuchungen nun bereits über vierzig Jahre zurückliegen, ist das Thema der WAV und potenziellen Fehlerquellen erst in den letzten Jahren wieder vermehrt in den Fokus gerückt. Dunkel (2018) nahm eine explorative Aktenanalyse von 48 erfolgreichen und nicht erfolgreichen WAV aus der Hansestadt Hamburg im Zeitraum von 2003 bis 2015 vor. Bei über 50 % dieser Verfahren (n = 27) war im Ausgangsverfahren ein Strafbefehl ergangen. Es zeigte sich, dass

¹ Die Auswertungen von Böhme (2018, S. 162) und Dunkel (2018, S. 137) zu den von Peters identifizierten Fehlerquellen weisen teilweise erhebliche Diskrepanzen auf, die möglicherweise auf unterschiedliche Kategorisierungen der durch Peters (1970, S. 521 ff) für die einzelnen Fälle benannten Hauptprobleme zurückzuführen sind.

von den insgesamt 22 nicht erfolgreichen WAV 20 als unzulässig und zwei als unbegründet verworfen wurden. Dabei scheiterte ein Großteil der durch die Verurteilten bzw. ihre rechtliche Vertretung gestellten WAAe an dem fehlenden Formerfordernis gem. § 366 Abs. 2 StPO oder weil keine neuen Tatsachen oder Beweise i. S. d. §§ 359 ff. StPO vorgebracht wurden. Bei den 25 erfolgreichen WAV handelte es sich überwiegend um WAV zugunsten des Verurteilten (n = 22), die mehrheitlich auf Antrag der Staatsanwaltschaft durchgeführt wurden (n = 16). Davon endeten 15 Verfahren mit einem Freispruch aufgrund von Schuldunfähigkeit gem. § 20 StGB (n = 10) oder aufgrund eines fehlenden Sachbeweises (n = 5). Als weitere Fehlerquelle wurde eine Doppelverurteilung identifiziert. Falsche bzw. fehlerhafte Zeugenaussagen spielten in keinem der Verfahren eine Rolle.

Darüber hinaus wurde an der Kriminologischen Zentralstelle (KrimZ) Wiesbaden eine Untersuchung zur Entschädigung und Rehabilitation von zu Unrecht inhaftierten Personen durchgeführt. Leuschner et al. (2019) analysierten 29 Verfahren mit insgesamt 31 Betroffenen, in denen es nach einer zwischen 1990 und 2016 verbüßten Freiheitsstrafe und einem erfolgreichen WAV zum Freispruch kam. Im Hinblick auf die untersuchten Fehlerquellen ergab sich dabei, dass in mehr als der Hälfte der Fälle falsche Zeugenaussagen (n = 17; falsche Beschuldigungen sowie Falschidentifizierung durch Augenzeugen) als ursächlich für das Fehlerurteil erachtet wurden. Weitere identifizierte Fehlerquellen waren ein fehlerhafter Sachverständigenbeweis (n = 12), eine unerkannte Schuldunfähigkeit der verurteilten Person (n = 9) sowie im Hinblick auf fünf verurteilte Personen ein falsches Geständnis (mehrere Fehlerquellen pro Fall/Betroffenen möglich; Leuschner et al., 2019).

Einen anderen Ansatz verfolgten die ebenfalls neueren Untersuchungen von Böhme (2018), Arnemann (2019) sowie Leve et al. (2022), die sich dem Thema der WAV bzw. Fehlerquellen im Strafprozess mittels leitfadengestützter Interviews mit Expertinnen und Experten näherten (für zusammenfassende Ausführungen s. Leve et al., 2022).

Leve et al. (2022) befragten in ihrer Expertenbefragung sowohl 10 Strafverteidiger als auch 11 Staatsanwälte, die jeweils über praktische Erfahrung mit WAV bzw. dem Stellen von WAAen verfügten. Von den Strafverteidigern wurden vor allem (fehlerhafte) Sachverständigengutachten – insbesondere (aussage-)psychologische, rechtsmedizinische und Schuldfähigkeitsgutachten – sowie die richterliche Würdigung solcher Gutachten als häufige Fehlerquellen benannt. Darüber hinaus wurden das Problem des Tunnelblicks (Findley, 2012; Findley & Scott, 2006) im Ermittlungsverfahren, (falsche) Zeugenaussagen, falsche Personenidentifikationen sowie falsche Geständnisse angeführt. Von den Staatsanwälten wurden hingegen vor allem eine fehlerhafte Gesamtstrafenbildung sowie eine unerkannte Doppelverfolgung benannt, die auf eine mangelnde bzw. schleppende Kommunikation zwischen Behörden zurückgeführt wurde. Hingewiesen wurde darüber hinaus auf die Probleme fehlender bzw. verspäteter Einsprüche durch Betroffene, un-

erkannter Schuldunfähigkeit sowie fehlende Möglichkeiten, sich einen persönlichen Eindruck von Zeugen zu machen (Leve et al., 2022).

Deutlich umfassendere Analysen von Fehlerurteilen lassen sich der internationalen Literatur entnehmen. Neben vorliegenden Untersuchungen bspw. aus Norwegen (z.B. Stridbeck & Magnussen, 2011) oder der Schweiz (z. B. Gilliéron, 2013) werden vor allem in den USA Fehlerurteile und deren Ursachen systematisch erfasst. Dort finden sich insbesondere große Initiativen wie das 1992 gegründete *Innocence Project*² oder das seit 2012 bestehende *National Registry of Exonerations*³, welches detaillierte Informationen über Fehlerurteile (Freispruch im WAV) in den USA seit 1989 erfasst. Gross und Shaffer (2012) befassten sich ausführlich mit Fehlerurteilen in den USA und nahmen dafür eine Auswertung von 873 Fällen des *National Registry of Exonerations* vor, in denen im WAV ein Freispruch erfolgt war. Sie zeigten auf, dass sich die gefundenen Fehler sehr unterschiedlich auf verschiedene Delikt-kategorien verteilten. Insgesamt konzentrierten sich die in diesen WAV behandelten Fälle auf Tötungsdelikte (48 %) und Sexualdelikte (35 %). Während bei Tötungsdelikten als häufigste Fehlerquelle absichtlich falsche Zeugenaussagen (u. a. durch Mitgefangene oder Informanten) identifiziert wurden, stellten bei Vergewaltigungen vor allem irrtümliche falsche Personenidentifizierungen den häufigsten Fehler dar. Bei sexuellem Kindesmissbrauch standen ebenfalls falsche Zeugenaussagen als häufigste Fehlerquelle im Vordergrund, wobei sich diese in erster Linie auf Delikte bezogen, die de facto gar nicht stattgefunden hatten. Falsche Geständnisse, die in ca. 15 % aller Fälle identifiziert wurden, spielten insbesondere im Rahmen von Tötungsdelikten eine Rolle (in 25 % der erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren bei Tötungsdelikten). Falsche Geständnisse wurde außerdem besonders häufig in Fällen identifiziert, in denen Jugendliche unter 18 Jahren oder Personen mit psychischer Erkrankung bzw. Intelligenzminderung betroffen waren (39 von 92 bzw. 53 von 70 Fällen; Gross & Shaffer, 2012).

West und Meterko (2016) analysierten darüber hinaus insgesamt 325 im Rahmen des *Innocence Project* durch neue DNA-Beweise erreichte, erfolgreiche WAV aus dem Zeitraum 1989 bis 2014. Die große Mehrzahl dieser Fälle betraf reine Sexualdelikte (64 %) sowie Sexualdelikte in Kombination mit Tötungsdelikten (27 %). Als häufigste Fehlerquellen wurden falsche Personenidentifikationen (72 % der Fälle), fehlerhafte Sachverständigenbeweise (47 %), falsche Geständnisse (27 %) und falsche Angaben durch Informanten (15 %) identifiziert, wobei oftmals mehrere Fehlerquellen zum Entstehen der Fehlerurteile beitrugen (West & Meterko, 2016).

Angesichts der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen sind die auf Basis der Daten aus der internationalen Forschung gewonnenen Erkenntnisse ohnehin nur begrenzt auf Strafverfahren in Deutschland zu übertragen. Vor allem fokussiert die internationale Forschung auf erfolgreiche WAV, in denen die

² <https://innocenceproject.org/>

³ <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>

Täterschaft angefochten wird, d. h. es handelt sich um Fälle, in denen die verurteilte Person angibt, die fragliche Tat nicht begangen zu haben und für diese Tat freigesprochen wird. Erfolgreiche WAV im deutschen Strafrecht erfassen dagegen drei unterschiedliche Fallkonstellationen, nämlich

- a) WAV zugunsten eines (unschuldig) Verurteilten,
- b) WAV zuungunsten eines Freigesprochenen und
- c) WAV, die nicht die Täterschaft betreffen (z. B. unzulässige Gesamtstrafe, Doppelverurteilung, unerkannte Schuldunfähigkeit), in denen also nicht in Frage steht, dass die Verurteilten die Tat begangen haben (Leve et al., 2022).

Folglich können die Ergebnisse der internationalen Forschung nur sinnvoll mit den unter a) genannten Wiederaufnahmekonstellationen verglichen werden.

1.3 Zielsetzungen dieser Studie

Mit der vorliegenden Untersuchung soll zum einen geprüft werden, ob »alte« Fehler (unerkannte Schuldunfähigkeit, falsche Zeugenaussagen, Sachverständigengutachten; Peters, 1970, 1972) weiterhin erfolgen bzw. potenzielle neue Fehler auftreten. Zum anderen werden die tatsächlichen Möglichkeiten und Chancen Verurteilter zur Geltendmachung solcher Fehler und die Reaktionen der WA-Gerichte auf solche WAA analysiert. Zur Abschätzung der Erfolgchancen werden auch nicht erfolgreiche WAV in die Analysen einbezogen.

2 Methodisches Vorgehen

2.1 Aktenbezug

Bis auf die Stadtstaaten Bremen und Hamburg erteilten die Justizverwaltungen aller Bundesländer ihre Genehmigung zur Teilnahme an der Studie. Für den Bezug der Akten von WAV konnten wir für das Land Nordrhein-Westfalen auf eine zentrale Erfassung der Aktenzeichen (AZ) von WAV auf Ebene des Justizministeriums zurückgreifen. In den übrigen 13 Bundesländern findet eine derartige Erfassung nicht statt,⁴ so dass zunächst die Generalstaatsanwaltschaften kontaktiert und um Übersendung der AZ zu WAV gebeten wurden. Da vielerorts auch keine systematische Erfassung bei den Generalstaatsanwaltschaften vorgenommen wird, wurden schließlich deutschlandweit Amts- und Landgerichte kontaktiert und um eine Zusammenstellung von AZ zu WAV nach rechtskräftigem Urteil gebeten. Dennoch musste in einem Großteil der Fälle jede einzelne Staatsanwaltschaft kontaktiert und um Übermittlung der bei ihr vorliegenden AZ zu WAV gebeten werden.⁵

Auf diese Weise konnten 2578 AZ für die Bezugsjahre 2013-2015 identifiziert werden, wobei die Zahl je nach Bundesland erheblich schwankte (von jeweils 14 AZ im Saarland und in Schleswig-Holstein bis zu 449 AZ in Bayern und 1286 AZ in NRW aus den Bezugs-

⁴ Zur Problematik der Erfassung von Wiederaufnahmeverfahren in den staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregistern siehe Kölbel et al. (2019).

⁵ Dieses Vorgehen war auf allen Ebenen mit dem Problem behaftet, dass eine elektronische Suche in der Regel WAV nach rechtskräftigem Urteil nicht von WAV nach vorläufiger Einstellung differenzieren kann und eine nachträgliche Prüfung notwendig macht.

jahren 2013-2015). In 687 Fällen waren die Akten an andere Staatsanwaltschaften abgegeben, bereits vernichtet, unauffindbar oder aus diversen Gründen unabhörmlich. Für weitere 788 AZ erhielten wir keine Rückmeldung, möglicherweise aufgrund pandemiebedingter Unterbesetzung der Geschäftsstellen. 1.103 Akten (41,3 % der identifizierten AZ) konnten schließlich bezogen oder vor Ort gesichtet werden.⁶ Es stellte sich jedoch heraus, dass es sich bei einem erheblichen Teil der als WAV identifizierten Akten nicht um WAV nach rechtskräftigem Urteil oder Strafbefehl handelte (519 Fälle). Andere Fälle mussten ausgeschlossen werden, weil der Antrag außerhalb des Betrachtungszeitraums gestellt worden war (41 Fälle), es sich bei näherer Betrachtung nicht um ein WAV handelte (22 Fälle) oder in einzelnen Fällen andere Ausschlussgründe vorlagen (OWI-Verfahren, DDR-Urteil).

Schließlich ergab sich ein Datensatz von 512 Akten⁷ mit einem WAA nach rechtskräftigem Urteil oder Strafbefehl (46,2 % der gesichteten Akten), mit insgesamt 637 WAAen, da teilweise mehr als ein gestellter WAA enthalten war.⁸ Die nachfolgenden Analysen beziehen sich für jede Akte auf den am weitesten im Verfahren fortgeschrittenen WAA. Im Sinne eines mixed-methods-Ansatzes wurden sowohl quantitative als auch qualitative Analysen der Akten vorgenommen.

2.2 Codierung

Zur Vorbereitung der Codierung wurden die Akten nach der ersten Sichtung vollständig digitalisiert. In enger Abstimmung der Projektbeteiligten wurde dann ein Codierbogen für die *quantitative Aktenanalyse* entwickelt, welcher noch an die Informationslage in den Akten angepasst wurde. Um eine möglichst fehlerfreie Codierung zu gewährleisten, wurde ein Codiermanual angelegt. Die Codierung wurde von geschulten Hilfskräften nach Durchführung mehrfacher Testcodierungen übernommen. Für die quantitativen Aktenanalysen wurden Angaben zu folgenden Themenbereichen erfasst: Ermittlungsverfahren, Ausgangsverfahren (inkl. Berufung/Revision), Wiederaufnahmeantrag/-anträge, ggf. erneute Hauptverhandlung, weitere Daten zu Tat/ en, Verurteilter, Opfer/n.⁹

Bei der Codierung für die *qualitative Analyse* wurde ein umgekehrtes Vorgehen gewählt. Zunächst wurde zu allen Akten eine ausführliche Zusammenfassung erstellt. Auf dieser Basis wurde mithilfe des Programms MAXQDA (VERBI Software, 2021) ein Codesystem entwickelt und die Verfahren hinsichtlich der verschiedenen Fehlerkategorien sowie Aspekten zur Anwendung des WA-Rechts in der Praxis ausgewertet. Zur Sicherung der Reliabilität wurden alle Verfahren von jeweils zwei juristischen Mitarbeitern besprochen und abweichende Einordnungen im Wege des Konsensverfahrens geklärt.

⁶ Der Aktenbezug begann im Juni 2019 und erstreckte sich aufgrund der beschriebenen Identifizierungsprobleme und pandemiebedingter Einschränkungen der Geschäftsstellentätigkeit bis zum August 2021.

⁷ BW: 60, BY: 76, BE: 40, BB: 15, HE: 24, MV: 8, NI: 48, NW: 192, RP: 2, SN: 26, ST: 10, SH: 5, TH: 6

⁸ 432 Akten enthielten lediglich einen WAA, 59 zwei, 10 drei Anträge; maximal waren acht Anträge enthalten.

⁹ Der Codierbogen wie auch das zugehörige Manual werden auf Anfrage zur Verfügung gestellt.

2.3 Statistische Auswertung

Neben deskriptiven Auswertungen wurde für diesen Beitrag ein multivariates Verfahren angewendet, um zu identifizieren, welche Faktoren besonders relevant für den Erfolg eines WAAs sind. Um aus einer Vielzahl von möglichen Einflussfaktoren diejenigen zu extrahieren, die den größten Effekt zeigen, eignen sich statistische Modelle aus der Familie der sogenannten Entscheidungsbäume (für mehr Informationen zu dem Verfahren siehe z. B. Strobl et al., 2009) besonders gut. Dabei handelt es sich um eine nonparametrische Verfahrensgruppe, die gerade in den letzten Jahren auch vermehrt in der Kriminologie Anwendung findet (z. B. Fritsch et al., 2019; Neumann & Klatt, 2022) und bereits in vielen verschiedenen Varianten und Softwareanwendungen implementiert ist (vgl. Loh, 2014). Für diese Analyse wurde ein sogenannter *Random Forest* berechnet¹⁰. Dieses Modell erlaubt es, für jede betrachtete Prädiktorvariable deren Wichtigkeit für die Vorhersagegüte (hier in Form der Conditional Permutation Importance; Debeer & Strobl, 2020) zu bestimmen. Wenn das Modell das betrachtete Kriterium (hier Erfolg des WAAs) gut vorhersagen kann, dann sollten die Variablen, die für diese Vorhersageleistung wichtig sind, auch Relevanz für den Erfolg des WAAs besitzen.

Bei der angewendeten Methode handelt es sich um ein exploratives Vorgehen, das dazu dienen soll, Hinweise auf Strukturen in den Daten aufzudecken und Hypothesen zu generieren. Bei der Variablenauswahl wurde daher versucht, Faktoren aus möglichst vielen

Tabelle 1: Angewandte Norm im Ausgangsverfahren (N = 512, mit Mehrfachnennungen).

	StGB (o.V)	Verkehr nach StGB	StVG	BtmG	AufenthG	Sonstige
N	397	28	54	22	9	46
Anteil (%)	77,5	5,5	10,5	4,3	1,8	9,0

^a Wegen der möglichen Mehrfachnennungen summieren sich die Anteile in unserer Stichprobe zu über 100 % und sind insofern insgesamt erhöht.

Straftaten	N	Anteil in % ^a	Anteil aller Abgeurteilten 2013 in %
Betrug und Untreue (§§ 263–266b)	117	29,5	30,1
Diebstahl und Unterschlagung (§§ 242–248c)	105	26,4	26,9
Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit (§§ 223–231)	78	19,6	17,6
Beleidigung (§§ 185–200)	53	13,4	4,8
Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174–184j)	35	8,8	1,3
Straftaten gegen den Staat, die öffentliche Ordnung und im Amt (§§ 80-141, 143–168, 331-357)	34	8,6	4,9
Straftaten gegen die persönliche Freiheit (§§ 232-241a)	32	8,1	2,6
Insolvenzstraftaten, strafbarer Eigennutz, Straftaten gegen den Wettbewerb und Sachbeschädigung (§§ 283-305a)	21	5,3	3,5
Urkundenfälschung (§§ 267-282)	20	5,0	3,3
Raub und Erpressung (§§ 249-255, 316a)	17	4,3	1,8
Straftaten gegen das Leben (§§ 211-222)	15	3,8	0,2
Gemeingefährliche Straftaten (§§ 306-316, 316b-323c)	7	1,8	0,6
Begünstigung und Hehlerei (§§ 257-262)	7	1,8	1,0
Sonstige Straftat gegen die Person (§§ 169-173, 201-206)	2	0,5	0,7

¹⁰ Aus dem Conditional Inference Framework (Hothorn et al., 2006a; Hothorn et al., 2006b)

thematischen Bereichen zu berücksichtigen. Dazu gehört das Anlassdelikt, das Ausgangsverfahren, die betroffene Person und der WAA. Es mussten aber auch einige pragmatische Aspekte bedacht werden. So wurden im Rahmen der quantitativen Aktenanalyse eine Vielzahl von Informationen erfasst, die aber zum Zeitpunkt der Analyse noch nicht hinreichend aufbereitet werden konnten (v. a. Plausibilitätsprüfung und Fehlerbereinigung) und daher nicht mit in das Modell aufgenommen werden konnten (z. B. Angaben über mögliche Berufungs- oder Revisionsverhandlungen im Ausgangsverfahren). Zudem konnten einige Variablen nicht verwendet werden, da sich in den Akten nicht genügend Informationen für eine belastbare Codierung finden ließen (z. B. Hinweise auf psychische Erkrankungen, Schulbildung). Auch diese Angaben konnten daher nicht im Modell berücksichtigt werden.

3 Ergebnisse

3.1 Wiederaufnahmeanträge, Antragsteller und Annahmeerfolg

Die im Ausgangsverfahren angewandte Norm war in mehr als vier von fünf Fällen ein Straftatbestand aus dem Strafgesetzbuch (einschließlich der Eingriffe in den Verkehr; Tab. 1). Ein Zehntel entfiel auf Straftatbestände des Straßenverkehrsgesetzes. Übrige Strafnormen traten deutlich seltener auf.

Bezüglich der Delikte des Strafgesetzbuches zeigt sich ein Überwiegen der Eigentums- und Vermögensdelikte, Betrug bzw. Untreue und Diebstahl (Tab. 2).

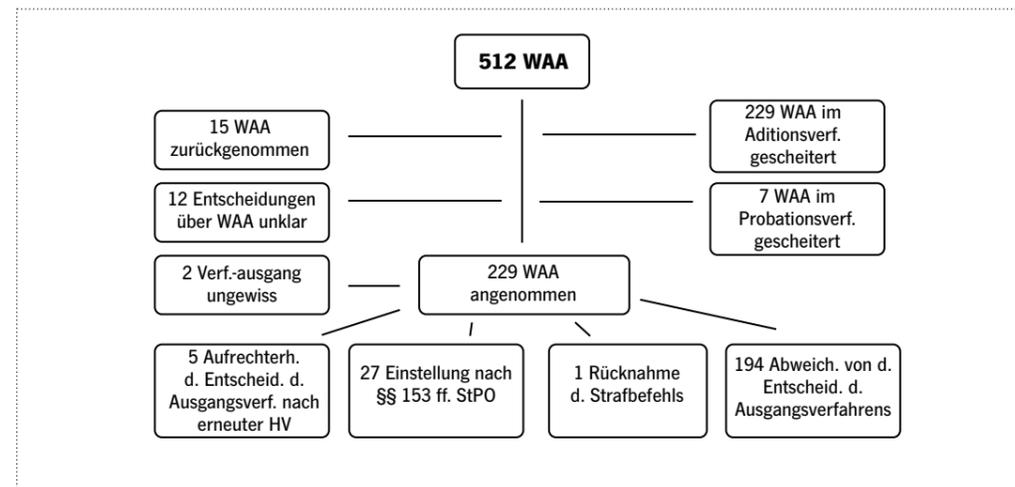
Tabelle 2: Delikte bei Anwendung des StGB im Ausgangsverfahren (N = 397, mit Mehrfachnennungen) im Vergleich zum Anteil aller Abgeurteilten im Jahr 2013 (Statistisches Bundesamt 2013).

Tabelle 3: Antragsteller und Art der Antragstellung (N = 512).

	Zugunsten	Zuungunsten
Verteidiger (N = 166)	166 (32,4 %)	--
Staatsanwaltschaft (N = 167)	154 (30,1 %)	13 (2,5 %)
eigenhändig gestellt (N = 145)	145 (28,3 %)	--
über Geschäftsstelle (N = 22)	22 (4,3 %)	--
Antragsteller unklar (N = 12)	11 (2,1 %)	1 (0,2 %)
Summe	498 (97,3 %)	14 (2,7 %)

Recht überraschend zeigt sich aber, dass zu einem fast identischen Anteil die WAAe von der Staatsanwaltschaft gestellt werden und hier zu einem weit überwiegenden Anteil ebenfalls zugunsten der verurteilten Person. Ein knappes weiteres Drittel machen die (formal fehlerhaften) eigenhändig gestellten Anträge der verurteilten Person aus. Der Antragsweg über die Geschäftsstelle wird hingegen selten beschritten. Insgesamt überwiegt der Anteil der Anträge zugunsten der verurteilten Person deutlich, so stehen in unserer Stichprobe einem Antrag zuungunsten über 35 Anträge zugunsten der Verurteilten gegenüber.

Abbildung 1: Ausgänge der untersuchten WAA.



Die WAAe der Gruppen von Antragstellern unterscheiden sich hinsichtlich der Art der Ausgangsentscheidung (Tab. 4). Fast zwei Drittel der WAAe der Staatsanwaltschaft gehen von einem Strafbefehl aus, während sich ein Strafbefehl im Ausgangsverfahren bei den Anträgen der Verteidigung und den Selbstantragstellern nur in etwa vier von zehn Fällen findet. Letztere beziehen sich dagegen zu jeweils 45 Prozent auf ein vorausgehendes nicht abgekürztes Urteil. Dies trifft für die Staatsanwaltschaft nur in gut einem von zehn Fällen zu.

Tabelle 4: Art der Ausgangsentscheidung nach Antragsteller (Spaltenprozent; N = 512).

Art der Ausgangs-Entscheidung ^a	Verteidiger (N = 166)	Staatsanwaltschaft (N = 167)	Selbst-gestellt (N = 145)	Zu Proto-koll der Geschäfts-stelle (N = 22)
Strafbefehl (N = 241)	42,8 %	62,3 %	37,2 %	22,7 %
Abgek. Urteil (N = 83)	10,8 %	24,6 %	12,4 %	22,7 %
Nicht abgek. Urteil (N = 175)	45,8 %	11,4 %	44,8 %	54,5 %

^a Wegen der geringen Fallzahlen werden Fälle mit unklaren Ausprägungen nicht dargestellt.

Hinsichtlich des Annahmeerfolgs der 512 WAAe ergibt sich, dass 249 (48,6 %) der WAAe bereits im Aditionsverfahren abgelehnt wurden,¹¹ lediglich noch 7 (1,4 %) im Probationsverfahren (Abb. 1). Mit 229 WAAen (44,7 %) wurde knapp die Hälfte aller Anträge angenommen, also die WA des Verfahrens angeordnet. Im weiteren Verlauf führten 194 WAAe (37,9 %) dazu, dass das WA-Gericht eine von der Entscheidung des Ausgangsverfahrens abweichende Entscheidung

traf.¹² Somit sind die Erfolgchancen also deutlich besser, als sie bisher in der Literatur geschätzt (Eschelbach et al., 2018), bzw. unter Verweis auf die unsichere Datengrundlage angenommen wurden (Kaspar & Arnemann, 2016).

Allerdings unterscheiden sich die Aussichten auf Annahme des Antrags unter den einzelnen Gruppen von Antragstellern erheblich (Tab. 5). Während die Anträge der Staatsanwaltschaft zu 91,6 % angenommen werden, werden nur 39,2 % der Anträge der Verteidigung akzeptiert. Anträge zu Protokoll der Geschäftsstelle haben eine nochmal geringere Erfolgchance.

¹¹ Dies betraf in 138 Fällen WAAe, die formal fehlerhaft eigenhändig gestellt wurden.

¹² Überdies betreffen 24 der 27 Einstellungen WAV zugunsten des Verurteilten, sodass auch in diesen die Entscheidung des Ausgangsverfahrens keinen Bestand hat.

Tabelle 5: Erfolg des WAA nach Antragsteller (Anzahl und (Spaltenprozent); N = 512).

	Staatsanwaltschaft (N = 167)	Verteidiger (N = 166)	Eigenhändig gestellt (N = 145)	Über Geschäftsstelle (N = 22)	Antragsteller unklar (N = 12)	Gesamt
Keine bekannte Entscheidung über WAA	Entscheidung über WAA unklar 2 (1,2%)	6 (3,6%)	3 (2,1%)	1 (4,5%)	0 (0,0%)	12 (2,3%)
WAA abgelehnt	WAA zurückgenommen 4 (2,4%)	7 (4,2%)	4 (2,8%)	0 (0,0%)	0 (0,0%)	15 (2,9%)
	Im Aditionsverfahren 6 (3,6%)	83 (50,0%)	138 (95,2%)	18 (81,8%)	4 (33,3%)	249 (48,6%)
	Im Probationsverfahren 2 (1,2%)	5 (3,0%)	-	0 (0,0%)	0 (0,0%)	7 (1,4%)
WAA angenommen	Insgesamt 153 (91,6%)	65 (39,2%)	-	3 (13,6%)	8 (66,7%)	229 (44,7%)

Tabelle 6: Erfolg des WAA nach Art des Ausgangsurteils (Anzahl und (Spaltenprozent); N = 512).

	Strafbefehl (N = 241)	Abgekürztes Urteil (N = 83)	Nicht abgek. Urteil (N = 175)	Unklar (N = 13)	Gesamt
Keine bekannte Entscheidung über WAA	Entscheidung über WAA unklar 4 (1,7%)	1 (1,2%)	7 (4,0%)	0 (0,0%)	12 (2,3%)
WAA abgelehnt	WAA zurückgenommen 6 (2,5%)	3 (3,6%)	4 (2,3%)	2 (15,4%)	15 (2,9%)
	Im Aditionsverfahren 80 (33,2%)	32 (38,6%)	128 (73,1%)	9 (69,2%)	249 (48,6%)
	Im Probationsverfahren 1 (0,4%)	1 (1,2%)	5 (2,9%)	0 (0,0%)	7 (1,4%)
WAA angenommen	Insgesamt 150 (62,2%)	46 (55,4%)	31 (17,7%)	2 (15,4%)	229 (44,7%)

Tabelle 7: Ausgänge der angenommenen WAAe nach Art des Ausgangsurteils (Anzahl und (Spaltenprozent) bezogen auf alle Fälle/angenommene WAAe; N = 229)

Ausgang des Verfahrens bei angenommenen WAAen ^a	Strafbefehl (N = 241)	Abgekürztes Urteil (N = 83)	Nicht abgek. Urteil (N = 175)	Gesamt
Ausgang des Verfahrens ungewiss	0 (0,0%/0,0%)	0 (0,0%/0,0%)	2 (1,1%/6,5%)	2 (0,4%/0,9%)
Rücknahme des Strafbefehls	1 (0,4%/0,7%)	0 (0,0%/0,0%)	0 (0,0%/0,0%)	1 (0,2%/0,4%)
Einstellung nach §§ 153 ff. StPO	21 (8,7%/14,0%)	3 (3,6%/6,5%)	3 (1,7%/9,7%)	27 (5,3%/11,8%)
Keine Änderung der ursprüngl. Entscheidung	1 (0,4%/0,7%)	2 (2,4%/4,3%)	2 (1,1%/6,5%)	5 (1,0%/2,1%)
Abweichung v.d. Entscheidung d. Ausgangsverfahrens	127 (52,7%/84,7%)	41 (49,8%/89,1%)	24 (13,7%/77,4%)	194 (37,9%/84,7%)

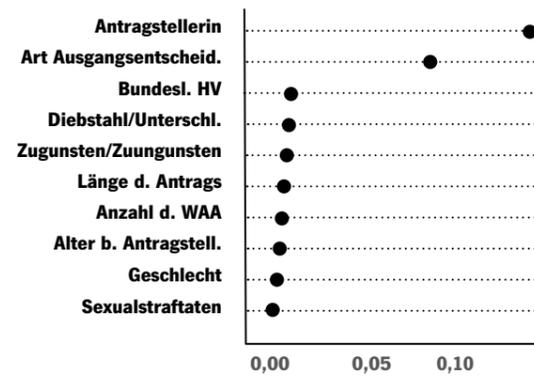
^a Wegen der geringen Fallzahlen werden die 13 Fälle mit unklarem Ausgangsurteil nicht dargestellt.

Schlüsselt man den Antragserfolg im Sinne der Annahme des WAA nach der Art des Ausgangsurteils auf (Tab. 6), zeigt sich, dass nur etwa jeder sechste WAA nach einem nicht abgekürzten Urteil im Ausgangsverfahren angenommen wird. Nach einem Strafbefehl im Ausgangsverfahren haben dagegen fast zwei von drei Anträgen Erfolg in diesem Sinne. Nach einem abgekürzten Urteil (§ 267 Abs. 4, 5 S. 2 StPO) im Ausgangsverfahren führen immerhin noch deutlich über die Hälfte der Anträge zur Annahme.

Betrachtet man den weiteren Verlauf der WAV, führen 52,7 % der WAAe, die sich auf einen Strafbefehl im Ausgangsverfahren beziehen, zu einer Abweichung von der Entscheidung des Ausgangsverfahrens (Tab. 7),

nur bezogen auf die angenommenen WAAe sind dies sogar 84,7 %. Bei den Fällen mit einem abgekürzten Urteil liegen diese Quoten mit knapp 50 bzw. 90 % in einem ähnlichen Bereich. Bei einem nicht abgekürzten Urteil im Ausgangsverfahren sind dies nur 13,7 % bzw. 77,4 %. Das bedeutet, dass die Aussicht auf Abänderung der ursprünglichen Entscheidung zwar wesentlich von der Art des Ausgangsverfahrens abhängt, dieser Einfluss drückt sich aber im Wesentlichen durch Unterschiede im Annahmeerfolg des WAA aus. Nach Annahme des WAA nivellieren sich diese Unterschiede auf einem durchgängig hohen Niveau.

Abbildung 2: Conditional Permutation Importance für Variablen, bei denen ein Einfluss auf die Modellgüte angenommen werden kann (Cut-off nach Strobl et al., 2009).



Um zu prüfen, welche Merkmale den Erfolg eines WAA prägen, wurde eine weiterführende multivariate Analyse mittels *Random Forests* vorgenommen. In das statistische Modell wurden 24 Variablen einbezogen.¹³ Das in dem Modell berücksichtigte Kriterium beinhaltet vier Stufen: im Aditionsverfahren abgelehnt, im Probationsverfahren abgelehnt, WAA angenommen ohne Änderung der Entscheidung¹⁴, WAA angenommen und Abweichung von der Entscheidung des Ausgangsverfahrens. Es wurden alle Fälle ausgeschlossen, die formal inkorrekt eigenhändig gestellt wurden (da hier kein Erfolg des Antrages möglich ist), sowie Fälle, bei denen keine Informationen über den Erfolg des WAA vorlagen oder der WAA zurückgenommen wurde.¹⁵ Für die verbleibenden 344 Fälle ergab sich ein Modell¹⁶, das den Erfolg des WAAs zufriedenstellend vorhersagen kann (Trefferrate: 73 %; Kappa gew. = 0,58)¹⁷. In diesem Modell zeigen sich vor allem zwei Variablen als einflussreich: die Art der Ausgangsentscheidung und der Antragsteller. Die Unterschiede in der Erfolgsquote der Anträge in Abhängigkeit vom Antragsteller und der Ausgangsentscheidung sind bereits oben ersichtlich geworden (vgl. Tab. 4 & 5), daher ist dieser Befund wenig überraschend. Bemerkenswert ist hingegen, dass kein anderes Merkmal identifiziert werden konnte, das ähnlich starke Effekte auf den Erfolg des WAAs hat (siehe Abbildung 2). Auch wenn sich einige andere Variablen identifizieren lassen, die einen Beitrag zur Modellgüte leisten, wird deutlich, dass der Einfluss dieser Variablen im statistischen Modell sehr gering ausfällt. Die Conditional Permutation Importance der Art der Ausgangsentscheidung ist beispielsweise um das 6-fache größer als der nächstkleinere Wert (Bundesland der Hauptverhandlung).

¹³ Anzahl der WAA, Art der Ausgangsentscheidung, Bundesland des Ausgangsverfahrens, Nationalität, Geschlecht, 15 Straftatenkategorien (alle in Tabelle 2 enthaltene zuzüglich *anderes Gesetzbuch*), zugunsten/ zugunsten, Antragsteller, Länge des Antrags, Alter zum Zeitpunkt der Antragstellung.

¹⁴ Einstellungen werden in dieser Kategorie erfasst.

¹⁵ Fehlende Werte auf den Prädiktorvariablen wurden mittels Chained Equation Modeling mit dem Paket mice (van Buuren & Groothuis-Oudshoorn, 2011) imputiert.

¹⁶ Spezifikationen: ntree = 500, mtry = 5, kein Pruning.

¹⁷ Die Evaluation des Modells sowie die Berechnung der Variablenwichtigkeit wurde anhand der Out-of-Bag Stichprobe (Breiman, 1996) vorgenommen, um ein Overfitting zu vermeiden.

Im Nachfolgenden werden nun die Fälle näher betrachtet, in denen im Rahmen der WAV ein Fehler festgestellt wurde.

3.2 Festgestellte Fehler

In 203 der 512 untersuchten WAV (39,6 %) wurde ein Fehler bei einer rechtskräftigen Entscheidung im Ausgangsverfahren festgestellt. Für diese Feststellung ist nicht unsere Einschätzung, sondern die Anerkennung des Fehlers durch die staatlichen Verfahrensbeteiligten des WAVs maßgeblich. Eine solche Anerkennung ergibt sich in der Regel aus der Entscheidung des WA-Gerichts, mit welcher es rechtskräftig eine neue abschließende Entscheidung trifft, welche von der ursprünglichen Entscheidung im Ausgangsverfahren inhaltlich abweicht. So stellt das WA-Gericht einen Fehler insbesondere fest, indem es eine Verurteilung aufhebt und stattdessen freispricht oder nach einem mildereren Strafgesetz verurteilt. Soweit es sich bei dem in Frage stehenden Fehler um eine Prozessvoraussetzung handelt, kommt die Anerkennung dieses Fehlers auch durch eine Einstellung (etwa beim Strafklageverbrauch) oder durch die bloße Aufhebung der Ausgangsentscheidung (etwa bei einer fehlerhaften Gesamtstrafenbildung) zum Ausdruck.

Die Zahl der Verfahren mit festgestellten Fehlern weicht von der Zahl der erfolgreichen WAV ab. Dies liegt daran, dass nicht in jedem Verfahren, in dem das WA-Gericht die WA anordnet, auch die abschließende Verfahrensentscheidung die Annahme eines Fehlers enthält. So bleibt in den Fällen, in denen ein Verfahren nach WA nach §§ 153, 153a StPO eingestellt wird, meistens offen, ob das WA-Gericht die ursprüngliche Entscheidung zumindest teilweise auch abschließend als fehlerhaft angesehen hat, da die Einstellung zumeist nicht begründet wird. Auf der anderen Seite gibt es auch Verfahren, in denen das WA-Gericht einen WAA ablehnt, aber zugleich in den Entscheidungsgründen zum Ausdruck bringt, dass an sich durchaus ein Fehler vorliege, der aber mit den Mitteln des WAVs nicht angegriffen werden könne.

Dem Abstellen auf die Feststellungen des WA-Gerichts kann die Kritik entgegengehalten werden, dass auch dieses nicht unfehlbar ist und es ebenso Fehler machen kann, wie diese den Gerichten in den Ausgangsverfahren unterlaufen. So kann man im Einzelfall die Wertung des WA-Gerichts darüber, ob ein Fehler vorliegt, kritisch sehen. Dennoch handelt es sich hierbei um den bestmöglichen Bezugspunkt für quantitative Angaben, da die Erkenntnismöglichkeiten des Richters im Gegensatz zu uns nicht auf die Akten (welche von den Staatsanwaltschaften auch nicht stets vollständig übermittelt wurden) beschränkt sind und eine subjektive Verfälschung der Daten durch unsere eigene Einschätzung so vermieden werden kann, da sich anderweitig kein einheitlicher, eindeutiger Maßstab für die Einordnung finden und über 512 Verfahren hinweg konsequent anwenden lässt. Nach dieser Maßgabe lassen sich die festgestellten Fehler in drei Gruppen aufteilen:

Tabelle 8: Zahl der Verfahren auf Ebene der festgestellten Fehler.

Fehlerebene	Verfahrensanzahl
Tatbestandserfüllung	78 (38 %)
Schuld	66 (32,2 %)
Prozessvoraussetzungen, Rechtsfolgen u. Ä.	59 (28,8 %)
Fehler unbekannt	2 (1 %)
Gesamt	205¹⁸

Auffällig ist hier zunächst, dass lediglich 38 % der festgestellten Fehler auf der Ebene der Tatbestandserfüllung liegen (Tab. 8). Dies ist die Fallgruppe, an die mit Blick auf das Schlagwort »Fehlurteile« üblicherweise gedacht wird. Nur diese Fälle betreffen Verfahren, in denen dem Ausgangsverfahren ein Irrtum über die Täterschaft des Beschuldigten zugrunde liegt. Vereinfacht gesagt handelt es sich hier in der Regel um die Fälle, in denen ein »Unschuldiger« verurteilt wurde, obwohl er die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen hat. Demgegenüber handelt es sich bei der Mehrheit der festgestellten Fehler (61 %) um solche, die die im Ausgangsverfahren angenommene Täterschaft des Verurteilten unberührt lassen. Im Folgenden soll darauf eingegangen werden, welche konkreten Fehler innerhalb der einzelnen Fehlerebenen auftreten.

Tabelle 9: Festgestellte Fehler auf Tatbestandsebene

Fehlerkategorie	Verfahrensanzahl
Falsche Aussagen	22 (27,8 %)
Personenverwechslungen	20 (25,3 %)
Verkennen des Vorliegens der erforderlichen Fahrerlaubnis	15 (19 %)
Verkennen des Vorliegens der erforderl. Fahrzeugversicherung	4 (5,1 %)
Verkennen des Vorliegens des erforderlichen Fahrtickets	3 (3,8 %)
Aufenthaltsrecht	3 (3,8 %)
Sonstige Einzelfälle	12 (15,2 %)
Gesamt	79¹⁹

Die größte Einzelkategorie stellt hier die Gruppe der falschen Aussagen dar (Tab. 9). Diese beinhaltet sowohl falsche Geständnisse als auch falsche bzw. fehlerhafte Zeugenaussagen einschließlich solcher Fälle des falschen Wiedererkennens des Täters durch den Zeugen etwa anhand von Wähllichtbildvorlagen. Da die Fallgruppe nur aus 22 Fällen besteht, verwundert es nicht, dass im Rahmen der Untersuchung keine große Relevanz von häufig diskutierten aussagebezogenen Fehlerquellen wie etwa Verständigungen nach § 257c StPO, Kronzeugenregelungen wie § 31 BtMG und Opferschutzregelungen festgestellt werden konnte.

¹⁸ Die Summe der Einzelwerte übersteigt die Zahl der Verfahren mit festgestellten Fehlern, da in zwei Verfahren Fehler auf zwei verschiedenen Ebenen festgestellt wurden.

¹⁹ Die Summe der Einzelwerte übersteigt die Zahl der Verfahren mit festgestellten Fehlern auf Tatbestandsebene, da in einem Verfahren der Fehler zwei verschiedenen Kategorien zuzuordnen ist.

Von der Kategorie der falschen Aussagen abzugrenzen ist die Gruppe der Personenverwechslungen. Hier beruht die fehlerhafte Identifizierung nicht auf einem falschen Wiedererkennen durch Zeugen, sondern allein auf Versäumnissen der staatlichen Behörden bei der Feststellung der Personendaten. Die Verwechslung lässt sich hier einerseits häufig auf eine unzureichende Überprüfung der eigenen Angaben des Täters über seine Identität während oder nach der Tatbegehung zurückführen. Andererseits beruht sie häufig auch auf behördeninternen Verwechslungen, die im Zusammenhang mit Flüchtigkeitsfehlern beim Abrufen von Daten von Personen mit sehr ähnlichen Personendaten stehen.

Die drittgrößte Gruppe betrifft Fälle, in denen den Verurteilten zu Unrecht das Fahren ohne Fahrerlaubnis gemäß § 21 StVG vorgeworfen wurde. Die Gründe hierfür reichen von der schlichten Nichtvorlage der erforderlichen Unterlagen über Fehler in den Datenbanken bis hin zur unzutreffenden Beurteilung der rechtlichen Anforderungen an die Fahrerlaubnis mit Blick auf Fahrzeugklassen und im Ausland erworbene Führerscheine. Vergleichbare Probleme treten bei den ebenfalls im Straßenverkehr angesiedelten Verurteilungen nach § 6 PflVG auf, in denen in Wahrheit die erforderliche Haftpflichtversicherung des Fahrzeugs vorlag. Die Nichtvorlage des vorhandenen Fahrtickets durch den Bahnfahrer ist der Hauptgrund für die fehlerhaften Verurteilungen wegen Leistungserschleichung nach § 265a StGB. Die Fehler bei der Anwendung des Aufenthaltsrechts beruhen überwiegend auf Irrtümern bei der Aufklärung der Herkunft des Verurteilten.

Gemeinsam ist damit vielen der Verfahren auf Tatbestandsebene, dass der Fehler häufig die Feststellung eines rechtlichen Status betrifft, dessen Beurteilung weder von der schwierigen Bewertung von Zeugenaussagen noch von anderen nur mit gutachterlicher Hilfe beurteilbaren Sachfragen abhängt, sondern häufig allein die Ermittlung solcher Informationen voraussetzt, die eigentlich objektiv nachprüfbar sein müssten. So sind etwa sowohl Personen- daten als auch Daten über Fahrerlaubnisse und Versicherungen an sich bei Behörden bzw. Unternehmen hinterlegt und müssen nur zutreffend abgespeichert und abgerufen werden.

Tabelle 10: Festgestellte Fehler auf Schuldebene

Fehlerkategorie	Verfahrensanzahl
Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB	63 (95,5 %)
EingeschränkteSchuldunfähigkeit nach § 21 StGB	1 (1,5 %)
Strafmündigkeit nach § 19 StGB	1 (1,5 %)
Heranwachsender nach § 1 JGG	1 (1,5 %)
Gesamt	66

Die Fehler auf Schuldebene (Tab. 10) betreffen nahezu ausschließlich das Verkennen der Schuldunfähigkeit, welche damit zugleich die größte Einzelkategorie aller festgestellten Fehler darstellt. Besonders häufig beruht diese auf einer Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis (siehe Otzipka et al., in Vorb.).

Das Verkennen der bloß eingeschränkten Schuldfähigkeit wurde hingegen nur in einem Verfahren festgestellt, was darauf zurückzuführen ist, dass ein hierauf gerichteter WAA bereits gemäß § 363 Abs. 2 StPO unzulässig wäre. In den beiden übrigen Fällen wurde im Ausgangsverfahren ein falsches Alter des Beschuldigten angenommen, wobei im Fall der Strafmündigkeit zahnmedizinische und radiologische Untersuchungen zur Altersbestimmung die Ursache des Fehlers darstellen.

Tabelle 11: Festgestellte Fehler auf Ebene der Prozessvoraussetzungen, Rechtsfolgen u. Ä.

Fehlerkategorie	Verfahrensanzahl
Fehlerhafte Gesamtstrafenbildung	31 (52,5 %)
Doppelte Bestrafung wegen derselben Tat	14 (23,7 %)
Verurteilung trotz Strafklageverbrauchs nach § 153a StPO	11 (18,6 %)
Fehlende Strafantragsbefugnis	1 (1,7 %)
Fehlende Verhandlungsfähigkeit	1 (1,7 %)
Bewährungswiderruf trotz erfüllter Bewährungsauflagen	1 (1,7 %)
Gesamt	59

Im Rahmen der fehlerhaften Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB wird (neben der häufigen Nichtbeachtung weiterer Voraussetzungen, insbesondere dem sog. Zäsurprinzip) in den meisten Fällen dieselbe Strafe irrtümlich in mehreren Entscheidungen einbezogen, was in der Sache einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung darstellt. Damit ist sie eng verwandt mit der zweiten Gruppe der »klassischen« Fälle des Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 3 GG, in denen der Täter zweimal wegen derselben Tat verurteilt worden ist. Auch die Fälle, in denen trotz Erfüllung einer Auflage im Rahmen des Verfahrens nach § 153a StPO dennoch später eine Verurteilung erfolgt, beruhen auf einem Verstoß gegen den Strafklageverbrauch. Damit ist fast allen Verfahren auf dieser Fehlerebene (Tab. 11) gemein, dass der Fehler auf einem Mangel an verfahrensbezogenen Informationen beruht, denen stets objektiv nachprüfbar Fakten zugrunde liegen.

Über nahezu alle Fehlerebenen und -kategorien hinweg kommt hierbei dem Strafbefehlsverfahren eine besondere Bedeutung zu. In 137 der 203 Verfahren mit festgestellten Fehlern (67,5 %) ist der Fehler mit einem insoweit rechtskräftig gewordenen Strafbefehl verwirklicht worden.²⁰ Berücksichtigt man, dass von den übrigen 66 Verfahren, in denen das nicht der Fall ist, allein 28 Verfahren (42,4 %) die fehlerhafte Gesamtstrafenbildung betreffen, wird deutlich, dass in allen anderen wesentlichen Fehlerkategorien der Anteil der Strafbefehlsverfahren einen erheblichen Anteil der Fälle ausmacht; manche Fehlerkategorien (wie

²⁰ Dies schließt Fälle ein, in denen ein Einspruch auf den Rechtsfolgensausspruch beschränkt wurde oder wegen Ausbleibens des Angeklagten verworfen wurde.

etwa die Personenverwechslung) beruhen sogar ausschließlich auf Strafbefehlen. Dies bedeutet zwar nicht, dass in jedem Verfahren der Fehler mit Sicherheit vermieden worden wäre, wenn stattdessen eine ordentliche Hauptverhandlung mit anschließendem Urteil stattgefunden hätte. So liegen in manchen Verfahren Irrtümer über die Rechtslage vor, welche durch eine Hauptverhandlung wohl kaum beseitigt worden wären. Generell lässt sich der Ausgang eines derartigen hypothetischen Kausalverlaufs oft nicht mit Gewissheit beurteilen. Dennoch ließ sich beobachten, dass in vielen der untersuchten Verfahren das Strafbefehlsverfahren im Wesentlichen aufgrund von zwei Aspekten die Entstehung eines Fehlers zumindest begünstigte: Zum einen ist dies die bloß oberflächliche Ermittlung und Prüfung der Sachlage durch die staatlichen Verfahrensbeteiligten, was bisweilen auch zu Flüchtigkeitsfehlern wie dem Übersehen von aktenkundigen Informationen führt. Zum anderen ist dies der Verfahrensablauf ohne eine aktive Mitwirkung des Beschuldigten. Dieser ermöglicht eine Unterbindung der Kommunikation mit dem Beschuldigten, welcher den Fehler oft mit einem für ihn offensichtlichen, objektiv nachprüfbar Hinweis aufdecken könnte. Damit haben zugleich auch die Verurteilten einen nicht unbedeutenden Anteil an den entstandenen Fehlern, da sie nicht (rechtzeitig) einen entsprechenden Einspruch eingelegt haben und auch sonst nicht mit den Verfahrensbeteiligten kommuniziert haben.

3.3 Reklamierte aber nicht festgestellte Fehler

Im Folgenden soll auf die 309 Verfahren eingegangen werden, in denen im WAV kein Fehler festgestellt wurde. Hierzu wird auf den Inhalt der WAAe abgestellt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Qualität und Ausführlichkeit der WAAe in den verschiedenen Verfahren gibt. Insbesondere die von den Verurteilten ohne Hilfe eines Rechtsanwaltes selbst gestellten WAAe sind häufig entweder sehr oberflächlich und pauschal, teilweise auch unverständlich oder sogar wirr. In einem Teil der Verfahren ließ sich nicht nachvollziehen, welchen Fehler der Verurteilte überhaupt geltend machen will. Bisweilen werden in einem Antrag auch viele verschiedene Fehler behauptet. Für die folgende Einordnung (Tab. 12) wurde jeweils auf das Kernanliegen des WAAAs abgestellt.

Auffällig ist, dass die bei den festgestellten Fehlern beobachtete Verteilung auf die Ebenen hier genau umgekehrt ausfällt (vgl. Tab. 8). In knapp zwei Dritteln der Verfahren wird hier vom Verurteilten bestritten, die ihm vorgeworfene Tat begangen zu haben. In der Sache werden in den untersuchten Verfahren am häufigsten falsche Zeugenaussagen behauptet, die Ermittlungen bzw. die Beweiswürdigung der Strafverfolgungsbehörden kritisiert und gegen die Verfahrensbeteiligten der Vorwurf erhoben, dass zulasten des Verurteilten Straftaten, Verschwörungen, Menschenrechtsverletzungen und Diskriminierung vorliegen würden. Eine eindeutige und abschließende Bewertung der Entscheidungen als im Ergebnis »richtig« oder »falsch« ist allein auf Basis des Akteninhalts in der Regel nicht möglich, da die Gründe für eine feh-

lerhafte Ausgangsentscheidung nicht unbedingt in der Akte enthalten sein müssen. Auf Basis der Aktenlage erscheint uns die Entscheidung des Gerichts aber oft doch überzeugend oder zumindest gut vertretbar. Es gibt nur sehr wenige Verfahren, in denen wir einen Fehler bereits nach der Aktenlage für erwiesen halten, obwohl dieser nicht vom WA-Gericht festgestellt wurde. Sieht man von den Verfahren ab, welche wiederaufgenommen und eingestellt wurden, ohne dass hierbei explizit ein Fehler festgestellt wurde, verbleiben lediglich vier Verfahren auf Tatbestandsebene, in denen aus unserer Sicht eine Fehlentscheidung nicht beseitigt wurde.²¹ Somit konnten wir mit der Untersuchung der erfolglosen WAV keine relevante Anzahl an Verfahren von unschuldig Verurteilten aufdecken.

Tabelle 12: Primäre Ebene der geltend gemachten, nicht festgestellten Fehler

Fehlerebene	Verfahrensanzahl
Tatbestandserfüllung	205 (66,3 %)
Rechtswidrigkeit	6 (1,9 %)
Schuld	32 (10,4 %)
Prozessvoraussetzungen, Rechtsfolgen u. Ä.	22 (7,1 %)
Nicht bestimmbar	44 (14,2 %)
Gesamt	309

3.4 Verfahrensgang und Wiederaufnahmepraxis

Von den 512 untersuchten WAV waren 44,7 % (229) in dem Sinne erfolgreich, dass sich das WA-Gericht erneut mit dem Anklagevorwurf aus dem Ausgangsverfahren befasste.²² Der oft erhobene Vorwurf, WAV seien in den allermeisten Fällen erfolglos, kann insoweit also nicht bestätigt werden.

Beim Ablauf der 229 erfolgreichen WAV zeigt sich zunächst, dass der gesetzliche Regelfall von den drei aufeinanderfolgenden Verfahrensabschnitten Aditionsverfahren, Probationsverfahren und erneute Hauptverhandlung in der Praxis die Ausnahme darstellt. In den allermeisten Fällen (N = 210) wurden diese Verfahrensstufen miteinander vermischt. Ein großer Anteil der Vermischungen ist auf § 371 Abs. 2 StPO zurückzuführen, der es dem WA-Gericht ermöglicht, den Angeklagten ohne erneute Hauptverhandlung sofort freizusprechen (oder bei analoger Anwendung das Verfahren einzustellen). Es konnten hier alle denkbaren Konstellationen beobachtet werden. Zum Teil haben die WA-Gerichte in einem einzigen Beschluss die WA angeordnet und den Angeklagten freigesprochen. Es gab aber auch Fälle, in denen die Gerichte zunächst einen Beschluss für das Aditions- und Probationsverfahren erlassen und dann in einem gesonderten Beschluss den Angeklagten freigesprochen haben. Ebenfalls gab es die Variante, dass die Gerichte einen Beschluss im Aditionsverfahren erlassen haben und dann in einem weiteren

Beschluss das Verfahren wiederaufgenommen und den Angeklagten freigesprochen haben. Auch in Verfahren, in denen § 371 Abs. 2 StPO nicht zur Anwendung kam, haben die WA-Gerichte in den meisten Fällen Aditions- und Probationsverfahren nicht strikt voneinander getrennt, sondern Zulässigkeit und Begründetheit des WAAAs in einem Beschluss entschieden. Nur in 16 Verfahren wurden Aditionsverfahren, Probationsverfahren und erneute Hauptverhandlung (teilweise auch mit Beweiserhebung) nacheinander durchgeführt und abgeschlossen, in drei Verfahren ergab sich der genaue Verfahrensablauf nicht aus der Akte.

Bei der Untersuchung, aufgrund welcher Fehler oder Hürden WAAe scheitern, fällt zunächst auf, dass in einem nicht unerheblichen Teil der Verfahren die WAAe gar nicht begründet oder von vorneherein offensichtlich unbegründet waren. Darunter fanden sich etwa Verfahren, in denen der Verurteilte vortrug, dass Verschwörungen oder Menschenrechtsverstöße zu seinen Lasten vorliegen würden oder die Gesetze der Bundesrepublik Deutschland für ihn nicht gelten würden. Es handelte sich überdies bei den offensichtlich unbegründeten Anträgen zumeist um Anträge, die vom Verurteilten selbst gestellt wurden und deshalb bereits gem. § 366 Abs. 2 StPO unzulässig waren. Diese Fälle belegen, dass diese Formvorschrift sinnvoll ist. Die Antragsstellung durch einen Verteidiger oder Rechtsanwalt oder zu Protokoll der Geschäftsstelle bewahrt die WA-Gerichte davor, sich unnötig zeitintensiv mit offensichtlich nicht begründbaren Anträgen befassen zu müssen, und gewährleistet, dass andere Anträge, die durchaus Rückschlüsse auf Fehler im Ausgangsverfahren zulassen, angemessen bearbeitet werden können.²³ Unter den formal korrekt aufgestellten WAAen war der häufigste inhaltliche Mangel, dass der Antrag auf eine eigene, vom Ausgangsgericht abweichende Beweiswürdigung oder Rechtsauffassung gestützt wurde.

Bei der Anwendung und Auslegung des WA-Rechts durch die Staatsanwaltschaften und Gerichte liegen in der Praxis die größten Probleme bei der Beurteilung, ob eine Tatsache oder ein Beweismittel »neu« ist (§ 359 Nr. 5 StPO), und bei der erweiterten Darlegungslast. In 28 der 512 untersuchten Verfahren wurde die Neuheit im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO durch das WA-Gericht und/oder die Staatsanwaltschaft falsch beurteilt. Etwa bei einzelnen Strafbefehlsverfahren wurde darauf verwiesen, dass die Tatsachen oder Beweismittel bereits aktenkundig seien. Das traf in den Verfahren zwar zu, es ergab sich allerdings auch aus den Akten, dass die Ausgangsgerichte die Tatsachen und Beweismittel bei ihrer Entscheidung nicht berücksichtigt hatten. Laut dem Bundesverfassungsgericht²⁴ und einem Großteil der Literatur²⁵ sind auch solche Tatsachen und Beweis-

²³ Dem Verurteilten bleibt es unbenommen, seinen Vortrag in einem erneuten WAA mittels Verteidiger oder Rechtsanwalt oder zu Protokoll der Geschäftsstelle geltend zu machen. Die Ablehnung als unzulässig gemäß § 366 Abs. 2 StPO führt nicht zu einem inhaltlichen Verbrauch des Vortrags.

²⁴ BVerfG, NZV 2016, 45 Rn. 18; BVerfG, Beschl. v. 19.07.2002, 2 BvR 18/02, 2 BvR 76/02, StV 2003, 225.

²⁵ Eisenberg, Aspekte des Verhältnisses von materieller Wahrheit und Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß §§ 359 StPO, JR 2007, 360 (362); MüKo-StPO/Engländer/Zimmermann, 2019, § 373a Rn. 5; BeckOK-StPO/Singelstein, Stand 1.1.2023, § 359 Rn. 24; KK-StPO/Tiemann, 9. Aufl. 2023, § 359 Rn. 24a.

²¹ Es handelt sich in allen vier Fällen um minderschwere Delikte aus dem Bereich der Kleinkriminalität, in denen eine niedrige Geldstrafe verhängt wurde.

²² Siehe zum Begriff »Wiederaufnahme angenommen« Abbildung

mittel neu, die zwar aktenkundig, aber vom Ausgangsgericht nicht zur Kenntnis genommen worden sind.

Die erweiterte Darlegungslast ist eine in der Wiederaufnahmepraxis entwickelte Rechtsfigur, um mit einem widersprüchlichen Prozessverhalten des Verurteilten oder von Zeugen umzugehen.²⁶ Klassische Anwendungsfälle sind etwa der Widerruf eines im Ausgangsverfahren abgelegten Geständnisses oder die Änderung einer im Ausgangsverfahren gemachten Zeugenaussage. Um der erweiterten Darlegungslast gerecht zu werden, muss der Verurteilte konkrete Umstände benennen, die den Widerruf oder die Aussageänderung nachvollziehbar erklären. Bei der Analyse der 512 Verfahren sind hier zwei Problemfelder aufgefallen, die insgesamt 27 Verfahren betreffen.

Zum einen verwarfen Staatsanwaltschaft und/oder Wiederaufnahmegesamt WAAe, obwohl der Verteidiger oder Verurteilte ausführlich begründet hatte, warum ein falsches Geständnis abgegeben worden war (z. B. aufgrund einer informellen Absprache). Sie verlangten, der Verurteilte müsse seinen Widerruf weiter glaubhaft machen, ohne auszuführen, wie eine solche zusätzliche Glaubhaftmachung aussehen sollte. In einem Verfahren wurde vom Gericht eine, eigentlich aus dem Zivilrecht bekannte, eidesstattliche Versicherung des Zeugen gefordert, um der erweiterten Darlegungslast zu genügen. Es entsteht der Eindruck, dass manche Staatsanwaltschaften und Gerichte die erweiterte Darlegungslast durch immer höhere Anforderungen instrumentalisieren, um WAAe ablehnen zu können, obwohl der Zweck der erweiterten Darlegungslast durch den umfangreichen Vortrag des Verurteilten bereits erreicht worden ist.

Das zweite Problem hängt eng mit einer Entscheidung des OLG Stuttgart zusammen. Dort wurde der Antragsteller wegen sexuellen Missbrauchs eines Kindes im Ausgangsverfahren zu einer Haftstrafe verurteilt. Sein Wiederaufnahmebegehren stützte er auf Zeugen, die zwar im Ermittlungsverfahren, aber nicht im Berufungsverfahren vernommen wurden. Das OLG Stuttgart vertritt die Ansicht, dass die erweiterte Darlegungslast auch für die Benennung von Zeugen im WAV gilt, deren Aussagen dem Verurteilten schon im Ausgangsverfahren bekannt waren, von ihm aber dort nicht als Zeugen benannt wurden. Er müsse »einleuchtende Gründe dafür anführen, warum er den Zeugen früher nicht zu seiner Entlastung benutzt hat, dies aber nunmehr – im Wiederaufnahmeverfahren [...] – für geboten hält.«²⁷ Die Anwendung der erweiterten Darlegungslast auf solche Konstellationen kann man bereits ganz grundsätzlich hinterfragen, in Verfahren, in denen der Verurteilte einen Verteidiger hatte und eine Hauptverhandlung stattfand aber zumindest diskutieren. Bei der Aktenanalyse wurde allerdings deutlich, dass in der Praxis der Anwendungsbereich der Rechtsfigur der erweiterten Darlegungslast manchmal in so extremer Weise überdehnt wird, dass aus einer Voraussetzung, die dazu dient, die Geeignetheit eines

neuen Beweismittels beurteilen zu können, eine formale Voraussetzung des Nichtverschuldens wird. Das betrifft insbesondere WAV, denen ein Strafbefehlsverfahren vorausging. Teilweise wurde dem Verurteilten unter Verweis auf die erweiterte Darlegungslast vorgehalten, er habe nicht nachvollziehbar dargelegt, warum er keinen Einspruch eingelegt habe, warum er das Beweismittel nicht bereits im Strafbefehlsverfahren benannt habe und welche »Verteidigungsstrategie« er verfolgt habe. Führt man sich das summarische Strafbefehlsverfahren vor Augen, das ohne eine Hauptverhandlung und in der Regel ohne kommunikativen Austausch mit dem Angeklagten stattfindet, der außerdem in den allermeisten Fällen keinen Strafverteidiger und sicherlich auch keine »Verteidigungsstrategie« hat, so erscheinen solche Vorhaltungen nachgerade absurd. Die erweiterte Darlegungslast wird dadurch zu einem Exkulpationserfordernis, vergleichbar der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung. Teilweise werden dabei auch Argumentationsmuster deutlich, die allein dazu dienen, die Rechtskraft zu verabsolutieren. Das gilt etwa dann, wenn das WA-Gericht ausführt, das Einspruchssystem dürfe durch die WA nicht ausgehebelt werden. Eine solche Ausdeutung der Rechtsfigur der erweiterten Darlegungslast bei WAAen nach einem Strafbefehl hat nichts mehr mit der Funktion dieser Rechtsfigur zu tun und geht auch weit über das hinaus, was das OLG Stuttgart vertritt. In zwei WAV, in denen das Gericht mit einer solchen Begründung den WAA zunächst verwarf, wurde die praktische Bedeutung dieses Problems besonders deutlich: Nachdem die WAAe auf die sofortige Beschwerde hin erfolgreich waren, wurden dann auch Fehler im Ausgangsverfahren festgestellt.

Bei der Analyse der WAV fielen auch einige für den Verurteilten positive Aspekte auf, die sich aus der Anwendung und Auslegung des WA-Rechts durch Gerichte und Staatsanwaltschaft ergeben. Das Gesetz verpflichtet Staatsanwaltschaft und WA-Gericht nicht, den Antragsteller auf Mängel im Antrag hinzuweisen, auch wenn dies zum Teil gefordert wird.²⁸ Erfreulicherweise hat sich gezeigt, dass sowohl Staatsanwälte als auch WA-Gerichte häufig von sich aus den Antragsteller auf die fehlende Form oder sonstige Mängel hinwiesen oder auf andere Art und Weise Verfahrensfürsorge betrieben (z. B. umfangreiche Gelegenheit zur Stellungnahme). Für den Verurteilten positiv wirkt es sich ebenfalls aus, dass Staatsanwaltschaften und WA-Gerichte in WAV, bei denen es um die Schuldfähigkeit ging, sehr häufig den Zweifelsgrundsatz anwandten, obwohl dieser im WAV nach überwiegender Auffassung gerade nicht gilt.²⁹

²⁸ Z. B. KMR-StPO/Eschelbach, Stand 1.11.2014, § 366 Rn. 81.

²⁹ BGH, NJW 1993, 1481 (1484); Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Aufl. 2022, StPO, § 368 Rn. 10

4 Zusammenfassende Diskussion

Die vorliegende Studie hatte zum Ziel, durch die Analyse der Akten von WAV mögliche Fehlquellen im Strafverfahren aufzudecken. Dabei interessierten neben der Art der Fehler auch die tatsächlichen Möglichkeiten Verurteilter zur Geltendmachung von Fehlern, deren Erfolgchancen sowie die Reaktionen der WA-Gerichte auf die Reklamation von Fehlern.

Statistische Erfassung von WAV. Insgesamt konnten 2.578 AZ zu WAAen bezogen werden. Diese Zahl erscheint gegenüber der Zahl von 5081 erledigten Fällen von Wiederaufnahmeverfahren, die das Statistische Bundesamt (Fachserie 10, Reihe 2.3) summiert für die Jahre 2013-2015 ausweist, sehr gering. Eine geringe Diskrepanz ist bereits deshalb zu erwarten, weil das Bundesamt die Fälle erfasst, die im jeweiligen Jahr erledigt wurden, wir uns jedoch auf die Fälle stützen, bei denen sich der Ablauf eines WAVs mit dem Erhebungszeitraum zumindest teilweise überschneidet. Ein größerer Teil dieser Diskrepanz lässt sich jedoch auf ein hier erkennbares Erfassungsproblem zurückführen. Nordrhein-Westfalen war in der Lage, die eigene Datenbank MESTA elektronisch nach Verfahren zu WAAen im Berichtszeitraum zu durchsuchen. Von den so ermittelten 1.253 AZ konnten wir aus den oben beschriebenen Gründen lediglich 503 Akten beziehen. Von diesen bezogen sich jedoch nur 210 Akten auf ein WAV nach rechtskräftigem Urteil. In den übrigen Fällen handelte es sich um WA nach vorläufiger Einstellung, Wiedereinsetzungen in den vorherigen Stand oder andere Verfahren. Auch aus den übrigen Bundesländern wurden ähnliche Fehlidentifikationen bei der Zählkartenerfassung berichtet. Dieser Befund lässt allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit der diesbezüglichen Daten des Statistischen Bundesamtes, das sich nach unserer Kenntnis auf die Meldungen aus den Justizverwaltungen der Länder stützt, in der Weise zu, dass die dort berichteten Verfahrenszahlen deutlich überschätzt sind.³⁰

Repräsentativität der untersuchten Stichprobe. Zur merklichen Reduktion der Aktenstichprobe trug aber auch bei, dass die Aktenanforderungen bei den Geschäftsstellen in die ersten Wellen der Covid-19-Pandemie fielen, bei denen die Geschäftsstellen teilweise nicht besetzt oder zumindest unterbesetzt waren und die Akten nicht zur Verfügung stellen konnten.³¹ Gleichwohl gelang es schließlich 512 Akten von WAV mit einer Antragstellung in den Jahren 2013-2015 in unsere Auswertung einzubeziehen. Angesichts einer Bezugsquote von knapp 20 % ist die Repräsentativität der Stichprobe fraglich. Zwar ist der Anteil ungeeigneter Fälle (WAV nach vorläufiger Einstellung u. Ä.), die teilweise bereits bei der Prüfung vor Ort ausgeschlossen wurden, erheblich und trägt wesentlich zu dieser geringen Bezugsquote bei, gleichwohl lassen sich

³⁰ Bereits bei Dunkel (2018, S. 156, Fn 767) hatten Nachfragen beim Statistischen Bundesamt ergeben, dass große Unsicherheit hinsichtlich des Inhalts der diesbezüglichen Daten besteht.

³¹ Allerdings entstand bei uns auch der Eindruck, dass allein die Fragestellung der Untersuchung bei den Justizbehörden dazu führte, dass unsere Anfragen »mit spitzen Fingern« behandelt wurden (vgl. hierzu Eisenberg, 2021). Dennoch haben wir keine Hinweise darauf, dass eine systematische Auswahl der Fälle vorgenommen wurde oder gezielt Akten zurückgehalten wurden.

mögliche systematische Einflüsse auf den Aktenbezug aufgrund der unsicheren Datenlage nicht hinreichend beurteilen.

Beschreibung der analysierten WAV. Die von uns analysierten 512 Akten zu WAV nach rechtskräftiger Entscheidung beziehen sich zu mehr als 80 % auf ein Ausgangsverfahren, in dem das StGB zur Anwendung kam, in weiteren 10 % das StVG. Innerhalb des StGB scheinen Straftaten gegen Personen gegenüber Eigentums- und Vermögensdelikten häufiger in unserer Stichprobe auf, als die Strafverfolgungsstatistik an erledigten Fällen für das Jahr 2013 ausweist. Zu einem weit überwiegenden Anteil (97,3 %) werden die WAA zugunsten des Verurteilten gestellt.³² Etwa ein Drittel der WAA wurde von der Staatsanwaltschaft initiiert, auch hier zu einem deutlich überwiegenden Teil zugunsten der verurteilten Person (ähnlich bereits bei Dunkel, 2018). In 241 Fällen (47,1 %) war die Form der Entscheidung im Ausgangsverfahren ein Strafbefehl, zahlenmäßig vor den 175 Fällen (34,2 %) mit einem nicht abgekürzten Urteil (34,2 %) und 83 Fällen (16,2 %) mit einem abgekürzten Urteil.³³

Wiederaufnahme von Verfahren. In 44,7 % der Fälle wurde der WAA angenommen und die WA des Verfahrens angeordnet. Diese Quote beeindruckt positiv angesichts der bisher in der Literatur angenommenen Erfolgsquoten »im Promillebereich« (Eschelbach 2023, Rn. 75.3), insbesondere vor dem Hintergrund, dass ein erheblicher Teil der WAA bereits daran scheitert, dass der Antrag unzulässig vom Verurteilten selbst gestellt wurde und somit gar nicht anders entschieden werden konnte (ähnlich bereits Schöneborn, 1980). Bezogen auf die beiden übrigen großen Gruppen der Antragsteller liegen die Erfolgsquoten, dass der WAA angenommen wird, mit 91,6 % bei der Staatsanwaltschaft und 39,2 % bei der Verteidigung zwar deutlich auseinander, aber auch hier überrascht der Befund vor dem Hintergrund, dass insbesondere WAAen der Verteidigung kaum Aussichten auf einen Annahmeerfolg zugeschrieben werden (Neuhaus, 2015). Gleichzeitig liegt der Anteil der angenommenen WAAe, die einen Fehler in der Entscheidung durch einen Strafbefehl im Ausgangsverfahren reklamieren, mit 62,2 % über dem der Anträge, die sich auf ein Ausgangsverfahren mit einer Hauptverhandlung, insbesondere bei einem nicht abgekürzten Urteil (17,7 %), beziehen.³⁴

Variablen, die den Erfolg eines WAA begünstigen. Die Entscheidung im Ausgangsverfahren in Form eines Strafbefehls schlug sich auch in den Analysen zur Vorhersage, ob ein WAA erfolgreich ist, nieder.³⁵ Die verschiedenen Konstellationen aus den Ausprägungen der Art der Entscheidung im Ausgangsverfahren und Gruppe des Antragstellers lieferten maximal unterschiedliche Erfolgsquoten, wobei WAA, die von der Staatsanwaltschaft gestellt wurden und sich auf einen Strafbefehl bezogen, die mit Abstand höchste

³² Ähnlich auch Dunkel & Kemme (2016).

³³ Der hohe Anteil von Strafbefehlen im Ausgangsverfahren findet sich auch bereits bei Kemme et al. (2021).

³⁴ Diese Unterschiede sind teilweise aber auch dadurch begründet, dass der Anteil der eigenhändig gestellten WAAe nach Urteil höher sind als nach Strafbefehl.

³⁵ Eigenhändig gestellte WAAe blieben hier unberücksichtigt (siehe 3.1).

²⁶ Grundsätzlich verfassungsgerichtlich gebilligt und in der Praxis anerkannt: BVerfG, NJW 1994, 510; BGH, NJW 1977, 59; zur dogmatischen Herleitung Hellebrand, Geständniswiderauf und Wiederaufnahmeverfahren, NSTZ, 2004, 413 (417).

²⁷ OLG Stuttgart, NSTZ-RR 2003, 210 (211).

Erfolgsquote aufwiesen und WAA die von der Verteidigung oder über die Geschäftsstelle gestellt wurden und sich auf ein Urteil im Ausgangsverfahren bezogen, die geringste Erfolgsquote hatten. Weitere Merkmale des Antrags, des Verurteilten oder des Delikts hatten dagegen eine deutlich geringere Bedeutung für die Vorhersage des Antragserfolgs. Inwieweit allerdings inhaltliche Merkmale des WAAs wie bspw. die Art des reklamierten Fehlers (Tatbestandserfüllung, Schuldfähigkeit, Prozessvoraussetzungen, Rechtsfolgen u. Ä.) dessen Annahmeerfolg zusätzlich beeinflussen, muss derzeit noch Gegenstand zukünftiger Analysen sein.³⁶

Entscheidungen in wiederaufgenommenen Verfahren. Im weiteren Verlauf wurden in 37,9 % der 512 Verfahren auf Basis abweichender Feststellungen eine von der Ausgangsentscheidung abweichende Entscheidung getroffen. Auch hier haben WAAe, die sich auf einen Strafbefehl im Ausgangsverfahren beziehen, mit 52,7 % eine in diesem Sinne (Abänderung der Entscheidung) höhere Erfolgswahrscheinlichkeit als Anträge, die sich auf ein Urteil beziehen.

Problemfeld: Strafbefehl. Die jeweils höheren Erfolgsquoten bei WAAen, die sich auf einen Strafbefehl beziehen, weisen darauf hin, dass das Strafbefehlsverfahren eine besondere Fehleranfälligkeit aufweist. So traten manche der durch die WA-Gerichte festgestellten Fehler, wie die Personenverwechslung, ausschließlich in Strafbefehlsverfahren auf. Auch das Verkennen des Vorliegens besonderer Erfordernisse (Fahrerlaubnis, Fahrzeugversicherung, Fahrschein) war bei Ausgangsentscheidungen in Form des Strafbefehls gehäuft. Ebenso traten Fälle unerkannter Schuldfähigkeit vermehrt in Ausgangsverfahren auf, die mit einem Strafbefehl entschieden wurden. Es steht zu vermuten, dass eine aktive Beteiligung des Angeklagten am Verfahren das Vorliegen einer schwerwiegenden, auch für den psychologisch/psychiatrischen Laien erkennbaren Auffälligkeit und somit die Notwendigkeit der Prüfung der Schuldfähigkeit eher angezeigt hätte. Zwar lässt schon das Strafbefehlsverfahren als solches erkennen, dass es sich bei diesen Fällen um die Aburteilung milderer Straftaten bzw. Vergehen handelt, gleichwohl weisen die vorliegenden Daten darauf hin, dass im Strafbefehlsverfahren lediglich eine summarische Prüfung der Sachlage erfolgt und somit eine oberflächliche Ermittlung, Flüchtigkeitsfehler und das Verkennen des Vorliegens einer fehlenden oder verminderten Schuldfähigkeit drohen. Auf der anderen Seite werden im WAV von manchen Staatsanwaltschaften und Gerichten gerade auch bei Ausgangsverfahren, die mit einem Strafbefehl endeten, zum Teil zu hohe Anforderungen an WAA gestellt. Bei den aktuellen Überlegungen zu einer Ausweitung des Strafbefehlsverfahrens (93. Konferenz der Justizministerinnen und -minister 2022, TOP II.7) sollten diese Ergebnisse berücksichtigt werden.

Festgestellte Fehler: Die vorliegende Analyse zeigt weiter, dass sich die im WAV festgestellten Fehler überwiegend im Spektrum der von Peters (1970, 1972, 1974) erkannten Fehler befinden. Bei über 60 % der

festgestellten Fehler ist die im Ausgangsverfahren angenommene Täterschaft nicht berührt. Hierunter ist der häufigste Fehler die unerkannte Schuldfähigkeit, die bereits in der Untersuchung von Peters (1972) eine wesentliche Rolle spielte. Auch in der Studie von Dunkel (2018) kommt diesem Fehler eine zentrale Rolle zu. In der Untersuchung von Leuschner et al. (2019) spielt dieser Fehler ebenfalls eine Rolle. Bei der fehlerhaften Gesamtstrafenbildung und der Verurteilung trotz Strafklageverbrauchs nach § 153a StPO handelt es sich dagegen um Fehler, die in der Untersuchung von Peters praktisch nicht auftraten.

Werden Fehler auf der Tatbestandsebene festgestellt, sind dies in erster Linie falsche (Zeugen-)Aussagen, die ebenfalls bereits von Peters (1972) als wichtigste Fehlerquelle innerhalb dieser Kategorie genannt wurde (vgl. auch Leuschner et al., 2019). Falsche Aussagen werden auch in internationalen Studien als relevante Fehlerquelle genannt (z. B. Gross & Shaffer, 2012). Eine weitere große Gruppe, die bei Peters weniger häufig auftrat, stellen Personenverwechslungen dar, bei denen die staatlichen Behörden Versäumnisse bei der Feststellung der Personendaten zeigten.

Reklamierte, aber nicht festgestellte Fehler: Der Blick auf die reklamierten, aber nicht festgestellten Fehler zeigt, dass hier die Verfahren überwiegen, bei denen vom Verurteilten bestritten wird, die ihm vorgeworfene Tat begangen zu haben. Die reklamierten Fehler richten sich auf vermeintlich falsche Zeugenaussagen, eine fehlerhafte Ermittlung bzw. Beweiswürdigung der Strafverfolgungsbehörden oder es werden vermeintliche Straftaten, Verschwörungen, Menschenrechtsverletzungen und Diskriminierungen zulasten des Verurteilten angeführt. Ein unzutreffender Entscheidungssachverhalt kann hier allein aufgrund der Aktenlage nicht festgestellt werden, gleichwohl erscheinen uns die Entscheidungen der WA-Gerichte zumindest doch gut vertretbar. Ein Fehler, der nach Aktenlage erkennbar schien, aber vom WA-Gericht nicht festgestellt wurde, war sehr selten.

Wiederaufnahmerechtliche Praxis. In der wiederaufnahmerechtlichen Praxis zeigten sich die größten Probleme bei der Beurteilung durch die Staatsanwaltschaften und WA-Gerichte, ob eine Tatsache oder ein Beweismittel »neu« ist, und bei der erweiterten Darlegungslast. So wurde die Neuheit im Sinne des § 359 Nr. 5 StPO in 28 Fällen falsch beurteilt, bspw. wenn bei Strafbefehlsverfahren darauf verwiesen wurde, dass die Tatsachen oder Beweismittel bereits aktenkundig seien, die Ausgangsgerichte diese Tatsachen und Beweismittel bei ihrer Entscheidung jedoch nicht berücksichtigt hatten.

Insgesamt hat die vorliegende Untersuchung gezeigt, dass WAAe wesentlich erfolgreicher sind, als bisher allgemein vermutet wurde (z. B. Eschelbach, 2023; Neuhaus, 2015). Ein großer Teil der erfolgreichen WAAe wird von der Staatsanwaltschaft zugunsten von Verurteilten gestellt. Die Diskrepanz zwischen den bisher vermuteten Ausgängen und den faktischen Entscheidungen hat möglicherweise auch damit zu tun, dass WAAe in sehr unterschiedlichen Konstellationen gestellt werden. Neben Fällen, bei denen die Tatbestandserfüllung in Abrede gestellt wird, gibt es

einen erheblichen Anteil von WAAen, bei denen dies nicht der Fall ist und es ausschließlich um Schuld oder um Prozessvoraussetzungen bzw. Rechtsfolgen geht. Da sich diese Konstellationen grundsätzlich unterscheiden, sollte zukünftig stärker zwischen diesen Fallgruppen unterschieden werden, was auch eine bessere Vergleichbarkeit mit internationalen Studien erlauben würde.

Betrachtet man zur besseren Vergleichbarkeit mit bereits vorliegenden deutschen Studien die unterschiedlichen Konstellationen gemeinsam, so zeigt sich, dass falschen Entscheidungen zum erheblichen Teil weiterhin »alt«, in den Untersuchungen von Peters (1970, 1972) gefundene Fehler (insbesondere unerkannte Schuldfähigkeit und falsche (Zeugen-)Aussagen) zugrunde liegen, dass aber auch Fehler hinzugekommen sind, die bei Peters kaum eine Rolle gespielt haben (z. B. fehlerhafte Gesamtstrafenbildung). Im Hinblick auf die wiederaufnahmerechtliche Praxis zeigten sich die größten Probleme bei der Beurteilung, ob eine Tatsache oder ein Beweismittel »neu« ist, sowie bei der erweiterten Darlegungslast.

LITERATUR

- Arnemann, C. (2019). *Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen – Bestandsaufnahme und Reformvorschläge auf der Grundlage einer empirischen Untersuchung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Böhme, T. (2018). *Das strafgerichtliche Fehlurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht? Eine Untersuchung den Ursachen von Fehlurteilen im Strafprozess und den Möglichkeiten ihrer Vermeidung*. Baden-Baden: Nomos.
- Breiman, L. (1996). *Out-of-bag estimation*. Berkeley, CA: Department of Statistics, University of California. Zugriff am 15.02.2019.
- Debeer, D. & Strobl, C. (2020). **Conditional permutation importance revisited**. *BMC Bioinformatics*, 21(1), 307.
- Dunkel, B. (2018). *Fehlentscheidungen in der Justiz – Systematische Analyse von Wiederaufnahmeverfahren in Strafverfahren im Hinblick auf Häufigkeit und Risikofaktoren*. Baden-Baden: Nomos.
- Dunkel, B., & Kemme, S. (2016). Fehlurteile in Deutschland: Eine Bilanz der empirischen Forschung seit fünf Jahrzehnten. *Neue Kriminalpolitik*, 28(2), 138–154.
- Eisenberg, U. (2007). *Aspekte des Verhältnisses von materieller Wahrheit und Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß §§ 359 StPO*, Juristische Rundschau, 2007(9), 360–368.
- Eisenberg, U. (2021). Überdehnung strafjustizieller Kompetenz in tatgerichtlicher Beweiswürdigung und im Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 359 Nr. 5 StPO. *Neue Kriminalpolitik*, 33(2), 139–149.
- Engländer, A., Zimmermann, T. (2019). Kommentar zu § 373a StPO, in: Knauer, C. et al. (Hrsg.) Münchener Kommentar zur StPO.
- Eschelbach, R. (2014). Kommentar zu § 366 StPO, in: Heintschel-Heinegg, B., Bockemühl, J. (Hrsg.), KMR – Kommentar zur Strafprozessordnung.
- Eschelbach, R. (2023). Kommentar zu § 261 StPO, in: Graf (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zur StPO*, 46. Edition, Stand: 1.1.2023.
- Eschelbach, R., Geipel, A., Hettinger, M., Meller & Wille, F. (2018). Plädoyer gegen die Abschaffung der Wiederaufnahme des Strafverfahrens. *Goltammer's Archiv für Strafrecht*, 165(5), 238–249.
- Findley, K. A. (2012). Tunnel vision. In B. L. Cutler (Hrsg.), *Conviction of the innocent: Lessons from psychological research* (S. 303–323). Washington, DC: American Psychological Association. <https://www.apa.org>
- Findley, K. A., & Scott, M. S. (2006). The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases. *Wisconsin Law Review*, 2006(2), 291–397.
- Fritsch, M., Haupt, H., Lösel, F. & Stemmler, M. (2019). Regression trees and random forests as alternatives to classical regression modeling: Investigating the risk factors for corporal punishment. *Psychological Test and Assessment Modeling*, 61(4), 389–417.
- Gilliéron, G. (2013). Wrongful Convictions in Switzerland: A Problem of Summary Proceedings. *University of Cincinnati Law Review*, 80(4), 5.

- Gross, S. R., & Shaffer, M. (2012). Exonerations in the United States, 1989–2012. *University of Michigan Public Law Working Paper No. 277, 7th Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper*.
- Hellebrand, J. (2004). *Geständniswiderruf und Wiederaufnahmeverfahren*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 2004(8), 413–420.
- Hothorn, T., Hornik, K. & Zeileis, A. (2006a). **Unbiased Recursive Partitioning: A Conditional Inference Framework**. *Journal of Computational and Graphical Statistics*, 15(3), 651–674.
- Hothorn, T., Bühlmann, P., Dudoit, S., Molinaro, A. & van der Laan, M. J. (2006b). **Survival ensembles**. *Biostatistics*, 7(3), 355–373.
- Kaspar, J., & Arnemann, C. (2016). Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zur Korrektur fehlerhafter Urteile – rechtliche Grundlagen, empirische Erkenntnisse und Reformbedarf. *Recht und Psychiatrie*, 34(1), 58–64.
- Kemme, S., Zähringer, U. & Dunkel, B. (2021). Psychisch erkrankt und fehlerhaft verurteilt – Ergebnisse einer Aktenanalyse in Hamburg. *Rechtspsychologie*, (2), 176–200.
- Köbel, R., Puschke, J. & Singelstein, T. (2019). **Zum Stand, zur Notwendigkeit und zu den Aussichten der Prozessfehler- und Fehlurteilsforschung**. *Goltammer's Archiv für Strafrecht*, 166(2), 129–148.
- Leuschner, F., Rettenberger, M., & Dessecker, A. (2019). *Imprisoned But Innocent: Wrongful Convictions and Imprisonments in Germany, 1990–2016*. *Crime & Delinquency*, 66(5), 687–711.
- Leve, M., Otzipka, J., & Volbert, R. (2022). **Der Weg zur Wiederaufnahme – Eine Expertenbefragung zum Vorfeld von Wiederaufnahmeverfahren**. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 105(2), 113–144.
- Loh, W.-Y. (2014). **Fifty Years of Classification and Regression Trees**. *International Statistical Review*, 82(3), 329–348.
- Schmitt, B. (2022). Kommentar zu § 368 StPO, in: Meyer-Goßner, L., Schmitt, B. (Hrsg.), *Strafprozessordnung*, 65. Auflage 2022.
- National Registry of Exonerations (2023), abgerufen von: <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContributorsByCrime.aspx?31-01-2023>
- Neuhaus, R. (2015). Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren aus der Sicht der Verteidigung. *Strafverteidiger*, (3), 185–194.
- Neumann, M. & Klatt, T. (2022). Identifying Predictors of Inpatient Verbal Aggression in a Forensic Psychiatric Setting Using a Tree-based Modeling Approach. *Journal of interpersonal violence*, 37(17–18), NP16351–NP16376. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/08862605211021972>
- Otzipka, J., Volbert, R., & Leve, M. (in Vorb.). Die unerkannte Schuldfähigkeit im Strafprozess – Eine qualitative Aktenanalyse von Wiederaufnahmeverfahren.
- Peters, K. (1970). *Fehlerquellen im Strafprozess: Eine Untersuchung der Wiederaufnahme in der Bundesrepublik Deutschland – Band 1: Einführung und Dokumentation*. Karlsruhe: C.F. Müller.
- Peters, K. (1972). *Fehlerquellen im Strafprozess: Eine Untersuchung der Wiederaufnahme in der Bundesrepublik Deutschland – Band 2: Systematische Untersuchungen und Folgerungen*. Karlsruhe: C.F. Müller.
- Peters, K. (1974). *Fehlerquellen im Strafprozess: Eine Untersuchung der Wiederaufnahme in der Bundesrepublik Deutschland – Band 3: Wiederaufnahmerecht*. Karlsruhe: C.F. Müller.
- Schöneborn, C. (1980) *Strafprozessuale Wiederaufnahmeproblematik. Eine funktional angelegte Aktenanalyse gescheiterter Wiederaufnahmeverfahren*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Singelstein, T. (2023). Kommentar zu § 359 StPO, in: Graf (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zur StPO*, 46. Edition, Stand: 1.1.2023. Statistisches Bundesamt (2013). Strafverfolgungsstatistik, Fachserie 10,3. Wiesbaden. https://www.statistischebibliothek.de/mir/receive/DESerie_mods_00000107.
- Stridbeck, U., & Magnussen, S. (2011). Opening Potentially Wrongful Convictions-Look to Norway. *Criminal Law Quarterly*, 58(2), 267–282.
- Strobl, C., Malley, J. & Tutz, G. (2009). **An introduction to recursive partitioning: rationale, application, and characteristics of classification and regression trees, bagging, and random forests**. *Psychological Methods*, 14(4), 323–348.
- Tiemann, F., (2023). Kommentar zu § 359 StPO, in: Barthe, C., Gericke, J. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 9. Auflage 2023.
- van Buuren, S. & Groothuis-Oudshoorn, K. (2011). *mice: Multivariate Imputation by Chained Equations in R*. *Journal of Statistical Software*, 45(3).
- VERBI Software. (2019). *MAXQDA 2020* [computer software]. Berlin, Germany: VERBI Software. Available from maxqda.com.
- West, E., & Meterko, V. (2015). *Innocence Project: DNA exonerations, 1989–2014: Review of data and findings from the first 25 years*. *Albany Law Review*, 79(3), 717–795.

³⁶ Dies gilt auch für die Vorhersage des Erfolgs des WAAs, eine Änderung der Ausgangsentscheidung zu erwirken.

Alles im Blick im modernen Strafvollzug.

Der Klassiker zum Strafvollzug

Dieser Kommentar führt das seit Jahrzehnten etablierte **Standardwerk** unter Bewahrung seiner spezifischen Qualitäten fort:

- umfassende Berücksichtigung der sozialwissenschaftlichen und kriminalwissenschaftlichen Aspekte des Strafvollzugs
- Verbindung von Praxisnähe mit wissenschaftlicher Fundiertheit
- besonders gute Lesbarkeit und Klarheit der Darstellung
- orientiert an den Bedürfnissen der Arbeitspraxis der mit strafvollzugsrechtlichen Fragen befassten Juristinnen und Juristen sowie der Bediensteten im Strafvollzug.

Einer für alle

Die praxisgerechte Gliederung nach Themenbereichen macht den Kommentar **für alle Bundesländer und ihre Landesstrafvollzugsgesetze** gleichermaßen nutzbar, ohne dass es zu inhaltlichen Wiederholungen kommt. Ähnlichkeiten und Unterschiede in den landesgesetzlichen Regelungen werden ebenso auf einen Blick deutlich, wie auch, inwieweit die Rechtsprechung in einem anderen Bundesland einschlägig ist.

Zur Neuauflage

Die Neuauflage wurde gründlich überarbeitet und auf den neusten Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung gebracht. Enthalten sind **alle aktuellen Länderreformen** u.a. das Gesetz zur Änderung des Bayerischen Strafvollzugsgesetzes vom 21.10.2022.

”

Auch aufgrund der Berücksichtigung sozial- und kriminalwissenschaftlicher Aspekte des Strafvollzugs ist der Kommentar eine wichtige Arbeitshilfe für Strafrichter, Staatsanwälte und Bewährungshelfer.

Dr. Michael Soiné, in: Archiv für Kriminologie 05/06 2015, zur Voraufgabe



Laubenthal/Nestler/Neubacher/
Verrel/Baier

Strafvollzugsgesetze

13. Auflage, 2024, XXII, 2507 Seiten.

In Leinen € 179,-

ISBN 978-3-406-74543-0

Neu im November 2023

☰ beck-shop.de/29658827

Christian Volk im Gespräch mit
Jannis Grimm

ÜBER DEN DEMOKRATISCHEN GESTUS VON AKTIONEN DES ZIVILEN UNGEHORSAMS IM REGIME DER UNRUHE

Ziviler Ungehorsam ist aktuell wieder en vogue – ebenso wie seine Erforschung. In der breiteren Öffentlichkeit wie in sozialwissenschaftlichen Fachkreisen wird, insbesondere vor dem Hintergrund der Straßenblockaden und direkten Aktionen von Gruppen wie Letzte Generation oder Just Stop Oil mittlerweile sehr kontrovers die Frage diskutiert, ob es sich dabei um zivilen Ungehorsam handelt; wann Protest überhaupt legitim ist; wo die Grenzen des gerechtfertigten politischen Ausdrucks in der Demokratie verlaufen; und wie es dabei um das Verhältnis zu Gewalt steht. Den unterschiedlichen Antworten, die politische Vordenker*innen im Laufe der Zeit auf diese Fragen formuliert haben und ihrer Relevanz für die Gegenwart widmet sich Prof. Dr. Christian Volk am Lehrstuhl für Theorie der Politik am Institut für Sozialwissenschaften der Humboldt-Universität. Dr. Jannis Grimm vom Zentrum für interdisziplinäre Friedens- und Konfliktforschung der Freien Universität hat sich mit ihm zu diesem Grenz-begriff unserer politischen Sprache ausgetauscht.

JANNIS GRIMM: Das gestiegene öffentliche Interesse an der Thematik des zivilen Ungehorsams wird interessanterweise gerahmt von einer neuen Welle der Theoretisierung von zivilem Ungehorsam, des Nachdenkens über seine Begriffsgeschichte sowie einer philosophischen und empirischen Debatte um die Evolution und Abgrenzung des Konzepts von anderen Formen des zivilen Widerstands. Auch deine gegenwärtige Arbeit nimmt sich dieser Frage an. Dein geplantes Buch bei Suhrkamp heißt schlicht: Ziviler Ungehorsam: Eine Einführung (Volk 2024, i.E.). Vielleicht kannst du uns etwas über die Genese und Titelwahl dieses Buches erzählen: Wieso bedarf es einer Einführung? Oder anders gefragt: Ist es dafür angesichts der aktuellen Kontroversen nicht etwas spät? Was bezweckst du mit dem Buch?

CHRISTIAN VOLK: Im Grunde war mein leitendes Interesse am Thema zunächst einmal theoretischer Natur gewesen, also gar nicht primär von der empirischen Tatsache her bestimmt, dass wir seit ein paar Jahren eine Zunahme von politischem Protest und seiner Mediatisierung erfahren. Mich bewegte und bewegt immer noch die Frage, welche Funktion und Bedeutung politischer Protest in modernen westlichen Demokratien erfährt und wie eine Verfassungsordnung auf eben jenen Protest reagiert, welchen Platz sie ihm einräumt, wo sie Grenzen zieht, mit welchen Begründungen und Überzeugungen – kurzum: was ist, sozusagen aus Verfassungsperspektive, die legitime Ausdrucksweise für Protest heute; wo endet sie; und wie hat sich diese Verständnisweise über die Zeit verändert. Was mir auffiel war, dass sich diese Veränderung, auf der Ebene der Verfassungsrechtsprechung, vorrangig an Aktionen des zivilen Ungehorsams vollzog, insbesondere in Form der verschiedenen Beschlüsse zu Sitzblockaden. Wir haben mit dem Brokdorf-Beschluss 1985 sozusagen das grundlegende Urteil darüber, wie Versammlungen in der BRD interpretiert werden sollen. Im Grunde galt vorher jede Spontandemo, jede Form von nicht-hierarchisch organisiertem Versammeln als »gefährliche Zusammenrottung«. Mit Brokdorf ändert sich das und seitdem lässt sich beobachten, wie durch Beschlüsse zu Sitzblockaden eine bestimmte Protestweise schrittweise entkriminalisiert und der Versammlungsbegriff dabei liberalisiert worden ist. Diese Entwicklung weckte mein Interesse an der Frage, inwiefern die theoretischen Stichwortgeber*innen und ihre Beiträge zum Verständnis von »zivilem Ungehorsam« – entstanden in einem völlig anderen zeitlichen und politischen Kontext – eigentlich damit kompatibel sind, in welche Richtung sich moderne Demokratien entwickelt haben.

Ein Beispiel, an dem dieses Spannungsverhältnis deutlich wird, ist Hannah Arendt (siehe Arendt 1986). Ihre Schrift über zivilen Ungehorsam entsteht Anfang der 1970er in einer Zeit, in der u. a. drei zentrale Sachverhalte, die sie mit ihrer Schrift problematisiert bzw. die sie einfordert, in der Tat nicht vorlagen, die sich jedoch heute anders darstellen: Zum einen war die

aus:
Forschungs-
journal Soziale
Bewegungen,
2023, 298 ff.

verfassungsrechtliche und demokratietheoretische Bedeutung der Versammlungsfreiheit in den USA noch nicht richtig ausbuchstabiert, sondern Protest wurde vor allem unter dem Aspekt der Meinungsfreiheit debattiert, Aspekte des körperlichen Erscheinens bleiben eher unbeachtet. Zweitens konnte man die Versammlungsfreiheit, insbesondere in den Südstaaten, auch auf legalem Wege relativ weitreichend einschränken. Dadurch kam es bei Protesten relativ rasch zum Tatbestand des Rechtsbruchs; an sich war bereits eine Spontandemonstration ein Akt des zivilen Ungehorsams. Ja, man könnte für diese Zeit die Gleichung aufstellen: Protest = Ziviler Ungehorsam. Drittens schrieb Arendt in einer Zeit, in der eine politische Zivilgesellschaft nicht in jenem Umfang, Intensität und Bedeutung etabliert war, wie wir das heute kennen. Was ich damit sagen will, ist, dass sich für mich aus der Beschäftigung mit der Art und Weise, wie sich in Deutschland (und den USA) die Rechtsprechung zu politischen Versammlungen verändert hat, die Fragen ergeben haben: Inwiefern sind manche Beiträge aus der Geschichte des zivilen Ungehorsams eigentlich noch aktuell bzw. was an ihnen ist noch aktuell? Und wo gibt es Änderungsbedarf?

Ein zweiter wichtiger Grund, warum ich mich ein Stück weit motiviert gefühlt habe, eine Einführung zum Thema »ziviler Ungehorsam« anzugehen, hängt damit zusammen, dass sich in meiner Wahrnehmung die liberale Verständnisvariante zivilen Ungehorsams mit Attributen wie öffentlich, gewaltlos, gewissensbestimmt, Strafe akzeptieren usw. durchgesetzt hat und hegemonial geworden ist – in der öffentlichen Meinung, der medialen Rezeption von Protestereignissen, in der Politischen Theorie sowie der Rechtsprechung. Habermas hat das einmal so formuliert: Durchgesetzt hat sich »... die Überzeugung, daß Protesthandlungen, auch wenn sie kalkulierte Regelverletzungen darstellen, nur symbolischen Charakter haben können und allein in der Absicht ausgeführt werden dürfen, an die Einsichtsfähigkeit und den Gerechtigkeitssinn der jeweiligen Mehrheit zu appellieren« (Habermas 2015, 33). Ziviler Ungehorsam als Appell. Kings, Arendts oder Marcuses Verständnisweise von zivilem Ungehorsam spielen in der Gegenwartsdeutung von politischem Protest kaum eine Rolle. Stattdessen dominiert die Vorstellung, dass eine Minderheit durch zivilen Ungehorsam an den Gerechtigkeitssinn einer Mehrheit appelliert und dadurch versucht, die Legitimation von bestimmten Gesetzen oder Politiken in Frage zu stellen. Es wird dabei so dargestellt, als ob diese liberale Position – vertreten u. a. von John Rawls, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin – eine konsequente Weiterentwicklung aller bisherigen Positionen darstellt, angefangen bei Henry David Thoreau, über Gandhi, hin zu King und so weiter. Das ist einfach falsch. Ein Beitrag, den mein Buch leisten soll, ist es, deutlich zu machen, dass es zwar hier und da Überschneidungen gibt, eine Thoreausche, eine Kingsche, eine Arendtsche usw. Perspektive auf zivilen Ungehorsam mit einem liberalen Paradigma aber im Grunde nicht vereinbar ist.

JANNIS GRIMM: Du definierst zivilen Ungehorsam als jene Form des Protests, bei dem (1) aus politisch motivierten Gründen ein Rechtsbruch bzw. eine Regelverletzung begangen wird, der bzw. die (2) die physische Unversehrtheit anderer Menschen nicht willentlich verletzt. Der Protest dramatisiert auf diese Weise (3) Themen und/oder Bedürfnisse, denen sich die Gesellschaft aus systemisch-strukturellen Gründen verweigert bzw. welche sie nicht in der gebotenen Dringlichkeit bearbeitet. Diese Regelverletzung kann (4) (materielle) Kosten verursachen und über rein symbolische Akte hinausgehen, um besagte Themen und Bedürfnisse, in der öffentlichen Debatte zu halten und politischen Entscheidungsdruck zu erzeugen. Die Themen und Bedürfnisse sowie die Art und Weise, wie sich der Protest artikuliert, müssen (5) dem universellen Gehalt demokratischer Prinzipien verpflichtet sein und als ein Beitrag zur Demokratisierung der bestehenden Ordnung interpretierbar sein.

Diese Definition trägt den Begriff des Politischen bereits in sich, den Vertreter*innen des linken wie des rechten Spektrums für sich reklamieren. Gleichwohl wird ziviler Ungehorsam zumeist mit progressiven, anticolonialen oder emanzipativen Bewegungen wie der US-Bürgerrechtsbewegung, der indischen Unabhängigkeitsbewegung oder in Deutschland mit der Ökologie- oder Frauenbewegung in Verbindung gebracht. Inwieweit trägt der Begriff für regressive Akteur*innen, die ja auch häufig behaupten, als Korrektiv der Demokratie zu wirken?

CHRISTIAN VOLK: Im Nachdenken über diese Bewegungen steht für mich ihr Effekt gar nicht so sehr im Vordergrund, sondern zentraler sind die Sprachbilder, die gebaut werden, die Vorstellungen dessen, wer sich bei »wir sind das Volk« hinter dem Begriff des Volkes verbirgt. Ich würde auch nie sagen, dass es emanzipatorische im Sinne von: »die Demokratie demokratisierende Bewegungen« gibt. Vielmehr gibt es Züge an politischen Bewegungen, die demokratisierenden Gehalt tragen. Ein zentraler Punkt ist für mich die Vorstellung, dass die Versprechen der Demokratie – angefangen bei elementaren Dingen wie gleiche Freiheit, bis hin zu Aspekten wie in Solidaritätsbeziehungen zu leben, oder wie es Adorno formuliert hat, »ohne Angst verschieden sein« zu können – einen universellen Gehalt haben, also ermöglichenden Charakter für alle haben. Insbesondere rechte Bewegungen sind oft gar nicht per se gegen diese Versprechen der Demokratie gerichtet, aber sie wollen sie auf den Personenkreis limitieren, dem sie selbst angehören. Sie streben damit nach etwas, was aus meiner demokratietheoretischen Perspektive, die Versprechen der Demokratie wiederum unterminiert. Nämlich der Herrschaft der Altengesessenen: In *unserem* Namen soll Politik gemacht werden und dieses *unser* erfolgt in klarer Abgrenzung zu anderen sexuellen, ethnischen oder sonstigen Gruppen. Diesen Dreh, den würde ich als nicht emanzipatorisch bezeichnen. Für eine Protestbewegung, die sich in die Tradition des zivilen Ungehorsams mit einreihen möchte, ist es mit Blick auf die Ahnenreihe ein Stück weit unmöglich eine solche Position zu vertreten. Wir sind ja nicht mehr in den 50er und 60er Jahren, als der Begriff inhaltlich noch nicht in dem

Maße bestimmt war: Wir müssen der Tatsache ins Auge schauen, dass die politische Protestgeschichte, die mit dem Begriff des zivilen Ungehorsams einhergeht, die westlichen Demokratien über Jahrzehnte demokratisiert hat. Obschon da auch vorsichtig geboten ist: Denn auf der einen Seite gehört es ein Stück weit zur Ideologieproduktion moderner Demokratien, dass Martin Luther King oder Rosa Parks heute als demokratische Ikonen vereinnahmt werden für eine demokratische Fortschrittserzählung. Das irritiert, wenn man sich vor Augen führt, dass ein nicht unwesentlicher Teil der damaligen amerikanischen Gesellschaft voller Hass und Mordgelüst auf deren Aktivismus blickte – einer Gesellschaft, die trotz rassistischer Segregation als demokratisch galt und gilt. Das irritiert aber natürlich auch, wenn man sich den strukturellen Rassismus westlicher Gesellschaften vergegenwärtigt. Auf der anderen Seite hat aber natürlich ihr Protest, ihr ziviler Ungehorsam sehr wohl etwas verändert. Und diese Veränderung, diese Demokratisierungsgeschichte, die ist vom Begriff des zivilen Ungehorsams nicht mehr zu lösen. Wir können nicht einfach hergehen und rein analytisch einen Begriff bauen, der diese Geschichte und ihre Wirkung in der Gegenwart nicht reflektiert. Aus diesem Grund fällt für mich auch noch eine weitere Unterscheidung weg, nämlich die zwischen legitimem und illegitimem zivilem Ungehorsam. Ziviler Ungehorsam hat eine Selbstlegitimierung. Die richtige Frage ist aus meiner Sicht, ob die konkrete Aktion, der konkrete Protest so gestrickt ist, dass er diese Selbstlegitimierung, die mit dem Begriff einhergeht, auch erfüllt.

JANNIS GRIMM: Ein weiteres Merkmal, das oft als zentral für zivilen Ungehorsam angesehen wird, ist die Bereitschaft von Protestierenden, die rechtlichen Konsequenzen des eigenen Rechtsbruchs zu akzeptieren. Viele liberale Theoretiker*innen haben argumentiert, die Entscheidung, sich nicht der Verhaftung, dem Prozess oder der Bestrafung zu entziehen, signalisiere die fortgesetzte Loyalität gegenüber der verfassungsmäßigen Ordnung und unterstreiche das individuelle Engagement sowie die Ernsthaftigkeit der Absichten. Wie zentral ist dieser Punkt für deine Argumentation?

CHRISTIAN VOLK: Wenn man sich die unterschiedlichen Denker*innen zum zivilen Ungehorsam angeguckt, wird deutlich, wie ambivalent sie diesen Punkt der Akzeptanz von Strafe diskutieren. Die liberale Position ist: man darf sich der Strafverfolgung nicht widersetzen, weil man auf diese Weise den Respekt gegenüber der Rechtsordnung zum Ausdruck bringt. Explizit findet man diesen Gedanken bei Rawls, der sich da ansatzweise auf King stützen kann. Allerdings muss man da zur Qualifizierung schon mal hinzufügen, dass wir bei der Bürgerrechtsbewegung natürlich auch die Dimensionen der strategischen Prozessführung mitdenken müssen. Die Konstellation war damals so, dass der Supreme Court rassistische Segregation als verfassungswidrig erklärt hatte, in den Südstaaten aber Gesetze fortbestanden, die dieses Diktum verletzen. Es war vor diesem Hintergrund auch Teil der Strategie, durch Prozessführung darauf hinzuwirken, dass diese Verletzung eben auch gerichtlich, zumindest in der zweiten Instanz, vermerkt wird.

JANNIS GRIMM: Das impliziert ja eher eine Ablehnung der bestehenden Ordnung, als eine Akzeptanz von Strafe.

CHRISTIAN VOLK: Genau. Die Ordnung, die grundlegend abgelehnt wurde, war die Rechtsordnung der Südstaaten. Wohlwissend, dass der Supreme Court die rassistische Segregation selber schon als verfassungswidrig ausgeflaggt hatte. Das ist ein interessanter Punkt der Differenz zwischen King und den Liberalen. Bei Rawls heißt es beispielsweise, man müsse in einem demokratischen Verfassungsstaat auch ungerechte Gesetze befolgen. Es bestehe hierfür eine *natural duty*, die sich aus dem Ordnungserhalt speist. Man könnte aber, und da denke ich gerade noch drüber nach, auch ein anderes demokratietheoretisches Argument dafür machen, dass es unter gewissen Umständen geboten ist, Strafe zu akzeptieren. Nicht mit Blick auf die Akzeptanz der Rechtsordnung, sondern mit Blick darauf, die Souveränität über die demokratische Deutung der eigenen Aktionen abzugeben. In etwa so: Ich habe eine Überzeugung, bin bereit, dafür Regelverletzungen zu begehen, und auch der Überzeugung, dass diese Regelverletzungen vor dem Hintergrund der Situation, in der wir uns befinden, adäquat sind und im besten Sinne demokratische Akte darstellen – aber entscheidet ihr! Man tritt dabei aus der Haltung der moralischen Überlegenheit heraus und stellt seine Ansichten zur Diskussion. Man akzeptiert die Strafe, in dem Sinne als dass sie eine Unterbrechung in den eigenen Aktivismus einbaut, welche der demokratischen Öffentlichkeit Raum für Diskussion gibt; man erkennt die Deutungs- und Interpretationsoffenheit der Situation an und zeigt bereits durch den Gestus selbst an, dass man sich auf dieses Wagnis einlässt. Diesen demokratischen Gestus des Auftretens sehe ich ein Stück weit bei der Letzten Generation. Sie würde das vermutlich nicht so interpretieren, aber der Gedanke ist da, zu sagen: Liebe Öffentlichkeit, seid ihr wirklich der Meinung, dass diejenigen, die sich gegen schlafwandlerische Klimapolitik wenden, ins Gefängnis müssen? Ist das eine adäquate Antwort unserer Rechtsordnung? Ist das die adäquate Antwort unserer demokratischen Lebensform?

Ein weiterer Aspekt, wenn man den Punkt »Akzeptanz von Strafe« diskutiert, der berücksichtigt werden muss, ist natürlich die Verhältnismäßigkeit. Das lässt sich weniger mit der Letzten Generation aber dafür beispielsweise am Umgang mit Edward Snowden oder Chelsea Manning erläutern: Wenn die Strafe so unfassbar drakonisch ist im Vergleich zur Regelverletzung – wenn etwa Whistleblower*innen mit der Todesstrafe oder lebenslangen Haftstrafen gedroht wird – dann stellt sich schon die Frage nach dem Sinn von Konzeptionen, die besagen: wenn man sich jetzt nicht den Strafbehörden stellt, dann ist das aus Prinzip kein ziviler Ungehorsam mehr. Das macht aus meiner Sicht keinen Sinn.

JANNIS GRIMM: Wie hältst du es mit dem Argument, das Erin Pineda gemacht hat (siehe Pineda 2021), dass das »sich Stellen« gar kein Akt der Unterwerfung oder Akzeptanz einer bestehenden Rechtsordnung ist, sondern eigentlich ein Akt der moralischen Selbstermächtigung, der Wahrung eigener Integrität.

CHRISTIAN VOLK: Ja, das ist ein weiteres klassisches Motiv und spielt vor allem bei Thoreau eine Rolle. Ihm wird nachgesagt, dass er im Gefängnis von Ralph Waldo Emerson besucht wurde. Als selbiger ihn fragte, was er hier mache, habe Thoreau die Frage umgedreht und bei Emerson kritisch nachgefragt, wie es denn sein könne, dass er unter den bestehenden politischen Umständen nicht im Gefängnis einsäße. Wahrscheinlich hat das Gespräch nie stattgefunden – so viele Menschen kann Thoreau in dieser einen Nacht, die er im Gefängnis war, nicht getroffen haben, aber der Gestus wird erkennbar. Auch bei Gandhi spielt er eine zentrale Rolle. Nach Gandhi müsse ein *satyagrahi*, also ein*e Aktivist*in, die zivilen Widerstand im Sinne Gandhis praktiziert, die Gefängnisstrafe so erstreben wie der Soldat den Tod und ohne Angst die Gefängnisse bevölkern. Gandhi formuliert aber strenge Auflagen für Aktivist*innen, wie sie sich dort zu verhalten haben. In seinen Überlegungen zum zivilen Widerstand – Gandhi präferiert explizit diesen Terminus des Widerstands gegenüber dem des Ungehorsams – vertrat er die Idee, der politische Gegner solle durch den Akt des Protests nicht gedemütigt, bloßgestellt oder ähnliches werden, sondern re-zivilisiert – ich weiß, ein fragwürdiger Terminus. Gemeint ist damit, das politische Gegenüber, also die Briten, durch eigene Opferbereitschaft emotional zu berühren und damit dessen Rationalisierungsstrategien, die die Unterdrückung der indischen Bevölkerung rechtfertigen, zu durchbrechen. Da spielt der Gang ins Gefängnis eine wichtige Rolle.

JANNIS GRIMM: Aber bricht ein solcher Aufruf, im Akt des Widerstands auch eigenes Leiden auszuhalten oder sogar zu erstreben, nicht mit dem Gebot, die körperliche Unversehrtheit anderer zu respektieren, wenn er doch eben selbiges einpreist? Wie steht es eigentlich um Formen des Widerstands, die deine Definition zivilen Ungehorsams insofern erfüllen als die körperliche Unversehrtheit anderer nicht tangiert wird, wo aber das eigene Wohlergehen in Frage steht? Ich denke da beispielsweise an Hungerstreiks oder Formen der Selbstverletzung. Können diese als Akte des zivilen Ungehorsams gelten?

CHRISTIAN VOLK: Da gibt es ein Spannungsverhältnis und man müsste in dem Fall dann genau hingucken, wer macht was und warum. Gibt es einen Unterschied zwischen dem Hungerstreik von Klimaaktivist*innen im Vergleich zum Hungerstreik von geflüchteten Menschen in Lagern? Den gibt es natürlich. Zum Beispiel im Hinblick auf die Handlungsoptionen, im Hinblick auf die Sichtbarkeit, im Hinblick auf die Perzeption dieser Körper in der Öffentlichkeit, im Hinblick auf ihre soziale Positionalität und so weiter. Man muss bei der Analyse, Deutung und Bewertung genau hinschauen, wer was warum tut und was damit kommuniziert wird. Aber: unter Umständen sind wir mit solchen Aktionen gar nicht im Bereich des zivilen Ungehorsams, denn es gibt ja quasi kein Gesetz, das besagt, dass ich nicht hungern darf. Durch diese Selbstverletzungen breche ich also erstmal auch kein Gesetz. Viele dieser individuellen Verweigerungsakte laufen eher auf eine soziale Normverletzung hinaus. Die entscheidende Frage, die es zu diskutieren gilt mit Blick auf körperliche Selbstverletzungen und Hungerstreiks

und so weiter, ist, ob die Handlung zu deuten ist als eine, die einen Debattenraum aufreißen will, die sagen will: Hört uns, seht uns, wir spielen keine Rolle, wir werden nicht in unseren elementarsten menschlichen Bedürfnissen wahrgenommen. Bin ich denn für Euch kein Mensch? Diese Art des Protests, der den Körper ins Zentrum rückt, bspw. mittels Selbstverletzungen, finden wir insbesondere bei geflüchteten Menschen, die gegen eine rassifizierte Ordnung um ihren Status als Person kämpfen. Hier stehen Körper und Ordnung in einem unmittelbaren Zusammenhang. Oder geht es darum, mit dem Hungerstreik etwas durchsetzen zu wollen im Sinne von: Tut das, oder ... wohlwissend, dass man aufgrund seiner gesellschaftlichen Verortung über eine Fülle an alternativen Protestpraktiken verfügen könnte. In diesem Fall liegt keine unmittelbare Verbindung vor; der Hungerstreik ist hier »nur« ein starkes Mittel mit hohem Nötigungscharakter; dieses Mittel bleibt aber dem Protestanliegen äußerlich.

JANNIS GRIMM: Im Zentrum dieses Hefts steht die Frage nach der Bedeutung von Gewalt und Gewaltfreiheit im Kontext von Mobilisierung. Du umschiffst den Gewaltbegriff in deiner Definition bewusst durch den Bezug auf die körperliche Unversehrtheit, aus dem sich andere Herausforderungen, wie die eben diskutierten, ergeben. Aber können wir überhaupt sinnvoll über zivilen Ungehorsam sprechen, ohne gleichzeitig den Gewaltbegriff explizit abzugrenzen, wenn beide nun mal begriffshistorisch so intrinsisch miteinander verbunden sind? Das zeigt ja nicht zuletzt auch die aktuelle Diskussion um den Klimaaktivismus, wo die Gewaltfrage immer wieder *the elephant in the room* ist.

CHRISTIAN VOLK: In der Tat, ich spreche von der Achtung der physischen Integrität anderer Menschen bzw. davon diese nicht willentlich zu verletzen – und nicht pauschal von Gewaltlosigkeit. Letzteres ist mir zu konnotationsbeladen; der Diskurs heillos überfrachtet. Achtung vor der physischen Unversehrtheit anderer Menschen ist vielleicht nicht ideal, aber für den Kontext, um den es mir geht, präziser. Die physische Unversehrtheit anderer Menschen nicht willentlich zu verletzen, scheint mir überdies die Quintessenz und der kleinste gemeinsame Nenner der unterschiedlichen Konzeptionen des zivilen Ungehorsams zu sein. Eigentlich beinhalten alle konkurrierenden Konzeptionen von zivilem Ungehorsam eine Absage gegenüber der willentlichen Inkaufnahme von Verletzungen der physischen Unversehrtheit anderer. Das ist sozusagen das, was ich als gemeinsamen Kern aus ihnen herausziehe und dafür gibt es natürlich eine Reihe unterschiedlicher Arten von Argumenten, von ethischen, die Lebensform betreffenden, bei Gandhi, über moralische in liberalen Traditionen oder bei King, über das demokratietheoretische Argument Arendts, dass Gewalt zumindest in einem gefährlichen Spannungsverhältnis zum Modus demokratischer Konfliktaustragung steht. Sogar jemand wie Marcuse, der nur dann von zivilem Ungehorsam spricht, wenn Protestgruppen befreiende Gewalt praktizieren, definiert diese Gewalt letztlich als den Versuch, die formende Rechtskraft zurückzuweisen. Es geht also nicht darum, gegen Polizist*innen gewaltsam vorzugehen, sondern um Verweigerungshaltungen – bei Marcuse natürlich versehen mit dem

strategischen Zusatz, Gewalt nütze nur dem Staat, solange man keine revolutionäre Massen-, sondern eine Minderheitsbewegung sei, die auf Akte des zivilen Ungehorsams als Mittel des Protests angewiesen ist. Also man hat verschiedene Arten von Argumenten.

Um das vielleicht an dieser Stelle hinzuzufügen, da Candice Delmas jüngst den Begriff des »uncivil disobedience« (Delmas 2018) für disruptive Formen des Widerstands wie z. B. Sabotage in Demokratien erneut ins Spiel gebracht hat. Ich bin der Ansicht, dass Akte von »uncivil disobedience« und auch *riots* angesichts rassistischer Polizeigewalt durchaus rechtfertigbar sind. Rassismus ist ja nie nur punktuell, sondern in eine Geschichte der rassistischen Unterdrückung und Exklusion eingebettet. Natürlich ist die Rechtfertigungshürde wesentlich höher und man muss ganz genau hinschauen, wer da was aus welchen Gründen wie tut. Havercroft (2021), Hooker (2016) oder Pasternak (2018) haben da sehr gute Arbeiten vorgelegt. Ich würde solche Akte nur nicht mehr unter dem Begriff des zivilen Ungehorsams fassen.

JANNIS GRIMM: Da kommt man dann in die Debatte um die Rechtfertigung politischer Handlungen qua Konsequenz gegenüber der Rechtfertigung qua Charakter der Handlung, handelnder Akteur*innen oder anhand der Strukturen, in der diese handeln.

CHRISTIAN VOLK: Selbst die physische Verletzung von anderen kann durchaus unter bestimmten Umständen rechtfertigbar sein. Ich bin aber überzeugt, dass eine Position, die behauptet, Gewalt gegen Menschen könne als ziviler Ungehorsam rechtfertigbar sein, weder mit den Überzeugungen zentraler theoretischer Stichwortgeber*innen versöhnbar ist noch damit, wie der Begriff historisch in das demokratische Bewusstsein eingegangen ist. Aber, vielleicht antizipiere ich jetzt deine Gedankengänge zu Widerstandsformen und der Nutzung des Begriffs im Kontext anderer politische Systeme, beispielsweise totalitärer oder autokratischer. Da würde mich jetzt tatsächlich deine Reaktion interessieren. Denn für mich ist der Begriff des zivilen Ungehorsams eigentlich auf Demokratien beschränkt und hängt mit dem zusammen, was ich Responsivitätsstruktur nenne. Die liberale Position liegt mit ihrem Fokus auf Symbolik daher auch nicht ganz falsch – der Appell spielt eine wichtige Rolle, der Appell an die Öffentlichkeit spielt eine wichtige Rolle. Ich versuche das unter dem Begriff der Responsivitätsstruktur zu fassen: Man braucht eine Struktur, die dazu führt, dass Protest eben nicht einfach niedergeprügelt oder weggesperrt wird. Dass die Bilder der staatlichen Gewaltanwendung gegen Aktivist*innen der Bürgerrechtsbewegung beim ersten Marsch von Selma nach Montgomery die amerikanische Öffentlichkeit 1965 erschütterten, lag daran, dass sie nicht die Responsivitätsstrukturen abbildeten, der sich Demokratien irgendwie verpflichtet fühlen. Und mit diesen rechnet der zivile Ungehorsam im Grunde. Das zeigt sich etwa auch darin, wie Proteste organisiert werden können: Sie müssen nicht klandestin sein, Protest ist in Demokratien in der Regel keine Frage von Leben und Tod; in Berlin haben wir irgendwas zwischen 7000 und 8000 Demonstrationen pro Jahr. In anderen Systemen ist er

zumindest eine Frage der massiven physischen Integrität – du wirst einfach brutal zusammengeschlagen. Das ist auch ein Grund – einer der bislang nicht in dieser expliziten Weise thematisiert wurde – dafür, dass Gandhi den Begriff des zivilen Ungehorsams für seine Bewegung ablehnte: Ziviler Ungehorsam passt für das, was wir hier machen, nicht. Eigentlich ist es *civil resistance* – es ist Widerstand, weil in einem Kolonialsystem kaum bis keine Responsivitätsstruktur existiert.

JANNIS GRIMM: Wenn ich das richtig verstehe, geht das in die Richtung dessen, was auch Robin Celikates argumentiert. Nämlich, dass ziviler Ungehorsam eben nur dann jene symbolische Wirkung entfalten kann, aus dem sich seine Wirkmächtigkeit speist, wenn sich die Protestierenden selbst der Symbolik ihrer Handlungen auch bewusst sind und dem Kontext, in welchem diese Handlung überhaupt wirken können. Was ich aber hierauf und auf deine Argumentation entgegenwürde, ist, dass es in der empirischen Realität doch keine so essentielle Grenzen zwischen Regimen gibt, wie sie in der Theorie bisweilen angenommen werden. Stattdessen sind doch eine Fluidität und die Diffusion von sowohl autoritären und repressiven Praktiken »von oben« als auch von emanzipativen und demokratischen Praktiken »von unten« zu beobachten, die sich über den ganzen Globus spannt. Natürlich gibt es Unterschiede bezüglich dessen, wie Protestierenden beispielsweise im Gezi-Park in Istanbul, in Hama in Syrien, oder bei den Occupy-Protesten in Deutschland von Sicherheitskräften begegnet wird, und darin wie Konfrontationen stattfinden. Aber sind das tatsächlich kategorische oder nurmehr qualitative Unterschiede? Gleichzeitig sehen wir die Konvergenz zwischen dem, was wir als demokratisch und autoritär annehmen auch zunehmend auf der Institutionen- oder Ordnungsebene. Wir sind glaube ich oft zu schnell dabei, Fälle, die nicht ins Bild passen, als defekte Demokratien abzutun. Dabei sehen wir über all diese Kontexte hinweg politische Mobilisierungsformen oder direkte Aktionen, die sich sehr ähneln und die manchmal in Form und nicht zuletzt auch ihrem demokratischen Gestus eindeutig erkennbar sind als Ausdrücke zivilen Ungehorsams, sei das im Iran, wo Frauen in Protest den Hijab ablegen, oder bei den weltweiten Protestcamps auf besetzten Plätzen von Syntagma bis Tahrir.

CHRISTIAN VOLK: Der Sache nach leuchtet mir das unmittelbar ein. Ich habe ja mit Blick auf die USA der 50er und 60er Jahre ein ähnliches Argument gemacht. Die Responsivitätsstruktur ist auch nur ein Aspekt des Ganzen. Ein anderer Aspekt ist, dass die von dir beschriebenen Aktionen ihrem Sinn nach einen grundlegenden Regimeumstürzenden Gehalt haben; sie sind sozusagen pre-revolutionäre (Micro-) Akte und unterscheiden sich dadurch von der politisierenden Demokratisierung der Demokratie, um die es beim zivilen Ungehorsam geht. Deswegen würde ich – politiktheoretisch gesprochen – den Begriff des Widerstands dafür hernehmen, während ziviler Ungehorsam stattdessen für eine weitergehende Demokratisierung der Ordnung steht, einen Versuch der Ausweitung der zuvor angesprochenen »Versprechen der Demokratie«. King hat das mal im Hinblick auf die Bürgerrechtsbewegung so formuliert: sie sei »a revolution to »get

in «rather than to overthrow» (King 1970). In autokratischen Regimen hast du möglicherweise repräsentative Institutionen, Parlamente, Parteien etc., aber kein demokratisches Regime, das demokratischen Prinzipien verpflichtet ist. Und das können wir an einer Reihe von Faktoren festmachen, die beim Stellenwert subjektiver Rechte beginnen und bis zur Frage gehen, ob sich durch Wahlen ein Machtwechsel erzeugen lässt. Der Preis meiner Begriffsstrategie ist natürlich der, dass man bestimmte aktivistische Gruppierungen nicht in eine Tradition einreihet, die stark mit demokratischer Bedeutung aufgeladen ist. Aber das theoretische Nachdenken darf durchaus im Spannungsverhältnis zu den eigenen politischen Intuitionen und Wünschen stehen.

JANNIS GRIMM: Aber geht der Preis nicht darüber hinaus? Du hast mit Verweis auf Arendt zuvor erwähnt, dass der Rechtsbruch in den Südstaaten der USA zu Zeiten der Bürgerrechtsbewegung an sich schon als ziviler Ungehorsam gelesen werden kann. Ist dieser Kontext von seiner regime-typischen Struktur her nicht vergleichbar mit einigen modernen Autokratien – insbesondere was den Erfahrungshorizont widerständiger Akteur*innen angeht? Herrscht da nicht viel mehr historische Kontinuität zwischen der Art und Weise wie ziviler Ungehorsam etwa in den paradigmatischen Kampagnen von King und Gandhi ausgeübt wurde und den Protesten um Gezi-Park, oder auf dem Tahrir Platz in Kairo?

CHRISTIAN VOLK: Ich verstehe, was du meinst. Mit Blick auf die Südstaaten und auf die Bürgerrechtsbewegung macht King aber zwei zentrale Unterscheidungen: Einmal unterscheidet er zwischen *enforceable demands* (durchsetzbare Forderungen) und *non-enforceable demands* (nicht durchsetzbaren Forderungen) (King 1991, 123) von Protest und argumentiert folglich, man könne zwar gegen rassistische Segregationsgesetze vorgehen und ihre Abschaffung zu erzwingen versuchen. Was aber nicht unmittelbar über den eigenen Protest durchsetzbar sei, ist das Ende des Rassismus. Dieses erfordere eine langwierige gesamtgesellschaftliche Transformation, für die man sich einsetzen müsse, aber man könne das nicht »*enforcen*«. Die zweite faszinierende Unterscheidung, die er macht, ist die zwischen Status-Quo-Erhaltungskräften und der Öffentlichkeit. Was die Status-Quo-Erhaltungskräfte angeht, so muss der Protest Kosten verursachen, um den Preis für ein Weiter-so zu erhöhen; was die Öffentlichkeit angeht, so muss der Protest erläutern, explizieren, appellieren und zu überzeugen versuchen. Und das ist meines Erachtens genau der Punkt, der die Unterscheidung zu den Beispielen, die du anführst, markiert: Man hat natürlich in den Südstaaten Status-Quo-Erhaltungskräfte, aber gleichzeitig gibt es den restlichen amerikanischen Blick auf die Südstaaten und eine breitere Öffentlichkeit, die den Protest debattiert. Letzteres, so würde ich argumentieren, bildet die essenzielle Responsivitätsstruktur für Kings Aktivismus. Ich habe nicht den Eindruck, dass eine solche in Autokratien gleichermaßen vorhanden ist, dass sich Öffentlichkeit – häufig gesteuert, gelenkt, zensiert – als eine adressierbare beschreiben und von Status-Quo-Erhaltungskräften abgrenzen lässt. Ziviler

Ungehorsam braucht aber diese Unterscheidung; sie macht den Sinn diverser Protestpraktiken erst verstehbar.

JANNIS GRIMM: Wenn wir uns von der Regimefrage ein Stück lösen: Was sind die »richtigen« und »falschen« Gründe für Ungehorsam und können die eindeutig fixiert oder abgegrenzt werden? Demokratische Vorstellungen ändern sich ja über die Zeit. Aber auch bei Themen, die zu einem Zeitpunkt augenscheinlich den Anspruch universeller Gültigkeit erfüllen und den demokratischen Raum für Debatten öffnen, existieren in Demokratien ja heterogene Ansichten. Ich denke zum Beispiel an konkurrierende Standpunkte zu Tierrechten oder zu Reproduktionsrechten und den damit verbundenen Protesten. Oder auch an die Proteste gegen Einschränkungen im Rahmen der COVID19-Pandemie, die ja in Teilen auch den normativen Anspruch proklamierten, die Rechte der Gesellschaft als Ganzes zu schützen. Kann man das abgrenzen? Welche Themen sind so drängend – und für wen, dass sie den zivilen Ungehorsam rechtfertigen? Was ist die Rolle von Wissenschaft bei der Definition dieser Themen und ihrer Dringlichkeit?

CHRISTIAN VOLK: Meine Überlegungen zu emanzipatorischen, demokratisierenden Protesten sind zuvorderst formaler Art. Berührungspunkte zu Protestinhalten bestehen insbesondere dort, wo es um die Qualifizierung des Anliegens des Protests geht – konkret das Anliegen, den Kreis jener zu erweitern, die in den Genuss der Versprechen der Demokratie kommen. Das hat auch eine inhaltliche Dimension – es besteht ja ein signifikanter Unterschied zwischen der Forderung nach einer Willkommenskultur und Rufen wie »Grenzen dicht!«. An dieser Stelle ließe sich in der Tat ein *richtig* VS *falsch* Argument machen. Aber prinzipiell gehe ich in meinen Arbeiten nicht so vor, dass ich, aufbauend bspw. auf Gerechtigkeitsgrundsätzen, argumentieren könnte, dass der moralische Anspruch der ersten Forderung gegenüber der zweiten höherwertig einzuschätzen wäre. Ich betrachte zivilen Ungehorsam eben eher durch die Brille seines *ideational impact*, also mit Blick auf die Frage, welche demokratischen Imaginationen werden eigentlich geweckt, welche Beziehungsweisen werden etabliert, zu sich selbst und auch zu anderen. Ich gebe zu, da ist bei mir eine offene Flanke im Hinblick auf die Bestimmung des moralischen Gehalts von Protestforderungen. Das hat Gründe, die uns zu weit vom Thema wegführen würden. Meine Überzeugung wäre aber, dass diskriminatorische Projekte grundsätzlich auch an der Form erkennbar sind. Man erkennt beispielsweise rechte Projekte nicht nur daran, was sie sagen, sondern auch an der Art und Weise, wie sie es sagen, wie sie sich selbst organisieren und welche Bilder sie kreieren. Da ist dann mein Ansatzpunkt; da beginnt meine theoretische Arbeit. Ich habe an anderer Stelle versucht, Kriterien herauszuarbeiten, die es mir erlauben, zwischen emanzipatorischem und nicht-emanzipatorischem Protest zu differenzieren (siehe Volk 2022). Im Hinblick auf Tierrechte und Reproduktionsrechte wäre mein Argument dagegen folgendes: Es gibt eine ganz zentrale Unterscheidung zwischen »normalem« Protest für diese Anliegen und dem politisch motivierten

Gesetzesbruch. Wenn letzteres als Protestmittel gewählt wird, dann muss man sich nach meinen Überlegungen zum zivilen Ungehorsam die Frage stellen, ob man es mit Bedürfnissen und Themen zu tun hat, bei denen aus strukturell-systemischen Ursachen verhindert wird, dass sie Entscheidungen mitprägen können? Sprechen systemisch-strukturelle Ursachen dagegen, dass man die Massentierhaltung oder Tierversuche abschafft bzw. merklich reduziert? Wenn das der Fall ist, dann sind Akte des zivilen Ungehorsams ein zulässiger demokratischer Weg. Denn eine Sache muss man sich klar machen – solange disruptiver Protest demokratischen Prinzipien verpflichtet ist und einem demokratischen Gestus folgt – also in meinem Sinne ziviler Ungehorsam ist –, ist die von ihm verursachte Unruhe zu begrüßen.

Es wurde zuletzt viel diskutiert, ob der Protest der Letzten Generation Themen und Bedürfnisse anspricht, deren adäquate Bearbeitung aus systemisch-strukturellen Ursachen blockiert ist, insbesondere angesichts der Regierungsbeteiligung der Grünen. Ein Argument, was dafürspricht, ist, dass wir in einer kapitalistischen Wirtschaftsform leben, die in ihrem Ressourcenverbrauch offensichtlich nur in begrenztem Maße auf die Klimaziele achten kann. Wir haben durch den Krieg Inflation und Wohlstandsverluste, die wiederum die Bereitschaft reduzieren, dass politische Entscheidungsträger*innen, den Bürger*innen Einschnitte in ihre Lebensweisen und materielle Kosten konsequenterer Klimapolitik zumuten. Hieraus ließe sich folgern, wir befinden uns in einer Situation, in der möglicherweise strukturelle Gründe dagegen sprechen, dass wir die Klimaziele, die wir uns selbst gesetzt haben, auch einhalten.

JANNIS GRIMM: Dein Argument leuchtet mir ein. Aber nochmal zurück zur Form und spezifischer zu den materiellen Kosten von Protest. Eine Sache, die bezogen auf die Letzte Generation auch stark debattiert wurde, ist die Frage, inwiefern die Aktionen der Klimabewegung mehr schaden als nützen. Inwiefern können hohe materielle Kosten und Disruption auch von den Anliegen ablenken, die den zivilen Ungehorsam begründen?

CHRISTIAN VOLK: Ja, man hört häufig die Behauptung, die Aktionen der Letzten Generation könnten der Klimabewegung schaden. Mich überzeugt das nicht. Insbesondere überzeugt es mich nicht, wenn es von konservativen Kreisen vorgebracht wird, die uns gleichzeitig davon überzeugen wollen, dass sie sich ebenfalls die Bekämpfung des Klimawandels auf die Fahnen geschrieben haben. Ist die Allianz so breit, dass sogar die CDU/CSU im Boot ist, und die Bedeutung des Themas so unumstritten, wie behauptet wird, dann kann es nicht durch die disruptiven Proteste einer kleinen Gruppe Schaden nehmen. Man muss sich schon entscheiden, welches der beiden Argumente man machen will. Klar ist doch, dass sich, mal abgesehen von der AfD, alle Parteien dazu bekennen bzw. dafür rühmen, Maßnahmen gegen den Klimawandel zu ergreifen. So wie niemand mehr gegen soziale Gerechtigkeit ist, ist auch niemand mehr gegen Klimaschutz. Das zentrale Problem ist doch, was das im Detail heißt

– und ob das ausreichend ist. Und da sprechen ja die jüngsten Berichte von Expert*innenkommissionen und sogar der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom März 2021 eine klare Sprache: es reicht nicht.

Das bringt uns dann zu einer zweiten Frage, die in dem, was du ansprichst, mittleibt, nämlich die, wann Protest eigentlich erfolgreich ist? Wäre nun die Durchsetzung konkreter Ziele in Form von politischen Ergebnissen der Gradmesser, dann hätten wir streng genommen wahrscheinlich kaum jemals erfolgreichen Protest gehabt. Daher wäre meine Antwort, bezogen auf das angesprochene Beispiel der Letzten Generation: Erfolgreich ist, wer es schafft, a) das Thema, für das er sich einsetzt, so lange wie möglich auf der politischen Agenda, also in der Öffentlichkeit zu halten, und dadurch b) politischen Entscheidungsdruck zu erzeugen. Das bedeutet, dass bestimmte Maßnahmen vom Großteil der Gesellschaft abgelehnt werden oder ziemlich unpopulär sein können, sie aber trotzdem oder genau deshalb so erfolgreich im skizzierten Sinne sind.

JANNIS GRIMM: Gibt es eine Belastungsgrenze für Demokratie? Wieviel Störung und Disruption und auch materielle Kosten muss eine Demokratie aus Prinzip oder wieviel kann sie auch praktisch aushalten? Selbst, wenn Aktionen als versuchter demokratischer Beitrag gelesen werden können, kann nicht das Risiko bestehen, dass sie – vielleicht als nicht intendierter Nebeneffekt – das Vertrauen in demokratische Spielregeln erodieren und dadurch den Raum öffnen für reaktive Kräfte?

CHRISTIAN VOLK: Ja, das ist natürlich eine gute und wichtige Frage. Für die liberale Position stellt sich das Problem nicht, weil demnach ziviler Ungehorsam ohnehin nur Appell ist, nur symbolisch. Das Problem stellt sich erst dann, wenn man das Argument der materiellen Kosten als zentraler Bestandteil von zivilem Ungehorsam ins Spiel bringt. Dieses Argument ist übrigens eines, das ich von King übernehme. King betonte, dass sich durch gute Gründe vielleicht einzelne Individuen überzeugen ließen, aber eine Gesellschaft werde durch machtvolle Gruppeninteressen konstituiert und die bekomme man nur dann bewegt, wenn man den Preis für die Aufrechterhaltung des Status Quo erhöhe. Deswegen müsse man genau überlegen, gegen wen sich Protest richtet. Nehme ich die Öffentlichkeit in Beschlag, willkürlich, ohne eine klare Bestimmung, oder setze ich gezielt Status-Quo-Erhaltungskräfte unter Druck? Das ist ein relevanter Aspekt bei der Beantwortung der Frage, wieviel Disruption erlaubt und Demokratie-kompatibel ist. Je nachdem wie man die Sache interpretiert, weicht die Letzte Generation ganz bewusst davon ab – indem ihre Sitzblockaden alle treffen können – oder weitet das Konzept der Status-Quo-Erhaltungskräfte auf alle Autofahrenden aus. Klar jedenfalls ist, dass ihre früheren Aktionen gegen Supermarktketten oder Lebensmittelkonzerne, die gegen ein Lebensmittelverschwendungsgesetz mobilisierten, medial kaum wahrgenommen worden sind. Die Fokussierung der Disruption auf Status-quo-Erhaltungskräfte zeigte in diesem Fall also kaum eine Wirkung.

Top-Literatur für die Strafverteidigung

Grundsätzlich muss man im Kontext deiner Frage noch ein weiteres Argument beachten, das für meine demokratietheoretische Sichtweise zentral ist: Die liberale repräsentativ-parlamentarische Demokratie, mit Kapitalismus etc., in der wir leben, ist eben nur eine spezifische historische Materialisierung der Idee der Demokratie; sie ist nicht die einzig mögliche. Und was Protestakteur*innen eben tun, ist uns diese Tatsache vor Augen zu führen. Indem sie in Frage stellen, wer, wann, wo, wie auf demokratische Weise politisch sprechen kann und darf. Wir müssen uns das klarmachen! Und wir müssen uns klarmachen, dass die gegenwärtige Materialisierung der Idee der Demokratie *auch* Herrschaft erzeugt, Ausschlüsse vielfältiger Natur hervorbringt, rassistische und sexuelle Unterdrückung, Ungerechtigkeiten, ökonomische Prekarisierung etc. Und diese Ausschlüsse verdienen doch Kritik! Solange diese Kritik in Form von Protest, demokratischen Prinzipien verpflichtet ist und einem demokratischen Gestus folgt, kann daran nicht so unglaublich viel falsch sein. Demokratie ist ihrer Idee nach das Regime der Unruhe und nicht das von »law and order«, von Ruhe und Ordnung. Das liegt daran, dass Demokratien auf abstrakten Prinzipien wie Gleichheit, Freiheit, Gerechtigkeit, Solidarität, Nichtdiskriminierung usw. beruhen, und damit einen demokratischen Imaginationsraum öffnen, Versprechen von universellem Gehalt abgeben, die aber immer in einem Spannungsverhältnis stehen zur konkret materialisierten Ordnung; die immer über diese Ordnung bereits hinausweisen. Die ständige Möglichkeit, diese Versprechen einzufordern und die ihnen zugrundeliegenden Prinzipien neu zu interpretieren, ist Kernelement einer demokratischen Lebensform. Ja, und dadurch entsteht eben Unruhe und Störung. Ziviler Ungehorsam darf also nerven, den Alltag stören etc. Die »Es muss mal Schluss sein«-Rhetorik ist in meinen Augen der eigentlich undemokratische Akt, ein undemokratischer Gestus.

Prof. Dr. Christian Volk ist Professor für Theorie der Politik am Institut für Sozialwissenschaften der Humboldt-Universität zu Berlin. Kontakt: christian.volk@hu-berlin.de

Dr. Jannis Grimm leitet die Nachwuchsgruppe Radical Spaces am Zentrum für interdisziplinäre Friedens- und Konfliktforschung der Freien Universität Berlin. Kontakt: jannis.grimm@fu-berlin.de

Literatur

Arendt, Hannah 1986: Ziviler Ungehorsam. In: Knott, Marie Luise (Hg.): Zur Zeit. Hannah Arendt.

Politische Essays (1943–75). Rotbuch, 119–161.

Delmas, Candice 2018: A Duty to Resist. Oxford University Press.

Habermas, Jürgen 2015: Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik. In: Glotz, Peter (Hg.): Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat. 3. Aufl. Suhrkamp.

Havercroft, Jonathan 2021: Why Is There No Just Riot Theory? In: British Journal of Political Science 51(3), 909–923.

Hooker, Juliet 2016: Black Lives Matter and the Par-

adoxes of U.S. Black Politics: From Democratic Sacrifice to Democratic Repair. In: Political Theory 44(4), 448–469.

King, Martin Luther 1970: Nonviolence: The Only Road to Freedom. In: Teaching American History. <https://teachingamericanhistory.org/document/nonviolence-the-only-road-to-freedom/>.

King, Martin Luther 1991: The ethical demands for integration. In: A testament of hope: the essential writings and speeches of Martin Luther King, Jr. HarperCollins.

Pasternak, Avia 2018: Political Rioting: A Moral Assessment. In: Philosophy & Public Affairs 46(4), 384–418.

Pineda, Erin R. 2021: Seeing Like an Activist: Civil Disobedience and the Civil Rights Movement. Oxford University Press.

Volk, Christian 2022: Reform, Transformation, Emancipation: Conceptualizing Political Protest in Modern Democracies. In: Democratic Theory 9(2), 56–77.

Volk, Christian 2024: Ziviler Ungehorsam: Eine Einführung. Suhrkamp.



Kindhäuser | Neumann | Paeffgen | Saliger [Hrsg.]

StGB

Strafgesetzbuch

6. Auflage 2023, 8.855 S., 4 Bände, geb., 699,- € ISBN 978-3-8487-7123-3

Der NK-StGB ist das Markenzeichen im Strafrecht. Er bietet den neuesten Stand der wissenschaftlichen Diskussion sowie die eine umfassende Dokumentation der aktuellen Rechtsprechung. Für die Praxis werden neue und unverzichtbare Argumentationsmuster geliefert, die Darstellung lässt Raum für die entscheidende Vertiefung in der Argumentation. Die Neuauflage umfasst alle aktuellen jüngsten Gesetzesänderungen.

Rotsch | Saliger | Tsambikakis [Hrsg.]

StPO

Strafprozessordnung mit GVG/EGGVG

2024, ca. 4.700 S., geb., ca. 349,- € ISBN 978-3-8487-1299-1 Erscheint ca. Mai 2024

Die StPO steht seit Jahren im Fokus des Gesetzgebers: Drei Reformwellen und zahlreiche Einzelgesetze haben die vertrauten Verfahrensabläufe grundlegend umgestaltet. Der neue NK-StPO arbeitet die Grundlinien des Strafprozesses wissenschaftlich präzise heraus, verdeutlicht Strukturen und Zwecksetzungen der Regelungen und behandelt alle Details, die Praktiker:innen für eine überzeugende Argumentation im Prozess brauchen.

Meier | Rössner | Trüg | Wulf | Bannenberg | Bartsch [Hrsg.]

Jugendgerichtsgesetz Handkommentar

3. Auflage 2024, ca. 1.000 S., geb., ca. 119,- € ISBN 978-3-8487-7419-7 Erscheint ca. Januar 2024

Der HK-JGG bringt es für die Anwendungspraxis auf den Punkt: Er führt die verschiedenen Verfahrensabläufe vom Ermittlungs- über das Hauptverfahren bis hin zum Jugendstrafvollzug in eine stringente Argumentationslinie und berücksichtigt dabei auch angrenzende Rechtsgebiete (StPO, GVG, SGB VIII, Jugendstrafvollzugsrecht).

Park [Hrsg.]

Kapitalmarktstrafrecht Straftaten | Ordnungswidrigkeiten | Finanzaufsicht | Compliance Handkommentar

6. Auflage 2024, ca. 1.500 S., geb., ca. 189,- € ISBN 978-3-8487-8811-8 Erscheint ca. April 2024

Aufsehenerregende Strafverfahren, wie etwa die Cum-Ex-Fälle oder der Wirecard-Komplex haben zu nachhaltigen Änderungen im Kapitalmarktstrafrecht geführt. Die Neuauflage des Handkommentars von Park kommentiert das Kapitalmarktstrafrecht auf aktuellem Stand und stellt u.a. die neuen Strafvorschriften, geänderten Berichtspflichten und ausgeweiteten Bußgeldvorschriften im Bilanzrecht, die durch das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarktintegrität (FISG) eingeführt wurden, vor.

Bestellen Sie im Buchhandel oder versandkostenfrei online unter nomos-shop.de
Bestell-Hotline +49 7221 2104-260 | E-Mail bestellung@nomos.de | Fax +49 7221 2104-265
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



SITZBLOCKADEN DER KLIMAAKTIVISTEN

(303 Cs) 237 Js 2450/22 (202/22), 303 Cs 202/22

Beschluss vom 5. Oktober 2022

Leitsatz

1. Kleben sog. »Klimaschützer« bei einer Demonstration ihre Hände auf der Fahrbahn fest, liegt kein Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 StGB) vor. (Rn.2)
2. Die Bedeutung des Klimaschutzes und des Demonstrationsrechts in Art. 8 GG überwiegen die geringfügige Beeinträchtigung von Verkehrsteilnehmern bei solchen Aktionen. (Rn.14)
3. Solches Verhalten ist daher nicht verwerflich gemäß § 240 Abs. 2 StGB. (Rn.22)

Orientierungssatz

1. Wer sich zur Erschwerung der polizeilichen Räumungsmaßnahmen mit der rechten Hand mit Sekundenkleber auf der Fahrbahn festklebt, so dass vor einer Räumungsmaßnahme zunächst ca. 10 Minuten lang der Klebstoff gelöst werden muss, übt keine Gewalt im Sinne von § 113 Abs 1 StGB aus. (Rn.2)
2. Wer friedfertig und kooperationswillig gemeinsam mit anderen Personen der Gruppierung »Aufstand der letzten Generation« eine Straßenkreuzung im Rahmen einer politischen Demonstration blockiert und dadurch andere Verkehrsteilnehmer behindert, begeht keine verwerfliche Nötigungshandlung, wenn dringende Transporte, namentlich Rettungs- und Krankentransporte das Demonstrationsgebiet passieren können und angesichts vorangehender Ankündigungen weiterer Aktionen zumindest einige der betroffenen Fahrzeugführer im Vorfeld auch auf öffentliche Verkehrsmittel hätten umsteigen können. (Rn.14)
3. Die legitime Ausübung der Versammlungsfreiheit überwiegt bei weitem die nur verhältnismäßig geringfügig eingeschränkten Grundrechtsbelange der durch die Demonstration behinderten Fahrzeugführer. (Rn.22)

Verfahrensgang

nachgehend LG Berlin, 21. 11.2022, 534 Qs 80/22, Beschluss

Tenor

In dem Rechtsstreit ... wird der Erlass eines Strafbefehls gem. § 408 Abs. 2 StPO mangels hinreichenden Tatverdachts auf Kosten der Landeskasse, die auch die notwendigen Auslagen der Angeschuldigten trägt, abgelehnt.

Gründe

I.

1. Die Staatsanwaltschaft wirft der Angeschuldigten vor, am 23.6.2022 gemeinsam mit 66 anderen gesondert verfolgten Personen die Kreuzung Frankfurter Tor/Frankfurter Allee im Rahmen einer politischen Demonstration »Öl sparen statt Bohren« (ausweislich der durch die Zeugen fotografierten Plakate) der Gruppierung »Aufstand der letzten Generation« blockiert zu haben und dadurch über einen Zeitraum von ca. 3,5 Stunden erhebliche Verkehrsbeeinträchtigungen erzeugt zu haben sowie Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte begangen zu haben: insoweit wirft die Staatsanwaltschaft der Angeschuldigten vor, sich zur Erschwerung der polizeilichen Räumungsmaßnahmen mit der rechten Hand mit Sekundenkleber auf der Fahrbahn festgeklebt zu haben, so dass zunächst ca. 10 Minuten lang der Klebstoff gelöst werden musste, bis es möglich gewesen sei, die Angeschuldigte von der Straße wegzuführen.

2. Soweit der Vorwurf des Widerstandleistens gem. § 113 Abs. 1 StGB erhoben wird, liegt bereits der objektive Tatbestand nicht vor, so dass insoweit Abwägungen im Rahmen einer grundrechtlichen Zulässigkeit des Festklebens auf dem Asphalt zur Ermöglichung effektiver Ausübung des Grundrechts aus Art. 8 GG (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 30.4.2007) sowie zu Fragen der Rechtfertigung des Handelns außer Acht bleiben können. Denn jedenfalls hat die Angeschuldigte durch das Festkleben der rechten Hand am Asphalt keine Gewalt i.S.v. § 113 Abs. 1 StGB ausgeübt.

§ 113 Abs. 1 StGB erfordert ein Widerstandleisten durch Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt. Dabei kann zwar auch das Erschweren polizeilicher Maßnahmen bereits Widerstandleisten im Sinne der Norm sein. Auch vermag die psychisch vermittelte Gewalt, soweit auch ein physisch wirkendes Hindernis errichtet wird, im Einzelfall den Gewaltbegriff in § 113 StGB zu erfüllen. Wie aus sämtlichen obergerichtlichen Entscheidungen zur Gewaltfrage im Rahmen von § 240 StGB und von § 113 StGB hervorgeht, wonach die Grenze bloß passiver Gewalt und zivilen Ungehorsams jedenfalls überschritten sein müsse zur Bejahung einer Gewalthandlung, bedarf es insoweit der Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Die Gewalthandlung muss eine dienstliche Vollstreckungshandlung nicht unerheblich zu erschweren imstande sein. Dies ist hier bei einem lediglich 10 Minuten dauernden Einsatz von unschwer aufzutragenden Lösungsmitteln bereits nicht der Fall.

Rein passiver Widerstand und ziviler Ungehorsam, wie auch Gewalt gegen sich selbst sind zudem grundsätzlich nicht geeignet, Gewalt i.S.v. § 113 Abs. 1 StGB, nämlich gerichtet gegen die Vollstreckungsbeamten darzustellen. Ausweislich der dienstlichen Äußerung des »ablösenden« Beamten, Bl. 63 d.A., hat bis zum Tage der Äußerung (23.8.2022) noch keine aus dem Kreise der Demonstranten stammende Person das Lösen bzw. das Aufbringen des Lösungsmittels erschwerende aktive Handlungen unternommen. Der Äußerung ist auch zu entnehmen, dass körperliche Tätigkeiten der Beamten lediglich in dem »Heben« der betreffenden festgeklebten Hände bestehen, um das Lösungsmittel auch unter die Hand zu bringen – ein Vorgang, welcher aus Sicht der Beamten keine Erheblichkeitsschwelle körperlicher Betätigung erreicht. Irgendeine Form psychisch vermittelter Gewalt oder solcher, die zumindest mittelbar eine körperliche Zwangswirkung auf die Beamten ausübt, wie etwa beim Überwinden sich versteifender oder sich der Festnahme durch starres Einrammen der Beine in den Boden widersetzen- der Täter liegen nicht vor. Das bloße Bestreichen der Finger und der übrigen Hand mit einem mit Lösungsmittel getränkten Pinsel oder Lappen seitens der Polizeibeamten vermittelt durch die Angeschuldigte unter den Gewaltbegriff des § 113 Abs. 1 StGB zu subsumieren, überschreite das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG.

3. Soweit der Angeschuldigten vorgeworfen wird, sie habe gegenüber den durch die Sitzblockade behinderten Fahrzeugführerenden eine verwerfliche Nötigungshandlung i.S.v. § 240 Abs. 2 StGB begangen, ist dies den Akten nicht zu entnehmen.

Vorauszuschicken ist, dass jede politische Demonstration lästig ist, aber für den demokratischen Rechtsstaat unerlässlich: Großdemonstrationen legen den Innenstadtverkehr oftmals für halbe Tage lahm, die Anwohner müssen für Stunden verschiedene Belästigungen dulden. Um politischen Demonstrationen strafrechtlich zu begegnen, muss daher festgestellt werden, dass der gesetzliche Rahmen durch Demonstrationsteilnehmer verlassen wurde, namentlich im Falle unfriedlicher Demonstrationen, in denen es zu kollektiven, nicht unerheblichen Gewalthandlungen kommt.

Dass dies hier nicht der Fall war, ist den eindrücklichen Schilderungen mancher Zeugen und von Seiten der Polizei zu entnehmen, die nicht nur keinerlei Gewalttätigkeit beobachteten, sondern im Gegenteil die Friedfertigkeit bzw. Kooperationswilligkeit sämtlicher beteiligter Demonstrationsteilnehmer ausdrücklich hervorheben, vgl. Zeugenbekundung Bl. 72: »Ganz ruhig und überhaupt nicht aggressiv« und die dienstliche Äußerung Bl. 63:

»Außerdem sind die Personen meist sehr offen mit ihrer Verklebung. Aktive Handlungen, die das Lösen erschweren, hat bis heute keine der durch mich gelösten Personen unternommen«.

Im Übrigen ist auch im Rahmen von politischen Demonstrationen welche zur Steigerung der (medialen) Aufmerksamkeit auf das Mittel von Blockaden zurückgreifen, der grundrechtliche Schutz der Versammlungsfreiheit nach Art. 8 GG eröffnet, weshalb eine umfängliche Güterabwägung im Rahmen der Verhält-

nismäßigkeitsprüfung nach § 240 Abs. 2 StGB zu vollziehen ist, vgl. BVerfG, Beschl.v.7.3.2011, Az.: 1 BvR 388/05:

»Eine Versammlung ist eine örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung (vgl. BVerfGE 104, 92, 104; BVerfGK 11, 102, 108). Dazu gehören auch solche Zusammenkünfte, bei denen die Versammlungsfreiheit zum Zwecke plakativer oder aufsehenerregender Meinungskundgabe in Anspruch genommen wird (vgl. BVerfGE 69, 315, 342 f.; 87, 399, 406). Der Schutz ist nicht auf Veranstaltungen beschränkt, auf denen argumentiert und gestritten wird, sondern umfasst vielfältige Formen gemeinsamen Verhaltens bis hin zu nicht verbalen Ausdrucksformen, darunter auch Sitzblockaden (vgl. BVerfGE 73, 206, 248; 87, 399, 406; 104, 92, 103 f.). Bei einer Versammlung geht es darum, dass die Teilnehmer nach außen - schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und des Umgangs miteinander oder die Wahl des Ortes - im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen (vgl. BVerfGE 69, 315, 345). Der Schutz des Art. 8 GG besteht zudem unabhängig davon, ob eine Versammlung anmeldepflichtig und dementsprechend angemeldet ist (vgl. BVerfGE 69, 315, 351; BVerfGK 4, 154, 158; 11, 102, 108). Er endet mit der rechtmäßigen Auflösung der Versammlung (vgl. BVerfGE 73, 206, 250).«

Deshalb sind im Lichte von Art. 8 GG zum Schutz vor übermäßigen Sanktionen seitens des Bundesverfassungsgerichts besondere Anforderungen an die Anwendung und Auslegung der Verwerflichkeitsklausel gem. § 240 Abs. 2 StGB aufgestellt worden.

Bei dieser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierten Zweck-Mittel-Relation sind insbesondere die Art und das Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Wichtige Abwägungselemente sind hierbei die Dauer und die Intensität der Aktion (a), deren vorherige Bekanntgabe (b), Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten (c), die Dringlichkeit des blockierten Transports (d), aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand (e). Das Gewicht solcher demonstrationsspezifischer Umstände ist mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ohne dass dem Strafgericht eine Bewertung zusteht, ob es dieses Anliegen als nützlich und wertvoll einschätzt oder es missbilligt. Stehen die äußere Gestaltung und die durch sie ausgelösten Behinderungen in einem Zusammenhang mit dem Versammlungsthema oder betrifft das Anliegen auch die von der Demonstration nachteilig Betroffenen, kann die Beeinträchtigung ihrer Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände möglicherweise eher sozial erträglich und dann in größerem Maße hinzunehmen sein, als wenn dies nicht der Fall ist (f). Demgemäß ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und wie weit die Wahl des Versammlungsortes und die konkrete Ausgestaltung der Versammlung sowie die von ihr betroffenen Personen einen auf die Feststellung der Verwerflichkeit einwirkenden Bezug zum Versammlungsthema haben (vgl. BVerfGE 104, 92, 112).

Die danach vorzunehmende Abwägung ergibt vorliegend, dass die – nicht angemeldete – Protestdemonstration nicht verwerflich i.S.v. § 240 Abs. 2 StGB ist.

(a) Die von der Blockade betroffenen Zeugen der sog. zweiten Reihe sind – anders als der Strafbefehlentwurf glauben machen will – nicht während des gesamten polizeilichen Einsatzes von der ersten polizeilichen Anforderung bis zur vollständigen polizeilichen Freigabe der Straße beeinträchtigt worden (vgl. Einsatzbericht Bl. 60 d.A.), sondern längstens für ca. zwei Stunden, vgl. Zeugenaussagen Bl. 47, 48R, 49R, 72 d.A. Dass über diese Beschränkung der Bewegungsfreiheit für die Fahrer und Fahrerinnen der betroffenen Fahrzeuge hinaus und die – zugegeben sehr lästigen – Folgen, zu Terminen verspätet oder gar nicht erscheinen zu können, besondere Grundrechtseinschränkungen erfolgten, ist nicht ersichtlich. Namentlich, dass ein Zeuge einer »Schulbeförderung nicht nachkommen« konnte, nämlich eines 18 Jahre alten Schülers, stellt keine den Demonstranten bzw. der Angeschuldigten vorwerfbare Beeinträchtigung des betreffenden Schülers dar, da nicht ersichtlich und auch nicht ausgeführt ist, dass und ggf. weshalb es dem erwachsenen Schüler nicht möglich gewesen sein sollte, auf anderem Wege noch pünktlich zu seiner Schule zu gelangen.

(b) »Blockadeaktionen« wurden durch die politische Gruppierung »Aufstand der letzten Generation« medial angekündigt, zwar nicht konkret dahin, wann oder wo genau entsprechende Demonstrationen stattfinden (das wäre allerdings auch nicht zu erwarten, da dann jede mediale Aufmerksamkeit dank gezielter polizeilicher Vorfeldmaßnahmen abhanden käme), allerdings dahin, dass im Stadtgebiet oder auf Autobahnen bzw. an Autobahnabfahrten ab einem bestimmten Zeitpunkt entsprechende Aktionen geplant sind, so dass für Autofahrer grundsätzlich während der angekündigten Zeiten mit entsprechenden Beeinträchtigungen gerechnet werden konnte und musste und ggf. Möglichkeiten des Park-and-Ride oder der öffentlichen Verkehrsmittel zu nutzen waren.

(c) Verkehrsleitende Maßnahmen (Ableitungen und Vorsperren) wurden seitens der Polizei bereits ab 9:04 Uhr vorgenommen, so dass die anfänglich zwischen 850 m und 1,8 km vorgefundenen Rückstauungen alsbald erheblich reduziert werden konnten. Jedenfalls die Fahrzeugführer der sog. zweiten Reihe waren, als sie hinter den ersten Fahrzeugen vor den Demonstranten bremsen mussten, alsbald eingeklemt zwischen weiteren Fahrzeugen und vermochten nicht mehr fortzufahren über einen Zeitraum von ca. 2 Stunden. Dahingehend weisen die Akten acht ermittelte Geschädigte auf. Die Demonstranten selbst hatten nicht für alternative Zufahrtswege gesorgt. Aus Sicht der betroffenen Fahrzeugführer war also jede Alternative in dem Moment, wo sie in dem Stau vor den Demonstranten standen nach Aktenlage abhanden gekommen.

Es handelt sich bei der Örtlichkeit allerdings um einen allgemein bekannten, stark frequentierten Verkehrsbereich, in dem auch ohne politische Aktionen regelmäßig mit Staus zu rechnen ist.

(d) Eine Behinderung notwendigen Verkehrs, namentlich des Verkehrs von Rettungsfahrzeugen war durch die hier maßgebliche Blockade allerdings nicht

gegeben. Die dienstliche Äußerung Bl. 60 d.A. führt dazu aus, dass »Fahrzeuge der BOS ... unter Inanspruchnahme von Sonder- und Wegerechten auf der entgegen gesetzten Richtungsfahrbahn (sofern ein Wechsel auf diese rechtzeitig stattfand) mit Schrittgeschwindigkeit ... ein- und durchfahren« konnten. Auch sonst war, wie den Fotos Bl. 73R – 74R zu entnehmen ist, das Umfahren des blockierten Straßenbereichs über die Schienentrasse der BVG für Krankentransporte möglich.

(e) Ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Versammlungsort sowie den Betroffenen der Demonstration mit dem Ziel der Demonstration besteht in gleich zweierlei Hinsicht. Ziel der Demonstration war es, die Aufmerksamkeit auf das dringliche Handeln im Rahmen des Klimawandels zu richten und dahingehend konkret dahin, dass jede Form verschwenderischen Umgangs mit fossilen Brennstoffen zu verringern sei, anstatt weiterhin neue Ölquellen zu explorieren und etwa in der Nordsee oder durch Fracking weitere fossile Brennstoffe zu fördern (»Öl sparen statt Bohren«, so die Transparentaufdrucke, zu den Zielen der Demonstrationen und der dahinter stehenden Initiative im Übrigen: <https://letztegeneration.de>). Diese Thematik betrifft alle Menschen, da es um das Weltklima geht, also auch die durch die Blockade betroffenen Fahrzeugführer, für welche - so gesehen - die Demonstranten mit demonstrieren. Sie betrifft indes gerade auch die durch die Blockade betroffenen Fahrzeugführer insoweit, als diese als Nutzer von PKW maßgeblich an dem Verbrauch von Öl beteiligt und damit Teil der Klimaproblematik sind und nicht - wie von den Demonstranten gefordert - zur Beschleunigung des Erreichens der Klimaziele auf öffentliche Verkehrsmittel zurückgreifen. Ein konkreter Zusammenhang der Demonstration mit den von der Demonstration Betroffenen liegt mithin positiv wie negativ vor.

(e) Dass das von den Demonstranten angesprochene Thema des Klimawandels und der ökologisch notwendigen Wende im politischen Handeln - denn die Initiative hat die Fortdauer ihrer Demonstrationen bis zu einer Wende des politischen Handelns der Regierung angekündigt - ein dringendes globales Thema ist, ist wissenschaftlich nicht zu bestreiten und wird regelmäßig in entsprechenden internationalen Klimakonferenzen betont und mit an Deutlichkeit kaum zu übertreffenden Worten vom UN-Generalsekretär bestätigt. Dabei ist im Rahmen der hier gebotenen Abwägung nicht von Belang, inwieweit auch das Amtsgericht die Ziele oder das Vorgehen der Demonstranten, namentlich der Angeschuldigten für nützlich oder wertvoll erachtet, um aber das Gewicht aller demonstrationsspezifischen Umstände mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, ist auf die objektiv (nicht nur subjektiv aus Sicht der Angeschuldigten und der weiteren Demonstrationsteilnehmer) dringliche Lage bei gleichzeitig nur mäßigem politischem Fortschreiten unter Berücksichtigung namentlich der kommenden Generationen, wie dies auch durch das Bundesverfassungsgericht erst kürzlich angemahnt werden musste (vgl. BverfG, Beschl.v. 24.3.2021, Az.: 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20), hinsichtlich des Demonstrationsanliegens das Augenmerk zu legen.

Angesichts der die von den Blockaden betroffenen Fahrzeugführer positiv wie negativ und überhaupt die Menschheit dringlich betreffenden Ziele der Demonstrationsteilnehmer und also auch der Angeschuldigten, angesichts der Tatsache, dass dringende Transporte wie namentlich Krankentransporte das Demonstrationsgebiet passieren konnten, angesichts der Tatsache, dass die Demonstration die Betroffenen kaum länger als eine Vielzahl sonstiger (angemeldeter) Demonstrationen im Stadtgebiet beeinträchtigt hat und (mutmaßlich, da von den Ermittlungen der Staatsanwaltschaft nicht umfasst) angesichts der vorangehenden Ankündigungen weiterer Demonstrationen zumindest einige der betroffenen Fahrzeugführer im Vorfeld auch auf öffentliche Verkehrsmittel hätten umsteigen können, ist das Verhalten der Beschuldigten nicht verwerflich i.S.v. § 240 Abs. 2 StGB. Die legitime Ausübung von Art. 8 GG seitens der Beschuldigten überwiegt vorliegend bei weitem die nur verhältnismäßig geringfügig eingeschränkten Grundrechtsbelange der durch die Demonstration behinderten Fahrzeugführer.

...

AG Freiburg im Breisgau

STRASSEN-BLOCKADE VON KLIMAAKTIVISTEN

Urteil vom 21.11.2022 - 24 Cs 450 Js 18098/22

Tenor

1. Der Angeklagte wird freigesprochen
2. Die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten trägt die Staatskasse.

Gründe

I.

Der ledige Angeklagte wurde am xx.yy.1991 in Freiburg im Breisgau geboren. Er ist deutscher Staatsangehöriger. Der Angeklagte arbeitet als politischer Referent einer Nichtregierungsorganisation im Bereich des Klimaschutzes. Er beteiligt sich an zahlreichen Protestformen hinsichtlich des Klimaschutzes, u.a. nimmt er am sog. »Klima-Camp« teil und auch an angemeldeten Demonstrationen.

Für den Angeklagten liegen keine strafrechtlichen Erkenntnisse vor.

II.

Dem Angeklagten wurde von der Staatsanwaltschaft mit Strafbefehlsantrag vom 21.07.2022 folgender Sachverhalt zur Last gelegt: 1. Am 07.02.2022 gegen 08.20 Uhr blockierte der Angeklagte mit einer Vielzahl weiterer Demonstranten vom Aktionsbündnis »Aufstand Letzte Generation« die Lessingstraße / B31a auf Höhe der Kronenbrücke sowie die Abfahrtstraße zur Kronenstraße in 79100 Freiburg. Er demonstrierte unter dem Motto »Essen retten, Leben retten«. Damit wollte er auf das Problem der Lebensmittelverschwendung hinweisen. Die Versammlung wurde zuvor weder der Polizei bekannt gegeben, noch ist sie bei der zuständigen Versammlungsbehörde angemeldet worden. Aufgrund der Sitzblockade wurden sowohl die Reihe der direkt dahinter stehenden Autofahrer psychisch als auch die sich daran anschließenden Autofahrer physisch zum Anhalten gezwungen. Trotz mehrfacher polizeilicher Ansprache räumte der Angeklagte die Fahrbahn nicht. Auch die Androhung unmittelbaren Zwangs blieb wirkungslos. Er wurde schlussendlich gegen 09.43 Uhr von den eingesetzten Polizeibeamten POK L. und PK K. von der Fahrbahn getragen. Einem Platzverweis leistete der Angeklagte sodann keine Folge. Durch seine gezielte Blockade in der Hauptverkehrszeit kam

der Straßenverkehr vollständig zum Erliegen. Es entstanden innerhalb kürzester Zeit ein mehrere Kilometer langer Rückstau bis hin zur Berliner Allee und eine Zeitverzögerung von mindestens 30-45 Minuten. Darauf zielte seine Aktion ab. So konnten beispielsweise Frau Dr. M., die im Stau stand, ihre zur Behandlung einbestellten Patienten nicht rechtzeitig behandeln, so dass andere Patiententermine abgesagt werden mussten und die Patienten nicht behandelt werden konnten. Es wurden weitere Autofahrer mit deren PKW - beispielsweise die Fahrzeuge mit den amtl. Kennzeichen TÜ-xx yy, EM-xx xx, FR-xx yy, LÖ-xx yy, FR-xx yy, FR-xx yy, FR-xx yy, M-xx yy, F-xx yy, FR-xx yy - an der Weiterfahrt gehindert. Unter Würdigung der gesamten Umstände waren die gewählte Form der Blockade im vorliegenden Fall und die Beteiligung daran im Verhältnis zum Zweck seines Anliegens als verwerflich anzusehen. 2. Am 11.02.2022 gegen 08.20 Uhr blockierte der Angeklagte mit einer Vielzahl weiterer Demonstranten vom Aktionsbündnis »Aufstand Letzte Generation« die Lessingstraße / B31a auf Höhe der Kaiserbrücke in östlicher Richtung in 79100 Freiburg. Er demonstrierte unter dem Motto »Essen retten, Leben retten«. Dabei hielt er einen Pappkarton zum Thema in den Händen. Damit wollte der Angeklagte auf das Problem der Lebensmittelverschwendung hinweisen. Die Versammlung wurde zuvor weder der Polizei bekannt gegeben, noch ist sie bei der zuständigen Versammlungsbehörde angemeldet worden. Aufgrund seiner Sitzblockade wurden sowohl die Reihe der direkt dahinter stehenden Autofahrer psychisch als auch die sich daran anschließenden Autofahrer physisch zum Anhalten gezwungen. Trotz mehrfacher polizeilicher Ansprache räumte er die Fahrbahn zunächst nicht. Nachdem ihm die Anwendung unmittelbaren Zwangs angedroht worden war und er nicht reagierte, musste er schließlich gegen 08.54 Uhr von den eingesetzten Beamten POK P. und POM F. von der Fahrbahn getragen werden. Durch seine gezielte Blockade in der Hauptverkehrszeit kam es trotz durch die Polizei eingeleiteter Umleitungsmaßnahmen zu nicht unerheblichen Verkehrsbeeinträchtigungen. Schlussendlich konnte erst um 08.57 Uhr die Fahrbahn wieder freigegeben werden. Unter Würdigung der gesamten Umstände waren die gewählte Form der Blockade im vorliegenden Fall und seine Beteiligung daran im Verhältnis zum Zweck seines Anliegens als verwerflich anzusehen. 3. Am 15.02.2022 gegen 08.14 Uhr blockierte der Angeklagte mit einer Vielzahl weiterer Demonstranten vom Aktionsbündnis »Aufstand Letzte Generation« die Fahrbahn des Autobahnzubringers AS Freiburg-Nord zur Bundesautobahn A 5, Einmündung zur L187/B294. Er demonstrierte unter dem Motto »Essen retten, Leben retten«. Damit wollte er auf das Problem der Lebensmittelverschwendung hinweisen. Die Versammlung wurde zuvor weder der Polizei bekannt gegeben, noch ist sie bei der zuständigen Versammlungsbehörde angemeldet worden. Aufgrund seiner Sitzblockade wurden sowohl die Reihe der direkt dahinter stehenden Autofahrer psychisch als auch die sich daran anschließenden Autofahrer physisch zum Anhalten gezwungen. Trotz mehrfacher polizeilicher Ansprache räumte der Angeklagte die Fahrbahn zunächst nicht. Nachdem ihm die Anwendung unmittel-

telbaren Zwangs angedroht worden war und er nicht reagierte, musste er schließlich gegen

08.41 Uhr von den eingesetzten Beamten POM B. und PHM H. von der Fahrbahn getragen werden. Die letzten

Demonstranten wurden gegen 09.15 Uhr weggetragen. Durch seine gezielte Blockade in der Hauptverkehrszeit kam es zu erheblichen Verkehrsbeeinträchtigungen. Der Verkehr auf der BAB 5 staute sich in südliche Richtung bis auf ca. 18 Kilometer. Erheblicher Zeitverlust entstand. Der Verkehr normalisierte sich erst gegen 10.08 Uhr wieder. Unter Würdigung der gesamten Umstände waren die gewählte Form der Blockade im vorliegenden Fall und seine Beteiligung daran im Verhältnis zum Zweck seines Anliegens als verwerflich anzusehen.

III.

Das Gericht hatte den Strafbefehlsantrag vom 21.07.2022 nicht erlassen, sondern gem. § 408 Abs. 3 S. 2 StPO Termin bestimmt. Das Gericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme folgende Feststellungen getroffen: 1. Am 07.02.2022 gegen 08.20 Uhr blockierte der Angeklagte mit einer Vielzahl weiterer Demonstranten vom Aktionsbündnis »Aufstand Letzte Generation« die Lessingstraße / B31a auf Höhe der Kronenbrücke sowie die Abfahrtstraße zur Kronenstraße in 79100 Freiburg. Er demonstrierte dabei friedlich unter dem Motto »Essen retten, Leben retten«. Die Versammlung wurde zuvor weder der Polizei bekannt gegeben, noch ist sie bei der zuständigen Versammlungsbehörde angemeldet worden. Mit der Sitzblockade wollte der Angeklagte auf das Problem der Lebensmittelverschwendung hinweisen und für ein entsprechendes »Essen-Retten-Gesetz«, nachdem große Supermärkte genießbares Essen nicht mehr wegwerfen dürften, sondern weiterverteilen müssten, eintreten. Durch die Demonstration wollte der Angeklagte sowohl mediale Aufmerksamkeit als auch Aufmerksamkeit bei den Autofahrern für die Verschwendung von Lebensmitteln und den zu hohen CO₂-Ausstoß insgesamt schaffen. Ziel sei es, durch ein entsprechendes Gesetz die Ernährungssicherheit für die Zukunft zu schaffen und die Freisetzung von Treibhausgasen zu reduzieren. Zudem tritt die »Letzte Generation« auch für eine Mobilitätswende ein und fordert u.a. eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 100 km/h auf Autobahnen. Das Aktionsbündnis möchte mit den Blockaden auch darauf hinweisen, dass die Bundesregierung aktuell zu wenig für den Klimaschutz unternehme. Zur Blockade setzte sich der Angeklagte – ohne seine Hände festzukleben – mit weiteren Personen des »Aufstand Letzte Generation« bei einer Rotphase auf die Straße vor die an der Ampelanlage haltenden Fahrzeuge. Dabei klebten sich drei Personen des Aktionsbündnisses mit Sekundenkleber – versetzt zu den anderen Personen – am Asphalt der Straße fest. Aufgrund der Sitzblockade wurden sowohl die Reihe der direkt dahinter stehenden Autofahrer psychisch als auch die sich daran anschließenden Autofahrer physisch zum Anhalten gezwungen. Sodann versuchte ein »Deeskalationsteam« des Aktionsbündnisses mit den Autofahrern ins Gespräch zu kommen und verteilte Flyer mit

einer Entschuldigung für die Aktion. Es klebten sich einige Teilnehmer versetzt auf der Fahrbahn fest (s.o.), um Möglichkeiten für eine Rettungsgasse zu lassen.

Nach Eintreffen der Polizei räumte der Angeklagte trotz mehrfacher polizeilicher Ansprache die Fahrbahn nicht. Auch die Androhung unmittelbaren Zwangs blieb wirkungslos. Er wurde schlussendlich gegen 09.43 Uhr von den eingesetzten Polizeibeamten POK L. und PK K. ohne Gegenwehr von der Fahrbahn getragen. Dabei verhielt er sich ansonsten kooperativ und friedlich. Durch die gezielte Blockade in der Hauptverkehrszeit kam der Straßenverkehr vollständig zum Erliegen. Es entstanden innerhalb kürzester Zeit ein mehrere Kilometer langer Rückstau bis hin zur Berliner Allee und eine Zeitverzögerung von mindestens 30-45 Minuten. Unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls waren die gewählte Form der Blockade im vorliegenden Fall und die konkrete Beteiligung des Angeklagten daran im Verhältnis zum Zweck seines Anliegens letztlich nicht als verwerflich anzusehen. 2. Am 11.02.2022 gegen 08.20 Uhr blockierte der Angeklagte mit einer Vielzahl weiterer Demonstranten vom Aktionsbündnis »Aufstand Letzte Generation« die Lessingstraße / B31a auf Höhe der Kaiserbrücke in östlicher Richtung in 79100 Freiburg. Er demonstrierte dabei friedlich unter dem Motto »Essen retten, Leben retten«. Die Versammlung wurde zuvor weder der Polizei bekannt gegeben, noch ist sie bei der zuständigen Versammlungsbehörde angemeldet worden. Mit der Sitzblockade wollte der Angeklagte auf das Problem der Lebensmittelverschwendung hinweisen und für ein entsprechendes »Essen-Retten-Gesetz«, nachdem große Supermärkte gutes Essen nicht mehr wegwerfen dürften, sondern weiterverteilen müssten, eintreten. Durch die Demonstration wollte der Angeklagte sowohl mediale Aufmerksamkeit als auch Aufmerksamkeit bei den Autofahrern für die Verschwendung von Lebensmitteln und den zu hohen CO₂-Ausstoß insgesamt schaffen. Ziel sei es, durch ein entsprechendes Gesetz die Ernährungssicherheit für die Zukunft zu schaffen und die Freisetzung von Treibhausgasen zu reduzieren. Zudem tritt die »Letzte Generation« auch für eine Mobilitätswende ein und fordert u.a. eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 100 km/h auf Autobahnen. Das Aktionsbündnis möchte mit den Blockaden auch darauf hinweisen, dass die Bundesregierung aktuell zu wenig für den Klimaschutz unternehme. Zur Blockade setzte sich der Angeklagte – ohne seine Hände festzukleben – mit weiteren Personen des »Aufstand Letzte Generation« bei einer Rotphase auf die Straße vor die an der Ampelanlage haltenden Fahrzeuge. Dabei klebte sich keine Person des Aktionsbündnisses fest. Aufgrund der Sitzblockade wurden sowohl die Reihe der direkt dahinter stehenden Autofahrer psychisch als auch die sich daran anschließenden Autofahrer physisch zum Anhalten gezwungen. Sodann versuchte ein »Deeskalationsteam« des Aktionsbündnisses mit den Autofahrern ins Gespräch zu kommen und verteilte Flyer mit einer Entschuldigung für die Aktion. Nach Eintreffen der Polizei standen vier von acht Personen auf und verließen freiwillig die Fahrbahn. Der Angeklagte reagierte hingegen auf die polizeiliche Ansprache zunächst nicht und wurde schließlich gegen 08.54 Uhr von den eingesetz-

ten Beamten POK P. und POM F. ohne Gegenwehr von der Fahrbahn getragen. Dabei verhielt er sich ansonsten kooperativ und friedlich.

Durch die gezielte Blockade in der Hauptverkehrszeit kam es trotz sofort durch die Polizei eingeleiteter Umleitungsmaßnahmen zu vorübergehenden Verkehrsbeeinträchtigungen. Schlussendlich konnte erst um 08.57 Uhr die Fahrbahn wieder freigegeben werden. Unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls waren die gewählte Form der Blockade im vorliegenden Fall und die konkrete Beteiligung des Angeklagten daran im Verhältnis zum Zweck seines Anliegens letztlich nicht als verwerflich anzusehen. 3. Am 15.02.2022 gegen 08.14 Uhr blockierte der Angeklagte mit einer Vielzahl weiterer Demonstranten vom Aktionsbündnis »Aufstand Letzte Generation« die Fahrbahn des Autobahnzubringers AS Freiburg-Nord zur Bundesautobahn A 5, Einmündung zur L187/B294. Er demonstrierte dabei friedlich unter dem Motto »Essen retten, Leben retten«. Die Versammlung wurde zuvor weder der Polizei bekannt gegeben, noch ist sie bei der zuständigen Versammlungsbehörde angemeldet worden. Mit der Sitzblockade wollte der Angeklagte auf das Problem der Lebensmittelverschwendung hinweisen und für ein entsprechendes »Essen-Retten-Gesetz«, nachdem große Supermärkte genießbares Essen nicht mehr wegwerfen dürften, sondern weiterverteilen müssten, eintreten. Durch die Demonstration wollte der Angeklagte sowohl mediale Aufmerksamkeit als auch Aufmerksamkeit bei den Autofahrern für die Verschwendung von Lebensmitteln und den zu hohen CO₂-Ausstoß insgesamt schaffen. Ziel sei es, durch ein entsprechendes Gesetz die Ernährungssicherheit für die Zukunft zu schaffen und die Freisetzung von Treibhausgasen zu reduzieren. Zudem tritt die »Letzte Generation« auch für eine Mobilitätswende ein und fordert u.a. eine Geschwindigkeitsbegrenzung auf 100 km/h auf Autobahnen. Das Aktionsbündnis möchte mit den Blockaden auch darauf hinweisen, dass die Bundesregierung aktuell zu wenig für den Klimaschutz unternehme. Zur Blockade setzte sich der Angeklagte – ohne seine Hände festzukleben – mit weiteren Personen des »Aufstand Letzte Generation« auf die Straße des Abfahrtastes der BAB 5. Dabei klebten sich zwei Personen des Aktionsbündnisses mit Sekundenkleber am Asphalt der Straße fest. Es handelte sich dabei um die jeweils rechte und linke Person einer Gruppe von fünf Straßenblockierern. Die mittleren drei Personen – darunter der Angeklagte – klebten sich nicht fest. Aufgrund seiner Sitzblockade wurden sowohl die Reihe der direkt dahinter stehenden Autofahrer psychisch als auch die sich daran anschließenden Autofahrer physisch zum Anhalten gezwungen. Sodann versuchte ein »Deeskalationsteam« des Aktionsbündnisses mit den Autofahrern ins Gespräch zu kommen und verteilte Flyer mit einer Entschuldigung für die Aktion. Es klebten sich nur zwei Teilnehmer (s.o.) links und rechts auf der Fahrbahn an, um Möglichkeiten für eine Rettungsgasse zu lassen. Nach Eintreffen der Polizei räumte der Angeklagte die Fahrbahn zunächst nicht. Nachdem ihm die Anwendung unmittelbaren Zwangs angedroht worden war und er nicht reagierte, wurde er schließlich gegen 08.41 Uhr von den eingesetzten Beamten POM B. und PHM H. ohne Gegenwehr von

der Fahrbahn getragen. Dabei verhielt er sich ansonsten kooperativ und friedlich. Die letzten Demonstranten wurden gegen 09.15 Uhr weggetragen. Durch die gezielte Blockade in der Hauptverkehrszeit kam es zu erheblichen Verkehrsbeeinträchtigungen. Der Verkehr auf der BAB 5 staute sich in südliche Richtung bis auf ungefähr 18 Kilometer. Der Verkehr normalisierte sich erst gegen 10.08 Uhr wieder. Unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls waren die gewählte Form der Blockade im vorliegenden Fall und die konkrete Beteiligung des Angeklagten daran im Verhältnis zum Zweck seines Anliegens nicht als verwerflich anzusehen.

IV.

Die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten beruhen in erster Linie auf den Angaben des Angeklagten sowie - betreffend die fehlenden Vorstrafen - auf der Auskunft aus dem Bundeszentralregister vom 09.06.2022.

Die Feststellungen zur Sache (Abschnitt III. 3.) beruhen auf der durchgeführten Beweisaufnahme, insbesondere auf der Einlassung des Angeklagten, die durch die Angaben der Zeugen PK P. und KK T. ergänzt wurde.

Der Angeklagte hat die Vorwürfe in tatsächlicher Hinsicht wie festgestellt (Ziffer III.) eingeräumt. Er ergänzte die angeklagten Abläufe dahingehend, dass er seine Motivation für Aktionsformen der Sitzblockaden darlegte, seine Haltung zu den Aktionen schilderte und die genauen Abläufe präziserte. So gab der Angeklagte detailliert wieder, dass ein spezifisches Flugblatt verteilt werde und dass neben den Blockierenden auch »Deeskalationsteams« gebildet werden. Das »Aktionsbündnis« versuche, mit den Autofahrern ins Gespräch zu kommen. Ihm selbst gehe es auch immer um einen friedlichen Verlauf. Personen, die auf Gewalt abzielen und »Gewaltphantasien« hätten, würden von Ihnen abgewiesen und dürften nicht an den Aktionen teilnehmen. Es würden sich zudem nicht alle Personen festkleben, sondern es findet zu Beginn eine kurze Absprache statt, um festzulegen, wo die Rettungsgasse sei. Die Leute, die in dieser vorgesehenen Rettungsgasse sitzen, würden sich nicht festkleben, damit ein Rettungswagen passieren könne.

Die Zeugen PK P. und KK T. ergänzten die Vorfälle (Ziffer III.). Der Zeuge PK P. schilderte, dass sich der Angeklagte im Rahmen der Demonstration am 11.02.2022 beim Wegtragen und danach friedlich und kooperativ verhielt. Es hätten mehrere Personen auf der Straße gesessen und durch den Einsatzleiter wurden drei Durchsagen gemacht, dass das Gelände verlassen werden müsste. Der Angeklagte sei dieser Aufforderung nicht nachgekommen, er habe ihn dann mit einem Kollegen auf den Gehweg getragen. Von dort seit der Angeklagte aufgestanden und habe sich auf den zugewiesenen Bereich des Rechtsabbiegerstreifens wieder hingesetzt.

Auch der Zeuge KK T. schilderte, dass er als Endsachbearbeiter bei Auswertung aller Videoaufzeichnungen, Lichtbilder und Berichte hinsichtlich der drei Aktionen am 07.02., 11.02. und 15.02.2022 konstatieren müsse, dass bis auf das Ankleben alles friedlich verlaufen sei.

Nach seinen Angaben gab es in Freiburg bei keiner der Aktionen Widerstandshandlungen, Beleidigungen oder sonst respektloses Verhalten gegenüber den eingesetzten Polizeibeamten. Der Angeklagte selbst habe zwar bei der Aktion am 07.02.2022 seine Augen bei den erkennungsdienstlichen Maßnahmen der Polizei verschlossen, seine Personalien seien aber bekannt gewesen. Er habe auch seinen Ausweis gezeigt.

(...)

V.

Der Angeklagte war aus rechtlichen Gründen freizusprechen.

Nach den Feststellungen zu Ziffer III. waren zwar der objektive und subjektive Tatbestand der Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB jeweils in allen drei erhobenen Vorwürfen erfüllt. Allerdings war die Anwendung der Gewalt zu dem angestrebten Zweck nicht als verwerflich anzusehen, vgl. § 240 Abs. 2 StGB.

1. Unter Anwendung der sogenannten »Zweiten-Reihe-Rechtsprechung« des Bundesgerichtshofs (BGHSt 41, 182; nachfolgend bestätigt durch BGH, NJW 1995, 2862; NSStZ-RR 2002, 236) lag in den Fällen Ziffer III. 1.-3. nach Ansicht des Gerichts jeweils »Gewalt« i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB vor. Nach Auffassung des BGH benutzen Demonstranten bei einer Sitzblockade auf einer öffentlichen Straße den aufgrund des psychischen Zwangs anhaltenden Fahrzeugführer und das Fahrzeug bewusst als Werkzeug zur Errichtung eines physischen Hindernisses für nachfolgende Fahrzeugführer (vgl. BGHSt 41, 182, 197). Die vom BGH entwickelten Maßstäbe sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und werden Art. 103 Abs. 2 GG gerecht (vgl. BVerfGE, Beschluss vom 07.03.2011 - 1 BvR 388/05). Eine »Gewaltanwendung« liegt in den drei angeklagten Fällen demnach vor, die Demonstranten und mithin der Angeklagte hinderten durch ihre Sitzblockaden jeweils die Autofahrer in erster Reihe psychisch am Weiterfahren. Diese Fahrzeuge bildeten dann auch jeweils für die zweite Reihe an Autofahrern ein unüberwindbares, physisches Hindernis. Dabei ist auch unerheblich, ob die Demonstranten sich festkleben oder - wie der Angeklagte - lediglich hinsetzen. Die Anforderung an den Gewaltbegriff ist durch die Blockade erfüllt, da die Auswirkungen den Bereich der rein psychischen Beeinträchtigung verlassen und sich auch physisch auswirken. Hierbei ist sowohl das Festkleben seiner Mitstreiter/innen als auch die von den zuerst angehaltenen Fahrzeugen ausgehende physische Sperrwirkung für nachfolgende Fahrzeuge dem Angeklagten zurechenbar, der bewusst an der Aktion teilgenommen hat.

2. Nach jeweils einzelfallbezogener Abwägung hinsichtlich aller drei angeklagter Vorwürfe vom 07.02., 11.02. und 15.02.2022 war nach Ansicht des Gerichts das jeweilige Handeln des Angeklagten jedoch nicht als »verwerflich« i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB anzusehen.

Unter Verwerflichkeit ist im Wege einer Abwägung aller Umstände des konkreten Falles ein erhöhter Grad sozialetischer Missbilligung des für das Ziel angewendeten Nötigungsmittels zu verstehen (vgl. Schöнке/Schröder/Eisele, 30. Aufl. 2019, StGB § 237 Rn.

16). Die Verwerflichkeit ist dabei positiv festzustellen. Für die Feststellung eines Verhaltens als »verwerflich« bedarf es einer »wertenden Gesamtbetrachtung des Nötigungsmittels und des Nötigungszwecks, die zu einander in Relation zu setzen sind (sog. Zweck-Mittel-Relation), so dass die Verwerflichkeit nicht allein nach dem eingesetzten Mittel oder dem angestrebten Zweck zu beurteilen ist« (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.07.1990 - 1 BvR 237/88; BVerfG, Beschluss vom 24.10.2001 - 1 BvR 1190/90 u.a.; Dölling/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Auflage 2017, Rdnr. 28).

Bei der einzelfallbezogenen Abwägung hatte das Gericht bei der Auslegung und Anwendung von § 240 Abs. 2 StGB der grundlegenden Bedeutung von Art. 8 Abs. 1 GG sowie der Bedeutung des Art. 20a GG Rechnung zu tragen.

Das Bundesverfassungsgericht hat zum Schutz der Versammlungsfreiheit vor übermäßigen Sanktionen für die Anwendung und Auslegung der Verwerflichkeitsklausel nach § 240 Abs. 2 StGB besondere Anforderungen aufgestellt (vgl. BVerfGE 69, 315; BVerfGE 87, 399; BVerfGE 104, 92). Die Abwägung der Zweck-Mittel-Relation hat sich dabei am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren, insbesondere sind Art und Maß der Auswirkungen auf Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen. Zentrale Abwägungselemente sind hierbei Dauer und Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, mögliche Ausweichmöglichkeiten, die Dringlichkeit der Blockade sowie auch der Sachbezug zwischen den in der Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Gegenstand des Protestes. Dabei steht dem Strafgericht keine Bewertung zu, ob das Anliegen der Demonstranten als nützlich und wertvoll oder als missbilligenswert eingeschätzt wird. Je mehr jedoch ein Zusammenhang zwischen den ausgelösten Behinderungen und dem Versammlungsthema besteht, um so eher mag eine Beeinträchtigung der Freiheitsrechte unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls eher als sozial erträglich angesehen werden. Demnach ist im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen, ob und inwieweit die Wahl des Demonstrationsortes und der konkreten Ausgestaltung sowie der betroffenen Personen einen Bezug zum Versammlungsthema haben (BVerfGE 104, 92 [112]). Der Kommunikationszweck ist dabei im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen, nicht erst bei der Strafzumessung. Auch ist ein Sachbezug nicht nur dann anzunehmen, wenn die Versammlung an Orten abgehalten wird, an denen sich die verantwortlichen Entscheidungsträger und Repräsentanten für die den Protest auslösenden Zustände aktuell aufhalten oder institutionell ihren Sitz haben (BVerfGE Beschluss vom 07.03.2011 - 1 BvR 388/05 -, 1, [43]).

Diese verfassungsrechtlichen Anforderungen waren seitens des Gerichts bei der Abwägung einzubeziehen und entsprechend im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung zu gewichten.

Zunächst war zu konstatieren, dass alle drei Versammlungen (Ziffern III. 1.-3.) jeweils unter Anwendung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 07.03.2011 (BVerfGE Beschluss vom 07.03.2011

- 1 BvR 388/05 -, 1, [32]) unter den Versammlungsbegriff des Art. 8 GG fallen. Eine Unfriedlichkeit begründende »Gewalttätigkeit« liegt nämlich nicht schon bei bloßen Behinderungen Dritter, sondern erst bei »aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen« vor. Auch hält das Bundesverfassungsgericht in eben diesem Beschluss fest, dass eine Sitzblockade, die die Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit für bestimmte politische Belange bezweckt, den Schutz der Versammlungsfreiheit eben nicht entfallen lässt (BVerfGE Beschluss vom 07.03.2011 - 1 BvR 388/05 -, 1, [35]). Die Versammlungen am 07.02.2022, 11.02.2022 und 15.02.2022 fanden jeweils friedlich und ohne aggressive Ausschreitungen statt. Anhaltspunkte, dass es zu einem unfriedlichen Ablauf kam, gab es nach der erfolgten Beweisaufnahme keine. Es handelte sich daher um drei friedliche Versammlungsgeschehen, die auch ohne vorherige Anmeldung dem Schutz des Art. 8 GG unterfallen. Auch die Ausrichtung auf eine breite öffentliche Aufmerksamkeit der Aktionen lässt den Schutz des Art. 8 GG für die Versammlungen am 07.02.2022, 11.02.2022 und 15.02.2022 nicht entfallen.

Der Schutz der Rechtsgüter Dritter - hier der blockierten Autofahrer und deren Fortbewegungsfreiheit - begrenzt aber das Selbstbestimmungsrecht der Versammlungsteilnehmer. In den vorliegenden drei Fällen war daher eine Abwägung des Kommunikationszwecks im Verhältnis zum eingesetzten Mittel vorzunehmen.

Nach Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts sind dabei insbesondere die Art und das Maß der Auswirkungen auf betroffene Dritte und deren Grundrechte zu berücksichtigen: Wichtige Abwägungselemente sind hierbei die Dauer und die Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit eines blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand (BVerfGE, Beschluss vom 07.03.2011 - 1 BvR 388/05 -, 1, [39]).

Bei der anschließenden Einzelfallabwägung war auch der Rechtsprechung des BGH zur Außerachtlassung von »Fernzielen« des Sitzblockierers durch das Gericht Rechnung zu tragen (vgl. BGHSt 35, 328 = NJW 1988, 1739). Im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 07.03.2011 [...] »Kommunikationszweck nicht erst bei der Strafzumessung, sondern im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel gemäß § 240 Abs. 2 StGB, mithin bereits bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit, zu berücksichtigen ...«] legt das erkennende Gericht die Rechtsprechung des BGH derart zu Grunde, dass eine (Be-)Wertung des Fernziels »Klimawandel / Klimaschutz«, welches der Angeklagte und die Aktionen der »Letzten Generation« thematisieren, durch das Gericht außer Betracht zu bleiben hatte. Eine Bewertung des Anliegens des Angeklagten - als nützlich und wertvoll oder als missbilligenswert - stand dem Gericht nicht zu.

Allerdings waren bei der Abwägung der Kommunikationszweck »Klimaschutz«, bzw. »CO₂-Ausstoß« und »Mobilitätswende« sowie »Essen-Retten-Gesetz« in Relation zum Nötigungsmittel »Straßenblockade« - insbesondere unter Berücksichtigung der Art und

des Maßes der Auswirkungen auf die Autofahrer und deren Grundrechte – einzubeziehen und unter Abwägung aller unrechtsrelevanter Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.

a) Versammlung 07.02.2022

Bei der Versammlung am 07.02.2022 hat das Gericht unter eben dieser Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StPO verneint.

Dabei verkennt das Gericht nicht, dass die Versammlung nicht angemeldet war und bewusst mit der B31A die Hauptverkehrsader Freiburgs (Lessingstraße auf Höhe der Kronenbrücke sowie die Abfahrtstraße zur Kronenstraße) sowie die Zeit des Berufsverkehrs um ca. 8.20 Uhr durch den Angeklagten ausgewählt wurden. Auch entstand für die Autofahrer eine nicht unbeträchtliche Zeitverzögerung von ca. 30-45 Minuten. Die Aktion des Angeklagten und sein Blockieren dauerte insgesamt 83 Minuten an, bis er weggetragen wurde. Der Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit der Autofahrer war nach Ansicht des Gerichts daher erheblich. Auch dass es im Alltagsverkehr sowie bei angemeldeten Demonstrationen gleichfalls zu erheblichen Staus und Zeitverzögerungen kommt, wie vom Angeklagten vorgetragen, war keine einzubeziehende Erwägung für das Gericht, da die vorliegende Verzögerung erst durch das konkrete Handeln des Angeklagten (mit-)verursacht wurde. Vielmehr waren aufgrund der Nichtanmeldung der Aktion auch keine Ausweichmöglichkeiten für die Autofahrer vorhanden. Andererseits war bei der Dauer und Intensität einzubeziehen, dass der Angeklagte und das Aktionsbündnis die Aktion am 07.02.2022 von Anfang bis Ende mit einem objektiv friedlichen und kooperativen Demonstrationscharakter ausgestalteten. Unter anderem wurde ein »Deeskalationsteam« eingesetzt. Dieses trug eine Entschuldigung auf dem verteilten Flyer bei den betroffenen Autofahrern vor. Der Angeklagte selbst klebte sich zudem nicht fest, sondern konnte von den eintreffenden Beamten ohne weitere Erschwernisse weggetragen werden. Die Auflösung der Versammlung war für die Polizeibeamten eher einfach zu bewältigen, die Aktion konnte zügig beendet werden. Dabei verhielt sich auch der Angeklagte kooperativ. Ferner wurde bei der Aktion auf die Möglichkeit der Einrichtung einer Rettungsgasse derart geachtet, dass sich bewusst nicht alle Blockierer auf dem Asphalt festklebten, sondern nur drei Personen. Auch sollte die Versammlung bewusst nur von vorübergehender Natur sein, gegen die Auflösung seitens der Polizeibeamten wurde kein weiterer Widerstand geleistet.

Eine Grenze zur Verwerflichkeit wäre nach Ansicht des Gerichts im Hinblick auf die Intensität einer solchen Aktion jedenfalls ohne Weiteres überschritten, wenn andere Verkehrsteilnehmer abstrakt oder konkret gefährdet würden, was vorliegend aber nicht der Fall war. Die Demonstrierenden – so auch der Angeklagte – warteten nämlich bewusst eine »Rotphase« an der betroffenen Stelle ab, um sich ohne Gefährdung der Verkehrsteilnehmer auf die Querungsstelle setzen zu können. Ein Eingriff in den fließenden Verkehr fand nicht statt.

b) Versammlung 11.02.2022

Bei der Versammlung am 11.02.2022 hat das Gericht unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StPO verneint.

Dabei verkennt das Gericht nicht, dass die Versammlung nicht angemeldet war und ebenfalls bewusst die Hauptverkehrsader Freiburgs an der Stelle Lessingstraße, diesmal auf Höhe der Kaiserbrücke in östlicher Richtung in 79100 Freiburg, traf. Auch wurde erneut die Zeit des Berufsverkehrs um ca. 8:20 Uhr durch den Angeklagten ausgewählt. Es entstand für die Autofahrer eine nicht unbeträchtliche Zeitverzögerung von ca. 30-45 Minuten. Die Aktion des Angeklagten und sein Blockieren dauerte insgesamt 34 Minuten an, bis er weggetragen wurde. Der Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit der Autofahrer war nach Ansicht des Gerichts daher nicht unerheblich, wenngleich die Zeitspanne bis zum Auflösen der Versammlung diesmal deutlich kürzer als am 07.02.2022 ausfiel. Es war bei der Dauer und Intensität einzubeziehen, dass der Angeklagte und das Aktionsbündnis die Aktion am 11.02.2022 von Anfang bis Ende mit einem objektiv friedlichen und kooperativen Demonstrationscharakter ausgestalteten. Unter anderem wurde wieder ein »Deeskalationsteam« eingesetzt, dass einen Flyer mit einer Entschuldigung an die Autofahrer verteilte. Der Angeklagte klebte sich auch am 11.02.2022 nicht fest, sondern konnte von den eintreffenden Beamten ohne weitere Erschwernisse weggetragen werden. Die Auflösung der Versammlung war für die Polizeibeamten einfach zu bewältigen, die Aktion konnte erneut zügig beendet werden. Dabei verhielt sich auch der Angeklagte kooperativ. Ferner wurde bei der Aktion auf die Möglichkeit der Einrichtung einer Rettungsgasse geachtet, diesmal klebte sich keine Person fest. Die Versammlung sollte nur von vorübergehender Natur sein. Widerstand gegen die Auflösung der Polizeibeamten wurde nicht geleistet.

Eine Grenze zur Verwerflichkeit wäre nach Ansicht des Gerichts bei einer Intensität einer Aktion jedenfalls überschritten, wenn andere Verkehrsteilnehmer abstrakt oder konkret gefährdet würden, was vorliegend auch am 11.02.2022 nicht der Fall war. Die Demonstrierenden – so auch der Angeklagte – wartete nämlich bewusst eine »Rotphase« an der betroffenen Stelle ab, um sich ohne Gefährdung der Verkehrsteilnehmer auf die Querungsstelle setzen zu können. Ein Eingriff in den fließenden Verkehr fand nicht statt.

c) Versammlung 15.02.2022

Bei der Versammlung am 15.02.2022 hat das Gericht unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StPO verneint.

Dabei verkennt das Gericht nicht, dass die Versammlung nicht angemeldet war und bewusst die Fahrbahn des Autobahnzubringers Freiburg-Nord zur Bundesautobahn A 5, Einmündung zur L187/B294, als Hauptverkehrsknotenpunkt ausgewählt wurde. Auch wurde erneut die Zeit des Berufsverkehrs um ca. 8:14 Uhr durch den Angeklagten ausgewählt. Das Gericht verkennt auch nicht, dass bei dieser Aktion die Auswirkungen für die Autofahrer durch Bildung eines ca. 18 Kilometer langen Rückstaus und eine beträchtliche Zeitverzögerung schwerer als am 07.02.2022 und

11.02.2022 ausfielen. Der Angeklagten wurde letztlich um 8:41 Uhr weggetragen. Aufgrund der Nichtanmeldung der Aktion waren keine (zeitnahen) Ausweichmöglichkeiten für die Autofahrer ersichtlich. Andererseits wurde die Aktion am 15.02.2022 erneut von Anfang bis Ende mit einem friedlichen und kooperativen Demonstrationscharakter ausgestaltet. Unter anderem wurde auch hier ein »Deeskalationsteam« eingesetzt, welches bei den betroffenen Autofahrern eine Entschuldigung in Form eines Flyers vortrug. Der Angeklagte klebte sich auch am 15.02.2022 nicht fest, sondern konnte von den eintreffenden Beamten ohne weitere Erschwernisse weggetragen werden. Die Auflösung der Versammlung war für die Polizeibeamten einfach zu bewältigen, die Aktion konnte erneut zügig beendet werden. Dabei verhielt sich auch der Angeklagte kooperativ. Ferner wurde bei der Aktion auf die Möglichkeit der Einrichtung einer Rettungsgasse derart geachtet, dass sich bewusst nicht alle Blockierer auf dem Asphalt festklebten, sondern nur zwei Personen ganz links und ganz rechts. Die mittleren drei Personen hätten jederzeit aufstehen können und einen Rettungswagen durchlassen können. Auch sollte die Versammlung bewusst nur von vorübergehender Natur sein, gegen die Auflösung der Polizeibeamten wurde kein weiterer Widerstand geleistet.

Eine Grenze zur Verwerflichkeit wäre nach Ansicht des Gerichts bei einer Intensität einer Aktion jedenfalls überschritten, wenn andere Verkehrsteilnehmer abstrakt oder konkret gefährdet würden, was vorliegend auch am 15.02.2022 nicht der Fall war. Allerdings war diesmal die höhere Intensität gegenüber den Aktionen vom 07.02. und 11.02.2022 durch die verursachte Bildung des langen Rückstaus einzubeziehen.

d) Mittel-Zweck-Relation der Versammlungen von 07.02, 11.02. und 15.02.2022

Das Gericht hat für die Versammlungen von 07.02, 11.02. und 15.02.2022 eine Abwägung der Mittel-Zweck-Relation vorgenommen. Das Gericht hatte dabei den Kommunikationszweck, eine höhere Aufmerksamkeit für »Klimaschutz« und eine damit einhergehende »Untätigkeit der Bundesregierung« durch das Mittel der gezielten Straßenblockaden im Berufsverkehr zu erreichen, in Relation zum Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit der Autofahrer durch eben diese Straßenblockaden zu setzen.

Es bestand für das Gericht vorliegend umso weniger Anlass an dem Sachbezug zwischen dem Zweck der Aktion und den in der Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen zu zweifeln, als die Autofahrer direkte Adressaten und Akteure der Mobilitätswende sowie der damit verquickten Forderungen sind. Der Zweck, den Autofahrern direkt die tägliche Verkehrsbelastung durch den Berufsverkehr und den CO₂-Ausstoß vor Augen zu führen, weist einen direkten Sachbezug zur Blockade eben dieser Autofahrer auf. Auch das durch den Angeklagten bei der Aktion beworbene »Essen-Retten-Gesetz« weist einen direkten Bezug zu den blockierten Personen auf, indem auf die Reduzierung von Treibhausgasen wie CO₂ Bezug genommen wird. So sind nach dem Klimaschutz-Expertenrat der Bundesregierung die für 2030 anvisierten Klimaziele so gut wie nicht mehr erreichbar und dem Verkehrs-

sektor kommt eine besondere Rolle beim erforderlichen »Paradigmenwechsel« zu: Die Verminderung der Emissionen müsse 14mal so hoch sein (Zweijahresgutachten 2022, Expertenrat für Klimafragen, S. 15f.). Autofahrer sind demnach keine Unbeteiligten, sondern maßgeblich für den CO₂-Ausstoß verantwortlich und damit Teil der Klimaproblematik. Mithin besteht eine direkte Mittel-Zweck-Relation.

Angesichts der Intensität und Dauer der jeweiligen Eingriffe (Ziffern V. 2. a) - c)) in die Fortbewegungsfreiheit der Autofahrer sprach – trotz des direkten Sachbezugs – zunächst für eine Verwerflichkeit aller drei Handlungen, dass dem Strafgericht eben keine Bewertung zusteht, ob dieses Anliegen als nützlich oder wertvoll einzuschätzen oder zu missbilligen ist. Das Gericht stellte daher keine Bewertung des Ziels, mehr für den Klimaschutz zu unternehmen, an.

Jedoch war das Gewicht der demonstrationsspezifischen Umstände mit Blick auf das kommunikative Anliegen der Versammlung zu bestimmen, wobei hier eine verfassungsrechtliche Besonderheit die Verknüpfung von Mittel und Zweck aller drei Nötigungsvorwürfe des Angeklagten (Ziffern V. 2. a), b) und c) betrifft:

Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst in seinem Beschluss vom 24.3.2021 –1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 - klargestellt, dass Art. 20a GG eine justiziable Rechtsnorm ist, »die den politischen Prozess zugunsten ökologischer Belange auch mit Blick auf die künftigen Generationen binden soll.« Dabei erwächst aus Art. 20a GG eine objektivrechtliche Schutzpflicht des Staates, welche »auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen« beinhaltet.

Hier stellt das Bundesverfassungsgericht in Randnummern 185 und 186 insbesondere fest:

»Geht das dieser Temperaturschwelle entsprechende CO₂-Budget zur Neige, dürfen Verhaltensweisen, die direkt oder indirekt mit CO₂-Emissionen verbunden sind, nur noch zugelassen werden, soweit sich die entsprechenden Grundrechte in der Abwägung mit dem Klimaschutz durchsetzen können. Dabei nimmt das relative Gewicht der Freiheitsbetätigung bei fortschreitendem Klimawandel aufgrund der immer intensiveren Umweltbelastungen immer weiter ab.

Vor diesem Hintergrund begründen Vorschriften, die jetzt CO₂-Emissionen zulassen, eine unumkehrbar angelegte rechtliche Gefährdung künftiger Freiheit, weil sich mit jeder CO₂-Emissionsmenge, die heute zugelassen wird, das verfassungsrechtlich vorgezeichnete Restbudget irreversibel verkleinert und CO₂-relevanter Freiheitsgebrauch stärkeren, verfassungsrechtlich gebotenen Restriktionen ausgesetzt sein wird [...]. Zwar müsste CO₂-relevanter Freiheitsgebrauch irgendwann ohnehin im Wesentlichen unterbunden werden, weil sich die Erderwärmung nur anhalten lässt, wenn die anthropogene CO₂-Konzentration in der Erdatmosphäre nicht mehr weiter steigt. Ein schneller Verbrauch des CO₂-Budgets schon bis 2030 verschärft jedoch das Risiko schwerwiegender Freiheitseinbußen, weil damit die Zeitspanne für technische und soziale Entwicklungen knapper wird, mit deren Hilfe die Umstellung von der heute noch umfassend mit CO₂-Emissionen verbundenen Lebensweise auf

klimaneutrale Verhaltensweisen freiheitsschonend vollzogen werden könnte [...]. Je kleiner das Restbudget und je höher das Emissionsniveau ist, desto kürzer ist die verbleibende Zeit für die erforderlichen Entwicklungen. Je weniger aber auf solche Entwicklungen zurückgegriffen werden kann, desto empfindlicher werden die Grundrechtsberechtigten von den bei schwindendem CO₂-Budget verfassungsrechtlich immer drängenderen Beschränkungen CO₂-relevanter Verhaltensweisen getroffen.«

Das Gericht hatte dementsprechend in die Abwägung einzustellen, dass mit Fortschreiten des Aufbrauchs des CO₂-Budgets immer drängendere Beschränkungen CO₂-relevanter Verhaltensweisen verfassungsrechtlich geboten sind, mithin die Einschränkungen der individuellen Fortbewegungsfreiheit mit Pkws in den kommenden Jahren bis 2030 durch den Staat verschärft werden wird. Die zunehmende Intensität des Klimawandels und damit einhergehende Beschränkungen der Grundrechtsberechtigten – hier die Autofahrer – sind nach Ansicht des Gerichts demzufolge zwangsläufig in die Verwerflichkeitsprüfung des Nötigungsvorwurfs einzubeziehen. Dass der Angeklagte auf die – nach seinem Empfinden – Untätigkeit der Bundesregierung und die kommenden Einschränkungen des CO₂ Verbrauchs in der gewählten Form einer Straßenblockade hinweist, ist vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geradezu eine direkte Verknüpfung von Mittel und Zweck. Den Autofahrern mit dem drastischen Mittel der Blockade die Endlichkeit des CO₂-Budgets und die künftigen, schwerwiegenderen sowie verfassungsrechtlich gebotenen Eingriff in die Fortbewegungsfreiheit aufzuzeigen, ist im Ergebnis in den vorliegenden drei Fällen vom 07.02., 11.02. und 15.02.2022 nicht als verwerflich anzusehen.

Die Grenze der sozialen Unerträglichkeit eines Mittels und mithin einer Verwerflichkeit einer Handlung wäre nach Ansicht des Gerichts jedenfalls aber dann erreicht, wenn es zu Gefährdungen der Adressaten durch die Aktionen kommt. Die Aktionen vom 07.02., 11.02. und 15.02.2022 verliefen aber friedlich, kooperativ und ohne Gefährdungssituationen (vgl. Ziffern V. 2. a)-c).

...

Prof. Dr. Thomas Fischer

ÜBER DIE WAHRHEIT

aus:
Thomas Fischer,
Im Recht
2016, 298 ff.

»Wahrheit« ist, in der Sprache des Alltags, ein schmutziges Ding, freilich nur, weil und soweit sie mit anderen Wahrheiten in Berührung kommt: denen anderer Menschen.

Für uns selbst haben wir, jeder für sich, eine überaus liebevolle und enge Beziehung zur Wahrheit. Kaum einer, der sie nicht will, kaum einer, der nicht meint, sie sei auf seiner Seite. Damit meint der Alltag: Wahrheit über das Leben, über unseren Charakter, über das Fußballspiel von letzter Woche, über den Hergang einer Diskussion - also über alles und alle, bunt durcheinander, Wahrheit der Wertung und Wahrheit der Tatsachen und Wahrheit der Tatsachen über Wertungen.

Im Strafprozess verdichtet sich all dies zu einem rätselhaften Moment der Erkenntnis. Wir messen ihm ungeheuerliche Bedeutung bei: Er entscheidet über Schuld und Unschuld, Leid und Freude, Gefangenschaft und Freiheit, ja sogar über Tod oder Leben. Hier, in dieser Zuschreibung, erlangt die Wahrheit, die wir doch sonst wie Dreck behandeln - als Behauptung, Werbegag, Selbstvermarktung - jenen seltsam vibrierenden, aufwühlenden Unterton, den wir aus amerikanischen Gerichtsfilmern kennen, wenn unten um die wirkliche Wahrheit gerungen wird und oben auf dem Balkon die stummen Zeugen stehen und beten, dass die Macht und die Wahrheit sich verbinden mögen gegen die Macht der Unwahrheit (*Wer die Nachtigall stört*, Robert Mulligan).

So viele Holzhämmer fallen herab in so vielen Tausend Filmen und in noch vielmehr Wirklichkeiten! Und jedes Mal durchfährt das Publikum ein Schauer. Dessen Ausdrucksformen sind unendlich: Sie reichen von der brutalsten Albernheit bis zur sentimentalsten Machtanbetung. Im Mittelpunkt solcher Imaginationen steht - der Richter. Als Wahrheitserkenner und -definierer.

Über die Tat als solche habe ich im Kapitel *Woher das Recht kommt* schon gesprochen: also über den »Tatbestand«, »dessen Erfüllung« sich aus der »Verwirklichung« von »Merkmale« ergibt. Auf die Erfindung des Begriffs »Tatbestand« hält sich die Strafrechtswissenschaft viel zugute. Ja, noch mehr: Seit 200 Jahren definiert sie sich als Gipfel der sanktionieren-

den Intellektualität, weil und soweit sie den Tatbestand hervorgebracht hat. A schlägt B auf die Nase, die anschließend schmerzt: der Tatbestand der Körperverletzung. Ein Tatbestand der allereinfachsten Sorte. Eine Entscheidungsaufgabe minderer Qualität, sollte man meinen. Tatsächlich ist es ein bisschen komplizierter.

Es kommt wieder einmal darauf an: »Tat« in einem ist nur der Name einer Abweichung. In der Geschichte der Menschheit konnte »Tat« alles sein:

Das falsche Tier zu essen oder am falschen Ort; einen Gott anzubeten oder eben nicht; jemanden zu töten oder jemanden leben zu lassen; eine Grenze zu überschreiten; seinem Herrn Widerworte zu geben oder dem falschen Herrn zu dienen; anders zu sein als die anderen oder genauso zu sein. Tat kann sein, das Privateigentum zu schützen, aber auch, es zu zerstören. Kurz: Was ein Verbrechen ist, bestimmt nicht die ewige Weltordnung, sondern der kleine Mensch.

Also müssen wir uns überlegen, wie wir die »Täter« - die Bösewichte - von den Nichttätern unterscheiden: nicht in der Theorie, sondern praktisch.

Das ist im Grundsatz deutlich schwieriger, als man annehmen sollte und als es die sogenannte Lebenswirklichkeit suggeriert. Denn wenn wir auch »Taten« definieren mögen, von denen wir annehmen, sie hätten eine Strafe verdient, so will doch jeder von uns immer der Strafende sein, nie der Bestrafte: Ausgegrenzt werden sollen bitte die anderen. Da diese aber - wenig überraschend - auf dieselbe Idee gekommen sind, stellt sich die alles entscheidende Frage, wie, wer, mit welcher Autorität, welcher Rationalität darüber entscheidet, was richtig ist an den unendlichen Behauptungen von Taten und Unrecht und was falsch.

Wir müssen uns zum einen überlegen, was »Wahrheit« bedeuten soll. Das ist sozusagen der übergeordnete Ordner (auf dieser ziemlich untergeordneten Ebene). In diesem Ordner finden wir als Unterordner Begriffe wie »Eingebung«, »Erleuchtung«, »Wissenschaft« und andere. Seit etwa 500 Jahren meinen die Menschen in Europa, dass die Eingebung wenig, die Wissenschaft aber alles bedeute: Erfahrung, Rationalität, Logik in einem Sinn; der zwischen Indivi-

duen mit gleicher Rationalitätsdefinition vermittelbar ist. Das ist ein psychologisches, soziales, politisches Schachbrett unendlicher Möglichkeiten.

Am Ende bleibt uns, wie so vielen Generationen vor uns, die Frage nach den Anforderungen an eine gemeinsame - das heißt gemeinsam verbindliche, also von Macht getragene - Feststellung der Wahrheit über eine Wirklichkeit, die ja stets nicht eine aktuelle ist, sondern (teilweise) weit zurück in der Vergangenheit liegt: Wie war es, als der Täter T das Opfer O traf, in jener finsternen Nacht, ganz allein am Ufer der Elbe?

Ein Strafprozess ist also Rekonstruktion einer Wirklichkeit, die notwendig und zwingend nicht aktuell, sondern Teil der Vergangenheit ist. Sagen Sie mir, liebe Leserinnen und Leser: Wer hat was getan, gesagt, unterlassen beim letzten Treffen zwischen Ihnen und Ihrer Großmutter? Wie war es, als Sie beim vorletzten Mal Ihre angeborene Contenance verloren und ihren Lebensgefährten anschrien, Ihr Kind schlugen, Ihr Finanzamt betrogen, Ihren Chef belogen? Was ist die Wahrheit? Und wie würde wohl die Wahrheit der jeweils von Ihren Handlungen betroffenen Person aussehen?

Wir müssen Regeln vereinbaren, wie all dies festzustellen ist, sonst gibt es gar keine Wahrheit. Wenn es aber keine Wahrheit gibt, gibt es auch keine Gerechtigkeit. Zwischen gleichen Rechten, sagte Karl Marx, entscheidet die Gewalt. Das ist evident richtig. Daher gibt es den Staat, der nicht eine zufällige Zusammenklumpung von Verträgen zwischen frei lebenden Tieren ist, sondern eine Verfassung von Gewalt-Legitimation über Menschen.

Marx-Widerleger aller Länder- sofern ihr eine intelligenteren Vorstellung erfunden haben solltet, bitte meldet euch!

Zwischen der Wahrheit und dem Beweis besteht eine rätselhafte, unsichere, schillernde Beziehung: Die Wahrheit ist ein Begriff, der im Nichts ruht. Er bezieht sich auf sein Gegenteil, ohne es benennen zu können. Was ist schon »Unwahrheit«, »Lüge«, »Fälschung« ohne einen Begriff von Wahrheit? Und der Beweis ist nichts als ein dreibeiniger Hund in einer Bar am Mittelmeer: ein bisschen guter Wille, zu viel Pastis.

Es gab und gibt viele Kulturen, welche alle Wahrheit über die Welt, also auch über das Verbrechen, aus Zeiten generiert haben, die ihrerseits nicht von dieser Welt waren: Zaubern, Eingebungen, Manifestationen des Übersinnlichen in der sinnlichen Welt. Uns erscheint das heute albern: Ins Wasser mit der Hexe! Wenn die Verdächtige wirklich eine Hexe ist, schwimmt sie - dann wird sie verbrannt. Wenn sie keine Hexe ist, ersäuft sie unschuldig und kommt ohne Umwege ins Paradies. So kann man es machen; allerdings braucht man zur Durchsetzung solcher Regeln eine wirklich mächtige, knochenbrechende Gewalt: den Teufel und die heilige katholische Kirche und Aguirre, den Zorn Gottes.

Wahrheit und Beweis sind, so sagen es uns die Weisen dieser Welt, unendlich entfernte Gestalten desselben Gedankens: keine Wahrheit ohne Beweis; kein Beweis ohne Wahrheit. Und dennoch Lichtjahre voneinander entfernt. Wenn wir annehmen wollten,

dass der Mensch nicht ein Tier ist, nicht Schaf unter Schafen oder Löwe unter Löwen, sondern ein Individuum, ein Selbst, dann wäre auch seine Wahrheit eine eigene. Dann gäbe es Schuld und Unschuld, Lüge und Wahrheit.

Aber wie soll man das herauskriegen? Wie soll man die Offenbarung einer Wirklichkeit erzwingen, die - schrecklich zu sagen - »persönlich« ist? Der Gedanke, daran allein setzt voraus, dass die eine Gewalt - also Gott - der Welt heraustritt und Platz macht für die Gewalt einer Wahrheit, die aus dem Menschen selbst kommt: seiner Wirklichkeit, Beschränktheit, seinen Interessen, seiner furchtbaren Fehlerhaftigkeit,

Das Bedürfnis nach einem Beweis der Wirklichkeit also ist der Beginn des Sterbens der Götter.

Dr. Oliver Harry Gerson*

»DISKURS, KONFLIKT, WAHRHEITSFINDUNG«

REFLEXIONEN ZUR RECHTSWIRKLICHKEIT DES STRAFVERFAHRENS

II. Zur Wechselbeziehung von »Diskurs, Konflikt und Wahrheitsfindung« im Strafverfahren

Wer die Begriffe »Diskurs, Konflikt, Wahrheitsfindung« in einem Atemzug nennt, der suggeriert einen Zusammenhang, der nach Kausalität - oder zumindest Interdependenz - klingt. Einer solchen Annahme ist jedoch nur bedingt beizupflichten.¹ Weder stehen die Begriffe in einem logischen Verhältnis zueinander, noch überschneiden sie sich in ihren Funktionen. Gleichwohl haben sie eines gemein: Es handelt sich um *soziale Praktiken*.²

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, was unter den Topoi verstanden werden kann und welche Ausprägungen sie im Strafverfahren annehmen (dazu II.1. bis 4.). Die Diagnose des *status quo* wird hart ausfallen: Der Diskurs des Strafverfahrens ist zerbrochen, der praktizierte Konflikt unproduktiv, die Wahrheitsfindung eine Chimäre. Im Anschluss werden - bewusst skizzenhaft - Grenzen ausgelotet (dazu III.): Was könnte die Situation verbessern, was verschlimmert sie?

Die Überlegungen stehen unter dem Vorbehalt der drastischen Verkürzung. Es soll ausschließlich darum gehen, unter dem (rechts-)soziologischen Brennglas Stellen zu exponieren, an denen eine (Selbst-)Reflexion der Akteure angezeigt sein könnte. Die Behauptung, alle Einzelprobleme des praktischen Strafverfahrensrechts einer sachgerechteren Lösung zuführen zu können, ist damit nicht verbunden.³

1. Diskurse

a) Allgemeine Bedeutung und Funktion

»Diskurs« ist ein schillerndes Schlagwort, das oft anstelle von »Diskussion« verwendet wird. Das unterschlägt die mikro- und makrosoziologische Bedeu-

* Der Verfasser ist Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser (Universität Passau). Es handelt sich um den verschriftlichten und um Nachweise erweiterten Eröffnungsvortrag des Verfassers auf dem 37. Herbstkolloquium der AG-Strafrecht (DAV) in Leipzig. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ Der - bezüglich des Triptychons gesetzte - Titel ist dem Gesamtthema des 37. Herbstkolloquiums (»Kommunikation im Strafverfahren«) geschuldet.

² Soziale Praktik meint eine Handlung oder Handlungsfolge, die von mehreren Personen gemeinschaftlich und wiederholt ausgeführt wird, während die beteiligten Personen den gleichen sozialen Grund teilen, die Handlung auszuführen, vgl. Tuomela, *The Philosophy of Social Practices*, 2003, S. 41.

³ Ein solches Anliegen wäre angesichts der Vagheit des gewählten (nicht empirischen) Ansatzes auch nicht umsetzbar.



tungsebene.⁴ Allgemein definiert ist ein Diskurs ein Kommunikationszusammenhang, der sowohl sprachliche Akte als auch jene Zeichen umfasst, die nicht-sprachlich und konventionalisiert sind (z.B. Gesten, Rituale, Formeln, Schaubilder, Tonfolgen etc.).⁵ Innerhalb eines Diskurses zirkulieren Informationen, Wertungen, Deutungsmuster und Wissensstände. Diskurse beinhalten außerdem zahlreiche kommunikative Handlungen mit niedrigerem Verdichtungsgrad.⁶ In ihnen gehen diametrale Narrative, die in Erzählkontexte eingebettet sind, die dem sprachlich geprägten Bereich der zwischenmenschlichen Kommunikation entstammen, ineinander auf. Für ein besseres Verständnis des Diskurses als soziale Praktik muss bei seinem kleinsten Atom begonnen werden: der Sprache.

Sprache wird grundsätzlich unterschätzt. Sie ist mehr als eine Ansammlung von Lauten,⁷ sie ist ein Mittel zur Lebensbewältigung.⁸ Sprache stiftet Sinn und wirkt dadurch wie ein Kompass im Bewusstseins-Nebel: Das Individuum ordnet sich mit ihrer Hilfe semantisch in den Kontext seiner Umwelt ein. Sie dient der Konturierung der diffusen Lebenswelt.⁹ Abstrakten Inhalten wird mittels Benennung eine spezifische Qualität verliehen,¹⁰ durch welche sie greif- und vermittelbar werden.¹¹ Zugleich wird die komplexe Lebenswelt reduziert und ertragbar.¹² Anschlussfähige Worte führen zu nachvollziehbaren Beschreibungen von Zusammenhängen, die von Dritten erkannt werden können.¹³ Die individuell verschiedenen, sprachlich verkleideten Perspektiven bilden durch die Konfrontation mit den Perspektiven anderer den *besprechbaren* Bestandteil einer kollektiven Wirklichkeitsauffassung.¹⁴ Nimmt ein Dritter geäußerte Inhalte auf und verarbeitet sie, bezeichnet man den Vorgang als *Kommunikation*. Diese ist in hohem Grade anfällig für Störungen und Missverständnisse. Dass Kommunikation gelingt und sinnstiftend fungiert, basiert letztlich auf Zufälligkeiten.¹⁵

⁴ Ruoff, Foucault-Lexikon, 2018, S. 110.

⁵ Knoblauch, Die kommunikative Konstruktion der Wirklichkeit, 2017, S. 258 ff.

⁶ Diskurse liegen auf »höherer Aggregationsebene« als einzelne kommunikative Handlungen, vgl. Knoblauch (Fn 5), S. 263.

⁷ Zu den biologischen, psychologischen und soziologischen Komponenten von Sprache vgl. Gerson, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 3. Band 2018, S. 153, 154 ff. m.w.N.

⁸ Rickheit/Strohner, Grundlagen der kognitiven Sprachwissenschaften, 1993, S. 34; Luhmann, Rechtssoziologie, 1972, S. 104.

⁹ Rorty, Kontingenz, Ironie und Solidarität, 1992, S. 23 f. Zum Begriff der Lebenswelt Knoblauch (Fn 5), S. 32.

¹⁰ Gardt, in: Felder/Gardt (Hrsg.), Wirklichkeit oder Konstruktion?, 2018, S. 1, 8.

¹¹ Die Welt als »narratives Zuhause«, so Boothe, Das Narrativ: Biografisches Erzählen im psychotherapeutischen Prozess, 2018, S. 5.

¹² Nach Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1978, S. 41; Luhmann (Fn 8), S. 31 meint »Komplexität«, dass eine Sache/eine Sachrelation mehr Möglichkeiten offenlegt, als vom Individuum erfasst werden können.

¹³ Boothe (Fn 11), S. 18; zum setting vgl. Ballstaedt, Sprachliche Kommunikation: Verstehen und Verständlichkeit, 2019, S. 24 ff.

¹⁴ In diese Richtung bereits Berger/Luckmann, Die gesellschaftliche Konstruktion von Wirklichkeit, 1969, S. 31 ff.; Deppermann, Glaubwürdigkeit im Konflikt, 2005, S. 14. Zum Begriff Strasser, Wirklichkeitskonstruktionen und Rationalität, 1980; zu den Entwicklungslinien sozialkonstruktivistischer Positionen von Glasersfeld, Radical Constructivism: A Way of Knowing and Learning, 1995; Roth, Aus Sicht des Gehirns, 2009; Knoblauch (Fn 5), S. 63 ff.; zur Nutzbarmachung für das Strafverfahren vgl. Gerson, Das Recht auf Beschuldigung, 2016, S. 393 ff.

¹⁵ Statt vieler: Rickheit/Strohner (Fn 8), S. 140 ff. Erklärungsmodel-

Die für das Verständnis erforderliche Zähmung der Kommunikationsströme findet außerhalb des Einflussbereichs des Einzelmenschen über eine kollektiv-initiierte Bündelung zu Sinnkreisen statt. Diese Sinnkreise bilden sprachlich-verdichtete *Erzählkontexte*. In diesen manifestieren sich typische Bilder und Metaphern,¹⁶ die beim Eingeweihten tradierte Bedeutungen anklingen lassen.¹⁷

Verfestigen sich die Erzählkontexte zu kollektiven Glaubenssätzen, lässt sich von *Narrativen* sprechen. Diese zumeist auf einen nationalen Kontext begrenzten Geschichtserzählungen strukturieren das gesellschaftliche Mindset und prägen Handlungsmuster.¹⁸ Das identische Narrativ kann mittels unterschiedlicher Erzählkontexte wirken und je nach Abstraktionsgrad beliebig ausgetauscht werden. Zum Teil beheimatet der identische Lebensbereich sogar diametrale Narrative.¹⁹

Wird unter Nutzung der Sprache, eingekleidet in tradierte Erzählkontexte sowie unter narrativer Prägung schematisch und ritualisiert – d.h. wiederkehrend und nach spezifischen Regeln – diskutiert, verschmilzt die Eingabe des Einzelnen mit der Vielzahl der übrigen Stimmen zum Diskurs. Diskurse sind dabei weit mehr als lediglich Plattformen für Kommunikation. Sie entfalten geltungsstiftende (Mikro-Ebene) und machtsstrukturierende (Makro-Ebene) Wirkung:

Diskurse sind zum einen Schauplätze kommunikativer Rationalität.²⁰ Innerhalb ihrer Grenzen wird über Gefühle und Vernunftvorstellungen gestritten. In Worte gekleidete mentale Konstrukte bilden dabei die Brücke zwischen den Individuen. Ziel der Interaktionen im Diskurs könne im denkbar besten Fall die Erreichung einer »idealen Sprechsituation« sein. Diese liege u.a.²¹ vor, wenn jeder Diskursteilnehmer gleiche Rechte und Möglichkeiten zur Teilnahme am Gesamtprozess innehat. Dieser (sodann) »herrschaftsfreie«²² Diskurs sei nicht mehr äußeren Zwängen, sondern einzig dem »zwanglosen Zwang des besseren Arguments« unterworfen.²³ Solche Diskurse können Transparenz und Konsens erzeugen,²⁴ denn sie leben vom Perspektivenwechsel²⁵ und damit von der »Einsicht in andere

le für Kommunikationsstörungen bei Beavin/Jackson/Watzlawick, *Menschliche Kommunikation*, 2007, S. 53 ff.

¹⁶ Fachsprachlich auch »Tropus« genannt.

¹⁷ Gadinger/Jarzebski/Yildiz, *Politische Vierteljahresschrift* 2014, 67 f.; Stone, Policy Paradox, (1988) 2002, S. 137 ff.; grundlegend Lakoff/Johnson, *Leben in Metaphern*, 1998.

¹⁸ Instruktiv Gadinger/Jarzebski/Yildiz, *Politische Vierteljahresschrift* 2014, 67, 68 ff., 72 ff.; auch als »emplotment« geläufig

¹⁹ So kennt das Themenfeld »sportlicher Wettkampf« sowohl das Narrativ »Dabeisein ist alles« als auch »lieber tot als Zweiter«.

²⁰ Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 44. Zu den Grundlagen der Theorie des kommunikativen Handelns vgl. Knoblauch (Fn 5), S. 87 ff.

²¹ Vertieft zu den formalen Eigenschaften des Diskurses Habermas, FS Schulz, 1973, S. 211, 255; Gril, Die Möglichkeit praktischer Erkenntnis aus Sicht der Diskurstheorie, 1998, S. 74 ff.

²² Habermas, *Kommunikatives Handeln I*, 1981, S. 52.

²³ Habermas, KJ 1987, 1, 13 mit Verweis auf seine Schrift *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, 1983; Habermas, FS Schulz, 1973, S. 211, 240; ähnlich Habermas (Fn 20), S. 279 f.; ihm folgend Alexy, in: *Recht, Vernunft, Diskurs, Studien zur Rechtsphilosophie*, 1995, S. 94, 102.

²⁴ Gottschalk, *Diskursethik*, 2000, S. 32, 33.

²⁵ Kindhäuser, ZStW 107 (1995), 701, 714.

Ansichten«. Durch den freiwilligen Konsens werde der Weg hin zur wahren,²⁶ richtigen und wahrhaftigen²⁷ Entscheidung aufbereitet.²⁸ Diskurse sind andererseits Schmelztiegel kommunikativer Macht. Sie kanalisieren Deutungshoheit und können Tatsachen schaffen. Diese eigenartige »Produktionspotenz« von Diskursen lässt sich simpel veranschaulichen: Wird der Diskurs von konkurrierenden Erzählungen dominiert, ist er *unbestimmt*, was seine Sinnstiftungsfunktion hemmt. Sind die inhärenten Erzählungen hingegen ausgerichtet und abgeglichen (d.h. sind die Regeln, wer in welcher Form wann über welche Themen sprechen darf, normiert), wird der Diskurs *bestimmt* und entfaltet fruchtbarere Wirkungen.²⁹ Er liefert Semantiken, die als Erklärungsbausteine in den gesellschaftlichen Problem-Baukasten eingefügt werden können.³⁰ Haben sich die inneren Schwingkräfte des Kommunikationszusammenhangs zueinander ausgerichtet, bilden sie von den darin verstrickten Akteuren adaptierbare, konformierte *Geschichten*. Da die *Gegenrede* darin strukturell benachteiligt ist, speisen sich auch die Lösungsstrategien für das streitbefangene Objekt aus dem gedanklichen Pool der mehrheitlich vertretenen Geschichten. Der Diskurs definiert so das Sagbare und das Nicht-Sagbare,³¹ er wirkt wie ein sprachlich erzeugter Sinnzusammenhang.³² Aus Deutungsmacht erwächst Gestaltungsmacht.³³ Diskurse produzieren auf diese Weise (kommunikative) Wirklichkeit.³⁴ Wer den Diskurs – und im Besonderen die diskursiven Machttechniken der gesellschaftlichen Institutionen – beherrscht, festigt und legitimiert damit auch seinen Machtanspruch über die Grenzen des Diskurses hinaus.³⁵

b) Über Diskurse im Strafverfahren

(Hypo-)These: Die Streckung der Kommunikation, die Unmöglichkeit des unmittelbaren Erlebens der Vergangenheit mit sprachlichen Mitteln und die einseitige Machtverteilung im Gespräch der Hauptverhandlung

²⁶ Instruktiv zum Wahrheitsverständnis der Diskurstheorie Seel, *Wahrheit im Strafprozess*, 2021, S. 230 ff. Habermas hat Teile seiner früheren Ansätze inzwischen relativiert.

²⁷ So der Dreiklang der Geltungsansprüche nach Habermas, vgl. Gottschalk (Fn 24), S. 5 f.

²⁸ Der Diskurs ist die Prozedur, die den Konsens trägt, vgl. Habermas (Fn 22), S. 71 f.; näher zu den Merkmalen der idealen Sprechsituation Jahn, GA 2004, 272, 281.

²⁹ Foucault, Die Ordnung des Diskurses, 1991, S. 10 ff. Das Wortpaar »bestimmter/unbestimmter Diskurs« taucht bei Foucault nicht auf, sondern entstammt einer eigenen Klassifikation. Zur Entwicklung des Diskurs-Begriffs bei Foucault vgl. Ruoff (Fn 4), S. 114 f.

³⁰ Knoblauch, *Wissenssoziologie*, 2014, S. 211; Knoblauch (Fn 5), S. 264.

³¹ Foucault (Fn 29), S. 10 ff.; Link, *Zeitschrift für Diskursforschung* 2013, 7, 10; Schetsche/Schmied-Knittel, *Zeitschrift für Diskursforschung*, 2013, 24, 26.

³² Ruoff (Fn 4), S. 110. Zugleich ist der Diskurs nach Foucault das, was Denken und Episteme prägt, vgl. Knoblauch (Fn 30), S. 211. Zur Diversität des Diskursbegriffs auch Parr, in: Kammler/Parr/Schneider (Hrsg.), *Foucault Handbuch*, 2020, S. 274 ff.

³³ Näher zum »Regime des Wissens« Knoblauch (Fn 30), S. 213.

³⁴ Schetsche/Schmied-Knittel, *Zeitschrift für Diskursforschung* 2013, 24, 26.

³⁵ Nach Foucault nutzen Institutionen spezifische diskursive Praktiken (Interview, Befragung, Beratung etc.), um Macht auszuüben; vgl. auch Knoblauch (Fn 30), S. 214; zum Machtbegriff Foucaults vgl. Bublitz, in: Kammler/Parr/Schneider (Hrsg.), *Foucault Handbuch*, 2020, S. 316 ff.

»zerbrechen«³⁶ den Diskurs im Strafverfahren.

Im Strafverfahren werden alle Teileinheiten der sozialen Praxis »Diskurs« aktiviert. Auf Makro-Ebene wird über den institutionellen Umgang mit Devianz gestritten. Auf Mikro-Ebene wird über das Vorliegen bzw. Nicht-Vorliegen der Schuld eines mutmaßlichen Täters diskutiert. In beiden Fällen handelt es sich um Geschichtserzählungen über das gesellschaftliche Phänomen der »Kriminalität«. Dieser narrative Charakter durchzieht das Strafverfahren bis in die Formalitäten des Urteils. Dabei sind erhebliche Reibungsverluste zu beobachten:

Es beginnt mit dem erneuten Unterschätzen der Sprache. Sprache tritt innerhalb juristischer Verfahren in einer Doppelrolle auf: Zum einen bedient sich jeder Akteur der Alltagssprache, um sich auszudrücken. Zum anderen nutzen die professionellen Akteure die juristische Fachsprache, die – ähnlich einer zweiten Deutungsebene – über die alltagsprachliche Beschreibung gelegt wird.³⁷ Diese normative (Be-)Wertung verkürzt den Zugang zum Tatsächlichen erheblich.³⁸

Hinzu kommt die in weiten Teilen und aus mehreren Gründen »unnatürlich« praktizierte Kommunikation. Die Kommunikation im Prozess ist pathologisch,³⁹ da sie »gestreckt« ist. Die

Streckung gründet auf der Asynchronität des Austausches, der zudem in den für den Erkenntnisprozess wesentlichen Phasen verschriftlich verläuft. Der Großteil der den späteren Ausgang des Verfahrens (vor-)prägenden Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens⁴⁰ wird schriftlich in der Ermittlungsakte fixiert. Erst wenn es nach Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 203 StPO) tatsächlich zu einer mündlichen Hauptverhandlung kommt,⁴¹ treten die Maximen der Unmittelbarkeit (u.a. §§ 226 Abs. 1, 250, 261 StPO) und der Mündlichkeit (insbesondere § 261 StPO) in den Vordergrund. Nach dem Mündlichkeitsprinzip muss der Prozessstoff in der Hauptverhandlung *besprochen* werden.⁴² Es soll – in artifizierender Atmosphäre – *nacherzählt* werden, was sich aus den schriftlichen Akten bereits ergibt. Das führt zu dem Kuriosum, dass die durch asynchrone schriftliche Vorprägung verfestigten Vorurteile⁴³ mittels synchroner Besprechung abgeglichen werden sollen. Ein solches Vorgehen führt unweigerlich in die Spiralen des Perseveranz-Effektes.⁴⁴

Hinzu kommt die beschränkte Funktionalität einer

³⁶ Begriff nach Rottleuthner, KJ 1971, 60, 83.

³⁷ Instruktiv Strauch, Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 2017, S. 336 ff.; zu weiteren Verstehensproblemen vgl. Fabricius, FS Hassemer, 2010, S. 37, 39 f.

³⁸ Vertieft hierzu Gerson (Fn 7), S. 153, 163 f.

³⁹ Rottleuthner, KJ 1970, 60, 83; Bung, StV 2009, 430, 431: »strukturell asymmetrisches Kommunikationssystem«; ebenso Strauch (Fn 37), S. 335, 347.

⁴⁰ Zur vorprägenden Wirkung des Ermittlungsverfahrens vgl. nur Schlegel/ Wohlers, StV 2012, 307; Wohlers, StV 2007, 376; Ambos, ZStW 115 (2003), 583; Müller-Dietz, ZStW 93 (1981), 1177, 1220; Jahn, ZStW 115 (2003), 815, 822 f.

⁴¹ Was statistisch gesehen nicht mehr dem Regelfall entspricht.

⁴² Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 2017, § 16 Rn 1.

⁴³ Zu den Folgen der Nutzung dieser »hermetischen Texte« Gerson (Fn 7), S. 153, 165 ff.

⁴⁴ Grundlegend Schünemann, StV 2000, 159, 160; Schünemann, FS Kühne, 2013, S. 361, 363 f.

mündlichen Hauptverhandlung als Ort der Vergangenheitsrekonstruktion: Erst die bewusste Wahrnehmung von *sprachlich eingebetteten* Handlungssträngen ermöglicht es, Vergangenheit »erzählbar« zu machen.⁴⁵ Hierbei werden sowohl Alltagssprachliche als auch fachspezifische Erzählkontexte und Narrative aus gemeinsamer kultureller Gewohnheit und Sozialisierung wirksam.⁴⁶ Juristische Verfahren sind dabei durch eine unüberbrückbare zeitlich-räumliche Distanz zum streiterheblichen Ereignis gekennzeichnet. Vereinfacht ausgedrückt: Die zur Entscheidung über den Sachverhalt Berufenen haben diesem nicht selbst beigewohnt. Daher ist schlichtweg ausgeschlossen, dass sie *unmittelbar* erfahren, was sich tatsächlich zugetragen hat. Die dennoch bemühte Reproduktion von Vergangenheit⁴⁷ verläuft ausschließlich mittels sprachlich gestützter mentaler Schleifen des Interpretierens und Komprimierens von Erinnerungen Dritter. Vergangenheitsrekonstruktion wird so zur *Vergangenheitsverfälschung*.⁴⁸ Das durch Verschriftlichung bereits einseitig vorgeprägte Bild der mutmaßlichen Handlungen wird durch den in der Hauptverhandlung geführten Diskurs somit nicht etwa behoben, sondern weiter verzerrt.

Durchsetzt wird der Diskurs der Hauptverhandlung überdies durch die von der StPO vorgegebene Machtverteilung. Das Gericht dominiert das Verfahren, da es sowohl über die formalen Abläufe als auch über das Erkennen in der Sache autonom entscheidet (§§ 212 ff., 238 StPO).⁴⁹ Das konstituiert für die unterworfenen Akteure (in erster Linie den Angeklagten, aber auch die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung) eine *Zwangskommunikation*. Eine solche unterscheidet sich von einer symmetrischen Kommunikation dadurch, dass sie sich nicht frei und sozialtypisch entwickelt, sondern institutionalisiert und verzerrt verläuft.⁵⁰ Exponiertes Merkmal einer Zwangskommunikation ist, dass dem Betroffenen die Würdigung seiner Äußerungen nicht mitgeteilt wird.⁵¹

2. Konflikte

a) Allgemeine Bedeutung und Funktion

Der Begriff »Konflikt« (in etwa: »sich treffen«) beschreibt einen statischen Zustand der Spannung.⁵² Man bezeichnet damit nach allgemeiner Auffassung eine – von mindestens einem Akteur – als emotional belastend und/oder sachlich inakzeptabel empfundene Interaktion, die durch eine Unvereinbarkeit der Interessen und Ziele, des Verhaltens sowie der Annahmen

und Haltungen der Beteiligten gekennzeichnet ist.⁵³ Isoliert oder kombiniert einsetzbare Lösungsstrategien für Konflikte sind Flucht, Kampf, Unterordnung, Delegation, Kompromiss und Konsens. Ein Konflikt muss nicht immer negative Effekte nach sich ziehen. Erfolgt er nach bestimmten Regeln, kann auch er – wie der *bestimmte* Diskurs – produktive Kräfte entfalten.

Konflikte verlieren diesen produktiven Regelbezug, wenn sie von einem nicht überbrückbaren Gefälle beherrscht werden oder emotional aufgeladen sind. Vor allem in Verteilungs- und Machtkonflikten,⁵⁴ die durch ungleichen Ressourcenzugang geprägt sind, spielen Gefühle des »Zu-kurz-Kommens« und der »(Un-)Gerechtigkeit« eine wesentliche Rolle.⁵⁵ Diese emotiven Lagen finden ihren Ursprung oft in der Art und Weise, wie im und über den Konflikt *gesprachen* wird: Je pathologischer die Kommunikation des Konflikts, desto emotionaler und persönlicher wird es.⁵⁶ Die Akteure bleiben auf der Beziehungsebene gefangen und finden nicht (mehr) auf die Sachebene zurück.⁵⁷ Differenzen auf der *Sachebene* sind durch rationale Erwägungen regelmäßig behebbar oder lösen sich auf, wenn aufgrund positiver emotionaler Beziehungen die Bereitschaft zur Überwindung des Konflikts besteht.⁵⁸ Differenzen auf der *Beziehungsebene* lassen sich hingegen meist erst dadurch lösen, dass zumindest eine Partei sich bereit erklärt, das eigene Verhalten zu ändern.⁵⁹

b) Über Konflikte im Strafverfahren

(Hypo-)These: Aufgrund des zerbrochenen Diskurses des Strafverfahrens wird der Konflikt in der Sache durch einen Konflikt über die Form überlagert.

Juristische Verfahren zerfallen in Meinungsverschiedenheiten *in der Sache* und solche über die Form. Die Wechselbeziehung von Strafverfahren und Konflikt liegt dabei auf der Hand: Schon die Straftat als Anlass des Verfahrens ist ein (mutmaßlicher) Konflikt aus der Vergangenheit, der von Seiten des Staates in die Gegenwart geholt wird. Da es sich um einen institutionalisierten Streit *in der Sache* handelt, sind die professionellen Protagonisten an sich ideal dafür geeignet, diesen zu lösen. Hier wirkt jedoch eine zumeist übersehene Wechselbeziehung zwischen Diskurs und Konflikt in die Abläufe hinein: Die Krux liegt darin, dass der zerbrochene Diskurs des Strafverfahrens (dazu II.1.b)) selbst auch konfliktbeladen ist, denn vieles bleibt darin *unausgesprochen*. Es handelt sich dabei mehrheitlich um Meinungsverschiedenheiten über die *Form* des Miteinander-Sprechens. Der ungleiche Zugang der Beteiligten zu den Ressourcen »Wirksamkeit« und »Entscheidungsgewalt« führt zu erheblichen Spannungen. Bleiben diese während der Behandlung

des Sachkonflikts unaufgelöst, kann der (gefühlte) Konflikt der Akteure über die Durchführung des Diskurses – sprich: über die Form – den (echten) Konflikt in der Sache überlagern.⁶⁰

3. Wahrheitsfindung

a) Allgemeine Bedeutung und Funktion

Der Diskurs über die »Wahrheit« zeichnet sich durch seine Unübersichtlichkeit aus.⁶¹ Zwei diametrale Strömungen stecken den Deutungsrahmen ab:

Die Korrespondenztheorie (und deren Spielarten) postulieren, dass subjektive Aussagen genau dann »wahr sind«, wenn sie mit den objektiven Tatsachen der Welt übereinstimmen (*adaequatio rei et intellectus*).⁶² Pragmatische/Deflationistische Wahrheitsverständnisse⁶³ definieren Wahrheit hingegen als Produkt von Interaktionsprozessen. Das gemeinsam Gefundene könne so lange »als wahr gelten«, wie es einstimmend als unwiderlegt oder tauglich bestimmt und daher aufrechterhalten werde.

Die Korrespondenztheorie bietet zwar eine griffige Definition, bestimmt dadurch allerdings nur, was Wahrheit *ist*, nicht hingegen, wie sie gefunden werden kann.⁶⁴ Gegen pragmatische Verständnisse der Wahrheit spricht die Volatilität der auf diese Weise generierten Ergebnisse. Wenn alles verhandelbar und lediglich »Kompromiss« wäre, würde alles relativ und verlöre jede Deutungskraft.⁶⁵ Zuzugestehen ist den pragmatischen Näherungsansätzen allerdings, dass sie das Streben nach Wahrheit zutreffend als eine *soziale Praktik* begreifen. Ohne den kommunikativen Abgleich mit anderen kann das Individuum nicht überprüfen, ob es Wirklichkeit erkennt oder nur einem subjektiven Wahn folgt.

Beide Deutungen verfehlen jedoch den Kern des Problems, das in der Sache ein epistemisches ist: Die »absolute Wahrheit« ist dem Individuum aufgrund der subjekthaften Konstruktion »seiner« Wirklichkeit überhaupt nicht zugänglich. Es existiert zwar eine »absolute Wahrheit« – nur könnte sie niemand, selbst bei ihrem »Finden«, als solche identifizieren. Das Bewusstsein konstruiert »Wahrheit« zwar nicht umfassend, aber es bildet sich eine zutiefst subjektive Meinung zu (tatsächlich) Erlebtem und fällt Urteile darüber. Es kann somit letztlich nur darum gehen, sich an der (vermeintlichen) Wirklichkeit zu *orientieren* und diese systematisch zu *hinterfragen*. Eine treffendere Beschreibung für Bestrebungen, Wahrheit zu »finden«,

ist daher »Wahrheitssuche«, da hierdurch zwar eine Stoßrichtung der Bemühungen bekundet, gleichzeitig aber deutlich wird, dass der angestrebte »Erfolg« in der Regel nicht einlösbar ist.⁶⁶

b) Über die Wahrheitsfindung im Strafverfahren

(Hypo-)These: Der zerbrochene Diskurs und die dadurch bedingten Konflikte über die Form verhindern das gemeinsame und systematische Finden eines Ergebnisses, das »wahr ist« bzw. als »wahr gelten« kann.

Das Strafverfahren *nach den geschriebenen Regeln* der StPO bekennt sich weder ausdrücklich noch korrespondenztheoretischen noch zum pragmatischen Verständnis von Wahrheit.⁶⁷ Die dem Gericht nach § 244 Abs. 2 StPO auferlegte Pflicht zur »Erforschung der Wahrheit« ist zwar eines der zentralen Anliegen des Strafprozesses und in Hinblick auf das materielle Schuldprinzip nicht verhandelbar.⁶⁸ Maßgeblicher Ausdruck dieser »Wahrheitserforschungspflicht« ist aber nicht das »Finden« der Wahrheit,⁶⁹ sondern das Erfordernis einer erschöpfenden Stoffsammlung⁷⁰ in Bezug auf die angeklagte Tat.⁷¹ Der in § 244 Abs. 2 StPO formulierte Untersuchungsgrundsatz⁷² beantwortet dem Gericht daher, sich der Wahrheit »im Rahmen des von Recht und Gesetz eingeräumten Spielraums«⁷³ möglichst exakt *anzunähern*. Es muss eine Erkenntnisgrundlage aufbereiten, aufgrund derer es seine Entscheidung »in rechtsstaatlich verantwortlicher Weise«⁷⁴ treffen kann.⁷⁵ Eine Wahrheitsermittlung »um jeden Preis« ist dabei weder gewollt, noch rechtsstaatlich zulässig.⁷⁶ Das Füllstück zur Wahrheitssuche bildet sodann § 261 StPO. Das Gericht hat nach seiner »freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung« über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu entscheiden. »Überzeugung« meint die subjektive Gewissheit des Richters von der objektiven

⁴⁵ Sauer, in: Haß-Zumkehr (Hrsg.), Sprache und Recht, 2002, S. 100, 110; allgemein auch Boothe (Fn 11), S. 6.

⁴⁶ Sauer (Fn 45), S. 100, 106.

⁴⁷ Kühne, GA 2008, 361, 364.

⁴⁸ Gerson, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Psychologie des Strafverfahrens, 2020, S. 185, 207 f.

⁴⁹ Exemplarisch BVerfG NJW 1981, 1719, 1723.

⁵⁰ Rommerskirchen, Prekäre Kommunikation, 2011, S. 185.

⁵¹ Auch die Einfügung des § 257b StPO durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (BGBl I 2009, S. 2353) hat an diesem Zustand nur geringfügig etwas ändern können; optimistischer der »Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens« (Oktober 2015), S. 118 ff.

⁵² Diskurs hingegen bedeutet »hin- und hergehen«.

⁵³ Schrader, Was ist ein Konflikt? (17.7.2018), in: Bundeszentrale für politische Bildung (Dossier: innerstaatliche Konflikte); Elwert, Anthropologie der Konflikte, 2004, S. 26; Meyer, Konfliktregelung und Friedensstrategien, 2011, S. 29 f.

⁵⁴ Zu weiteren Formen Elwert, Anthropologie der Konflikte, 2004 (Fn 53), S. 26, 29 ff.

⁵⁵ Gerson, GVRZ 2020, 9. Emotionen sind nach Elwert (Fn 53), S. 26, 32 zumeist nicht Ursache, sondern Folgen eines Konflikts.

⁵⁶ Instruktiv Meyer (Fn 53), S. 61 ff.

⁵⁷ Plastisch das »Kommunikationsquadrat« bei Schulz von Thun, Miteinander Reden, Band 1, 1981, S. 25 ff.

⁵⁸ Meyer (Fn 53), S. 67.

⁵⁹ Meyer (Fn 53), S. 68.

⁶⁰ Daraus können z.B. »zeitlich aufwendige, letztlich häufig ergebnislose Rechtsgefechte« resultieren, vgl. Bericht der Expertenkommission (Fn 51), S. 113 f.

⁶¹ Umfassend zum Folgenden bereits Gerson (Fn 48), S. 185 ff.; Feichtlbauer, Verständigung als Fremdkörper im deutschen Strafprozess?, 2021, S. 179 ff.

⁶² Gedankliche Begründer sind Aristoteles, Thomas von Aquin und Kant (str.). Aus neuerer Zeit Tarski, in: Skirbekk (Hrsg.), Wahrheitstheorien, S. 140 ff.; vgl. zu diesen Ansätzen instruktiv Seel (Fn 26), S. 154 ff.

⁶³ Vgl. grundlegend James, Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking, 1907, sowie die Arbeiten von Peirce, Dewey, Mead, Rorty, Brandom. Die »Konsensustheorie der Wahrheit« (Vertreter u.a.: Apel, Habermas, Lorenzen) fällt ebenso darunter.

⁶⁴ Jahn/Schmitt-Leonardy, GS Hruschka, 2019, S. 571, 574.

⁶⁵ Heftige Kritik bei Russel, in: Skirbekk (Hrsg.), Wahrheitstheorien, S. 59, 62: »subjektivistischer Wahnsinn«.

⁶⁶ Bzw. »Wahrheitsfindungsmethode«, vgl. Gerson (Fn 48), S. 185, 204 ff.

⁶⁷ Gegen die Korrespondenztheorie u.a. Gutmann, in: Fischer (Hrsg.), Beweis, 2019, S. 10, 20; Paulus, FS Spindel, 1992, S. 687 ff.: für das Strafverfahren logisch untauglich; MüKo-StPO/Kudlich, 2016, Einleitung Rn 7; a.A. Radtke, FS Schreiber, 2003, 378 ff.; Metz, ZStW 133 (2021), 447 ff.; a.A. mit gewichtigen Gründen auch LR-StPO/Stuckenberg, 2021, § 257c Rn 9 Fn 106. Zudem sei rechtliche Kommunikation ohne Tatsachenbehauptungen mit Wahrheitsanspruch i.S. eines naiven externen Realismus nicht möglich, vgl. Stuckenberg, GA 2016, 689, 696 m.w.N. Zuzugestehen ist, dass der Begriff »materielle Wahrheit« zumindest in der Rechtsprechung etabliert ist, vgl. nur BVerfG NJW 2009, 1469, 1475, 1478; NJW 2013, 1058, 1068; vgl. aber auch SSW-StPO/Beulke, 2020, Einleitung Rn 7; Roxin/Schünemann (Fn 42), § 10 Rn 1, § 15 Rn 3. Überblick zur Entwicklung des Wahrheitsbegriffs in der RStPO und im Dritten Reich bei Seel (Fn 26), S. 58 ff., 83 ff.

⁶⁸ Vgl. nur BVerfG NJW 1981, 1719, 1722; NJW 2003, 2444 ff.; BGHS 1, 94, 96.

⁶⁹ In diese Richtung auch Weyrich, Strafrecht und Rechtswirklichkeit, 2021, S. 233 m.w.N.: »Wahrheit als Zwischenziel«.

⁷⁰ KK-StPO/Krehl, 2019, § 244 Rn 28.

⁷¹ BVerfG NJW 2003, 2444, 2445: »Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung«; LR-StPO/Becker, 2019, § 244 Rn 40; KK-StPO/Krehl, 2019, § 244 Rn 28.

⁷² Auch »Inquisitionsprinzip« oder »Instruktionsmaxime«, vgl. SK-StPO/Frister, 2015, § 244 Rn 10; LR-StPO/Becker, 2019, § 244 Rn 1, 39.

⁷³ KK-StPO/Krehl, 2019, § 244 Rn 28.

⁷⁴ AnwK-StPO/Sommer, 2010, § 244 Rn 21.

⁷⁵ SSW-StPO/Schluckebier, 2020, § 261 Rn 15.

⁷⁶ Vgl. statt vieler BGH NJW 1960, 1580, 1582; NJW 1983, 1570, 1571; Stamp, Die Wahrheit im Strafverfahren, 1998, S. 84 ff. m.w.N.; Theile, NSZ 2012, 666; Albrecht, NSZ 1983, 486, 487.

Wahrheit der entscheidungserheblichen Tatsachen.⁷⁷ Für die »Gewissheit« genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht zulässt.⁷⁸

Die Wechselbeziehung aus §§ 244 Abs. 2 und 261 StPO legt mithin die Tektonik der richterlichen Entscheidungsfindung offen und zeigt auf, dass in der StPO eine *Methode* beschrieben wird, auf welche Weise und zu welchen Zwecken die Wahrheit im Strafverfahren gesucht werden soll.⁷⁹ Die »Erforschung der Wahrheit« dient der Legitimation der zu findenden Entscheidung.⁸⁰ Die *Wahrheit des Strafverfahrens* entspricht damit einer »privaten Wahrheit« des Gerichts.⁸¹ Es geht um »Bilder im Kopf« der zur Entscheidung Berufenden.⁸² Das Verfahren soll die Ungewissheit des Gerichts entkräften und die durch das Verfahren *hergestellte Wirklichkeitsauffassung* über die Schuldfrage stabilisieren.⁸³

An dieser Stelle nun wirken die Störungen der Kommunikation und des Konfliktverhaltens am deutlichsten auf das Verfahren ein: Ist der Diskurs zerbrochen und wird dadurch vermehrt über die Form des Konflikts (d.h.: den Verfahrensablauf) und nicht über dessen Ursache (d.h.: die angeklagte[n] Tat[en]) gesprochen (dazu II.2.a) und b)), entfaltet dies unmittelbare Konsequenzen für die Befähigung des Gerichts zur Wahrheitsuche: Je weniger diese unter Einbeziehung aller Akteure erfolgt, desto weiter verlagert sich die Deutungshoheit und Entscheidungsmacht über den Streit stehenden Sachverhalt auf die Seite des Gerichts. Die dadurch provozierte *isolierte Deutung der Vergangenheit* ist schon aus sozialpsychologischen Gründen heraus weit entfernt von dem in § 244 Abs. 2 i.V.m. § 261 StPO definierten Gebot, der Entscheidung eine ausgewogene Entscheidungsgrundlage aufzubereiten.

Zwischenergebnis

Gesamt(hypo)these: Die gestreckte Kommunikation im Strafverfahren zerbricht den Diskurs der Beteiligten. Dadurch entstehen vermehrt Konflikte über die Durchführung des Prozesses (Formkonflikte auf Beziehungsebene), die den Konflikt in der Sache überlagern können. Eine *gemeinsame* Wahrheitsuche in der Art einer effektiven Zuarbeit aller professionellen Beteiligten für die nach § 244 Abs. 2 i.V.m. § 261 StPO erforderliche Überzeugungsbildung des Gerichts wird dadurch erschwert.

III. Alternativszenarien und ihre Grenzen

Der Fokus liegt im Folgenden auf einer kursorischen Darlegung einiger umstrittener Alternativen zum bisherigen Diskursmodell.⁸⁴

1. Alternative Diskursformen

a) Entschlackung und Beschleunigung?

Die Streckung der Kommunikation ist ein wesentlicher Störfaktor, der die Produktivität des strafprozessualen Diskurses hemmt und dadurch auch die Konfliktlösung und die Wahrheitssuche beeinträchtigt (s.o. II. 1. bis 3.). Demnach scheint eine Verkürzung der Dauer des Verfahrens (mehr Diversion, verkürzte Verfahrensabläufe) – abstrakt betrachtet – der Kommunikation zunächst zuträglich.⁸⁵ Eine radikale Entschlackung der Abläufe löst die Probleme des zerbrochenen Diskurses allerdings nicht nachhaltig. Zur Erhaltung der ebenso bedeutsamen Legitimationskraft eines Verfahrens⁸⁶ ist erforderlich, dass Entscheidungen abgewogen und von der beschwerten Partei effektiv angefochten werden können.⁸⁷ Revisibilität und Korrigierbarkeit sind maßgebliche Umstände, wenn es um die Bewertung der »Fairness« von Abläufen geht.⁸⁸ Demnach ist durch Erhöhung der Geschwindigkeit nicht allzu viel gewonnen.⁸⁹

b) Wegfall der Aktenkenntnis des Gerichts?

Ginge das Gericht »wie ein weißes Blatt Papier« ins Hauptverfahren, wären durch das Aktenstudium bedingte Perseveranzeffekte ausgeschlossen. Zudem würde die Bedeutung der Kommunikation in der Hauptverhandlung potenziert. Dagegen spricht nur geringfügig, dass dem Gericht in diesen Fällen keine effektive Vorbereitung der Hauptverhandlung i.S.d. §§ 212 ff. StPO mehr möglich wäre und die Verhandlungsleitung (§ 238 StPO) erschwert würde.⁹⁰ Problematisch ist eher, dass mit fehlender Aktenkenntnis eine nicht gewollte Überhöhung der Rolle und Entscheidungsmacht der Staatsanwaltschaft einherginge. Da die Kenntnis des Gerichts vom Akteninhalt durch das Bundesverfassungsgericht zudem als (Vor-)Bedingung der Wahrheitsuche angesehen wird,⁹¹ erscheint dieser Vorschlag kaum umsetzbar.

c) Erweiterung der Verständigung auf »fact bargaining«?

Es soll an dieser Stelle nicht darum gehen, alle Webfehler des § 257c StPO zu besprechen.⁹² Der Schwerpunkt soll indes darauf gerichtet werden, ob ein qualitatives »Mehr« an Diskurs auch ein inhaltliches »Mehr« an Verständigung bedeuten muss und *vice versa*.

Seit der Einfügung (und bis heute) ist umstritten, ob durch § 257c StPO die *Konsensmaxime* als weiterer Grundsatz neben der Amtsaufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO und dem Grundsatz der richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO in die StPO integriert wurde.⁹³ Eine damit verbundene, hoch kontroverse Frage ist die nach der Zulässigkeit des vereinbarten Verzichts auf Beweiserhebungen als zulässiger Verständigungsgegenstand i.S.d. § 257c Abs. 1 StPO. Versteht man die Amtsaufklärungspflicht nach § 257c Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO absolut, wäre ein Unterlassen weiterer Beweiserhebungen *aufgrund einer Vereinbarung* ausgeschlossen.⁹⁴ Ein Bekenntnis zur *Konsensmaxime* würde dieses *fact bargaining* hingegen ohne großräumige Gefährdung der Gesamtstrukturen ermöglichen,⁹⁵ da auf diese Weise eine Vereinbarung über die Frage der »Bedeutung« einer Beweistatsache i.S.d. § 244 Abs. 2 StPO möglicher Gegenstand einer Verständigung sein könnte.⁹⁶

Ob durch die Zulassung von Vereinbarungen über die Beweiserhebung wirklich »Handel mit der Gerechtigkeit« getrieben wird, sei dahingestellt.⁹⁷ Jedenfalls ist es ein »Handel mit der Wahrheit«, der aus der hier angelegten Perspektive nur dann eingegangen werden sollte, wenn er dazu beiträgt, den Diskurs zu verbessern. Davon ist jedoch nicht auszugehen. Wird der mögliche Verständigungsgegenstand erweitert, vergrößert sich zwar zunächst der Diskussionsraum, was der Produktivität des Diskurses zuträglich ist. Zugleich geht *fact bargaining* mit einer vollständigen Entgrenzung des Wahrheitsbegriffes einher, der dadurch weiter in Richtung eines rein pragmatischen Verständnisses verschoben würde (»wahr ist, worauf man sich einigt«). Das allein ist zwar noch nicht problematisch, denn die Wahrheit des Strafverfahrens

ist ohnehin ein kooperativ hergestelltes *Produkt* (s.o. II.3.b)). Funktionieren kann ein solches Herangehen aber nur im Rahmen eines echt »herrschaftsfreien« Diskurses, denn dort obsiegen stets Rationalität und der zwanglose Zwang des besseren Arguments. Bleibt es hingegen bei der subordinativen Ausprägung der Hauptverhandlung, würde die Ermöglichung eines umfassenden *fact bargaining* die interne Machtverteilung vollends zugunsten des Gerichts verschieben.⁹⁸ Dieses könnte bei der Auslotung einer Verständigung zwischen der Pflicht zur *umfassenden* Durchführung einer Beweiserhebung (bei streitiger Verhandlung) und der Möglichkeit einer *konsensual vereinbarten Beschränkung* derselben (bei Verständigung) changieren, also entweder »langwierig« die Schuld bejahen oder sich von der identischen (!) Bewertung »verkürzt« Gewissheit verschaffen. Der Beschuldigte hingegen hätte nur »sich selbst« (in Form eines Geständnisses) anbieten, um trotz sicherer (!) Verurteilung wenigstens Strafabatt zu erlangen. Das käme einer Unterwerfung des Beschuldigten durch »Aufzeigen der Beweissche-re« gleich.

Die effektive Einführung des *fact bargaining* ist daher nicht allein von der Akzeptanz der *Konsensmaxime* abhängig, sondern erfordert *als Vorbedingung* die Abmilderung der strukturell-asymmetrischen Kommunikation des Strafverfahrens. Eine entsprechende Ausweitung der zulässigen Verständigungsgegenstände des § 257c StPO wäre daher kein Mittel zur Verbesserung des Diskurses,⁹⁹ sondern allenfalls eine nachrangige Folge, sofern der Diskurs bereits ausgeglichen und partizipativ (dazu sogleich III.1.e)) ausgestaltet wurde.

d) »Herrschaftsfreier« Diskurs?

Einer Hinwendung zum »herrschaftsfreien Diskurs« bedarf es nicht.¹⁰⁰ Dass dieser in Reinform in einem subordinativen Strafverfahren nicht integriert werden kann, ist trivial.¹⁰¹ Zutreffend ist auch, dass der Diskurs allein kein fundiertes, selbstständiges Konzept der Gerechtigkeit bieten oder ein solches ersetzen könnte.¹⁰² Der Diskurs *als Methode* ist gleichwohl keine romantische Utopie, sondern stellt ein effektives Instrument zur kommunikativen Produktion tragfähiger Ergebnisse – auch im Strafverfahren – dar.¹⁰³

e) Partizipatorisches Verfahren?

Zwar müssen zur Etablierung des – im Vergleich zur herrschaftsfreien Ausprägung abgemilderten – *praktischen* Diskurses¹⁰⁴ nicht alle subordinativen Elemente

⁷⁷ KK-StPO/Ott, 2019, § 261 Rn 2 m.w.N.; LR-StPO/Sander, 2021, § 261Rn 7, 14.

⁷⁸ St. Rspr., vgl. nur BGH StV 1994, 580 f.; NSStz-RR 1999, 332, 333; NSStz 2012, 110, 111.

⁷⁹ Vertiefend Gerson (Fn 48), S. 185, 204 ff.; ebenso Seel (Fn 26), 174 f.

⁸⁰ Instruktiv SSW-StPO/Sätzele, 2020, § 244 Rn 33 ff.

⁸¹ Schünemann, FS Kühne, 2013, S. 361, 367.

⁸² Seel (Fn 26), S. 179 unter Bezug auf Wittgenstein.

⁸³ Treffend Trentmann, ReWi 2018, 332, 347; ebenso Seel (Fn 26), S. 395.

⁸⁴ Aus Platzgründen sind Alternativmodelle zum »Konflikt« ausgespart. Hier könnte über eine De-Regulierung der Befangenheitsgesuche nach §§ 24 ff. StPO sowie des Beweisantragsrechts nach § 244 Abs. 3 bis 6 StPO nachgedacht werden. Auch eine Hinwendung zum adversatorischen Verfahrensstil wäre zu diskutieren.

⁸⁵ Vgl. hierzu auch Alternativentwurf »Abgekürzte Strafverfahren« GA 2019, 1 ff.; Besprechungen hierzu von Hüls, KriPoZ 2019, 159 ff.; Schmoller, GA 2019, 270 ff.

⁸⁶ Grundlegend Luhmann (Fn 12), S. 87, 116.

⁸⁷ Köhnken, FS Eisenberg, 2019, S. 49, 52 m.w.N.; Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 159 f.; Machura, Fairness und Legitimität, 2001, S. 80 ff.

⁸⁸ Instruktiv zur *procedural justice* vgl. Thibaut/Walker, *Procedural Justice*, 1975; Lind/Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, 1988, S. 93 ff.; Köhnken, FS Eisenberg, 2019, S. 49 f.; zur Nutzbar-machung für das Strafverfahren Gerson, GVRZ 2020, 9 Rn 9 ff.

⁸⁹ Entkriminalisierung im Bereich der Bagatelldelinquenz würde Ressourcen freigeben, was die Geschwindigkeit der Abläufe insgesamt erhöhen würde.

⁹⁰ Gerade die technische Vorbereitung (Terminierung, Ladung der Zeugen etc.) wäre durch organisatorische Umschichtung anders regelbar.

⁹¹ Sehr deutlich BVerfG NJW 1981, 1719, 1723.

⁹² Zur umfassenden Kritik vgl. statt vieler LR-StPO/Stuckenberg, 2021, § 257c Rn 1 ff. m.w.N.; zur Frage der Kompatibilität mit dem deutschen Strafprozessrecht instruktiv Feichtlbauer (Fn 61), S. 72 ff.; zur Zukunft der Regelung Kudlich, ZRP 2021, 81 ff.

⁹³ MüKo-StPO/Jahn/Kudlich, 2016, § 257c Rn 43 ff. m.w.N.; Kudlich, ZRP 2021, 81, 82 ff.; König, NJW 2012, 1915; diff. Weyrich (Fn 69), S. 270 ff. Kern einer Verfahrensverständigung ist eine aufgrund des Geständnisses »abgemilderte« Amtsaufklärungspflicht, vgl. auch Knauer/Lickleder, NSZ 2012, 366, 367; Jahn/Müller, NJW 2009, 2625, 2631; gegen eine Vereinbarkeit der *Konsensmaxime* mit der StPO u.a. Rönnau, ZIS 2018, 167, 170; Fischer, StraFo 2009, 177, 181; Murmann, ZIS 2009, 526, 532; Duttge, ZStW 115 (2003), 539, 541 ff.; Schünemann, ZStW 114 (2002), 1, 26 ff.; Schünemann, GA 2006, 378, 382; Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 303; ferner BT-Drucks 16/12310, S. 13.

⁹⁴ LR-StPO/Stuckenberg, 2021, § 257c Rn 9: »verfassungswidrig«.

⁹⁵ So insbesondere MüKo-StPO/Jahn/Kudlich, 2016, § 257c Rn 113; Kudlich, ZRP 2021, 81, 83. Dagegen allerdings BVerfG NJW 2013, 1058, 1068; vgl. ferner BGH NSStz 2014, 170 m. krit. Anm. Jahn; NJW 2014, 872, 873: Prüfung des Geständnisses im Strengbeweisverfahren.

⁹⁶ Jahn, ZStW 118 (2006), 427, 441 ff.; dagegen LR-StPO/Stuckenberg, 2021, § 257c Rn 10, 33 (auch gegen *charge bargaining*); SSW-StPO/Ignor/Wegner, 2020, § 257c Rn 57.

⁹⁷ So ausdrücklich BVerfG NJW 2013, 1058, 1068; LR-StPO/Stuckenberg, 2021, § 257c Rn 7.

⁹⁸ Sehr kritisch LR-StPO/Stuckenberg, 2021, § 257c Rn 3: »Rückkehr zur Kadijustiz«; »Prinzipienvergessenheit«.

⁹⁹ MüKo-StPO/Jahn/Kudlich, 2016, § 257c Rn 113 konturieren daher keine pauschale, sondern eine einzelfallabhängige Handhabe.

¹⁰⁰ Aus der Vielzahl der ablehnenden Stimmen vgl. nur Greco, GA 2016, 1, 11; Sacher, FS Schünemann, 2014, S. 957, 962 ff. Zum Teil liegt das (wohl auch) an der uneinheitlichen Linie des Diskursverständnisses von Habermas, vgl. hierzu Gottschalk (Fn 24), S. 176 f.

¹⁰¹ Überzeugend MüKo-StPO/Kudlich, 2016, Einleitung Rn 173.

¹⁰² Engländer, Diskurs als Rechtsquelle?, 2002, S. 88 ff., S. 94 f.

¹⁰³ Jahn, in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit, Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren, Loccum Protokoll 09/11, 2011, S. 117, 121 ff.

¹⁰⁴ Die Kommunikation im Strafverfahren und im Besonderen in der strafprozessualen Hauptverhandlung kann als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses verstanden werden, vgl. Jahn, ZStW 118 (2006), 427, 455 ff.; Jahn (Fn 103), S. 117, 122; Jahn, FS Kirch-

Klarheit im Strafrecht.

aus dem Ablauf entfernt werden. Kompensiert werden müssten aber jedenfalls solche Hürden, die das Einbringen von schützenden Inhalten seitens der strukturell schwächer positionierten Akteure über Gebühr erschweren.

Eine grundlegende Konzeptionierung eines in dieser Art »partizipatorischen Verfahrens« hat *Jahn* erarbeitet.¹⁰⁵ Partizipation müsse dabei als strukturgebendes Element verstanden werden, das die Teilhaberechte des Beschuldigten und seines Verteidigers im Sinne der Förderung des Verfahrens einbeziehe.¹⁰⁶ Es gehe um die Installation eines *Procedere*, durch das die »Objektstellung des Beschuldigten endgültig überwunden« werde.¹⁰⁷ »Programmatischer Nukleus« ist die Stärkung von Anhörungs-, Beteiligungs- und Mitentscheidungsrechten, was einen Zugewinn an Legitimation und Rationalität der Entscheidungsfindung bewirken soll.¹⁰⁸ Partizipatorische Maßnahmen setzen vornehmlich im Ermittlungsverfahren an.¹⁰⁹ Dadurch entstünde zwar zunächst auch ein Mehr an Unsicherheit. Im Gegenzug jedoch verringerte sich das Bedürfnis zur Ausweitung vorprozessual-inquisitorischer Ermittlungsmaßnahmen.

Gegen dieses im Kern befürwortenswerte¹¹⁰ Theorem spricht seine konzeptionelle Vagheit in der konkreten Umsetzung.¹¹¹ Welche Stellschrauben in welchen Vorschriften konkret gedreht

werden müssten, ist aus der Programmatik »Mehr Partizipation wagen« nicht unmittelbar zu deduzieren.

2. Zwischenergebnis

Die skizzenhafte Demonstration der »Grenzen« dürfte den Betrachter ernüchtert zurücklassen. Trotz der Misstöne des *status quo* ist die Entwicklung eines Alternativmodells zum bisherigen Diskursphänotyp nicht einfach. Eine Aufweichung der schützenden Formen (und Formalismen) schafft zwar Flexibilität, aufgrund derer sich die Kommunikation der Beteiligten freier entfalten könnte. Erkauft wird diese kommunikative Freiheit jedoch zumeist durch eine Verminderung des Schutzniveaus für den Beschuldigten. Konsens ist

hof, 2013, § 128 Rn 7 f.; *Jahn/Schmitt-Leonardy*, GS Hruschka, 2019, S. 571, 579 f.; so auch *Alexy*, Die Theorie der juristischen Argumentation, 1978, S. 32, 38, 261 ff.; *Alexy*, in: *Recht, Vernunft, Diskurs*, Studien zur Rechtsphilosophie, 1995, S. 109 ff.; kritische Würdigung bei *Seel* (Fn 26), S. 239 ff.

¹⁰⁵ *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815 ff.; *Jahn* (Fn 103), S. 117, 123 ff.; *Jahn*, NJ 2005, 106, 110 f.; *Jahn*, FS Kirchhof, 2013, § 128 Rn 6 m.w.N.; s.a. *Satzger*, Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag Bonn, 2004, S. 32 ff.; 38 ff.; *Eschelbach*, in: *Strafverteidigervereinigungen* (Hrsg.), Welche Reform braucht das Strafverfahren?, 2015, S. 37 ff.; vgl. ferner *Dahs*, NJW 1985, 1113, 1116 f.; »Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens«, StV 2001, 314; sehr kritisch *Landau*, ZRP 2004, 146, 148 f.; *Schünemann*, ZStW 114 (2002), 1, 39 ff.

¹⁰⁶ *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815, 823 f.; *Jahn* (Fn 103), S. 117, 124.

¹⁰⁷ Alternativentwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, 2001, S. 124; dazu auch *Gerson* (Fn 14), S. 393 ff.

¹⁰⁸ *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815, 817.

¹⁰⁹ Vgl. auch *Ambos*, ZStW 115 (2003), 583, 619; *Trüg*, StV 2010, 528, 533 f. Das partizipatorische Verfahren strebe gleichwohl nicht nach einer unbedingten Vermeidung der Hauptverhandlung.

¹¹⁰ Harsche Kritik hingegen bei *Schünemann*, Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur, 2005, S. 30 ff.; *Landau*, ZRP 2004, 146, 148 (Aushöhlung der Hauptverhandlung unter gleichzeitiger Paralyse des Ermittlungsverfahrens).

¹¹¹ Konkrete Ausarbeitungen im Bericht der Expertenkommission (Fn 51), S. 27 ff.

zwar inzwischen erwünscht(er), aber es scheint weiterhin eine systemimmanente Skepsis gegenüber der Geltungskraft entsprechender Vereinbarungen vorzuherrschen.¹¹² Vollkommene Transparenz der Abläufe durch wahrhaftige Kommunikation »auf Augenhöhe« ist mit dem Gebot der Aufrechterhaltung der »Funktionalität der Strafrechtspflege«¹¹³ nicht kompatibel – und auch nicht für alle Fälle wünschenswert.

IV. Fazit

Die Diagnose scheint klar: Das *law in the books* und das *law in action* divergieren bei der Umsetzung von Diskurs, Konflikt und Wahrheitsfindung im Strafverfahren erheblich. Der isolierte Blick durch die rechtssoziologische Brille konnte dabei keine befriedigenden Antworten auf die Frage liefern, wie sich die Praktiken im Strafverfahren optimieren lassen. Es braucht demnach Input von außen. Womöglich schafft die neue Legislaturperiode Abhilfe: Im Koalitionsvertrag der »Ampel« heißt es, dass »Vernehmungen und Hauptverhandlung in Bild und Ton aufgezeichnet« und auch die Verständigung sowie Gespräche über die Verfahrensgestaltung neu geregelt werden sollen.¹¹⁴ Der Strafprozess solle »noch effektiver, schneller, moderner und praxistauglicher« werden, *ohne* dabei Beschuldigtenrechte zu schwächen. Das klingt verheißungsvoll und fast wie eine Revolution in Bezug auf Diskursführung und Konfliktlösung. Es bleibt allerdings abzuwarten, was am Ende als echte Neuerung Gesetz werden wird. Trotz aller Bekundungen des Wunsches nach mehr Modernität und Effektivität hinderte bislang das zutiefst »menschelnde« der sozialen Praktiken des Strafverfahrens (und der Politik ...) die nachhaltige Veränderung zum Besseren. Beinahe wirkt es so, als würde immer ein Rest Kafka im Prozess bestehen bleiben.

V. Epilog: Der »Inbegriff der Zeremonie«

Wie wäre die Beerdigungsszene (dazu I.) abgelaufen, wenn alle Beteiligten daran mitgewirkt hätten, den Diskurs produktiv zu gestalten, Konflikte auf Beziehungsebene zu vermeiden und die Wahrheitssuche als gemeinsame Aufgabe zu verstehen?

Der »Beerdigungs-Crasher« hätte sich *im Vorfeld* bemüht, mit den Angehörigen und den Geschäftspartnern des Verstorbenen zu sprechen. Er hätte *deren Sicht auf die Vorfälle* erfahren und klären können, ob sie wünschen, dass die Konflikte der Vergangenheit *in dieser Form* publik werden. *Aufgrund der Absprachen* hätte er bestimmte Umstände nicht erwähnt oder aber die Hinterbliebenen selbst zu Wort kommen lassen. Er hätte es vermieden, *seine Wahrheit* allen Beteiligten als »gerechtes Urteil« aufzudrängen. Womöglich hätte er auch ganz geschwiegen. Denn aus dem *Inbegriff der Zeremonie* hätte er die Überzeugung schöpfen können, dass die Konflikte mit dem Verstorbenen auch ohne Verkündung »der Wahrheit« ein Ende gefunden haben.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

¹¹² Weiterhin scheint zu gelten: »Im Dunkeln hui, im Hellen pfui«.

¹¹³ Zu diesem – ambivalenten – Topos statt vieler SSW-StPO/Beulke, 2020, Einleitung Rn 9.

¹¹⁴ Vgl. »Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit« (Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN und FDP, November 2021), S. 106.

Das Referenzwerk für alle Prozessbeteiligten

Konkurrenzlos aktuell durch seine jährliche Erscheinungsweise, **zuverlässig, umfassend, pragmatisch** und **dezidiert** – das ist auch der neueste »Fischer«. Er bietet dem Strafrechtspolitiker alles, was er für seine Arbeit braucht. Kompakt und handlich in einem Band liefert er als erste Anlaufstelle zuverlässige und schnelle Antworten.

Zur Neuauflage

Die 71. Auflage berücksichtigt vollständig die Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung mit dem Stand vom 1. November 2023. Eingearbeitet sind u.a.:

- **Art. 1 Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts – Ersatzfreiheitsstrafe, Strafzumessung, Auflagen und Weisungen sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt** mit Wirkung vom 1.10.2023 sowie 1.2.2024
- **Art. 4 Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes und des Strafgesetzbuches** mit Wirkung vom 9.12.2022

Seit der letzten Auflage wurden **mehrere hundert neue Entscheidungen** (v.a. des BGH, daneben auch der OLGs, des BVerfG sowie des EGMR) in das Werk eingearbeitet. Zahlreiche weitere Ergänzungen betreffen aktuelle praktische Fragen, wie beispielsweise zur **Tatbestandsüberschneidung von § 257 und § 261 StGB**, zur **Rechtfertigung von Nötigungshandlungen** oder zur **Rücknahme sinnwidriger Strafverschärfungen im Sexualstrafrecht**.

Zum Autor

Dr. Thomas **Fischer** war bis Ende April 2017 als Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof tätig und ist Strafverteidiger sowie Honorarprofessor an der Universität Würzburg.



Fischer
Strafgesetzbuch

71. Auflage. 2024. LXXIX, 2810 Seiten.
In Leinen € 109,-

ISBN 978-3-406-80811-1

Neu im Dezember 2023

☰ beck-shop.de/35612673

”

Aufgrund seiner Informationsfülle, Zuverlässigkeit und Aktualität ist der Kommentar für alle am Strafverfahren Beteiligten eine wichtige Grundlage und ohne Einschränkungen zu empfehlen.

Hartmut Brenneisen, Preetz/Worms, in: Die Kriminalpolizei Nr. 2/2023, zur Voraufgabe

RICHTERAB- LEHNUNG WEGEN BESORGNIS DER BEFANGENHEIT AUFGRUND TELEFONGE- SPRÄCHEN MIT DEM STRAFVER- TEIDIGER

Beschluss vom 13.06.2019 -
617 Kls 35/18 jug

Orientierungssatz

Bei Gesprächen eines Richters mit Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten, damit nicht der Eindruck von Parteilichkeit entsteht.

Dies steht aber Gesprächen, die der Förderung des Verfahrens dienen, nicht entgegen, wenn hierbei die notwendige Transparenz für die übrigen Verfahrensbeteiligten eingehalten wird, etwa indem das Gericht diese in der nachfolgenden Hauptverhandlung über die Gespräche informiert und Fragen zu den Gesprächen zulässt.

Fundstellen StV 2020, 159-161 (red. Leitsatz und Gründe)

Tenor

Der Antrag der Staatsanwaltschaft Hamburg vom 4. Juni 2019 auf Ablehnung der Vorsitzenden Richterin am Landgericht M.- G., des Richters am Landgericht D. und des Richters L. wegen der Besorgnis der Befangenheit wird als unbegründet zurückgewiesen.

Gründe

I.

1. In der Hauptverhandlung vom 28.05.2019 gab die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. zwei Vermerke hinsichtlich zweier Telefonate mit den Verteidigern Dr. R. bzw. T. bekannt.

2. Mit Verfügung vom selben Tag forderte die Staatsanwaltschaft die Kammer zur Beantwortung eines Fragenkatalogs auf, um einen möglichen Antrag auf Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit zu prüfen.

3. Hierzu nahmen die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G., der Richter am Landgericht D. und der Richter L. am 03. bzw. 04.06.2019 schriftlich Stellung.

4. Die Staatsanwaltschaft hat die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G., den Richter am Landgericht D. und den Richter L. daraufhin unter dem 04.06.2019 wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt.

5. Zur Begründung des Ablehnungsgesuchs führt die Staatsanwaltschaft aus, die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G., der Richter am Landgericht D. und der Richter L. würden an der Staatsanwaltschaft vorbei agieren und sich einseitig auf die Seite der Angeklagten stellen:

6. Die Vorsitzende habe - unter nachträglicher Billigung der Beisitzer - mit dem Verteidiger Dr. R. außerhalb der Hauptverhandlung Gespräche ohne Beteiligung der übrigen Verfahrensbeteiligten geführt. Gegenstand dieses Gesprächs sei die Frage nach möglichen ergänzenden Einlassungen gewesen. Diese Frage sei aber zentraler Bestandteil der Hauptverhandlung und hätte dort in kürzester Zeit angesprochen werden können und müssen. Es dränge sich die Besorgnis auf, dass das Telefonat auch einem anderen Zweck gedient habe, nämlich ein unter den Angeklagten abgestimmtes Aussageverhalten zu erreichen.

7. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Vorsitzende - in Anwesenheit der Beisitzer - das weitere Gespräch mit dem Verteidiger T. über den Fortbestand des Haftbefehls einseitig außerhalb der Hauptverhandlung geführt habe.

8. Die diesbezüglichen Nachfragen der Staatsanwaltschaft seien unbeantwortet geblieben.

9. Die Umstände, die die Ablehnung begründen würden, seien dem Sitzungsvertreter erst durch Kenntnisnahme der Vermerke bzw. der dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter vom 03.06.2019 bzw. 04.06.2019 bekannt geworden.

10. Die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.-G., der Richter am Landgericht D. und der Richter L. haben hierzu in ihren dienstlichen Äußerungen vom 04. bzw. 05.06.2019 Stellung genommen.

11. Mit Stellungnahme vom 07.06.2019 führt die Staatsanwaltschaft weiter aus, die dienstlichen Äußerungen stünden hinsichtlich der Frage, ob in dem Telefonat mit Rechtsanwalt

T. besprochen worden sei, dass der Erfolg des Haftprüfungsantrages von der Einlassung des Angeklagten S. abhängt, in Widerspruch zum Telefonvermerk vom 27.05.2019.

12. Die Kammer habe nicht nachvollziehbar begründet, warum das weitere Telefonat mit Rechtsanwalt Dr. R. geführt und warum dieser ausgewählt worden sei.

13. Es dränge sich zudem der Eindruck auf, dass seitens der Kammer ein abgestimmtes Einlassungsverhalten der Angeklagten erwünscht sei.

14. In seiner Stellungnahme vom 12.06.2019 führt Rechtsanwalt Dr. R. aus: Die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. habe den Inhalt des Telefonats mit ihm sowohl in dem in der Hauptverhandlung verlesenen Vermerk als auch in ihren dienstlichen Stellungnahmen zutreffend wiedergegeben. Er habe die Vorgehensweise als einen Ausdruck der offenen und kommunikativen Verfahrensweise verstanden. Es habe keine Absprachen gegeben. Hätte die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. dies in der Hauptverhandlung angesprochen, hätte er dies als prozessual unzulässiges Drängen des Gerichts auf eine weitere Einlassung bewertet. Gespräche mit einzelnen Verfahrensbeteiligten seien möglich, sofern deren Inhalt für alle Beteiligten transparent bleibe.

15. In seiner Stellungnahme vom 12.06.2019 führt Rechtsanwalt R1 u.a. aus, die Staatsanwaltschaft habe von den wesentlichen Tatsachen, auf die sie den Ablehnungsantrag stütze, bereits in der Hauptverhandlung vom 28.05.2019 Kenntnis gehabt und beantragt, die Ablehnung als unzulässig zu verwerfen.

II.

16. Es kann im Ergebnis dahinstehen, ob das gemäß § 24 Abs. 1 und 3 Satz 1 StPO statthafte Ablehnungsgesuch gegen die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G., den Richter am Landgericht D. und den Richter L. noch rechtzeitig i.S.d. § 25 Abs. 2 Satz 1 StPO gestellt worden ist. Das Ablehnungsgesuch ist jedenfalls unbegründet.

17. Gemäß § 24 Abs. 2 StPO findet die Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Dies ist der Fall, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der abgelehnte Richter nehme eine innere Haltung ein, die dessen Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflusst (st. Rspr., siehe u.a. BGH, Beschluss vom 10.01.2019 - 5 StR 648/18). Es kommt dabei nicht darauf an, ob der abgelehnte Richter tatsächlich in der Sache parteiisch oder befangen ist. Ausreichend aber erforderlich ist es, dass aus der Sicht eines vernünftigen Betroffenen bei der gebotenen Gesamtschau aller Umstände begründete Anhaltspunkte Anlass bieten, an der Unvoreingenommenheit des Richters zu zweifeln (BVerfG, Beschluss vom 16.02.1995 - 2 BvR 1852/94, BVerfGE 92, 138, NJW 1995, 1277 m. w. N.; OLG Hamburg, Beschluss vom 30.06.2017 - 3 U 130/16).

18. Solche Anhaltspunkte liegen nicht vor. Weder das Verhalten der Vorsitzenden Richterin am Landgericht M.- G. noch das der Beisitzer, die die Vorgehensweise der Vorsitzenden gebilligt haben, begründet Zweifel an ihrer Unvoreingenommenheit. Insbesondere bei einer Gesamtschau aller Umstände ist nicht ersichtlich, dass die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G., der Richter am Landgericht D. oder der Richter L. gezielt Gespräche an der Staatsanwaltschaft vorbei geführt hätten. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. ihre Vermerke über die mit den Verteidigern Dr. R. und T. geführten Gespräche am nächsten Hauptverhandlungstag bekanntgegeben und den übrigen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit eröffnet hat, Fragen hierzu zu stellen. Zudem ist anzumerken, dass die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. den außerhalb der Hauptverhandlung gestellten um-

fangreichen Fragenkatalog der Staatsanwaltschaft umgehend schriftlich beantwortet hat und auch

die Beisitzer hierzu schriftlich Stellung genommen haben. Hierzu wären weder die Vorsitzende noch die Beisitzer verpflichtet gewesen, nachdem die Staatsanwaltschaft von der Möglichkeit, in der Hauptverhandlung Fragen zu den geführten Telefonaten zu stellen, keinen Gebrauch gemacht hatte.

19. Im Einzelnen:

a)

20. Dass die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. ein Telefonat mit dem Verteidiger Dr. R. zu der Frage einer möglichen ergänzenden Einlassung geführt hat, begründet die Besorgnis der Befangenheit nicht.

21. Zwar ist bei Gesprächen mit einzelnen Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung Zurückhaltung geboten, um jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden (vgl. BGH, Beschluss vom 10.01.2019 - 5 StR 648/18). Allerdings steht dies Gesprächen, die der Förderung des Verfahrens dienen, bei Einhaltung der gebotenen Transparenz für die übrigen Verfahrensbeteiligten nicht grundsätzlich entgegen.

22. Zwar hätte die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. die Frage, ob eine ergänzende Einlassung erfolgen soll, auch am nächsten Hauptverhandlungstag stellen können, ohne dass hiermit ein »unzulässiges Drängen« auf eine weitere Einlassung - wie von Rechtsanwalt Dr. R. in seiner Stellungnahme vom 11.06.2019 ausgeführt - verbunden gewesen wäre. Vorliegend hat sich die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. ausweislich ihrer dienstlichen Stellungnahme aber - und dies ist sachlich nachvollziehbar - für eine andere Vorgehensweise entschieden, nämlich die aufgeworfene Frage zeitnah zu klären, um die mehr als zweiwöchige Unterbrechung der Hauptverhandlung zur Förderung und Beschleunigung des Verfahrens zu nutzen. Anderenfalls hätte die Frage, die sie stellvertretend an den Verteidiger Dr. R. gerichtet hat, erst am nächsten Hauptverhandlungstag am 28.05.2019 erörtert und im Anschluss daran zwischen den Verteidigern und den Angeklagten besprochen werden können.

23. Warum sie das Gespräch mit dem Verteidiger Dr. R. gesucht hat, hat die Vorsitzende in ihrer Stellungnahme zum Fragenkatalog der Staatsanwaltschaft vom 03.06.2019 ebenfalls nachvollziehbar begründet. Sie habe deswegen stellvertretend für alle anderen Verteidiger mit dem Verteidiger Dr. R. gesprochen, weil gerade der Angeklagte H. auf sie subjektiv den Eindruck vermittelt habe, dass er sich zusätzlich erklären wolle.

24. Indem die Vorsitzende einen Vermerk angefertigt und dessen Inhalt in der nachfolgenden Hauptverhandlung bekannt gemacht hat, ist sie der erforderlichen Transparenz gegenüber allen Verfahrensbeteiligten in ausreichendem Maße nachgekommen.

25. Dementsprechend vermag auch die nachträgliche Billigung des Telefonats mit dem von der Vorsitzenden mitgeteilten Inhalt durch die Beisitzer deren Befangenheit nicht zu begründen.

b)

26. Gleichermaßen vermag auch das von der Vorsitzenden in Anwesenheit der Beisitzer mit Rechtsanwalt T. geführte Telefonat und der diesbezüglich angefertigte Vermerk keine Befangenheit der abgelehnten Richter zu begründen.

27. Auch dass das Gespräch mit Rechtsanwalt T. vor dem nächsten Hauptverhandlungstag stattgefunden hat, hatte nachvollziehbare Gründe, da der Verteidiger T. im Laufe des Verfahrens angedeutet hatte, nach Erstattung des Gutachtens einen Antrag auf Haftprüfung zu stellen. Dementsprechend hat die Kammer dem Verteidiger Gelegenheit geben wollen, die Frage einer Einlassung vor dem nächsten Hauptverhandlungstag und der Vernehmung der Sachverständigen W.-B. mit dem Angeklagten zu erörtern. Andererseits hat die Kammer ausweislich der dienstlichen Äußerungen hinsichtlich des Angeklagten

S. keine Zusage für den Fall einer Einlassung gemacht. Die dienstlichen Äußerungen stehen nicht im Widerspruch zum Telefonvermerk vom 27.05.2019. Der Telefonvermerk belegt keinen Automatismus zwischen Einlassung und Erfolg der Haftprüfung. Ausweislich des Vermerks der Vorsitzenden Richterin am Landgericht M.- G. vom 27.05.2019 hat die Vorsitzende in dem Telefonat erklärt, »dass es aus Sicht der Kammer im Hinblick auf einen möglichen Erfolg des Haftentlassungsantrags sinnvoll sein könnte zu erwägen und zu besprechen, inwieweit sich der Angeklagte S. ggf. zu den Anklagevorwürfen 1-4 einlassen könnte«. Indem die Vorsitzende auf einen »möglichen« Erfolg abgestellt hat, ist ersichtlich, dass sie diesen gerade nicht als sicher angenommen hat. Dieses Verständnis steht in Einklang mit der sich aus der dienstlichen Äußerung des Richters am Landgericht D. ergebenden weiteren Äußerung der Vorsitzenden, dass ihre Erklärung nicht nur als »Warnung« vor einer Entscheidung des Oberlandesgerichts, sondern auch vor einer Entscheidung der Kammer zu verstehen sei.

c)

28. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Telefonate mit Rechtsanwalt Dr. R. und Rechtsanwalt T. einem für die übrigen Verfahrensbeteiligten unbekanntem Zweck gedient haben könnten. Dem sind die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. sowie der Richter am Landgericht D. als auch der Richter L. in ihren dienstlichen Stellungnahmen ausdrücklich entgegengetreten. Dass es einen bislang unbekanntem Anlass für die Telefonate gegeben haben könnte, drängt sich auch aufgrund des Verfahrensverlaufs nicht auf. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die gegenüber Rechtsanwalt Dr. R. erfolgte Anfrage der Vorsitzenden Richterin am Landgericht M.- G. darauf ausgerichtet gewesen wäre, ein unter den Angeklagten abgestimmtes Aussageverhalten zu erreichen. Vielmehr hat sich die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. – wie bereits ausgeführt – aus sachlich nachvollziehbaren Gründen an die Verteidiger gewandt.

29. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. in der Hauptverhandlung nach Bekanntgabe der Vermerke geäußert hat, dass es sich bei den Vermerken um Zusammenfassungen der Gespräche handele. Hät-

te die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. ein anderes Anliegen verschweigen wollen, ist nicht davon auszugehen, dass sie einen solchen Hinweis erteilt hätte. Im Sinne der Transparenz hat die Vorsitzende Richterin am Landgericht M.- G. den Verfahrensbeteiligten im Anschluss an diesen Hinweis vielmehr die Möglichkeit eröffnet, Fragen zu den Telefonaten zu stellen.

Dr. Anna-Katharina Pieronczyk

PROZESS- RECHTE IM AUSLIEFERUNGS- RECHT

RECHTSSCHUTZLÜCKEN IM IRG – UND WIE DIE ANWALTSPRAXIS DAMIT UMGEHEN KANN*

Das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) ist das »Grundgesetz« des Auslieferungsrechts, achtet aber selbst das Grundgesetz nicht sonderlich. Anwältinnen und Anwälte, die das erste Mal ein auslieferungsrechtliches Mandat übernehmen, werden schnell stauen: Das Auslieferungsrecht ist ein hochkomplexes Rechtsgebiet mit völker-, europa-, verfassungs-, verwaltungs- und strafprozessualen Überschneidungen, das sich in einem Regelungsgeflecht aus nationalen Gesetzen und internationalen Abkommen bewegt. Dass es gleichwohl Rechtsschutzlücken gibt, zeigt der Überblicksbeitrag der Autorin. Zugleich gibt es sie konkrete Hinweise für die Anwaltspraxis.

Das Auslieferungsrecht führt seit Jahren ein Schattendasein in der öffentlichen Wahrnehmung, auch der Anwaltschaft. Dabei haben viele Anwältinnen und Anwälte in ihrer Mandatsarbeit Berührungspunkte mit dem Auslieferungsrecht oder auch mal einen originär auslieferungsrechtlichen Fall zu bearbeiten. Die praktische Relevanz der Thematik bewies im letzten Jahr ein aktueller Fall: Am 25. März 2018 wurde der ehemalige Regionalpräsident Kataloniens, Carles Puigdemont, durch Einsatzkräfte der deutschen Autobahnpolizei auf einem Rastplatz an der A7 in der Nähe der Abfahrt Schleswig-Schuby festgenommen. Grundlage der Festnahme war ein europäischer Haftbefehl Spaniens, der gegen Puigdemont die Vorwürfe der Rebellion und Veruntreuung öffentlicher Gelder erhob. Puigdemont befand sich zum Zeitpunkt seiner Festnahme bereits seit einem halben Jahr auf der Flucht vor der spanischen Justiz.¹ Am 12. Juli 2018 erklärte das Oberlandesgericht Schleswig die Auslieferung (nur) hinsichtlich des Vorwurfs der Veruntreuung öffentlicher Gelder für zulässig.² Nur wenige Tage später zog der Ermittlungsrichter am Obersten Gericht in Madrid, Pablo Llarena, den internationalen und europäischen

Haftbefehl zurück.³

Auch wenn dieser Fall selbstverständlich vor allem aufgrund der Prominenz des Verfolgten mit solch großem Interesse in der Öffentlichkeit verfolgt wurde, hat er dafür gesorgt, dass der breiten juristischen und politischen Öffentlichkeit die Brisanz und der Stellenwert des Auslieferungsverfahrens bewusst wurden. In der Rechtspolitik wird derzeit dementsprechend auch laut über die Einberufung einer Reformkommission nachgedacht.⁴

Wer das erste Mal ein auslieferungsrechtliches Mandat übernimmt, der stellt schnell fest, dass es sich um ein hochkomplexes Rechtsgebiet mit völker-, europa-, verfassungs-, verwaltungs- und strafprozessualen Überschneidungen handelt, das sich in einem Regelungsgeflecht aus nationalen Gesetzen und internationalen Abkommen bewegt. Hinzukommt, dass das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (das »IRG«), welches das Auslieferungsverfahren im Wesentlichen regelt, seit über dreißig Jahren im Verfahrensrecht fast unverändert ist, und mit der heutigen verfassungsrechtlichen Dogmatik und Rechtsprechungsentwicklung nicht mehr mithält. Für Anwältinnen und Anwälte, die in einem Auslieferungsmandat tätig sind, eröffnet dies einerseits Chancen für die Rechtsverteidigung, andererseits ist nicht zu verhehlen, dass ein vertieftes Einarbeiten in die Materie kaum zu leisten ist. Der vorliegende Beitrag soll daher nach einem Überblick über die Stellung des Auszuliefernden und das Auslieferungsverfahren an sich zum einen einige der (nicht nur verfassungsrechtlichen) Lücken im IRG aufzeigen, zum anderen aber darauf aufbauend auch einen Überblick geben, an welchen prozessualen Verfahrensstellen für Anwältinnen und Anwälte Handlungsbedarf und auch -raum im Mandat besteht.

I. Der Auszuliefernde als Subjekt in einem

* Der Beitrag ist aus der Dissertation der Verfasserin »Die prozessualen Rechte des Verfolgten im vertraglosen Auslieferungsverkehr nach dem IRG – Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda«, Nomos Verlag, November 2018, entwickelt.

¹ Die Darstellung des Geschehensablaufs ist aus den Berichten in der deutschen Presse rekonstruiert, vgl. bspw. den Artikel »Eine Festnahme der besonderen Art – der Fall Puigdemont« in der Online-Ausgabe der WELT vom 26.3.2018

² Pressemitteilung des OLG Schleswig vom 12.7.2018

³ Siehe bspw. eine entsprechende Meldung in der Süddeutschen Zeitung vom 19.7.2018, veröffentlicht unter <https://www.sueddeutsche.de/> (zuletzt abgerufen am 28.3.2019), die spanische Justiz sparte nicht mit Kritik an der Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig.

⁴ Siehe Vogel/Burchard, in: Grütznert/Pötz/Kreß, Band I, Stand: 43. EL August 2017, Vor § 1 Rn. 314.

aus:
AnwBI Online
2019, 369ff.

dreidimensionalen Verfahren

Im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen hat sich in den vergangenen 30 Jahren ein Paradigmenwechsel vollzogen: In Abkehr von der früheren souveränitätsorientierten Wahrnehmung der Rechtshilfe ist der Betroffene nach modernem Verständnis nicht bloß Objekt eines Verfahrens zwischen zwei Völkerrechtssubjekten – den Nationalstaaten –, sondern selbst Subjekt des Verfahrens.⁵ Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der Dreidimensionalität des Rechtshilfeverfahrens.⁶ *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* fassen den dahinter stehenden Gedanken prägnant zusammen: Der Betroffene darf nicht allein dadurch, dass die Strafverfolgung in mehreren Staaten erfolgt, besser oder schlechter gestellt werden.⁷ Dieses Verständnis hat die Konsequenz, dass der Betroffene im Rechtshilfeverfahren eigene Rechte hat, die von den staatlichen Akteuren zu beachten sind (von *Lagodny*, der diese Lehre maßgeblich mitentwickelt hat, als »Auslieferungs-Gegenrechte« benannt⁸). Der Zugriff des ersuchten Staates auf den Auszuliefernden stellt einen Grundrechtseingriff dar, der einer Rechtfertigung bedarf.⁹ Der Auszuliefernde ist damit nicht mehr nur eine »quantité négligeable«¹⁰, sondern ein Subjekt im Auslieferungsverfahren, dessen Rechte Geltung beanspruchen.

Diese Entwicklung ist ein immer noch andauernder Prozess. Das Rechtshilferecht krankt weiterhin daran, dass es in seiner Struktur an zahlreichen Stellen noch dem traditionellen Verständnis des zweidimensionalen zwischenstaatlichen Verfahrens verhaftet ist und Verfahrensrechte nicht umfassend gewährt werden.¹¹ Nicht zuletzt die Rechtsbeistände üben an dieser Situation scharfe Kritik.¹² Zudem kann sich der Verfolgte nicht unmittelbar auf Schutznormen berufen, die in völkerrechtlichen (Auslieferungs-)Verträgen zu seinen Gunsten enthalten sind, da die dort niedergelegten Rechte und Pflichten nur für die Staaten gelten und der Verfolgte nur reflexartig begünstigt wird.¹³

⁵ *Ambos/Poschadel*, in: *Ambos/König/Rackow*, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, 1. Hauptteil Rn. 21; *Lagodny/Schomburg*, in: *Eser/Lagodny/Blakesley*, The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters, A Comparative Study, S. 205, 280 f.; *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, IRG, 5. Aufl. 2012, Einl. Rn. 9 ff. m.w.N.

⁶ Statt vieler *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 9 ff. m.w.N. Eine Übersicht zu den Leitentscheidungen auf deutscher und internationaler Ebene, die zur Anerkennung der Dreidimensionalität geführt haben, ist bei *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 11 zu finden. Vgl. auch *Wilkitzki*, Die Entstehung des Gesetzes über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, S. 241 ff.

⁷ *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 10.

⁸ Grundlegend entwickelt von *Lagodny*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, S. 63 ff.

⁹ *Kau*, in: *Graf Vitzthum/Proelß*, 7. Aufl. 2016, 3. Abschn. Rn. 320; vgl. *Weigend*, JuS 2000, 105, 110 f.

¹⁰ Zitat entnommen von *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 187.

¹¹ So auch *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 184. Vgl. zu diesem Befund auch die rechtsvergleichende Untersuchung zur Rechtsstellung des Individuums im Rechtshilferecht von *Eser/Lagodny/Blakesley*, The Individual as Subject of International Cooperation in Criminal Matters, A Comparative Study, darin: *Lagodny/Schomburg*, Germany, S. 205, 280 f. und *Lagodny*, Comparative Observations, S. 695–785.

¹² Bspw. *Gillmeister*, NJW 1991, 2245, 2251 f.; *Schaefer*, NJW-Spezial 2008, 536, 537.

¹³ *Breuer*, in: *Gedächtnisschrift Blumenwitz*, S. 88; *Gillmeister*, NJW

Umso wichtiger ist daher in den letzten Jahren die Rolle der Gerichte geworden, deren Rechtsprechung die gesetzgeberische Entwicklung beim IRG teilweise überholt hat, und die der Rechtsbeistände, die die Prozessrechte des Auszuliefernden einfordern.

II. Das inländische Auslieferungsverfahren

Das deutsche Auslieferungsverfahren ist sehr komplex und kann hier nur äußerst verkürzt dargestellt werden. Unerlässlich für das Verständnis des Auslieferungsverfahrens ist aber die Tatsache, dass es aus zwei Abschnitten besteht: dem Zulässigkeitsverfahren und dem Bewilligungsverfahren.¹⁴ Das Zulässigkeitsverfahren ist ein gerichtliches Verfahren, und – anders als man es üblicherweise kennt – dem behördlichen Bewilligungsverfahren vorgeschaltet.

• Das Auslieferungsverfahren beginnt mit dem Eingang eines Auslieferungersuchens von einem ausländischen Staat (der »ersuchende« Staat). Das Zulässigkeitsverfahren wird eingeleitet, indem die Generalstaatsanwaltschaft die Entscheidung darüber beantragt, ob die Auslieferung zulässig ist (§ 29 Abs. 1 IRG). Sodann liegt die Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung in den Händen der Oberlandesgerichte (§ 13 Abs. 1 S. 1 IRG). Die Zuweisung des gerichtlichen Verfahrens an die Oberlandesgerichte trägt der Komplexität des Auslieferungsverfahrens mit seinen spezifischen Schwierigkeiten und der außenpolitischen Bedeutung und Tragweite der Entscheidungen Rechnung.¹⁵ Das gerichtliche Verfahren dient zum einen der Rechtmäßigkeitskontrolle und dem Rechtsschutz des Verfolgten, soll aber auch ein geordnetes Auslieferungsverfahren gewährleisten und die Verfolgungsinteressen des ersuchenden Staates im Blick behalten.¹⁶ Die Oberlandesgerichte entscheiden durch Beschluss über die Zulässigkeit der Auslieferung (§ 32 IRG). Sie prüfen dabei, ob die unabdingbaren Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, ob der Auslieferung rechtliche Hindernisse entgegenstehen und ob der sichere Nachweis der personellen Identität der verfolgten Person mit dem Abgeurteilten vorliegt.¹⁷ Wenn eine dieser Zulässigkeitsvoraussetzungen fehlt, ist die Rechtshilfe zwingend zu verweigern (§ 12 IRG).

• Entscheidet das Oberlandesgericht, dass die Auslieferung zulässig ist, schließt sich das Bewilligungsverfahren an. Im Gegensatz zum Zulässigkeitsverfahren, das im IRG geregelt ist, ist das Bewilligungsverfahren nicht kodifiziert. Die Bewilligung ist ein zwischenstaatlicher Akt und eine Ermessensentscheidung der zuständigen Justizbehörde.¹⁸ Sie beruht wie jede andere Ermessensentscheidung einer Ausgangsbehörde nicht nur auf Rechts-, sondern auch auf Zweck-

1991, 2245; *Häde*, Der Staat 1997, 1, 12; auch nicht nach der Transformation des Vertrags in innerstaatliches Recht.

¹⁴ *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 19 f.

¹⁵ *Otterbein*, DRiZ 2004, 74; von *Bubnoff*, Auslieferung, Verfolgungsübernahme, Vollstreckungshilfe, S. 23.

¹⁶ *Otterbein*, DRiZ 2004, 74; von *Bubnoff*, ebd., S. 23.

¹⁷ Vgl. zu letzterem OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.8.2006 – 1 AK 1/06 – StraFo 2006, 415, 416.

¹⁸ *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 19; *Güntge, SchlHA 9/2013*, 346, 347.

mäßigkeitserwägungen.¹⁹ Die Rechtshilfe kann trotz Zulässigkeit verweigert werden, insbesondere aus (außen-)politischen Interessen²⁰, bspw. wenn der ersuchende Staat selbst in der Vergangenheit keine Bereitschaft gezeigt hat, Rechtshilfeersuchen zu entsprechen.²¹ Wird die Auslieferung bewilligt, kommt mit der Bewilligungsentscheidung ein völkerrechtlicher Vertrag zustande.²² Bei einer negativen Entscheidung über die Bewilligung endet das Auslieferungsverfahren, das Ersuchen ist verbraucht²³ und es ergeht eine entsprechende Verbalnote an den ersuchenden Staat.²⁴

III. Die Bestellung als Rechtsbeistand (§ 40 IRG)

§ 40 IRG ist die zentrale Norm, die die Rechtsbeistandschaft im Auslieferungsverfahren regelt. In Abs. 1 wird der Grundsatz formuliert, dass sich der Verfolgte in jeder Lage des Verfahrens eines Beistands bedienen kann – im Grunde eine Selbstverständlichkeit. In Abs. 2 werden sodann die Fälle beschrieben, in denen notwendig ein Beistand zu bestellen ist.²⁵ Enumerativ aufgezählt werden dort drei Tatbestände für die zwingende Bestellung eines Beistands:

- bei Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage (Abs. 2 Nr. 1),
- wenn dem Verfolgten die Möglichkeit zur Wahrnehmung seiner Rechte fehlt (Abs. 2 Nr. 2) sowie
- wenn der Verfolgte minderjährig ist (Abs. 2 Nr. 3).

Für den Beistand gelten nach § 40 Abs. 3 IRG die §§ 137–150 StPO entsprechend, welche die Verteidigung im Strafprozess regeln. Ausgenommen sind nur die §§ 140 (notwendige Verteidigung), 141 Abs. 1 bis 3 (Zeitpunkt der Bestellung) und 142 Abs. 2 (kein Rechtsreferendar als Pflichtbeistand) StPO.

Es fällt auf, dass im Auslieferungsverfahren kein »Pflichtverteidiger« bestellt wird, wie der Bevollmächtigte nach den Vorschriften der Strafprozessordnung bezeichnet wird. Dabei unterscheiden sich § 40 Abs. 1 IRG und § 137 Abs. 1 S. 1 StPO im Wortlaut kaum. Während das IRG davon spricht, dass man sich eines »Beistands« bedienen kann, heißt es in der StPO »des Beistands eines Verteidigers«. Dahinter steht wohl, dass der Gesetzgeber des IRG bei dessen Erlass 1982 davon ausging, dass sich der Verfolgte im Auslieferungsverfahren in einer Situation befindet, die nicht so kritisch ist, dass es eines im Strafprozessrecht bewanderten »Verteidigers« bedarf, sondern auch eine

¹⁹ Zur Ermessensverwaltung siehe bspw. *Aschke*, in: *Bader/Ronellenfitsch, VwVfG*, 42. Ed. Stand: 1.1.2019, § 40 Rn. 4 ff.; *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn. 13 ff.

²⁰ *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 19; *Otterbein*, DRiZ 2004, 74; von *Bubnoff*, aaO, S. 24.

²¹ *Güntge, SchlHA 9/2013*, 346, 347.

²² Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.9.2005 – 1 AK 32/04 – StV 2005, 674 f.; *Hackner/Schierholt*, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl. 2017, S. 80; *Lagodny*, in: *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, § 33 Rn. 7.

²³ BVerfG, Beschl. v. 14.2.1979 – 1 BvR 924/78 – BVerfGE 50, 244, 250 f.; *Hackner/Schierholt*, S. 80.

²⁴ *Schaefer*, NJW-Spezial 2008, 536, 537.

²⁵ Mit der für den Verfolgten bedeutsamen Konsequenz, dass gemäß § 45 Abs. 3 RVG die Rechtsanwaltsvergütung aus der Staatskasse gezahlt wird.

andere Person »Beistand« leisten kann. Der Beistand des IRG ist also ein »Minus« im Vergleich zum Verteidiger der StPO.²⁶

Dieses Konzept ist allerdings heute nicht mehr zeitgemäß, und vor allem in den Fällen, in denen Auslieferungshaft vollstreckt wird, rechtsstaatlich bedenklich. Vielmehr ist *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner* zuzustimmen, die darauf hinweisen, dass eine Verteidigung in vollem Umfang insbesondere im Auslieferungsverfahren notwendig ist, da der Betroffene dort sogar ein größeres Schutzbedürfnis hat.²⁷ Beispielsweise liegt dem Richter, der die Auslieferungshaft anzuordnen hat, im Gegensatz zur Situation bei Anordnung der Untersuchungshaft keine komplette Akte vor, sondern unter Umständen nur ein ausgefülltes Formblatt.²⁸ Die Anordnung der vorläufigen Auslieferungshaft setzt nicht einmal den Eingang der erforderlichen Auslieferungsunterlagen voraus (§ 16 Abs. 2 IRG).

Eine Angleichung der Vorschriften über den Beistand im IRG an die über den Verteidiger in der StPO ist daher, vor allem bezüglich der Frage der Bestellung als Pflichtbeistand, geboten: Das IRG verweist zwar auf die Vorschriften der StPO zum Verteidiger (§ 40 Abs. 3 IRG), klammert jedoch explizit den ganz zentralen § 140 StPO aus. Dieser regelt die notwendige Verteidigung und zählt zwölf Tatbestände²⁹ auf, bei deren Vorliegen – falls nicht bereits ein Wahlverteidiger mandatiert wurde – ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Die Ausnahme insbesondere dieses Paragraphen kann *e contrario* nur bedeuten, dass die in § 40 Abs. 2 IRG³⁰ enumerativ aufgezählten – demgegenüber »nur«– drei Tatbestände der zwingenden Bestellung eines Beistands abschließend sind.³¹

Von besonderer Bedeutung ist, dass § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO nicht gilt, für den es im IRG keine Entsprechung gibt. Wohingegen also im Strafprozess bei Vollstreckung von Untersuchungshaft die Mitwirkung eines Verteidigers am Verfahren zwingend notwendig ist, kann Auslieferungshaft vollstreckt werden, ohne dass dem Verfolgten ein Rechtsbeistand zur Seite gestellt wird. In der Gesetzesbegründung zum IRG liest man als Legitimation dieser Einschränkung, dass »erfahrungsgemäß das Auslieferungsverfahren häufiger durch praktische und technische Hindernisse im Bereich der Förmlichkeiten des Verfahrens [...] als, wie im Strafverfahren, durch den Umfang der erforderlichen Ermittlungen verzögert«³² wird.

Der Grund für die Pflichtverteidigung im Falle der Untersuchungshaft erschöpft sich jedoch nicht darin, dass der Verteidiger auf ein zügiges Ermittlungsverfahren hinwirken soll. Vielmehr ist mit der Vollstreckung von Untersuchungshaft ein erheblicher Eingriff in die

²⁶ So auch *Schomburg/Lagodny*, NJW 2012, 348, 352.

²⁷ *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 201.

²⁸ Vgl. §§ 15, 16 IRG; so auch *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, aaO, Einl. Rn. 201.

²⁹ § 140 Abs. 1 Nr. 1 bis 9, Abs. 2 S. 1 Var. 1 bis 3 StPO.

³⁰ § 40 Abs. 2 zählt als Tatbestände für die Bestellung auf (1.) wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage, (2.) wenn ersichtlich ist, daß der Verfolgte seine Rechte nicht selbst hinreichend wahrnehmen kann und (3.) wenn der Verfolgte noch nicht 18 Jahre alt ist.

³¹ Der abschließende Charakter wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich hervorgehoben, *BT-Drucks. 9/1338*, S. 60.

³² *BT-Drucks. 9/1338*, S. 60.

Grundrechte des Betroffenen verbunden, der immense soziale und psychische Auswirkungen auf den Betroffenen hat.³³ Dies allein ist schon ausreichend, um die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu rechtfertigen. Dass dies auch dem Gesetzgeber bewusst war, lässt sich an der Entstehungsgeschichte des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO ablesen. Ursprünglich stellte erst eine über drei Monate andauernde Inhaftierung einen Fall der notwendigen Verteidigung dar.³⁴ Mit dem Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009³⁵ wurde § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO auf Vorschlag des Rechtsausschusses eingefügt, da »in Anbetracht des mit der Inhaftierung verbundenen erheblichen Eingriffs in die Grundrechte der Betroffenen« die Pflichtverteidigung nach erst drei Monaten Haftzeit als »ungenügend« zu bewerten sei.³⁶

Es stellt sich also die Frage, ob die unterschiedliche Behandlung der Betroffenen in der Untersuchungshaft und der »Auslieferungsuntersuchungshaft« noch sachlich gerechtfertigt ist. Denkbare Differenzierungskriterium könnte sein, dass die Freiheitsentziehung durch den deutschen Richter einerseits zugunsten eines deutschen, andererseits zugunsten eines ausländischen Ermittlungsverfahrens angeordnet wird. Allerdings ist es in beiden Fällen der deutsche Staat, der die Freiheit entzieht.³⁷ Die Ungleichbehandlung begegnet vor allem dann Bedenken, wenn man mit *Schomburg/Lagodny* die Idee vertritt, dass das Auslieferungsverfahren heutzutage längst Teil eines international-arbeitsteiligen Strafverfahrens ist.³⁸

Auch das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung, dass die notwendige Bestellung eines Verteidigers eine Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung darstellt.³⁹ Dem Beschuldigten müsse die Möglichkeit gegeben werden, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen.⁴⁰ Dazu gehöre auch, dass ein Beschuldigter, der die Kosten eines gewählten Verteidigers nicht aufzubringen vermag, in schwerwiegenden Fällen von Amts wegen und auf Staatskosten einen rechtskundigen Beistand erhält.⁴¹

Diese Argumentation des Bundesverfassungs-

gerichts verfängt ebenfalls im Falle der Auslieferungshaft. Auch wenn die normative Herleitung des Rechtsstaatsprinzips in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht ganz eindeutig ist,⁴² so ergibt sich doch aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes als Werteordnung, in der die Würde des Menschen an oberster Stelle steht, dass der Mensch durch ein staatliches Verfahren nicht zum Objekt gemacht werden darf.⁴³ Daher muss erst recht in den Fällen der Auslieferungshaft ein Beistand notwendig bestellt werden.⁴⁴ Ein Mensch befindet sich in einem fremden Land, dessen Sprache und Rechtsordnung er wahrscheinlich nicht kennt. Er kann nicht direkt mit den Mithäftlingen oder dem Richter kommunizieren, sondern stets nur über Mittelspersonen. Er hat keine Möglichkeit und auch keinen Anspruch darauf, einen Anwalt aus seinem Heimatland herbeizuholen. Wer schon einmal in einem fremden Land war, dessen Sprache er nicht (fließend) beherrscht, und versucht hat, einen Behördengang zu erledigen oder sei es nur einen Fahrschein bei der Bahn zu erwerben, weiß, wie hilflos man sich fühlt, wenn man sein Anliegen nicht verständlich machen kann. Es besteht daher insbesondere in den Fällen der Auslieferungshaft die reale Gefahr einer Verobjektivierung des Verfolgten. Angesichts der heutzutage einhellig vertretenen Ansicht, dass der Verfolgte Subjekt im Auslieferungsverfahren ist und nicht mehr nur Objekt eines Verfahrens zwischen zwei Staaten, ist es nicht mehr zeitgemäß und komplementär zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen Deutschlands, die Auslieferungshaft ohne notwendige Bestellung eines Verteidigers anzuordnen.

Bis hier der Gesetzgeber tätig geworden ist, gibt es für den Anwalt, der seine Pflichtbestellung erwirken möchte, noch folgende Möglichkeit: Einige Stimmen in der Literatur vertreten, dass § 40 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 1 IRG (Pflichtbeistandschaft aufgrund der Schwierigkeiten der Sach- und Rechtslage) so auszulegen sei, dass grundsätzlich ein Beistand bestellt werden müsse.⁴⁵ Die Begründung ist, dass die Schwierigkeiten schon dadurch indiziert seien, dass das Auslieferungsverfahren auf einem »kaum zu durchschauenden Netzwerk von internationalem, ausländischem und oft abseits gelegenen nationalem Recht« gegründet sei.⁴⁶ Hierfür spricht auch, dass laut der Begründung zum IRG das Verfahren deshalb den Oberlandesgerichten und Generalstaatsanwaltschaften zugewiesen wurde, weil Auslieferungsangelegenheiten »spezifische Schwierigkeiten« aufweisen und der Entscheidung »weittragende Bedeutung« zukommt.⁴⁷ In der

Konsequenz kann man vertreten, dass man auch bei der Frage der Beiordnung des Pflichtbeistands diese Grundsatzschätzung des Gesetzgebers des IRG anzuwenden hat.⁴⁸ Gegen diese Auslegung spricht allerdings, dass sie wohl die Wortlautgrenze des § 40 IRG überschreitet: Der Gesetzgeber hat in § 40 Abs. 2 IRG eine enumerative Aufzählung der Tatbestände gewählt, anstatt einen Auffangtatbestand mit davon abweichenden Ausnahmeregelungen zu schaffen.⁴⁹ Auch fällt auf, dass der Aufzählung nicht, wie dies bei nur beispielhaften Aufzählungen von Tatbeständen üblich ist, das Wort »insbesondere« vorweg gestellt wurde. Dennoch ist zu empfehlen, im Zweifel jedenfalls zu versuchen, den Weg über § 40 Abs. 2 Nr. 1 Halbs. 1 IRG zu gehen, und die Bestellung als Pflichtbeistand hierüber – insbesondere in Auslieferungshaftssachen – zu beantragen.

IV. Akteneinsichtsrecht

Genau wie in einem innerdeutschen Strafverfahren ist es auch im Auslieferungsverfahren für den Betroffenen und dessen Beistand von elementarer Bedeutung, über die der Auslieferung zugrundeliegenden Tatsachen und Vorgänge informiert zu sein.⁵⁰ Das Akteneinsichtsrecht im gerichtlichen Verfahren ist eine Ausprägung des Rechts auf Information über den Sach- und Rechtsstand als Teil des Grundrechts auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG.⁵¹

Für das Zulässigkeitsverfahren ergibt sich ein Akteneinsichtsrecht über die Verweisung in § 77 Abs. 1 IRG auf die Vorschriften der StPO. Demgemäß ist auch § 147 Abs. 1 StPO anwendbar, aufgrund dessen der Verteidiger befugt ist, die Akten, die dem Gericht vorliegen, einzusehen sowie amtlich verwahrte Beweismittel zu besichtigen.⁵²

Das Akteneinsichtsrecht im Bewilligungsverfahren richtet sich hingegen nach den Regeln des Verwaltungsrechts. Durch den Ausschluss des Bewilligungsverfahrens vom Anwendungsbereich des VwVfG (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG) ist das verwaltungsverfahrensrechtliche Akteneinsichtsrecht gemäß § 29 VwVfG allerdings nicht anwendbar. Für eine analoge Anwendung des § 29 VwVfG fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Gesetzgeber laut den Gesetzesmaterialien bewusst das Rechtshilfverfahren vom Anwendungsbereich des VwVfG ausnehmen wollte.⁵³

Dem Auszuliefernden steht aber ungeschrieben jedenfalls ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Ent-

scheidung der Bewilligungsbehörde über den Akteneinsichtsanspruch zu.⁵⁴ Nach einhelliger Ansicht ist das Ermessen bei der Entscheidung über einen Akteneinsichtsanspruch in einem Verwaltungsverfahren so auszuüben, dass jedenfalls so viele Informationen aus dem Akteninhalt mitgeteilt werden, wie es für eine sachgerechte Interessenwahrnehmung unter Berücksichtigung des Grundprinzips eines rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens notwendig ist.⁵⁵ Dabei muss der Verfolgte sein berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht glaubhaft machen.⁵⁶ Das Erfordernis eines berechtigten Interesses ist aber regelmäßig erfüllt bei der Auslieferungsbewilligung. Denn die Bewilligungsentscheidung hat nicht nur eine außenpolitische beziehungsweise völkerrechtliche Dimension, sondern stellt gemeinsam mit der Zulässigkeitsentscheidung die Ermächtigung dar, aufgrund derer die Rechtshilfe geleistet wird, durch die in die Individualrechte des Betroffenen eingegriffen wird.⁵⁷ Ohne Akteneinsicht hat der Auszuliefernde keine Möglichkeit, die Grundlagen der Abwägungsentscheidung herauszufinden und diese ggf. zu widerlegen oder eigene abwägungserhebliche Aspekte vorzutragen.⁵⁸

Dieser Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über das Akteneinsichtsgesuch ist aber dann verletzt, wenn das Ermessen fehlerhaft gar nicht ausgeübt wird, ergo ein Ermessensnichtgebrauch vorliegt.⁵⁹ Das ist der Fall, wenn der entscheidende Sachbearbeiter meint, er habe überhaupt keinen Ermessensspielraum. Dieser Ermessensfehler ist ein reales Risiko, da gemäß Nummer 22 a Abs. 1 S. 3 RiVAST⁶⁰ im Bewilligungsverfahren eine Akteneinsicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Nummer 22 a Abs. 1 S. 3 RiVAST ist zwar als Verwaltungsvorschrift nur Binnenrecht der Behörde,⁶¹ die Richtlinien sind aber für Gerichte, Staatsanwaltschaften und andere Behörden bestimmt und grundsätzlich verbindlich (vgl. § 1 Abs. 1 RiVaSt).

Dieser durch Nummer 22 a Abs. 1 S. 3 RiVAST indizierte generelle Ausschluss der Ermessensausübung für die Entscheidung über die Akteneinsicht im Bewilligungsverfahren ist unverhältnismäßig, weil er jedwede Einzelfallgerechtigkeit ausschließt. Naturge-

33 Thomas/Kämpfer, MüKo StPO, 1. Aufl. 2014, § 140 Rn. 16.

34 § 117 Abs. 4 S. 1 StPO i.d.F. vom 7.4.1987, gültig bis 31.12.2009: »Hat der Beschuldigte noch keinen Verteidiger, so wird ihm ein Verteidiger für die Dauer der Untersuchungshaft bestellt, wenn deren Vollzug mindestens drei Monate gedauert hat und die Staatsanwaltschaft oder der Beschuldigte oder sein gesetzlicher Vertreter es beantragt.«

35 BGBl. 2009 I, S. 2274, in Kraft seit 1.1.2010; siehe hierzu auch Bittmann, NStZ 2010, 13, 16.

36 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf der BT-Drucks. 16/11644 – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, Drucks. 16/13097, S. 18.

37 So auch Schomburg/Lagodny, NJW 2012, 348, 352.

38 Schomburg/Lagodny, NJW 2012, 348, 351; ausführliche Darstellung des Konzepts in Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, aaO, Einl. Rn. 112 ff.

39 Bspw. BVerfG, Beschl. v. 19.10.1977 – 2 BvR 462/77 – BVerfGE 46, 202, 210; Urt. v. 8.10.1985 – 2 BvR 1150/80, 2 BvR 1504/82 – BVerfGE 70, 297, 322 f.; Kammerbeschl. v. 13.11.2005 – 2 BvR 792/05 – juris, Rn. 18 ff.; Nichtannahmebeschl. v. 6.7.2009 – 2 BvR 703/09 – juris, Rn. 4.

40 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1977 – 2 BvR 462/77 – BVerfGE 46, 202, 210.

41 BVerfG, Beschl. v. 19.10.1977 – 2 BvR 462/77 – BVerfGE 46, 202, 210.

42 Als Anknüpfungspunkt werden genannt Art. 20 Abs. 3 (Beschl. v. 17.7.2003 – 2 BvL 1/99 u.a. – BVerfGE 108, 186, 234 f.), Art. 20 Abs. 2 GG (Beschl. v. 25.7.1979 – 2 BvR 878/74 – BVerfGE 52, 131, 143), Art. 28 Abs. 1 (Beschl. v. 17.7.2003 – 2 BvL 1/99 u.a. – BVerfGE 108, 186, 234 f.) und die »Gesamtkonzeption des Grundgesetzes« (Urt. v. 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 – BVerfGE 45, 187, 246).

43 So die vom BVerfG entwickelte »Objektformel« zum Garantiegehalt von Art. 1 Abs. 1 GG, aktuell BVerfG, Beschl. v. 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14 – NJW 2015, 1083 m.w.N.

44 Folgendes Szenario beschrieben von Schomburg/Lagodny, NJW 2012, 348, 351; ebenso Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. 2017, § 140 Rn. 14.

45 Lagodny/Schomburg/Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 40 Rn. 15.

46 Lagodny/Schomburg/Hackner, aaO, § 40 Rn. 15.

47 BT-Drucks. 9/1338, S. 47.

48 Lagodny/Schomburg/Hackner, aaO, § 40 Rn. 14; a.A. OLG München, Beschl. v. 7.3.2013 – OLG Ausl. 14 Ausl. A 1033/12 – NStZ-RR 2013, 179.

49 Bspw.: »Dem Verfolgten ist ein Pflichtbeistand zu bestellen, es sei denn, dass die Sach- und Rechtslage einfach ist und der Verfolgte in der Lage ist, seine Rechte selbst hinreichend wahrzunehmen.«

50 Vgl. zur Akteneinsicht im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren: BVerfG, Beschl. v. 19.1.2006 – 2 BvR 1075/05 – NJW 2006, 1048.

51 Radtke/Hagemeyer, in: Epping/Hillgruber, 40. Ed. Stand: 1.3.2015, Art. 103 Rn. 10; Rüping, in: Bonner Kommentar GG, Bd. 19, Stand: 179. EL Juni 2016, Art. 103 Abs. 1 Rn. 52.

52 Ahlbrecht/Schlei kritisieren, dass es sich bei diesem Akteneinsichtsrecht im Bereich der sonstigen Rechtshilfe um einen »zahnlosen Tiger« handelt, da sich in der deutschen Verfahrensakte in der Regel nur das Rechtshilfeersuchen und ggf. dessen dokumentierte Bewilligung befinden, Dies., StraFo 2013, 265, 267.

53 Vgl. RegE zum VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 33.

54 So hat es bspw. auch der Bundesfinanzhof für das steuerliche Verwaltungsverfahren gesehen, für das es in der AO ebenfalls keinen gesetzlichen Anspruch auf Akteneinsicht gibt, BFH, Beschl. v. 4.6.2003 – VII B 138/01 – NVwZ 2004, 832; allgemein bejahend für Verwaltungsverfahren Kallerhoff/Mayen, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 29 Rn. 18.

55 Kallerhoff/Mayen, ebd., § 29 Rn. 18; BVerfG, Beschl. v. 8.10.2009 – 2 BvR 547/08 – NJW 2010, 925; Beschl. v. 15.10.2009 – 2 BvR 2438/08 – NJW 2010, 287; Beschl. v. 4.5.2004 – 1 BvR 1892/03 – BVerfGE 110, 339; Beschl. v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96 – BVerfGE 101, 397 zum Inhalt des rechtsstaatlichen Gebots eines fairen Verfahrens.

56 Kallerhoff/Mayen, ebd., § 29 Rn. 18; BVerfG, Beschl. v. 21.6.1993 – 1 B 62/92 – NVwZ 1994, 72; VGH München, Urt. v. 22.3.1988 – 21 B 87.03439 – BayVBl 1988, 404

57 So auch Ahlmann/Schlei, StraFo 2013, 265, 267.

58 So auch Vogel, in: Grütner/Pötz/Kreß, Voraufl., Stand: 37. Ergänzungslieferung, Dez. 2014, Vor § 1 Rn. 113

59 Zur Ermessensfehlerlehre vgl. Maurer/Waldhoff, Allg. VerwR, 19. Aufl. 2017, § 7 Rn. 19 ff.

60 Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten, in der Fassung der Bekanntmachung vom 5.12.2012 (BAnz AT 19.12.2012 B2).

61 Zum Rechtscharakter von Verwaltungsvorschriften vgl. Eichberger/Buchheister, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 35. EL September 2018, § 137 Rn. 22 ff. m.w.N.

mäß kann das Akteneinsichtsrecht eingeschränkt sein, wenn Geheimhaltungsinteressen betroffen sind. Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Vorgang seinem Wesen nach geheim zu halten ist, geht es um einen Ausgleich zwischen den betroffenen öffentlichen und privaten Belangen.⁶² Wie dieser Ausgleich aussehen muss, ist jeweils im konkreten Einzelfall zu entscheiden. Zudem ist die Akteneinsicht auch bei bestehenden Geheimhaltungsinteressen nicht zwingend vollständig zu verweigern. Den Geheimhaltungsinteressen des Bundes und der Länder aufgrund der eventuell in der Akte enthaltenen außenpolitischen Erwägungen kann beispielsweise durch Schwärzungen oder Herausnahme der brisanten Stellen Rechnung getragen werden,⁶³ oder durch Kompensation der Akteneinsicht durch andere geeignete Maßnahmen wie bspw. mündlichen Bericht.⁶⁴ Auch hier steht letztlich im Vordergrund, dass der Betroffene nicht zum bloßen Objekt des Verwaltungsverfahrens gemacht werden darf.⁶⁵

Diese Problematik sollte dem Rechtsbeistand bei Beantragung der Akteneinsicht bestenfalls bekannt sein, um auf die bestehenden alternativen Möglichkeiten zur gänzlichen Verweigerung der Akteneinsicht ggf. hinzuweisen.⁶⁶

V. Bekanntgabe der Bewilligungsentscheidung

Für den Anwalt im Auslieferungsverfahren ist es zudem wichtig zu wissen, dass es *de lege lata* keine Bekanntgabepflicht der Bewilligungsentscheidung an den Betroffenen gibt. Die Tatsache, dass der Betroffene von der Bewilligung oft erst durch die Vornahme der amtlichen Übergabe erfährt, ist noch ein Relikt aus der Zeit, als man den Verfolgten als bloßes »Objekt« des ganzen Verfahrens ansah.⁶⁷

Dies ist ein rechtsstaatlich höchst bedenklicher Missstand. Wie auch *Schmidt-Aßmann* schreibt, ist die Verlautbarung staatlicher Akte, die die Außenrechtsbeziehungen von Rechtssubjekten gestalten, ein »elementares Gebot des Rechtsstaats« das aus der grundrechtlichen Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG folgt.⁶⁸ Ebenfalls mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG geboten ist die Ankündigung schwerer Grundrechtseingriffe durch faktische Maßnahmen.⁶⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu in Bezug auf die Durchführung von Zwangsmaßnahmen

entschieden, dass jedenfalls bei planmäßigen Behandlungen eine Ankündigung erforderlich ist, die dem Betroffenen die Möglichkeit eröffnet, rechtzeitig Rechtsschutz zu suchen.⁷⁰ Dies folge aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG in Verbindung mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG, die Vorwirkungen auf das Verwaltungsverfahren entfalte.⁷¹ Daher ist auch unter diesem Aspekt eine Bekanntgabe der Bewilligungsentscheidung – insbesondere der positiven – dringend geboten.

Es ist jedoch nicht möglich, eine solche Pflicht aus dem VwVfG zu konstruieren. Eine Analogie zu § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG⁷² scheitert hier wiederum an der fehlenden Planwidrigkeit der Regelungslücke.⁷³ Hier könnte nur eine Gesetzesänderung eine Verpflichtung der Bewilligungsbehörde zur Bekanntgabe der Entscheidung an den Betroffenen herbeiführen. Es empfiehlt sich daher für den Rechtsbeistand des Betroffenen, einen ständigen Kontakt zur Bewilligungsbehörde aufrechtzuerhalten, um nicht von der Bewilligungsentscheidung überrascht und vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden.⁷⁴

VI. Rechtsbehelfe des Betroffenen

Der Betroffene des Auslieferungsverfahrens sieht sich zu mehreren Zeitpunkten im Verfahren mit Hoheitsmaßnahmen konfrontiert, gegen die er möglicherweise Einwände erheben will. Das beginnt (im Fall einer vorläufigen Festnahme) bei der ersten Festhaltenanordnung des Amtsrichters und zieht sich weiter über den Auslieferungshaftbefehl, die gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung, die behördliche Bewilligungsentscheidung sowie schließlich den tatsächlichen Vollzugsakt – die Übergabe des Betroffenen in die Hände des ersuchenden Staates. Nur für einen Teil dieser potentiell anfechtbaren Maßnahmen sind Rechtsbehelfe im IRG geregelt. Insbesondere im Rechtsschutzsystem und dessen Defiziten auf der Ebene des Individualrechtsschutzes zeigt sich, dass das derzeit geltende Rechtshilferecht in Teilen noch dem überkommenen Denken verhaftet ist, dass der Betroffene nur Objekt in einem zwischenstaatlichen Verfahren ist.⁷⁵ An dieser Stelle sollen dabei nur zwei Aspekte beleuchtet werden: Der Problematik der fehlenden Rechtsmittel gegen die Zulässigkeitsentscheidung und die Bewilligungsentscheidung.

1. Rechtsmittel gegen die Zulässigkeitsentscheidung

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 IRG ist die Entscheidung des Oberlandesgerichts im Zulässigkeitsverfahren mit ordentlichen Rechtsmitteln durch den Verfolgten nicht mehr angreifbar. Legt der Betroffene derzeit eine gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 IRG unzulässige »Beschwerde« oder sonstiges unbenanntes Rechtsmittel gegen die

Zulässigkeitsentscheidung ein, muss dieses in einen Antrag auf erneute Entscheidung nach § 33 IRG umgedeutet werden. § 33 IRG ist aber kein Rechtsmittel, da nicht die erste Zulässigkeitsentscheidung überprüft wird, da im Rahmen des § 33 IRG aufgrund eines neuen Sach- und/oder Kenntnisstands⁷⁶ eine selbständige neue Entscheidung des Oberlandesgerichts ergeht.⁷⁷

Zwar kann nach § 42 IRG der Bundesgerichtshof unter zwei alternativen Voraussetzungen im Rahmen des Zulässigkeitsverfahrens angerufen werden, nämlich falls im Einzelfall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu klären ist oder von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder eines anderen Oberlandesgerichts abgewichen werden soll. Die Vorlagekompetenz liegt jedoch allein beim Oberlandesgericht (§ 42 Abs. 1 IRG). Dass der Betroffene kein eigenes Antragsrecht hat, ist ein eigenes Problem und soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Es steht jedoch im Widerspruch zum Gebot der »Waffengleichheit«⁷⁸ als Teil des *fair trial*-Grundsatzes und des Rechtsstaatsprinzips und verstößt gegen den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.⁷⁹

Die derzeit einzige Möglichkeit, um gegen die gerichtliche Zulässigkeitsentscheidung vorzugehen, liegt in dem außerordentlichen Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde. Wird die Verletzung rechtlichen Gehörs gerügt, ist zu beachten, dass der Rechtsweg nur dann erschöpft ist, wenn der Verfolgte vor der Einlegung der Verfassungsbeschwerde erfolglos einen Antrag gemäß § 77 IRG in Verbindung mit § 33 a StPO (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Nichtgewährung rechtlichen Gehörs) gestellt hat.⁸⁰ Wie üblich besteht mit der Verfassungsbeschwerde auch in Auslieferungsverfahren nicht eine neue Tatsacheninstanz, vielmehr wird nur die »Verletzung spezifischen Verfassungsrechts«⁸¹ bei der Anwendung und Auslegung der einfachgesetzlichen Normen überprüft.

Die Tatsache, dass dem Betroffenen kein ordentliches Rechtsmittel gegen die Zulässigkeitsentscheidung zusteht, ist rechtsstaatlich bedenklich. In einem Rechtsstaat gehört zu einer grundrechtlichen Garantie die Möglichkeit einer zumindest einmaligen gerichtlichen Kontrolle ihrer Einhaltung.⁸² Das Grundgesetz hat die rechtsprechende Gewalt in erster Linie den

Fachgerichten anvertraut,⁸³ die Verfassungsbeschwerde ist kein zusätzlicher Rechtsbehelf zum fachgerichtlichen Verfahren.⁸⁴

Nach lange gefestigter Rechtsprechung besteht zwar kein Anspruch auf einen Instanzenzug; Art. 19 Abs. 4 GG gewährt Rechtsschutz »durch« den Richter, nicht »gegen« den Richter.⁸⁵ Dieses früher unumstößliche Dogma ist jedoch durch den Plenarbeschluss des Großen Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. April 2003 ins Wanken gekommen.⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht erkennt einen von Art. 19 Abs. 4 GG unabhängigen allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch an, der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten abgeleitet wird.⁸⁷ Der Justizgewährleistungsanspruch sichert laut dem Bundesverfassungsgericht den Rechtsschutz gegen die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in jeder gerichtlichen Instanz.⁸⁸ Die verfassungsgerichtliche Argumentation zu Art. 103 Abs. 1 GG lässt sich auch auf andere Verfahrensgrundrechte wie zum Beispiel Art. 101 Abs. 1 GG, den Anspruch auf ein faires Verfahren, den Anspruch auf Waffengleichheit oder das Beschleunigungsgebot übertragen.⁸⁹ Bei der spruchrichterlichen Tätigkeit müssen die grundrechtlich verbürgten rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze eingehalten werden, deren Verletzung sonst ohne Kontrolle und Sanktion bliebe.⁹⁰ Wenn ein Gericht bei der Verfahrensdurchführung seine Rechtsschutzfunktion verfehlt und damit einen eigenständigen Verfahrensverstöß begeht, muss dieser gerichtlich überprüft werden können.⁹¹ Erfolgt die behauptete Verletzung des Verfahrensgrundrechts jedoch in der letzten in der Prozessordnung vorgesehenen Instanz – oder wie im Zulässigkeitsverfahren: in der einzigen Instanz – und ist der Fehler entscheidungserheblich, muss die Verfahrensordnung eine eigenständige gerichtliche Abhilfemöglichkeit vorsehen.

Im Regelfall ist es sicherlich ausreichend und trägt den verfassungsrechtlichen Vorgaben ausreichend Rechnung, dass das Oberlandesgericht die Zulässigkeitsentscheidung als einzige gerichtliche Entscheidung fällt. Jedoch muss das Rechtssystem eben gerade auch für die Ausnahmefälle Vorsorge treffen, in denen die gerichtliche Entscheidung dem Justizgewährleistungsanspruch nicht Genüge tut. In einem solchen Fall gibt es derzeit für den Betroffenen keine Möglichkeit der fachgerichtlichen Überprüfung der Zulässigkeits-

⁶² BVerwG, Urt. v. 25.2.1969 – 1 C 65/67 – NJW 1969, 1131, 1132; Herrmann, in: Bader/Ronellenfisch, § 29 Rn. 30.

⁶³ Vgl. zu der entsprechenden Sichtweise bei § 29 VwVfG Herrmann, in: Bader/Ronellenfisch, § 29 Rn. 21.

⁶⁴ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 19. Aufl. 2018, § 29 Rn. 27.

⁶⁵ Herrmann, in: Bader/Ronellenfisch, § 29 Rn. 22.

⁶⁶ Hier kann auch auf die Informationsfreiheitsgesetze zurückgegriffen werden, ausf. Pieronczyk, Die prozessualen Rechte des Verfolgten im vertraglosen Auslieferungsverkehr nach dem IRG, 2018, S. 122 ff.

⁶⁷ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, aaO, Einl. Rn. 170.

⁶⁸ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, 85. EL November 2018, Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 250; so schon BVerfG, Beschl. v. 2.4.1963 – 2 BvL 22/60 – BVerfGE 16, 6, 16 ff.; Beschl. v. 28.10.1975 – 2 BvR 883/73 – BVerfGE 40, 237, 252 f., 255; Urt. v. 22.11.1983 – 2 BvL 25/81 – BVerfGE 65, 283, 290 f.; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 41 Rn. 2; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, § 41 Rn. 2.

⁶⁹ Schmidt-Aßmann, ebd., Art. 19 Abs. 4 GG, Rn. 252.

⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09 – BVerfGE 128, 282, 311.

⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 23.3.2011 – 2 BvR 882/09 – BVerfGE 128, 282, 311.

⁷² »Ein Verwaltungsakt ist demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird.«

⁷³ Vgl. RegE zum VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 33.

⁷⁴ Schaefer, NJW-Spezial 2008, 536, 537; Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, aaO, Einl. Rn. 129

⁷⁵ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, aaO, Einl. Rn. 191.

⁷⁶ Darunter fallen bspw. neue Zeugen oder Urkunden, zwischenzeitlicher Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit, aber auch eine Änderung der Rechtsprechung, bspw. aufgrund eines Vorlageverfahrens nach § 42 IRG (Lagodny, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, § 33 Rn. 10; Vogler, aaO, § 33 Rn. 8), Nichtigerklärung von verfahrenserheblichen Vorschriften durch das Bundesverfassungsgericht (so zum 1. EuHbG von 2004 geschehen, s. OLG Celle, Beschl. v. 7.4.2006 – 1 ARs 18/05 (Ausl) – NStZ-RR 2007, 17; a.A. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 8.9.2005 – 1 AK 32/04 – StV 2005, 674) u.v.m.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 4.2.1959 – 1 BvR 193/57 – BVerfGE 9, 174, 178; KG, Beschl. v. 11.10.1971 – (1) Ausl. 14/71 (31/71) – NJW 1972, 1018, 1019 f.; Lagodny, aaO, § 33 Rn. 2.

⁷⁸ BVerfG, Beschl. v. 8.10.1974 – 2 BvR 747/73 – BVerfGE 38, 105, 111.

⁷⁹ So auch Lagodny, aaO, § 42 Rn. 26; ausf. Pieronczyk, aaO, S. 188 ff.

⁸⁰ BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschl. v. 23.11.1983 – 2 BvR 1575/83 – NJW 1984, 559; Nichtannahmebeschl. v. 23.7.2003 – 2 BvR 987/03 –, NStZ-RR 2003, 338; statt- gebender Kammerbeschl. v. 8.4.2004 – 2 BvR 253/04 –, juris, Rn. 15; vgl. auch Beschl. v. 30.6.1976 – 2 BvR 164/76 – BVerfGE 42, 243, 247 f.

⁸¹ Ständige Rechtsprechung seit BVerfG, Beschl. v. 18.9.1952 – 1 BvR 612/52 – BVerfGE 1, 418, 420.

⁸² BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395, 402.

⁸³ BVerfG, ebd., S. 411.

⁸⁴ BVerfG, ebd., S. 415.

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 5.2.1963 – 2 BvR 21/60 – BVerfGE 15, 275, 280; BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395, 403; Beschl. v. 2.12.2014 – 1 BvR 3106/09 – BVerfGE 138, 33, 39; Enders, in: Epping/Hillgruber, GG, 40. Ed., Stand: 15.11.2018, Art. 19 Rn. 57; diff. Vogel/Burchard, aaO, § 13 Rn. 15.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395.

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395, 406 f.; Beschl. v. 2.3.1993 – 1 BvR 249/92 – BVerfGE 88, 118, 123; Beschl. v. 20.6.1995 – 1 BvR 166/93 – BVerfGE 93, 99, 107; Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 185 f.; Enders, aaO, Art. 19 Rn. 58.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395, 410.

⁸⁹ Voßkuhle, NJW 2003, 2193, 2197.

⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395, 407; Enders, in: Epping/Hillgruber, Art. 19 Rn. 58.

⁹¹ Enders, aaO, Art. 19 Rn. 58.

entscheidung, weder vor dem *iudex a quo* noch vor dem *iudex ad quem*. Das Bundesverfassungsgericht genügt nicht für einen hinreichenden Rechtsschutz im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG,⁹² es ist eben keine »Superrevisionsinstanz«, sondern die »letzte Grundrechtsschutz-Reserve«.⁹³

Die Schaffung eines Rechtsmittels auch gegen die Zulässigkeitsentscheidung wäre daher aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten. Hierzu ist ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich.

An dieser Stelle kann dem Rechtsbeistand derzeit nur geraten werden, im Zweifelsfall rechtzeitig (es gilt die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG) Verfassungsbeschwerde gegen die Zulässigkeitsentscheidung zu erheben. Diese sollte verbunden werden mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 32 BVerfGG.⁹⁴ Ohne Erlass der einstweiligen Anordnung würde aufgrund der positiven Zulässigkeitsentscheidung die Auslieferung höchstwahrscheinlich bewilligt und der Verfolgte in den ersuchenden Staat überstellt werden. Ist dies erst einmal geschehen, gibt es keine Möglichkeit für den deutschen Staat, den ersuchenden Staat zu zwingen, den Verfolgten wieder zurück nach Deutschland zu überstellen, wenn sich die Verfassungsbeschwerde als begründet erweist – es wäre ein irreparabler Zustand geschaffen.⁹⁵

2. Rechtsmittel gegen die Bewilligungsentscheidung

Nicht nur gegen die Zulässigkeitsentscheidung, auch gegen die Bewilligungsentscheidung ist ein ordentliches Rechtsmittel derzeit nicht gegeben. Dies ist dadurch begründet, dass nach der klassischen, historisch gewachsenen Zweiteilung des Auslieferungsverfahrens die subjektiven Rechtspositionen des Betroffenen im Wesentlichen im Zulässigkeitsverfahren zu würdigen sind, wohingegen auf Ebene der Bewilligungsentscheidung außen- und kriminalpolitische Aspekte erwogen werden.⁹⁶ Letztere sind nicht justitiabel für den Betroffenen. Diese strikte Aufteilung des Verfahrens ist allerdings mittlerweile überholt. Beispielsweise wird heutzutage die Gefahr der politischen Verfolgung für den Betroffenen in dem ersuchenden Staat auch in der Bewilligungsentscheidung regelmäßig mitberücksichtigt,⁹⁷ ein klassisch subjektiver Aspekt.

Das Bundesverfassungsgericht ließ die Frage der Anfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung in seiner Rechtsprechung zunächst offen.⁹⁸ Der Gesetzgeber

versuchte dann durch das Europäische Haftbefehls-gesetz vom 21. Juli 2004⁹⁹ die Überprüfung der Bewilligungsentscheidung gänzlich auszuschließen, indem er den § 74 b IRG schuf: »Die Bewilligungsentscheidung ist nicht anfechtbar.« Diese Regelung hatte jedoch nur ein knappes Jahr Bestand. In seinem Urteil vom 18. Juli 2005 hat das Bundesverfassungsgericht § 74 b IRG für nichtig erklärt, da die Regelung gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstoße.¹⁰⁰ Zehn Jahre später liest man dann im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 9. Juni 2015, dass es einer »isolierten gerichtlichen Überprüfung der Bewilligungsentscheidung« auch im Auslieferungsverkehr mit Drittstaaten bedarf, wenn diese über die Zulässigkeitsentscheidung hinausgeht.¹⁰¹ In diesem Fall könne das Oberlandesgericht im Rahmen seiner Entscheidung nicht alle subjektiven öffentlichen Rechte des Verfolgten berücksichtigen und den von Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen Rechtsschutz gewähren, so dass es grundsätzlich einer eigenständigen Überprüfung der Bewilligungsentscheidung bedürfe.¹⁰² Und auch der Gesetzgeber erkennt in seiner Begründung zur Neufassung des europäischen Haftbefehls-gesetzes nunmehr an, dass die Entscheidung der Bewilligungsbehörde im Einzelfall in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen könne.¹⁰³

Umstritten ist derzeit noch, welcher Rechtsweg zu wählen sein wird, in Betracht kommen hier insbesondere der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO¹⁰⁴ und die Überprüfung durch die Oberlandesgerichte entsprechend den §§ 29 ff. IRG.¹⁰⁵ Sinnvoll kann aber nur sein, den Oberlandesgerichten die Entscheidung über die Anfechtung der Bewilligung zu übertragen.¹⁰⁶

v. 8.4.2004 – 2 BvR 253/04 – juris, Rn. 20; Nichtannahmebeschl. v. 25.11.2008 – 2 BvR 2196/08 – juris, Rn. 9.

⁹⁹ Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 21.7.2004, BGBl. 2004 I, S. 1748 mit Wirkung vom 23.8.2004; nichtig erklärt durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04 – BVerfGE 113, 273 (Europäischer Haftbefehl) mit Wirkung vom 10.8.2005, BGBl. 2005 I, S. 2300.

¹⁰⁰ BVerfG, Urt. v. 18.7.2005 – 2 BvR 2236/04 –, BVerfGE 113, 273, 315.

¹⁰¹ BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 9.6.2015 – 2 BvR 965/15 – juris, Rn. 24.

¹⁰² BVerfG, ebd.

¹⁰³ BT-Drucks. 16/2015, S. 12: »Dennoch erscheint es nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall auch die Entscheidung der Bewilligungsbehörde in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen kann. Daher soll davon Abstand genommen werden, kategorisch die Unanfechtbarkeit einer Bewilligungsentscheidung festzuschreiben.«

¹⁰⁴ Befürwortet bspw. von Vogler, NJW 1982, 468, 472, allerdings mit der Einschränkung, dass dies nur bis zum Inkrafttreten des IRG gelten solle. Lagodny, der in der 4. Auflage noch den Verwaltungsrechtsweg befürwortete (Lagodny, in: Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, 4. Aufl., § 12 Rn. 23 f.) ist in Reaktion auf den Beschluss des BVerwG vom 18.5.2010 (1 B 1/10 –, BVerwGE 137, 52) hiervon abgerückt und befürwortet nunmehr die Zuständigkeit des OLG nach §§ 29, 79 Abs. 2 IRG analog (Lagodny, aaO, § 12 Rn. 24), ebenso Vogel/Burchard, a.a.O., Vor § 1 Rn. 300.

¹⁰⁵ Wohl unbestritten scheidet eine Anfechtung der Bewilligung nach § 77 IRG i.V.m. §§ 23 ff. EGGVG aus, da die Bewilligungsbehörden funktionell keine Justizbehörden sind (selbst wenn aufgrund einer Zuständigkeitsregelung nach § 74 Abs. 2 IRG die Landesjustizbehörden die Aufgabe der Bewilligungsbehörde wahrnehmen), vgl. OVG Münster, Entscheidung v. 9.4.1963 – II A 833/62 – DVBl. 1963, 731; OVG Berlin, Beschl. v. 26.3.2001 – 2 S 2/01 – NVwZ 2002, 114, 115; Lagodny, aaO, § 12 Rn. 34; Vogler, NJW 1982, 468, 470; a.A. in einer überholten Entscheidung wohl nur das VG Köln, Beschl. v. 13.11.1973 – 1 L 632/73 – zit. von Vogler, NJW 1982, 468, 471.

¹⁰⁶ So auch BVerwG, Beschl. v. 18.5.2010 – 1 B 1/10 –, BVerwGE 137, 52, 54 f. (Rn. 7).

§ 13 Abs. 1 S. 1 IRG regelt nicht nur die sachliche Zuständigkeit in Auslieferungssachen innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die bei den Oberlandesgerichten konzentriert ist, sondern enthält zugleich auch eine abdrängende Rechtswegzuweisung an die ordentlichen Gerichte im Sinne von § 40 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 VwGO.¹⁰⁷

In Konsequenz der derzeitigen Nichtregelung eines Rechtsbehelfs gegen die Bewilligungsentscheidung sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen der vorhandenen Rechtsbehelfe gegen Rechtshilfemaßnahmen extensiv auszulegen.¹⁰⁸ Auch das Bundesverfassungsgericht hat für Situationen, in denen Rechtsbehelfe gegen hoheitliche Eingriffe nach geltendem Recht »in schwer zu durchschauender Weise mehrfach gespalten« und durch die Fachgerichte zudem »uneinheitlich gehandhabt« werden, entschieden, dass die Fachgerichte eine »besondere Verpflichtung« trifft, »auslegungsfähige Anträge nicht daran scheitern zu lassen, dass die Rechtslage unübersichtlich ist«.¹⁰⁹ Insofern sind die Oberlandesgerichte gehalten, *de lege lata* der derzeit unbefriedigenden Rechtsschutzsituation mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG durch individualschutzfreundliche Auslegung der Anträge der Betroffenen ebenso wie der gesetzlichen Regelungen des IRG – jedenfalls dort, wo eine extensive Auslegung möglich ist – Rechnung zu tragen. *De lege lata* kann den Rechtsbeiständen daher zurzeit nur geraten werden, bei Anlass hierzu ein Rechtsmittel gegen die Bewilligungsentscheidung einzulegen (bspw. als »Beschwerde« bezeichnet) und bei Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig ggf. Verfassungsbeschwerde einzulegen.

fahrens in den letzten Jahrzehnten wesentlich gewandelt hat, hat der Gesetzgeber bisher keine konsequente Reform des IRG umgesetzt. Das IRG ist durch das Regelungsgeflecht aus europäischen, bi- und multilateralen Rechtsakten, punktuellen Ausbesserungen sowie der überholenden Rechtsprechung derartig komplex geworden, dass es unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmittelklarheit große Bedenken an seiner Verfassungsmäßigkeit weckt. Eine Neuregelung jedenfalls hinsichtlich der Rechtsmittel gegen die Zulässigkeits- und Bewilligungsentscheidung wäre dringend geboten. Da reicht es auch nicht, dass der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zur Neufassung des Europäischen Haftbefehls-gesetzes anerkennt, dass die Bewilligungsentscheidung im Einzelfall angefochten werden könne.¹¹⁰ Es kann den Gerichten und den Rechtsbeiständen nicht abverlangt werden, unter großer prozessualer Unsicherheit Lücken des IRG im Wege ungeschriebener Rechtsbehelfe und extensiver Auslegung von Normen zu schließen. Die unbefriedigende Situation fasst Lagodny prägnant zusammen, wenn er scheidet, dass »sogar der Gesetzgeber das Grundrechtsverständnis an der Garderobe zum Verfahrensrecht abzulegen scheint«.¹¹¹

V. Fazit

Obwohl sich das Verständnis des Auslieferungsver-

¹⁰⁷ BVerwG, Beschl. v. 18.5.2010 – 1 B 1/10 – BVerwGE 137, 52, 54 f. (Rn. 7); ebenso Ehlers/Schneider, aaO, § 40 Rn. 625; zustimmend auch Lagodny, aaO, § 12 Rn. 24.

¹⁰⁸ Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, aaO, Einl. Rn. 176

¹⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.5.1997 – 2 BvR 1992/92 – BVerfGE 96, 44, 49 ff. (Durchsuchungsanordnung II).

¹¹⁰ BT-Drucks. 16/2015, S. 12.

¹¹¹ Lagodny, aaO, § 73 Rn. 6b.

AKTUELLE ENTWICKLUNGEN IM AUSLIEFERUNGSRECHT



I. Einführung

Die Dynamik des Auslieferungsrechts bleibt ungeboren¹. Dies gilt zunächst für den Europäischen Haftbefehl (EuHb), welchem das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung² justizieller Entscheidungen zugrunde liegt (vgl. II 1). Die hiermit verfolgte Absicht, den Auslieferungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten (MS) durch einheitliche Standards zu beschleunigen, lässt sich noch bei einfach gelagerten Sachverhalten umsetzen³, bei substantiierten Einwendungen ist dies oft nicht mehr möglich, zumal die Fallstricke des Auslieferungsrechts kaum noch überschaubar sind. Dessen zunehmende Komplexität beruht nicht nur auf einer Flut unionaler⁴ Vorgaben⁵ vor allem durch Urteile des EuGH, sondern auch auf ständig steigende verfassungsrechtliche Anforderungen an die gerichtliche Sachaufklärungspflicht.⁶ Allerdings ist der Diskurs zwischen BVerfG und EuGH entschieden, auch wenn nunmehr über deutsche Grundrechtsvorstellungen in Luxemburg befunden wird (vgl. II. 2). Die durch den EuGH⁷ ausgeteilte Ohrfeige für den Musterknaben⁸ mit der Feststellung der fehlenden Unabhängigkeit der deutschen Staatsanwaltschaft (StA) hat den Auslieferungsverkehr nicht zum Erliegen gebracht (vgl. II 3). Natürlich hat die Covid-19-Pandemie neue Herausforderungen gestellt (vgl. II 4). Auch dieses Jahr beherr-

schen beim EuHB neben allgemeinen Haft- und Zulässigkeitsfragen (vgl. II 5) die fortwährend auftretenden Auslieferungshindernisse der menschenwürdigen Unterbringung in Haftanstalten (vgl. II 6a), von Abwesenheitsurteilen (AU) (vgl. II 6b), der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger (vgl. II 6c), der rechtsstaatlichen Defizite in Polen (vgl. II 6d) und der Bewilligung (vgl. II 6e) den aktuellen Berichtszeitraum. Die Anforderungen an die Auslieferung von Unionsbürgern an Drittstaaten (DS) sind nicht wirklich gelöst (vgl. III.). Schließlich wird noch kurz auf den sonstigen Auslieferungsverkehr mit DS (vgl. IV) sowie auf rechtspolitische Bestrebungen eingegangen (vgl. V).

II. Auslieferung aufgrund eines EuHb

1. Grundlagen

Grundlage des Rahmenbeschlusses über den EuHB (Rb-EuHB) sind die Grundsätze des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen.⁹ Danach hat jeder MS – von außergewöhnlichen Umständen einmal abgesehen¹⁰ – davon auszugehen, dass alle anderen MS das Unionsrecht und insbesondere die hierin anerkannten Grundrechte beachten. Diese Annahme soll es ermöglichen, das frühere Auslieferungsverfahren durch ein vereinfachtes und wirksameres System der Übergabe von Personen zu ersetzen.¹¹

2. Die Kontroverse zwischen EuGH und BVerfG

Der in den Vorberichten¹² mitgeteilte Diskurs zwischen BVerfG und EuGH ist entschieden. Zwar hat der 2. Senat des BVerfG in seinem Beschluss vom 1.12.2020¹³ seine Rechtsprechung¹⁴ zur Identitätskontrolle, wonach der Anwendungsvorrang des Unionsrechts seine Grenze in den durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 in

Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG für integrationsfest erklärten Grundsätzen der deutschen Verfassung habe, formal nicht aufgegeben, jedoch der Menschenwürdegarantie des Art. 1 GG und wohl auch anderen wesentlichen Grundrechten jedenfalls für den Auslieferungsverkehr mit den MS de facto den Boden entzogen. Im Anschluss an zwei Entscheidungen des 1. Senats des BVerfG¹⁵ hat der 2. Senat zunächst erneut betont, dass das Verfahren der Überstellung im Anwendungsbereich des Rb-EuHB vollständig unionsrechtlich determiniert sei, er hat aber nunmehr die weitere Erkenntnis gewonnen, dass als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab dann nicht mehr die deutschen Grundrechte, sondern die Unionsgrundrechte maßgeblich seien. Allerdings könne sich das BVerfG auch nicht aus der Grundrechtsprüfung zurückziehen. Vielmehr gehöre es nun zu seinen Aufgaben, Grundrechtsschutz am Maßstab der Unionsgrundrechte zu gewährleisten, wobei es zur Rechtfertigung seines Rückzugs das Bestehen eines Verfassungsgerichtsverbands zwischen dem EuGH, dem EGMR und den Verfassungs- und Höchstgerichten der anderen MS postuliert.¹⁶

Was bedeutet diese höchstrichterliche Erkenntnis für das alltägliche Auslieferungsverfahren? Dabei muss man zunächst in rechtlicher Hinsicht sehen, dass der EuGH zwar die grundsätzliche Notwendigkeit der Beachtung von Grundrechten stets bekräftigt,¹⁷ er jedoch bislang deren Berücksichtigung auf zwei Fallgruppen beschränkt hat, nämlich bei drohender unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Strafvollzug (vgl. II 6a)¹⁸ und bei Fehlen richterlicher Unabhängigkeit (vgl. II 6d). Ob der EuGH tatsächlich weitere sich aus der GrCh ergebende, aber nicht im Rb-EuHB ausdrücklich aufgeführte Versagungsgründe anerkennen wird,¹⁹ bleibt offen, jedenfalls bietet eine nur nachgelagerte verfassungsgerichtliche Wächterrolle in Haftsachen wenig Schutz. Wird ein solcher aber durch das GG nicht mehr zureichend gewährleistet, muss dann ein EuHB auch bei evidenten anderen Grundrechtsverletzungen vollzogen werden, nur weil der EuGH davon ausgeht, dass die Berücksichtigung von Grundrechten im ersuchenden Staat schon erfolgen wird. Dem Praktiker raufen sich die Haare! Müssen wir nun etwa die auszuliefernde Mutter von ihrem kranken und behandlungsbedürftigen Säugling trennen oder schlägt Art. 8 EMRK bzw. Art. 24, 33 GrCh durch?²⁰ Die Antwort liegt unabhängig von der rechtlichen Konstruktion der Versagung auf der Hand – eine solche Überstellung kann nicht rechtens sein. Auch bezüglich der Frage der Mindesthaftbedingungen ist das BVerfG eingeknickt und hat den ihm vom EuGH im Urt. v. 15.10.2019 in Sachen Doronbantu²¹ hingeworfenen Fehdehandschuh nicht aufgenommen, jedenfalls nicht auf den ersten Blick. So findet sich in dem Beschluss vom 1.12.2020 unter Rn. 69 dann auch

nur noch die bloße Bemerkung: Ob für den deutschen Strafvollzug im nationalen Kontext mit Blick auf andere verfassungsrechtliche Grundsätze, wie etwa das Resozialisierungsgebot, höhere Mindestanforderungen an Haftbedingungen gestellt werden müssen, bedarf hier keiner Entscheidung. Das Dilemma löst sich hierdurch jedoch nicht auf. Es lässt sich auch nicht durch Verweis auf andere Kriterien, welche in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang nicht im Vordergrund standen,²² hinwegdiskutieren, wie etwa dem Gebot der Resozialisierung, welches auch für den EuGH eine zentrale Entscheidungsgrundlage jedenfalls bei der Frage darstellt, an welchem Ort eine Haftstrafe zu verbüßen ist.²³ Die Mindestanforderungen an eine menschenwürdige Unterbringung oder auch an die Menschenwürde selbst sind in Deutschland unbeschadet des Rechts auf eine Einzelunterbringung vielfach höher als in der GrCh vorgesehen und damit im Auslieferungsverfahren danach künftig nicht mehr zu beachten. Dies Ergebnis fällt schon schwer, wenn ein nicht hier wohnhafter Bürger eines MS in sein Heimatland ausgeliefert werden soll, lässt sich aber aus Gründen der dort besseren Resozialisierung gerade noch begründen. Aber dürfen wir wirklich auch einem Deutschen oder einem hier seit längerer Zeit lebenden ausländischen Mitbürger wesentlich schlechtere Haftbedingungen als in deutschen Haftanstalten zumuten? Die enttäuschende Rspr. des BVerfG wird verstärkt Anlass zur Prüfung geben, ob Ermittlungsverfahren auch in Deutschland geführt werden und Vollstreckungsübernahmen erklärt werden müssen.

Jedenfalls hat das BVerfG mit seiner Entscheidung vom 1.12.2020 zahlreiche Arbeitsplätze bei den wissenschaftlichen Verlagen gesichert, denn Kommentare zur GrCh müssten künftig nicht nur in der Regalen vieler Richter und Staatsanwälte, sondern auch bei den in diesem Bereich tätigen Rechtsanwältinnen stehen.

Gleichwohl halte ich an meiner bisherigen rechtlichen Bewertung fest, wonach eine Auslieferung auch an einen MS weiterhin nicht als zulässig angesehen werden darf (§ 73 S. 2 IRG),²⁴ wenn hierdurch der Kernbereich des Rechts verletzt wird²⁵ oder aber erhebliche Verfahrensdefizite bestehen, wie etwa eine vollständige und rechtswidrige Verweigerung von Akteneinsicht²⁶ oder ein eklatanter Verstoß gegen das Schuldprinzip.²⁷ Insoweit bedarf es auch nicht stets einer klärenden Vorlage an den EuGH. Eine solche ist nämlich entbehrlich, wenn die Rechtslage von vornherein eindeutig (»acte clair«) oder durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt (»acte éclairé«).²⁸ Von dieser Möglichkeit sollte die deutschen Gerichte Gebrauch machen.

¹ Die nachfolgend dargestellten Bereiche haben sich im vergangenen Jahr nicht wesentlich verändert, so dass unter Verweis auf die Vorberichte Einzelfragen aus Platzgründen nur verkürzt dargestellt werden können.

² Ahlbrecht/Böhm/Escher/Eckelmanns Int. Strafr/Böhm, 2. Aufl. 2018, Rn. 1407 ff.

³ Im Jahr 2019 haben von 1.117 an einen MS übergebenen Verfolgten 608 einer vereinfachten Auslieferung zugestimmt, wobei in 289 weiteren Fällen die Vollstreckung des EuHB abgelehnt wurde.

⁴ Brodowski ZIS 2020, 285; vgl. auch die Schlussfolgerungen des Rates »Der EuHB und das Auslieferungsverfahren – aktuelle Herausforderungen und weiteres Vorgehen« v. 1.12.2020, 2020/C 419/09 – ABl. C 419 v. 4.12.2020, S. 23.

⁵ Ambos/Rackow NStZ 2020, 297 (Rechtsprechungsübersicht EGMR).

⁶ BVerfG Urt. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149; Schomburg/Lagodny/Riegel, 6. Aufl. 2020, IRG § 32 Rn. 5.

⁷ EuGH Urt. v. 27.5.2019 – C 508/19 (OG) und C – 82/19 PPU (Fall PI), NJW 2019, 2145.

⁸ Böhm NZWiSt 2019, 325.

⁹ Böse GA 2020, 521.

¹⁰ EuGH Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU.

¹¹ EuGH Urt. v. 22.12.2017 – C-571/17 PPU.

¹² Böhm NStZ 2019, 256; 2018, 198; 2017, 77.

¹³ BVerfG Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/18 u. a.

¹⁴ BVerfG Urt. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, NJW 2016, 1149.

¹⁵ BVerfG Urt. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300, dass. Urt. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, BVerfGE 152, 216 (Recht auf Vergessen I+II).

¹⁶ BVerfGE 152 216.

¹⁷ EuGH Urt. v. 10.8.2017 – C 270/17 PPU.

¹⁸ EuGH Urt. v. 5.4.2016 – C 404/15 und C 659/15 PPU. m Anm Böhm.

¹⁹ so Meyer StV 2020, 644.

²⁰ OLG Karlsruhe Beschl. v. 1.10.2019, Ausl 301 AR 27/19.

²¹ EuGH Urt. v. 15.10.2019 – C 128/19, EuGRZ 2019, 498.

²² BVerfG Beschl. v. 17.2.2020 – 1 BvR 3182/15, EuGRZ 2020, 498.

²³ EuGH Urt. v. 17.7.2008 – C 66/08, NJW 2008, 3201 mAnm Böhm.

²⁴ vertiefend Grützer/Pötz/Kreß/Gazeas Internationale Rechtshilfe in Strafsachen/Burchard, 2021, IRG § 73 Rn. 90 ff.

²⁵ OLG Hamm Beschl. v. 1.12.2015 – III – 2 Ausl. 131/15.

²⁶ OLG Karlsruhe Beschl. v. 27.11.2020, Ausl 301 AR 104/19; BVerfG Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1832/19

²⁷ BVerfG Beschl. v. 14.7.2020 – 2 BvR 852/20 (Erlass einer einstweiligen Anordnung in einem Vollstreckungsübernahmeverfahren w. mögl Verstoßes gegen das Schuldprinzip in Italien).

²⁸ BVerfG Beschl. v. 19.12.2017 – 2 BvR 424/17.

3. Folgen der fehlenden Unabhängigkeit der deutschen StA

a) Das Urteil des EuGH

Nachdem der EuGH in seinen beiden Urteilen vom 27.5.2019²⁹ der deutschen StA die Unabhängigkeit bei der Ausstellung eines EuHB abgesprochen hatte, stellte sich die Frage, wie Deutschland hiermit umgehen soll und welche Folgen dieses Urteil für die Zusammenarbeit mit den MS haben könnte. Insoweit ist festzustellen, dass sich der zu erwartende Schaden begrenzen lässt.

b) Die Ausgangsentscheidung des EuGH

Gegenstand dieser ersten beiden Urteile war der Begriff der »ausstellenden Justizbehörde« in Art. 6 Abs.1 Rb-EuHB. Nach dieser Vorschrift muss ein EuHB als justizielle Entscheidung stets von einer Justizbehörde ausgestellt werden, wobei auch eine StA als solche angesehen werden kann, wenn diese nicht der Gefahr des Erhalts externer Weisungen seitens der Exekutive ausgesetzt ist. Eine solche Abhängigkeit vermochte der EuGH bezüglich der deutschen StA nicht auszuschließen, da sie einem externen Weisungsrecht unterliegt (§ 147 GVG).

c) Die aus dem Urteil unmittelbar gezogenen Folgerungen zur »ausstellenden Justizbehörde«

Die Rechtsprechung hat auf das Luxemburger Verdikt schnell und entschieden reagiert. Sie ist einigen wenigen Instanzgerichten und Autoren³⁰ nicht gefolgt, hat das Vorliegen einer nicht schließbaren Regelungslücke verneint³¹ und eine sich aus § 131 Abs. 1, § 457 Abs. 3 StPO ergebende gerichtliche Befugnis zur Ausstellung von EuHBs angenommen.³² Diese Ansicht hat das BVerfG zwischenzeitlich bestätigt und ausgesprochen, dass das Analogieverbot einer entsprechenden europarechtskonformen Auslegung nicht im Wege stehe.³³ Auch die weitere Beschwerde ist zulässig (str.).³⁴

Weitaus schwerer hat sich jedoch die Politik getan. Diese hat sich auch nach einer Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 6.5.2020³⁵ weder zur Einschränkung des externen Weisungsrechts für europarechtliche Sachverhalte noch auf Aufnahme einer allgemeinen gerichtlichen Ermächtigungs- und Zuständigkeitsvorschrift³⁶ im IRG durchringen können. Erst nach der Entscheidung des EuGH vom 24.11.2020 zur »vollstreckenden Justizbehörde« liegt seit 6.12.2020 ein Gesetzentwurf zur Einschränkung des Weisungsrechts vor,³⁷ dessen Umsetzbarkeit allerdings fraglich erscheint.

²⁹ EuGH Ur. v. 27.5.2019 – C-508/19 und C-82/19 PPU.

³⁰ Oehmichen/Schmid StraFo 2019, 397.

³¹ Böhm NZWiSt 2019, 325.

³² OLG Hamm Beschl. v. 1.8.2019 – 2 Ws 96/19; OLG Schleswig Beschl. v. 6.2.2020, 2 Ws 13/20; OLG Zweibrücken Beschl. v. 11.7.2019 – 1 Ws 203/19.

³³ BVerfG Beschl. v. 28.9.2020 – 2 BvR 1455/20, NJW 2020, 3375.

³⁴ OLG Schleswig Beschl. v. 6.2.2020 – 2 Ws 13/20; aA OLG Saarlouis Beschl. v. 8.7.2019 – 1 Ws 128/19.

³⁵ Protokoll Nr. 19/92 der öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 19/11095.

³⁶ Böhm, Schriftliche Stellungnahme v. 6.5.2020 für den Rechtsausschuss.

³⁷ Danach soll der neue § 147 Abs.4 GVG wie folgt lauten: „Auf Einzelfälle bezogene Weisungen durch Vorgesetzte nach Nummer 1 und 2 sind bei Entscheidungen nach dem achten bis elften Teils des IRG ausgeschlossen“.

d) Die aus dem Urteil unmittelbar gezogenen Folgerungen zur »Vollstreckenden Justizbehörde«

Da die deutsche StA auch EuHB's vollstreckt, war abzusehen, wie der EuGH im Vorlageverfahren nach Art. 267 Abs. 4 EUV zur »vollstreckende Justizbehörde« nach Art. 6 Abs. 2 Rb-EuHB entscheiden wird. Gleichwohl harpte das politische Kaninchen trotz eindringlicher Warnungen vor der Schlange aus und hoffte auf ein Wunder – aber vergeblich. Diese biss zu und so versagte der EuGH³⁸ am 24.11.2020 der deutschen StA auch insoweit die Unabhängigkeit. Die Auswirkungen sind vielfältig und derzeit nicht überschaubar. Als Bewilligungsbehörde hat die GenStA zunächst eine eigenverantwortliche Zuständigkeit. Nach § 79 Abs. 1 IRG besteht für sie zwar eine grundsätzliche Pflicht zur Bewilligung von Auslieferungen aufgrund von EuHBs, aber nur, wenn keine Bewilligungshindernisse (§ 83b IRG) vorliegen. Insoweit konnte das der Behörde insoweit gesetzlich zugebilligte Ermessen rahmenbeschlusskonform de lege lata dahin ausgelegt werden, dass ihre Entschließung nicht nur – wie im Gesetz vorgesehen – einer gerichtlichen Kontrolle auf Ermessensfehler unterliegt, sondern diese vollumfänglich geprüft und bestätigt werden muss.³⁹ Auch darf die GenStA eine Auslieferung nur bewilligen, wenn diese zulässig wäre.⁴⁰ Stimmt der Verfolgte aber einer vereinfachten Auslieferung nach § 41 IRG zu, verzichtet er auf die ansonsten gerichtliche Prüfung und die GenStA kann sich hieran nicht orientieren. Will die Behörde trotz erfolgter Zustimmung nicht nach § 29 Abs. 2 IRG auf Durchführung eines regulären Zulässigkeitsverfahrens antragen, bleibt nur die Möglichkeit, nach österreichischem Vorbild in rahmenbeschlusskonformer Auslegung des geltendes Rechts das Gericht um Zustimmung zu bitten, sei es im Rahmen des Antrags auf Erlass eines - vorläufigen - AHBs oder in einem gesonderten Zustimmungsverfahren.⁴¹

Welche Befugnis steht der GenStA außer der Stellung von Anträgen bei Gericht dann eigentlich noch zu? Darf sie aus eigenem Antrieb noch Ermittlungen in einem MS anstellen, etwa zur Klärung der Regularien bei einem Abwesenheitsurteil (AU) oder bedarf sie nun für alle Handlungen des gerichtlichen Segens? Ein solcher ist bei ablehnenden Endentscheidungen, wie etwa der eigenständigen Versagung der Bewilligung nach § 83b IRG⁴² und stets dann erforderlich, wenn das staatsanwaltschaftliche Bemühen zu einer Rücknahme des EuHB durch den Ausstellungsmitgliedstaat führen kann. Hingegen dürfte etwaigen Einflussnahmen der Exekutive bei bloßen Aufklärungsbemühungen keine Relevanz zukommen.

Große Erleichterung war in deutschen Amtsstufen über die Entscheidung des EuGH⁴³ zu verspüren,

³⁸ EuGH Ur. v. 24.11.2020 – C 510/19; aA OLG Braunschweig Beschl. v. 11.2.2021 – 1 AR (Ausl.) 17/20= BeckRS 2021, 1606.

³⁹ OLG Karlsruhe Beschl. v. 24.2.2020, Ausl 301 AR 167/19.

⁴⁰ Böse in Grützner/Pötz/Kress/Gazeas Int. Rechtshilfeverkehr/Böse, 50. Aufl. 2020, § 79 Rn.12; Ahlbrecht/Böhm/Esner/Eckelmanns Int. StrafR/Böhm, 2. Aufl. 2018, Rn. 1072.

⁴¹ OLG Karlsruhe Beschl. v. 4.12.2020 – Ausl 301 AR 173/20; OLG Bamberg Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ausl AR 55/20= BeckRS 2020, 40647.

⁴² OLG Hamm Beschl. 15.4.2020 – III 2 Ws 39/19.

⁴³ EuGH Ur. v 8.12.2020 – C 584/19.

dass eine Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) im Gegensatz zum EuHB auch von der StA eines MS erlassen werden kann, die der Gefahr ausgesetzt ist, Einzelweisungen der Exekutive unterworfen zu werden. Die hierfür aus dem Hut gezauberte Begründung, die Grundrechte der von der EEA betroffenen Person seien sowohl im Stadium ihres Erlasses als auch im Stadium ihrer Vollstreckung in einem anderen MS hinreichend geschützt, überzeugt nicht wirklich, zumal das deutsche Recht durchaus wirksame Rechtsbehelfe gegen einen Haftbefehl kennt. Zutreffend ist allerdings, dass durch eine EEA anders als bei einem EuHB das Freiheitsrecht des Betroffenen nicht betroffen wird. Gleichwohl bleibt ein fader Geschmack, denn etwa auch durch eine klammheimlich exekutiv angeordnete Beweissicherung durch Erlass einer EEA zentrale Grundrechte massiv beeinträchtigt werden.

4. Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf das Auslieferungsverfahren

Nachdem aufgrund der Covid-19-Pandemie im Frühjahr 2020 die Grenzen von vielen MS geschlossen wurden, war eine Überstellung von Verfolgten zeitweise nicht mehr möglich. Dies hat den Blick auf die Vorschriften der §§ 83c, 83d IRG und die dort aufgeführten Fristen gelenkt. Nach § 83c Abs. 4 S. 1 IRG ist nach der Bewilligung der Auslieferung mit dem ersuchenden MS ein Termin zur Übergabe zu vereinbaren, wobei dieser Termin spätestens zehn Tage nach der Entscheidung über die Bewilligung liegen soll. Haftrechtliche Bedeutung kommt dieser Bestimmung deshalb zu, weil nach § 83d IRG der Verfolgte aus der Haft zu entlassen ist, wenn er nicht innerhalb von zehn Tagen nach Ablauf eines vereinbarten Übergabetermins übernommen wird, wenn kein neues Datum vereinbart wurde und keine sich dem Einfluss der beteiligten Staaten entziehenden Verzögerungsumstände vorliegen. Es erschließt sich von selbst, dass es sich bei der Covid-19-Pandemie um einen solchen außergewöhnlichen Umstand handelt.⁴⁴ Anders aber, wenn der ersuchende MS unabhängig von aktenmäßig ersichtlichen Corona-Gründen auf eine Anfrage überhaupt nicht reagiert oder aber die Fristen aufgrund eines Organisationsfehlers nicht beachtet wurden.⁴⁵ Hier ist die Freilassung zwingend. Der deutsche Gesetzgeber⁴⁶ hat jedoch die Zehn-Tagesfrist in § 83c IRG ausdrücklich als »Sollvorschrift« ausgestaltet und ist bewusst hinter der zwingenden Regelung des Art. 23 Abs. 2 Rb-EuHB zurückgeblieben, sodass der Ansicht, die Norm sei gleichwohl entgegen ihrem Wortlaut rahmenbeschlussform als zwingende Vorschrift auszulegen,⁴⁷ nicht zu folgen ist.⁴⁸ Selbst wenn man bei diesem strengen Fristenregime wochenlange Sammeltransporte quer durch Deutschland als nicht mehr hinnehmbar ansehen kann, ergibt sich dies bereits daraus, dass eine Frist von zehn Tagen nach der Bewilligung der Auslieferung sich schon organisatorisch

⁴⁴ OLG Karlsruhe Beschl. v. 27.3.2020, Ausl 301 AR 47/20; OLG Brandenburg Beschl. v. 4.5.2020, 1 AR 25/19.

⁴⁵ OLG Karlsruhe Beschl. v. 9.9.2020, Ausl 301AR 135/18.

⁴⁶ BT-Drs. 15/1718, S 22.

⁴⁷ Böse in GPKG, aaO, § 83c Rn.8.

⁴⁸ Ebenso Schomburg/Lagodny/Hackner, 6. Aufl. 2020, IRG § 83c Rn. 6.

nicht durchgehend umsetzen lässt. Insoweit muss es darauf ankommen, ob es bei der Überstellung des Verfolgten zu vermeidbaren Verzögerungen⁴⁹ gekommen ist und die Haft als unverhältnismäßig erscheint.⁵⁰ Da die Durchführung der Auslieferung der Bewilligungsbehörde obliegt, muss die Einhaltung der Fristen von den OLGs nur dann beachtet werden, wenn eine Überprüfung der Haftfortdauer ansteht.

5. Formelle und materielle Anforderungen im Rahmen der Auslieferung aufgrund eines EuHB

a) Formelle Anforderungen

Besondere Anforderungen an die Sachdarstellung und sehr oft defizitäre Konkretisierung der Tatvorwürfe bestehen, wenn hiervon die Zulässigkeit der Auslieferung abhängt.⁵¹ Befindet sich der Verfolgte auf freiem Fuß, sollte das OLG zunächst eine Sachaufklärung vornehmen. Es empfiehlt sich, auch von der Inhaftnahme abzusehen, wenn sich abzeichnet, dass sich die Mängel kurzfristig nicht beheben lassen werden. Ein EuHB ist allerdings nicht deshalb formunwirksam, weil sich aus ihm nicht ergibt, welche konkreten Rechte dem Verfolgten nach seiner Festnahme auch im ersuchenden MS zustehen.⁵²

Nach § 40 Abs. 2 IRG besteht nunmehr in allen Fällen einer Festnahme stets eine notwendige Rechtsbeistandschaft (§ 40 Abs. 2 IRG). Dies hat zur Folge, dass eine Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung nur wirksam ist (§ 41 IRG), wenn dem Verfolgten nicht nur ein Rechtsbeistand bestellt wurde, sondern dieser bei der Anhörung auch anwesend war.⁵³

b) Haftfragen

Die zwischenzeitlich in einem Auslieferungsverfahren auch aufgrund eines EuHB auftauchenden Rechtsfragen sind oftmals derart komplex, dass diese bei Inhaftierung eines Verfolgten noch nicht beantwortet werden können, weshalb in diesem Stadium eine summarische Prüfung ausreicht.⁵⁴ Vertiefte Rechtsfragen dürfen in das Zulässigkeitsverfahren verlagert werden.⁵⁵ In solchen Fällen läuft zumeist auch eine Verfassungsbeschwerde gegen die Anordnung der Haftfortdauer leer, auch wenn diese eine formgemäße Begründung enthält.⁵⁶ Allerdings sollte der Haftfortdauer-beschluss ausreichend begründet sein, jedenfalls ist eine vertiefte Befassung immer dann erforderlich, wenn die Dauer des Auslieferungsverfahrens über das die verfahrensmäßige und technische Abwicklung unabdingbare Mindestmaß⁵⁷ hinausgeht.⁵⁸ Insoweit

⁴⁹ KG Beschl. v. 23.4.2019 (4) 151 Ausl 187/18(Überstellungshaft).

⁵⁰ BVerfG Beschl. v. 30.7.2020, 2 BvR 1242/20, NStZ-RR 2020, 386.

⁵¹ OLG Köln Beschl. 11.12.2019 – 6 AuslA 110/19; OLG Karlsruhe Beschl. v. 6.10.2020 – Ausl 301 AR 34/20.

⁵² EuGH Ur. v. 28.1.2021 – C-649/19.

⁵³ OLG Karlsruhe Beschl. v. 4.2.2020, Ausl 301 AR 173/20; ähnlich OLG Bamberg Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ausl AR 55/20(Beratungsmöglichkeit); aA OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 21.12.2020 – 2 Ausl A 175/20mkritAnm Oehmichen Fachdienst Strafrecht 2021/5.

⁵⁴ BVerfG Beschl. v. 17.6.2020 – 2 BvR 690/20.

⁵⁵ BVerfG Beschl. v.29.4.2020 – 2 BvR 672/20.

⁵⁶ BVerfG Beschl. v. 21.4.2020 – 2 BvQ 21/20.

⁵⁷ BVerfG Beschl. v 30.7.2020 – 2 BvR 1242/20, NStZ-RR 2020, 386.

⁵⁸ OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 12.2.2020 – 2 Ausl A 38/18.

bedarf es einer begründungstiefen⁵⁹ Abwägung der widerstreitenden Interessen und der Verhältnismäßigkeit einer weiteren Inhaftierung.⁶⁰

6. Auslieferungshindernisse

Die Prüfung der Frage des Bestehens von Auslieferungshindernissen spielt auch außerhalb der im Rb-EuHB ausdrücklich normierten Ablehnungsgründe eine nicht unerhebliche Rolle und kann insbesondere dann zu einer Versagung führen, wenn die dem Verfolgten gewährten Grund- oder Verfahrensrechte in ihrem Kernbereich verletzt sind.⁶¹ Zunehmend wird im Auslieferungsverfahren der Einwand erhoben, dass das Strafverfahren im ersuchenden Staat rechtsstaatlichen Grundsätzen widerspreche, etwa weil dem dortigen Rechtsbeistand zu Unrecht Einsicht in die Ermittlungsakten versagt worden sei.⁶² Substantiierten Einwendungen muss das OLG nachgehen, jedenfalls dann, wenn eine kernbereichsmäßige Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren oder aber eine mit den Garantien des Art. 6 EMRK unvereinbare Einschränkung des Rechts auf Verteidigung in Betracht kommt.

Im Rahmen eines EuHB ist auch die Auslieferung von Jugendlichen oder Heranwachsenden grundsätzlich möglich, jedenfalls dann, wenn diese strafmündig sind. Dies gilt jedoch nicht, wenn die verhängte oder drohende Strafe unerträglich hart, mithin unter jedem denkbaren Gesichtspunkt unangemessen erscheint.⁶³ Etwaige Hindernisse können durch Zusicherungen bzw. eingeholte ergänzende Informationen überwunden werden. Dies entbindet das OLG aber nicht von der Pflicht, eine eigene Gefahrprognose anzustellen, und die Belastbarkeit der Zusicherung eigenständig zu prüfen.⁶⁴ Hat sich ein MS in der Vergangenheit nicht an erteilte Zusicherungen gehalten, kann in ähnlich gelagerten Fällen eine Auslieferung abgelehnt werden.⁶⁵ Auch deshalb reicht die bloße Verlagerung dieser Prüfpflicht auf die Bewilligungsbehörde im unmittelbar grundrechtsrelevanten Bereich nicht aus.⁶⁶

a) Menschenwürdige Unterbringung in Haftanstalten

In seinem ansonsten traurigen Beschluss vom 1.12.2020 (vgl. II 2) hat das höchste deutsche Gericht die europarechtlichen Anforderungen an eine menschenwürdige Unterbringung anschaulich zusammengefasst. Maßstab ist danach, ob die konkrete Gefahr besteht, dass eine Übergabe zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung der betreffenden Person im Sinne von Art. 4 GrCh führt. Das jedem MS grundsätzlich im Hinblick auf die Einhaltung des Unionsrechts, einschließlich der Einhaltung der Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit und des Menschenrechtsschutzes, entgegengebrachte

Vertrauen ist unter außergewöhnlichen Umständen dann eingeschränkt, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine echte Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung von Häftlingen in diesem MS besteht. Während bei einigen MS dies den OLGs von Amts wegen bekannt ist, können sich bei anderen das Vorliegen solcher systemischer oder allgemeiner Mängel der Haftbedingungen aus Entscheidungen internationaler Gerichte, von Gerichten der MS sowie aus Entscheidungen, Berichten und anderen Schriftstücken von Organen des Europarats oder aus dem System der Vereinten Nationen ergeben.

Liegen solche Hinweise vor, hat das OLG in einem zweiten Prüfungsschritt zu untersuchen, ob es unter den konkreten Umständen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die zu überstellende Person im Anschluss an ihre Übergabe einer echten Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt sein wird, wozu es einer Gesamtwürdigung der maßgeblichen materiellen Haftbedingungen bedarf. Diese sind beim ersuchenden Staat aufzuklären, indem dieser um die unverzügliche Übermittlung aller notwendigen Informationen in Bezug auf die Bedingungen gebeten wird, unter denen die betreffende Person in diesem MS inhaftiert werden soll. Insoweit hat das OLG die Entscheidung über die Zulässigkeit der Übergabe so lange aufzuschieben, bis es die zusätzlichen Informationen erhalten hat, die es ihm gestatten, das Vorliegen einer solchen Gefahr auszuschließen. Ansonsten muss es das Übergabeverfahren beenden.

Für die vorzunehmende Gesamtwürdigung kommt dabei dem Haftraum eine besondere Bedeutung bei. Soll der Verfolgte nach der eingeholten Auskunft in einer Gemeinschaftszelle untergebracht werden, ist zunächst zu unterscheiden, ob der ihm für sich zur Verfügung stehende Raum unter 3 m², zwischen 3 m² und 4 m² oder über 4 m² liegt, wobei bei der Berechnung der verfügbaren Fläche in einer Gemeinschaftszelle die Fläche der Sanitärvorrichtungen nicht einzuschließen ist, wohl aber die durch Möbel eingenommene Fläche. Stets muss es aber dem Gefangenen möglich bleiben, sich in der Zelle normal zu bewegen.

Liegt der zur Verfügung stehende Raum unter 3 m², besteht eine starke Vermutung für einen Verstoß gegen Art. 4 GrCh, welche nur ausnahmsweise widerlegt werden kann.⁶⁷ Verfügt ein Gefangener in einer Gemeinschaftszelle über einen persönlichen Raum, der zwischen 3 m² und 4 m² beträgt, kann ein Verstoß gegen Art. 4 GrCh bzw. Art. 3 EMRK vorliegen, wenn zu dem Raummangel weitere defizitäre Haftbedingungen hinzutreten, wie etwa fehlender Zugang zum Freistundenhof bzw. zu Frischluft und Tageslicht, schlechte Belüftung, eine zu niedrige oder zu hohe Raumtemperatur, fehlende Intimsphäre in den Toiletten oder schlechte Sanitär- und Hygienebedingungen. Bei mehr als 4 m² persönlichem Raum bleiben die weiteren Aspekte der Haftbedingungen für die erforderliche Gesamtbeurteilung relevant.

⁶⁷ EuGH Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU; EuGH Urt. vom 15.10.2019, C-128/18 (Dorobantu); EGMR Urt. v. 20.10.2016, Nr. 7334/13 – Muršić v. Croatia.

Während diese Kriterien der bisherigen Rechtsprechung des EGMR und des EuGH entnommen werden konnten, hat das BVerfG aus seiner Sicht bestehende weitere Schwerpunkte herausgearbeitet und damit durch die Hintertür den OLGs Spielräume im Hinblick auf die Einhaltung der Menschenwürde eröffnet.

Wichtig erscheint vor allem die stets notwendige Gesamtwürdigung aller Umstände, sodass sich das OLG nicht allein auf die Zusicherung der für den Verfolgten zur Verfügung stehenden persönlichen Raumgröße beschränken darf, denn bestimmte notwendige Haftbedingungen müssen kumulativ vorliegen. Auch darf es sich bei seiner Gesamtwürdigung der einem Verfolgten drohenden Haftbedingungen nicht nur auf die erste Haftanstalt beschränken, sondern muss in kreativer Auslegung des Urteils des EuGH in Sachen XXXXXX seine Prüfung auf alle Haftanstalten ausweiten, in welche der Verfolgte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit inhaftiert sein wird.

Aus Sicht eines forensisch tätigen Richters sind zur Entscheidung drei ergänzende Bemerkungen veranlasst. Erstens: Ein für die Gesamtwürdigung wichtiges Kriterium ist bislang unbeachtet geblieben. Für die Einhaltung der Menschenwürde macht es einen wesentlichen Unterschied, ob der Verfolgte gemeinsam mit »1, 3, 18 oder 100« weiteren Gefangenen untergebracht werden soll. Zweitens: Das OLG sollte auf die Prüfung der Haftbedingungen verzichten, wenn der anwaltschaftlich beratene Verfolgte einer vereinfachten Auslieferung zugestimmt bzw. diesbezüglich keine Einwendungen erhoben hat.⁶⁸ Drittens: Es hat sich gezeigt,⁶⁹ dass die MS bei ihren übermittelten ergänzenden Informationen die zur Auswahl stehenden Unterbringungsmöglichkeiten in den verschiedenen Haftanstalten zumeist aufzeigen, sodass – falls dort eine den europarechtlichen Anforderungen entsprechende Unterbringung möglich ist – die Auslieferung mit der Einschränkung auf bestimmte Hafträume und Haftbedingungen für zulässig erklärt werden kann, was eine verfassungsbeschwerdesichere Entscheidung eher ermöglichen dürfte.⁷⁰

b) Abwesenheitsurteile

Abwesenheitsurteile (AU) führen oft zur Versagung der Auslieferung. Die Gründe hierfür sind mannigfaltig.⁷¹ Allerdings wird das OLG eine solche Überprüfung oftmals nur vornehmen können, wenn der nunmehr stets anwaltlich beratene Verfolgte eine entsprechende Einwendung erhebt. Von Amts wegen sollte dies nur erfolgen, wenn der EuHB schon aus sich heraus widersprüchlich oder nicht nachvollziehbar ist, etwa wenn die dort vermerkte Teilnahme an der Hauptverhandlung oder der Erhalt einer Ladung deshalb nicht möglich ist, weil sich der Verfolgte zu diesem Zeitpunkt in Deutschland in Haft befand.⁷² Grundsätzlich unverzichtbar ist der zu anzufordernde Ladungsnachweis bei Zweifeln, ob die Ladung den

⁶⁸ Böhm NStZ 2020, 204 u. Hinw. EuGH Urt. v. 25.7.2018 – C 261/18 PPU.

⁶⁹ Ausnahme: Rumänien.

⁷⁰ BVerfG Beschl. v. 14.1.2021 – 2 BvR 1285/20; Beschl. v. 2.2.2021 – 2 BvR 156/21.

⁷¹ Vgl. hierzu Ahlbrecht/Böhm/Escher/Eckelmanns Int. StrafR/Böhm, 2. Aufl. 2018, Rn. 1024ff.

⁷² OLG Karlsruhe Beschl. v. 30.12.2019 – Ausl 301 AR 149/19.

Verfolgten auch persönlich erreicht hat,⁷³ denn Zustellungsfiktionen⁷⁴ oder Niederlegungen⁷⁵ reichen hierfür nicht aus. In einem nur schwer verständlichen und in seiner Bedeutung noch nicht abschließend bewertbaren Urt. v. 17.12.2020 hat der EuGH⁷⁶ zum Verhältnis zwischen der europarechtlichen Regelung zum Abwesenheitsverfahren in Art. 4a Rb-EuHB und der Richtlinie 2016/343/EU Stellung genommen, wonach der Verfolgte entgegen den Regelungen im Rb-EuHB stets durch einen Wahlverteidiger vertreten sein muss und das Recht auf ein neues Verfahren erhält.⁷⁷ Nach Ansicht des Gerichtshofs ist die Richtlinie nicht anwendbar, da Art. 4a Rb-EuHB als *lex specialis* vorgehe. Auch ansonsten hat der EuGH Neuland betreten und der in Deutschland vorhandenen und teilweise bereits vergessenen Regelung zu den Fluchtfällen wieder Leben eingehaucht.⁷⁸ In dem zu entscheidenden Fall hatte der in Rumänien wohnhafte Verfolgte den an ihn gerichteten Ladungen für die 2. Instanz sich durch Flucht nach Deutschland entzogen, war jedoch in 1. Instanz durch eine von ihm gewählte Verteidigerin vertreten gewesen. In einem solchen Fall – so der EuGH – sei es nicht zu beanstanden, dass die rumänischen Justizbehörden keine Zusicherung des Rechts auf ein neues Verfahren erteilt hätten. Der Entscheidung ist zuzustimmen, wobei zu beachten bleibt, dass ein Fluchtfall stets ein finales Verhalten voraussetzt, so dass der bloße Umzug in einen anderen MS hierfür nicht genügt.⁷⁹

c) Auslieferung deutscher Staatsangehöriger

Deutsche Staatsangehöriger genießen den Schutz des Grundgesetzes (GG), weshalb der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Auslieferung an MS eng gefasst hat. Insoweit muss zwar gesehen werden, dass bei Straftaten von Deutschen im Ausland grundsätzlich eine Inlandszuständigkeit zur Verfolgung besteht (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB), trotz der vom BVerfG⁸⁰ eingeforderten Obhut für eigene Staatsangehörige, jedoch Auslandstaten von Deutschen nicht immer im Inland ohne Beeinträchtigung des Strafverfolgungsinteresses verfolgt und geahndet⁸¹ werden können.⁸² Da im Inland grundsätzlich ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist, sollte der Verfolgte sich dort eine geständige Einlassung gut überlegen.

Auslieferungen zur Strafvollstreckung an einen MS sind ohne Zustimmung des Verfolgten grundsätzlich unzulässig (§ 80 Abs. 3 IRG) – was aber, wenn dieser leichtfertig ins Ausland reist? Genießt er dann noch den Schutz des GG? Ist Deutschland in diesen Fällen verpflichtet, seine Überstellung zu verlangen? Auf diese Frage, welche im Rahmen der Petruhhin-Rechtspre-

⁷³ EuGH Urt. vom 24.5.2016 – C 108/16 PPU.

⁷⁴ OLG Brandenburg Beschl. v. 5.2.2020 – 1 AR 29/19; KG Beschl. v. 10.10.2018 – (4) 151 Ausl 162/18.

⁷⁵ OLG Oldenburg Beschl. v. 12.6.2018 – 1 Ausl 13/18.

⁷⁶ EuGH Urt. v. 17.12.2020 – C 416/20 PPU.

⁷⁷ Böse StV 2017, 754.

⁷⁸ OLG Bremen Beschl. v. 18.6.2020 – 1 Ausl A 5/20.

⁷⁹ Ahlbrecht/Böhm/Escher/Eckelmanns Int. StrafR/Böhm, 2. Aufl. 2018, Rn. 811, 1031ff.

⁸⁰ BVerfG Beschl. v. 7.10.2015 – 2 BvR 1860/15; BVerfG Beschl. v. 15.6.2016 – 12 BvR 468/16; BVerfG Beschl. v. 9.10.2016 – 2 BvR 545/16, NStZ-RR 2017, 55.

⁸¹ Böhm NStZ 2020, 204.

⁸² So wurden 2019 insg. 50 Deutsche an MS ausgeliefert.

⁵⁹ MüKoStPO/Böhm, 2. Aufl. 2021, StPO § 112 Rn. 8, 34 (zur Begründungstiefe).

⁶⁰ BVerfG Beschl. v. 16.7.2019 – 2 BvR 419/19; OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 19.6.2020 – 2 Ausl A 247/18.

⁶¹ BVerfG Beschl. v. 6.9.2016 – 2 BvR 890/16, JZ 2016, 1113.

⁶² OLG Karlsruhe Beschl. vom 6.10.2020 – Ausl 301 AR 34/20.

⁶³ OLG Brandenburg Beschl. v. 20.12.2019 – 1 AR 26/19.

⁶⁴ BVerfG Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/20.

⁶⁵ OLG Bremen Beschl. v. 16.3.2020 – 1 Ausl A 78/19.

⁶⁶ BVerfG Beschl. v. 12.3.2020 – 2 BvQ 9/20mwN.

chung des EuGH näher eingegangen wird (vgl. unten III), hat sich im Berichtsjahr der Schutz deutscher Staatsangehöriger vor Überstellung in einen Drittstaat konzentriert.

d) Nichteinhaltung rechtstaatlicher Grundsätze – Justizreform in Polen

Durch die zwischenzeitlich allgemein bekannten rechtsstaatlichen Defizite in Polen und die Einflussnahme auf die Justiz kann nach EuGH⁸³ das Recht der betroffenen Person auf ein unabhängiges Gericht und damit auf ein faires Verfahren im Sinne des Art. 47 Abs. 2 GrCh betroffen sein. Dabei handele es sich um außergewöhnliche Umstände, welche die Versagung einer Auslieferung rechtfertigen können. Danach ist zu prüfen, ob es ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die gesuchte Person einem unfairen Verfahren ausgesetzt sein könnte. Das Bestehen einer solchen konkreten Gefahr wurde im Berichtsjahr bei Einzelfällen für den Bereich der Strafvollstreckung,⁸⁴ der Strafverfolgung⁸⁵ und der Vollstreckungsübernahme⁸⁶ verneint, jedoch wurde ein zum Zwecke der Strafverfolgung zunächst erlassener AHB⁸⁷ in einem Fall aufgehoben, in welchem eine hohe Wahrscheinlichkeit bestand, dass sich die Auslieferung wegen eines konkret drohenden Verstoßes gegen das faire Verfahren als unzulässig erweisen wird.⁸⁸ Allerdings sind die Voraussetzungen eines solchen Nachweises sehr komplex, wohingegen im Bereich der Prüfung des Vorliegens eines Bewilligungshindernisses die abstrakt mögliche Gefahr in die Gesamtwägung mit eingestellt werden und dazu führen kann, dass ein Ermittlungsverfahren nicht in Polen, sondern in Deutschland geführt werden muss.⁸⁹

Nach Ansicht des Generalanwaltes Sanchez-Bordona in seinem auf Vorlage des der Rechtsbank Amsterdam erstatteten Schlussantrags vom 12.11.2020⁹⁰ reicht die zu verzeichnende Zuspitzung der allgemeinen und die Justizunabhängigkeit bedrohenden Mängel in Polen nicht aus, um automatisch die Ablehnung aller EuHBs zu rechtfertigen. Insoweit wird die Entscheidung des EuGH abzuwarten sein.

e) Das Bewilligungsverfahren

Ist die Auslieferung des Verfolgten zulässig, besteht eine Pflicht zu deren Bewilligung (§ 79 IRG), wenn kein Bewilligungshindernis vorliegt (§ 83b IRG). Zunehmend wünschen Verfolgte, ihre Strafe in Deutschland verbüßen zu dürfen, was in Betracht kommt, wenn diese über einen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland verfügen und ihr schutzwürdiges Interesse an einer Vollstreckung der Strafe im Inland überwiegt, sei es bei einer Auslieferung zum Zwecke der Strafverfolgung durch die Geltendmachung eines Rücküber-

stellungsvorbehalts oder bei einer Auslieferung zum Zwecke der Strafvollstreckung durch die Bereitschaft zur Übernahme der Vollstreckung. Wird die Auslieferung deshalb abgelehnt, stellt sich bei der danach verpflichtenden Übernahme derselben die Frage, ob das Merkmal der beiderseitigen Strafbarkeit überhaupt noch geprüft werden darf oder dies verwehrt ist (§ 84a Abs. 3 S. 1 IRG). Zu Recht hat das OLG Hamm eine solche Prüfung in einem Fall vorgenommen, in welchem eine Auslieferung gar nicht zulässig gewesen wäre, die GenStA aber ohne nähere Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzung die Bewilligung versagt hat.⁹¹

Erfolgt im Bereich der Strafverfolgung die Auslieferung unter Geltendmachung eines derartigen Rücküberstellungsvorbehalts, ist der ersuchende Staat zudem bereits mit Rechtskraft der dortigen Entscheidung hierzu verpflichtet.⁹²

III. Auslieferung von Unionsbürger an Drittstaaten (Petruhhin)

Die Frage, ob und in welchem Umfang ein Unionsbürger an einen DS ausgeliefert werden darf, hat im Berichtsjahr das Auslieferungsrecht beschäftigt. In der Sache geht es um die Frage der Diskriminierung von EU-Bürgern gegenüber eigenen Staatsangehörigen (Art. 18 AEUV) sowie um das Recht der Freizügigkeit innerhalb der EU (Art. 21 Abs. 1 AUEV). Eigene Staatsangehörige liefern MS allenfalls an andere MS, aber nie an einen DS aus, sondern sie übernehmen selbst die Strafverfolgung. Deutsche Staatsangehörige genießen zudem den Schutz des Grundgesetzes (Art. 16 Abs. 2 GG). Da anderen EU-Bürgern dieses Recht nicht zu Teil wird, hat der EuGH in seine Entscheidungen vom 6.9.2016⁹³ und 10.4.2018⁹⁴ zwar die Auslieferung von Unionsbürgern an DS zur Strafverfolgung ohne Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot grundsätzlich für zulässig angesehen, jedoch diese von einer vorrangigen Entscheidung über die Übernahme der Verfolgung durch den Heimatstaat abhängig gemacht. In der Vorlage des KG ging es um die Zulässigkeit der Auslieferung eines Rumänen an die Ukraine und die insoweit bestehenden wechselseitigen Verpflichtungen der Staaten. In seinem Urt. v. 17.12.2020⁹⁵ hat der Gerichtshof entgegen der Ansicht des Generalanwaltes Hogan in seinem Schlussantrag vom 14.9.2020 entschieden, dass es einer solchen Abstimmung zwischen den beteiligten MS grundsätzlich bedarf, der ersuchte MS den anderen MS, dessen Staatsbürgerschaft der Unionsbürger besitzt, über sämtliche rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte informieren und diesem zum Erlass eines EuHBs eine Frist setzen muss, jedoch nach fruchtlosen Verstreichen der Frist den Verfolgten aber an den DS ausliefern darf. Anders als bei eigenen Staatsangehörigen bestehe auch keine Verpflichtung zur Übernahme der Strafverfolgung, wenn ausnahmsweise die Strafe auch im ersuchten Staat verfolgt werden kann.

⁹¹ OLG Hamm Beschl. v. 15.4.2020 - III 2 Ws 39/19.

⁹² EuGH Urt. v. 11.3.2020 - 314/18.

⁹³ EuGH Urt. v. 6.9.2016 - Rs C 182/15 - Petruhhin.

⁹⁴ EuGH Urt. v. 10.4.2018 - RS C 191/16 - Piscotti.

⁹⁵ EuGH Urt. v. 17.12.2020 - C 398/19.

Der Entscheidung ist grundsätzlich zuzustimmen, allerdings muss es ausreichen, wenn der Heimatstaat sein Strafverfolgungsinteresse bekundet, denn die Ausstellung eines EuHB wird ihm mangels Kenntnis der Ermittlungsakten zumeist gar nicht möglich sein. Eine derartige Fallgestaltung lag dem Urteil der Audencia Nacional de Espana⁹⁶ zugrunde. In diesem Fall hat die spanische Justiz einem Deutschen trotz eines Auslieferungersuchens der USA die kontrollierte Rückreise ermöglicht, obwohl die StA in Berlin gegen den Verfolgten aus Gründen der Verhältnismäßigkeit einen nationalen Haftbefehl nicht zu erwirken vermochte.⁹⁷ Dadurch wurde diesem wegen einer in Deutschland wegen Verfolgungsverjährung weitgehend nicht mehr ahndbaren Straftat eine langjährige Haftstrafe in den USA erspart. Bemerkenswert deutlich und erfreulich hat das spanische Gericht herausgearbeitet, dass der EuHB gegenüber einer Auslieferung an einen DS absoluten Vorrang genieße, es aber absurd wäre, einen EU-Bürger nur in schweren und nicht auch bei milder schweren Tatvorwürfen zu schützen, wo der Erlass eines nationalen Haftbefehls nach innerstaatlichem Recht nicht möglich ist.

In diesem Zusammenhang höchst bemerkenswert ist auch die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. v. 19.5.2020.⁹⁸ In dem Fall geht es um ein Auslieferungersuchen der USA für eine Tat, für welche der Verfolgte schon in Italien bestraft worden war. Der Senat entwickelt hier die Petruhhin-Rechtsprechung fort an und erklärt die Auslieferung der Verfolgten in die USA für unzulässig, da ihr das Auslieferungshindernis des Verbots der Doppelbestrafung gemäß Art. 8 D-USA AuslVertrG, Art. 9 EurAuslÜbk entgegenstehe und Italien sich explizit hierauf berufen habe. Damit sei die Auslieferung der Verfolgten als italienischer Staatsangehöriger in die USA gesperrt. Auch Generalanwalt Michal Bobek ist in seinem Schlussantrag vom 19.11.2020 an den EuGH⁹⁹ aufgrund einer Vorlage des VG Wiesbaden der Ansicht, dass das im Schengen-Raum¹⁰⁰ geltende Verbot der Doppelbestrafung auch eine Auslieferung an einen DS ausschließen kann.

Unterschiedlich beurteilt wird die Frage, ob die Petruhhin-Rechtsprechung auch dann zur Anwendung kommt, wenn im Heimatstaat kein Ermittlungsverfahren gegen den Verfolgten geführt wird, sei es, weil gar keine Strafbarkeit besteht, sei es, weil das Ermittlungsverfahren dort mangels Tatverdachts eingestellt wurde. Bei deutschen Staatsangehörigen stellt sich darüber hinaus die Frage, ob sich aus dem GG ein Anspruch auf Rückholung eigener Staatsangehöriger ergibt. Ein solches Recht hat das OVG Berlin-Brandenburg¹⁰¹ in einem Fall eines in Slowenien aufgrund eines Auslieferungersuchens der USA inhaftierten

⁹⁶ Audencia Nacional Beschl. v.19.11.2019 - 75/2019, StV 2020, 626 mAnm Böhm.

⁹⁷ Böhm NStZ 2001, 633 (zum fehlenden Haftgrund der Auslieferungsermöglichung).

⁹⁸ OLG Frankfurt a.M. Beschl. v.19.5.2020 - 2 AuslA 3/20, StV 2020, 620 mAnm Gazeas.

⁹⁹ Generalanwalt Michal Bobek Schussantrag v. 19.11.2020 - C 505/19.

¹⁰⁰ Grieshaber-Heib Die Polizei 2020, 433 (aktuelle und künftige Zusammenarbeit im Schengen Raum).

¹⁰¹ OVG-Berlin-Brandenburg Beschl. v. 17.9.2020 - 10 Ss 48/20.

Deutschen entgegen der Vorinstanz¹⁰² abgelehnt. Danach bestehe schon deshalb kein subjektives Recht des Verfolgten gegen die Bundesrepublik Deutschland, weil diese selbst keinen Anspruch auf Überstellung des Verfolgten habe. Dem ist dann zuzustimmen, wenn ein in Deutschland anhängiges Verfahren bereits endgültig und abschließend eingestellt worden ist und dieses auch nicht wieder aufgenommen werden kann, wobei sich entgegen der Ansicht des OVG – wie vom OLG Frankfurt a.M.¹⁰³ entschieden – dann durchaus die Frage des Eintritts des Strafklageverbrauchs stellt.

Was aber, wenn die StA einfach die Aufnahme von Ermittlungen oder aber den Erlass eines EuHB verweigert. Insoweit ist nicht abschließend geklärt, ob und in welchem Umfang sich aus dem GG Schutzpflichten für deutsche Staatsbürger ergeben, wenn deren Rechtspositionen im Ausland beeinträchtigt werden. Ein nach Art. 23 EG-GVG einklagbarer Anspruch¹⁰⁴ auf »Erlass eines Haftbefehls« besteht gegenwärtig nicht und könnte allenfalls bei schweren Ermessensfehlern in Betracht kommen.¹⁰⁵ In Anbetracht der unterschiedlichen Bewertungen wäre eine Klarstellung durch das BVerfG wünschenswert.

Unabhängig davon sollte sich ein deutscher Staatsangehöriger nicht allein auf seinen Heimatstaat verlassen und von Auslandsreisen absehen, wenn er um das gegen ihn in einem DS anhängige Verfahren weiß. Ist das aber der Fall oder ist er bereits in einem MS festgenommen worden, sollte er bedenken, dass er zwar nach dem nemo-tenetur-Grundsatz sich nicht selbst belasten muss, aber eine Übernahme der Strafverfolgung bzw. der Erlass eines inländischen Haftbefehls durch ein gerichtsverwertbares Geständnis oft erst ermöglicht, jedenfalls aber erleichtert wird.¹⁰⁶

Bezüglich der Auslieferung von Unionsbürgern an DS zum Zwecke der Strafvollstreckung muss derzeit davon ausgegangen werden, dass eine solche nur eingeschränkt möglich ist, nachdem der EuGH¹⁰⁷ in seinem Urt. v. 13.11.2018 ausgesprochen hat, dass der Schutz eigener Staatsangehöriger vor Auslieferung an DS außerhalb der EU im gleichen Umfang für Staatsangehörige von MS gelten müsse, welche ihren ständigen Aufenthalt im Inland haben. Diese müssten die vom DS verhängte Strafe im gleichen Umfang wie eigene Staatsangehörige im Inland verbüßen dürfen, was jedoch aus rechtlichen Gründen derzeit gar nicht umsetzbar sein dürfte. Allerdings kann dem Urteil nicht entnommen werden, dass damit jede Überstellung eines in Deutschland wohnhaften EU-Bürgers an einen DS untersagt wäre. Insoweit ergibt sich bereits aus Urteil des Gerichtshofs selbst, dass dies allenfalls dann anzunehmen wäre, wenn der Verfolgte neben einem ständigen Wohnsitz im Inland auch ein bestimmtes Maß an Integration in der Gesellschaft dieses MS aufweist, wobei die jeweilige Bewertung dem konkret entscheidenden Gericht obliege. Danach kommt die

¹⁰² VG Berlin Beschl. v. 17.9.2020 - VG 34 L 197/20.

¹⁰³ OLG Frankfurt a.M. Beschl. v.19.5.2020 - 2 AuslA 3/20, StV 2020, 620 mAnm Gazeas.

¹⁰⁴ OLG Karlsruhe Beschl. v. 5.11.2020 - 2 VAs 56/20.

¹⁰⁵ BVerfG Beschl. v. 2.10.2003 - 2 BvR 660/03, NStZ 2004, 447.

¹⁰⁶ OLG Karlsruhe Beschl. v. 23.10.2018 - Ausl 301 AR 110/19.

¹⁰⁷ EuGH Urt. v. 13.11.2018 - RS C 247/17(Raugevicius).

europarechtliche Vorgabe nur dann zum Tragen, wenn entsprechend § 83b Abs. 2 Nr. 2 IRG das schutzwürdige Interesse eines Verfolgten an einer Strafvollstreckung im Inland überwiegt.¹⁰⁸

IV. Auslieferung außerhalb eines EuHB

1. Allgemeines

Veröffentlichte Entscheidungen zur Auslieferung aufgrund des Europäischen Auslieferungsübereinkommens sind selten. Wird gegen einen Verfolgten aufgrund einer INPOL-Ausschreibung ein VAHB erlassen, reicht es aus, wenn innerhalb der 40-Tages-Frist des Art. 16 Abs. 4 S. 1 EuAÜbK in elektronischer Form eingescannte Unterlagen beim Senat eingehen.¹⁰⁹ In- des läuft die Frist nicht, wenn gegen den Verfolgten lediglich Überhaft notiert ist.¹¹⁰

2. Politische Verfolgung

Bei Anhaltspunkten für eine politische Verfolgung (§ 6 Abs. 2 IRG) hat das OLG unabhängig vom Bestehen eines Asylanspruchs nach Art. 16a Abs. 1 GG stets eine Sachaufklärung vorzunehmen und bei Vorliegen ernstlicher Gründe die Auslieferung für unzulässig zu erklären.¹¹¹ Weist die Tat selbst keine politische Motivation auf, kann bei einigen Ländern derzeit nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Verfolgten im Falle ihrer Auslieferung ein faires Verfahren erhalten werden. So etwa bei der Türkei, wenn der Verfolgte der PKK¹¹² angehört. Insoweit sollte bereits von einer Inhaftierung abgesehen werden, wobei sich insoweit die Vornahme einer Gesamtbewertung empfiehlt.¹¹³

3. Zusicherungen

Nach der Rechtsprechung des BVerfG entbindet das über die Zulässigkeit einer Auslieferung befindende Gericht nicht von der Pflicht, zunächst eine eigene Gefahrenprognose anzustellen, um die Situation im Zielstaat und so die Belastbarkeit einer Zusicherung einschätzen zu können. Holt der Senat hierzu eine Stellungnahme des Auswärtigen Amtes ein, bedürfte eine solche Erklärung gleichwohl einer sorgfältigen gerichtlichen Überprüfung. Hält dieses aber entweder eine Zusicherung nicht für belastbar oder sieht sich das Auswärtige Amt zu einer Stellungnahme nicht in der Lage, muss die Auslieferung als unzulässig angesehen werden.¹¹⁴

V. Reform des Auslieferungsverfahrens

Am 10.12.2020 hat das BMJV ein Eckpunktepapier für eine Überarbeitung des IRG¹¹⁵ vorgelegt, bei welchen bei der Auslieferung an MS vor allem ein Wegfall des Bewilligungsverfahrens und im Übrigen eine gerichtliche Überprüfbarkeit vorsieht. Die in Folge vom BMJV eingesetzte Reformkommission hat am 3.3.2021 ihre Arbeit aufgenommen.

¹⁰⁸ OLG Karlsruhe Beschl. v. 2.11.2020 - Ausl 301 AR 124/20, NStZ-RR 2020, 26.

¹⁰⁹ OLG Rostock Beschl. v. 16.4.2020 - 20 OLG Ausl 6/20.

¹¹⁰ OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 15.5.2020 - 1 Ausl A 34/20.

¹¹¹ BVerfG Beschl. v. 4.12.2019 - 2 BvR 1832/19; dass. Beschl. v. 22.10.2019 - 2 BvR 1661/19.

¹¹² OLG Hamm Beschl. v. 26.3.2020, III - 2 Ausl 15/19.

¹¹³ OLG Karlsruhe Beschl. v. 29.12.2020 - Ausl 301 AR 284/20.

¹¹⁴ OLG Karlsruhe Beschl. v. 13.10.2020 - Ausl 301 AR 37/20mAnm Hieramente jurisPR-StrafR 23/2020 Anm. 5.

¹¹⁵ Böhm NStZ 2020, 204 (zur Notwendigkeit einer Reform).

Dr. Mariana Sacher

aus:
NJW Spezial
2020, 56 ff.

EINFORDERN UND PRÜFUNG VON ZUSAGEN VOR AUSLIEFERUNG

I. Einführung

Die Auslieferung an das Ausland ist in §§ 2 ff. IRG geregelt.¹ Sie ist beispielsweise nicht zulässig wegen politischer oder militärischer Straftaten oder wenn eine politische Verfolgung droht (§§ 6, 7 IRG). Ist die Tat nach dem Recht des ersuchenden Staates mit der Todesstrafe bedroht, so ist die Auslieferung nur zulässig, wenn der ersuchende Staat zusichert, dass die Todesstrafe nicht verhängt oder nicht vollstreckt werden wird (§ 8 IRG). Daneben gibt es weitere Auslieferungshindernisse, wenn die dem Verfolgten gewährten Grund- oder Verfahrensrechte in ihrem Kernbereich verletzt sind (beispielsweise menschenwürdige Haftbedingungen)²; dadurch ist das Auslieferungsrecht insgesamt sehr komplex gestaltet (vgl. Böhm NStZ 2019, 256). Ist die Auslieferung des Verfolgten im ersten Schritt zulässig, besteht im zweiten Schritt gem. § 79 IRG grundsätzlich eine Pflicht zu deren Bewilligung, wenn kein Bewilligungshindernis vorliegt (§ 83 b IRG).

II. Aufklärungs- und Prüfungspflichten

Im Zulässigkeitsverfahren sind die Gerichte verpflichtet, den entscheidungserheblichen Sachverhalt aufzuklären und etwaige Auslieferungshindernisse in hinreichender Weise, also vollständig in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, zu prüfen (vgl. nur BVerfG BeckRS 2019, 31004 Rn. 33; BeckRS 2019, 31693 Rn. 46 ff.). Dabei betont das BVerfG, dass wegen der eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Bewilligungsentscheidung³ nicht auf die Möglichkeit der Bundesregierung verwiesen werden darf, im späteren Bewilligungsverfahren Zusicherungen des ersuchenden Staates einzuholen.⁴ Eine Prüfung des

Tatverdachts ist zulässig und geboten, wenn das Auslieferungsersuchen missbräuchlich erscheint oder dem Betroffenen im ersuchenden Staat ein rechtsstaatswidriges Verfahren droht.⁵

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG unterliegen die Gerichte bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Auslieferung der verfassungsrechtlichen Pflicht, zu prüfen, ob die Auslieferung unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze bzw. das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz verletzt. Sie sind außerdem verpflichtet zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte den nach Art. 25 GG verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard wahren.

III. Zusagen des ersuchenden Staates

Grundsätzlich wird dem ersuchenden Staat im Hinblick auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechts- hilfe in Strafsachen sowie des Völkerrechts Vertrauen entgegengebracht, solange es nicht durch entgegen- stehende Tatsachen, etwa systemische Defizite im Zielstaat, erschüttert wird. Etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung können durch völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen des ersuchenden Staates ausgeräumt werden, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird.⁶ Dafür muss das Gericht eine eigene Gefahrenprognose anstellen, um die Situation im Zielstaat und so die Belastbarkeit einer Zusiche- rung einschätzen zu können.⁷ Für die Beurteilung der Belastbarkeit einer Zusicherung ist unter anderem darauf abzustellen, ob diese konkret oder nur allgemein und vage formuliert ist, ob eine staatliche Stelle die Zusicherung abgegeben hat, die den Zielstaat

¹ Beachte auch das Europäische Auslieferungsübereinkommen

² vgl. dazu jüngst OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 28682 mwN

³ vgl. MAH Strafverteidigung/Lagodny, 2. Aufl. 2014, § 22 Rn. 44 ff.

⁴ BeckRS 2019, 31004 Rn. 33; BeckRS 2019, 31005 Rn. 48

⁵ BVerfG NJW 2004, 141; BGH NJW 1984, 2046

⁶ BVerfG BeckRS 2019, 31004 Rn. 37 mwN

⁷ EGMR NVwZ 2013, 487

rechtlich binden kann, ob erwartet werden kann, dass Regionalregierungen sich an Zusicherungen, die durch Organe der Zentralregierung abgegeben werden, gebunden sehen, ob Zusicherungen in der Vergangenheit beachtet wurden und ob das zugesicherte Verhalten nach dem nationalen Recht des Zielstaats legal oder illegal ist.⁸ Ein einseitiger Vorbehalt in einer Verbalnote, mit der dem Zielstaat die Bewilligung der Auslieferung mitgeteilt und der durch Entgegennahme der betroffenen Person durch seine Behörden konkludent angenommen wird, stellt keine Zusicherung des ersuchenden Staates dar.⁹ Für eine Zusicherung reicht auch nicht aus, dass mit dem die Auslieferung verlangenden (Nicht-EU-)Staat ein völkerrechtlicher Vertrag über Auslieferungen besteht (BVerfG BeckRS2019, 15724; nachfolgend BeckRS2019, 32770).

IV. Fazit

Die Einforderung von Zusagen ist ein essenzieller Bestandteil rechtsstaatlicher Mindeststandards. Die Oberlandesgerichte sind hier primär in der Pflicht. Das BVerfG und der EGMR räumen ihnen entsprechende Freiheiten ein, um Auslieferungersuchen kritisch zu hinterfragen. Die Verteidigung wiederum muss auf das Aushandeln von Zusagen im Zulässigkeitsverfahren und gegebenenfalls von Bedingungen im Bewilligungsverfahren drängen.¹⁰

⁸ BVerfG NVwZ2017, 1526 Rn. 48 f.

⁹ vgl. BVerfG BeckRS2019, 31005 Rn. 48; das OLG Brandenburg hat daraufhin nunmehr die Auslieferung für unzulässig erklärt, BeckRS2019, 30766 Rn. 23 ff.

¹⁰ vgl. dazu MAH Strafverteidigung/Lagodny, § 22 Rn. 57 f.

Klaus Ott

FREIHEIT FÜR MANAGER, GEFÄNGNIS FÜR SCHWARZFAHRER: DAS IST KLASSEN- JUSTIZ

Dass der frühere Audi-Chef Stadler mit einer Bewährungsstrafe davonkommt, zeigt einmal mehr: Vor dem Gesetz sind nicht alle Menschen gleich. Und was der Bundestag jetzt beschlossen hat, damit es gerechter zugeht, ist halbherzig.

Ein Obdachloser kommt wegen 860 Euro ins Gefängnis. Ein früherer Vorstandschef aber darf bei einem von ihm mit verursachten Schaden, der nach Erkenntnissen der Justiz mehr als 40 Millionen Euro betragen hat, den Gerichtssaal als freier Mann verlassen. So ungerecht ist die deutsche Justiz, nicht nur in diesen beiden Fällen müsste es besser heißen: Klassenjustiz.

Dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich seien, wie es die Verfassung besagt, das Grundgesetz, stimmt bei der Justiz oftmals gar nicht. Wer viel Geld hat und sich erfahrene, paragrafensichere und wortgewandte Anwälte leisten kann, ist meist gleicher. Und kommt oft besser weg als jene, die am unteren Rand der Gesellschaft leben.

Aktuelles Beispiel: Dem früheren Volkswagen-Vorstand und Ex-Chef der VW-Tochter Audi, Rupert Stadler, bleibt eine Gefängnisstrafe erspart. Im ersten Strafprozess um die Abgasaffäre im Volkswagen-Konzern hat das Landgericht München II Stadler nach fast 33 Monaten Prozess des Betrugs an Audi-Kunden für schuldig befunden. Das Gericht hat sich aber mit einer Bewährungsstrafe begnügt, statt ein hartes Urteil zu fällen.

So war es ja auch ausgemacht, oder besser gesagt, ausgedeutet: Stadler gesteht, zahlt und kommt dafür gut weg. Dass es ein recht schmallippiges, alles andere als überzeugendes Geständnis war, hat die Justiz nicht weiter gekümmert. Und die 1,1 Millionen Euro, die sich Stadler seine Freiheit kosten lässt, machen aus ihm keinen armen Mann. So einfach darf sich also bei der Justiz jemand freikaufen, der sich das leisten kann.

Mit unseligen Deals sollte endlich Schluss sein

Und das, obwohl die langwierige Beweisaufnahme aus Sicht des Gerichts eindeutig ergeben hatte: Nach dem Auffliegen der Abgasmanipulationen im Mutterkonzern Volkswagen hatte Stadler bei Audi nicht durchgegriffen. Er ließ zu, dass schmutzige Dieselaautos vielen Kunden weiterhin als saubere Fahrzeuge verkauft wurden. Nebenbei bemerkt: Dieselaabgase schädigen, in großen Mengen, die Gesundheit.

Ganz anders als Stadler ist es kürzlich etwa einem Obdachlosen in Stuttgart ergangen, dessen Fall es in die Medien schaffte. Der Mann hatte Job und Wohnung verloren, stürzte ab, lebte auf der Straße und von der Hand in den Mund. Zum Arzt, zum Jobcenter und zu neuen Schlafplätzen fuhr er schwarz mit Bus und Bahn, wurde erwischt und kam ins Gefängnis. Und das just in jener Zeit, als er über eine evangelische Hilfsorganisation ein Zimmer in einem Wohnheim gefunden hatte.

Zehntausende Menschen landen jährlich in Deutschland hinter Gittern, weil sie Geldstrafen nicht zahlen können. Darunter sind Tausende Schwarzfahrer. Das soll sich jetzt etwas ändern. Wer Strafen nicht zu zahlen vermag, muss nur noch halb so lange ins Gefängnis wie bisher. Die andere Hälfte der Strafe kann mit gemeinnütziger Arbeit abgegolten werden. Bundesjustizminister Marco Buschmann (FDP) spricht von einer historischen Reform.

aus:
Süddeutsche
Zeitung
11./12.3.2017

Übeltäter in Anzügen haben es vor Gericht leichter - schon weil sie sich Anwälte leisten können

Wirkliche Gerechtigkeit aber würde die Reform erst schaffen, wenn Schwarzfahrer und andere kleine Sünder ihre Strafe vollständig abarbeiten könnten. So aber bleibt ein Klassenunterschied, so aber bleibt es eine Klassenjustiz. Wer Geld hat, kauft sich frei. Wer keines hat, muss in den Knast.

Besonders schlecht dran ist, wer sich nicht einmal einen Anwalt leisten kann. Das Bundesjustizministerium hat untersuchen lassen, wie Deals bei der Justiz ablaufen. Eines der Ergebnisse in einer 2020 veröffentlichten Studie lautet: Viele Amtsgerichte sehen von Absprachen ab, wenn die Angeklagten ohne Anwalt erscheinen. Das wird in der Studie als »durchaus problematisch« eingestuft. Was kräftig untertrieben ist. Wer in den Genuss von Deals kommt, das sollte nicht vom Geldbeutel abhängen.

Absprachen bei der Justiz sind rechtlich zulässig. Aber in der Praxis entsteht ein Bonussystem für Gutbetuchte. Und je komplizierter die Materie ist, über die verhandelt wird, desto mehr neigen Gerichte zu Deals im Sinne der Angeklagten. Das zeigt sich insbesondere bei großen Wirtschaftsprozessen wie jetzt bei Audi. Und wenn doch harte Urteile ergehen, etwa mit Gefängnisurteilen im Cum-Ex-Steuerskandal, dann ist das eher die Ausnahme als die Regel.

Tausende Schwarzfahrer sind eben viel leichter und schneller ins Gefängnis zu stecken als viele von denen, die Steuern hinterziehen, schmutzige Autos verkaufen (lassen) oder sonst einen viel größeren Schaden anrichten. Nebenbei bemerkt: Geradezu grotesk wirkt es, wenn das Gefängnis für Schwarzfahrer den Staat viel teurer kommt als die unbezahlten Tickets für Bahn und Bus.

Der Schaden, der durch diese Art von Klassenjustiz entsteht, ist immens; politisch noch viel mehr als finanziell. Das Vertrauen in einen Rechtsstaat ohne Schlupflöcher für die Reichen und Mächtigen gehört zum Fundament einer freien, demokratischen Gesellschaft. Urteile wie im Fall Stadler aber sind dazu geeignet, dieses Vertrauen zu untergraben.

Wirtschafts- und Steuerstrafrecht in einem Werk gebündelt.



NEU
im März 2024

Graf/Jäger/Wittig
Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

3. Auflage, 2024. Rund 3600 Seiten.
In Leinen ca. € 398,-
ISBN 978-3-406-78501-6

☰ beck-shop.de/33368551

Alles für die wirtschaftsrechtliche Praxis

Der Kommentar erläutert alle relevanten straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Normen, Gesetze, Verordnungen und Richtlinien zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht in einem Band und bietet einen verlässlichen Überblick über den **aktuellen Meinungsstand**. Fundiert und praxisgerecht dargestellt werden:

- die wirtschaftsstrafrechtlichen Normen des StGB
- Nebengesetze und Verordnungen mit strafrechtlichen Normen (z.B. Lebensmittelstrafrecht)
- die strafrechtlichen Normen im Steuerrecht
- die gesetzlichen Änderungen der Regelungen über die strafbefreiende Selbstanzeige einschließlich der Regelung über die Einstellung des Verfahrens nach Selbstanzeige (§ 398a AO)
- europarechtliche Normen und Richtlinien und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht
- gesellschafts-, wertpapier-, urheber- und wettbewerbsrechtliche Straf-, Ordnungswidrigkeits- und Steuervorschriften

Zur Neuauflage

Der Kommentar erscheint **erstmalig in zwei Bänden** und ermöglicht dadurch noch detailliertere und umfassendere Erläuterungen.

Zudem wird der bewährte Kommentar um **zahlreiche Aspekte erweitert**, u.a. mit der Kommentierung des § 24 LkSG, § 23 GeschGehG, § 21 MiLoG, §§ 42, 43 DS-GVO, § 42 StaRUG und der erweiterten Kommentierung des GWB.

”

Fazit: Der »Graf/Jäger/Wittig« ist der Leuchtturm im Bereich steuer- und wirtschaftsstrafrechtlicher Gesamtkommentierungen. Er hat einen überaus breit gefächerten Kanon wirtschaftsstrafrechtlicher Normen und Anknüpfungspunkte formuliert, an dem sich Konkurrenzwerke messen lassen müssen.

Rechtsanwalt Thorsten Franke-Roericht, LL. M. Wirtschaftsstrafrecht, Düsseldorf, in: <http://dierezensenten.blogspot.de> 29.04.2018, zur Voraufgabe

Strafverteidigertag 2024:
Besuchen Sie
unseren Stand!

Strafrecht bei C.F. Müller

Heidelberger Kommentare

Basiswissen

Straßenverkehrssachen

Alle Phasen des Strafverfahrens

Wirtschafts- und Steuerstrafsachen

Besondere Deliktsbereiche

Strafsachen mit Auslandsbezug

Versandkostenfrei bestellen bei:

otto-schmidt.de

