

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen

Band 38



# Vom Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung

38. Strafverteidigertag  
Dresden, 21. - 23. März 2014

Deutsche Bibliothek - CIP Einheitsaufnahme  
Vom Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung  
Texte und Ergebnisse des 38. Strafverteidigertages  
Dresden, 21. - 23.3.2014  
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]  
- 1. Auflage - Berlin 2015  
Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd. 38

ISBN 978 - 3 - 9812213 - 8 - 1

1. Auflage 2015

Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany.

Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den  
Strafverteidigervereinigungen

Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro

Fanny-Zobel-Str. 11

12435 Berlin

# Inhalt

- S. 9 Prof. Dr. Endrik Wilhelm  
*Fehlerquellen bei der Überzeugungsbildung*
- S. 41 Prof. Dr. Matthias Jahn  
*Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im  
Strafverfahren*
- S. 61 Prof. Dr. Robert Esser  
*Strafverteidigung bei Abwesenheit des Angeklagten in der  
Hauptverhandlung der Berufungsinstanz  
Die menschenrechtliche Perspektive*
- S. 79 Bundesanwalt beim BGH a.D. Joachim Lampe  
*Abwesenheitsrecht des Angeklagten?  
Änderungsnotwendigkeit des § 329 StPO*
- S. 87 Prof. Dr. Josef Franz Lindner  
*Verfassungsrechtliche Grenzen der Akteneinsicht durch Dritte im  
Ermittlungsverfahren*
- S. 101 Thomas Petri  
*Die Instrumentalisierung des Strafverfahrens zur Durchsetzung  
verfahrensfremder Zwecke*
- S. 115 Prof. Dr. Wolfgang Heinz  
*Freiheitsentziehende Maßregeln im Spiegel der Strafrechtspflegestatistiken*
- S. 141 Gabriele Steck-Bromme  
*Zehn Gebote der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt*

Anhang:

Ergebnisse der Arbeitsgruppen und Resolutionen  
Autor/innenverzeichnis



# Fehlerquellen bei der Überzeugungsbildung\*

## I. Einleitung

»Das Kernstück des Strafprozesses ist die Hauptverhandlung. In ihr wird nach dem mehr summarischen Vor- und Zwischenverfahren der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt, und zwar in einer Weise, die nach allgemeiner Prozess Erfahrung größte Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bietet«. |<sup>1</sup>

Diese scheinbar in Stein gemeißelten Worte des *Bundesverfassungsgerichts* stehen als Leitsatz über dem Motto des 38. Strafverteidigertages. Er beschäftigt sich mit dem Bedeutungsverlust eben des Instruments, das den wesentlichsten Beitrag leisten soll bei der Erforschung der Wahrheit in einem Strafverfahren, der Hauptverhandlung.

Es wird nicht erst seit gestern darüber geklagt, dass die Hauptverhandlung schon lange nicht mehr im Mittelpunkt des Strafverfahrens steht. Sie verliert zusehends ihren Zweck. Es droht ihre Degeneration zur Plausibilitätsprüfung der Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren, womit sich morgen die Arbeitsgruppe 1 des diesjährigen Strafverteidigertages befassen wird. Dazu erinnere ich außerdem an das Motto des 35. Strafverteidigertages 2011 in Berlin, der sich mit dem Thema »Abschied von der Wahrheitssuche« befasste. In seinem beeindruckenden Vortrag wies mein geschätzter Kollege *Klaus Malek* nach, dass die Wahrheitssuche in der Hauptverhandlung durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung zunehmend in den Hintergrund gedrängt wird. |<sup>2</sup>

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um den Eröffnungsvortrag zum 38. Strafverteidigertag 2014 in Dresden. Der Text ist die Wiedergabe des Manuskripts.

1 *BVerfGE* 74, 358, 372

2 *Malek StV* 2011, 559 ff.

Ich gehe noch einen Schritt weiter. Ich behaupte, dass die Wahrheitsfindung in einem Strafverfahren von ganz und gar untergeordneter Bedeutung ist. Das war schon immer so. Es ist nicht die Wahrheit, die über das Schicksal des Angeklagten entscheidet. Es ist die Überzeugung derer, die über ihn zu urteilen haben. Ganz gleich, wie sich ein Sachverhalt zugetragen hat, Grundlage eines Urteils ist stets die subjektive Überzeugung der urteilenden Richter, die diese – auf welche Weise auch immer – gewinnen.<sup>3</sup> Ob diese Überzeugung der objektiven Wahrheit entspricht, ist für den Ausgang des Verfahrens völlig irrelevant. Man muss deshalb kein Positivist sein, sondern einfach nur Realist, um dem großen Positivisten *Hans Kelsen* zuzustimmen, der 1960 in seinem Werk ‚Reine Rechtslehre‘ feststellte:<sup>4</sup>

»Denn der Rechtssatz lautet nicht: Wenn ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll eine bestimmte Strafe verhängt werden, sondern: Wenn das zuständige Gericht [...] festgestellt hat, dass ein bestimmter Mensch einen Mord begangen hat, soll das Gericht über diesen Menschen eine Strafe verhängen.«

Angesichts dieser Ausgangslage verwundert es mich seit vielen Jahren, dass in unserer Wissenschaft immer nur platonisch von Wahrheitsfindung die Rede ist. Mindestens ebenso bedeutsam dürfte sein, von welchen Faktoren menschliche Überzeugungsbildung abhängt und welche Fehler dabei auftreten können. Eine Betrachtung dieses hochkomplizierten Prozesses lohnt sich nicht nur interessehalber. Sie weckt Zweifel an Grundfesten unserer Rechtsprechung.

## II. Verzerrungen

In der Theorie ist Überzeugungsbildung ein unvoreingenommener Abwägungsprozess. Grundlage in einem Strafprozess ist – so will es das Bundesverfassungsgericht<sup>5</sup> – die Hauptverhandlung, in deren Verlauf die mit der Sache befassten Richter die für die Entscheidung des Falles wesentlichen Daten sammeln. Neben der Sammlung der Daten setzt der ideale Abwägungsprozess unvoreingenommene und nicht von sachfremden Erwägungen beeinflusste Richter voraus. Soweit die Theorie.<sup>6</sup>

3 Vgl. dazu auch *Ventzke* HRRS 2010, 461: Das Schicksal des Mandanten steht und fällt deshalb mit dem, was der Tatrichter in der Urteilsberatung als »Inbegriff der Verhandlung« ansieht.

4 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. (1960), S. 246.

5 Fn. 1.

6 Angeblich von dem US-amerikanischen Baseball-Manager Yogi Berra, einer mit Sepp Herberger vergleichbaren Ikone des Sports, stammt der Satz: »In theory there is no difference between theory and practice. In practice there is.«

## 1. Chaos-Theorie

Eine vollständige Erfassung der relevanten Datenmenge zur exakten Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts ist indes bereits naturgesetzlich ausgeschlossen. Die Datenmenge ist viel zu groß und niemals vollständig erfassbar. Ein historisches Ereignis lässt sich nicht vollständig rekonstruieren. Um zu veranschaulichen, wie groß das allein daraus resultierende Fehlerpotenzial ist, möchte ich eine Erkenntnis der Naturwissenschaft nutzbar machen.

Ein Meteorologe namens *Edward Lorenz* unternahm 1963 den Versuch, Klimabedingungen zu simulieren. Ihm stand ein für damalige Verhältnisse gigantischer Computer zur Verfügung, den er mit Daten fütterte. Der Computer war in der Lage, sechs Dezimalstellen hinter dem Komma zu verarbeiten. Das Ziel bestand darin, die Entwicklung des Wetters zuverlässig zu prognostizieren.

Um Zeit zu sparen (oder aus Nachlässigkeit, wer weiß das schon?), gab *Lorenz* bei der Wiederholung einer Simulation nur drei Dezimalstellen statt der möglichen sechs ein (0,506 statt 0,506127). Das Resultat waren erhebliche Abweichungen zwischen den Berechnungen. Obwohl die Eingabewerte nur um weniger als 1/1000 auseinander lagen, zeigten die Wetterkurven ab einem bestimmten Punkt keinerlei Gemeinsamkeiten mehr.<sup>7</sup> Die nachstehende Abbildung verdeutlicht das.



Abbildung 1: *Chaos-Theorie – Minimale Veränderungen mit großen Wirkungen.*  
Bilder (1 / 2): © Iakov Kalinin – fotolia.com / © Elena Schweitzer – fotolia.com

7 <http://de.wikipedia.org/wiki/Schmetterlingseffekt>

Lorenz hielt dazu einen vielbeachteten Vortrag mit dem Titel: ‚Predictability: Does the Flap of a Butterfly’s Wings in Brazil set off a Tornado in Texas? Auf Deutsch: »Vorhersehbarkeit: Verursacht der Flügelschlag eines Schmetterlings in Brasilien einen Tornado in Texas?«<sup>8</sup> Seither gilt Lorenz als der Vater der Chaostheorie.<sup>9</sup> Die beschäftigt sich damit, dass kleinste Veränderungen in komplexen Systemen unvorhersehbare und sehr große Auswirkungen haben können.

Nun mögen Sie sich fragen, was diese Erkenntnis mit einem Strafprozess zu tun hat. Die Antwort gebe ich gerne. Sie lautet: Sehr viel. Denn Überzeugungsbildung ist wie die Entwicklung des Wetters ein komplexer Prozess, an dessen Ende ein Ergebnis steht. Auch hier gilt: Es kann an Winzigkeiten liegen, welche Überzeugung sich die mit der Sache befassten Richter bilden. Der Weg dorthin ist sogar noch komplexer als die Aufgabe der Meteorologen. Denn die – um bei dem Beispiel zu bleiben – aktuellen Wetterdaten liegen immerhin vollständig vor und es ist *nur* eine Frage ihrer präzisen Erfassung und Verarbeitung. Die auf dem Weg zur Überzeugungsbildung über einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang zu berücksichtigenden Daten sind hingegen nicht mehr vollständig verfügbar. Sie müssen mühevoll rekonstruiert werden. Stellen Sie sich dazu vor, Sie hätten die Aufgabe, die Form einer Pfütze vorherzusagen, zu der ein schmelzender Eiswürfel wird. Das ist bereits unmöglich. Aber dann stellen Sie sich vor, Sie hätten die Aufgabe, aus einer Pfütze einen Eiswürfel zu rekonstruieren, ohne auch nur sicher sein zu können, dass die Pfütze vorher ein Eiswürfel war.<sup>10</sup>

Die naturgesetzliche Unmöglichkeit eines zu 100 Prozent zutreffenden Urteils über einen in der Vergangenheit liegenden Vorgang ist die Ausgangssituation in jedem Strafverfahren.<sup>11</sup> Selbst kleinste Veränderungen bei der Rekonstruktion des Geschehens können zu erheblichen Abweichungen

8 [http://eaps4.mit.edu/research/Lorenz/Butterfly\\_1972.pdf](http://eaps4.mit.edu/research/Lorenz/Butterfly_1972.pdf)

9 Er trägt diesen Titel etwas zu Unrecht. *Henri Poincaré* schrieb bereits im Jahr 1912 in seinem Buch »Wissenschaft und Methode«: »Wenn wir die Gesetze der Natur und den Anfangszustand exakt kennen würden, so könnten wir den Zustand des Universums zu jedem weiteren Zeitpunkt vorhersagen. Aber selbst wenn die Naturgesetze keine Geheimnisse mehr vor uns hätten, so könnten wir die Anfangsbedingungen doch nur genähert bestimmen. Wenn uns dies erlaubt, die folgenden Zustände mit der gleichen Näherung anzugeben, so sagen wir, dass das Verhalten vorhergesagt wurde, dass es Gesetzmäßigkeiten folgt. Aber das ist nicht immer der Fall: Es kann vorkommen, dass kleine Unterschiede in den Anfangsbedingungen große im Ergebnis zur Folge haben[...], eine]Vorhersage wird unmöglich und wir haben ein zufälliges Phänomen.«

10 Vgl. dazu *Nassim Nicholas Taleb*, *Der Schwarze Schwan: Die Macht höchst unwahrscheinlicher Ereignisse – The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable* (2008), S. 243 f.

11 Das sieht auch die höchstrichterliche Rechtsprechung so: *RGZ* 15, 338, 339; *RGSt* 61, 202, 206; *BGHSt* 10, 208, 209.

beim Gesamtergebnis führen.<sup>12</sup> Das kann Schicksale entscheiden. Die Rechtsgeschichte liefert dafür ungezählte Beispiele. Zur Veranschaulichung verweise ich auf das Schicksal des Selfmade-Meteorologen und deshalb besonders mit der Chaos-Theorie vertrauten Jörg Kachelmann. Das Urteil ist zwar nicht öffentlich zugänglich, die auf der Homepage des *Landgerichts Mannheim* veröffentlichten Auszüge aus der mündlichen Urteilsbegründung machen aber deutlich, dass die Frage von Schuld oder Unschuld für die Kammer von Kleinigkeiten abhing. Das *Landgericht Mannheim* ließ ausdrücklich offen, ob es nicht womöglich doch anders war.<sup>13</sup> Viel kann es deshalb nicht gewesen sein, was die Kammer von einer Verurteilung abhielt, es sei denn der von der Verteidigung zu hörende Vorwurf sollte stimmen, es sei ihr jenseits aller Fakten nur noch um eine »maximale Beschädigung« des zwingend freizusprechenden Jörg Kachelmann gegangen.<sup>14</sup> Für die Parallele zur Chaos-Theorie wäre das allerdings einerlei. Denn dann wäre es der aufgrund welcher Kleinigkeit auch immer fehlende Wille der Kammer zur Rehabilitation des Angeklagten gewesen, der den Ruf des Jörg Kachelmann auf immer beschädigt hat.

Die Erkenntnisse der Chaos-Theorie bedeuten bezogen auf das Ergebnis eines Überzeugungsbildungsprozesses im Strafprozess nichts Geringeres als die Aussage, dass die Gefahr des Irrtums auch dann noch sehr groß ist, wenn wir zu 100 Prozent überzeugt sind. Denn es kann immer sein, dass irgendeine Kleinigkeit nicht sichtbar war und deshalb nicht in den Überzeugungsbildungsprozess einbezogen wurde. Sie kann winzig klein sein und dennoch zu einer ganz anderen Überzeugung führen.

## 2. Der Faktor Mensch

Es gibt einen zweiten Faktor, den es in die Betrachtung einzubeziehen gilt. Das ist der Faktor Mensch. Er versucht nicht nur, Überzeugungsbildungsprozesse zu seinem Nutzen zu beeinflussen. Wir erleben das täglich im Gerichtssaal. Er hat überdies die bemerkenswerte Eigenschaft, bei identischer Faktenlage unterschiedliche Überzeugungen bilden zu können und – nach einer Veränderung der eigenen Anschauung – nicht einmal mehr zu verstehen, dass er früher einmal eine andere Überzeugung hatte.<sup>15</sup>

12 <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/bayern-bauer-rudi-ein-grausiger-mord-und-das-falsche-gestaendnis-a-630648.html>

13 <http://www.landgericht-mannheim.de/pb/,Lde/1167947/?LISTPAGE=1167839>

14 <http://www.n-tv.de/panorama/Verteidiger-Schwenn-attackiert-das-Gericht-article3463611.html>

15 Vgl. dazu *Daniel Kahneman*, *Schnelles Denken, langsames Denken*, 3. Aufl. (2012), S. 250 ff.

Damit meine ich nicht nur die großen historischen Irrtümer, |<sup>16</sup> den Wechsel von Weltanschauungen, den Glauben an Hexen und Koblode oder den Glauben an die gesundheitsfördernde Wirkung von Nikotin. Ich meine damit auch juristische Überzeugungen. Dazu zwei Beispiele:

- Vor 50 Jahren war es strafbar, seinen Ehepartner zu betrügen (§ 172 StGB a.F.). Allein zwischen 1958 und 1966 wurden 1.365 Menschen deswegen bestraft. |<sup>17</sup> Das beruhte auf Jahrhunderte alten Moralvorstellungen und Überzeugungen, die sich zurückverfolgen lassen bis ins Alte Testament. |<sup>18</sup> Dort ist es das sechste der zehn Gebote, die Ehe nicht zu brechen. Es war deshalb über Jahrhunderte selbstverständlich, Ehebruch zu strafen. Erst 1969 wurde diese Jahrhunderte alte Tradition mit einem Federstrich beendet. |<sup>19</sup> Inzwischen ist die Überlegung, außerehelichen Geschlechtsverkehr mit Gefängnis zu bestrafen, unvorstellbar. Heute lebt ein verheirateter Mann – zu allem Überfluss ein Pastor – mit seiner Freundin im Schloss Bellevue und ist unser Bundespräsident. Dass man wegen Ehebruchs früher ins Gefängnis gehen konnte, versteht im Deutschland des Jahres 2014 niemand mehr.
- Vor 40 Jahren war es für homosexuelle Männer strafbar, miteinander geschlechtlich zu verkehren (§ 175 StGB a.F.). Das entsprach ebenfalls uralten Traditionen und war so selbstverständlich wie es normal war, »uneheliche« Kinder und alleinerziehende Mütter gesellschaftlich auszugrenzen. Zwischen 1945 und 1966 wurden in der BRD wegen homosexueller Handlungen 65.000 Männer bestraft. |<sup>20</sup> Vor gerade einmal 20 Jahren war homosexueller Geschlechtsverkehr zwar nur noch in bestimmten Fällen strafbar. |<sup>21</sup> Gleichwohl bedeutete es immer noch den gesellschaftlichen Ruin, sich als Homosexueller zu outen. Inzwischen wird Homophobie staatlicherseits massiv bekämpft. Die uralte gesellschaftliche Ächtung der Homosexualität wurde damit innerhalb nur einer Generation vom staatlichen Kampf gegen Homophobie abgelöst. Die BILD-Zeitung feierte unlängst das Coming-Out des früheren Fußball-Profis Thomas Hitzlsperger als Heldentat. |<sup>22</sup> Dabei ist es nicht nur so, dass wir Homosexualität

16 [http://de.wikibooks.org/wiki/Enzyklop%C3%A4die\\_der\\_popul%C3%A4ren\\_Irrt%C3%BCmer/\\_Religion](http://de.wikibooks.org/wiki/Enzyklop%C3%A4die_der_popul%C3%A4ren_Irrt%C3%BCmer/_Religion)

17 <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/vor-35-jahren-als-die-liebe-legal-wurde-aid-1.2279153>

18 Vgl. dazu *Faramerz Dabhoiwala*, Lust und Freiheit, Die Geschichte der ersten sexuellen Revolution (2014).

19 Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (1. StRG) vom 25. Juni 1969 (BGBl I, S. 645).

20 <http://www.rp-online.de/politik/deutschland/vor-35-jahren-als-die-liebe-legal-wurde-aid-1.2279153>

21 Die vollständige Gleichstellung mit der Heterosexualität wurde erst mit der ersatzlosen Streichung des § 175StGB durch das 29. *Strafrechtsänderungsgesetz* vom 31. Mai 1994 vollzogen.

22 <http://www.bild.de/sport/fussball/thomas-hitzlsperger/outing-die-reaktionen-34128842.bild.html>

zu tolerieren gelernt haben. Es gibt auch kein Verständnis mehr für die, die das bestrafen, was auch bei uns vor 40 Jahren noch geradewegs ins Gefängnis führen konnte. Wir werden stattdessen zu Missionaren unserer neuen Überzeugung, die abweichende Meinungen nicht mehr tolerieren. Unser Bundespräsident hat unter anderem wegen der Ächtung der Homosexualität in Russland seinen Besuch der olympischen Winterspiele abgesagt. |<sup>23</sup>

Diese widersprüchlich anmutende Ausgangslage lohnt zweifelsohne eine intensivere Betrachtung der Mechanismen, die in uns wirken und unsere Überzeugungen bestimmen. |<sup>24</sup> *Daniel Kahneman*, ein Psychologe, hat den aktuellen Stand der Forschung zur menschlichen Überzeugungsbildung in seinem Buch ‚Langsames Denken, schnelles Denken‘ zusammengefasst. |<sup>25</sup> *Kahneman* gilt als einer der bedeutendsten Psychologen unserer Zeit. Er hat für seine Erkenntnisse den Nobelpreis bekommen. Dankenswerterweise hat er seine Forschungsergebnisse so aufgeschrieben, dass auch einfachere Geister wie Juristen sie verstehen. Dafür hätte er zweifelsohne einen weiteren Nobelpreis verdient.

Ich werde im Folgenden versuchen, einige Grundzüge der Forschungsmethode und exemplarische Aussagen wiederzugeben. Eine ausführliche Befassung würde leider den Rahmen des Vortrags sprengen. Doch auch so werde ich Sie hoffentlich davon überzeugen, dass wir uns vor unseren Überzeugungen hüten müssen. Ihre Bildung läuft nach unzuverlässigen Mustern ab. Die diesbezügliche Botschaft der Psychologie ist keine andere als die der Chaos-Theorie. Sie lautet:

Unsere Überzeugungen sind verführerische Illusionen. Wir können uns niemals sicher sein, nur weil wir überzeugt sind. |<sup>26</sup>

### *a. Grundlagen*

Überzeugungsbildung findet statt im menschlichen Gehirn. Mit ihm besitzt der Mensch ein Organ, das ihn an die Spitze der Evolution katapultiert hat. Es ist ein zwar langsamer, aber durchaus leistungsfähiger Computer. Wer

23 <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/bundes-praesident-gauck-boykottiert-olympia-in-sotschi-a-937791.html>

24 Ein gutes Beispiel ist auch der Umgang mit DDR-Biografien. Während in den ersten Jahren nach 1990 eine geradezu hysterische Ausgrenzung staatsnaher DDR-Bürger zu verzeichnen war, sehen wir das heute viel entspannter. Vor 20 Jahren wäre es wohl nicht möglich gewesen, als ehemals für Agitation und Propaganda zuständige FDJ-Sekretärin politische Karriere in der CDU zu machen und Bundeskanzlerin zu werden, vgl. dazu *Lachmann/Reuth*, Das erste Leben der Angela M. (2013).

25 *Daniel Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, 3. Aufl. (2012).

26 *Kahneman* (Fn. 25), S. 263.

verstehen will, wie dieser Computer funktioniert, muss ein paar Grundlagen seiner Funktionsweise nachvollziehen. Insbesondere muss man verstehen, dass er – vereinfacht ausgedrückt – auf zwei Ebenen arbeitet. Die Psychologie nennt sie System 1 und System 2.<sup>27</sup>

### (1) System 1

Die erste Ebene ist das sogenannte System 1. Auf dieser Ebene trifft der Mensch unbewusst und ungewollt erste Entscheidungen, und zwar unmittelbar nachdem er mit einer Situation konfrontiert wird. System 1 arbeitet dabei wie ein Autopilot, der uns durch unser Leben lenkt. Es nimmt die Informationen der Außenwelt auf und vergleicht sie mit gespeicherten Modellen aus Erfahrungswerten oder Instinkten auf Übereinstimmung. Kann es eine Übereinstimmung feststellen, trifft es sofort die dazu gespeicherte Standardentscheidung, ohne dass uns diese Entscheidung überhaupt bewusst wird. Dazu ein paar Beispiele: Wir wenden uns automatisch der Quelle eines plötzlichen Geräuschs zu, wir treffen diese Entscheidung nicht bewusst. Wir ziehen ein angewidertes Gesicht, wenn uns ein grauenvolles Bild gezeigt wird. Darüber denken wir nicht nach. Auch die Feindseligkeit aus einer Stimme hören wir aufgrund der gespeicherten Modelle heraus, ohne sie auf ihre Nuancen hin analysieren zu müssen. System 1 arbeitet sogar in dem Bereich, der mathematisches Verständnis voraussetzt, wenn die Erfahrung nur modelliert ist. So müssen wir nicht nachdenken, um den Satz ‚ $2 + 2 = \dots$ ‘ zu vervollständigen. System 1 macht das selbstständig. Der Autopilot System 1 handelt insoweit völlig autark, wir können uns gegen seine ersten Entscheidungen nicht einmal wehren. Es lässt sich auch nicht abschalten. Die allermeisten Entscheidungen in unserem Leben treffen wir auf diese Weise.<sup>28</sup>

### (2) System 2

Auf der zweiten Ebene arbeitet System 2. Es kommt zum Einsatz, wenn System 1 keine oder nur eine unzureichende Standardentscheidung bereithält. Folglich ist es zuständig für die anstrengenden mentalen Aktivitäten. Sie beanspruchen unsere Konzentration. Auch dazu ein paar Beispiele: Eindeutig in den Zuständigkeitsbereich von System 2 fallen komplexe Berechnungen oder die Konzentration auf einen Startschuss beim Wetlauf. System 2 durchsucht unser Gedächtnis, um ein ungewohntes Geräusch zu identifizieren und wir brauchen es, um eine Steuererklärung anzufertigen. System 2 beurteilt auch die Angemessenheit unseres Verhaltens in einer sozialen Situation und so weiter. In all diesen Situationen ist Konzentration erforderlich.

<sup>27</sup> Kahneman (Fn. 25), S. 31 ff.

<sup>28</sup> Kahneman (Fn. 25), S. 38.

### (3) Die Tauglichkeit der Arbeitsteilung

Die Arbeitsteilung zwischen System 1 und System 2 ist grundsätzlich höchst effizient: Sie minimiert den Aufwand und optimiert den Ertrag. Normalerweise funktioniert das gut, weil System 1 zuverlässig arbeitet. Das ist eine der Ursachen dafür, dass die Menschen die Welt beherrschen. Zumindest sind viele davon überzeugt.

Allerdings hängt die Qualität der Arbeit unseres Gehirns auch davon ab, in welchem Zustand unser Körper ist. Dazu ist zu verweisen auf ein den meisten Anwesenden im Auditorium vermutlich bekanntes Experiment. Durchgeführt wurden Versuche mit Richtern, die sich mehrere Tage mit Anträgen auf Strafaussetzung zur Bewährung befassten. Bemerkenswert ist, dass bei allen Richtern eine Kurve erkennbar war, die Auskunft darüber gab, zu welchen Zeiten die meisten Anträge bewilligt wurden. Sie hing unmittelbar mit der Nahrungsaufnahme zusammen. So erreichten die Strafaussetzungen zur Bewährung kurz nach Einnahme einer Mahlzeit einen Anteil von 65 %, während die Rate in den Stunden danach wesentlich niedriger lag. So sank sie bis auf etwa Null vor dem nächsten Mahl. Danach stieg sie wieder katapultartig an.<sup>29</sup> Abbildung 2 zeigt den Verlauf der Kurve. Seit ich das weiß, versuche ich, meine Hauptverhandlungstermine möglichst so zu legen, dass Entscheidungen kurz nach der Mittagspause anstehen. Ich komme auch nicht mehr auf die Idee, kurz vor der Mittagspause über die Aufhebung von Haftbefehlen zu diskutieren.

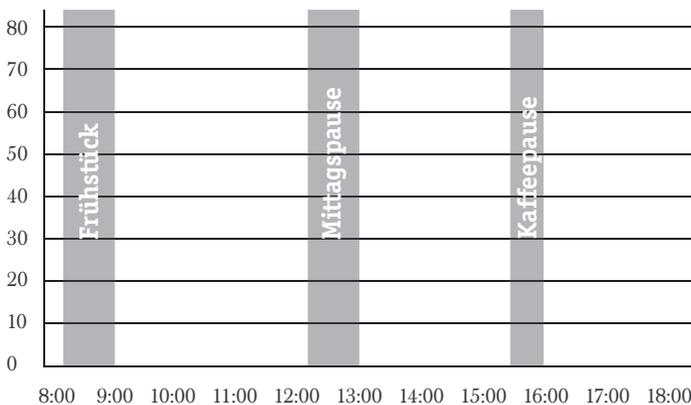


Abbildung 2: Erfolgswahrscheinlichkeit eines Aussetzungsantrages

29 Shai Danziger, Jonathan Levav und Liora Avnaim-Pesso, Extreme Factors in Judicial Decisions, Proceedings of the National Academy of Sciences 108 (2011), S. 6889 – 6892. Vgl. auch <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/justiz-studie-muede-richter-entscheiden-gegen-angeklagte-a-756452.html>

System 2 muss aber nicht nur regelmäßig gefüttert werden. Ein mindestens ebenso großes Problem ergibt sich daraus, dass es nur dann arbeitet, wenn es motiviert ist oder gezwungen wird. Anders als System 1 lässt es sich abschalten bzw. muss eingeschaltet werden. Das begrenzt die Rationalität unserer Entscheidungen, wenn sich eine Standardentscheidung in System 1 erst einmal verfestigt hat und eine Motivation fehlt, sie in Frage zu stellen. Dann ist es unglaublich schwierig, System 2 nachhaltig zu aktivieren.<sup>30</sup> Es bedarf dann schon besonderer Umstände, um der besseren Erkenntnis zum Erfolg zu verhelfen. Homosexuelle wissen davon ein Lied zu singen. Und das gilt noch heute im Justizalltag. Ich meine damit nicht die vereinzelt vorkommenden Amtsrichter, die wir alle kennen und von denen man meinen könnte, sie hätten überhaupt kein System 2. Nein, ich meine die unterbleibende Einschaltung von System 2 in Gesetzgebung und höchstrichterlicher Rechtsprechung, was noch heute zu schier unerträglichen Ergebnissen führt. Dazu drei Beispiele:

Die meisten von Ihnen werden sich schon oft gewundert haben, wie kompliziert die Regeln zur Bildung nachträglicher Gesamtstrafen sind (§ 55 StGB). Da gibt es unverhofft auftauchende Zäsuren, Härteausgleich, den plötzlichen Wegfall einer Zäsur und so weiter. Bisweilen kommt man sich vor wie in einem sich ständig verändernden Zauberwald, den nur noch der durchschaut, der ihn gestaltet. Wenn Sie bisher Angst hatten, womöglich nicht die Befähigung zu haben, das Regelwerk zu verstehen, habe ich eine gute Nachricht für Sie: Es liegt nicht an Ihnen. Es liegt am Regelwerk. Es ist nicht zu verstehen, weil es in sich nicht stimmig ist.<sup>31</sup> Es ist total irrational. Es kümmert sich nur keiner darum, weil sich zu wenige dafür interessieren.

Dazu folgender Fall: Hier in Dresden stand 1997 ein vorbestrafter Mann vor Gericht. Er war wegen eines Diebstahls zu einer sechsmonatigen Bewährungsstrafe verurteilt worden. Die Strafe war noch nicht erledigt, als er wegen dreier Totschläge angeklagt wurde. Zwei davon hatte er vor der Bestrafung wegen Diebstahls begangen, einen danach. Die Verurteilung wegen Diebstahls begründete eine Zäsur. Er bekam für die ersten beiden Taten unter Einschluss der Verurteilung wegen Diebstahls 14 Jahre und für den dritten Totschlag 12 Jahre und drei Monate, insgesamt also 26 Jahre und 3 Monate.<sup>32</sup> Die nachstehende Abbildung 3 skizziert den Vorgang der Strafenbildungen. Der Täter beging kurze Zeit nach dem Urteil Selbstmord.

30 Vgl. dazu *Kahneman* (Fn. 25), S. 55 ff.

31 Ausführlich dazu *Wilhelm* NStZ 2008, 425 ff. sowie ZIS 2007, 82 ff.

32 *LG Dresden* Urt. v. 6.1.1999 – 5 Ks 411 Js 40035/96; vgl. auch BGH NStZ 1999, 182.

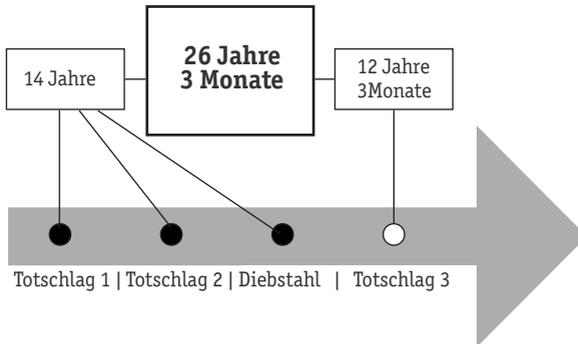


Abbildung 3: *Nachträgliche Gesamtstrafenbildung unter Berücksichtigung der die Zäsur bildenden Strafe*

Ursache für diese drakonische Strafe war die zwischenzeitliche Verurteilung wegen des Diebstahls. Die Frage, warum diese Verurteilung so eine Wirkung haben konnte, erklärt Ihnen Ihr System 1 vermutlich mit der Warn- und Appellfunktion dieser Verurteilung. Es sagt Ihnen, dass der Täter die Vorteile einer Gesamtstrafe nicht verdient habe, weil er trotz der Verurteilung weitere Straftaten begangen hätte.<sup>33</sup> Wenn Sie sich das so erklären, befinden Sie sich in guter Gesellschaft. Der BGH hat das auch einmal so entschieden.<sup>34</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht es bis heute so.<sup>35</sup> Irgendwie leuchtet das ja auch ein.

Es gibt allerdings ein Problem, das die These von der Warn- und Appellfunktion ad absurdum führt. Es ist nämlich nach dem unüberbrückbaren Gesetzeswortlaut so, dass eine zwischenzeitliche Verurteilung nur so lange in eine Gesamtstrafe einfließen kann, wie sie nicht vollstreckt ist. Und wenn sie nicht mehr einbezogen werden kann, entfaltet sie auch keine Zäsurwirkung mehr. Stattdessen ist eine Gesamtstrafe von maximal 15 Jahren für alle noch nicht abgeurteilten Taten zu bilden – § 53 Abs. 1 StGB.<sup>36</sup> Die nachstehende Abbildung illustriert das.

33 So formuliert erstmals von *Stree* JR 1987, 73; vgl. auch BGH NStZ 1999, 182.

34 BGHSt 33, 367.

35 NStZ 1999, 500 sowie Beschluss vom 26.05.1999, 2 BvR 694/99.

36 BGH NStZ 2005, 32 = HRRS 2004 Nr. 288.

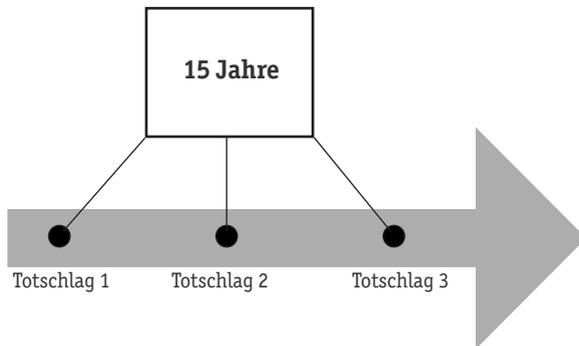


Abbildung 4: *Nachträgliche Gesamtstrafenbildung nach Wegfall der Zäsur*

Das bedeutet, dass einer Verurteilung eine Warn- und Appellfunktion nur bis zum Abschluss ihrer Vollstreckung beizumessen wäre. Diese Überlegung hat jedoch allenfalls noch Unterhaltungswert. Eine Strafe kann ihren Schrecken unmöglich durch ihre Vollstreckung verlieren. So modern ist unser Strafvollzug nun auch wieder nicht.

Die Konsequenz zwischenzeitlicher Strafvollstreckung erledigt nicht nur die These von der Warn- und Appellfunktion, von der sich der BGH übrigens – ersatzlos – wieder verabschiedet hat.<sup>37</sup> Sie führt außerdem zu dem höchst ungerechten Ergebnis, dass die Höhe der Strafe in dem Beispielfall davon abhing, ob die zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe während der Untersuchungshaft vollständig vollstreckt worden war. Wäre das geschehen, wäre der Täter zu höchstens 15 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden. Die unterbliebene Vollstreckung führte zu beinahe 27 Jahren. Im Extremfall hätte eine Urteilsverkündung einen Tag vor oder nach Ablauf der Vollstreckung einen Unterschied von 12 Jahren Freiheitsstrafe ausgemacht.

Sie werden mir zustimmen, dass diese Konsequenzen eigentlich jeden vernünftigen Menschen schlussfolgern lassen müsste, dass da etwas ganz Grundsätzliches nicht stimmt und geändert werden muss.<sup>38</sup> Der BGH hat in einer Sache entsprechende Zweifel auch durchaus geäußert, es dabei aber belassen.<sup>39</sup> Nach allem geschieht nichts, um diesen durch und durch

37 BGH NStZ-RR 2001, 368; BGHR StGB, § 55 Abs. 1 Satz 1, Anwendungspflicht 1, vgl. weiter BGH NStZ 1997, 593.

38 Weil auch ich dieser Überzeugung bin, habe ich ein Konzept vorgeschlagen, wie man das Problem lösen könnte, ohne das Gesetz zu ändern (ZIS 2007, 82; eine Kurzfassung findet sich in NStZ 2008, 425). Es gibt in der Literatur Stimmen, die den Vorschlag unterstützen (Eschelbach, in: SSW-StGB, 2. Aufl. (2014), § 55, Rn. 13). Der BGH hat sich damit noch nicht befasst.

39 BGH, Beschl. vom 17.7.2000 – 5 StR 280/00.

unerträglichen Zustand zu ändern. Er ließe sich durch eine Vielzahl weiterer Beispielsfälle leicht illustrieren.<sup>40</sup> Wenn einer ihrer Mandanten eine derart himmelschreiende Ungerechtigkeit zu erwarten hat, sollten sie erwägen, das Bundesverfassungsgericht anzurufen. Es wartet vielleicht auf eine Gelegenheit zur Korrektur.

Ein weiteres Beispiel: Es fällt mir schon seit längerem zunehmend schwer nachzuvollziehen, dass Richter Importeure von Cannabis zu Freiheitsstrafen von 8, 9 oder 10 Jahren und mehr verurteilen, um sich danach vor dem Gerichtsgebäude eine Zigarette anzuzünden und abends eine Flasche Rotwein zu trinken. Wenn ich bedenke, was ein Angeklagter sonst angestellt haben muss, um derart drakonisch bestraft zu werden, kann ich oftmals nur mit dem Kopf schütteln. Vergewaltigung, Raub und sogar Totschlag oder versuchter Mord werden bei uns milder bestraft als der Import von Cannabis, wenn nur die Menge groß genug ist, der Täter womöglich noch ein Taschenmesser bei sich führte oder mit zwei weiteren Mittätern unterwegs war. Rational ist das nicht erklärbar.

Im Gegenteil, bei näherem Hinsehen ergeben sich erhebliche Zweifel, ob das Verbot von Cannabis überhaupt noch rational begründet ist. Dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1994 feststellte, dass wir – völlig unabhängig vom Rauschmittel – kein sich aus der Verfassung ergebendes »Recht auf Rausch« haben.<sup>41</sup> Es wäre dem Gesetzgeber danach erlaubt, sämtliche Rauschmittel, also auch Alkohol und Nikotin, zu verbieten. Unsere Bundestagsabgeordneten machen von dieser Machtfülle nur keinen Gebrauch. Das geschieht in vielen Fällen vermutlich zunächst einmal wegen der eigenen Betroffenheit. Überdies wären sie nach der nächsten Wahl bestimmt alle arbeitslos, der Staat bekäme mit Blick auf die ausfallenden Steuereinnahmen von ca. 20 Mrd. € jährlich erhebliche Finanzierungsprobleme<sup>42</sup> und die Beschäftigten der Alkohol- und Tabakindustrie wären ebenfalls arbeitslos. Also erlauben uns unsere Bundestagsabgeordneten den Konsum von Alkohol und Tabak. Das wird der eine oder andere von Ihnen heute Abend bestimmt noch mit einem Trinkspruch zu würdigen wissen.

Nun hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Nicht-raucherschutz im Jahr 2008 entschieden, dass Verbote zum Schutze der Volksgesundheit nur im Rahmen eines durchdachten und folgerichtigen

40 Vgl. *Wilhelm* NStZ 2008, 425 ff. sowie ZIS 2007, 82 ff.

41 BVerfGE 90, 145 (145):

42 <http://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/ueber-18-milliarden-euro-tabak-und-alkohol-bringen-steuereinnahmen-in-rekordhoehe/7382826.html>

Konzepts ausgesprochen werden dürften. Ausgehend davon sei – wie es im zu entscheidenden Fall geschehen war – nicht nachvollziehbar, einerseits Raucherräume in Gaststätten zu erlauben und andererseits das Rauchen in Discotheken generell zu verbieten. Mit dieser Begründung hob das Bundesverfassungsgericht das generelle Rauchverbot in Discotheken auf.<sup>43</sup>

Das ist durchaus schlüssig. Übertragen auf das Verbot von Cannabis müsste der Gesetzgeber sich danach indes fragen, ob es einem durchdachten Konzept folgt, Alkohol und Tabak zu erlauben und Cannabis zu verbieten. Er müsste in den Blick nehmen, dass an den Folgen des Konsums von Tabak weltweit jährlich sechs Millionen<sup>44</sup> (120.000 allein in Deutschland<sup>45</sup>) und an den von Alkohol jährlich 2,25 Millionen Menschen<sup>46</sup> (74.000 allein in Deutschland<sup>47</sup>) sterben.<sup>48</sup> Alkohol ist außerdem die Ursache für unzählige Gewalttaten und Verkehrsunfälle. Demgegenüber gibt es keine Erkenntnisse dazu, dass Cannabis annähernd vergleichbare Auswirkungen hat. Auch die These von Cannabis als Einstiegsdroge auf dem Weg zum Heroin ist überholt, wenn man den Angaben der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung Glauben schenken darf.<sup>49</sup> In den USA wird das Cannabis-Verbot nicht zuletzt deshalb mehr und mehr zum historischen Relikt.<sup>50</sup> Das macht es schlicht unverständlich, die gefährlicheren Drogen Alkohol und Nikotin zu erlauben, während Cannabis verboten bleibt. Unser Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht befassen sich mit derartigen Überlegungen nur nicht. Sie werden wissen warum. Vielleicht kann Sie die Arbeitsgruppe 5 des morgigen Tages dazu bewegen, System 2 ein wenig mehr zu bemühen und darüber einmal nachzudenken.

Auf ein vollkommen lustloses und nicht zu motivierendes System 2 treffen die in System 1 modellierten Entscheidungen, wenn Tabus ins Spiel kommen. Um sich durchzusetzen, erzeugt System 1 sogar nur anstrengend zu bekämpfende Ekelgefühle.<sup>51</sup> Das trug die Strafbarkeit der Homosexualität durch die Jahrhunderte und wirkt noch heute bei § 173 StGB. Diese Norm verbietet es zwei erwachsenen Menschen, miteinander geschlechtlich zu

43 Urteil vom 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08.

44 <http://www.who.int/gho/tobacco/en/index.html>.

45 <http://www.derwesten.de/panorama/jaehrlich-zehntausende-tote-durch-alkohol-id7795729.html>.

46 [http://www.who.int/substance\\_abuse/publications/global\\_alcohol\\_report/msbgsruprofiles.pdf](http://www.who.int/substance_abuse/publications/global_alcohol_report/msbgsruprofiles.pdf).

47 [http://www.welt.de/welt\\_print/wissen/article8194870/74-000-Alkoholtote-pro-Jahr-in-Deutschland.html](http://www.welt.de/welt_print/wissen/article8194870/74-000-Alkoholtote-pro-Jahr-in-Deutschland.html).

48 <http://www.heise.de/tp/news/In-der-naechsten-Generation-ist-der-Tabakkonsum-beseitigt-2101825.html>.

49 <http://www.bzga.de/infomaterialien/suchtvorbeugung/cannabis-basisinformation/>

50 <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/marihuana-in-usa-immer-mehr-bundesstaaten-legalisieren-cannabis-a-942124.html>.

51 *Kahneman* (Fn. 25), S. 133, 136.

verkehren, wenn sie denselben Vater oder dieselbe Mutter haben.<sup>52</sup> Das Gesetz stellt dazu veraltet ausschließlich auf den Beischlaf, den vaginalen Geschlechtsverkehr, ab.<sup>53</sup> In der JVA Leipzig verbüßte bis zum 3. Juni 2009 ein junger Mann insgesamt dreieinhalb Jahre Haft, weil er 18-fachen – jederzeit einvernehmlichen und auf einer Liebesbeziehung beruhenden – Geschlechtsverkehr mit einer Blutsverwandten hatte.<sup>54</sup>

Ihr System 1 hat dafür – neben dem Ekel, den Sie bei der Vorstellung empfinden – vermutlich die Erklärung parat, dass eine solche Beziehung verboten werden muss, weil sie behinderte Kinder hervorbringen kann. Wenn das so ist, befinden Sie sich erneut in guter Gesellschaft. Sieben von acht Richtern des Bundesverfassungsgerichts hatten im Jahr 2008 dieselbe Assoziation und begründeten unter anderem damit ihre Entscheidung, § 173 StGB nicht für verfassungswidrig zu erklären.<sup>55</sup> Die Assoziation sitzt so tief, dass dabei übersehen wurde, dass es außerhalb von § 173 StGB längst dem gesellschaftlichen Konsens entspricht, dass »Eugenik« oder der »Schutz vor der Entstehung behinderten Lebens« keine Grundlage für *irgendeine* Gesetzgebung sein darf. Schon die Idee, ähnlichen Risikogruppen wie behinderten Menschen oder Menschen mit Erbkrankheiten die Fortpflanzung zu verbieten, liegt außerhalb jeder Vorstellung. Sie ist nicht zuletzt mit Blick auf die diesbezüglichen Aktivitäten der Nazis im Gegenteil selbst ein Tabu.<sup>56</sup> Art. 3 Abs. 2 der Grundrechte-Charta der EU-Verfassung enthält ein absolutes Verbot gesetzgeberischer Aktivitäten zur Durchsetzung eugenischen Gedankenguts. Die rechtswissenschaftliche Literatur nennt die eugenische Argumentation des Bundesverfassungsgerichts deshalb völlig zu Recht »unvertretbar«<sup>57</sup>.

Nicht nur das müssen sich die sieben die Entscheidung tragenden Richter vorhalten lassen. Der achte war der kürzlich leider verstorbene *Winfried Hassemer*, ein großer Wissenschaftler, Lehrer und Richter. Er war der einzige Strafrechtler im Senat und widersetzte sich der Mehrheit. Ich möchte das nicht unerwähnt lassen.<sup>58</sup> Leider konnte auch er einen noch gravierenderen und kaum zu glaubenden Fehler beim Zusammenspiel von System 1 und System 2 seiner Kollegen nicht verhindern.

52 BVerfG NStZ 2008, 614 = HRRS 2008 Nr. 260.

53 *Fischer*, Kommentar zum StGB, 61. Aufl. (2014), § 173, Rn. 9.

54 *EGMR* Stübing vs. Germany, Application No. 43547/08, Beschluss vom 12.04.2012 = HRRS 2008 Nr. 434.

55 BVerfG NStZ 2008, 614 = HRRS 2008 Nr. 260.

56 BT-Drucks. 6/1552, S. 14; 6/3521, S. 17 f.

57 *Hassemer* NJW 2008, 1137, 1142 f.; *Hörnle* NJW 2008, 2085, 2087; *Zabel* JR 2008, 453, 455; *Roxin* StV 2009, 544, 547; *Fischer* (Fn. 53), § 173, Rn. 5.

58 *Hassemer* NJW 2008, 1137, 1142 f.

So hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung auch die Frage erörtert, ob das strafbewehrte Verbot des Beischlafs ein sich liebendes Halbgeschwisterpaar nicht in eine ausweglose und damit die Menschenwürde verletzende Lage bringen würde. Dieser Konflikt zwischen dem Verbot einerseits und dem Drängen der sich Liebenden andererseits erscheint in der Tat unlösbar. Denn wer sich liebt und nicht miteinander geschlechtlich verkehren darf, befindet sich durchaus in einer ausweglosen Lage.

Sieben der acht Mitglieder des 2. Senats hatten jedoch eine Lösung parat. Sie argumentierten, verboten sei doch nur den Beischlaf, also der vaginale Geschlechtsverkehr, während jede andere Sexualpraktik erlaubt sei. Mit anderen Worten, das Bundesverfassungsgericht erlaubt es dem Gesetzgeber, den vaginalen Geschlechtsverkehr zu verbieten, *weil* Analverkehr, Oralverkehr und alles andere nicht strafbar sind. Und weil ich vermute, dass Sie mir das womöglich nicht glauben, zitiere ich jetzt wörtlich aus dem Beschluss. Er bedient sich selbstverständlich einer weniger deutlichen Wortwahl, als sie sich ein Strafverteidiger leisten kann. Es heißt dort: <sup>59</sup>

»Da das strafrechtliche Inzestverbot nur ein eng umgrenztes Verhalten zum Gegenstand hat und die Möglichkeiten intimer Kommunikation nur punktuell verkürzt, werden die Betroffenen auch nicht in eine mit der Achtung der Menschenwürde unvereinbare ausweglose Lage versetzt.«

Die Richter, die das unterschrieben haben, wollten gewiss nicht zynisch sein, auch wenn es auf die Betroffenen den Anschein gemacht haben dürfte. Sie haben die Reichweite des Satzes vermutlich ebenso wenig überschaut wie die Folgen ihrer Ausführungen zur Eugenik. Das belegt nicht nur, wie verbrämte Rationalität auch im 21. Jahrhundert noch daherkommt. Es verdeutlicht, dass unser System 2 nicht nur abhängig ist vom Glukosepegel unseres Körpers. Es schaltet sich überdies nur höchst widerwillig ein, wenn das nicht ausschaltbare System 1 eine Standardentscheidung parat und der Mensch kein Interesse hat, System 2 mit der sorgfältigen Prüfung dieser Entscheidung zu beauftragen. Das nicht abschaltbare System 1 drängt immer wieder zur fest verankerten Standardentscheidung und System 2 wird nicht hinreichend aktiv, weil es nicht interessiert ist. Mit anderen – einfacheren – Worten: *Albert Einstein* hatte Recht, als er sagte:

»Es ist leichter, einen Atomkern zu spalten, als ein Vorurteil.« <sup>60</sup>

59 BVerfG NSTZ 2008, 614 = HRRS 2008 Nr. 260.

60 *Albert Einstein*, Physiker, (1879 – 1955).

### *b. Der Hang, kohärenten Geschichten zu glauben*

Fehlendes Interesse und verfestigte Vorurteile sind nicht die einzigen Hindernisse auf dem Weg zur fehlerfreien Abwägung und Entscheidung. Es kommt hinzu, dass ein Entscheidungsapparat wie unser Gehirn, das die Außenwelt vorrangig auf gespeicherte Modelle für eine Standardentscheidung durchsucht, nur die Informationen verarbeiten kann, die es sieht. Wenn System 1 die eingehenden Informationen als ausreichend ansieht, um eine Standardentscheidung abzurufen, führt das zu dem Problem, dass das Unsichtbare keine Berücksichtigung bei der Entscheidung mehr findet. Mit anderen Worten: Wir ignorieren das Unsichtbare, auch wenn es denkbar ist.<sup>61</sup>

Wir tun das vor allem dann, wenn uns plausibel klingende Geschichten präsentiert werden. Sie passen gut in die von System 1 gespeicherten Muster. Sie haben deshalb besonders große Chancen, auch bei dünner Datenlage geglaubt zu werden. Das gilt für kohärente, also zusammenhängende und auf den ersten Blick widerspruchsfreie Geschichten. Besonders leicht werden diese Geschichten geglaubt, wenn sie aus einer als vertrauenswürdig eingeschätzten Quelle stammen und ein paar weitere Voraussetzungen vorliegen. Die Psychologie hat die Mechanismen, die insoweit in uns arbeiten, näher erforscht.

#### (1) Spontanentscheidungen

Mit Hilfe verschiedener Experimente wurde nachgewiesen, dass System 1 bereits mit ersten Wahrnehmungen auf der Grundlage einer Plausibilitätskontrolle Überzeugungen bildet, obwohl eine kritische Betrachtung die Entscheidungsgrundlage viel zu dürftig erscheinen lässt. Dazu möchte ich – beispielhaft – auf folgendes Experiment hinweisen:<sup>62</sup>

Eine Versuchsgruppe wurde mit der Frage konfrontiert, ob eine ihnen unbekannte Person mutmaßlich eine gute Führungskraft sein würde. Um das zu beurteilen, wurden Eigenschaften der Person mitgeteilt.<sup>63</sup> Konkret wurde gesagt, die Person sei

»intelligent und durchsetzungsstark«.

Die mit Abstand meisten Personen bejahten daraufhin die Frage nach der Eignung als Führungskraft. Wenn Sie so sind wie die meisten Menschen, gingen Ihre Überlegungen ebenfalls in diese Richtung.

61 *Kahneman* (Fn. 25), S. 112, nennt das die »What you see is all there is«-Regel.

62 *Kahneman* (Fn. 25), S. 108 ff.

63 *Kahneman* (Fn. 25), S. 112.

Das war eine verfrühte Entscheidung. Denn die Person hätte ja durchaus intelligent und durchsetzungsstark, außerdem aber auch noch grausam und korrupt sein oder wegen Mordes im Gefängnis sitzen können. Trotzdem teilte ihnen ihr System 1 eine erste Entscheidung mit. Wir entscheiden eben lieber, als dass wir fragen, wenn die wahrgenommenen Daten eine erste Plausibilitätskontrolle passieren und damit eine Standardentscheidung im System 1 abrufen. Diese Voraussetzung erfüllt die Mitteilung der Eigenschaften »intelligent und durchsetzungsstark«, wenn wir dazu befragt werden, ob der so beschriebene Mensch eine bestimmte Aufgabe erfüllen kann. Das Unsichtbare spielt bei dieser Entscheidung keine Rolle, denn – um es zu wiederholen, weil es so wichtig ist – System 1 interessiert sich nur für das Sichtbare.

Die Psychologie leitet daraus die allgemeine Erkenntnis ab, dass der Mensch sich auch auf unzureichender Informationsgrundlage Überzeugungen bildet, sobald System 1 eine Standardentscheidung parat hat. Oder anders gesagt: Der Mensch bildet sich zu schnell eine Meinung. Das ist übrigens der tiefe Grund dafür, warum Menschen ständig Urteile fällen über Dinge, von denen sie keine Ahnung haben. Dazu erinnere ich erneut an den Fall Kachelmann, der weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit verhandelt wurde. Es gab so gut wie keine Informationen insbesondere zum Aussageverhalten der Anzeigerstatterin. Trotzdem hatte jeder eine Meinung dazu, ob er schuldig oder unschuldig ist. |<sup>64</sup> Dasselbe Prinzip wirkt übrigens Woche für Woche bei der Frage, ob der Trainer seiner Lieblingsmannschaft die richtige Aufstellung gewählt hat.

## (2) Der Halo-Effekt

Die Entdeckung eines Modells durch System 1 bewirkt überdies eine Weichenstellung. Sie beeinflusst die Bewertung der nachfolgend eingehenden Daten. Die erste Einordnung in ein gespeichertes Modell sorgt dafür, dass die Bewertung der nachfolgenden Informationen angepasst wird an die bereits gebildete Überzeugung. Die Psychologen nennen das Halo-Effekt. Er bewirkt, dass wir zusätzliche Informationen durch die Brille der bereits mitgeteilten aufnehmen. Anders gesagt, wir interpretieren die folgenden Informationen im Sinne einer Bestätigung unserer ersten Entscheidung. Das ist ebenfalls wissenschaftlich belegt, was sich erneut mit einem einfachen Beispielen lässt. Versuchsgruppen wurden danach gefragt, was sie von zwei Personen hielten, die wie folgt beschrieben wurden: |<sup>65</sup>

64 Einige Medien ließen ihre Leser sogar während des laufenden Prozesses über Schuld oder Unschuld abstimmen, was von der Justiz zu Recht scharf kritisiert wurde, siehe dazu <http://www.tagesschau.sf.tv/Nachrichten/Archiv/2011/05/31/Vermischtes/Kachelmann-Prozess-Richter-kritisiert-Medien-und-Oeffentlichkeit>

65 *Kahneman* (Fn. 25), S. 109.

*Laura: intelligent – fleißig – impulsiv – kritisch – eigensinnig – neidisch*

*Gudrun: neidisch – eigensinnig – kritisch – impulsiv – fleißig – intelligent*

Wenn Sie so sind wie die meisten Menschen, haben Sie von *Laura* eine bessere Meinung als von *Gudrun*, obwohl beiden in Summe dieselben Eigenschaften zugeschrieben werden. Die Reihenfolge der Mitteilung beeinflusste Ihr Bild. Daraus leiten Psychologen den allgemeinen Satz ab:

Wenn wir uns bei einer Bewertung in eine Richtung entschieden haben, färbt die erste Festlegung die nächste Information und so weiter. Wir bewerten die Folgeinformationen so, dass sie sich besser einfügen in die bereits gebildete Überzeugung.<sup>66</sup>

### (3) Der Einfluss der Mehrheit

Überaus irrational kann es auch werden, wenn uns eine Bewertung als allgemein akzeptierte Erkenntnis präsentiert wird. In derartigen Situationen tendieren wir dazu, uns unabhängig vom eigenen Urteilsvermögen der Mehrheit anzuschließen. Das kann zu geradezu bizarr anmutenden Ergebnissen führen. Auch das wurde experimentell belegt. So wurde z. B. Versuchsgruppen von jeweils neun Personen eine Leinwand präsentiert, auf die nacheinander 18 Aufgaben projiziert wurden. Die Versuchspersonen sollten sehr einfache Fragen zur Übereinstimmung einzelner Linien beantworten. Eine Beispielaufgabe sehen Sie an der Leinwand. Die Fragestellung ging dabei dahin, welche der Linien auf der linken Seite mit der auf der rechten Seite übereinstimmt.

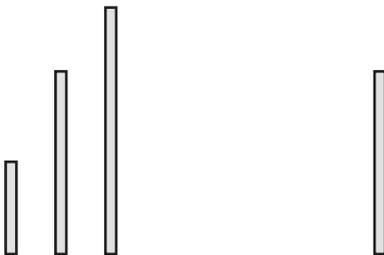


Abbildung 5: Fehlerquelle Mehrheitsinflüsse

Acht der neun Probanden wurden jeweils instruiert, bei sechs der 18 Aufgaben gleichlautend eine falsche Antwort zu geben, die der neunte Proband vor seiner eigenen Antwort erfuhr. Ergebnis war, dass sich sage und schreibe 76 % der nicht eingeweihten Probanden von der Mehrheitsmeinung dahin bringen

<sup>66</sup> Kahneman (Fn. 25), S. 108 ff.

ließen, zumindest eine der ganz offensichtlich falschen Antworten mitzutragen. |<sup>67</sup> Sie werden das vielleicht nicht glauben, aber es ist wahr.

#### (4) Instinkte

Maßgeblichen Einfluss nehmen schließlich unsere Instinkte auf unsere Überzeugungsbildung. Zusammen mit unserer übertriebenen Entscheidungsfreude, unserem Hang, plausible Geschichten zu glauben und unserer Affinität zur Mehrheit ist das nicht nur der Nährboden, den Betrüger und Heiratschwindler nutzen. Es ist zugleich die Basis, auf der ganze Weltanschauungen und Religionen gedeihen. In diesen Fällen erbringt unser Hirn Höchstleistungen als im wahrsten Sinne des Wortes Sinn stiftendes Organ. Es fügt Informationen hinzu, die gar nicht zum Input gehören, um den aufgenommenen Informationen einen Sinn zu geben oder die Geschichte bei Inkonsistenzen wieder kohärent zu machen. |<sup>68</sup>

Das Muster erklärt nicht nur, warum Anlagebetrüger und Heiratschwindler immer wieder Erfolg haben. Es erklärt auch das Geschehen an den Finanzmärkten, deren Akteure die Welt schon mehr als einmal an den Rand des Abgrundes gebracht haben, weil sie ehrlichen Herzens an die Sicherheit von Finanzprodukten glaubten, nur weil das plausibel war, es ihre Gier bediente und alle anderen auch daran glaubten. |<sup>69</sup> Es erklärt, warum an den zum überwiegenden Teil – bei rationaler Betrachtung – doch sehr unwahrscheinlichen Aussagen der Religionen Milliarden von Menschen glauben. Ohne den Respekt vor dem Glauben Einzelner in Frage stellen zu wollen, dürfte es eine unbestreitbare Aussage sein, dass wir schlicht nicht wissen können, ob es einen Gott gibt oder nicht. Es gibt daneben eine Vielzahl wissenschaftlicher Erkenntnisse, die es extrem unwahrscheinlich machen, dass ein Gott vor 5000 Jahren die Erde in sieben Tagen schuf und der Mensch sein Ebenbild ist. Gleichwohl glauben einer Umfrage zufolge noch heute immerhin 70 % der republikanischen Wähler in Georgia, USA, daran, dass die biblische Schöpfungsgeschichte zutreffend die Entstehung der Welt und des Menschen beschreibt. |<sup>70</sup> Diese Menschen mag man belächeln. Aber sie sind genauso überzeugt wie die, die sich in Flugzeugen in Wolkenkratzer stürzen, weil sie ehrlichen Herzens glauben, dass im Jenseits Jungfrauen auf sie warten. Sie blenden aus, dass die Wissenschaft der Erde ein weit höheres Alter attestiert und denken nicht darüber nach, wo die vielen bemitleidenswerten Jungfrauen eigentlich herkommen sollen. All diese Menschen funktionieren nicht anders als wir. Ihre Überzeugungsbildung folgt dem gleichen

67 *Kevin Dutton*, *Der Gehirnlüsterer*, 5. Aufl. (2011), S. 114.

68 *Kahneman* (Fn. 25), S. 100, 247 ff; vgl. auch *Nassim Nicholas Taleb* (Fn. 10), S. 87 ff.

69 [http://de.wikipedia.org/wiki/Finanzkrise\\_ab\\_2007#Verbriefung\\_von\\_US-Hypothekenkrediten](http://de.wikipedia.org/wiki/Finanzkrise_ab_2007#Verbriefung_von_US-Hypothekenkrediten).

70 [http://www.huffingtonpost.com/2013/08/08/georgia-republicans-creationism\\_n\\_3726445.html](http://www.huffingtonpost.com/2013/08/08/georgia-republicans-creationism_n_3726445.html).

Muster wie bei uns: Sie vertrauen auf eine plausible Geschichte, die aus einer als vertrauenswürdig eingeschätzten Quelle, der Bibel oder dem Koran, stammt. Milliarden andere glauben sie auch und sie ist voller Verheißungen. Unser Gehirn formt unter diesen Bedingungen aus wenigen Informationen Geschichten, von deren Richtigkeit wir felsenfest überzeugt sind.

### *c. Überzeugungsbildung im Gerichtssaal*

Ich muss Sie vermutlich gar nicht mehr fragen, ob es diese Einflussfaktoren auf die Überzeugungsbildung nach Ihrer Erfahrung auch im Gerichtssaal gibt. Wer schon einmal versucht hat, eine bereits überzeugte Kammer »umzudrehen«, der weiß: Das Muster ist unübersehbar identisch. Es ist nicht wegzudenkender Bestandteil unseres Alltags.

Es verblüfft mich immer wieder, wie sich Kriminalbeamte aus diffusen Telefonaten Geschichten zusammenreimen, die den Handel mit Betäubungsmitteln belegen sollen, schlicht weil sie nach Bestätigung ihrer Arbeitshypothese suchen. Oder denken Sie an weinende Anzeige-erstatte(r)innen oder bemitleidenswerte Kinder, die als Zeugen zunächst bei der Polizei und dann vor Gericht erscheinen. Ihre Erzählungen vereinen alle Eigenschaften, die eine Geschichte haben muss, um bevorzugt geglaubt zu werden. Polizisten und Richter sehen eine weinende Frau oder bemitleidenswerte Kinder. Sie erzählen widerspruchsfreie Geschichten, die mühelos die Eingangskontrolle von System 1 passieren. Vordergründig geben die Zeugen nicht den geringsten Anlass, an ihren Worten zu zweifeln. Sie sind zwar fremd und es ist nichts über sie bekannt. Sie könnten notorische Lügner sein, geheim gehaltene oder unverständliche Motive für eine Falschbelastung haben oder schlicht an etwas glauben, was gar nicht geschehen ist. Polizisten und Richter orientieren sich aber nur an dem, was sie sehen, solange es sich in ihre modellierte Vorstellungswelt einfügt. Es ist die Plausibilität der Geschichte, die Vertrauen schafft, ganz gleich, wer die Geschichte erzählt.

Auf diesem Nährboden bilden sich erste Überzeugungen. Sie beeinflussen die Bewertung nachfolgender Ermittlungsergebnisse, insbesondere der Version des womöglich zu Unrecht einer Straftat bezichtigten Beschuldigten, und sei es, dass ihm nicht geglaubt wird, jedenfalls nicht im vorgeworfenen Maße schuldig zu sein. Niemand sucht nach der Bestätigung seiner Version. Gesucht wird der Widerspruch in seinen Bekundungen, weil das die bereits vorhandene Annahme bestätigt. Polizisten glauben den Angaben der den Tatvorwurf bestätigenden Zeugen, weil es sie auch selbst bestätigt. Staatsanwälte sehen keinen Anlass, die Ermittlungen der Polizei in Frage zu stellen und Gerichte halten Staatsanwaltschaften für ebenso zuverlässig arbeitende wie vertrauenswürdige

Quellen.<sup>|71</sup> Richter vertrauen sich auch untereinander und auf die sorgfältige Arbeit des Berichterstatters.<sup>|72</sup> Allerspätstens der Eröffnungsbeschluss stellt dann die Weiche im Sinne des *Inertia-Effekts*,<sup>|73</sup> wonach neue Informationen nichts mehr ändern, wenn sie nur wie auch immer mit der Anklage in Übereinstimmung gebracht werden können.<sup>|74</sup>

Bis zur Aussage der Zeugen in der Hauptverhandlung hat sich längst eine Mehrheit der mit der Sache Befassten eine Überzeugung gebildet. Die Schuld des Angeklagten ist zur »herrschenden Meinung« geworden – ein Umstand, der in der Rechtswissenschaft schon im Studium Einfluss nimmt auf die Überzeugungsbildung. Interne Konflikte der Entscheidungsträger sind nur selten zu befürchten. Wenn Angeklagte mich fragen, ob es möglich sei, dass »die da oben« sich seinetwegen womöglich auch mal streiten würden, habe ich das noch nie guten Gewissens zu bejahen vermocht. Welcher Beisitzer riskiert schon einen Konflikt mit der ihn beurteilenden Vorsitzenden. Dienstliche Hierarchien, das tägliche Miteinander, kollegiale Beziehungen, mitunter freundschaftliche Verbundenheit und das Selbstverständnis als »Team« fördern den Konsens, nicht den Konflikt. Solange sich keine massiven Anhaltspunkte für Zweifel aufdrängen, lautet die Standardentscheidung von System 1, sich der Mehrheit anzuschließen. Sogar bei der Auswahl der Pflichtverteidiger wird darauf geachtet, möglichst keinen beizuordnen, der den Prozess allzu kritisch begleitet.

Um eine einmal gewonnene Überzeugung nicht zu gefährden und die Integrität ihrer Kollegen nicht in Zweifel ziehen zu müssen, glauben Richter sogar Geschichten, die gar nicht wahr sein können. Oder was geht ihnen durch den Kopf, wenn sich Vernehmungsbeamte und Ermittlungsrichter angeblich perfekt und detailreich an den Inhalt von Jahre zurückliegenden Zeugenaussagen erinnern, während sie nichts dazu berichten können, wie der Zeuge aussah, welche Kleidung er trug, wer das Protokoll führte, in welchem Raum die Vernehmung stattfand oder was sie vor bzw. nach der Vernehmung gemacht haben? Es kommt eben immer darauf an, was gerade gebraucht wird, um die bereits gebildete Meinung zu bestätigen. Wer schon einmal einen von der Verteidigung zur Entlastung benannten Richter im Zeugenstand erlebt hat, der sich – durchaus nachvollziehbar – nicht einmal rudimentär an das erinnern konnte, was eine von ihm vernommene Person ausgesagt hatte, der weiß, was ich meine.

71 Vgl. dazu auch *Fischer StV* 2014, 47, 51.

72 *Fischer NStZ* 2013, 425.

73 *Pitz/Downing/Reinhold*, Sequential Effects in the Revision of Subjective Probabilities, in: *Canadian Journal of Psychology*, Vol. 21(5), 1967, 381.

74 Vgl. zum Ganzen auch *Eschelbach HRRS* 2008, 190.

Unerschütterlich ist schließlich das richterliche Vertrauen in die eigene Unvoreingenommenheit bzw. die der Kollegen. Neulich saß ich mit einem Mandanten nach der Aufhebung eines Urteils durch den BGH einer Schwurgerichtsbesetzung gegenüber, in der einer der Richter bereits am aufgehobenen Urteil mitgewirkt hatte.<sup>75</sup> Mein Mandant war fassungslos und sich sicher, dass dieser Richter voreingenommen sei. Aus höchstrichterlicher Sicht war das jedoch keine »verständige Würdigung des Sachverhalts«. <sup>76</sup> Für den BGH ist die erneute Befassung desselben Richters bekanntlich kein Ablehnungsgrund <sup>77</sup> und im Regelfall auch kein Grund für eine Besetzungsrüge. <sup>78</sup> Spätestens diese Rechtsprechung liefert den unwiderlegbaren Beweis, dass Richter ihren Kollegen nicht einmal dann misstrauen, wenn das jedem gesunden Menschenverstand widerspricht.

Wenn der Beschuldigte seine Unschuld oder seine hinter dem Vorwurf zurückbleibende Schuld nicht beweisen kann, sieht er sich außerdem mit dem Problem konfrontiert, dass eine plausible Geschichte den Beschützerinstinkt in gleicher Weise wecken kann wie das Bedürfnis nach Bestrafung des vermeintlichen Täters. Und die alle Beteiligten instinktiv – die Verteidiger nehme ich da keinesfalls aus – oftmals abstoßende Aussicht, die Zeugen anhören und befragen zu müssen, erweist sich – bisweilen gepaart mit Faulheit – als zusätzliches Hindernis, die bereits gebildete Überzeugung in Frage zu stellen. Erneut gilt: Das Unsichtbare findet keine Berücksichtigung, auch wenn es denkbar bleibt. Denn System 1 urteilt ohne das Unsichtbare, ganz gleich ob es denkbar bleibt oder nicht. Im Urteil lesen wir dann Standardsätze, die sich tief eingegraben haben im System 1 unserer Richter, wie z.B.:

»Die Kammer konnte kein Falschbelastungsmotiv des/der Zeugen/in erkennen.«

Im Revisionsverfahren – darauf komme ich gleich noch einmal zurück – ist die Überzeugungsbildung des Tatrichters ohnehin nur begrenzt einer Überprüfung zugänglich. Und in einem Wiederaufnahmeverfahren kommt die Autorität eines rechtskräftigen Urteils hinzu. Es determiniert die Überzeugung eines Richters mindestens so sehr wie die Bibel den Papst oder der Koran den Selbstmordattentäter. Er will gar nichts anderes mehr glauben, als das, was der Kollege schon rechtskräftig festgestellt hat. Der Psychologe nennt das »Perseveranzeffekt«. <sup>79</sup> Der wirkt auch dann, wenn der Justiz auf dem

75 LG Görlitz, 14 Ks 200 Js 13725/11.

76 Zum Maßstab für eine Ablehnung vgl. nur BGHR StGB § 24 II Vorsitzender 8.

77 BGH NStZ 1981, 298.

78 BGH 5 StR 416/12 v. 28.11.2012.

79 Dazu Lay, Urteils- und Gedächtnisverzerrungen bei der Bewertung von Umweltschadensfällen, Diss. Freiburg (2001), S. 38 ff.

Weg zur Rechtskraft unübersehbare Fehler unterlaufen sind. Der uns hier beehrende Richter am Bundesgerichtshof *Ralf Eschelbach* hat Recht, wenn er unter Berufung auf die Journalistin *Barbara Rückert* sagt, dass

»die generell wiederaufnahmefeindliche Justiz nach Eintritt der Rechtskraft ‚kratzt und beißt‘, wenn ihr – zu Recht – grobe Fehler vorgeworfen werden«. |<sup>80</sup>

Diese Automatismen ignorieren beharrlich, dass es ein ganz erhebliches Risiko gibt, dass die gewonnene Überzeugung falsch sein könnte, weil etwas Entscheidendes übersehen oder gar ausgeblendet wird. Und das gilt nicht nur in Aussage-gegen-Aussage Situationen. Es gilt stets, wenn eine objektiv dünne Beweislage Grundlage der Überzeugungsbildung ist. Das Muster wirkt in sämtlichen Fällen, in denen der Tatrichter im besonderen Maße auf die Zuverlässigkeit und Aussagekraft weniger Indizien oder einzelner Zeugen angewiesen ist. Das Unsichtbare – aber Denkbare – wird ignoriert, auch wenn nur *eine* zusätzliche Information genügen würde, um das gesamte Bild zu sprengen. Der BGH gibt das sogar ausdrücklich vor. Allzu fantasievolle und sich auf die Suche nach dem Unsichtbaren begebende Tatrichter weist er immer mal wieder zurecht, indem er formuliert: |<sup>81</sup>

»Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass der Tatrichter weder mit Blick auf den Zweifelssatz noch sonst gehalten ist, zu Gunsten des Angeklagten von Sachverhaltsvarianten auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat.«

Dabei kann sich das Risiko der Ignoranz unsichtbarer Details fatal auswirken. Jörg Kachelmann brachte eine kohärente Geschichte aus vermeintlich vertrauenswürdiger Quelle nicht nur in Untersuchungshaft. |<sup>82</sup> Sie beschädigte seinen Ruf für immer. Exemplarisch ist weiterhin auf den tragischen Fall des Lehrers Horst Arnold hinzuweisen. Er hatte angeblich seine Kollegin Heidi K. in der großen Pause im Biologie-Vorbereitungsraum vergewaltigt. Er war zu fünf Jahren Gefängnis verurteilt worden. Die ihn verurteilende Kammer sah nicht, dass es sich bei Heidi K. um eine notorische Lügnerin handelte. Die vom BGH insoweit – siehe oben |<sup>83</sup> – verlangten »konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte« waren unsichtbar für das Landgericht Darmstadt. Das

80 Vgl. zum Ganzen auch *Eschelbach* HRRS 2008, 190, 198.

81 Vgl. erneut BGH, Beschl. vom 1.8.2013 – 4 StR 189/13 = HRRS 2013 Nr.773, sowie BGH, Urt. v. 13.12.2012 – 4 StR 33/12 (wistra 2013, 195, 196 = HRRS 2013 Nr. 213) und 21.12.2008 – 1 StR 292/08 (NStZ-RR 2009, 90, 91 =HRRS 2008 Nr. 1095) und Beschl. v. 23.10.2008 – 1 StR 526/08 = HRRS 2009 Nr. 73.

82 Vgl. dazu auch den Artikel von *Barbara Rückert* in »Die ZEIT« vom 24.02.2011.

besiegelte das Schicksal von Horst Arnold. Das Beispiel sollte uns alle daran zweifeln lassen, die subjektive Überzeugung des Tatrichters und die Ignoranz des Unsichtbaren zum Maß aller Dinge zu machen.

#### *d. Überzeugungsbildung im Revisionsverfahren*

Ich werde am Ende meiner Ausführungen noch einmal darauf zurückkommen, wie der Gesetzgeber und die Rechtsprechung diesem Problem begegnen müssten. Zuvor möchte ich noch darauf eingehen, dass die Ignoranz des Unsichtbaren im Revisionsverfahren sogar zum Prinzip wird.<sup>84</sup>

Im Revisionsverfahren besteht die Aufgabe des Gerichts bekanntlich darin, die Richtigkeit des tatrichterlichen Urteils zu überprüfen. Das gelingt nicht immer, wie wir alle wissen. Exemplarisch ist erneut auf das Beispiel Horst Arnold hinzuweisen. Mit donnernden Worten wurde er im Wiederaufnahmeverfahren vom Landgericht Kassel freigesprochen.<sup>85</sup> Der dortige Richter sparte nicht mit Kritik an dem Darmstädter Gericht, das ihn verurteilt hatte. Es habe gegen »elementare Grundregeln der Wahrheitsfindung verstoßen«.<sup>86</sup> Die Revision gegen dieses Urteil war vom BGH gleichwohl als »offensichtlich unbegründet« zurückgewiesen worden.<sup>87</sup> Horst Arnold hatte beim BGH keine Chance.

Auch ohne Einblick in die Verfahrensakten gehabt zu haben, wage ich die Aussage, dass das auch daran lag, dass der BGH den tatrichterlichen Überzeugungsbildungsprozess prinzipiell nur auf dessen Plausibilität überprüft. Eine inhaltliche Auseinandersetzung findet nicht statt. Das liegt auch und gerade an einer kohärenten Geschichte, an die der BGH glaubt, obwohl sie nicht wahr ist. Sie hat ebenfalls alle Eigenschaften, die eine Geschichte braucht, um bevorzugt geglaubt zu werden – zumal sie aus der vertrauenswürdigsten Quelle stammt, die der BGH kennt. Der BGH ist es selbst, der sich diese Geschichte erzählt. Es ist die Geschichte vom »Rekonstruktionsverbot« im Revisionsverfahren.<sup>88</sup>

84 Das gilt ausdrücklich nicht für die Rechtsprechung zu § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, z. B. BGH StV 2006, 237 = HRRS 2006 Nr. 280. Danach muss eine Revision auch über Nichtereignisse berichten, wenn sie in Betracht kommen, um der Revision den Boden zu entziehen. Das ist ein Grund dafür, dass so viele Verfahrensrügen scheitern.

85 LG Kassel, Urt. v. 05.07.2011 – 1620 Js 16973/08 1 KLs.

86 <http://m.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/urteil-im-fall-horst-arnold-eine-erlogene-vergewaltigung-12572251.html>.

87 BGH, Beschluss vom 13.12.2002 – 2 StR 444/02.

88 Vgl. *Wilhelm* ZStW 2005,[117], S. 143 ff. und StV 2012, S. 74.

Das »Rekonstruktionsverbot« hat zum Inhalt, dass es im Revisionsverfahren nicht möglich sein soll, Beweiserhebungen aus der Tatsacheninstanz daraufhin zu überprüfen, ob sie den Feststellungen des Tatrichters entsprachen oder nicht. Dogmatisch handelt es sich um ein Beweiserhebungsverbot. Begründet wird das Dogma damit, das Revisionsverfahren enthalte keine Regeln für eine derartige Beweisaufnahme. Eine Rekonstruktion z. B. der Aussage eines Zeugen würde deshalb gegen die »Ordnung des Revisionsverfahrens« verstoßen.<sup>89</sup> Das bewirkt, dass nicht im Urteil sichtbare Fehler des Tatrichters für das Revisionsgericht unsichtbar bleiben. Es macht die Ignoranz des Unsichtbaren – die Hauptfehlerquelle schlechthin auf dem Weg zur Überzeugungsbildung – zum vorgegebenen Bestandteil des Revisionsverfahrens. Daneben macht es die Hauptverhandlung im Ergebnis bedeutungslos. Denn entscheidend ist danach nicht mehr, was in der Hauptverhandlung geschehen ist. Entscheidend ist, was der Tatrichter darüber aufgeschrieben hat. Man ist versucht, frei nach *Hans Kelsen* zu sagen:<sup>90</sup>

Denn der Rechtssatz lautet nicht: Wenn der Tatrichter gegen § 261 StPO verstoßen hat, ist das Urteil aufzuheben, sondern: Wenn der Tatrichter sein Urteil nicht »revisionssicher« schreibt, hebt das Revisionsgericht das Urteil auf.<sup>91</sup>

Dabei erfüllt die Geschichte vom »Rekonstruktionsverbot« sämtliche Voraussetzungen, um die Eingangskontrolle von System 1 eines Strafrechtlers mühelos zu passieren. Das macht sie so gefährlich. In der Tat sollte das Revisionsverfahren keine Tatsacheninstanz sein. Es gibt keine Vorschriften für die Beweisaufnahme, die den Regeln für die tatrichterliche Hauptverhandlung entsprechen. Überdies stammt die Geschichte aus einer übermächtigen Quelle. Der BGH verfügt über so große Autorität, dass das »Rekonstruktionsverbot« nur selten in Frage gestellt wird. So wurde seine Akzeptanz zur herrschenden und beinahe unangefochtenen Mehrheitsmeinung.<sup>92</sup> Nicht einmal in den von ausgewiesenen Strafverteidigern verfassten Standardwerken zur Revision, gemeint sind die Werke von *Dahs*,<sup>93</sup> *Hamm*<sup>94</sup> und *Schlothauer/Weider*<sup>95</sup>, wird das »Rekonstruktionsverbot« in Frage gestellt. Die Verwendung

89 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur BGH NStZ 1992, 506, 507; 1997, 296; 2008, 55

90 Siehe oben, Fn. 4.

91 In diesem Sinne auch *Ventzke* HRRS 2010, 461.

92 Vgl. nur *Schluckebier*, in: SSW-StPO (2013), § 261, Rn. 62 ff.; *Ott*, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. (2013), § 261, Rn. 78 ff.; *Sander*, in: Leipziger Kommentar zur StPO, 12. Aufl. (2010), § 261, Rn. 173 ff.

93 *Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 8. Aufl. (2012), S. 187 ff.

94 *Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. (2000), S. 519

95 *Schlothauer/Weider*, Verteidigung im Revisionsverfahren, 2. Aufl. (2013), Rn. 2503; vgl. aber auch *Schlothauer* StV 1992, 134, 135.

der Begriffe »Ordnung« und »Verbot« sprechen unsere deutschen Urinstinkte offenbar in einem Maße an, das Kritik erst gar nicht aufkommen lässt.

Eine unvoreingenommene Suche nach dem Unsichtbaren in der Argumentation des BGH führt freilich zu dem Ergebnis, dass es ein »Rekonstruktionsverbot« im Revisionsverfahren gar nicht gibt. Ein einfacher Blick ins Gesetz zeigt, dass die StPO kein Beweiserhebungsverbot im Revisionsverfahren regelt.<sup>96</sup> Richtig ist zwar, dass der historische Gesetzgeber umfangreiche Beweiserhebungen in der Revisionsinstanz nicht geplant hatte. Tatsache ist aber auch, dass er nicht die Absicht hatte, Urteile vor der Aufhebung zu bewahren und Menschen ins Gefängnis zu schicken, nur weil die Gesetzesverstöße bei der Urteilsfindung mit den vom BGH so genannten »Mitteln des Revisionsrechts« nicht sichtbar gemacht werden können. Kein Mensch hat jemals ernsthaft behauptet, dass es der Gesetzgeber in Kauf nehmen wollte, dass unschuldige Menschen ins Gefängnis wandern, weil der Tatrichter die Angaben eines Sachverständigen oder eines Zeugen im Urteil falsch wiedergegeben hat.

Die Wahrheit ist, dass der Gesetzgeber sich schlicht geirrt hat, als er die »Ordnung des Revisionsverfahrens« schuf. Er hat nicht damit gerechnet, dass es Gesetzesverstöße geben kann, die ohne Beweisaufnahme im Revisionsverfahren unsichtbar bleiben. Die gibt es aber sehr wohl.<sup>97</sup> Und dieser Irrtum ist die unsichtbare Kleinigkeit, die der BGH beharrlich ignoriert, wenn er das »Rekonstruktionsverbot« verteidigt. Die Wahrnehmung dieses kleinen Details ändert alles. Dieser Irrtum des Gesetzgebers ist das Tausendstel, das *Edward Lorenz* bei der Wiederholung seines meteorologischen Experiments vernachlässigte.<sup>98</sup>

Den Beweis dafür liefert der *BGH* selbst. Denn er hält sich nicht konsequent an das von ihm erfundene »Rekonstruktionsverbot«. Wenn es darum geht, Revisionsverfahren »effizienter« zu machen, fühlt sich der BGH schon lange nicht mehr an die angeblich vom Gesetzgeber zwingend vorgegebene »Ordnung des Revisionsverfahrens« gebunden. Das beweist das Protokollberichtigungsverfahren. Es erledigt die Beweiskraft des Protokolls, bei dem sich der Gesetzgeber auch nicht vorstellen konnte, dass es fehlerhaft abgefasst werden könnte. Deshalb verlieh er dem Protokoll absolute Beweiskraft. Der BGH hat inzwischen eingesehen, dass es keine tragfähige Grundlage gibt, der irrumsbedingten Vorstellung des Gesetzgebers vom Dogma der Unwiderlegbarkeit des Protokolls nibelungentreu zu folgen. Also hat er das von der ge-

96 *Ott* (Fn. 92), Rn. 90, hält es für ein »*ungeschriebenes Verbot*«.

97 *Frisch* FS Eser, 2005, S. 257, 277 f.

98 Ausführlich dazu *Wilhelm* ZStW 2005, [117], S. 143 ff.

setzlichen »Ordnung des Revisionsverfahrens« ebenfalls nicht vorgesehene Protokollberichtigungsverfahren eingeführt. Dort wird geprüft, ob ein nicht protokollierter Vorgang nicht doch stattgefunden hat.<sup>99</sup> Das ist nichts anderes als eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung.<sup>100</sup>

In Ermangelung eines gesetzlichen Beweiserhebungsverbotes gibt es weder Staatsanwaltschaften noch Gerichte, die die Richter des BGH wegen Rechtsbeugung verfolgen, weil sie mit dem Protokollberichtigungsverfahren gegen eine strafprozessuale Regel verstoßen. Das hat den 5. Senat zuletzt ermutigt, selbst einen Sachbeweis zu erheben. Er hat ein Sachverständigengutachten zu einer DNA-Spur eingeholt. Es wird Sie nicht wundern, dass es nicht darum ging, der Revision eines Angeklagten zum Erfolg zu verhelfen. Es ging um den Nachweis, einem vom Tatrichter abgelehnten Beweisantrag eines Verteidigers den Stempel einer wider besseres Wissen und somit rechtsmissbräuchlich aufgestellten Beweisbehauptung aufzudrücken. Die Beweiserhebung führte zu dem vom BGH antizipierten Ergebnis und ermöglichte die Zurückweisung der Revision.<sup>101</sup> Der Vorsitzende des 5. Senats, *Clemens Basdorf*, hat im Anschluss an diese Entscheidung in der NSTZ die Frage aufgeworfen: »Was darf das Revisionsgericht?«<sup>102</sup> Er meinte damit die Befugnisse des BGH, Beweise zu erheben.<sup>103</sup> Meine Antwort darauf ist ganz kurz: Das Revisionsgericht darf *alles*, weil es kein Gesetz und kein Gericht gibt, die ihm irgendetwas verbieten. Es geht gar nicht darum, was das Revisionsgericht *darf*. Es geht darum, was es tun *muss*, um der materiellen Gerechtigkeit zum Sieg zu verhelfen.

Dazu gehört ganz sicher, dass sich der BGH von dem selbst auferlegten und inzwischen willkürlich angewandten »Rekonstruktionsverbot« befreit.<sup>104</sup> Denn es führt dazu, dass auch und gerade im Revisionsverfahren die Mechanismen wirken, die am ehesten geeignet sind, fehlerhafte Überzeugungen zu begründen. Die Ignoranz des im Urteil nicht Sichtbaren bewirkt, dass die Überzeugungsbildung des Revisionsrichters allein von der Plausibilität der ihm präsentierten Geschichte abhängt. Der frühere Vorsitzende des 2. Strafsenats, *Burkhard Jähnke*, vertrat dazu ausdrücklich die Auffassung, es ginge – soweit es § 261 StPO anbelangt – in der Revision nur um eine allein von System 1 des erfahrenen Revisionsrichters zu erledigende Plausibilitätskontrolle.

99 *BGH St* 51, 298.

100 Vgl. dazu auch *Alsberg*, *Ausgewählte Schriften*, 1992 (1913), S. 58/ 89 ff.

101 *BGH NSTZ* 2012, 526 = *HRRS* 2012 Nr. 516; Vgl. dazu auch *BGH Urteil* vom 10. Juli 2013 – 2 StR 47/13 = *HRRS* 2013 Nr. 757.

102 *Basdorf NSTZ* 2013, 186.

103 Kritisch dazu *Knauer NSTZ* 2012, 583.

104 So auch *Frisch FS Eser*, 2005, S. 273 ff., 277 ff.; *ders. FS Fezer*, 2008, 368 ff.

Danach läge ein Erörterungsmangel nur dann vor, wenn der kundige Leser ihn »auf den ersten Blick« erkenne. Benötige er einen zweiten Blick, könne von einem Rechtsfehler nicht die Rede sein.<sup>105</sup> Der GBA verweist in seinen Antragschriften immer wieder darauf.<sup>106</sup> Es gibt zwar – soweit ersichtlich – keine Entscheidung des BGH, die das explizit bestätigt. Plausibilität ist im Revisionsverfahren gleichwohl das Maß aller Dinge. Das zeigt sich spätestens daran, dass der BGH allzu vorsichtige Tatrichter gern maßregelt, wenn sie trotz Plausibilität der Urteilsgründe im Sinne einer Verurteilung wegen verbleibender Zweifel freisprechen. Dann kritisiert der BGH, trotz Plausibilität freigesprochen zu haben. Wir kennen ihn alle, den Satz:

»Die Erwägungen des Landgerichts ... lassen ... besorgen, dass es überspannte Anforderungen an die zu einer Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung gestellt hat.«<sup>107</sup>

Bei einer plausiblen Geschichte, die auf eine Täterschaft hindeutet, ist es für den Tatrichter danach schwerer, den BGH von verbleibenden Zweifeln zu überzeugen, als von der Täterschaft des Angeklagten. Wer weiß, hätte das LG Darmstadt Horst Arnold freigesprochen, der BGH hätte das Urteil womöglich aufgehoben.

### III. Konsequenzen

Die Psychologie lehrt uns, dass wir anfällig sind für vorschnelle Überzeugungen. Wir vertrauen Quellen, weil sie uns erzählen, was sich in unsere Vorstellungswelt einfügt. Bereits gebildete Überzeugungen färben neue Informationen und wir folgen Mehrheiten bisweilen nur, weil sich ihr so viele angeschlossen haben. Vor allem ignorieren wir das Unsichtbare, auch wenn es denkbar bleibt. Zahlreiche weitere irrationale Mechanismen wirken dabei in uns. Ich habe nur einige der aus meiner Sicht wichtigsten dargestellt. Die leider bereits ausgebuchte Arbeitsgruppe 7 des morgigen Tages wird gewiss noch tiefere Einblicke gewähren.

Es sollte sich eigentlich von selbst verstehen, dass diese Lehren Einfluss nehmen auf den Strafprozess, in dem Überzeugungsbildung über Schicksale entscheidet. Das ist aber nicht so. Die tragischen Fälle zu Unrecht verurteilter Menschen

105 *Jähnke*, in: Festschrift für Hanack, 1999, S. 355, 364.

106 Vgl. zum Beispiel die Antragschrift im Verfahren 5 StR 479/13.

107 BGH NStZ 2011, 648. Die Liste der Urteile, die der BGH wegen aus seiner Sicht übertriebener Zweifel des Tatrichters aufgehoben hat, ist lang; vgl. nur BGH, Urt. v. 6. 11.1998 – 2 StR 636/97, BGHR § 261 Beweiswürdigung 16 m.w.N.; BGH, Urt. v. 26.06. 2003 – 1 StR 269/02, NStZ 2004, 35, 36; BGH, Urt. vom 16.03.2004 – 5 StR 490/03; BGH Urt. v. 1.2.2007 – 4 StR 474/06; NStZ-RR 2009, 248 = HRRS 2007 Nr. 207; NStZ 2010, 292 = HRRS 2010 Nr. 48; BGH Urt. v. 12.08.2010 – 4 StR 147/10 = HRRS 2010 Nr. 714; BGH NStZ 2012, 205 = HRRS 2011 Nr. 1135.

lösen nicht die Grundsatzdiskussion aus, die erforderlich wäre. Es wäre die Diskussion über die Konsequenzen der menschlichen Unzulänglichkeiten, die einer zuverlässigen Überzeugungsbildung im Wege stehen. Sie könnte nur enden mit einer Neubestimmung der tatrichterlichen Gewissheit, die für eine Verurteilung erforderlich ist. Statt sich zu fragen, ob sie hinreichend überzeugt und Feststellungen möglich sind, müssten Richter sich fragen, ob sie ausschließen können, dass ihre Überzeugung falsch ist. |<sup>108</sup> Und wenn nur wenige hypothetische Veränderungen der Beweislage das gesamte Bild sprengen können, muss bereits dieser Umstand einer Verurteilung im Wege stehen. Denn keine Verbesserung der Sachverhaltsaufklärung oder andere Maßnahme wird jemals geeignet sein, die Probleme zu lösen, die sich aus unserem Menschsein ergeben. Es bleibt zu wünschen, dass von der sich diesem Thema widmenden Abschlussdiskussion am Sonntag ein Impuls für grundsätzliche Überlegungen ausgeht.

Mit Blick auf die uns in diesen Tagen besonders interessierende Hauptverhandlung lässt sich die Problematik auch wie folgt zusammenfassen: Unsere Hauptverhandlungen werden dominiert von im Ermittlungs- und Zwischenverfahren gebildeten Überzeugungen. Das Gericht setzt die Vorwürfe als zutreffend voraus und begibt sich auf die Suche nach Bestätigung. Neuere Entwicklungen wie der das Ermittlungsergebnis als zutreffend voraussetzende Deal und die überzogene Bedeutung des Geständnisses befördern das wie ein Brandbeschleuniger ein bereits unkontrollierbar gewordenes Feuer. Es geht nur noch um die Bestätigung dessen, was ohnehin geglaubt wird. Das ist nach dem, was uns die Psychologie lehrt, das Gegenteil von dem, was erforderlich wäre. In den Mittelpunkt gehört etwas ganz anders. In den Mittelpunkt gehört nicht die Suche nach Bestätigung, in den Mittelpunkt gehört der Zweifel. Er muss die Hauptverhandlung dominieren. Die Suche nach Widerspruch muss die Aufgabe sein, nicht die Suche nach Bestätigung. Danach sucht der Mensch ganz von allein. |<sup>109</sup>

Der Zweifel – nicht die Suche nach Bestätigung – ist das personifizierte System 2. Er ist die Mutter der Aufklärung und der Vater der besseren Erkenntnis. Ihm gebührt die ständige Präsenz in der Hauptverhandlung. Doch leider unternehmen der Gesetzgeber und die Gerichte nichts, um das zu befördern. Und das ist kein Zufall. Es entspricht einem tief verankerten Verhaltensmuster. Der Zweifel war noch nie beliebt bei denen, die Macht und Herrschaft auf sich vereinen. Für sie bedeutet Zweifeln seit jeher drohende Veränderung – und damit Gefahr. Auch unsere Gerichte mögen ihn nicht. |<sup>110</sup> Sie zweifeln deshalb viel zu selten, am wenigsten an sich selbst.

108 Vgl. dazu aber BGH NStZ 2013, 420 = HRRS 2013 Nr. 431.

109 *Kahneman* (Fn. 25), S. 106, 144.

110 Vgl. Fn. 106.

Schon der große Goethe erkannte das Problem. Er widmete dem Zweifel deshalb ein kleines Gedicht. Es beschreibt in bildhaften Worten, was die Herrschenden und Machthaber von ihm halten. Mit diesem Gedicht werde ich jetzt dem Zweifel, dem besten Freund des Strafverteidigers, huldigen und damit meinen Vortrag beenden. Ich bedanke mich schon jetzt für die Lebenszeit, die sie mir geopfert haben.

Der Vers ist im zweiten Teil des *Faust* zu finden. Dort kommt es zu Beginn – ich setze den Inhalt angesichts der Vielzahl junger Kolleginnen und Kollegen im Saal vorsorglich nicht als bekannt voraus – zu einer Szene am Hofe des Kaisers. Anwesend sind der provozierend auftretende Mephisto, der Kaiser, Faust, ein paar Hofschranzen und vor allem der Kanzler des Kaisers. Der Kanzler ist – wie sollte es anders sein – der Bewahrer des Bestehenden. Seine Aufgabe ist es, revolutionäres Gedankengut im Ansatz zu erkennen und im Keim zu ersticken. Wie Sie sich vorstellen können, hasst er nichts mehr als den Zweifel.

In der Szene geht es um die Lösung einer Krise. Mephisto schlägt diabolisch vor, »begabten Mannes Natur- und Geisteskraft« zu nutzen. Dazu muss man wissen, dass Natur und Geist in der damaligen Vorstellungswelt die Symbole von Sündhaftigkeit bzw. des Teufels waren. Natur stand für Fleischeslust, also für Sünde. Und Geist stand für den Teufel. Der Kanzler – in einer modernen Inszenierung könnte er eine rote Robe tragen – macht aus Sünde und Teufel die Eltern des Zweifels. Schlimmer geht es nicht. Doch es zeigt noch etwas anderes, was am Ende dann doch noch hoffen lässt. Es bringt die Angst vor unserem besten Freund zum Ausdruck und die ist nur allzu berechtigt. Er ist sehr widerstandsfähig und lässt sich nicht ausrotten. Es ist nur eine Frage der Zeit, bis er sich durchsetzt. Bei unserem Dichterkönig liest sich das so:

»Natur und Geist, so spricht man nicht zu Christen,  
deshalb verbrennt man Atheisten,  
weil solche Reden höchst gefährlich sind.  
Natur ist Sünde, Geist ist Teufel,  
sie hegen zwischen sich den Zweifel,  
ihr missgestaltet Zwitterkind.«<sup>111</sup>

111 *Goethe, Faust. Der Tragödie zweiter Teil in fünf Akten* (1832), Erster Akt, Teil 1, Kaiserliche Pfalz.



# Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im Strafverfahren

## A. Die Karriere eines Begriffs

*Ein Gespenst geht um in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in den Urteilsgründen von Strafsenaten des Bundesgerichtshofs, in einer besorgten bis entsetzten Strafprozessrechtsliteratur und mittlerweile sicherlich auch in vielen Hör- und Gerichtssälen: das »Gebot bestmöglicher Sachaufklärung«, zu dessen Einhaltung die höchsten Gerichte einander zunehmend ermuntern (...). Ist die Aufregung berechtigt, oder ist der Begriff so harmlos, wie er klingt? Verfolgt man seine kurze Karriere, so findet man Hinweise auf beide Deutungen.*

Nein, so beginnt dieser Text dann doch nicht. Genauer gesagt: So beginnt mein Text nicht. Das ist – jedenfalls in etwa – der Beginn eines der zentralen Aufsätze im strafprozessualen Œuvre von *Winfried Hassemer*.<sup>1</sup> Ich habe nur dort, wo Hassemer im Original über die »Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege« geschrieben hat, den Gegenstand dieses Beitrags – das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung – eingesetzt und den Originaltext im Übrigen im Wesentlichen unangetastet gelassen. Die hierdurch inhaltlich variierte Aussage dürfte auf Widerspruch stoßen. Der Topos Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, den *Hassemer* seinerzeit überzeugend kritisierte, hat sich, um es zurückhaltend auszudrücken, auch später und nicht nur auf Strafverteidigertagen keinen rundweg untadeligen Ruf zu erwerben vermocht.<sup>2</sup> Demgegenüber dürfte ein Gebot bestmöglicher Sachaufklärung prima facie auch in Verteidigerkreisen breite Zustimmung erheischen, solange und soweit, bekanntlich ebenfalls eine ursprünglich hessische Erfindung, nicht der

\* Referat für die AG 1 des 38. Strafverteidigertages in Dresden am 22.03.2014 (siehe dazu bereits die Dokumentation der Ergebnisse in StV 2014, 441). Das Manuskript ist eine erweiterte Fassung der Vorabveröffentlichung in GA 2014, 588-601. – *Verf.* ist Leiter der Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS) der Goethe-Universität und im zweiten Hauptamt Richter am Oberlandesgericht Frankfurt (*1. Strafsenat*).

1 *Hassemer* StV 1982, 275. Sein Verfasser verstarb, wie bekannt ist (*Lüderssen* StV 04/2014, S. II f.; *U. Neumann* JZ 2014, 241 f.; *Ewer/F. Herzog* NJW 2014, 366 f.), wenige Wochen vor dem diesjährigen Strafverteidigertag.

2 Zusf. zum Diskussionsstand *Lindemann*, in: *Kempf/Lüderssen/Volk*, Gemeinwohl im Wirtschaftsstrafrecht, 2013, S. 279 ff.; *Dallmeyer* HRRS 2009, 429 (433); *meine* ablehnende Position ist dargelegt in »Konfliktverteidigung« und Inquisitionsmaxime, 1998, S. 189-198. A.A. *Landau* NSZ 2007, 121; sein Standpunkt wird unten unter B.II.1.b.bb. analysiert.

Anspruch *brutalstmöglicher* Aufklärung mitschwingt. Dessen ungeachtet werde ich nachfolgend nicht nur die noch vergleichsweise kurze und trotzdem verwickelte Dogmengeschichte des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung nachzeichnen, sondern auch einige Ambivalenzen einer im strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Schrifttum bislang noch nicht ausführlicher gewürdigten Rechtsfigur ansprechen. Sie haben – im strengen Wortsinne – entscheidend mit *Hassemer* zu tun. Just in die Zeit seiner Karlsruher Dezernatshoheit über das Strafprozessrecht der Hauptverhandlung fällt der für die Praxis der Strafverteidigung in Revisionsachen entscheidende Karriereschritt des Gegenstandes.<sup>3</sup> Doch der Reihe nach.

## B. Inhalt und Reichweite eines Verfassungsgebots für das Strafrecht

Das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung ist heute auf der Grundlage der einschlägigen Leitentscheidungen des BVerfG in zwei ganz unterschiedlichen Zusammenhängen etabliert. Sie sind zunächst voneinander abzuschichten. Das ist schon deshalb notwendig, weil die den Strafverteidigertag 2014 beschäftigende Thematik des »Bedeutungsverlustes der Hauptverhandlung« einen Teil des Inhalts des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung allenfalls am Rande betrifft.

### I. Grundrechtsschutz durch Verfahren – das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung bei Prognoseentscheidungen

Der erste große Bereich, der zur inhaltlichen Abgrenzung zumindest erwähnt werden muss, sind die durch das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung (mit-) gesteuerten Prognoseentscheidungen im materiellen Straf- und Strafprozessrecht. Es geht hier um Grundrechtsschutz durch Verfahren. Insoweit sind wiederum drei rechtliche Kontexte zu unterscheiden:

#### 1. *Strafvollstreckung*

So existiert zunächst ein von der Karlsruher Rechtsprechung formuliertes Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im Bereich des Strafvollstreckungsrechts. Im Rahmen unbefristet wirkenden Freiheitsentzuges ist ihm für die Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts die Handlungsanweisung zu entnehmen, einen erfahrenen Sachverständigen zu Rate zu ziehen, der die richterlichen Prognoseentscheidungen durch ein hinreichend substantiiertes und zeitnahes Gutachten vorbereitet.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Unten B.II.2.a.

<sup>4</sup> BVerfGE 117, 71 (105) m. Anm. *Kinzig* JR 2007, 165; zusf. SK-StGB/*Schall*, Stand: 140. Lfg. 8/2013, § 57 Rn 37; NK-StGB/*Dünkel*, 4. Aufl. 2013, § 57 Rn 39; AnwK-StGB/*Trüg*, 2011, § 57 Rn 57.

## 2. Maßregeln der Besserung und Sicherung

Geht es um Prognosen im Maßregelrecht, bei denen geistige und seelische Anomalien in Frage stehen, besteht ebenfalls in der Regel von Verfassungs wegen die Pflicht, einen erfahrenen Sachverständigen hinzuzuziehen.<sup>5</sup> Übrigens findet sich schon in der ersten Leitentscheidung des BVerfG zu diesem Teil des Sanktionenrechts aus dem Jahr 1985 eine wichtige Erweiterung des Anwendungsbereiches des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung. Es ist grundsätzlich einschlägig in allen Verfahrensordnungen, die eine richterliche Aufklärungspflicht kennen – auch solchen, die nach den Grundsätzen des Freibeweises organisiert sind.<sup>6</sup> Unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung hat das u.a. bis in die jüngste Zeit hinein verwaltungsrechtliche<sup>7</sup> und selbst arbeitsgerichtliche<sup>8</sup> Entscheidungen inhaltlich beeinflusst. Sie haben ausdrücklich das im strafrechtlichen Zusammenhang geprägte Gebot bestmöglicher Sachaufklärung rezipiert und für ihre bereichsspezifischen Zwecke genutzt.

## 3. Anordnung der DNA-Identitätsfeststellung nach § 81g StPO

Der dritte große Block, das hat eine BVerfG-Kammer bereits vor weit mehr als einem Jahrzehnt ausgesprochen,<sup>9</sup> ist das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im Zusammenhang von Prognoseentscheidungen nach § 81g StPO bei der DNA-Identitätsfeststellung. Sie verlangen eine ins Einzelne gehende Würdigung der Persönlichkeit des Grundrechtsträgers, um nachvollziehbar darzutun, warum noch Grund zu der Annahme bestehen soll, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sein werden. Dazu kann es, gerade um dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung Genüge zu tun, angezeigt sein, den Inhalt des gegen den Verurteilten ergangenen Urteils und eventuell im Zuge des Strafverfahrens bekannt gewordene weitere Erkenntnisse hinsichtlich seiner Person in die prognostischen Erwägungen einzustellen.

5 BVerfGE 70, 297 (309) m. Anm. Müller-Dietz JR 1987, 45 = StV 1986, 160; i.d.S. auch das nachfolgende Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der Streichung der zehnjährigen Höchstgrenze bei einer erstmalig angeordneten Sicherungsverwahrung in BVerfGE 109, 133 (162) = StV 2004, 267 (Ls); zu weiteren Entwicklung zuseh. Höfler StV 2014, 168 f. Gesetzlicher Ausdruck des Gebotes ist u.a. § 463 IV StPO (vgl. KMR-StPO/Stöckel, Stand: 66. EL 5/2013, § 463 Rn 18; SK-StPO/Paeffgen, 4. Aufl. 2013, § 463 Rn 9b).

6 BVerfGE 70, 297 (309): »Auch in denjenigen Verfahren, die dem sog. Freibeweis unterliegen, gilt die richterliche Aufklärungspflicht [...]; sie wird auch als ‚Gebot bestmöglicher Sachaufklärung‘ verstanden.«

7 Vgl. – zur Unwirksamkeit einer Sperrerklärung für die audiovisuelle Vernehmung einer polizeilichen VP – VGH Kassel NJW 2014, 240 (241 Tz. 19); dazu umfassend Wohlers StV 2014, 563 (564 ff.).

8 BAG NZA 2012, 691 (693 Tz. 16): »Auch die auf Grund Freibeweises getroffenen Entscheidungen unterliegen dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung.«

9 BVerfG, 3. Kammer des 2. Senats, StV 2001, 378 (381); zuseh. Fluck NJW 2001, 2292 (2294).

#### *4. Zwischenfazit zu den hauptverhandlungsfremden Bedeutungskontexten des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung*

Für Prognoseentscheidungen im Straf- und Strafprozessrecht wirkt das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung generell – und weitestgehend unstrittig – als einzelfallbezogenes Korrektiv defizitärer fachgerichtlicher Aufklärungsbemühungen. Es ist damit Ausdruck des Grundrechtsschutzes durch Verfahren. Die verfassungsgerichtliche Begründung liegt in der freiheitssichernden Bedeutung von Art. 2 II 2 GG und Art. 104 I und II GG. Vor diesem Hintergrund rückt der Kern des Themas in den Blick: die Bedeutung des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung für das strafprozessuale Beweisrecht der Hauptverhandlung.

### II. Grundrechtsschutz im (Haupt-)Verfahren – das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung im strafprozessualen Beweisrecht

#### *1. Bedeutung für die strafprozessuale Gesetzgebung: Das Optimierungsgebot*

##### a) Schwache Formulierung (Phase von 1981-2013)

Auch beim Grundrechtsschutz im (Haupt-)Verfahren müssen wiederum<sup>10</sup> zwei große inhaltliche Komplexe unterschieden werden, hier allerdings längs der Begriffspaare abstrakt-generell und konkret-individuell. Zunächst geht es um den Bereich der Rechtspolitik. Er wird geprägt durch das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung in seiner Funktion für die Gesetzgebung zum Beweisrecht der §§ 243 bis 257c StPO. Hier wirkt es als ein bloßes Optimierungsgebot. Die Rechtsprechung des BVerfG hat es aus dem Prinzip eines fairen Verfahrens hergeleitet – und zwar in der historischen Entwicklung zunächst in einer abgeschwächten Formulierung. Das sollte der Stand der Dinge bis zum Jahr 2013 bleiben.

##### aa) Die Leitentscheidung BVerfGE 57, 250

Den Topos »Gebot bestmöglicher Sachaufklärung« findet man in der Karlsruher Rechtsprechung zum ersten Mal in der Leitentscheidung des 2. Senats des BVerfG aus dem Mai 1981<sup>11</sup> ausformuliert. Es ging um ein Staatsschutzverfahren, zeit- und umstandsbedingt in der Phase des Kalten Krieges. Ein Zeuge aus dem Umfeld des damals noch existierenden Ministeriums für Staatssicherheit der DDR befand sich in Obhut des bundesdeutschen Bundesnachrichtendienstes. Der Überläufer sollte nun vor dem BayObLG in

<sup>10</sup> Oben B.I.

<sup>11</sup> Beschl. v. 25.5.1981 – 2 BvR 215/81 = BVerfGE 57, 250 = StV 1981, 381 m. Anm. *Holtfort* DuR 1981, 198 und *Kotz* StV 1981, 591 (594). In der Anmerkung von *Kotz* findet sich auch die zwischenzeitliche Entwicklung eindrucksvoll dementierte Aussage, die Entscheidungsgründe zur Frage der Verwertung mittelbarer Beweismittel enthielten »keine neuen dogmatischen Erkenntnisse«. *Zusf. zum heutigen Stand SSW-StPO/Kudlich/Schuhr*, 2014, § 250 Rn 19.

der Hauptverhandlung vernommen werden. Der persönlichen Vernehmung wurde, was Tat- und Revisionsgericht<sup>12</sup> akzeptierten, § 251 II StPO a.F. in der Formulierung entgegengehalten, die noch bis zum StVÄG 1987 in Kraft bleiben sollte.<sup>13</sup> Der Zeuge sei, so die Fachgerichte weiter, bei dieser Gefährdungslage tatsächlich im Gesetzesinne unerreichbar. Somit dürfe das nichtrichterliche Vernehmungsprotokoll verlesen werden – mit allen misslichen Konsequenzen für Verteidigung und Konfrontationsrecht.<sup>14</sup> Der 2. Senat des BVerfG<sup>15</sup> hat in diesem Zusammenhang zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 251 II StPO a.F. ausgesprochen, dass diese Regelung vor dem Hintergrund der gerichtlichen Aufklärungspflicht interpretiert werden müsse. Nach § 244 II StPO ist das Gericht bekanntlich von Amts wegen verpflichtet, die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen- und Beweismittel zu erstrecken, soweit sie für die Entscheidung von Bedeutung sind. Daraus leitet der Senat lakonisch ab:

»Dieser Grundsatz schließt es ein, daß das Gericht sich um den bestmöglichen Beweis zu bemühen hat.«

Zwar sei das zentrale Anliegen des Strafprozesses die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne die das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden könne. Doch welche Anforderungen sich daraus im konkreten Einzelfall ergäben,

»kann nicht in zeitlos gültiger Weise beantwortet werden, sondern hängt nicht zuletzt von dem Typus und der Struktur des Strafprozesses ab, für den sich der Gesetzgeber entschieden hat« .<sup>16</sup>

Konsequenterweise wurde die Verfassungsbeschwerde verworfen.

## bb) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der 57. Band und die ihm folgende Rechtsprechung bis zum Jahre 2013 ein zeit- und kontextgebundenes, den StPO-Gesetzgeber nur schwach bindendes Optimierungsgebot kreierte hatten. Verfassungsrechtlich ist dieses Gebot keineswegs mit dem Inhalt gewährleistet, dass die Prozessordnung die Strafverfolgungsbehörden verpflichten würde, jedes erreichbare Beweismittel auszuschöpfen. Dem Gesetzgeber werden, ganz im Gegenteil, weite Einschätzungsprärogative zugestanden.

12 BGH NSTZ 1981, 270 m. Anm. *Fröhlich*.

13 Die hier anwendbare alte Fassung des § 251 II StPO v. 7.1.1975 lautete auszugsweise: »Ist ein Zeuge [...] verstorben oder kann er aus einem anderen Grund in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden, so dürfen auch Niederschriften über eine andere Vernehmung [...] verlesen werden«.

14 Zu dem vom *Senat* vorgeschlagenen Ausgleich durch die »besonders vorsichtige« Beweiswürdigung bei gesperrten Beweismitteln umfassend krit. *Wohlens* StV 2014, 563 (566 ff.).

15 BVerfGE 57, 250 (276 f.) = StV 1981, 381.

16 BVerfGE 57, 250 (275) = StV 1981, 381. Die beschränkenden Topoi sind zahlreich; sie werden (mit Bezug auf das *Beweisantragsrecht*) zusammengestellt bei *Jahn* FS Hassemer, 2010, S. 1029 (1039 f.).

Dies kann man gut am Strafbefehlsverfahren demonstrieren.<sup>17</sup> Hier erlässt das Gericht auf der Grundlage hinreichenden Tatverdachts (vgl. § 408 II 1 StPO) mit dem Strafbefehl einen Urteilsvorschlag unter Antizipation möglicher Zustimmung des Beschuldigten. Verzichtet jener auf einen Einspruch, liegt darin seine konkludente Zustimmung. Das BVerfG<sup>18</sup> hat mit Blick auf die Regelungen der §§ 408 II und 411 StPO das Strafbefehlsverfahren für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt, auch wenn es »seiner Natur nach mit Unzulänglichkeiten behaftet« sei, weil »unzureichende Ermittlungen zu einem der wahren Sachlage nicht gerecht werdenden Strafbefehl führen« könnten. Die Vorschrift des § 408 StPO gebe dem Amtsrichter nämlich die Möglichkeit an die Hand, bei Bedenken gegen den Strafbefehlsantrag in einer Hauptverhandlung zu entscheiden; § 411 StPO verbürge das rechtliche Gehör des Angeklagten durch Zulassung des Einspruchs mit anschließender Hauptverhandlung. Deshalb folgert das BVerfG:

»Das Strafbefehlsverfahren ist, wie auch andere summarische Verfahren, mit dem Gedanken des Rechtsstaats nicht schon an sich unvereinbar.«

Pro futuro wird der Gesetzgeber zusätzlich ausdrücklich mit der Befugnis ausgestattet, neue verfahrensprägende Systementscheidungen zu treffen. Das ist für die in der 18. Wahlperiode in der jüngsten Entwicklung wieder aktuell gewordene Frage der Rahmenbedingungen einer breiter angelegten Strafprozessreform von erheblicher rechtspolitischer Bedeutung, gerade weil die rechtliche Bindung aus der Verfassung nach der seit 1981 praktizierten Karlsruher Lesart schwach war.

b) Starke Formulierung des Optimierungsgebots im Verständigungsurteil BVerfGE 133, 168 (Phase ab 2013)

Das bleibt der Stand der Karlsruher Rechtsprechung bis zum Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes vom 19.3.2013.<sup>19</sup> Dann ändert sich die Fassung hin zu einem mit Inhalten aufgeladenen, starken Optimierungsgebot. Dadurch wird die Forderung nach bestmöglicher Sachaufklärung gewissermaßen radikalisiert, und zwar gleich in zwei Hinsichten. Aus dem bisher etablierten bloßen Gebot wird im Verständigungsurteil eine kategorisch formulierte Pflicht zur bestmöglichen Sachaufklärung. Zugleich ändert sich der Bezugspunkt dieser Pflicht. Es ist nicht mehr nur die bestmögliche Sachaufklärung, sondern die Erforschung der materiellen Wahrheit.

<sup>17</sup> Siehe zum Nachfolgenden bereits die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr.

41/2012 zu den Verfassungsbeschwerden mittelbar gegen § 257c StPO (Berichterstatter: *Ignor/*

*Schlothauer/Jahn/Bracher*), August 2012, S. 14 f., [www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/august/stellungnahme-der-brak-2012-41.pdf](http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2012/august/stellungnahme-der-brak-2012-41.pdf)

<sup>18</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 3, 248 (253); dort finden sich auch die beiden Zitate im nachfolgenden Text.

<sup>19</sup> BVerfGE 133, 168 (200 ff.) = StV 2013, 353 (359 ff.) Tz. 59, 102, 104, 129; für einen ersten Überblick *Jahn* JuS 2013, 658.

Das sei, so das Urteil weiter, unerlässliche Voraussetzung zur Verwirklichung des Schuldprinzips und stehe deshalb auch nicht zur Disposition des Gesetzgebers.

#### aa) Methodische Defizite des Urteils vom 19.3.2013

Bei beiden Weichenstellungen bleibt allerdings in den Gründen des Urteils unerklärt, warum und unter welchen weiteren Voraussetzungen aus dem überlieferten Optimierungsgebot, das auf eine mehr als drei Jahrzehnte währende Geschichte zurückblicken konnte, nunmehr eine unbedingte Pflicht werden konnte. Und es bleibt ebenso offen, warum Sachaufklärung und Erforschung der materiellen Wahrheit nunmehr in eins gesetzt werden dürfen oder aus verfassungsrechtlichen Gründen gar in eins gesetzt werden müssten. Das ist, *pars pro toto*, eine methodische Kritik, die sich das Urteil im Ganzen gefallen lassen muss.

*Michael Tsambikakis* spitzt dies dahin zu, dass die Entscheidung im dogmatischen Nucleus dem Satz vertraue, eine gute Behauptung ist besser als eine schlechte Begründung.<sup>20</sup> Das passt schwerlich zu dem Aplomb, mit dem die mündliche Urteilsbegründung eingeleitet wurde:

»Die [...] grundsätzliche Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der einschlägigen gesetzlichen Regelungen zum sog. Deal im Strafprozess, die im Jahre 2009 durch das sog. Verständigungsgesetz in die Strafprozessordnung eingefügt wurden, zwang den Senat [...] zur Auseinandersetzung mit den Grundpfeilern unserer gesamten Strafrechtsordnung.«<sup>21</sup>

Zur Einlösung dieses selbstgesteckten hohen Anspruchs wählt der Senat leider eine kaum adäquate Begründungstiefe. Zudem mag das Ausbleiben abweichender Voten an zentralen Weichenstellungen um den Preis der Kohärenz der schriftlichen Urteilsgründe erkauft worden sein; sie sind jedenfalls nicht aus einem Guss.<sup>22</sup> Das könnte auch einige der revisionsverfahrensrechtlich fremdelnden<sup>23</sup> Erwägungen des BVerfG erklären, die teilweise einfachrechtlich übergriff<sup>24</sup> und auch in der Sache nicht immer schlüssig sind.<sup>25</sup> Auch in puncto Pflicht zur Aufklärung der materiellen Wahrheit

20 *Tsambikakis* ZWH 2013, 209 (210).

21 *Voßkuhle*, Einführung zur Urteilsverkündung in Sachen »Absprachen im Strafprozess« am 19.3.2013 (nichtamtlicher Presstext), S. 1.

22 So auch *Fezer* HRRS 2013, 117; *Kudlich* NSZ 2013 379 (382).

23 BGH NSZ 2013, 722 Tz. 5, in Aufnahme feinsinniger *Fezer'scher* Formulierungskunst (vgl. Fn 22).

24 Siehe BGH NSZ 2014, 284 Tz. 16 m. Anm. *Kudlich*. Zu fehlenden rechtlichen Bindungswirkung mit Blick auf BVerfGE 133, 168 (236 Tz. 122) im Ganzen bereits *Jahn* NSZ 2014, 170 (171); *Hartmut Schneider* NSZ 2014, 193 m.w.N. in Fn 6.

25 So ausdrücklich BGHSt 58, 315 (317 Tz. 9) = StV 2013, 678; *Sander* in: Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Praxis und Theorie – zwei Seiten einer Medaille (4. Karlsruher Strafrechtsdialog), 2013, S. 53 (57 und passim); *Jahn* NSZ 2014, 170.

klafft zwischen dem Anspruch des Senats und der verfassungsrechtlichen Lage eine kaum übersehbare Begründungslücke.

bb) Verfassungspflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit (Herbert Landau)?

Im Zuge der Beantwortung der Frage, ob diese Lücke nicht aus anderen Quellen schließbar sein könnte, richtet sich der Blick auf drei wissenschaftliche Beiträge von *Herbert Landau*, der das BVerfG-Urteil bekanntlich in der prägenden Rolle des Berichterstatters verantwortet. Substantielle Überlegungen zu den beiden inmitten stehenden Themen – wie wird aus dem Gebot eine Pflicht und wie wird aus Sachaufklärung materielle Wahrheit – findet man tatsächlich in einem im Wortsinne wegweisenden Aufsatz mit dem die strafprozessualen Inhalte leider etwas verdunkelnden Titel »Strafrecht nach Lissabon«.<sup>26</sup> Erst dort, nicht aber im Senatsurteil vom 19.3.2013, wird »der untrennbare Zusammenhang von materiellem Schuldprinzip und der Pflicht des hoheitlich tätig werdenden Staates zur Erforschung der objektiven Wahrheit« immerhin explizit behauptet. Dem liegt, was ohne Weiteres zuzugestehen ist, eine sicher auch heute noch herrschende Meinung in der Strafprozessrechtswissenschaft zugrunde, die dem klassisch-korrespondenztheoretischen Wahrheitsbegriff anhängt. Das Strafverfahren ist in dieser Sicht im Ganzen dazu bestimmt, die materielle Wahrheit zu »finden«; an diesem Dreh- und Angelpunkt sieht man die gesamte Prozessordnung aufgehängt. Klug<sup>27</sup> hat dies vor fast einem halben Jahrhundert mit einer in ihrer ganzen pleonastischen Hilflosigkeit vielsagenden Aufgabenbeschreibung so auf den Begriff gebracht: Der Prozess diene der »Erforschung der wirklichen Wahrheit« – als ob daneben eine unwirkliche Wahrheit existierte. Bestätigend zu dieser (nota bene: meiner) Interpretation seiner grundsätzlicher angelegten Ausführungen zum Verfahrensziel schreibt *Landau* weiter,<sup>28</sup> im Kern sei ein prozessuales Wahrheitsverständnis »wohl nicht mit dem Schuldprinzip und dem dahinter liegenden Konzept personaler Freiheit kompatibel«.

Dieses Konzept wird allerdings nicht entfaltet, so dass eine ins Einzelne gehende Kritik schwer fällt. Die beigegebene, wissenschaftlich redliche Einschränkung (»wohl«) gerät dann im Urteil vom 19.3.2013 wohl aus praktischen Gründen kommentarlos in Wegfall. Denn das Schuldprinzip wird für die Urteilsverfasser zum notwendigen verfassungsprozessualen Instrument, um das Verständigungsgesetz aufbohren zu können. Und statt über die grundsätzliche Frage, ob ein Freiheitsbegriff nicht auch auf Basis diskursethischer Vor-

<sup>26</sup> *Landau* NStZ 2011, 537 (540); siehe aber auch schon *dens.* ZRP 2004, 146 (149).

<sup>27</sup> *Klug*, Referat auf dem 46. Deutschen Juristentag, 1967, F 35.

<sup>28</sup> *Landau* NStZ 2011, 537 (540).

stellungen vom Verfahren durchzuhalten ist, lange zu streiten, versucht das Verständigungsurteil den rechtsstaatlichen Bedenken gegen ein konsensuales Verfahrensprinzip zu begegnen, indem es die Unantastbarkeit der Amtsaufklärungspflicht schlankweg behauptet, obwohl eine jahrzehntelange Praxis das Gegenteil indiziert.<sup>29</sup>

Und hier schließt sich nun der Kreis, den die diesen Beitrag eröffnende<sup>30</sup> Bezugnahme auf die grundlegende *Hassmer-Landau*-Kontroverse geöffnet hat: Nach den jüngsten einschlägigen wissenschaftlichen Äußerungen von *Herbert Landau* tragen »Schuldprinzip und Wahrheitserforschungspflicht [...] dem Aspekt der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege Rechnung, die Verfassungsrang hat.«<sup>31</sup> Doch wie legitimiert sich die verfassungsrechtliche Hochzoning der materiellen Wahrheitserforschungspflicht im Strafprozess? Und wie geht das zusammen mit dem augenfälligen Umstand, dass die StPO vorkonstitutionell ist und in den ersten siebzig Jahren ihrer Geltung, zwischen 1879 und 1949, so noch niemand hat denken können, weil die entsprechenden Regelungen des Grundgesetzes noch gar nicht existierten? Man muss beide Fragen nur leicht umformulieren, um sie anschlussfähig für die grundsätzliche Diskussion um das Karlsruher Verständigungsurteil zu machen: Verstößt ein forensischer oder sogar konsensualer Wahrheitsbegriff im Strafverfahren wirklich gegen den Schuldgrundsatz und damit gegen Art. 20 III GG einschließlich der Ewigkeitsklausel des Art. 79 III GG?

cc) Zur verfassungsrechtlichen Legitimität eines forensischen oder konsensualen Wahrheitsbegriffes im Strafverfahren

Die erste denkbare Antwort geben neben *Herbert Landau* diejenigen Autoren, die den Gedankengang im dogmatischen Kern des Karlsruher Urteils vom 19.3.2013 wissenschaftlich mit vorbereitet haben.<sup>32</sup> Sie lautet: Ein forensischer oder gar konsensualer Wahrheitsbegriff ist mit dem materiellen Schuldprinzip nicht vereinbar. Wir müssen also, ganz im Sinne von *Klug*, im Strafprozess die wirkliche Wahrheit erforschen, weil ansonsten kein wahrer Sachverhalt festgestellt und schlussendlich keine schuldangemessene Strafe ausgeworfen werden könne.

29 Erneut (Fn 20) zutr. *Tsambikakis* ZWH 2013, 209 (212).

30 Oben A.

31 *Landau* NStZ 2013, 194 (196) – *Hervorh. v. Verf.*

32 Insbesondere *Radtke* GA 2012, 187 (189), der in dem grundlegenden Beitrag von *Landau* (oben Fn 26) vielfach adressiert wird; siehe dazu auch die kontroversen Beiträge von *dems.* einerseits und *Jahn* andererseits, in: *Goldenstein, Mehr Gerechtigkeit – Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren*, *Loccumer Protokolle* 09/11, S. 117 ff. und S. 131 ff.

Der – von mir geteilte – Gegenstandspunkt wird u.a. im Gutachten von *Hans Kudlich* für den 68. Deutschen Juristentag und von der Bundesrechtsanwaltskammer im Verfassungsbeschwerdeverfahren zum Verständigungsgesetz angenommen.<sup>33</sup> Danach geht es jedenfalls nicht um ein Verfassungsproblem. Dem Grundgesetz ist gerade keine Entscheidung für oder gegen einen bestimmten strafprozessualen Wahrheitsbegriff zu entnehmen. Das ist vielmehr allein eine Frage des einfachen Rechts – wo man in der Tat zu gewärtigen hat, dass die herrschende Meinung in der heutigen Strafprozessrechtswissenschaft die materielle Wahrheit für das Substrat hält, das § 244 II StPO erwirtschaften soll. Aber dies ist, anders als bei der Anbindung an Art. 79 III GG, nicht in Stein gemeißelt. Es gliche vielmehr einer Fiktion und würde möglicherweise selbst die Kompetenz des Verfassungsgebers übersteigen, wenn man annähme, er habe mit seiner Vorstellung vom Rechtsstaat i.S.d. Art. 20 III GG implizit auf eine im Jahr 1949 bestehende *communis opinio* zum strafprozessualen Wahrheitsbegriff Bezug genommen.<sup>34</sup>

Das BVerfG – möglicherweise erneut in dem Bemühen, abweichende Voten zu vermeiden<sup>35</sup> – sucht den Kompromiss und sagt, die Verwirklichung eines im strikten *Landau*'schen Sinne materiell verstandenen Schuldprinzips werde durch das Verständigungsgesetz jedenfalls nicht strukturell gefährdet. Also ein vorläufiger »Freispruch auf Bewährung«<sup>36</sup> mit laufender Produktbeobachtungspflicht über eine – im Koalitionsvertrag von 2013 auch prompt umgesetzte<sup>37</sup> – Evaluationsklausel. Man wird sehen.

## 2. Bedeutung für die Rechtsanwendung:

Grundrechtsschutz im konkreten Strafverfahren durch ein einzelfallbezogenes Handlungsgebot für das Tatgericht?

Mit diesem Zwischenergebnis zurück zum Ausgangspunkt: das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung in der strafprozessualen Hauptverhandlung, jetzt in seiner zweiten Funktion als unmittelbar wirkende Direktive für die Handhabung der Beweisaufnahme im konkreten Einzelfall. Diese überraschende Karrierewende erlebt das Gebot erst im Jahre 2003, der Adoleszenz gerade

33 *Kudlich*, Gutachten C zum 68. Deutschen Juristentag, 2010, C 57 ff.; *ders.* NStZ 2013, 379 (380); *Jahn*, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, C 24; *ders.* FS Kirchhof, 2013, § 128 Rn 25; *BRÄK*, Stellungnahme (Fn 17). Zur daran anknüpfenden Kritik (u.a. mit dem Vorwurf der »Konsensromantik« und der Verwechslung von Konsens und Kapitulation) siehe nur *Kudlich* ZRP 2013, 162 Fn 6.

34 *BRÄK*, Stellungnahme (Fn 17), S. 11 f.

35 Siehe bereits B.II.1.b.aa.

36 *St. König/Harrendorf* AnwBl. 2013, 321; zur »Zeitänderfunktion« des Urteils auch *Beulke/Stoffer* JZ 2013, 662 (673 f.).

37 Koalitionsvertrag CDU/CSU/SPD für die 18. WP, S. 146 in Reaktion auf BVerfGE 133, 168 (235 f. Tz. 121).

entwachsen. Neben seiner bereits seit 1981 überlieferten Funktion als Optimierungsgebot für die Gesetzgebung<sup>38</sup> werden nun von Verfassungen wegen Anforderungen an tatrichterliche Aufklärungsbemühungen formuliert. Dies wird vom BVerfG jedoch weder problematisiert noch als tiefgreifende Änderung des Inhalts des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung in der nun zu analysierenden Entscheidung und der ihr nachfolgenden Rechtsprechung auch nur verbalisiert.

a) Die Inhalte der BVerfG-Kammerrechtsprechung zum Gebot bestmöglicher Sachaufklärung ab 2003

Die – fast schon – kopernikanische Wende kommt mit der Kammerentscheidung<sup>39</sup> des BVerfG aus dem April 2003. In einer von nobler Zurückhaltung geprägten Formulierung heißt es dazu, die 3. Kammer des 2. Senats habe »die bis dahin entwickelten verfassungsrechtlichen Maßstäbe zum Grundsatz des fairen Verfahrens auf die Beweiswürdigung zugespitzt«. <sup>40</sup>

Was war der Anlass? Der Prozessbevollmächtigte des Beschwerdeführers hat in seinem verfahrenseinleitenden Schriftsatz schon im Ausgangspunkt mit Recht betont, dass es sich um einen Fall »mit geradezu einzigartigen Verfahrensbesonderheiten« <sup>41</sup> handelte. Zugrunde lag ein verfassungsrechtlicher Angriff auf die tatrichterliche Beweiswürdigung in einer der forensisch seltenen Konstellationen real möglicher Alternativtäterschaft. Der Vorwurf der sexuellen Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung traf einen Beschuldigten, der die Tat von Anfang an bestritten hatte. Die Besonderheit lag darin, dass der Angeklagte einen Bruder hatte, der ihm nicht nur in Statur und sonstigen Merkmalen ähnlich sah, sondern wegen eines Sexualdelikts mit gleichem modus operandi bereits rechtskräftig verurteilt worden war. Das LG und das damals noch existierende BayObLG ließen sich dadurch jedoch nicht nachhaltig beeindrucken und verurteilten anlagegemäß. Im Wesentlichen ging es im nachfolgenden Verfassungsbeschwerdeverfahren um die Kombination dreier strafprozessual anspruchsvoller Problembereiche: Aussage gegen Aussage beim Sexualdelikt, wiederholtes Wiedererkennen nach Wahllichtbildvorlage und die Ablehnung von Beweisanträgen.

38 Oben B.II.1.a.

39 Beschl. v. 30.4.2003 – 2 BvR 2045/02 = BVerfGK 1, 145 (149) = StV 2003, 593 m. zust. Anm. *Herdegen* NJW 2003, 3513 und abl. Anm. *Böse* JR 2004, 40.

40 *Löffelmann*, in: *Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge*, Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2011, Rn 404.

41 *Rainer Hamm*, von dem dieses Zitat stammt, war so liebenswürdig, mir eine anonymisierte Abschrift seiner Verfassungsbeschwerdeschrift v. 24.12.2002 zur Verfügung zu stellen und die Erlaubnis zum Abruck zu geben, dort Bl. 5.

Der Prüfungsmaßstab für die BVerfG-Kammer war, abstrakt gesehen, die Garantie eines fairen Verfahrens in der Situation einer möglicherweise defizitären Beweiswürdigung. Schon das war ein Novum, weil die Beweiswürdigung zuvor am Schloßplatz im hier interessierenden Zusammenhang nur über den weniger strengen Willkürmaßstab überprüft worden war. Die an Art. 3 I GG orientierte Kontrolle wurde nun in Richtung Freiheitsrecht (fair trial) hochgezont und gleichzeitig inhaltlich geschärft.

Das war verfassungsprozessual schon deshalb bemerkenswert, weil die Beschwerdeschrift das so gar nicht gerügt hatte. Explizit war im Wesentlichen zu einem Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG vorgetragen worden, weil das BayObLG nicht an den BGH vorgelegt hatte, obwohl es in seiner Revisionsentscheidung von den BGH-Anforderungen an die Beweiswürdigung bei »Aussage gegen Aussage« abgewichen sei und zudem eine eigene Beweiswürdigung durchgeführt habe, was dem Revisionsgericht bekanntlich versagt ist. Auszugsweise hieß es in der *Hamm*'schen Beschwerdeschrift (Bl. 3) zur

»Begründung:

Die Verfassungsbeschwerde ist auf die Verletzung des Beschwerdeführers in seinem Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) gestützt.

Der Strafsenat des Bayerischen Obersten Landesgerichts hat die gesetzlich vorgegebene Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Tatgericht und dem Revisionsgericht missachtet, indem er zum Zwecke der Begründung seiner die Revision des Beschwerdeführers gegen das Urteil des Landgerichts verwerfenden Entscheidung eine eigene Beweiswürdigung vorgenommen hat, obwohl nach der gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen Tatgerichten und Revisionsgerichten die Beweiswürdigung allein den Tatgerichten obliegt. Darüber hinaus hat das Bayerische Oberste Landesgericht gegen seine aus § 121 Abs. 2 GVG folgende Pflicht verstoßen, die Sache dem Bundesgerichtshof vorzulegen, als sich abzeichnete, dass beabsichtigt war, die Revision mit einer Begründung zu verwerfen, die den von den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätzen über die Begründungsanforderung eines tatrichterlichen Schuldspruchs in Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht, widerspricht.«

Hierüber behilft sich die BVerfG-Kammer mit der verfassungsprozessualen Figur der Begründetheitserstreckung hinweg, denn sie möchte ersichtlich in der Sache entscheiden können. Gemeint ist die selbst zugewiesene Befugnis des BVerfG, in zulässiger Weise gerügte Grundrechtsverstöße auch unter einem anderen Blickwinkel verfassungsrechtlich zu prüfen.<sup>42</sup>

Konkret wurde ein Verstoß gegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung mit etwas gedrehter Formulierung dann angenommen, wenn sich der Tatrichter so weit von der Verpflichtung entferne, in Wahrung der Unschuldsvermutung bei dem Beschuldigten auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen sei und sie keine tragfähige Grundlage mehr für den Schuldspruch bilden könne.<sup>43</sup> Der BGH<sup>44</sup> hat das in einer späteren Entscheidung als das verfassungsrechtlich verankerte Gebot rational begründeter und tatsächengestützter Beweisführung zusammengefasst.

#### b) Problemfelder der Kammerjudikatur ab 2003

Diese Imperative für tatrichterliche Aufklärungsbemühungen dürften Strafverteidigern zunächst einmal angenehm ins Ohr klingen. Sie eröffnen unter anderem die Option, Angriffe gegen die Beweiswürdigung nicht nur im Revisionsverfahren zu formulieren, sondern gegebenenfalls anschließend auch vor ein Verfassungsgericht zu tragen.

##### aa) § 93c I 1 BVerfGG

Das sollte freilich den Blick darauf nicht trüben, dass die Kammer – erster Kritikpunkt – mit diesem Ausspruch zumindest hart an der Grenze des kompetenzrechtlich Zulässigen operiert. Nach § 93c I 1 BVerfGG müssen die Kammern sich bei Stattgaben innerhalb des Maßstabs halten, den die Senatsrechtsprechung vorgibt.<sup>45</sup> Nun wurde hier aber rekonstruiert,<sup>46</sup> dass in der Senatsrechtsprechung seit 1981 zum maßgeblichen Zeitpunkt der anstehenden Kammerentscheidung nur ein bloßes Optimierungsgebot an den Gesetzgeber existierte. Diesen Auftrag an das abstrakt-generelle Handeln der ersten Gewalt in einzelfallbezogene Anforderung an das konkret-individuelle Handeln der dritten Staatsgewalt umzumünzen steht einer Kammer schlecht an. Sie betritt damit, wie Böse zu BVerfGK 1, 145 zutreffend festgestellt hat,<sup>47</sup> Neuland – und ihr mangelt es auf ihrem Weg am Kompass der Senatsjudikatur. Das hat nicht nur formale Implikationen nach dem Gesetz über das

42 Zu dieser seit BVerfGE 1, 264 (271) zwar im Grundsatz ständigen, freilich in Fällen mit strafrechtlichem Bezug selten zum Tragen kommenden und inhaltlich schwankenden sowie in der Sache umstrittenen Rspr. Umbach/Clemens/Dollinger/Magen, BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 92 Rn 30 ff.; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Hömig, BVerfGG, Stand: 42. Lfg. 2013, § 92 Rn 15 und Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge (Fn 40), Rn 333.

43 BVerfGK 1, 145 (152) = StV 2003, 593.

44 BGH NStZ 2009, 401 (402) Tz. 16 in fachgerichtlicher Interpretation des Inhalts von BVerfGK 1, 145.

45 Siehe allg. H. A Wolff/DVBl. 2014, 368; Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 4. Aufl. 2013, Rn 1001 ff.; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge/Graßhof (Fn 42), 93c Rn 8 f.; Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge (Fn 40), Rn 311.

46 Oben B.II.1.a.

47 Böse JR 2004, 40 (41).

Bundesverfassungsgericht. Die Autorität des BVerfG im Ganzen leidet, wenn in seiner Rechtsprechungspraxis auch wichtige strafprozessuale Problemstellungen im Wege der Kammerentscheidung erledigt werden. |<sup>48</sup>

bb) »Superrevisionsinstanz«

Der zweite Ansatzpunkt für Formalkritik erwächst aus der Analyse der aus dem Prinzip fairen Verfahrens hergeleiteten inhaltlichen Gebote an die Aufklärungsbemühungen und die Beweiswürdigung des Tatgerichts. In der praktischen Anwendung des Prüfungsmaßstabs handelt die BVerfG-Kammer zumindest in der praktischen Konsequenz vergleichbar einer strafprozessualen Superrevisionsinstanz. Das ist der alte Vorwurf an das Verfassungsgericht, zuweilen als oberstes Amtsgericht der Nation zu agieren. |<sup>49</sup> Diese Großdebatte mag hier auf sich beruhen, weil mit ihr keine spezifische Kritik gerade am Gebot bestmöglicher Sachaufklärung formuliert wird.

cc) Uneingelöstes strafprozessuales Rechtsschutzversprechen

Wichtiger sind die praktischen Folgefragen. In der Konsequenz war die Rechtsprechungswende mit BVerfGK 1, 145 zunächst eine großangelegte Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für die damals für das Zweite Buch des StPO zuständige Kammer. Denn die vorhersehbare Folge nach der Veröffentlichung der Entscheidung in den Fachzeitschriften war, dass eine erkleckliche Zahl der Prozessbevollmächtigten von Beschwerdeführern geglaubt haben, einen Verstoß gegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung fast schon formularmäßig als weiteren Posten rügen zu müssen. Angesichts des haftungsrechtlichen Grundsatzes des sichersten Weges lag das noch nicht einmal fern. |<sup>50</sup> Dies wirft ein Schlaglicht auf einen Mechanismus, in dessen Logik sich das Karlsruher Gericht in begrenztem Umfang ‚seine Fälle selbst schafft‘ |<sup>51</sup>. Freilich ist weder in der Karlsruher Ära der »Hassemiten« |<sup>52</sup> nach dem 30.4.2003 noch nach dem Übergang der wesentlichen Zuständigkeiten für das Recht der strafprozessualen Hauptverhandlung an *Herbert Landau* zum 26.2.2008 |<sup>53</sup> das Rechtsschutzversprechen, als das BVerfGK 1, 145 verstanden worden ist, eingelöst worden. *Löffelmann* |<sup>54</sup> bemerkt dazu, dass stattgebende Entscheidungen, die

48 Richtig *Mösl*, in: *Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts (HbStR)*, 3. Aufl. 2010, § 179 Rn 51 a.E.

49 Vgl. nur *Sender* NJW 1995, 3291 (3293); zusf. aus strafrechtlicher Sicht *Jahn* NStZ 2007, 255 (256 f.).

50 Siehe dazu LR-StPO/*Lüderssen/Jahn*, 26. Aufl. 2007, Vor § 137 Rn 45 a.E.

51 *Jahn* FS Widmaier, 2008, S. 821 (827 f.) unter Hinweis auf BVerfGK 1, 145.

52 *Jahn* JZ 2010, 193; gemeint sind die wissenschaftlichen Mitarbeiter im Dezernat *Hassemer*, denen – das sei der guten Ordnung halber erwähnt – auch *Verf.* angehörte.

53 Ziff. I.1. des Geschäftsverteilungsbeschlusses des Zweiten Senats ab Dienstantritt des Vizepräsidenten *Voßkuhle*, [www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/geschaeftsverteilung\\_2008/s2-anlage-neu.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/geschaeftsverteilung_2008/s2-anlage-neu.html).

54 Vgl. *Löffelmann*, in: *Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge (Fn 40)*, Rn 410. Siehe auch *Alsberg/Dallmeyer*, *Der Beweis Antrag im Strafprozess*, 6. Aufl. 2013, Rn 41 mit der zu Recht skeptischen Randnotiz, dass »die Realität zeigt, dass die (...) Emphase (eines Gebots bestmöglicher Sachaufklärung – d. *Verf.*) die Niederungen so manchen Strafprozesses nicht erreicht«.

mit dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung noch einmal ernst gemacht haben, »sehr selten« sind. Meine Durchsicht der (auch der bis 2005 selbst in juris unveröffentlichten) Kammerrechtsprechung hat keinen einzigen dokumentierten Fall erbracht, in dem das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung noch einmal einer Verfassungsbeschwerde zum Erfolg verholfen hätte.

Einen Seitenblick lohnen zudem noch die praktischen Konsequenzen im zugrunde liegenden Fall. Im zweiten Durchgang vor der Ingolstädter Berufungskammer zeigte jene, wie *Rainer Hamm*<sup>55</sup> berichtet, wenig Neigung, in der Kritik des Verfassungsgerichts mehr als einen Appell zu sehen, nach dem Ende der Beweisaufnahme mit einer kunstfertig formulierten Entscheidung zu erneuter Verurteilung zu gelangen. So endete das Verfahren mit einer seltenen Absprache im Revisionsverfahren. Auf Antrag der Münchener Generalstaatsanwaltschaft und unter Mitwirkung des Revisionsssenats gelangte man gegen Beschränkung des Rechtsmittels auf den Rechtsfolgenausspruch über § 354 Ia 2 StPO zu einer ermäßigten Freiheitsstrafe.

### c) Weiterungen für weitere strafprozessuale Fragestellungen

Ungeachtet seiner fortgesetzten praktischen Wirkungslosigkeit im Bereich des Angriffs gegen die trichterliche Beweiswürdigung hat das BVerfG das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung auf weitere strafprozessuale Fragestellungen<sup>56</sup> ausgerollt – freilich auch dort weitgehend folgenlos. Ohne eine Annahme zur Entscheidung zu bewirken wurden Verstöße gegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung gerügt

- im Bereich des Fragerechts und der Beweisteilhabe der Verteidigung beim Einsatz von VP,<sup>57</sup>
- beim Konfrontationsrecht gegenüber Mitangeklagten<sup>58</sup> und
- bei der Bestimmung der Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts eines katholischen Gefängnisseelsorgers.<sup>59</sup>

Nichts anderes ergibt die Durchmusterung der einschlägigen BGH-Rechtsprechung

- zum Anspruch auf Nutzung des sach nächsten Beweismittels durch den Trichter bei der audiovisuellen Vernehmung eines Auslandszeugen,<sup>60</sup>

55 *Hamm* FS Dahs, 2005, S. 267 (275 ff.).

56 Etwas exotisch mutet die Erwägung im *Al Quaida*-Fall (BVerfGE 130, 1 [45] = StV 2012, 641 m. Anm. *Jahn* JuS 2012, 266) an, es sei für den Besonderen Teil des materiellen Strafrechts ein »möglicher Prüfungsansatz«, für die Frage, ob ein Verhalten zu Recht als konkludente Täuschung i.S.d. § 263 StGB bewertet worden sei.

57 BVerfGK 4, 72 (73) – Nichtannahmebeschl. zu BGH StV 2004, 241 m. Anm. *Wattenberg*.

58 BVerfGK 10, 125 (127 f.) – Nichtannahmebeschl.

59 BVerfGK 10, 216 (226 f.) – Nichtannahmebeschl. m. Anm. *Jahn* JuS 2007, 584.

60 BGHSt 46, 73 (79) = StV 2000, 346 – Revisionsverwerfung.

- zur Verlesung von Vernehmungsniederschriften als Verstoß gegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung<sup>61</sup> und
- bei den allgemeinen Anforderungen an die verfahrensbeendende Verständigung.<sup>62</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Paradigmatisch für die heutige Rechtsprechung ist eine tendenziell unreflektierte Verwendung des Topos »Gebot bestmöglicher Sachaufklärung« ohne Klarheit über die divergierenden Rechtsgrundlagen und Ursprungskontexte. Es wird, wie das Prinzip des fairen Verfahrens im Ganzen, im Einzelfall als grundrechtlicher Weichmacher für unbefriedigende oder jedenfalls als unbefriedigend empfundene Ergebnisse tatrichterlicher Entscheidungsfindung instrumentalisiert. Leitmotivisch für den Maßstab der revisionsgerichtlichen Kontrolle und der BVerfG-Kammerjudikatur zwischen 2003 und 2008 ist letztlich nur die Erwägung, das »kann man besser machen« oder sogar »das hätte ich [als Fach- bzw. Tatrichter] besser gemacht«.

Als abschließendes, diese Ergebnisse stützendes Beispiel kann ein Beschluss des OLG Düsseldorf dienen. Hier war einer Verfahrensrüge Erfolg beschieden, weil die Berufungskammer sich mit der Verlesung eines polizeilichen Vermerks begnügt hatte (§ 256 I Nr. 5 StPO), obwohl sich eine Videoaufzeichnung der als Ladendiebstahl verfolgten Handlung bei den Akten befand. Das war

»unter dem Gesichtspunkt der bestmöglichen Sachaufklärung ein ‚Glücksfall‘, denn sie [die Aufzeichnung – d. Verf.] ermöglicht es dem Richter, sich mit eigenen Augen – gleichsam als Augenzeuge – ein Bild vom Tathergang zu machen. Ein anschaulicheres Beweismittel ist kaum denkbar.«<sup>63</sup>

Fürwahr! Doch eines Abstellens auf das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung hätte es schon deshalb nicht bedurft, weil es – was der Senat auch durchaus erkennt<sup>64</sup> – bereits fern lag, den Augenschein eines Polizeibeamten vom Tathergang als Routinevorgang im Zuge von Ermittlungshandlungen i.S.d. § 256 I Nr. 5 StPO einzustufen und deshalb den Gebrauch eines ersetzenden Beweismittels überhaupt erst in Erwägung zu ziehen.<sup>65</sup> Und in der ausführlichen Zitatenkette, die das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung inhaltlich

61 BGHSt 51, 280 (282 Tz. 21 a.E.) = StV 2007, 567 – insoweit Teilverwerfung der Revision.

62 BGHSt (GrS) 50, 40 (48 f.) = StV 2005, 311 m. Anm. *Duttge/Schoop* StV 2005, 421.

63 OLG Düsseldorf StV 2007, 518 (519).

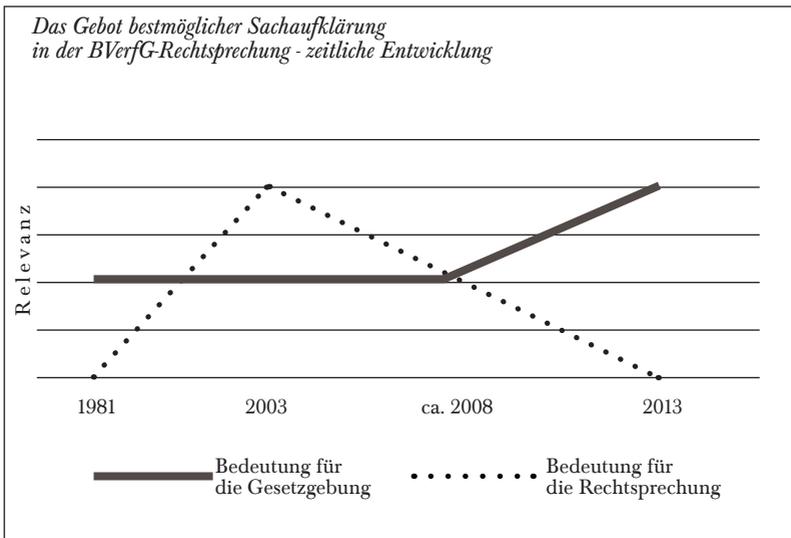
64 OLG Düsseldorf StV 2007, 518 (519); vgl. auch *Conen* StV-Editorial 5/2014, S. I.

65 Der neuerdings erweiternden Auslegung des Anwendungsbereichs der Vorschrift des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO auf Maßnahmen jenseits von Routinehandlungen durch OLG Celle NSTZ 2014, 175 (176) und LG Berlin, Beschl. v. 19.2.2014 – (533) 254 Js 33/13 KLs (33/13) – juris, ist deshalb zu widersprechen.

legitimieren soll, findet sich ein buntes Sammelsurium von Nachweisen aus diversen strafrechtlichen Lebensbereichen, vom Maßregelrecht über die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe bis hin zur audiovisuellen Vernehmung von Zeugen.<sup>66</sup> Was das mit dem zu entscheidenden Fall zu tun haben soll, bleibt unklar und unerklärt. Auch der Einwand aus der Binnenperspektive der Verteidigung, solche dogmatischen Erwägungen müssen zurücktreten, wenn doch der Revision auf dieser Grundlage ein (wenigstens vorläufiger) Erfolg beschieden sein könne, greift ersichtlich zu kurz. Denn das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung kann selbstverständlich auch auf die Aufklärungsrüge des Nebenklägers hin aktiviert werden.

### C. Gesamtzusammenfassung und Konsequenzen

Insgesamt ergibt sich für die zeitlichen Zusammenhänge für die Bedeutung des Gebots bestmöglicher Sachaufklärung in Gesetzgebung und Rechtsprechung parvis damit folgendes Bild:



66 Letztmals OLG Düsseldorf StV 2007, 518 (519); »BVerfGE [...] 70, 297, 309 [betrifft das Maßregelrecht – d. Verf.]; BVerfG [...] NJW 2007, 1933 [Tz.] 102, 108 [betrifft die Vollstreckung lebenslanger Freiheitsstrafe – d. Verf.]; [...] BGHSt 46, 73 (79) [betrifft die audiovisuelle Zeugenvernehmung – d. Verf.]; [...]«.

Das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung ist strukturell ein verfassungsrechtlicher Zwischenbegriff mittlerer Abstraktion.<sup>67</sup> Es domiziliert damit zwischen dem geschriebenen Verfassungsinventar des Grundgesetztextes (Art. 20 III GG) und letztlich überpositiven Staatszielvorstellungen. Es enthält ein Optimierungsgebot für den StPO-Gesetzgeber und ist damit an die erste Gewalt adressiert. Die Legislative bekommt jedoch eine tendenziell weite Einschätzungsprärogative zugebilligt. Erst dann, wenn rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind, können aus dem Prinzip selbst konkrete Folgerungen für die Verfahrensgestaltung gezogen werden. Aber auch jene Folgerungen haben sich strikt im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens zu halten.<sup>68</sup> Für die einzelfallbezogene Rechtsprechung zum fairen Strafverfahren in der Hauptverhandlung hat das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung trotz des weitgreifenden Bedeutungszuwachses mit BVerfGK 1, 145 im Jahr 2003 in der heutigen Praxis der zuständigen BVerfG-Kammer keine nennenswerte praktische Bedeutung mehr – aber das mag sich natürlich eines Tages wieder ändern.

67 So zuerst *Hill*, in: HbStR, 2. Aufl. 2001, § 156 Rn 32; siehe nunmehr *Mösl*, in: HbStR (Fn 48), § 179 Rn 7 a.E.

68 BVerfGE 86, 288 (318) = StV 1992, 470.

# Strafverteidigung bei Abwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz

## Die menschenrechtliche Perspektive

### I. Einleitung

Die Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gehören heute zur Standardmaterie der juristischen Ausbildung. Auch in der juristischen Praxis – insbesondere im Strafverfahren – mehren sich die Fälle, in denen das deutsche Recht an den Maßstäben der EMRK und der sie konkretisierenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg überprüft und ggf. angepasst werden muss. Jüngst ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 329 Abs. 1 StPO in den Mittelpunkt des Interesses gerückt. Richter, Staatsanwälte – vor allem aber Verteidiger – stellen sich vor dem Hintergrund einer einschlägigen, seit Jahrzehnten gefestigten Straßburger Judikatur<sup>1</sup> die Frage, ob es abgeleitet aus der EMRK ein Recht des nicht erschienenen Angeklagten auf eine Verteidigung (»Vertretung«) durch seinen Verteidiger in der Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht gibt – obwohl die StPO hier eine (scheinbar) deutlich entgegengesetzte Sprache spricht.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau. Seit 2010 ist er zudem Leiter der Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP) an der Universität Passau ([www.uni-passau.de/hrpc](http://www.uni-passau.de/hrpc)). Der Beitrag gibt den Stand der Diskussion im Mai 2014 wieder.

1 EGMR, Neziraj/Deutschland, 8.11.2012, Nr. 30804/07, StraFo 2012, 490 = StV 2013, 289 = NStZ 2013, 350 (verkürzt); Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland, 22.9.2009, Nr. 13566/06; Harizi/Frankreich, 29.3.2005, Nr. 59480/00; Stroek/Belgien, 20.3.2001, Nr. 36449/97; Goedhart/Belgien, 20.3.2001, Nr. 34989/97; Krombach/Frankreich, 13.2.2001, Nr. 29731/96, NJW 2001, 2387; Van Pelt/Frankreich, 23.5.2000, Nr. 31070/96; (GK) Van Geysseghem/Belgien, 21.1.1999, Nr. 26103/95, NJW 1999, 2353 = EuGRZ 1999, 9 = ÖJZ 1999, 737; Pelladoah/Niederlande, 22.9.1994, Nr. 16737/90; Lala/Niederlande, 22.9.1994, Nr. 14861/89, ÖJZ 1995, 196; Poitrimol/Frankreich, 23.11.1993, Nr. 14032/88.

Die beiden zentralen Vorschriften des § 329 StPO seien hier nochmals in Erinnerung gerufen: Gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO

»hat das Gericht eine Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen, wenn bei Beginn der Hauptverhandlung weder der Angeklagte noch in den Fällen, in denen dies zulässig ist, ein Vertreter des Angeklagten erschienen und das Ausbleiben nicht genügend entschuldigt ist«.

Auf eine *Berufung der Staatsanwaltschaft* hingegen kann unter diesen Voraussetzungen gemäß § 329 Abs. 2 Satz 1 StPO *auch ohne den Angeklagten verhandelt* werden.

Deutsche Strafgerichte sehen bislang in der Vorschrift des § 329 Abs. 1 StPO eine Sanktion des Gesetzgebers auf ein Ausbleiben des Angeklagten in Bezug auf das von ihm initiierte Rechtsmittelverfahren und judizieren in gefestigter Rechtsprechung, dass ein Auftreten des Verteidigers *in der Sache* (mit Ausnahme einer Einlassung zu den Gründen bzw. Voraussetzungen für die von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO geforderte Verwerfung der Berufung) nicht in Betracht komme.<sup>2</sup> Schon dieser rigide Ansatz gibt Anlass zur Verwunderung, denn zahlreiche internationale strafrechtliche Rechtsquellen lassen durchaus auf ein Recht des Angeklagten schließen, unter bestimmten Voraussetzungen – d.h. vor allem bei entsprechend eindeutigen Verzicht auf sein Recht auf Anwesenheit – einen Verteidiger in die Hauptverhandlung entsenden zu können, der dann an seiner Stelle den entsprechenden Sachvortrag übernimmt.

Die englische Sprachfassung des Art. 6 Abs. 3 *lit. c* EMRK (»to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing [...]«)<sup>3</sup> lässt es letztlich offen, welcher Art und Form der rechtliche Beistand (»legal assistance«) dieser Vorschrift nach auszugestalten ist.<sup>4</sup>

2 Zur Ablehnung einer konventionsfreundlichen Auslegung von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO vgl. OLG München, StV 2013, 301 = StraFo 2013, 252 m. krit. Anmerkungen von: *Esser*, StraFo 2013, 253; *Gerst*, StRR 2013, 146; *Waszczyński*, NStZ-RR 2014, 18; *Zehetgruber*, HRRS 2013, 397 (402 ff.); zustimmend dagegen: *Peglau*, jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 3. Siehe außerdem: OLG Celle, NStZ 2013, 615; OLG Bremen, Beschl. v. 10.6.2013 – 2 Ss 11/13, BeckRS 2013, 13229 m. Anm. *Burhoff*, StRR 2013, 387; OLG Hamburg, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 – 25/13 (REV) 1 Ss 68/13, BeckRS 2014, 01432; OLG Hamm, Beschl. v. 23.7.2013 – 3 RVs 49/13, BeckRS 2014, 03740; OLG Jena, Beschl. v. 7.8.2013 – 1 SS 55/13 (juris); KG, Beschl. v. 7.2.2014 – (4) 161 Ss 5/14 (14/14), BeckRS 2014, 06969; OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.2.2014 – VIII-1 StO 2/13, BeckRS 2014, 05457; OLG Düsseldorf, StV 2013, 299 m. Anm. *Hanschke*, StRR 2012, 346; OLG Hamm, Beschl. v. 14.6.2012 – III 1 RVs 41/12 m. Anm. *Burhoff*, StRR 2012, 463; OLG Köln, NStZ-RR 1999, 112; BayObLG, NStZ-RR 2000, 307; OLG Oldenburg, NStZ 1999, 156.

3 Siehe zum Vergleich die französische Sprachfassung: »se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent«.

4 So bereits EGMR, Poitrimol/Frankreich (Fn. 1), § 34; *Gaede*, Fairness als Teilhabe, 2007, S. 252 ff.

Der in Bezug auf die Verteidigungsrechte in zentralen Punkten schon etwas elaboriertere Art. 14 Abs. 3 *lit. d* IPbPR wird in diesem Punkt auch nicht wesentlich verbindlicher:

»To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, [...]«

– stellt aber immerhin das – grundsätzlich verzichtbare – Recht auf Anwesenheit systematisch sowohl *vor* als auch – in qualitativer Hinsicht – *neben* die nachfolgenden Verteidigungsrechte.

Ebenso lassen die Regelungen zum Schutz der Verteidigungsrechte in der am 1.12.2009 in Kraft getretenen Charta der Grundrechte der Europäischen Union zumindest vermuten, dass es neben dem Recht auf Verteidigung – auch in Strafsachen – ein Recht des Angeklagten auf Abwesenheit und Vertretung durch einen Verteidiger geben könnte. So heißt es in Art. 47 Abs. 2 Satz 2 EUC: »Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen«. Art. 48 EUC ergänzt diese Garantie dahingehend, dass jedem Angeklagten die *Achtung der Verteidigungsrechte* gewährleistet wird.<sup>5</sup>

Gerichtliche Verfahren in Abwesenheit des Angeklagten unter Beteiligung des Verteidigers sind im internationalen Kontext durchaus keine Besonderheit mehr. So können etwa die meisten internationalen Strafgerichtshöfe mit entsprechenden Regelungen in diesem Bereich aufwarten.<sup>6</sup> Auch der UN-Menschenrechtsausschuss (UN-Human Rights Committee) hat in einer Entscheidung (»View«) gegen Zaire dargelegt, dass der in der Hauptverhandlung abwesende Angeklagte unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit erhalte müsse, ein entsprechendes Verfahren gegen sich ablaufen zu lassen.<sup>7</sup>

Diese internationalen rechtlichen Vorgaben sind allerdings zum größten Teil völkerrechtlich für die europäischen Nationalstaaten nicht bindend bzw. betreffen spezifische Verfahrensgestaltungen und -systeme, die auf die Arbeit

5 Vgl. *Esser*, StV 2013, 333 (334).

6 Vgl. hierzu Rule 134*quater*, 134*ter* RPE für den ICC; Art. 22 IStGH-L für den Spezialgerichtshof für den Libanon; Rule 60 RPE für den Spezialgerichtshof für Sierra Leone; Rule 98 RPE für den ICTR; vgl. auch ICTR, *The Prosecutor/Jean-Bosco Barayagwiza*, 20.11.2000, ICTR-97-19-T, §§ 5 ff.; Rule 81 der Internal Rules für die Außerordentlichen Kammern in Kambodscha; Art. 5.1 der Transitional Rules of Criminal Procedure für die Sonderkammern in Ost-Timor. Vor dem ICTY sind bislang noch keine Abwesenheits(haupt)verhandlungen durchgeführt worden. Sie sind jedoch denkbar, weil Art. 21 Abs. 4 (d) IStGH-J nur ein Anwesenheitsrecht und keine Anwesenheitspflicht regelt. Vgl. hierzu auch *Oehmichen*, Festschrift für Kühne, 2013, 614 (619 f.).

7 HRC, *Mbenge/Zaire*, 25.3.1983, 16/1977, § 14.1 (»Indeed, proceedings in absentia are in some circumstances (for instance, when the accused person, although informed of the proceedings sufficiently in advance, declines to exercise his right to be present) permissible in the interest of the proper administration of justice.«).

der internationalen Strafgerichtshöfe zugeschnitten sind. Anders verhält es sich freilich bei der Rechtsprechung des EGMR, die zur Auslegung der Garantien der EMRK heranzuziehen ist (vgl. Art. 32 EMRK) und über Art. 1 EMRK für die betroffenen Mitgliedstaaten jedenfalls eine Orientierungswirkung für vergleichbare Fälle auf nationaler Ebene entfaltet (zur weitergehenden Rechtslage in Deutschland mit einer verfassungsrechtlichen Pflicht zur »Berücksichtigung« siehe unter III.).<sup>8</sup>

Insofern verwundert es nicht, dass die Thematik der Berufungsverwerfung bei Abwesenheit des Angeklagten aufgrund eines Ende 2012 gegen Deutschland ergangenen Urteils des EGMR (»Neziraj«) mittlerweile sogar zu einem Referentenentwurf des BMJV für eine Gesetzesänderung Anlass gegeben hat, die auf eine grundlegende Reform der derzeitigen Regelung des § 329 StPO hinausläuft.

## II. Recht auf Abwesenheit und (auch) auf effektive Verteidigung?

Die Schwierigkeiten in der Umsetzung der Straßburger Rechtsprechung zum Recht auf Verteidigung des in der Hauptverhandlung (vor dem Berufungsgericht) abwesenden Angeklagten resultieren daraus, dass der Gerichtshof in Straßburg zu dieser Thematik mehrere zentrale Leitlinien formuliert hat, die für sich betrachtet kaum miteinander harmonieren. Jedenfalls hat der EGMR zur Lösung der hier aufgeworfenen Fragen noch nicht jedes Scharnier offengelegt und den nationalen Gerichten den sicheren, konventionskonformen Weg zur Umsetzung dieser Vorgaben aufgezeigt.<sup>10</sup> Stattdessen weist er – ganz dem Gedanken der Subsidiarität des menschenrechtlichen Kontrollsystems der EMRK verhaftet – die Pflicht zur Interpretation und Anwendung dieser Leitsätze letztlich den nationalen Gerichten von insgesamt 47 Vertragsstaaten zu. Dass dieser Ansatz die strafgerichtliche Praxis nicht vereinfacht, kann aus Sicht eines an der eigenen Strafprozessordnung orientierten nationalen Juristen nicht verwundern. Doch worum geht es konkret in der Sache?

8 Löwe-Rosenberg/*Esser*, StPO-Großkommentar, 26. Auflage, Band 11, 2012, Verfahren Rn. 237.

9 Referentenentwurf (BMJV) eines Gesetzes zur Stärkung des Rechts auf Vertretung durch einen Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung, abrufbar unter [http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE-Recht-auf-Vertretung-in-der-Berufungshauptverhandlung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RefE-Recht-auf-Vertretung-in-der-Berufungshauptverhandlung.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 29.5.2014).

10 Zur Interpretation der Vorgaben des EGMR und der daraus resultierenden Umsetzungspflicht für Deutschland vertiefend: *Pöschl*, Recht des abwesenden Angeklagten auf Vertretung - Menschenrechtliche Standards und ihre Auswirkungen auf den deutschen Strafprozess, Diss. Passau (2015).

Die vier maßgeblichen vom EGMR formulierten Grundsätze in Bezug auf ein vom Angeklagten initiiertes Abwesenheitsverfahren mit einem Verteidiger als »Vertreter« in der Hauptverhandlung der Berufungsinstanz lauten:

»It is of capital importance that a defendant should appear [...].

The legislature accordingly has to be able to discourage unjustified absences.

It [is] also of crucial importance [...] that the accused be adequately defended [even in his absence].

The latter interest prevails.«<sup>11</sup>

Diese vier Leitsätze hat der Gerichtshof in einer lange zurückliegenden Rechtstradition entwickelt, ausgehend von Urteilen gegen Belgien, Frankreich und die Niederlande. Insofern konnte das am 8. November 2012 gegen Deutschland verkündete Urteil *Neziraj*<sup>12</sup> die deutsche Strafjustiz nicht überraschen – zumal es mit dem wenige Jahre zuvor verkündeten Urteil *Pietiläinen* einen mehr als deutlichen »Vorboten« gab.<sup>13</sup> Aufgrund der seit Jahrzehnten fest etablierten Straßburger Judikatur (ohne nennenswerte abweichende Sondervoten, die hätten aufhorchen lassen) – war es folgerichtig, dass der EGMR nun auch die deutsche Rechtspraxis der Rechtsmittelverwerfung bei Ausbleiben des Angeklagten in der Hauptverhandlung (§ 329 Abs. 1 StPO) einer kritischen Überprüfung unterzogen hat.

Deutschland hätte die Verurteilung durch den EGMR im Fall *Neziraj* abwenden können, wenn es bereits vor über 20 Jahren an der Konventionskonformität von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO ernsthaft gezweifelt hätte.<sup>14</sup> Anlass dazu gab damals schon das 1993 in der Sache *Poitrimol* gegen Frankreich ergangene Urteil des EGMR<sup>15</sup>, das den Ausgangspunkt der Straßburger Rechtsprechung zum Recht des Angeklagten auf Abwesenheit in der Hauptverhandlung und eine dortige effektive Verteidigung durch den Verteidiger als »Rechtsvertreter« darstellt:

Der Angeklagte war in erster Instanz wegen Kindesentführung in Abwesenheit, jedoch unter Beteiligung seiner Verteidiger zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden. Gleichzeitig war ein Haftbefehl erlassen worden. In zweiter Instanz erschien der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht zur Verhandlung. Seine Verurteilung wurde schließlich aufrechterhalten, ohne den Verteidigern rechtliches Gehör zu gewähren.<sup>16</sup>

11 Zusammenfassend in EGMR, *Neziraj*/Deutschland (Fn. 1), §§ 45-51 m.w.N.

12 EGMR, *Neziraj*/Deutschland (Fn. 1).

13 So bereits *Esser*, StV 2013, 331.

14 Kritisch bereits *Meyer-Mews*, NJW 2002, 1928.

15 EGMR, *Poitrimol*/Frankreich (Fn. 1).

16 Zum Sachverhalt vgl. EGMR, *Poitrimol*/Frankreich (Fn. 1), §§ 8 ff.

Der EGMR sah in dieser Vorgehensweise einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK. Im Ergebnis ließ er zwar offen, ob es mit der EMRK vereinbar sei, den Angeklagten von einer ungerechtfertigten Abwesenheit in der Hauptverhandlung durch eine Verweigerung des Rechts auf Verteidigung abzuschrecken. Jedenfalls sei ein solches Vorgehen im konkreten Fall unverhältnismäßig gewesen.<sup>17</sup>

Besonderes Augenmerk in der weiteren Rechtsentwicklung war sodann auf die Urteile des EGMR gegen die Niederlande in den Fällen *Lala* und *Pelladoah* aus dem Jahr 1994 zu richten.

In beiden Fällen wurden die Angeklagten erstinstanzlich in Abwesenheit zu Freiheitsstrafen verurteilt. Obwohl sie zur Berufungshauptverhandlung ordnungsgemäß geladen worden waren, erschienen sie nicht, weil *Lala* die Inhaftierung in anderer Sache drohte und *Pelladoah* zwischenzeitlich in sein Heimatland Mauritius ausgewiesen worden war. Die erschienenen Verteidiger wurden in der mündlichen Verhandlung nicht gehört, insbesondere, weil sie die nach nationalem Recht erforderliche spezielle Ermächtigung zur Vertretung des Angeklagten nicht vorweisen konnten.<sup>18</sup>

Der EGMR stellte auch in den dort zur Begutachtung stehenden Konstellationen eine Verletzung des Rechts des nicht erschienenen Angeklagten auf eine effektive Verteidigung in seiner Abwesenheit fest, obwohl die Verteidiger jeweils keine nach nationalem Recht erforderliche spezielle Ermächtigung zur Vertretung des Angeklagten in der gerichtlichen Hauptverhandlung vorweisen konnten. Damit das Recht auf Verteidigung gemäß Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht nur theoretisch, sondern *praktisch* und *effektiv* gewährleistet sei, dürfe die Ausübung dieses Rechts nicht von der Erfüllung überflüssiger Formerfordernisse abhängig gemacht werden.<sup>19</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es höchst zweifelhaft, ob die Berufung des Angeklagten gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO verworfen werden kann, wenn der Verteidiger entgegen § 332 iVm § 234 StPO zu Beginn der Berufungshauptverhandlung keine schriftliche Vertretungsvollmacht vorweisen kann.<sup>20</sup>

17 EGMR, Poitrimol/Frankreich (Fn. 1), § 35.

18 Zu den Sachverhalten EGMR, *Lala/Niederlande* (Fn. 1), §§ 8 ff.; *Pelladoah/Niederlande* (Fn. 1), §§ 8 ff.; zum Urteil *Lala*: *Sommer*, StraFo 1999, 402 (403).

19 EGMR, *Lala/Niederlande* (Fn. 1), § 34; *Pelladoah/Niederlande* (Fn. 1), § 41 (»unduly formalistic conditions«).

20 So bei OLG München, StV 2013, 301 (302) = StraFo 2013, 252; OLG Düsseldorf, StV 2013, 299 (301); OLG Hamm, Beschl. v. 14.6.2012 – III-1 RVs 41/12, Tz. 12 ff. (juris) = StRR 2012, 463; OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.2.2014 – VIII-1 StO 2/13, BeckRS 2014, 05457; OLG Hamburg, Beschl. v. 3.12.2013 – 1 25/13 (REV) 1 Ss 68/13, Tz. 26 (juris) = BeckRS 2014,00512; OLG Celle, NStZ 2013, 615 (616); zustimmend: *Moosbacher*, NStZ 2013, 312 (314); *ders.*, JuS 2013, 699 (700); ablehnend: *Esser*, StV 2013, 331 (336); vgl. auch *ders.*, StraFo 2013, 253 (256).

Frankreich wurde sodann noch in drei weiteren, ähnlich gelagerten Fällen<sup>23</sup> wegen einer Verletzung von Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK verurteilt, ehe das nationale Recht schließlich den Vorgaben des EGMR angepasst wurde.<sup>22</sup> Besonders hervorzuheben ist dabei das Urteil in der Sache *Krombach*,<sup>23</sup> dem ein – bis heute<sup>24</sup> – nicht gänzlich geklärter, durchaus spektakulärer Sachverhalt zugrunde liegt: Der deutsche Angeklagte war der vorsätzlichen Körperverletzung mit Todesfolge an seiner französischen Stieftochter beschuldigt worden. Sodann war er in erster Instanz vor einem französischen Schwurgericht zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, ohne dass seinem Verteidiger die Möglichkeit einer Einlassung zur Sache in Abwesenheit seines Mandanten gewährt worden war.<sup>25</sup> Der EGMR ließ die nach französischem Recht bestehende Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens, zu deren Wahrnehmung sich der mit Haftbefehl gesuchte Angeklagte jedoch hätte stellen müssen, nicht als Garantie für ein faires Verfahren iSv Art. 6 Abs. 1 EMRK ausreichen<sup>26</sup> und stellte demzufolge eine Verletzung der Konvention (Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK) fest. Bemerkenswert ist überdies, dass in der Sache *Krombach* auch der EuGH in einem parallelen Vorabentscheidungsverfahren (Art. 234 EGV a.F.) im *europarechtlichen* Kontext angerufen worden war.<sup>27</sup>

*Krombach* war vom Schwurgericht in Marseille in einem dem deutschen Adhäsionsverfahren vergleichbaren Prozedere zur Zahlung eines Schadensersatzes an den Vater des verstorbenen Mädchens verurteilt worden. Das Urteil war in Deutschland für vollstreckbar erklärt worden. Dagegen hatte sich *Krombach* mit der Beschwerde und schließlich mit der Rechtsbeschwerde zum BGH gewandt. Der BGH hatte dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob es im Rahmen der *ordre-public*-Klausel des Art. 27 Nr. 1 EuGVÜ berücksichtigungsfähig sei, dass das Strafgericht des Ursprungsstaats die Verteidigung des Schuldners durch einen Rechtsanwalt in einem zivilrechtlichen

21 Vgl. hierzu EGMR, *Harizi/Frankreich* (Fn. 1); *Van Pelt/Frankreich* (Fn. 1); *Krombach/Frankreich* (Fn. 1).

22 Zur Erweiterung von Art. 411 CCP vgl. Act no. 2004-204 of 9 March 2004 art.133 III Official Journal of 10 March 2004, in force 1 October 2004; Appendix to Resolution CM/ResDH(2011)212.

23 EGMR, *Krombach/Frankreich* (Fn. 1).

24 *Bamberski* soll am 18.10.2009 den mutmaßlichen Mörder (*Krombach*) seiner Tochter entführt und ihn von Lindau am Bodensee nach Mulhouse im Elsass verbracht haben, wo er gefesselt und geknebelt vor dem Gerichtsgebäude gefunden wurde. Vgl. hierzu *Netzer*, ZJS 2009, 752. Die Hauptverhandlung gegen *Bamberski* wegen der mutmaßlichen Entführung *Krombachs* hat im Mai 2014 vor dem Tribunal Correctionnel in Mulhouse begonnen. Vgl. hierzu: Die Welt v. 22.5.2014, <http://www.welt.de/vermischtes/article128314673/Kalinka-oder-die-lange-Suche-nach-Gerechtigkeit.html> (Stand: 29.5.2014).

25 Zum Sachverhalt EGMR, *Krombach/Frankreich* (Fn. 1), §§ 9 ff.

26 EGMR, *Krombach/Frankreich* (Fn. 1), § 87.

27 EuGH, Rs. C-7/98 (*Krombach/Bamberski*), 28.3.2000, Slg. C-7/98 = NJW 2000, 1853 m. Anm. von *Bar*, JZ 2000, 725; ausführlich auch *Netzer*, ZJS 2009, 752.

Adhäsionsverfahren zurückgewiesen habe, weil der in einem anderen Vertragsstaat wohnende Beklagte wegen einer vorsätzlichen Straftat angeklagt und nicht persönlich erschienen sei.<sup>28</sup> Dies bejahte der EuGH und wies das Recht auf Verteidigung in Abwesenheit als unverzichtbaren Grundsatz des (früheren) Gemeinschaftsrechts aus.<sup>29</sup>

Belgien wurde in drei vergleichbaren Fällen ebenfalls vom EGMR verurteilt. In der Sache *Van Geyselghem* hatte sogar die Große Kammer die bis dahin bereits gegen Frankreich und die Niederlande etablierte Rechtsprechung bestätigt.<sup>30</sup>

Von besonderem Interesse war für die Beurteilung der Konventionskonformität der deutschen Regelung des § 329 Abs. 1 StPO und der auf ihr beruhenden gerichtlichen Verwerfungspraxis das im Jahr 2009 gegen Finnland verkündete Urteil im Fall *Kari-Pekka Pietiläinen*.<sup>31</sup> In diesem Fall ging es um eine Verwerfung des Rechtsmittels der Berufung des Angeklagten wegen seiner Abwesenheit an einem von mehreren Verhandlungstagen. Sein anwaltlicher Vertreter war nicht »anstelle« des abwesenden Mandanten in der Sache angehört worden. In der dem Angeklagten übersandten Ladung zur Hauptverhandlung befand sich kein Hinweis darauf, dass die Abwesenheit von nur einem Verhandlungstag als Abwesenheit von der gesamten Hauptverhandlung interpretiert werden würde. Ebenso fehlte ein Hinweis im Verhandlungsplan auf die Notwendigkeit der Anwesenheit des Angeklagten an dem besagten Tag. Ein ärztliches Attest war vom Berufungsgericht nicht als Entschuldigung anerkannt worden.<sup>32</sup>

Diese prozessuale Vorgehensweise kritisierte der EGMR dahingehend, erneut in Fortsetzung seiner bereits gefestigten Rechtsprechung zu postulieren, dass die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte durch den Verteidiger für den in der Hauptverhandlung trotz Ladung nicht erschienenen Angeklagten gewährleistet sein müsse.<sup>33</sup> Ausdrücklich legte der Gerichtshof dabei fest, dass es eines Entschuldigungsgrundes des Angeklagten in diesem Zusammenhang nicht bedürfe.<sup>34</sup> Einzige Ausnahme, bei der die Anwesenheit des Angeklagten erforderlich sei und dementsprechend auch eingefordert

28 BGH, EuZW 1999, 26.

29 EuGH, Rs. C-7/98 (Krombach) (Fn. 1), § 42.

30 EGMR (GK), *Van Geyselghem/Belgien* (Fn. 1); *Stroek/Belgien* (Fn. 1); *Goedhart/Belgien* (Fn. 1).

31 EGMR, *Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland* (Fn. 1); vgl. hierzu auch: *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 2011, 140 (147 f.).

32 Zum Sachverhalt vgl. EGMR, *Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland* (Fn. 1), §§ 5 ff.

33 EGMR, *Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland* (Fn. 1), §§ 31 f.

34 EGMR, *Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland* (Fn. 1), § 31 (»even in the absence of an excuse«).

werden dürfe, mit der Folge, dass die Abwesenheit nicht zu entschuldigen wäre, seien Verfahrensabschnitte, für die eine Anwesenheit des Angeklagten absolut notwendig sei (»any issues ... for which the applicant's attendance in person was strictly necessary«).<sup>35</sup>

### III. »Neziraj« vs. »Görgülü« oder: Wer hat das »letzte Wort«?

Rund drei Jahre später, am 8. November 2012, hat nun der EGMR im Urteil *Neziraj* gegen Deutschland<sup>36</sup> eine dem Urteil *Pietiläinen* vergleichbare Fallkonstellation ebenfalls als konventionswidrig eingestuft (Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK).

Im konkreten Fall war der Angeklagte in erster Instanz vom Amtsgericht Köln wegen Körperverletzung (in seiner Anwesenheit) verurteilt worden. Er legte gegen dieses Urteil Berufung ein, blieb aber der späteren Hauptverhandlung fern, weil gegen ihn ein Haftbefehl in anderer Sache offenstand, so dass der Angeklagte eine Verhaftung zu Beginn der Hauptverhandlung befürchten musste. Die Berufung wurde entsprechend der höchstrichterlichen deutschen Rechtsprechung gemäß § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO vom Landgericht Köln trotz Erscheinens des vertretungsbereiten Verteidigers verworfen. Die Revision zum Oberlandesgericht und die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht<sup>37</sup> blieben ohne Erfolg.<sup>38</sup>

Ohne größere dogmatische Abweichungen von dem bereits skizzierten Urteil *Pietiläinen* gegen Finnland aus dem Jahr 2009 kam der EGMR auch im Fall *Neziraj* zur Annahme eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 3 *lit. c* iVm Art. 6 Abs. 1 EMRK. Bemerkenswert ist bei einem Vergleich des Argumentationsmusters zu dem im Urteil *Pietiläinen* lediglich, dass der Gerichtshof die dort erwähnte Einschränkung in Bezug auf *Verfahrensabschnitte, für die eine Anwesenheit des Angeklagten absolut notwendig ist*, nicht mehr aufgreift. Ebenfalls bemerkenswert und für die weitere Rechtsentwicklung von besonderer Brisanz sind Andeutungen, die durchaus auch für die erste Instanz des gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen an die zu gewährleistende Möglichkeit einer gerichtlichen Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten denken lassen.<sup>39</sup>

35 EGMR, Kari-Pekka Pietiläinen/Finnland (Fn. 1), § 34; vgl. Karpenstein/Mayer/Meyer, EMRK-Kommentar, 2012, Art. 6 Rn. 192.

36 EGMR, Neziraj/Deutschland (Fn. 1) m. Anm. Püschel, StraFo 2012, 493; Gerst, StRR 2013, 23; Lampe, jurisPR-StrafR 5/2013 Anm. 1.

37 BVerfG, StraFo 2007, 190.

38 Zum Sachverhalt vgl. EGMR, Neziraj/Deutschland (Fn. 1), §§ 7 ff.

39 Vgl. nur EGMR, Neziraj/Deutschland (Fn. 1), § 65 (»It would also reiterate in this connection that an accused was not obliged to surrender to custody in order to secure the right to be (re)tried in conditions that comply with Article 6 of the Convention«).

Vor allem aber haben die dem Urteil anliegenden Sondervoten der Richterinnen *Power-Forde* und *Nußberger* Aufmerksamkeit erregt. Beide Richterinnen stimmten zwar in ihrem Votum der Hauptlinie des EGMR im Ergebnis zu (das Verdikt erging daher  *einstimmig*, d.h. mit Zustimmung der deutschen Richterin) – ein weiterer Beleg dafür, dass dieses gegen Deutschland verkündete Urteil und der darin festgestellte Konventionsverstoß alles andere als unerwartet aus dem Straßburger Himmel gefallen sind. Beide Richterinnen deuteten aber an, dass sie mit der Begründungslinie des Gerichtshofs inhaltlich nicht völlig übereinstimmen. Aufgrund der turnusmäßig anstehenden Richterwechsel am EGMR (vgl. Art. 23 EMRK) ist daher nicht auszuschließen, dass dieses Sondervotum in Zukunft noch einmal aufgegriffen werden und sich die Rechtsprechung zur Thematik der Berufungsverwerfung bei Abwesenheit des Angeklagten in eine andere Richtung entwickeln wird.

#### IV. Umsetzungsbedarf in der juristischen Praxis

Nichtsdestotrotz steht Deutschland als Völkerrechtssubjekt nun vor der – durchaus schwierigen Aufgabe – der aus Art. 46 Abs. 1 EMRK resultierenden Pflicht zur Befolgung des endgültigen Urteils in der Sache *Neziraj* nachzukommen – vor allem in Bezug auf künftige gleichgelagerte Fälle. Dass die Bewältigung dieser Aufgabe keine leichte ist, liegt vor allem daran, dass die EMRK ein völkerrechtlicher Vertrag ist, dem anders als die allgemeinen Regeln des Völkerrechts iSv Art. 25 GG innerstaatlich keine unmittelbare Geltung zukommt.<sup>40</sup> Auf nationaler Ebene hat die Konvention nur deshalb direkte Anwendung, weil sie ratifiziert und auf diese Weise in innerstaatliches Recht transformiert worden ist. Anders als beispielsweise Österreich<sup>41</sup> hat sich Deutschland seinerzeit nicht für eine Umsetzung der EMRK im Range von Verfassungsrecht entschieden, sondern hat die Konvention auf der Ebene des einfachen Rechts als Bundesgesetz per Zustimmungsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 GG verankert.<sup>42</sup> Die EMRK ist damit unmittelbar geltendes deutsches Recht und bindet die vollziehende Gewalt sowie die Rechtsprechung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG. Folglich ist die Rechtsprechung des EGMR, die die EMRK als »living instrument«<sup>43</sup> fortlaufend neu prägt, in jedem Strafverfahren aufgrund des von Art. 59 Abs. 2 GG ausgehenden Normanwendungsbefehls zu beachten.

40 Vgl. LR-EMRK/*Esser* (Fn. 8), Einführung Rn. 42; *Grabewarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Auflage, 2012, § 3 Rn. 6.

41 *Grabewarter/Pabel* (Fn. 40), § 3 Rn. 2.

42 BGBl. II 1952, S. 685, ber. S. 953; zuletzt Bekanntmachung der Neufassung der Konvention vom 22.10.2010, BGBl. II 2010, S. 1198.

43 Vgl. nur EGMR, Tyrer/UK, 25.4.1978, Nr. 5856/72, Serie A Nr. 26, § 31 = NJW 1979, 1089; SK-StPO/*Paeffgen*, Band X, EMRK, 4. Aufl., 2012, Einführung Rn. 273; vgl. auch BVerfGE 111, 307 (319).

Allerdings steht die EMRK damit in der Normenhierarchie unterhalb der deutschen Verfassung. Da das BVerfG in der Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG) nur die Verletzung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte – bei Urteilen reduziert auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts – überprüft, kann ein Verstoß gegen die EMRK zudem nicht unmittelbar vor dem BVerfG gerügt werden.<sup>44</sup> Das BVerfG hat aber – wie bereits oben dargelegt – im Görgülü-Beschluss vom 14.10.2004 in Anerkennung der völkerrechtlichen Bindungswirkung der EMRK gemäß Art. 1 EMRK klargestellt, dass zur Bindung an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG auch die Berücksichtigung der EMRK sowie der Rechtsprechung des EGMR im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung gehört.<sup>45</sup> Letztlich kann damit die »Nichtberücksichtigung« eines EGMR-Urteils bzw. von EMRK-Standards doch zu einer Verletzung der Verfassung (Art. 2 Abs. 1 GG) führen.

In Bezug auf die konkrete Pflicht zur »Berücksichtigung« eines EGMR-Urteils ist zu beachten, dass dieses als Feststellungsurteil ergeht (Art. 41 EMRK), das zwar völkerrechtlich verbindlich ist, jedoch keine unmittelbare kassatorische Wirkung auf nationaler Ebene entfaltet.<sup>46</sup> Der EGMR kann damit durch sein Urteil die eigentliche Ursache der Verletzung der Konvention nicht selbst beseitigen. Daraus können Konflikte zwischen dem Anspruch, die staatliche Souveränität zu wahren und der Gewährleistung effektiven Individualrechtsschutzes entstehen. Sie können jedoch teilweise dadurch entschärft werden, dass der EGMR gemäß Art. 41 EMRK der verletzten Partei eine gerechte Entschädigung zusprechen *kann*, wenn das innerstaatliche Recht nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen der Vertragsverletzung gestattet.<sup>47</sup>

Aus einer Zusammenschau von Art. 46 Abs. 1 EMRK<sup>48</sup> und Art. 1 EMRK<sup>49</sup> ergibt sich hinsichtlich einer Bindungswirkung der Urteile des EGMR zweierlei: Zum einen muss der jeweilige verurteilte Mitgliedstaat *individuelle* Maßnahmen gegenüber der verletzten Partei ergreifen, um die Konventionsverletzung wiedergutzumachen (»inter partes«). Zum anderen muss er auch

44 Vgl. zum Prüfungsmaßstab auch *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, Art. 100 [Stand: 69. Lfg. 2013], Rn. 22; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 40), § 3 Rn. 6.

45 BVerfGE 111, 307 (323).

46 Vgl. LR-EMRK/*Esser* (Fn. 8), Verfahren, Rn. 216; *Karpenstein/Mayer/Breuer* (Fn. 35), Art. 46 Rn. 5.

47 Zu Art. 41 EMRK vgl. LR-EMRK/*Esser* (Fn. 8), Verfahren Rn. 220 ff.; *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 40), § 15.

48 Art. 46 Abs. 1 EMRK: »Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen.«

49 Art. 1 EMRK: »Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.«

50 Vgl. BVerfGE 111, 307 (321).

*generelle* Maßnahmen in die Wege leiten, um erneute Konventionsverstöße in vergleichbaren künftigen Verfahrenskonstellationen zu vermeiden.<sup>50</sup> Aus dem Wortlaut von Art. 46 Abs. 1 EMRK (»in denen sie Partei sind«) ergibt sich zwar, dass sich die Rechtskraftwirkung eines *Urteils* des EGMR und damit auch die Befolgungspflicht des im individuellen Streitfall betroffenen Staates auf den jeweils entschiedenen Streitgegenstand beschränkt.<sup>51</sup> Aus Art. 1 EMRK folgt allerdings darüber hinausgehend, dass die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich an den übertragungsfähigen Inhalt der gesamten Rechtsprechung des EGMR gebunden ist.<sup>52</sup>

Das BVerfG hat hierzu im *Görgülü*-Beschluss klargestellt, dass

»alle staatlichen Organe der Bundesrepublik Deutschland [...] an die Konvention und die für Deutschland in Kraft getretenen Zusatzprotokolle im Rahmen ihrer Zuständigkeit kraft Gesetzes gebunden [sind]. Sie haben die Gewährleistungen der Konvention und die Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Auslegung von Grundrechten und rechtsstaatlichen Gewährleistungen zu berücksichtigen.«<sup>53</sup>

Das BVerfG postuliert des Weiteren das – »präventiv« zur Vermeidung von Kollisionen zu beachtende – Gebot einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung nationaler Rechtsbestimmungen im Lichte der EMRK:

»Das Grundgesetz weist mit Art. 1 Abs. 2 GG dem Kernbestand an internationalen Menschenrechten einen besonderen Schutz zu. Dieser ist in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG die Grundlage für die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung als Auslegungshilfe heranzuziehen. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.«<sup>54</sup> ...

»Da die Europäische Menschenrechtskonvention – in der Auslegung durch den EGMR – im Range eines förmlichen Bundesgesetzes gilt, ist sie in den Vorrang des Gesetzes einbezogen und muss insoweit von der rechtsprechenden Gewalt beachtet werden.«<sup>55</sup> ...

51 Vgl. auch BVerfGE 111, 307 (320); Karpenstein/Mayer/Breuer (Fn. 35), Art. 46 Rn. 31.

52 LR-EMRK/Esser (Fn. 8), Verfahren Rn. 254.

53 BVerfGE 111, 307 (331).

54 BVerfGE 111, 307 (329).

55 BVerfGE 111, 307 (325 f.).

»Die über das Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Entscheidungen des Gerichtshofs erfordert zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts, der zuständigen Behörde oder des Gesetzgebers einfließen. Das nationale Recht ist unabhängig von dem Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens nach Möglichkeit im Einklang mit dem Völkerrecht auszulegen.«<sup>56</sup>

Damit nimmt die gesamte Rechtsprechung des EGMR über den konkreten Streitgegenstand hinaus an der innerstaatlichen Verbindlichkeit der EMRK (Art. 59 Abs. 2 GG) teil. Nationale Strafverfolgungsbehörden und -gerichte sind damit auch von Verfassung wegen gehalten, die in einem Strafverfahren anzuwendenden Vorschriften und Gesetze im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auszulegen.

"Der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt.«<sup>57</sup>

Der EMRK und damit mittelbar der gesamten Rechtsprechung des EGMR kommt damit in weitem Umfang eine Klarstellungs- und Konkretisierungsfunktion für das deutsche Strafverfahrensrecht zu. Dies ist vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass das Grundgesetz zu vielen strafprozessualen Verfassungsgarantien schweigt, die daher lediglich über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) hergeleitet werden können (darunter fundamentale Garantien wie das Fairnessgebot im Allgemeinen und das Schweigerecht im Speziellen).

Allerdings hat das BVerfG im *Görgülü*-Beschluss vom 14.10.2004 den Umfang der aus Art. 59 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitenden Berücksichtigungspflicht von Behörden und Gerichten ebenso signifikant wie bedenklich eingeschränkt:

»Etwas anderes gilt [...] dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenbasis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt.«<sup>58</sup>...

56 BVerfGE 111, 307 (324).

57 BVerfGE 111, 307 (317).

58 BVerfGE 111, 307 (329).

»Berücksichtigen' bedeutet, die Konventionsbestimmung in der Auslegung des Gerichtshofs zur Kenntnis zu nehmen und auf den Fall anzuwenden, soweit die Anwendung nicht gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen Verfassungsrecht verstößt.«<sup>59</sup>

Der Berücksichtigungspflicht soll [schon] dann genüge getan sein, wenn

»die zuständigen Behörden oder Gerichte (...) sich mit der Entscheidung erkennbar auseinander[gesetzt] und gegebenenfalls nachvollziehbar begründe[t haben], warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen.«<sup>60</sup>

Gerade in Fällen, in denen staatliche Gerichte wie im Privatrecht mehrpolige Grundrechtsverhältnisse auszugestalten hätten, komme es regelmäßig auf sensible Abwägungen zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen an, die bei einer Änderung der Subjekte des Rechtsstreits oder durch eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse im Ergebnis anders ausfallen könnten.<sup>61</sup> Als Argument hierfür führt das BVerfG an, dass das Grundgesetz die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten erstrebe, dabei jedoch nicht auf die in dem »letzten Wort der deutschen Verfassung« liegende Souveränität verzichte.<sup>62</sup> Insofern widerspreche es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht nicht beachte, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden sei.<sup>63</sup>

Man mag diesem die Berücksichtigungspflicht beschränkenden Ansatz des BVerfG kritisch gegenüberstehen: Da das nationale Verfassungsrecht einer völkerrechtsfreundlichen Interpretation von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO ersichtlich nicht entgegensteht und durch diese Vorschrift auch keine »bipolaren Grundrechtsverhältnisse« gegeneinander auszugleichen sind,<sup>64</sup> ist der völker- und verfassungsrechtliche Auftrag an die nationalen Strafgerichte zur konventionskonformen Auslegung jedenfalls dieser Norm grundsätzlich eröffnet (vgl. den Wortlaut von § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO: »in den Fällen, in denen dies zulässig ist«).<sup>65</sup> Dennoch haben sich mehrere Oberlandesgerichte

59 BVerfGE 111, 307 (329).

60 BVerfGE 111, 307 (324).

61 BVerfGE 111, 307 (324).

62 BVerfGE 111, 307 (319).

63 BVerfGE 111, 307 (319).

64 Esser, StV 2013, 331 (339); ders. StraFo 2013, 252 (255); ders., StV 2005, 348 (351).

65 Dagegen OLG München (Fn. 2): »[...] bedeutet, dass § 329 Abs. 1 S. 1 StPO nicht entgegen seinem eindeutigen Wortlaut ausgelegt werden kann.«; dagegen: OLG Bremen (Fn. 2).

in ihrer Reaktion auf das Urteil des EGMR im Fall *Neziraj* gezielt auf die vom BVerfG formulierte Einschränkung der grundsätzlich bestehenden Berücksichtigungspflicht zurückgezogen und unter Beibehaltung herkömmlicher Auslegungsschemata, wie sie der deutschen Strafprozessordnung seit Jahrzehnten zugrunde liegen, eine völkerrechtsfreundliche Gesetzesinterpretation des § 329 Abs. 1 Satz 1 StPO vermissen lassen, zum Teil sogar ausdrücklich abgelehnt.<sup>66</sup> Die Analyse dieser Judikatur ist dem Beitrag von *Moosbacher* vorbehalten und soll daher an dieser Stelle nicht weiter erfolgen.<sup>67</sup>

Zusammenfassend bleibt jedenfalls zu konstatieren, dass keines der Oberlandesgerichte bisher den Versuch unternommen hat, die Vorschrift des § 329 Abs. 1 StPO über eine Rüge des entsprechenden Parallelgrundrechts auf effektive Verteidigung als Ausprägung des Anspruchs auf ein faires Verfahren, das sich selbstredend auch aus der deutschen Verfassung ableiten lässt (Art. 20 Abs. 3 GG),<sup>68</sup> dem BVerfG im Wege einer konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) vorzulegen.<sup>69</sup> Das zeigt, dass in dieser Thematik letztlich nur der Gesetzgeber helfen kann, einen künftigen erneuten Völkerrechtsverstoß Deutschlands im Außenverhältnis zu verhindern (Art. 46 Abs. 1, Abs. 2 EMRK). Mit der Mitte 2015 anstehenden Verabschiedung eines Gesetzes zur Änderung des § 329 StPO ist hier bereits Besserung in Sicht.

## V. Fazit

Das durch das Urteil *Neziraj* hervorgerufene Dilemma in Form eines Auslegungsspagats nationaler Strafgerichte zwischen den einschlägigen Normen von StPO und EMRK resultiert letztlich aus einer Zurückhaltung des Gesetzgebers in den 1950er Jahren bei der Ratifikation der Europäischen Menschenrechtskonvention, die ebenso wie in Österreich mit Verfassungsrang hätte erfolgen können, jedoch damals lediglich im Range eines förmlichen Bundesgesetzes erfolgt ist. Auch fehlt der EMRK der aus dem Europarecht bekannte Zwang in Form eines förmlichen Anwendungsvorrangs. Das gibt Staatsanwaltschaften und Gerichten immer wieder die Möglichkeit, distanzierend bis abwertend auf den Umstand hinzuweisen, dass die EMRK lediglich im Range eines einfachen Bundesgesetzes ratifiziert worden ist, und Spielräume gegenüber der deutschen Verfassung aufzuzeigen. Dass hier mitunter sogar Auslegungsgrenzen unter Hinweis auf die innere Systematik der

66 Vgl. hierzu bereits Fn. 2.

67 Siehe ferner: *Esser*, StraFo 2013, 253.

68 BVerfG, StraFo 2007, 190 (191).

69 *Payandeh*, DÖV 2011, 382; *Esser*, StV 2013, 331 (337); in Anschluss daran wohl auch *Engel*, ZJS 2013, 339 (343), allerdings ohne Auseinandersetzung mit der *strafrechtlichen* Literatur.

deutschen Strafprozessordnung und der dortigen Stellung des Strafverteidigers behauptet werden, |<sup>70</sup> stimmt betrüblich, ist aber letztlich auch Ausdruck einer Rechtsausbildung in den letzten Jahrzehnten, die es trotz einer seit den 1950er Jahren stärker voranschreitenden Rechtsintegration in Europa weitgehend nicht verstanden hat, internationale Vorgaben für die nationale Strafjustiz als selbstverständliche Rahmenbedingungen zu vermitteln. Das ändert sich mittlerweile an vielen Universitäten sowohl durch das gezielte Angebot von Schwerpunktveranstaltungen im Hauptstudium der Rechtswissenschaft als auch durch eine zunehmende Internationalisierung der juristischen Ausbildung insgesamt. Es ist zu hoffen, dass sich kommende Juristengenerationen in der Umsetzung menschenrechtlicher Garantien im Strafverfahren deutlich leichter tun werden, als dies bei deutschen Gerichten im Fall des § 329 Abs. 1 StPO heute ganz offensichtlich der Fall ist.

70 OLG Bremen (Fn. 2): »[...] kommt allerdings wegen dem sich aus dem Regelungszusammenhang der Vorschrift ergebenden erkennbar entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers nicht in Betracht.«; OLG Celle (Fn. 2), Tz. 9.

## Abwesenheitsrecht des Angeklagten? Änderungsnotwendigkeit des § 329 StPO?

Meine sehr verehrten Damen und Herren,

die Thematik ist von meinen Vorrednern umfassend und profund dargestellt. Ich schließe mich an und gehe mit ihnen davon aus, dass *de lege lata* nichts zu machen ist. Wir können uns damit dem Referentenentwurf zuwenden und diesen diskutieren.

Mir macht die Formulierung in § 329 Abs.1 Satz 1 EStPO Sorge: »Soweit nicht besondere Gründe die Anwesenheit des Angeklagten erfordern...«

Auf diesen Gedanken möchte ich meine Ausführungen beschränken. Wir haben zu sondieren, was es konkret bedeutet, wenn wir es dem Verteidiger entgegen § 329 Abs.1 StPO ermöglichen wollen, für den bewusst ferngebliebenen Angeklagten zur Sache zu verhandeln.

Der rechtliche Charakter der Sacheinlassung des Angeklagten ist mehrschichtig: Sie hat höchstpersönlichen Charakter; sie ist ein Erlebnisbericht, den ihm der Verteidiger im von der Untersuchungsmaxime, vom Aufklärungsgrundsatz bestimmten Strafverfahren nicht abnehmen kann; nicht als Vertreter und nicht als Beistand. Mit seiner Einlassung verteidigt sich der Angeklagte aber auch und bei seiner Verteidigung kann sich der Angeklagte im Verfahren jederzeit eines Verteidigers bedienen. Die Einlassung des Angeklagten ist *Auskunft* und *Mittel der Prozessführung* zugleich; die Übergänge fließen und damit auch die Unterscheidbarkeit von Vertretung und Verteidigung.

Damit trifft die Frage zentral das Verständnis der StPO von der Rolle des Angeklagten im Strafverfahren: Seine Rolle als selbstbestimmtes Prozesssubjekt mit selbständigen Rechten und Pflichten einerseits – und seine Rolle als Auskunftsperson, der er sich durch seine Anwesenheitspflicht generell nicht entziehen kann. Er ist *Beweisperson* zwar nicht im förmlichen Sinne, aber unbestritten in dem weiteren Sinne, dass sein gesamtes Verhalten von seiner Einlassung zur Sache über seine Fragen, Erklärungen und Reaktionen in der Beweisaufnahme bis zu seinem letzten Wort zum Inbegriff der Verhandlung zur Sache gehören und Grundlage des Urteils sein müssen.

Das abweichende Votum der beiden Richterinnen des EGMR ist für mich keineswegs unerträglich – wie Herr Esser meint (ich bin da bei Herrn Mosbacher) –; es kollidiert m. E. nicht mit der Unschuldsvermutung. Es steht nur dazu, dass der Angeklagte eben nicht nur selbstbestimmtes Subjekt im Verfahren ist, sondern durch seine Anwesenheitspflicht zu einem Teil auch Objekt – zumindest dadurch, dass er da ist und den Zeugen gegenüber steht. Er ist der Sache nach Beweismittel. Sein Recht zu schweigen ändert daran nichts.

Die Frage trifft genauso zentral das Verständnis der Strafprozessordnung von Verteidigung: Was unterscheidet die *Verteidigung* von der *Vertretung* des Angeklagten? Wird verteidigt, wenn der Anwalt die Einlassung des Angeklagten zur Sache vorträgt? Oder vertritt er ihn als Auskunftsperson? Ist das überhaupt möglich? Verteidiger, Vertreter, Übermittler – diese Begriffe in der Diskussion über dieselbe Verfahrenssituation kennzeichnen ein dogmatisch im wesentlichen ungeklärtes Feld. Wenn Herr *Schlothauer* in seiner Stellungnahme für die Bundesrechtsanwaltskammer völlig zu Recht die dogmatische Unklarheit in diesem Zusammenhang beklagt und hofft, dass die Änderung des § 329 StPO die Diskussion darüber ankurbelt, muss man doch erwidern: Umgekehrt wäre es besser - zunächst Klarheit schaffen, dann ändern.

Die StPO hält die beiden Rollen des Angeklagten nicht förmlich auseinander – wie etwa das Parteiverfahren im anglo-amerikanischen Strafverfahren. Dort stellt sich die Frage grundsätzlich anders; aber auch dort käme niemand auf die Idee, dass der Verteidiger den Angeklagten vertreten kann, wenn er als Beweismittel Angaben zur Sache macht.

Schließlich: Wie beantwortet die Strafprozessordnung die Frage außerhalb von § 329 Abs.1 StPO? Lässt sich die Frage überhaupt auf die Verfahrenssituation des § 329 StPO beschränken oder steht generell die Vertretbarkeit des Angeklagten bei der Sacheinlassung in der Tatsacheninstanz in Rede? Das sind großkalibrige Fragen, die die Heftigkeit der Diskussion erklären. Es ist schon richtig, dass über Strukturprinzipien des Strafprozessrechts gestritten wird.

Im Focus unseres Problems steht damit die Frage, ob, wie und unter welchen Voraussetzungen der Verteidiger bei der Sacheinlassung für den Angeklagten agieren kann – generell, also auch in Anwesenheit des Angeklagten und speziell in dessen Abwesenheit.

Es ist inzwischen unstreitig, dass der Verteidiger für den Angeklagten Einlassungen zur Sache abgeben kann. Er wird dabei entweder als Vertreter oder als Übermittler gesehen. Eindeutig wird diese Möglichkeit als Einbruch in

das Unmittelbarkeitsprinzip gesehen, der sich nur rechtfertigen lässt, wenn für das Gericht erkennbar ist, dass der Verteidiger die Sicht des Angeklagten vermittelt. Der zwangsläufige Verlust an Unmittelbarkeit und Beweiswert wird dadurch relativiert, dass das Gericht den *anwesenden* Angeklagten ergänzend befragen kann. Seine Reaktion gehört zum Inbegriff der Verhandlung, die zu würdigen ist.

Ist eine Verhandlung in *Abwesenheit* zulässig, so sieht die StPO Anlass, die Voraussetzungen, unter denen der Verteidiger für den Angeklagten Erklärungen abgeben darf, zu normieren - §§ 234, 411 StPO, § 73 OWiG. Damit wird zunächst klargestellt, dass die Abgabe von Sacheinlassungen für den Angeklagten in dessen Abwesenheit möglich aber keine Verteidigung ist. Dabei bleibt auch der Referentenentwurf. Es wird eine schriftliche Vertretungsvollmacht verlangt. Die Möglichkeit des Gerichts, jederzeit das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen, relativiert in den derzeit möglichen Abwesenheitsverfahren auch hier Defizite bei der Aufklärung des Geschehens. Vom Gericht wird nicht verlangt, dass es die Notwendigkeit des persönlichen Erscheinens begründet. Das Gericht kehrt damit zum Normalzustand zurück – zur Grundstruktur, die keiner besonderen Begründung bedarf.

Nehmen wir alle Verfahren in den Blick, in denen nach der StPO verteidigt wird, sind Abwesenheitsverfahren, in denen der Verteidiger den Angeklagten in der Verhandlung zur Sache vertreten kann, durchaus keine Ausnahmen in der strafprozessualen Praxis.

In Ordnungswidrigkeitsverfahren wird nach der Strafprozessordnung verteidigt; und zwar in erheblichen Umfang in Abwesenheit des Angeklagten, der sich von einem Verteidiger vertreten lässt (§ 73 OWiG).

Nach der Möglichkeit, in *Strafbefehlen* auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu erkennen, wird ein Großteil der kleineren bis hinein in die mittlere Kriminalität auf dem Weg über § 411 StPO zur Verhandlung gebracht; es kann in Abwesenheit des Angeklagten verhandelt werden, der sich von einem Verteidiger vertreten lassen kann – und zwar auch in der Berufungsinstanz.

Schließlich kann auch der sich in der Hauptverhandlung entfernende Angeklagte von seinem Verteidiger vertreten werden (§ 231, 234 StPO).

Damit haben wir in der Diskussion zur Kenntnis zu nehmen, dass bei Bewältigung der massenhaft zu erledigenden Strafverfahren die Vermittlung der Sacheinlassung des Angeklagten durch den Verteidiger Gang und Gäbe ist – häufig auch in Abwesenheit des Angeklagten. Flankiert wird dieses Verfahren jedoch immer von der Möglichkeit des Gerichts, das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen.

Haben wir also *de lege ferenda* Anlass, ein vergleichbares Abwesenheitsverfahren in der Berufungshauptverhandlung zu fordern?

Die Frage kann man zunächst aus der spezifischen Rechtsmittelsituation angehen. Ein Grundrecht oder Menschenrecht auf eine zweite Tatsacheninstanz gibt es nicht. Sie wird bei Urteilen der Amtsgerichte mit dem nicht zu vermeidenden summarischen Charakter der Verfahren zur Bewältigung der kleineren bis mittleren Kriminalität begründet. Deshalb die Möglichkeit einer zweiten Verhandlung mit der selben Garantiedichte für alle Maximen des rechtsstaatlichen Verfahrens, namentlich auch bei Feststellung des Tatgeschehens. In dem Maße, in dem wir es zulassen, dass die Sacheinlassung des Angeklagten in dessen Abwesenheit als eine Art Parteivortrag vom Verteidiger auf der Grundlage der Akten argumentativ vermittelt wird, wird der Kernbereich der Berufung als vollständige Tatsacheninstanz verlassen. Wir landen in einer Diskussion über mögliche Mischformen unserer Rechtsmittel - eingeschränkte Berufung, erweiterte Revision -, die seit 40 Jahren zu nichts führt. Die Berufung als zweite Tatsacheninstanz will auch niemand in Frage stellen.

Damit wird schon deutlich, dass eine Beschränkung des Fragenbereichs auf die Berufung nicht möglich und wohl auch nicht beabsichtigt ist. Die Frage lautet: Besteht Anlass, die Möglichkeiten von Abwesenheitsverfahren generell zu erweitern?

Ich meine grundsätzlich nein. Die mit dem Unmittelbarkeitsprinzip, dem Mündlichkeitsprinzip und der Untersuchungsmaxime noch zu vereinbarenden Möglichkeiten von Abwesenheitsverfahren sind ausgeschöpft.

Nach meiner Meinung wäre es aber nicht systemwidrig, wenn der Weg, der über § 411 StPO in Strafbefehlsverfahren und über § 73 OWiG in OWi-Verfahren eingeschlagen worden ist, in der Situation des § 329 Abs. 1 StPO weiter gegangen wird. Das hieße:

1. Grundsätzlich kann sich der Angeklagte in der Berufungshauptverhandlung von einem Verteidiger vertreten lassen.
2. Das Gericht ist stets befugt, das persönliche Erscheinen des Angeklagten anzuordnen. Es bleibt bei § 236 StPO in diesen Fällen. Die Vorführungs- und Haftbefehlsfrage kann modifiziert werden.
3. Bleibt der Angeklagte trotz angeordneten persönlichen Erscheinens unentschuldigt der Hauptverhandlung fern, so hat das Gericht die Berufung des Angeklagten ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen. Es hat aber auch die Möglichkeit, die Anordnung des persönlichen

Erscheinens wieder aufzuheben und bei einem vertretungsbefugten Verteidiger in Abwesenheit des Angeklagten zu verhandeln.

Damit bliebe man in der Struktur der StPO. Das geltende Recht ist bei der Anordnung des persönlichen Erscheinens an der Untersuchungsmaxime orientiert. Mit der Anordnung nach § 236 StPO entfällt die Voraussetzung des § 234 StPO – der Verteidiger kann den fern gebliebenen Angeklagten nicht vertreten. Der Vorsitzende kann die Anordnung aber auch wieder aufheben, was zur fakultativen Möglichkeit führt, den abwesenden Angeklagten von seinem Verteidiger vertreten zu lassen.

Im Ergebnis nicht anders ist es im Strafbefehlsverfahren nach § 411 Abs. 2 StPO: Dort kann der vertretungsbefugte Verteidiger den Angeklagten zwar immer vertreten – auch wenn der Angeklagte trotz Anordnung des persönlichen Erscheinens ferngeblieben ist. Der Vorsitzende hat aber zu entscheiden, ob er das angeordnete Erscheinen erzwingen oder in Abwesenheit des Angeklagten verhandeln will. Auch hier haben wir im Ergebnis die gleiche fakultative Möglichkeit eines Abwesenheitsverfahrens.

Das wäre mein Weg auch im § 329 StPO.

Der Referentenentwurf geht einen anderen Weg. Er verlangt vom Richter eine Begründung dafür, warum die Anwesenheit des Angeklagten erforderlich ist. Es sollen besondere Gründe die Anwesenheit erfordern; die soll der Richter darlegen. Damit wird die Unüberprüfbarkeit der gerichtlichen Anordnung des persönlichen Erscheinens verlassen und ein unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt, der auch revisionsrechtlich überprüfbar ist. Wenn es nicht mehr genügen soll, dass der Richter sagt: Ich will den Angeklagten sehen und die Schöffen sollen ihn auch sehen, haben wir nicht mehr die vollständige Tatsacheninstanz, die die StPO meint. Der Streit über die Gründe, die in der Entwurfsbegründung beispielhaft genannt werden, hat bereits begonnen. Mit einer gewissen Schadensfreude habe ich gelesen, dass *Schlothauer* in seiner Stellungnahme für die Bundesrechtsanwaltskammer – nachvollziehbar – bezweifelt, dass die Notwendigkeit eines Hinweises nach § 265 StPO ein solcher besonderer Grund ist.

Eine Schlussbemerkung: Es ist auch eine Frage der Glaubwürdigkeit. Man kann nicht den Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung beklagen und die Stellung des Angeklagten in der Beweisaufnahme stärken wollen – z.B. sein Konfrontationsrecht – und gleichzeitig den Schwerpunkt der Verhandlung immer mehr in eine argumentative Diskussion der professionellen Verfahrensbeteiligten verlagern, wo der Angeklagte wie eine Partei vom Verteidiger vertreten wird.

Das Interesse des Verteidigers, sich den Angeklagten nicht um Kopf und Kra-  
gen reden zu lassen, ist nachvollziehbar; kann aber weder für den Rechtsan-  
wender noch für den Gesetzgeber ein Argument sein.

# Verfassungsrechtliche Grenzen der Akteneinsicht durch Dritte im Ermittlungsverfahren

## I. Einleitung

Gegenstand der nachfolgenden Überlegungen ist die Frage, inwieweit das Verfassungsrecht die strafprozessualen Vorschriften über Akteneinsicht und Aktenauskunft steuert, ihnen insbesondere Grenzen setzt. Vorab sind drei Eingrenzungen vornehmen: Der Beitrag beschränkt sich erstens auf das strafprozessuale Ermittlungsverfahren, zweitens auf die Person des Beschuldigten und drittens auf die Akteneinsicht durch private Dritte oder sonstige Stellen nach § 475 StPO. Die Überlegungen gliedern sich insgesamt in vier Schritte:

Zunächst ist in grundsätzlicher Hinsicht auf die prekäre informationsrechtliche Stellung des Beschuldigten im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren hinzuweisen (II.).

Verstärkt wird diese prekäre Stellung durch das Paradigma informationeller Transparenz. Dieses zeitgeistgeprägte Phänomen soll in einem zweiten Schritt kurz beleuchtet werden (III.).

Drittens ist zu erwägen, ob und inwieweit das Verfassungsrecht hier wirksamer Widerpart sein kann. Dabei ist insbesondere die verfassungsrechtliche Stellung des Beschuldigten zu analysieren (IV.).

Aus dieser verfassungsrechtlichen Analyse lassen sich abschließend einige Erkenntnisse für die Auslegung des § 475 StPO gewinnen (V.).

Zunächst also einige Überlegungen zur informationellen Stellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren.<sup>1</sup>

\* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg.

<sup>1</sup> Vgl. dazu bereits J.F. Lindner, Der Schutz des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, StV 2008, S. 210 ff.

## II. Informationelle Stellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren

1. Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen einen Bürger macht diesen zum Beschuldigten. Die Beschuldigteneigenschaft bringt bereits per se eine Fülle von »Zumutungen« mit sich. Der Beschuldigte muss mit der Situation umgehen, dass die Staatsgewalt in Gestalt der Staatsanwaltschaft gegen ihn den Anfangsverdacht hegt, eine Straftat begangen zu haben. Diese Situation ist – anders als im Zivilprozess – nicht von Freiwilligkeit, Sachherrschaft und Gleichrangigkeit geprägt. Dem als unschuldig geltenden Beschuldigten drohen vielmehr Untersuchungshaft und ein ganzes Arsenal an grundrechtsverkürzenden Ermittlungsmaßnahmen. Das Ermittlungsverfahren ist gekennzeichnet – wie *Winfried Hassemer* einmal treffend formuliert hat – von »Hierarchie, Zwang und Verletzung«.<sup>2</sup>

2. Eine besondere »Zumutung« ist die prekäre *informationelle* Stellung des Beschuldigten. Hierbei ist insbesondere dessen sozialpsychische Gefährdung in den Blick zu nehmen. Er muss jederzeit damit rechnen, durch einschlägige Presseberichterstattung, ggf. nach offensiver, »politisch korrekter« Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft,<sup>3</sup> in seinem beruflichen, persönlichen und gesellschaftlichen Umfeld zunächst bloßgestellt, sodann vorverurteilt und schließlich medial »hingerichtet« zu werden.

Beispiele dafür gibt es in der jüngeren Strafrechtsgeschichte zuhauf. Mit der »Mutation« vom Bürger zum Beschuldigten in einem hoheitlichen Zwangsverfahren gerät dieser zwangsläufig in eine informationsrechtlich prekäre Lage, wenn der im Raume stehende Tatverdacht bzw. der dahinterstehende Lebenssachverhalt aus irgendeinem Grund in irgendeiner Weise zu irgendeinem Zeitpunkt medial besonders interessant ist.

3. Die hierin liegende sozialpsychische Gefährdung des Beschuldigten ist besonders deswegen prekär, weil die Information ein Phänomen ist, das nicht mehr rückholbar, aufhebbar oder in sonstiger Weise ungeschehen zu machen ist. Worte und Bilder verflüchtigen sich über die elektronischen Kommunikationsmedien weltweit und bleiben für immer bestehen – *semper aliquid haeret*.

<sup>2</sup> Im Rahmen eines Vortrags auf dem 30. Strafverteidigertag am 24.3.2006 in Frankfurt/Main.

<sup>3</sup> Vgl. etwa G. Trüg, Medienarbeit der Strafjustiz, NJW 2011, S. 1040 ff.; J.F. Lindner, Zum verfassungsrrechtlichen Gebot einer justiziellen Schweigepflicht, in: Wieviel Sicherheit braucht die Freiheit? Tagungsband zum 30. Strafverteidigertag, 2007, S. 349 ff.

Die Öffentlichwerdung des Beschuldigten wird durch die Rechtsordnung unterstützt und beschleunigt. Das Presse- und das Strafprozessrecht enthalten durch die Einräumung von Auskunfts- und Akteneinsichtsrechten gegenüber den Justizbehörden ein beachtliches Bloßstellungspotenzial bereit.

4. Insbesondere der unmittelbare Informationsverschaffungsanspruch nach § 475 StPO ist von beachtlicher Offenheit und Großzügigkeit. Er enthält ein mehrfaches Gefährdungspotenzial für die informationsrechtliche Stellung des Beschuldigten:

a. Zunächst ist § 475 StPO im Hinblick auf die Auskunftsberechtigten denkbar breit gefasst. Absatz 1 erklärt jede Privatperson und sonstige Stelle für auskunftsberechtigt, und zwar nicht nur mittels eines Rechtsanwaltes, sondern nach Absatz 4 auch unmittelbar.

b. Die rechtliche Hürde zur Erlangung einer Aktenauskunft oder nach Absatz 2 einer Akteneinsicht, ist niedrig. Es genügt, dass die Privatperson oder sonstige Stelle ein berechtigtes Interesse darlegt. Es muss sich also nicht um ein rechtliches Interesse handeln, es genügt ein berechtigtes.

Es ist auch nicht einmal erforderlich, dass ein berechtigtes Interesse tatsächlich besteht, es genügt nach dem Wortlaut vielmehr, dass ein berechtigtes Interesse dargelegt wird. Der Begriff des berechtigten Interesses hat damit eine nur schwach begrenzende Wirkung, da das Wort »berechtigt« das Auskunfts- und Einsichtsrecht letztlich unter einen Interpretations- und Bestimmungsvorbehalt dessen stellt, der das berechtigte Interesse behauptet. Aus wessen Sicht sonst als aus der Sicht des Antragstellers sollte das berechtigte Interesse bestimmt werden.

Zwar ist die Auskunft zu versagen, wenn der hiervon Betroffene, also zumal der Beschuldigte, ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat. Jedoch genügt es nicht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse darlegt, erforderlich ist es, dass er ein schutzwürdiges Interesse *hat*. Das ist ein durchaus nicht zu unterschätzender Unterschied zum berechtigten Interesse auf Seiten des Auskunftersuchenden.

Besonders problematisch in diesem Zusammenhang ist, dass der Betroffene, also der Beschuldigte, vor der Entscheidung der Staatsanwaltschaft über die Akteneinsicht oder die Aktenauskunft gar nicht zu beteiligen ist. § 475 StPO sieht weder eine Anhörung des Beschuldigten vor noch lässt er sie auch nur zu.

Zwar hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach entschieden, dass in verfassungskonformer Auslegung § 475 StPO dahingehend zu interpretieren ist, dass der Betroffene vor der Entscheidung über die Akteneinsicht oder

Aktenauskunft anzuhören ist. Selbst wenn man diesen Entscheidungen des BVerfG Gesetzeskraft beimisst, dürfte es doch so sein, dass das Anhörungserfordernis in der Praxis häufig nicht beachtet wird, steht es doch eben nicht in § 475 StPO – und nicht jeder Staatsanwalt kennt oder beachtet die Rechtsprechung des BVerfG.

Das schutzwürdige Interesse des Beschuldigten leidet daher an einer offenen verfahrensrechtlichen Flanke, wenn dem Beschuldigten nicht ermöglicht wird, überhaupt darzulegen, dass er an der Versagung der Akteneinsicht oder Aktenauskunft ein schutzwürdiges Interesse hat.

c. Drittens ist § 475 StPO auch im Hinblick auf den Auskunftsgegenstand denkbar breit gefasst. Erforderlich ist nur, dass die entsprechenden Informationen in den Akten enthalten sind.

Umfasst sind auch sämtliche personenbezogenen Informationen, wie sich aus § 477 Abs. 5 StPO, der ein Zweckbindungsgebot enthält, ergibt. Abgesehen von der Grenze des § 477 Abs. 2 StPO eröffnet § 475 StPO dem Grundsatz nach einen unbegrenzten Auskunftsanspruch für jedermann.

### III.

Diese strukturelle Offenheit des § 475 StPO gewinnt ein besonderes Gefährdungspotenzial, wenn man sie an der *Faktizität des Zeitgeistes* spiegelt. Eine nahezu totale informationelle Transparenz kann heute als faktisches Paradigma unserer Gesellschaft angesehen werden, das mittlerweile auch die Rechtsordnung durchwirkt und durchformt.

Der von der medialen Öffentlichkeit inszenierte mündige Bürger ist der wachsame Bürger. Der wachsame Bürger duldet indes kein Arkanum, keine Geheimnisse, schon gar keine Intransparenz. Mit jakobinischer Unerbittlichkeit wird uneingeschränkt Publizität von allem und jedem zu jeder Zeit eingefordert. Jedes Detail zu jedem Thema muss zu jedem Zeitpunkt öffentlich, transparent sein. Dass solcher Zeitgeist vor der Polizei oder der Staatsanwaltschaft Halt machen würde, wäre ein naiver Glaube. Das Gegenteil ist häufig der Fall, wenn man manchen Behördenleiter einer Staatsanwaltschaft bei seiner übereifrigen, überhasteten und auf den Beschuldigten wenig Rücksicht nehmenden sog. Öffentlichkeitsarbeit beobachtet.

Transparenz – so ist kürzlich treffend gesagt worden – ist zum »Fetisch einer postaufklärerischen Gesellschaft verkommen«. Nur ein Beispiel dazu: In den Schulgesetzen mancher Bundesländer ist vorgesehen, dass Eltervertreter an den Notenkonferenzen in den Schulen beobachtend teilnehmen kön-

nen. Dabei tritt die Transparenz als durchaus kongenialer Partner des Ökonomischen auf und durchdrängt mit ihm alles.

Nicht ganz ohne Berechtigung spricht man heute bereits von einer »Tyrannei der Transparenz« oder von einer »Tyrannei der Publizität«. Transparenz, Öffentlichkeit, Publizität und die damit verbundenen rechtlichen Hebel von Akteneinsicht, Auskunftsrecht und (behaupteter) Informationspflichten sind zweifelsohne eines der kennzeichnenden Paradigmen unserer Zeit – flankiert von Datenakkumulationen bei Geheimdiensten und globalen Konzernen.

In *diesem* Fahrwasser wird dann eben auch eine Vorschrift wie § 475 StPO gesehen, angewendet und verstanden. Der Erwartungsdruck der Öffentlichkeit, der auf der Staatsanwaltschaft lastet, wenn es um Auskunft und Information geht, ist beachtlich.

Doch das Remedium, das hier eigentlich notwendig wäre, nämlich den Staatsanwaltschaften im Hinblick auf die Verweigerung von Auskünften und Akteneinsicht den Rücken zu stärken, wird durchaus als abwegig, geradezu als anachronistisch empfunden. Stattdessen stellt man den Staatsanwälten schicke und geschmeidige Presseberater zur Seite, die die mediale Kompetenz von Staatsanwälten erhöhen soll – obwohl dies gerade keine Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist.

Das Transparenzparadigma hat nachhaltig Eingang in die Rechtsordnung gefunden und weiteren Erwartungsdruck im Hinblick auf vollständige und jederzeitige Publizität von allem geschaffen.

Nicht nur das Private wird öffentlich, auch das Öffentliche wird Privaten zur Verfügung gestellt. Zu nennen ist hier die Fülle von Gesetzen, die sich sog. Informationsfreiheitsgesetze nennen. Es bildet sich hier geradezu ein neues Rechtsgebiet heraus, das sog. Informationsfreiheits- oder kürzer Informationsrecht. In diese Entwicklung gehören aber eben auch Vorschriften wie § 475 StPO.

Die Unterscheidung zwischen Öffentlich und Privat, zwischen Publizität und Arkanum, zwischen offen und geschlossen ist verloren gegangen. Das mag man für viele Bereiche begrüßen, es ist jedoch im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts problematisch.

Ebenso wie man selbst in den Weiten des Internets alles oder vieles von sich öffentlich macht und erwartet, dass dies auch andere tun, ebenso wie man vom Staat grundsätzlich Auskunft und Information erwartet, ebenso erwartet man auch Information und Auskünfte über Strafverfahren und persönliche Daten von Beschuldigten. Dies führt zwangsläufig zu Bruchlinien mit

dem rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Verteilungsprinzip, das von einer Trennung des Privaten und Öffentlichen ausgeht, wie es überhaupt von einer grundsätzlichen Trennung von Staat und Privatbereich ausgeht.

Die private Sphäre des Beschuldigten wird im Ermittlungsverfahren und in den Ermittlungsakten öffentlich. Und zwar öffentlich auch und gerade im Hinblick auf personenbezogene Daten des Beschuldigten, über deren Publizierung eigentlich nur der Beschuldigte aufgrund seines informationellen Selbstbestimmungsrechts selbst entscheiden darf. Das Transparenzparadigma droht das Rechtsstaatsparadigma umzudrehen: Aufgrund öffentlicher Erwartung wird die Publizität personenbezogener Daten zur Regel, und bleibt nicht etwa die Ausnahme.

#### IV.

Damit stellt sich die entscheidende Frage, ob und inwieweit das mit dem Rechtsstaatsprinzip bereits angesprochene *Verfassungsrecht* diesen soeben grob skizzierten Entwicklungen *Widerstand* entgegensetzen kann.

Diese Frage ist bereits deswegen schwer zu beantworten, weil das Prinzip der Publizität jeglicher Informationen und das Paradigma der Transparenz von manchem bereits selbst als verfassungsrechtlich geschützt oder sogar geboten bezeichnet werden.

Wenn man das Prinzip der Transparenz allerdings selbst als verfassungsrechtliches Prinzip ansieht, ist es nicht leicht, das Verfassungsrecht als Widerpart gegen Transparenz und Publizität zumindest im strafrechtlichen Bereich in Stellung zu bringen. Vielmehr droht man dann in ein seinerseits wenig transparentes Abwägungskauerdewelsch zu gelangen, welches häufig dazu führen wird, dass das Prinzip der Transparenz die Oberhand gewinnt, weil dieses eben auf dem starken Wind des Zeitgeistes segelt.

Man muss es also klar sagen: Das Verfassungsrecht kann gegen eine unbegrenzte oder jedenfalls zu weit gehende Publizität von Informationen mittels Akteneinsicht oder -auskunft nur dann eine begrenzende Wirkung entfalten, wenn man zu einem relativ klaren Rangverhältnis zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Beschuldigten und den verfassungsrechtlich geschützten Interessen Dritter gelangt.

Der Versuch, das Verfassungsrecht zum Schutze des Beschuldigten vor Transparenz seiner personenbezogenen Daten zu aktivieren, wird zusätzlich dadurch erschwert, dass sich das Verfassungsrecht, zumal die Grundrechte - jedenfalls bestimmte Grundrechte, insbesondere das Grundrecht auf in-

formationelle Selbstbestimmung - durchaus im Prozess einer strukturellen Schwächung befinden. Diese strukturelle Schwächung, die viele Ursachen hat, über die hier nicht näher berichtet werden kann, ist Teil einer strukturellen Schwächung des Öffentlichen Rechts insgesamt. Und vielleicht noch weiter formuliert: Sie ist Teil einer strukturellen Schwächung des Rechts als Regelungs- und Steuerungsordnung insgesamt.

Gleichwohl kann uns dies nicht der Notwendigkeit entheben, erstens die verfassungsrechtliche Stellung des Beschuldigten sauber zu analysieren, diese zweitens in Bezug zu den gegenläufigen verfassungsrechtlichen Interessen insbesondere der Presse und der Öffentlichkeit zu setzen und schließlich drittens doch so etwas wie eine Abwägung vorzunehmen.

1.

Zur grundrechtlichen Stellung des Beschuldigten: Zunächst ist – obwohl eigentlich selbstverständlich – zu betonen, dass die Begründung der Beschuldigteneigenschaft keineswegs zu dem führt, was man früher als besonderes Gewaltverhältnis bezeichnet hat, in dem die Grundrechte eine untergeordnete Funktion haben. Vielmehr bleibt der Beschuldigte auch und gerade in seiner Stellung als Beschuldigter Grundrechtsträger und jede grundrechtliche Verkürzung seiner Stellung ist einer eigenen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung zuzuführen.

Dies bedeutet, dass der Beschuldigte nicht etwa deswegen ein grundrechtlich weniger schutzwürdiges Interesse an der Wahrung seiner informationsrechtlichen Integrität hat, weil er Beschuldigter ist. Er hat sich nicht selbst – wie gelegentlich zu lesen und zu hören ist – dadurch in die Öffentlichkeit begeben, dass er rechtswidrig oder gar strafbar gehandelt hat und nun die Konsequenzen dieses Tuns eben zu tragen habe, nach dem Motto: »Wer in einer Weise gehandelt hat oder wessen Handeln in einer Weise interpretiert wird, dass man es als strafbar qualifiziert, der hat sich das, was an sozialer Vernichtung folgt, eben selbst zuzuschreiben.«

Vielmehr gilt Umgekehrtes: Wer mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren überzogen wird, ist in informationeller Hinsicht besonders schutzwürdig. Diese grundrechtsdogmatischen Selbstverständlichkeiten sind deswegen besonders zu betonen, weil ihnen gerade in der öffentlichen Diskussion das Selbstverständliche abhanden zu kommen droht.

Der Beschuldigte ist Grundrechtsträger in vollem Umfang und in mehrerlei Hinsicht: Zunächst streitet für seine informationelle Stellung das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) folgende Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Der Beschuldigte selbst

ist es zunächst, der dazu berufen ist, zu entscheiden, ob und inwieweit die Öffentlichkeit über die personenbezogenen Daten informiert wird – sei es durch Aktenauskunft, Akteneinsicht oder in sonstiger Weise.

Aus dem informationellen Selbstbestimmungsrecht folgt zwar nicht das Recht des Beschuldigten, dass über eine bestimmte Straftat oder die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens keine Information der Öffentlichkeit erfolgt, wohl folgt aber ein Anspruch darauf, dass dieses nicht im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten geschieht.

Das zweite Grundrecht, das für den Beschuldigten streitet und einer unbegrenzten informationellen Öffentlichkeit entgegensteht, ist die Unschuldsvermutung.<sup>4</sup>

Leider verankert das Bundesverfassungsgericht die Unschuldsvermutung – durchaus stiefmütterlich – lediglich im Rechtsstaatsprinzip, ohne ihr eine feste grundrechtliche Fundierung zu geben. Richtigerweise wird man die Unschuldsvermutung jedoch als Grundrecht, nämlich als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen haben.

Als Grundrecht hat die Unschuldsvermutung nicht nur eine abwehrrechtliche, sondern auch eine verfahrens- und organisationsrechtliche Dimension – wie man in der Grundrechtsdogmatik sagt. Die Unschuldsvermutung hat Einfluss auf die Organisation beispielsweise und insbesondere der Öffentlichkeitsarbeit der Justizbehörden. Sie hat Einfluss auf die Auslegung offener Tatbestandsmerkmale beispielsweise im Rahmen der Einsichts- und Auskunftsnorm des § 475 StPO.

Die Unschuldsvermutung verstärkt in ihrer grundrechtlichen Fundierung das informationelle Selbstbestimmungsrecht. Letzteres ist geradezu ein Vehikel zur Sicherung der Unschuldsvermutung, da es ja gerade die personenbezogenen Informationen sind, die in der Öffentlichkeit – und damit nicht mehr rückholbar – die Unschuldsvermutung konterkarieren und langfristig zerstören.

Man kann *zusammenfassend* also sagen: Aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Unschuldsvermutung folgt ein verfassungsrechtlich geschütztes Interesse des Beschuldigten, selbst darüber zu entscheiden, ob und welche personenbezogenen Daten, über die die Staatsanwaltschaft verfügt, nach außen gegeben werden. Ohne Zustimmung des Beschuldigten ist eine entsprechende Weitergabe der Informationen an die Öffentlichkeit grundsätzlich rechtswidrig, und zwar grundrechts- und damit verfassungswidrig.

<sup>4</sup> Vgl. dazu mit Nachweisen J.F. Lindner, Der Verfassungsrechtssatz von der Unschuldsvermutung<sup>4</sup>, AöR 133 (2008), S. 235 ff.

Eine Ausnahme – dazu sogleich – kann auf gesetzlicher Grundlage (etwa des § 475 StPO) nur gemacht werden, wenn dies zur Erreichung eines verfassungsrechtlich legitimen Zwecks, der dem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gleichkommt, erforderlich und verhältnismäßig ist.

Ein solches Rechtsgut – dies darf vorweg genommen werden – ist die Publizität eines Ermittlungsverfahrens mit seinem personenbezogenen Bezug als solches gerade nicht.

Im Zusammenhang mit dem Akteneinsichtsrecht Dritter nach § 475 StPO ist aber auch noch an eine weitere grundrechtliche Rechtsposition des Beschuldigten zu denken, nämlich den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Dies mag auf den ersten Blick fernliegend erscheinen. Die Relevanz des Gleichbehandlungsgrundsatzes erschließt sich jedoch, wenn man an eine in der Praxis durchaus häufige Fallkonstellation denkt, in der von Dritten um Akteneinsicht oder -auskunft nachgesucht wird, nämlich die Fälle, in denen der um Information Ersuchende die Information aus den Akten der Staatsanwaltschaft dazu verwenden will, zivilrechtliche Ansprüche geltend zu machen und durchzusetzen. Durch eine entsprechende Auskunft aus den staatlich verantworteten Akten greift der Staat in das durch die Zivilprozessordnung austarierte Verhältnis von Kläger und Beklagtem ein.

Aus der Sicht des Staates muss zwischen dem zivilprozessualen Kläger und dem zivilprozessualen Beklagten grundsätzlich gleicher Rang bestehen, man könnte sagen: Von Staats wegen herrscht zwischen Kläger und Beklagtem so etwas wie »Waffengleichheit«. Es ist nicht Sache des Staates, auch nicht in Realisierung des Justizgewährungsanspruchs, einer der zivilprozessualen Parteien Informationsvorsprünge zu verschaffen, die zu Lasten der anderen Partei genutzt werden können.

Grundrechtsdogmatisch verankern lassen sich diese Zusammenhänge in Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes. Der Staat hat den zivilprozessualen Kläger und den zivilprozessualen Beklagten grundsätzlich gleich zu behandeln, es sei denn, es liegt ein im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Zivilprozesses sachgerechter Grund vor, einer Partei einen informationellen Vorsprung einzuräumen. Zusammenfassend könnte man sagen, dass der Beschuldigte aus einem grundrechtlich fundierten zivilprozessualen Gleichbehandlungsgrundsatz heraus verlangen kann, dass der Staat aus staatlich angelegten Akten einer dritten Person keinen zivilprozessualen Wettbewerbsvorteil verschaffen darf.

2.

Es liegt auf der Hand, dass der Staat durch die Gewährung von Akteneinsicht und Aktenauskunft nach § 475 StPO an Dritte – jedenfalls dann, wenn sich die Akteneinsicht auf personenbezogene Daten bezieht – sowohl in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als auch in das Grundrecht der Unschuldsvermutung eingreift – letzteres jedenfalls faktisch – und dass er auch, soweit die Information zivilrechtlich und zivilprozessual relevante Aspekte betrifft, in das Recht auf zivilprozessuale Waffengleichheit eingreift.

3.

Solche Eingriffe sind vom Beschuldigten nur hinzunehmen, wenn der Staat sie verfassungsrechtlich rechtfertigen kann. Kann er dies nicht, ist der Grundrechtseingriff eine Grundrechtsverletzung und damit vom Staat zu unterlassen – im Rahmen des § 475 StPO gesprochen: durch Unterlassung der Gewährung von Akteneinsicht und Aktenauskunft.

Für eine solche Rechtfertigung, für die den Staat die Rechtfertigungslast trifft, ist es zunächst erforderlich, dass mit dem Eingriff ein verfassungsrechtlich legitimer Zweck erfüllt wird.

Ein solcher Zweck liegt noch nicht allein im Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnis *personenbezogener* Daten. Publizität, Transparenz und Aktenöffentlichkeit sind per se keine verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter, zu deren Gunsten in die Grundrechte des Betroffenen eingegriffen werden dürfte. Ein solcher Informationsanspruch der Öffentlichkeit folgt insbesondere nicht aus dem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG. Weder die Meinungsfreiheit noch die Informationsfreiheit verbürgen einen Anspruch auf Auskunft gegen den Staat.

Dies gilt auch und gerade für einen nicht beteiligten Dritten oder eine sonstige Stelle, die durch die Information einen Vorteil im Rahmen der Verfolgung zivilrechtlicher oder sonstiger, etwa insolvenzrechtlicher Ansprüche erzielen will. Diesbezüglich trifft den Staat auch keine Schutzpflicht.

Eine gewisse Sondersituation besteht für den Bereich der Pressefreiheit. Hier hat das Bundesverwaltungsgericht kürzlich judiziert, dass aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes zumindest ein Anspruch auf die Mitteilung von für die Presseberichterstattung wesentlichen Informationen folge.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> BVerwG, Urt. v. 20.2.2013 – 6 A 2.12, NVwZ 2013, S. 1006.

Das Interesse der Presse, Informationen über ein Ermittlungsverfahren zu erhalten, ist also jedenfalls bezüglich der Essentialia verfassungsrechtlich geschützt. Ob dies das Bundesverfassungsgericht auch so sieht, ist eine derzeit noch offene Frage.

Aus hiesiger Sicht ist die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts durchaus plausibel und auch verfassungsrechtlich haltbar. Freilich hat das Informationsinteresse der Presse eine verfassungsrechtliche Grenze an den Grundrechten des Beschuldigten. Deswegen umfasst der Auskunftsanspruch der Presse zumindest grundsätzlich keine personenbezogenen Daten.

Damit sind wir beim letzten Punkt der grundrechtlichen Analyse, nämlich der Abwägung der beteiligten Interessen, grundrechtsdogmatisch gesprochen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Da ein allgemeines Informationsinteresse der Öffentlichkeit ebenso wenig verfassungsrechtlich geschützt ist wie ein Anspruch eines Dritten auf etwa zivilrechtlich oder sonst nützliche Auskünfte, scheiden diese Interessen aus der grundrechtlichen Abwägung bereits von vorneherein aus. Jedenfalls treten sie offensichtlich in ihrem Rang hinter den Interessen des Beschuldigten zurück.

Eine Abwägung hat somit nur zwischen dem Informationsinteresse der Presse und der Rechtsstellung des Beschuldigten stattzufinden. Hierbei ist vor allem die Gewichtigkeit der verfassungsrechtlich geschützten Interessen im konkreten Einzelfall zu beachten. Zudem ist das Prinzip der praktischen Konkordanz, nämlich das Gebot gegenseitigen Interessenausgleichs zu berücksichtigen.

Dabei ist insbesondere die eingangs angesprochene spezifische Eigenschaft von Informationen in Rechnung zu stellen, nämlich die Verflüchtigung und Nicht-Rückholbarkeit. Ein informationsbezogenes Datum trifft den Betroffenen nicht nur einmalig und kompensier- oder beseitigbar, sondern dauerhaft und unabänderbar. Angesichts dieser Eigenschaft von Daten und Informationen lässt sich im Grunde genommen immer dann, wenn eine personenbezogene Information den Bereich der Öffentlichkeit erreicht hat, praktische Konkordanz mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht gar nicht mehr herstellen, da dieses unwiederbringlich beeinträchtigt ist. Dies ist im Rahmen der Interessenabwägung maßgeblich zu berücksichtigen.

Deswegen wird man mit einiger Berechtigung sagen können, dass sich eine Preisgabe personenbezogener Daten im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich *nicht* rechtfertigen lässt. Angesichts der Unwiederbringlichkeit setzt sich das informationelle Selbstbestimmungsrecht

des Beschuldigten gegenüber dem Informationsinteresse der Presse grundsätzlich durch. Ob für bestimmte Fälle von Prominenten eine Ausnahme zu machen ist, möchte ich einmal außen vor lassen. Dies bedürfte besonderer Erwägungen.

Durch die grundsätzliche Unzulässigkeit der Preisgabe personenbezogener Daten wird das Informationsinteresse der Presse keinesfalls vollständig in Frage gestellt. Vielmehr bleibt – und hierdurch kann eben praktische Konkordanz zwischen den konkurrierenden Rechtsgütern hergestellt werden – Raum für Auskünfte, etwa dahingehend, dass wegen einer bestimmten Straftat in einer bestimmten Richtung ermittelt wird, wie der Ermittlungsstand auf der zeitlichen Schiene ist. Dies mag für eine verantwortungsvolle Presseberichterstattung allemal genügen.

Raum bleibt also stets für solche Auskünfte, die nicht personenbezogen sind und aus denen sich auch keine personenbezogenen Rückschlüsse ableiten lassen.

## V.

Was lässt sich nun aus diesen verfassungsrechtlichen Thesen für die *Auslegung und Anwendung des § 475 StPO* folgern?

1. § 475 StPO ist nicht – wie man jetzt vielleicht meinen könnte – als solcher verfassungswidrig. Denn er gebietet der Staatsanwaltschaft ja nicht die Preisgabe personenbezogener Daten.
2. Allerdings ist § 475 StPO verfassungskonform auszulegen. Er ist insbesondere verfassungsrechtlich zu reduzieren.

Dies gilt insbesondere für folgende Aspekte:

- a) Zunächst ist der Begriff des berechtigten Interesses, das der Dritte oder eine sonstige Stelle darlegen muss, restriktiv auszulegen. Insbesondere das Interesse an der Verfolgung zivilrechtlicher oder sonstiger Ansprüche und der Effektivierung zivilprozessualer Verfahren genügt für die Annahme eines berechtigten Interesses nicht.

Eine Ausnahme kann allenfalls für solche Fälle gelten, in denen die Auskunft aus den Akten zwingend erforderlich ist, um Vereitelungen des Anspruchs zu vermeiden. Jedoch dürften auch hier die zivilprozessualen Mittel des vorläufigen Rechtsschutzes und der Beweissicherung vorrangig sein.

b) Der Begriff des schutzwürdigen Interesses in § 475 StPO, der die Versagung der Akteneinsicht oder -auskunft begründet, ist dahingehend auszulegen, dass der Beschuldigte jedenfalls bei personenbezogenen Daten grundsätzlich selbst entscheiden darf, ob und inwieweit entsprechende personenbezogene Daten von ihm zur Auskunft freigegeben werden.

Widerspricht der Beschuldigte der Aktenauskunft oder -einsicht in Bezug auf personenbezogene Daten, hat die Akteneinsicht jedenfalls insoweit zu unterbleiben. Sie darf nur insoweit erfolgen, als die Akteneinsicht bzw. die Aktenauskunft von personenbezogenen Daten gereinigt wird.

Der Beschuldigte hat also zwar kein schützenswertes Interesse daran, dass eine Aktenauskunft oder -einsicht grundsätzlich unterbleibt, er hat jedoch einen Anspruch darauf, dass ohne seine Zustimmung personenbezogene Daten im Rahmen des Ermittlungsverfahrens nicht an private Dritte preisgegeben werden.

c) Damit in Zusammenhang steht ein verfahrensrechtlicher Anspruch, um den der § 475 StPO – wie auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts angelegt – zu erweitern ist. Vor der Entscheidung über Akteneinsicht oder Aktenauskunft ist der Beschuldigte zu beteiligen.

## VI.

Was in der Praxis bei einer solchermaßen verfassungskonformen Auslegung des § 475 StPO von dieser Vorschrift übrig bleibt, ist eine interessante Frage. Möglicherweise führt eine verfassungskonforme Reduktion dieser Vorschrift dazu, dass Akteneinsicht und Aktenauskunft an private Dritte oder sonstige Stellen lediglich nur noch ganz ausnahmsweise zulässigerweise gewährt werden können.

Dies wäre freilich weder ein rechtspolitischer Schaden noch in sonstiger Hinsicht zu bedauern. Schließlich gab es die Vorschrift des § 475 StPO auch früher nicht, ohne dass der Rechtsstaat daran Schaden gelitten hätte – ganz im Gegenteil.



# Die Instrumentalisierung des Strafverfahrens zur Durchsetzung verfahrensfremder Zwecke\*

## I.

### Vorschriften zur Akteneinsicht und Auskunft aus Akten in der StPO

Wer Akteneinsicht gewährt, übermittelt mehr personenbezogene Daten an den Empfänger, als dieser für seine Zwecke benötigt. Nahezu jede Strafakte enthält Informationen, die nicht für eine effektive Strafverteidigung, nicht für eine erfolgreiche Privatklage und nicht für verfahrensfremde behördliche Maßnahmen erforderlich oder auch nur nützlich sind. Alle nachfolgend dargestellten Akteneinsichten bergen überdies das Risiko einer missbräuchlichen Datenverwendung, weil diese Verwendung in die Verantwortlichkeit der Einsicht nehmenden Person gestellt wird.

Die Strafprozessordnung enthält zahlreiche Vorschriften zur Akteneinsicht und Auskunft aus Akten:

- § 58a StPO regelt die Ton-Bild-Aufnahmen bei *Zeugenvernehmungen*. Die übliche und nicht immer unproblematische Praxis von Rechtsanwälten, komplette Kopien der staatsanwaltlichen Verfahrensakten zu fertigen und ihren Mandanten zu überlassen,<sup>1</sup> ist für Aufzeichnungen nach § 58a ausdrücklich untersagt.

\* Überarbeitetes Redemanuskript anlässlich des 38. Strafverteidigertages, Dresden 21.-23. März 2014.

<sup>1</sup> Zu dieser Praxis bei Akteneinsicht nach § 406e StPO vgl. z.B. BVerfG(K), B.v. 05.12.2006 (2 BvR 2388/06), NJW 2007, 1052, wonach der Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege in der Pflicht steht, seinem Mandanten nur die Auskünfte zukommen zu lassen, die zur Verfolgung eines Anspruchs dringend erforderlich sind. Differenzierter zu beurteilen ist die Überlassung von Unterlagen im Rahmen der Strafverteidigung, vgl. *Dallmeyer* in Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Kapitel II, Rdn. 351 mit Hinweis u.a. auf BGHSt 29, 99, 102 sowie *Donath/Mehle*, NJW 2009, 1399, 1400.

- Die Akteneinsicht des *Strafverteidigers* und die Informationsrechte des *sich selbst verteidigenden Beschuldigten* |<sup>2</sup> werden in § 147 StPO geregelt. Der verhaftete Beschuldigte ist bei seiner Vernehmung auf sein Akteneinsichtsrecht bzw. auf das Akteneinsichtsrecht seines Verteidigers hinzuweisen (§ 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 2 StPO). Das Akteneinsichtsrecht wird im Spezialfall der Kontaktsperre erheblich eingeschränkt (§ 34 Abs. 3 Nr. 2 EGGVG).
- § 385 Abs. 3 StPO stellt klar, dass der *Privatkläger* eine Akteneinsicht regelmäßig nur durch einen Rechtsanwalt ausüben kann. Anderes gilt dann, wenn der Privatkläger nicht anwaltlich vertreten ist. In diesem Fall ist er auf die besondere Zweckbindung der überlassenen Daten hinzuweisen (siehe Verweis auf § 477 Abs. 5 Satz 3 StPO in § 385 Abs. 3 Satz 2 StPO).
- Die Akteneinsicht des *Verletzten* ist in § 406e StPO geregelt. Abgesehen von Fällen des § 395 StPO muss ein berechtigtes Interesse dargelegt werden. Die Akteneinsicht ist nur soweit zu gestatten, wie sie durch das dargelegte Interesse gerechtfertigt wird. |<sup>3</sup>
- § 474 StPO betrifft die Akteneinsicht durch *Justizbehörden* sowie die Auskünfte aus Akten an und die Akteneinsicht durch *andere öffentliche Stellen* zu verfahrensfremden Zwecken. Die Akteneinsicht soll in den Fällen des § 474 Abs. 1 StPO der Regelfall sein. |<sup>4</sup>
- Die Auskünfte aus Akten sowie die Akteneinsicht *privater Dritter* wird durch § 475 StPO geregelt. Auch insoweit hat regelmäßig |<sup>5</sup> ein Rechtsanwalt die Akteneinsicht zu beantragen und ein berechtigtes Interesse vorzutragen. Die Akten führende Staatsanwaltschaft hat dieses berechtigte Interesse mit etwaigen schutzwürdigen Belangen von Betroffenen abzuwägen. Die Akteneinsicht umfasst nicht etwaige Eintragungen im Bundeszentralregister. |<sup>6</sup>

2 Nach § 147 Abs. 7 StPO a.F. stand die Entscheidung über die Akteneinsicht eines sich selbst verteidigenden Beschuldigten im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Die Weigerung einer Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten bei seiner Verteidigung in eigener Person Akteneinsicht zu gewähren und Kopien aus der Akte zu erhalten, verletzt jedoch Art. 6 Abs. 3, Abs. 1 EMRK, vgl. EGMR NSTz 1998, 429. Diese Entscheidung hat zu einer Neufassung des § 147 Abs. 7 StPO geführt. Die neugefasste Vorschrift ist im Lichte der menschenrechtlichen Wertung des Art. 6 EMRK so auszulegen, dass auch der nicht anwaltlich vertretene Beschuldigte die Grundlagen für eine effektive Strafverteidigung erhält.

3 Siehe dazu Abschnitt 3.1. Auch bei dieser Vorschrift ist die Akteneinsicht regelmäßig durch einen Rechtsanwalt vorzunehmen. Nach § 406e Abs. 5 StPO können dem Verletzten unter bestimmten Voraussetzungen Auskünfte und Abschriften aus den Akten erteilt werden.

4 So *OLG Hamm*, B.v. 26.11.2003 – III 1 VAs 116 - 120/13 u.a.

5 Sind die Voraussetzungen des § 475 Abs. 1 StPO im Übrigen erfüllt, kann die Justizbehörde gemäß § 475 Abs. 4 StPO auch einer Privatperson oder sonstigen Stelle Auskunft aus Akten erteilen.

6 Vgl. Nr. 16 Abs. 2 RiStBV.

- Die Übermittlung personenbezogener Daten in Akten an *wissenschaftliche Forschungsstellen* ist in § 476 StPO geregelt. Sie folgt den Prinzipien, wie sie für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken in den allgemeinen Datenschutzgesetzen niedergelegt sind (z.B. in § 40 BDSG).
- Die *allgemeinen Grundsätze für Akteneinsicht und Auskünfte aus Akten* werden in § 477 StPO zusammengefasst. Besonders strenge Anforderungen gelten für die Auskünfte aus Akten und die Akteneinsicht in Verfahren, in denen der Angeklagte freigesprochen wurde. Entsprechendes gilt für verurteilte Personen, deren Verurteilung nicht in ein Führungszeugnis für Behörden aufgenommen wird.
- § 478 StPO stellt klar, dass nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens die *Staatsanwaltschaft* über Auskünfte und Akteneinsicht zu entscheiden hat.
- § 481 Abs. 1 Satz 2 StPO ermöglicht es den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten neuerdings ausdrücklich, den *Polizeibehörden zu polizeilichen Zwecken* Akteneinsicht zu gewähren.<sup>7</sup>

## II.

### Medienarbeit als Herausforderung für die Strafverteidigung

Der 38. Strafverteidigertag beschränkt sein Erkenntnisinteresse im Wesentlichen auf »inflationär ansteigende Akteneinsichtsgesuche gemäß §§ 406e und 475 StPO von Personen und Parteien, die Interesse an den Ermittlungen haben, ohne am Verfahren beteiligt zu sein.« Er greift die bereits von der AG 6 des 30. Strafverteidigertages 2006 aufgeworfene Frage auf, ob eine *justizielle Schweigepflicht* benötigt werde. Der Zeigefinger deutet dabei auf die Justizbehörden und die Medienberichterstattung.<sup>8</sup> Ohne Zweifel: Eine für die betroffenen Personen sensible Handhabung von Akteneinsichten insbesondere durch die Justizbehörden (Staatsanwaltschaften, Gerichte)<sup>9</sup> ist aus datenschutzrechtlicher Sicht ein wichtiges Anliegen.

<sup>7</sup> Kritisch zu dieser Vorschrift *Wittig*, BeckOK StPO (30.09.2013), § 481 Rdnr. 2.1 m.w.N.

<sup>8</sup> Siehe 30. Strafverteidigertag, Frankfurt am Main 24.-26.3.2006 – Ergebnisse der Arbeitsgruppen, AG 6 – Justiz und Medien – brauchen wir eine justizielle Schweigepflicht? Häufig zitiert wird ein Beitrag von *Neuling*, HRRS 3/2006, S. 94 ff. – bemerkenswerter Weise ein Mitarbeiter einer Kanzlei, die immer wieder mit offensiver Öffentlichkeitsarbeit auffällt.

<sup>9</sup> Die Frage nach der Verantwortlichkeit der Medien wird im Rahmen dieses Beitrags nicht vertieft. Vgl. dazu z.B. *BGH*, NJW 2013, 1681 ff., wonach auch die Medien namentlich über die Person des Verdächtigten nicht schrankenlos berichten dürfen.

Nicht immer sind es allerdings die Justizbehörden, die zuerst den offensiven Umgang mit öffentlichen Medien suchen, um den Ausgang eines Strafverfahrens zu beeinflussen.<sup>10</sup> In diesem Zusammenhang ist ein Interview mit dem prominenten Gerichtsreporter *Hans Holzhaider* bemerkenswert, das im Jahr 2012 geführt wurde:<sup>11</sup>

»Frage: ...Wie ist denn die Zusammenarbeit mit den Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern? Denn diese benutzen ja z. T. auch die Medien, um den eigenen Prozessansatz voranzutreiben.

*Holzhaider*: Mit Richtern und Staatsanwälten ist der Kontakt nicht so intensiv, denn sie wollen sich – jedenfalls während des laufenden Verfahrens – aufgrund ihrer Stellung in diesem Verfahren dazu nicht äußern. Das ist auch gut so und in Ordnung. Ich bin ja in der Regel dann mit so einem Prozess beschäftigt, wenn die Hauptverhandlung ist – und nicht vorher und nicht nachher. Ich habe wirklich Verständnis dafür und würde es auch keinem Richter oder Staatsanwalt abverlangen, mir irgendwelche Einschätzungen weiterzugeben. Das darf er, abgesehen davon, auch gar nicht.

Frage: Oder Akten zukommen zu lassen.

*Holzhaider*: Nein, nein, um Gottes willen, das auf gar keinen Fall! Bei einem Verteidiger ist das aber eine andere Sache: Der Verteidiger hat ja das klare Interesse, seinen Mandaten zu unterstützen. Verteidiger haben daher viel mehr Anlass, mit Journalisten zu reden, als die anderen Prozessbeteiligten. Natürlich muss man, wenn man mit ihnen spricht, wissen, dass sie Partei sind und daher entsprechend einschätzen, was sie einem sagen. Die Opfer einer Straftat nehmen ja am Gericht als Nebenkläger teil und werden in der Regel ebenfalls anwaltlich vertreten. Wenn ich mehr Material suche, als mir sozusagen von Amts wegen zusteht, dann sind diese Anwälte natürlich meine Ansprechpartner, das ist klar. Man muss halt als Journalist nur entsprechend einordnen, was man gesagt bekommt. ...«

Das Interview verdeutlicht, dass die Medienarbeit jenseits der rechtlichen Zulässigkeit auch von der jeweiligen Rolle der Verfahrensbeteiligten abhängt bzw. abhängen sollte. Ein Strafverteidiger muss unter bestimmten Umständen die Öffentlichkeit suchen, um die Interessen seines Mandanten im Straf-

<sup>10</sup> Grundlegend zu dem Problem der Litigation-PR vgl. bereits die Beiträge in *Boehme-Nefler* (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit als Richter?*, Baden-Baden 2010.

<sup>11</sup> α-Forum, Sendung vom 29.05.2012. Ein Wortlautprotokoll ist als PDF abrufbar unter <http://www.br.de/fernsehen/br-alpha/sendungen/alpha-forum/hans-holzhaider-gespraech100.html> (Abrufdatum: 06.03.2014).

verfahren zu wahren. Demgegenüber sollten die Justizbehörden auf Grund ihrer Rolle im Strafverfahren zurückhaltend mit personenbezogener Öffentlichkeitsarbeit sein. Allerdings: Wer als Strafverteidiger pauschal unter Hinweis auf eine effektive Strafverteidigung offensiv sensible personenbezogene Informationen an die Öffentlichkeit gibt, darf sich nicht wundern, wenn Justizbehörden sich gegen eine aus ihrer Sicht irreführende Berichterstattung wehren.

Aus datenschutzpolitischer Sicht sollten also *auch Strafverteidiger* sorgfältig prüfen, wie weit sie im Umgang mit Medien persönliche Informationen ihrer Mandanten und Dritter offenbaren. Wie angedeutet geht es dabei zunächst nicht um (weitere)|<sup>12</sup> rechtliche Beschränkungen der Öffentlichkeitsarbeit zum Schutz von Verfahrensbeteiligten im Strafverfahren oder sonstigen Betroffenen. Ein sensibler Umgang mit Öffentlichkeitsarbeit ist ein Gebot, dass alle Organe der Rechtspflege beachten sollten. In diesem Zusammenhang erinnere ich an die *Rolle des Strafverteidigers als unabhängiges Organ der Rechtspflege*, wie sie vom Bundesverfassungsgericht definiert worden ist:

»Der Verteidiger nimmt nicht nur ein durch privatrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrag erteiltes Mandat wahr, sondern wird als unabhängiges – mit eigenen Rechten und Pflichten versehenes – Organ der Rechtspflege grundsätzlich gleichberechtigt mit der Staatsanwaltschaft im Strafprozess tätig. Seine Position ist deshalb mit einer spürbaren Distanz zum Beschuldigten hin ausgestattet [...]. Ihm sind Beschränkungen auferlegt, die die Strafprozessordnung einem Beschuldigten aus guten Gründen nicht abverlangt.«<sup>13</sup>

Gerade im Umgang mit dem Phänomen »Litigation PR« müssen Strafverteidiger schwierige Entscheidungen treffen. Eine allzu offensive Medienarbeit hat erhebliche Einflüsse auf die Atmosphäre eines Strafverfahrens – und auf das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Verfahrensbeteiligten.<sup>14</sup> Insofern mutet es merkwürdig an, dass die Forderung nach einer justiziellen Schweigepflicht (der Justizbehörden) prononciert gerade von dem Mitarbeiter einer Kanzlei erhoben wird, die durch einen besonders offensiven Umgang mit der Medienöffentlichkeit bekannt ist.<sup>15</sup>

12 Wie etwa § 353d Nr. 3 StGB. Siehe dazu BVerfGE 71, 206 ff.

13 BVerfGE 54, 207, 214 mit Hinweis auf BGHSt 9, 71, 73 sowie BGHSt 14, 172, 174.

14 Vgl. – allerdings beschränkt auf die Interessen des Beschuldigten: *Hohmann / Petermann*, Die strafrechtlichen Grenzen der Öffentlichkeitsarbeit: Reden ist Silber, Schweigen ist Gold, Legal Tribune Online, 2.7.2013.

15 Vgl. *Neuling*, Strafjustiz und Medien – mediale Öffentlichkeit oder »justizielle Schweigepflicht« im Ermittlungsverfahren? HRRS 3/2006, S. 94 ff.

### III. Grundsätze der Aktensicht

Allerdings stelle ich auch bei den Justizbehörden ein Trend zu mehr Pressearbeit fest. Zugleich mehren sich bei ihnen Anfragen von Personen und Institutionen, die nicht Verfahrensbeteiligte sind.

*Justizbehörden müssen von Verfassung wegen die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten auf Privatheit beachten.* Gleich ob eine Justizbehörde Akteneinsicht nach § 475 StPO<sup>17</sup> oder nach § 406e StPO<sup>17</sup> gewährt<sup>18</sup>: Sie greift damit typischerweise in das Persönlichkeitsrecht<sup>19</sup> der Personen ein, deren personenbezogenen Daten auf diese Weise zugänglich gemacht werden.

Die Akteneinsicht gewährende Stelle hat daher die schutzwürdigen Interessen dieser Personen gegen das Informationsinteresse abzuwägen. Gegebenenfalls muss sie den Zugang zu den Daten angemessen beschränken.<sup>20</sup> Aktenteile mit besonders sensiblen Daten müssen gesondert geheftet werden und hinsichtlich der Gewährung von Einsicht besonders sorgfältig geprüft werden.<sup>21</sup> In manchen Fällen sollte die verantwortliche Stelle die möglicherweise aufwändigere Auskunft der eingriffsintensiveren Gewährung von Akteneinsicht vorziehen.<sup>22</sup>

Wird durch die Gewährung der Akteneinsicht in Grundrechte Betroffener eingegriffen, sind diese regelmäßig anzuhören.<sup>23</sup> Das Anhörungsrecht gilt unabhängig vom Status als Beschuldigter oder sonstiger Betroffener.<sup>24</sup> Der Strafverteidigung ist aus datenschutzrechtlicher Sicht zu empfehlen, dieses Anhörungsrecht ernst zu nehmen. Sie kann Schäden vom Mandanten abwenden, indem sie die Justizbehörden dafür sensibilisiert, dass diese nur bei schlüssiger Darlegung von berechtigten Informationsinteressen Akteneinsicht gewährt bzw. Auskünfte erteilt (dazu sogleich 3.1 und 3.2).

16 Vgl. z.B. BVerfG(K), B.v. 26.10.2006 (2 BvR 67/06), NJW 2007, 1052.

17 Vgl. z.B. BVerfG(K), B.v. 15.04.2005 (2 BvR 465/05), NStZ-RR 2005, 242; BVerfG(K), B.v. 24.09.2002 (2 BvR 742/02), NJW 2003, 501, 502.

18 Entsprechendes gilt für die Erteilung von Auskünften oder Abschriften aus Verfahrensakten, die personenbezogene Daten enthalten.

19 Zumeist wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG betroffen sein.

20 BVerfG(K), B.v. 26.10.2006 (2 BvR 67/06), NJW 2007, 1052 m.w.N.

21 Dazu siehe z.B. *BayLfD*, 23. Tätigkeitsbericht 2008, Nr. 6.3.8 – Umfang der Akteneinsicht und Aktenführung bei besonders sensiblen Daten. Siehe auch Nr. 186 Abs. 2, 220 RiStBV.

22 In Betracht gezogen z.B. in BVerfG(K), B.v. 26.10.2006 (2 BvR 67/06), NJW 2007, 1052.

23 BVerfG(K), B.v. 18.03.2009 (2 BvR 18/08), NJW 2009, 2876 f. m.w.N.

24 BVerfG(K), B.v. 26.10.2006 (2 BvR 67/06), NJW 2007, 1052, BVerfG(K), B.v. 15.04.2005 (2 BvR 465/05), NStZ-RR 2005, 242 m.w.N. Zur praktischen Umsetzung der vorgestellten Maßstäbe vgl. *BayLfD*, 23. Tätigkeitsbericht 2008, Nr. 6.3.3

## 1. Zur Akteneinsicht Verletzter

Die Akteneinsicht nach § 406e StPO ist für den Verletzten zwar ein wichtiges Informationsmittel. Sie hat aber für ihn nicht die gleiche Bedeutung wie für den Beschuldigten, für dessen Verteidigung sie unerlässlich ist. Dem entsprechend ist es gerechtfertigt und verfassungsrechtlich möglicherweise auch geboten, das Akteneinsichtsrecht des Verletzten restriktiver auszugestalten als die des Beschuldigten.<sup>25</sup> § 406e Abs. 1 StPO macht dem entsprechend die Gewährung der Akteneinsicht grundsätzlich<sup>26</sup> abhängig von der schriftlichen<sup>27</sup> *Darlegung eines berechtigten Interesses des Verletzten*.<sup>28</sup> Nach allgemeinen datenschutzrechtlichen Maßstäben wäre das Merkmal des berechtigten Interesses eine nur niedrighschwellige Voraussetzung, zumal noch nicht einmal seine glaubhafte Darlegung verlangt wird. Als berechtigtes Interesse wäre letztlich jedes legitime Interesse anzuerkennen, das nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.<sup>29</sup> Verfolgt ein Geschädigter zivilrechtliche Schadensersatzansprüche, hat er ein berechtigtes Interesse, das einen Anspruch auf Akteneinsicht über einen Rechtsanwalt nach § 406e Abs. 1 Satz 1 StPO begründen kann.<sup>30</sup> Ein berechtigtes Interesse soll auch vorliegen, wenn die verletzte Person nur prüfen will, ob und in welchem Umfang sie gegen einen Beschuldigten zivilrechtliche Ansprüche geltend machen kann oder wenn sie sich »über das Nichtvorliegen von Umständen vergewissern will, die einem scheinbar bereits schlüssigen Anspruch entgegenstehen könnten«. <sup>31</sup> Regelmäßig dürfte der Antragsteller allerdings nur dann als Verletzter anzusehen sein, wenn er unmittelbar in seinen Rechtsgütern verletzt ist.<sup>32</sup>

Nach § 406e Abs. 2 StPO ist die Einsichtnahme zu versagen, soweit *überwiegende schutzwürdige Interessen* des Beschuldigten oder anderer Personen entgegenstehen. Abzuwägen sind alle entscheidungserheblichen Umstände. Abwägungskriterien

25 Vgl. z.B. Begründung zu § 406e StPO, BT-Drs. 10/5305, S. 18; ähnlich *Meyer-Göfner*, StPO, 56. Aufl., § 406e, Rdn. 1.

26 Ausnahme Fälle nach § 395 StPO, vgl. § 406e Abs. 1 Satz 2 StPO.

27 LG Dresden, StV 2006, 11 ff.

28 Rechtswidrig ist daher die im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen geübte Praxis einiger Justizbehörden, schon bei Eingang eines Strafantrags Akteneinsicht zu gewähren. Vgl. z.B. LG Osnabrück, B.v. 22.08.2008 – 2 AR/140 Js 48963/07 – 7/08.

29 Vgl. *Simitis* in *Simitis* (Hrsg.), BDSG, 7. Auflage, § 28 Rdn. 98 ff.

30 Vgl. BT-Drs. 10/5305, S. 8 sowie BVerfG, B.v. 04.12.2008 (2 BvR 1043/08).

31 OLG Hamburg, B.v. 21.03.2011 – 2 Ws 11-12/12.

32 OLG Stuttgart, B.v. 28.06.2013 – 1 Ws 121/13, ZWH 2014, 40 ff.; AG Berlin-Tiergarten, B.v. 05.06.2013 – (350 Gs) 3 Wi Js 1665/07 (412/12), wistra 2013, 328. Es stößt allerdings auch nicht auf verfassungsrechtliche Bedenken, den Verletztenbegriff weiter zu fassen. Maßgeblich dürfte dann sein, ob das strafbare Verhalten des Angeklagten auch die Tatbestandsvoraussetzungen eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs erfüllt, vgl. BVerfG, B.v. 04.12.2008 – 2 BvR 1043/08, ZIP 2009, 1270 ff.

können das Ausmaß der Rechtsverletzung, die Intensität des durch die Akteneinsicht erfolgenden Grundrechtseingriffs sowie die Stärke des Tatverdachts sein.<sup>|33</sup> Insoweit hat die Justizbehörde insbesondere zu berücksichtigen, wenn Ermittlungen noch keinen Anlass zur Erhebung der Klage geboten haben, mithin keine klare Verdachtslage besteht und insoweit die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK grundsätzlich eine vertrauliche Behandlung des Tatvorwurfs gebietet.<sup>|34</sup> Entsprechendes muss für Fälle gelten, in denen die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach § 170 Abs. 2 StPO bzw. §§ 153, 153a StPO eingestellt hat. Auch eine mögliche *Gefährdung des Untersuchungszwecks* und etwaige Auswirkungen auf die Unbefangenheit von Zeugen sind zu berücksichtigen, wie § 477 Abs. 2 Satz 1 StPO klarstellt.<sup>|35</sup>

Bei ihrer Entscheidung hat die Justizbehörde im Rahmen ihrer Abwägung der gegenläufigen Interessen von Verletztem und Beschuldigtem berücksichtigen, dass die Akteneinsicht durch einen Rechtsanwalt erfolgt. *Als Organ der Rechtspflege ist der Rechtsanwalt* verpflichtet, seinem Mandanten nur die Auskünfte zukommen zu lassen, die zur Verfolgung seines berechtigten Interesses dringend erforderlich sind.<sup>|36</sup> Er hat dabei zu beachten, dass die durch Akteneinsicht oder Auskunft gewonnenen Daten einer *Zweckbindung* unterliegen, § 406e Abs. 5, § 477 Abs. 5 StPO. Die Zweckbindung ist ein zentrales datenschutzrechtliches Prinzip, das durch die Anwaltschaft leider nicht immer beachtet wird. Insbesondere darf ein Rechtsanwalt die im Wege der Akteneinsicht erlangten personenbezogenen Daten nicht ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft für andere Mandanten verwenden.<sup>|37</sup>

## 2. Auskünfte und Akteneinsicht für Privatpersonen und sonstige Stellen

Sonstige Private können als Nichtverfahrensbeteiligte Auskünfte oder Abschriften aus Akten nach § 475 Abs. 1 Satz 1 StPO erhalten. Auch diese Vorschrift verlangt lediglich die Darlegung eines berechtigten Interesses. Akteneinsicht durch einen Rechtsanwalt ist nach Maßgabe des § 475 Abs. 2 StPO möglich. Die Rechtsprechung verlangt hierzu einen schlüssigen Sachenvortrag, der den Grund und Umfang eines bestimmten berechtigten Interesses erkennen lässt.<sup>|38</sup> Ein *berechtigtes Interesse* im Sinne des § 475 StPO ist jedes verständige, durch die Sachlage gerechtfertigte Interesse.<sup>|39</sup>

33 Vgl. die Nachweise bei *Zaback*, KK StPO, 7. Aufl., § 406e, Anm. 5.a).

34 Vgl. LG Hamburg, B.v. 21.04.2009 – 627 Qs 13/09, unter II.2b)bb).

35 So zu Recht AG Saalfeld, NStZ 2005, 656.

36 BVerfG(K), B.v. 05.12.2006 (2 BvR 2388/06), NJW 2007, 1052.

37 Vgl. z.B. LG Braunschweig, NJW 2008, 3294.

38 LG Frankfurt, B.v. 15.04.2003 (5/2 AR 2/03), StV 2003, 495. LG Kassel, B.v.15.10.2004 (5 AR 18/04), StraFo 2005, 428 f.; ähnlich *Meyer-Gofner*, StPO, 56. Aufl., § 475 Rdn. 2.

39 *Wittig* in Graf, BeckOK StPO § 475, Rdn. 8.

Die Information Dritter aus Akten nach § 475 StPO sollte sich *de lege lata* von der des Verletzten nach § 406e StPO in zwei wesentlichen Punkten unterscheiden:

1. Die *Gewährung einer Akteneinsicht* nach § 475 StPO sollte eher die *Ausnahme* darstellen. Zu begrüßen ist daher eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach der nicht verletzte Zeuge regelmäßig kein berechtigtes Interesse auf Akteneinsicht nach § 475 StPO hat.<sup>40</sup>
2. Die Auskunft erteilende Stelle muss beachten, dass die *Versagung einer Auskunft* bereits dann geboten ist, wenn der hiervon Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an der Versagung hat (§ 475 Abs. 1 Satz 2 StPO). Anders als bei § 406e Abs. 2 Satz 1 müssen im Allgemeinen die schutzwürdigen Belange des Betroffenen also nicht das Einsichtsinteresse überwiegen.<sup>41</sup>

### 3. Auskunft und Akteneinsicht als Instrument der Öffentlichkeitsarbeit

Noch vor wenigen Jahren reagierten Staatsanwaltschaften auf Presseanfragen häufig, indem sie lediglich auf das noch laufende Verfahren verwiesen. Heute beschränkt sich die Öffentlichkeitsarbeit nicht nur darauf, Presseanfragen zu beantworten, sondern die Presseabteilungen der Justizbehörden suchen aktiv den Kontakt zur Presse. Nicht selten wird dabei nicht nur über den Stand der Ermittlungen informiert, sondern auch über sonstige Erkenntnisse und Vorstrafen von Beschuldigten berichtet.<sup>42</sup> Diese Entwicklung scheint durchaus erwünscht zu sein und soll insbesondere den presserechtlichen Informationsansprüchen Rechnung tragen.<sup>43</sup>

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist Pressearbeit mit detaillierten Angaben über Verfahrensbeteiligte zumeist als Übermittlung personenbezogener Daten an die Presse zu bewerten, selbst wenn eine namentliche Nennung unterbleibt.<sup>44</sup> Die Rechtslage dazu ist komplex, weil es zahlreiche Gerichtsentscheidungen gibt, die einzelfallbezogen Feststellungen zur verfassungsrecht-

40 BGH, B.v. 04.03.2010 (StB 46/09), NStZ-RR 2010, 246.

41 Vgl. *Wittig* in Graf, Beck OK StPO § 475, Rdn. 10 m.w.N. auch aus der Rechtsprechung.

42 Vgl. *Gomalakis*, Verdachtsberichtserstattung durch den Staatsanwalt, NJW 2012, 1473 ff. auch mit Hinweisen auf konkrete Beispiele der unmittelbar personenbezogenen oder zumindest personenbezieharen Pressearbeit; *BayLfD*, 24. Tätigkeitsbericht 2010, Nr. 5.3.2 Pressearbeit der Staatsanwaltschaften. Zu möglichen Beeinträchtigungen der Unschuldsvermutung vgl. Lindner, Der Verfassungssatz von der Unschuldsvermutung, AöR 113 (2008), 235, 252.

43 Vgl. beispielsweise *Staatsministerium der Justiz*, Richtlinien für die Zusammenarbeit der bayerischen Justiz mit der Presse vom 17.11.2000 (JMBl 2000, 178), wonach es auch zu den Aufgaben der Justizbehörden gehört, im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen dem Informationsanspruch der Presse gerecht zu werden und darüber hinaus den Kontakt zu den Medien durch eine aktive Öffentlichkeitsarbeit zu pflegen.

44 Dazu vgl. Nr. 23 Abs. 1 RiStBV: »Dem allgemeinen Informationsinteresse der Öffentlichkeit wird in der Regel ohne Namensnennung entsprochen werden können.«

lich und einfachgesetzlich gebotenen Abwägung der gegenläufigen Rechtsgüter der aus Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Presse- und Rundfunkfreiheit einerseits und den Persönlichkeitsrechten der betroffenen Verfahrensbeteiligten andererseits treffen.<sup>| 45</sup> Das Ergebnis dieser Abwägung darf aber nicht generell und abstrakt vorweggenommen werden.<sup>| 46</sup> Der presserechtliche Auskunftsanspruch<sup>| 47</sup> genießt keinen einseitigen Vorrang gegenüber dem privaten Interesse am Unterbleiben einer Auskunft.<sup>| 48</sup>

Im Übrigen sehen die einfachgesetzlich verbürgten Auskunftsansprüche der Presse aus datenschutzrechtlicher Sicht wohl keine unmittelbare Befugnis der Justizbehörden<sup>| 49</sup> zur Datenübermittlung vor.<sup>| 50</sup> Eine solche Befugnis ergibt sich vielmehr aus den allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften zur Übermittlung personenbezogener Informationen an nicht-öffentliche Stellen, z.B. für den Bund aus § 16 Abs. 1 BDSG, in Bayern aus Art. 19 Abs. 1 BayDSG. Zugleich sind diese Befugnisnormen als Verschwiegenheitsregeln im Sinne des Presserechts anzusehen.<sup>| 51</sup>

Im Rahmen der allgemeinen datenschutzrechtlichen Übermittlungsvorschriften ist der presserechtliche Anspruch dahingehend zu berücksichtigen, dass die Presse nur ihr Informationsinteresse zu konkretisieren hat. Die Auskunft erteilende Behörde hat bei der Beurteilung des berechtigten Interesses zu respektieren, dass die Presse regelmäßig auch auf einen bloßen, und sei es auch nur schwachen, Verdacht hin recherchiert. Bloße Vermutungen sind häufig Ausgangspunkt des Auffindens erheblicher Tatsachen. Ist eine publizistisch geeignete Information zu erwarten, wenn sich die Vermutung als zutreffend erweist, dann ist mit der Darlegung dieser Vermutung auch das Informationsinteresse hinreichend belegt.<sup>| 52</sup>

45 Ausführlich hierzu *Gounalakis*, Verdachtsberichterstattung durch den Staatsanwalt, NJW 2012, 1473 ff. sowie *Lindner*, Zum verfassungsrechtlichen Gebot einer justiziellen Schweigepflicht, Materialheft zum 38. Strafverteidigertag 2014, S. 97 ff.

46 Vgl. z.B. BVerfG NJW 2009, 3357, 3358.

47 Z.B. in Bayern aus Art. 4 Abs. 1 BayPrG. Die Auskunft darf gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 2 BayPrG nur verweigert werden, soweit aufgrund beamtenrechtlicher oder sonstiger gesetzlicher Vorschriften eine Verschwiegenheitspflicht besteht.

48 Weitergehend möglicherweise *Lindner*, Zum verfassungsrechtlichen Gebot einer justiziellen Schweigepflicht, Materialheft zum 38. Strafverteidigertag 2014, S. 97 ff., der sinngemäß ein Vorrang der Privatheit gegenüber der Pressefreiheit annimmt.

49 Vgl. *Niese* in Wilde/Ehmann/Niese/Knoblauch, BayDSG, Loseblattkommentar, Art. 19 Rdn. 11.

50 OVG Lüneburg, NJW 2013, 1177 f. scheint demgegenüber eine Informationsbefugnis unmittelbar aus § 4 NdsPresseG abzuleiten.

51 *Niese* in Wilde/Ehmann/Niese/Knoblauch, BayDSG, Loseblattkommentar, Art. 19 Rdn. 11a.

52 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 503, 505 f.

Allerdings ist weiterhin zu überprüfen, inwieweit schutzwürdige Belange der betroffenen Verfahrensbeteiligten einer Datenübermittlung entgegenstehen.

Erste Hinweise hierzu können die Regelungen der §§ 169 ff. GVG geben. Weitere Kriterien ergeben sich aus Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<sup>53</sup> und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.<sup>54</sup> Sie werden durch fachgerichtliche Entscheidungen näher konkretisiert.<sup>55</sup>

Vereinfacht dargestellt müssen die Justizbehörden bei ihrer Pressearbeit eine umfassende Abwägung zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit und dem entgegenstehenden privaten Interessen vornehmen.<sup>56</sup> Dabei gilt der Grundsatz, dass die Justizbehörden bei der Namensnennung und bei identifizierbarer Pressearbeit eine besondere Zurückhaltung zu üben haben.<sup>57</sup> Um unnötige Bloßstellungen zu vermeiden sollte nach Möglichkeit nicht nur auf Namen, sondern auch auf Angaben wie Alter, Geschlecht, Beruf, Familienstand, Staatsangehörigkeit, Wohnort mit Ortsteil, Geschlecht und Alter von Kindern) verzichtet werden, sofern diese Angaben nicht zur Erfüllung des Informationsanliegens zwingend erforderlich sind.<sup>58</sup> Für die Beurteilung ist es schließlich auch wesentlich, ob die Justizbehörde von sich aus über einen Sachverhalt informiert oder ob sie auf Presseanfragen reagiert.

In bestimmten Fällen ist eine personenbezogene Pressearbeit von vorneherein grundsätzlich unzulässig. Sehen die Vorschriften des GVG für einen bestimmten Sachverhalt den Ausschluss der Öffentlichkeit vor, bietet dies ein starkes Indiz für besonders schutzwürdige private Belange. In diesem Sinne unterliegen z.B. Minderjährige und geistig Erkrankte, aber auch Zeugen und insbesondere Opfer im Grundsatz einem gesteigerten Schutz, vgl. §§ 171a, 172 Nr. 1a GVG, § 48 JGG.

Bei der Gewichtung des Übermittlungsinteresses gegenüber privaten Geheimhaltungsinteressen kommt es maßgeblich darauf, ob Fragen, die die Öffentlichkeit wesentlich angehen, ernsthaft und sachbezogen erörtert oder lediglich private Angelegenheiten, die nur die Neugier befriedigen, ausgebreitet werden.<sup>59</sup> Hinsichtlich der Berichterstattung über Kriminalfälle haben die

53 Grundlegend z.B. BVerfGE 35, 202 ff. – Lebach.

54 Vgl. z.B. EGMR, U.v. 07.02.2012 – 39954/08 (Axel Springer AG / Deutschland), NJW 2012, 1058.

55 Jüngst z.B. VGH Mannheim, U.v. 11.09.2013 – 1 S 509/13.

56 Vgl. z.B. VGH Mannheim, U.v. 11.09.2013 – 1 S 509/13 und – auch zum Nachfolgenden – *BayLfD* 24. Tätigkeitsbericht 2010, Nr. 5.3.2 und 3.6.

57 Vgl. Nr. 23 RiStBV sowie bereits BGH NJW 1994, 1950, 1952.

58 Vgl. *BayLfD*, 24. Tätigkeitsbericht 2010, Nr. 3.6.

59 Vgl. BVerfG, NJW 2001, 503, 506, BVerfGE 101, 361, 391, BVerfGE 34, 269, 283.

Justizbehörden zwischen Fällen der schweren Gewaltkriminalität und Fällen der sonstigen Kriminalität zu unterscheiden. In Fällen der nicht schweren Gewaltkriminalität ist regelmäßig die Veröffentlichung von Namen, Abbildungen oder sonstigen identifizierenden Merkmalen von Tatverdächtigen unzulässig. Eine personenbeziehbare Pressearbeit kommt danach regelmäßig nur bei Verbrechen, und hierbei insbesondere bei Fällen der Gewaltkriminalität in Frage. Bei sonstigen Kriminalfällen ist eine personenbeziehbare Pressearbeit datenschutzrechtlich allenfalls vertretbar, wenn besondere Kriterien hinzukommen, die ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Berichterstattung begründen. Solche Kriterien können sich beispielsweise aus Besonderheiten bezüglich der Person des Täters oder des Tathergangs ergeben. Auch kann das vorherige Verhalten eines Beschuldigten eine Rolle spielen, z.B. ob er selbst die Öffentlichkeit gesucht hatte.<sup>60</sup> Stets haben die Justizbehörden Rücksicht auf den unantastbaren innersten Lebensbereich zu nehmen und müssen den Verhältnisgrundsatz beachten.<sup>61</sup> Bis zu einer Verurteilung, insbesondere am Beginn eines Ermittlungsverfahrens, müssen die Justizbehörden die Unschuldsvermutung berücksichtigen.<sup>62</sup> Das gilt umso mehr als die Identifizierung eines Täters oft auch einen Personenbezug zu betroffenen Opfern zur Folge haben kann. Für die betroffene Person kann eine derartige personenbezogene Berichterstattung zu bleibenden Nachteilen führen, weil beispielsweise die Frage, ob sie später verurteilt oder freigesprochen wird, in der öffentlichen Wahrnehmung nur noch eine untergeordnete Rolle spielt. Auch bei schweren Straftaten setzt eine personenbeziehbare Pressearbeit folglich voraus, dass genügend Beweistatsachen vorliegen, die für den Wahrheitsgehalt der veröffentlichten Informationen sprechen.<sup>63</sup>

#### 4. Datenschutz durch technische und organisatorische Verfahren

Neben der offiziellen Pressearbeit der Justizbehörden ist es nicht auszuschließen, dass einzelne, nicht zuständige Bedienstete der Strafverfolgungsbehörden aus persönlichen Motiven informell Akteninhalte an die Presse weitergeben. Solche nicht autorisierten Hinweise können nach § 353b StGB strafbar sein. Werden amtliche Schriftstücke eines Strafverfahrens im Wortlaut veröffentlicht, bevor sie in öffentlicher Verhandlung erörtert worden sind oder das Verfahren abgeschlossen ist, kommt eine strafbare Handlung nach § 353d Nr. 3 StGB in Betracht.<sup>64</sup>

60 Vgl. z.B. EGMR, U.v. 07.02.2012 – 39954/08, NJW 2012, 1058, 1061 (Abs. 101).

61 So schon BVerfGE 35, 202 – Lebach.

62 Vgl. dazu auch *Gounalakis*, NJW 2012, 1473, 1475.

63 BGH NJW 2000, 1035, 1036, BGH NJW 1997, 1148, 1149.

64 Vgl. dazu BVerfGE 71, 206 ff.

Die Justizbehörden haben eine solche indiskrete Vorgehensweise zu unterbinden, indem sie geeignete und angemessene technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz der Privatheit von Verfahrensbeteiligten treffen, vgl. § 9 BDSG, Art. 7 BayDSG. Die Protokollierungsregelungen zu den automatisierten Abrufverfahren in § 488 und § 493 StPO stehen weitergehenden Protokollierungsregelungen nach dem allgemeinen Datenschutzrecht nicht entgegen. Die genannten Vorschriften sehen die Protokollierung der übermittelnden Stelle trotz der fehlenden eigenen datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit für den Abruf vor, vgl. § 488 Abs. 3 Satz 1, § 493 Abs. 3 Satz 1 StPO. Die Regelungen lassen daher die Protokollierung für den eigenen Verantwortungsbereich unberührt.

Neben entsprechenden verwaltungsinternen Vorgaben kann es daher geboten sein, die elektronischen Zugriffsberechtigungen im Rahmen eines Berechtigungskonzepts auf den Personenkreis zu beschränken, der für die Sachbearbeitung eines Vorgangs zuständig ist, vgl. Anlage zu § 9 BDSG, Nr. 3, Art. 7 Abs. 2 Nr. 5 BayDSG.

Zumindest aber sollte eine sachgerechte Protokollierung die Kontrolle ermöglichen, ob und inwieweit missbräuchliche Zugriffe erfolgen, vgl. Anlage zu § 9 BDSG, Nr. 5, Art. 7 Abs. 2 Nr. 7 BayDSG. Bei den Polizeien ist eine Vollprotokollierung sämtlicher Zugriffe auf der Anwendungsebene oft Standard – bei den Strafjustizbehörden bislang jedenfalls nicht bundesweit.

#### IV. Fazit:

Benötigen wir eine justizielle  
Schweigepflicht *de lege ferenda*?

Es gibt bereits *de lege lata* eine justizielle Schweigepflicht. Sie wird allerdings vor allem durch verfassungsrechtlich begründete Auskunftspflichten eingeschränkt. Das Gebot einer umfassenden Abwägung zwischen den gegenläufigen Informationsinteressen und dem Privatheitsinteresse der betroffenen Verfahrensbeteiligten dient der Einzelfallgerechtigkeit, hat allerdings Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung zur Folge.

Die gesetzgeberische Normierung einer justiziellen Schweigepflicht hätte in erster Linie eine klarstellende Funktion und wäre im Grundsatz zu begrüßen. Mindestens ebenso wichtig ist es allerdings, dass alle Personen und Stellen, die an einem Strafverfahren beteiligt sind, sensibel mit den Persönlichkeitsrechten der Verfahrensbeteiligten umgehen.



# Freiheitsentziehende Maßregeln im Spiegel der Strafrechtspflegestatistiken

## I. Anordnung von freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung

### 1. Umfang und Entwicklung von Unterbringungsanordnungen

Seit den 1980er Jahren liegen die absoluten Zahlen der strafrichterlichen Unterbringungsanordnungen (UAO) gem. §§ 63, 64 StGB fast jedes Jahr höher als im Vorjahr (vgl. Schaubild 1).<sup>1</sup> Seit Mitte der 1990er Jahre ist dies – mit Einschränkungen – auch bei § 66 StGB der Fall. Der Höhepunkt war 2008 erreicht, seitdem sind die Zahlen der UAO bei §§ 63, 66 StGB rückläufig, bei § 64 StGB gibt es nur noch geringe Zunahmen. Erstmals seit 2010 sind die Gesamtzahlen aller UAO nicht mehr gestiegen (Schaubild 1).

Als direkte Folge der gesetzlichen Reformen seit 1998 sind sowohl eine Zunahme der Unterbringungsanordnungen (UAO) gem. § 66 StGB zu erwarten als auch eine restriktiver werdende Entlassungspraxis und damit längere Unterbringungszeiten im gesamten Maßregelvollzug. Hinzu kommt eine dem Zeitgeist geschuldete stärkere Betonung sowohl kollektiver Sicherheitsinteressen als auch des Schutzes potenzieller Opfer. Denn dieses Sicherungsdanken erhöht zum einen die Bereitschaft, freiheitsentziehende Maßregeln anzuordnen, zum anderen den Erwartungsdruck sowohl auf die Anstalten als auch auf die Gutachter, keine fehlerhaften Lockerungsentscheidungen<sup>2</sup> und Prognosen (Einweisungs-

1 Zahlen über UAO enthält die Strafverfolgungsstatistik (StVerfStat). Diese liegt erst seit 2007 flächendeckend für Deutschland vor. Bei Gegenüberstellung von absoluten Zahlen ist deshalb - im Unterschied zu relativen Zahlen - zwischen früherem Bundesgebiet und Deutschland zu trennen. Zu den Grenzen der Aussagemöglichkeiten auf der Grundlage der Daten der StVerfStat vgl. *Heinz*: Entwicklung und Stand der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung, (Berichtsstand 2012 / 2013) <<http://www.ki.uni-konstanz.de/kis/>>, S. 10 ff.

2 »... nach spektakulären Einzelfällen (sehen sich) die Einrichtungen, der für die Lockerungsentscheidung verantwortliche Klinikleiter sowie die Verantwortlichen auf Träger- und Landesebene zumeist erheblicher öffentlicher Kritik ausgesetzt, auch dann, wenn die Lockerungsentscheidung fachlich nicht zu beanstanden war. Auf administrativer und politischer Seite wird hierauf rasch mit der Forderung nach einer restriktiveren Lockerungspraxis reagiert. Werden aber Lockerungsmaßnahmen zunehmend reduziert, führt dies nicht nur zu einer Beeinträchtigung des Klimas innerhalb der Einrichtung, sondern vor allem zu Verlängerungen der Unterbringungsdauer, da eine Aussetzung der Maßregel gemäß § 67d Abs. 2 StGB in der Regel nur bei Patienten erfolgt, die sich zuvor im Rahmen eines längerfristigen Lockerungsprozesses als hinreichend stabil erwiesen haben« (*Leygraf*: Der Maßregelvollzug und die Aussetzung der Maßregelvollstreckung zur Bewährung - Anmerkungen aus psychiatrischer Sicht, in: Kroeber et al.: (Hrsg.): Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Band 1: Strafrechtliche Grundlagen der Forensischen Psychiatrie, Darmstadt 2007, S. 345).

wie Entlassungsprognosen)|<sup>3</sup> zu stellen. Bereits im Vorfeld des SexualdelBekG von 1998 wurde deshalb u.a. eine Überfüllung der Maßregelvollzugseinrichtungen prognostiziert und vor den dadurch bedingten negativen Folgen gewarnt.<sup>4</sup> Inzwischen mehren sich freilich die Stimmen, die u.a.

- aufgrund des Zuwachses und längerer Unterbringungszeiten fast überall Überbelegungen und Kapazitätsengpässe im Maßregelvollzug feststellen,<sup>5</sup> die nicht nur die Therapiemöglichkeiten und -chancen einschränken, sondern auch zu Lasten der Allgemeinpsychiatrie gehen,
- betonen, dass der Erwartungsdruck auf die Anstalten und die Furcht der Anstalten vor Versagen größer geworden sei mit der Konsequenz, dass Sicherungsdienken zunehme,<sup>6</sup>
- wegen einer restriktiver gewordenen Handhabung von Lockerungen<sup>7</sup> die Gefahr eines sich verstärkenden negativen Kreislaufes – keine Lockerung, keine Erprobung; keine Erprobung, keine günstige Legalprognose; keine günstige Legalprognose, keine bewährungsweise Aussetzung – sehen,<sup>8</sup>
- zunehmend mehr die Rückverlegung aus Entziehungsanstalten in den Strafvollzug wegen »Therapieuneignetheit« beobachten, die nicht mit entsprechenden Veränderungen der Klientel in Zusammenhang steht.

3 Ob der Anstieg der Verweildauer Folge der Neufassung von § 67d Abs. 2 StGB ist, wird von *Leygraf* als »empirisch schwer zu belegen« bewertet. »Trotz bundesweit einheitlicher Gesetzesregelung haben frühere Untersuchungen erhebliche Unterschiede der Verweildauern im Maßregelvollzug gezeigt. Dies legt nahe, dass die Entlassungspraxis keineswegs allein durch die gesetzlichen Rahmenbedingungen bestimmt wird. Die jetzige ‚Erwartungsklausel‘ entspricht jedenfalls durchaus den Kriterien, die schon zuvor von den Gerichten für Entlassungsentscheidungen herangezogen wurden. ... Eine deutlich höhere Bedeutung für die Entlassungspraxis ... dürfte dem hinter der Gesetzesreform stehenden kriminalpolitischen Gesamtklima zukommen« (*Leygraf*, Anm. 2, S. 347).

4 Vgl. *Nedopil*: Folgen der Änderung des § 67d II StGB für den Maßregelvollzug und die Begutachtung, *MSchrKrim* 1998, 44 ff.

5 *Schnoor* et al.: Entlassung aus dem Maßregelvollzug, in: Fegert/Schlafke (Hrsg.): *Maßregelvollzug zwischen Kostendruck und Qualitätsanforderungen*, Lengerich 2010, S. 151: »Die Zahl der Untergebrachten im Maßregelvollzug steigt seit Jahren stetig an. Die meisten forensischen Kliniken sind chronisch überbelegt und stehen unter einem hohen Aufnahmepressur. Die Zahl der Einweisungen und die Länge der Unterbringungen sind in den vergangenen Jahren ständig gestiegen und steigen weiter. Die Zahl der Entlassungen ist dagegen seit längerer Zeit rückläufig. Eine Lösung des Problems wird augenscheinlich vorrangig durch den Bau neuer Kliniken versucht, die die Kosten für den Maßregelvollzug weiter in die Höhe treiben, am grundsätzlichen Problem aber nichts ändern können.«

6 *Schnoor* et al. (Anm. 5), S. 153: »Eine zunehmend an Sicherheitsaspekten orientierte Gesetzeslage, die immer sicherere Prognosen verlangt und spektakuläre Fälle gescheiterter Lockerungsproben und Entlassungen (und die mediale wie politische Reaktion darauf) haben den Druck auf Personal, Gutachter und Klinikleitungen wesentlich erhöht und zu einer restriktiveren Entlassungspraxis geführt.«

7 *Nedopil*: Prognostizierte Auswirkungen der Gesetzesänderungen vom 26.1.1998 auf die Forensische Psychiatrie und was daraus verlangt ist, *MSchrKrim* 2002, S. 211; *Schalast* et al.: Unterbringung in der Entziehungsanstalt, *Recht & Psychiatrie* 2005, S. 6.

8 Vgl. *Boetticher*: Aktuelle Entwicklungen im Maßregelvollzug und bei der Sicherungsverwahrung – Ambulante Nachsorge für Sexualstraftäter ist Aufgabe der Justiz, *NSZ* 2005, S. 420 f., der darauf hinweist, dass inzwischen in der Mehrzahl der Bundesländer Regelungen ergangen sind, mit denen Einzelfallentscheidungen zur Lockerung durch »generalisierende Einschränkungen für bestimmte Tätergruppen und Taten« ersetzt wurden mit der Konsequenz einer restriktiver werdenden Lockerungspolitik.

Inzwischen wird davon ausgegangen, dass bundesweit ca. 50% der nach § 64 StGB untergebrachten Patienten vorzeitig, d.h. ohne dass das angestrebte Therapieziel erreicht wurde, gem. § 67d V StGB entlassen und in aller Regel in die Haft zurückverlegt werden,<sup>9</sup> auch als Folge einer Überforderung der Einrichtungen.<sup>10</sup>

Inwieweit diese Befürchtungen bzw. Wahrnehmungen zutreffen, lässt sich anhand der verfügbaren statistischen Daten der Strafrechtspflegestatistiken allerdings nur eingeschränkt prüfen.

Für Vergleiche im zeitlichen Längs- oder im regionalen Querschnitt sind absolute Zahlen wegen Umfang und Struktur von demografischen Veränderungen nicht geeignet. Aussagekräftig sind nur relative Häufigkeiten (sog. Häufigkeitszahlen = HZ), mit denen das Vorkommen einer UAO in Bezug zu einer im Zeitverlauf oder im regionalen Vergleich konstanten Größe zum Ausdruck gebracht wird. Als solche konstanten Größen kommen 100.000 der (strafmündigen) Wohnbevölkerung oder 1.000 Abgeurteilte in Betracht (vgl. Schaubild 1).

Die Entwicklung der UAO erfolgte, gemessen über HZ, maßregelspezifisch höchst unterschiedlich (Schaubild 2).

- Die UAO im psychiatrischen Krankenhaus gingen zwischen 1955 und 1970 deutlich zurück und bewegten sich dann um einen Mittelwert von 0,4 pro 1.000 Abgeurteilte. Erst ab der zweiten Hälfte der 1980er Jahre wurde wieder zunehmend häufiger von § 63 StGB Gebrauch gemacht.
- Von der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt wurde dagegen bis Anfang der 1960er Jahre in zunehmendem Maße Gebrauch gemacht. Nach einem Rückgang und einer zeitweiligen Stagnation stiegen die UAO ab 1976 wieder deutlich an. Ab Anfang der 1990er Jahre – also noch vor den gesetzlichen Verschärfungen 1998 durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten – lagen die Zuwachsraten teilweise sogar im zweistelligen Bereich. Seit 1977 werden jedes Jahr mehr Personen in eine Entziehungsanstalt eingewiesen

9 Vgl. *Schalast*: Suchtkranke Rechtsbrecher in: Kröber et al.: (Hrsg.): Handbuch der Forensischen Psychiatrie, Band 3 Psychiatrische Kriminalprognose und Kriminaltherapie, Darmstadt 2006, S. 341; *Wittmann*: Psychodynamische Psychotherapie bei »psychopathy«, Recht und Psychiatrie 28, 2010, S. 3. Damit wird zugleich das Rückfallrisiko erhöht: »Wenn in Einrichtungen das Scheitern in der Behandlung zum statistischen Normalfall wird, so ist ein gutes Motivationspotenzial des Behandlungsangebotes nicht mehr vorstellbar. ... Schließlich wird den Betroffenen quasi amtlich bescheinigt (durch Klinikstellungennahmen und Gerichtsbeschlüsse), dass es sich bei ihnen ‚aus Gründen, die in der Person des Untergebrachten liegen‘ um hoffnungslose Fälle handelt« (Schalast et al. (Anm. 7), S. 4).

10 »Die Aufgabe, erheblich gestörte Patienten in einem überschaubaren Zeitraum – 1 bis 2 Jahre – erfolgreich zu behandeln, durch angemessene Lockerungen auf die Entlassung vorzubereiten und dabei keinerlei Risiko einzugehen, stellt eine Überforderung dar. Diese Überforderung hat zum starken Anstieg der Zahl der Patienten beigetragen, bei denen gemäß § 67d(5) StGB die Maßnahme wegen unzureichender Erfolgsaussichten abgebrochen wird« (Schalast (Anm. 9), S. 342).

als in ein psychiatrisches Krankenhaus. Die durch die Maßregelrechtsreform 2007 (Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16.7.2007) erhoffte Entlastung ist statistisch nicht feststellbar.

- Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB bzw. § 42e StGB a.F. StGB) wurde als Folge der Reform von 1969 seltener verhängt; die relativen Zahlen gingen auf ein Zehntel ihres früheren Wertes zurück (1968: 0,41; 1978: 0,047; 1993: 0,035 - jeweils pro 1.000 Verurteilte). Seitdem sind die UAO bis 2008 wieder gestiegen, und zwar - absolute Zahlen - auf 99 (FG; 111 BRD). Bezogen auf 1.000 Verurteilte waren dies 0,135 (FG) bzw. 0,127 (BRD), also immer noch ein Bruchteil der Anteile vor der Strafrechtsreform (1965: 0,37). Seit 2008 gehen die UAO drastisch zurück. 2012 ergingen noch 48 (FG) bzw. 56 (BRD), bezogen auf 1.000 Verurteilte sind dies noch 0,073 (FG) bzw. 0,086 (BRD). Unbekannt ist freilich die Zahl der nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrungen, die statistisch in der Strafverfolgungsstatistik nicht und in der Strafvollzugsstatistik nicht getrennt nachgewiesen wird.

Schaubild 1: *Abgeurteilte mit Anordnung einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus, in einer Entziehungsanstalt oder in Sicherungsverwahrung. Absolute Zahlen sowie Häufigkeitszahlen (HZ) pro 1.000 Abgeurteilte bzw. pro 100.000 strafm. Wohnbevölkerung. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin (FG), seit 2007 FG und Deutschland | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik*

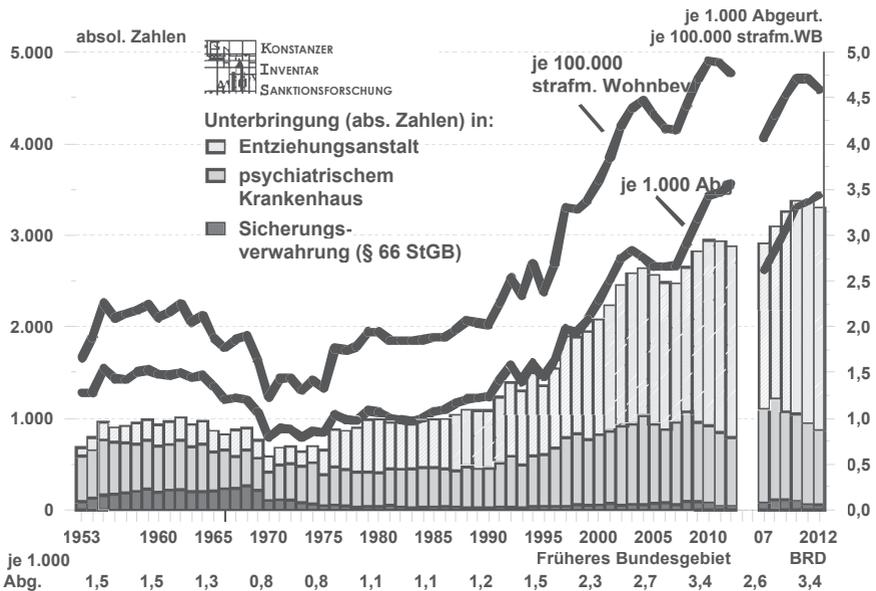
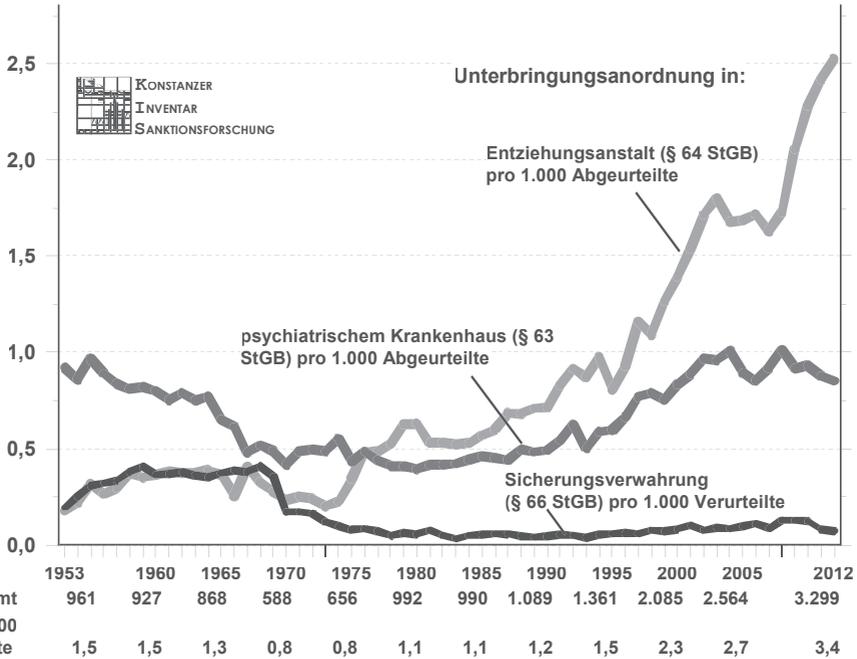


Schaubild 2: Abgeurteilte mit Anordnung einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus, in einer Entziehungsanstalt oder in Sicherungsverwahrung. HZ pro 1.000 Abgeurteilte/Verurteilte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin, seit 2007 Deutschland | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik



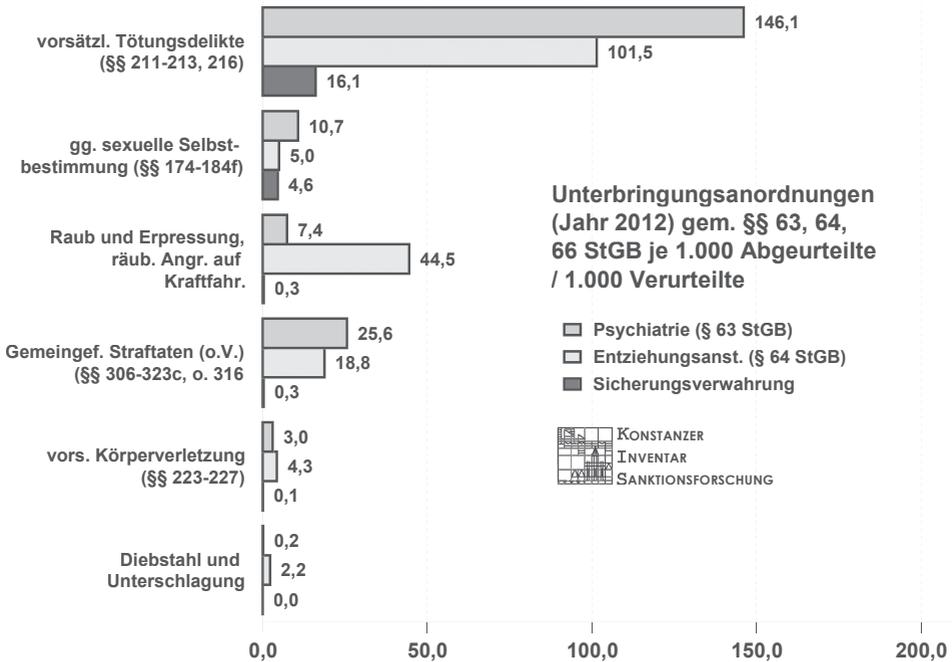
## 2. Deliktsspezifische Unterbringungsanordnungen und Struktur der Unterbringungen

### 2.1 Deliktsspezifische Unterbringungsanordnungen

Entsprechend den gesetzlichen Vorgaben, nach denen die Anordnung verhältnismäßig sein muss, und zwar sowohl hinsichtlich der begangenen als auch der zu erwartenden Taten (§ 62 StGB), dominieren Formen der schweren Kriminalität. Die höchsten Anteile mit UAO gem. §§ 63, 64, 66 StGB weisen die vorsätzlichen Tötungsdelikte auf (Schaubild 3). Die nächst großen Gruppen bilden – mit weitem Abstand - Raub und Erpressung (5,2%), gemeingefährliche Straftaten (4,5%), Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (1,9%) sowie vorsätzliche Körperverletzung (0,7%). Entsprechend den unterschiedlichen Anordnungsvoraussetzungen dominierten bei UAO nach § 63 StGB die Sexual-, die vorsätzlichen Tötungs- und Körperverletzungsdelikte

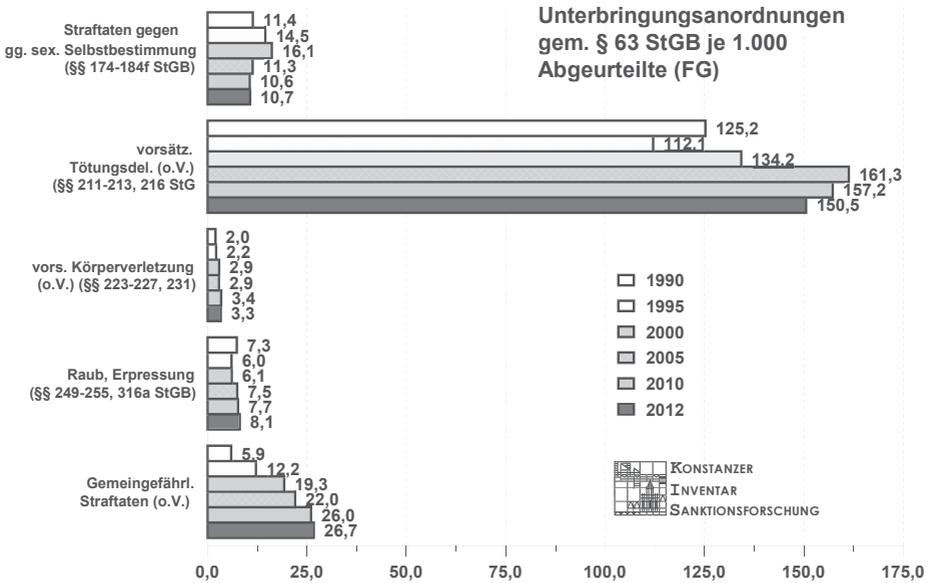
mit 64,5% (bezogen auf alle UAO gem. § 63 StGB), bei § 64 StGB dagegen die BtMG-Straftaten sowie die eher mit Suchtproblemen zusammenhängenden Eigentumsdelikte (2012: 66,0%).

Schaubild 3: UAO im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB), in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) oder in Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) nach ausgewählten Deliktgruppen. Anteile pro 1.000 Abgeurteilte / 1.000 Verurteilte (Sicherungsverwahrung). Deutschland 2012 | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik



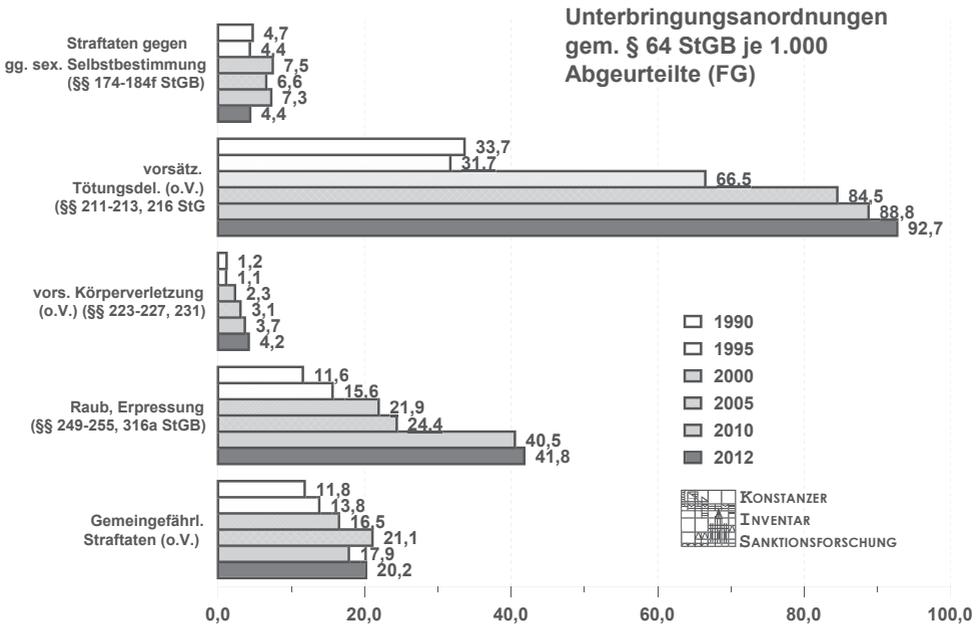
Die Wahrscheinlichkeit einer UAO gem. § 63 StGB (vgl. Schaubild 4) hat sich (im früheren Bundesgebiet) – bei Schwankungen - vor allem bei gemeingefährlichen Straftaten sowie bei vorsätzlicher Körperverletzung erhöht. Bei hohem Ausgangsniveau stieg sie bei vorsätzlichen Tötungsdelikten von 125,2 auf 150,5. Bei vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten dürfte freilich mit einer Überschätzung durch Ausfilterung leichter Formen durch Verfahrenseinstellungen zu rechnen sein.

Schaubild 4: *UAO im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) nach ausgewählten Deliktgruppen. Anteile pro 1.000 Abgeurteilte. Früheres Bundesgebiet einschl. Westberlin (1990) bzw. mit Gesamtbereich (1995, 2000, 2005, 2010, 2012) | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik*



Bei § 64 StGB (vgl. Schaubild 5) sind vor allem bei vorsätzlicher Körperverletzung (1990: 1,2; 2012: 4,2), bei Raub und Erpressung (1990: 11,6; 2012: 41,8) sowie bei vorsätzlichen Tötungsdelikten (1990: 33,7; 2012: 92,7) die UAO-Wahrscheinlichkeiten gestiegen.

Schaubild 5: UAO in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) nach ausgewählten Deliktgruppen. Anteile pro 1.000 Abgeurteilte. Früheres Bundesgebiet einschl. Westberlin (1990) bzw. mit Gesamtberlin (1995, 2000, 2005, 2010, 2012) | Datenquelle: Straferfolgungsstatistik



## 2.2 Deliktstruktur der Unterbringungsanordnungen

Die Deliktstruktur der jährlichen UAO ist eine Funktion von Anordnungswahrscheinlichkeit und Deliktshäufigkeit. Die UAO-Rate gem. § 63 StGB pro 1.000 Abgeurteilte war 2012 (hier: früheres Bundesgebiet wie in Schaubild 4) bei vorsätzlichen Tötungsdelikten 46-mal höher als bei vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten (2012: KV 3,3; Tötung 150,5), die Zahl der Abgeurteilten war dagegen bei Körperverletzung wesentlich höher (2012: KV 92.284; Tötung 658). Wegen der höheren Zahl der Abgeurteilten war unter den gem. § 63 StGB im früheren Bundesgebiet Untergebrachten nur 99 wegen Tötungsdelikten Abgeurteilte, aber 301, also dreimal so viele, die wegen Körperverletzungsdelikten abgeurteilt worden waren.

Unterbringungsanordnungen sowohl bei § 63 StGB als auch bei § 64 StGB werden zunehmend häufiger bei Delikten gegen die körperliche Unversehrtheit ausgesprochen (Schaubild 6). Bei § 64 StGB hat sich noch der relative Anteil von Raub und räuberischer Erpressung erhöht (Schaubild 7).

Schaubild 6: Anordnung der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) nach ausgewählten Deliktgruppen. Anteile, bezogen auf Unterbringungsanordnungen gem. § 63 StGB. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin (FG), seit 2007 FG und Deutschland | Datenquelle: Straferfolgstatistik

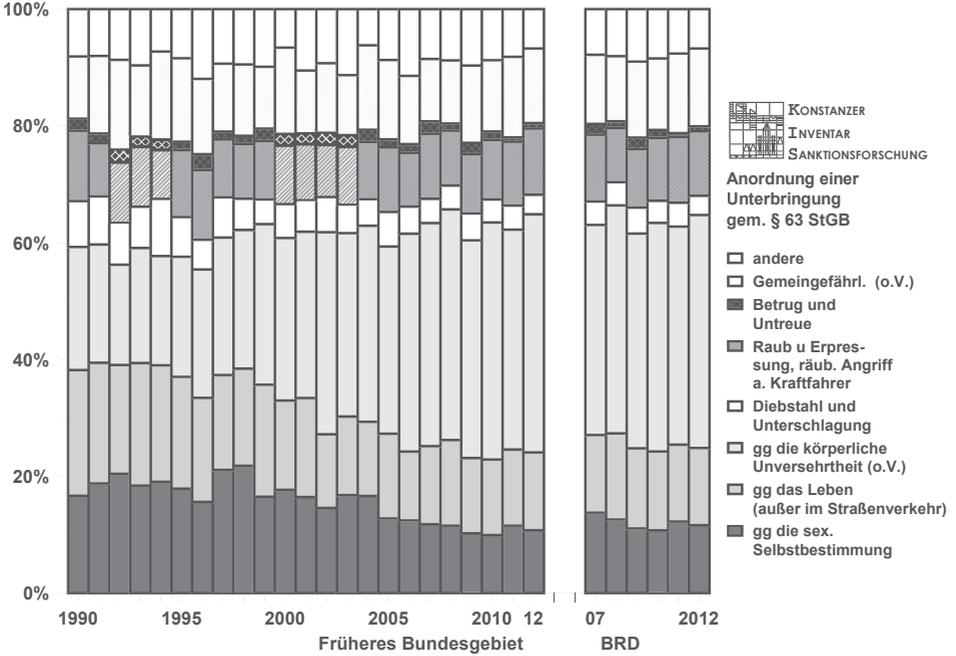
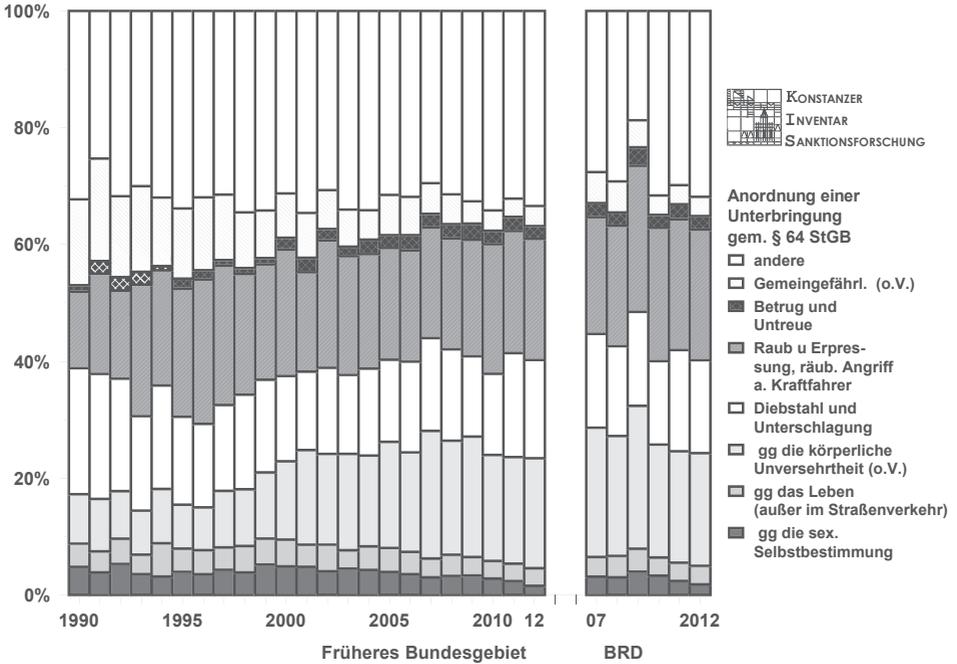


Schaubild 7: Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) nach ausgewählten Deliktgruppen. Anteile, bezogen auf Unterbringungsanordnungen gem. § 64 StGB. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin (FG), seit 2007 FG und Deutschland | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik



Bei Sicherungsverwahrung sind, erwartungsgemäß, bei vorsätzlichen Tötungsdelikten und Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung die Anordnungswahrscheinlichkeiten am höchsten. Die wesentlich größere Zahl der Abgeurteilten führt auch hier dazu, dass unter den UAO die Sexualdelikte überwiegen.<sup>11</sup> Wegen der kleinen absoluten Zahlen der jährlichen UAO in Sicherungsverwahrung sowie der Beschränkung des statistischen Nachweises auf große Deliktgruppen ist der Trend bei § 66 StGB nicht ganz so eindeutig auszumachen wie bei §§ 63, 64 StGB. Immerhin lassen die Nachweise erkennen, dass zunehmend mehr Sicherungsverwahrung wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung angeordnet wird.

<sup>11</sup> Zur Sicherungsverwahrung aus empirischer Sicht vgl. eingehend *Heinz*: Sicherungsverwahrung in Deutschland, *Bewährungshilfe* 2013, S. 323 ff.

### 1.3 Unterbringungsanordnungen in Abhängigkeit von Schuldunfähigkeit bzw. verminderter Schuldfähigkeit und Delikt

Bei abgeurteilten Tätern insgesamt ist die Bejahung einer Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit eine seltene Ausnahme. 2012 wurde bei 0,09% der Abgeurteilten eine Schuldunfähigkeit und bei 2,43% (BRD; 2,53% FG) der Verurteilten eine verminderte Schuldfähigkeit |<sup>12</sup> festgestellt. Auf Dekulpation entfielen also 95% aller festgestellten Schuldfähigkeitsbeeinträchtigungen. Seit 1976 hat – auf sehr kleinem Niveau - sowohl der Anteil der Schuldunfähigen als auch jener der vermindert Schuldfähigen an den Abgeurteilten bzw. Verurteilten zugenommen. |<sup>13</sup>

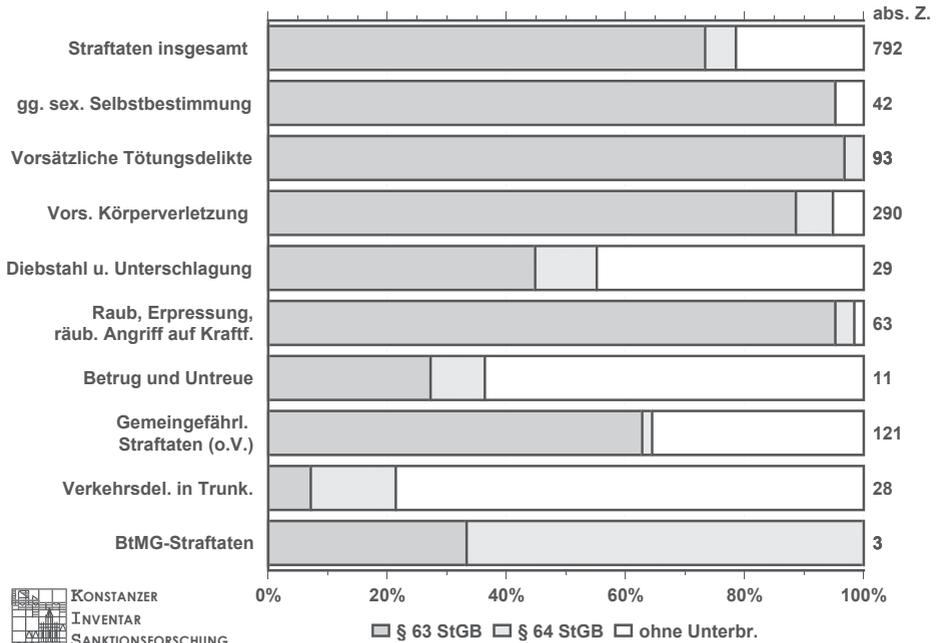
Entsprechend der gesetzlichen Regelung wird bei abgeurteilten Schuldunfähigen überwiegend eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt angeordnet. 2012 war dies bei fast vier von fünf Abgeurteilten (78,5%) der Fall (Schaubild 8). In Fällen der Schwerekriminalität ist der Anteil der abgeurteilten Schuldunfähigen, bei denen eine Unterbringung angeordnet wurde, mit 90% oder mehr deutlich höher. Die Unterbringungsraten beliefen sich 2012 – bei allerdings teilweise sehr kleinen Zahlen - bei vorsätzlichen Delikten gegen das Leben auf 100,0%, bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung auf 95,2%, bei Raub, räuberischer Erpressung auf 98,4% und bei vorsätzlichen Delikten gegen die körperliche Unversehrtheit auf 94,8%. Diese Unterschiede beruhen zum einen darauf, dass bestimmte Delikte eher im Defektzustand verübt werden, zum anderen aber auch darauf, dass die Deliktart einer der wichtigsten Faktoren für die Veranlassung einer psychiatrischen Begutachtung ist. |<sup>14</sup>

12 In Aktenanalysen wurden deliktspezifisch wesentlich höhere Anteile vermindert Schuldfähiger festgestellt. 1983/1984 wurde § 21 StGB bei 65% der in Hamburg und Niedersachsen wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte Verurteilten bejaht bzw. dessen Voraussetzungen konnten jedenfalls nicht ausgeschlossen werden (vgl. *Verrel*: Schuldfähigkeitsbegutachtung und Strafzumessung bei Tötungsdelikten, München 1995, S. 100). Deshalb wird vermutet, dass die Angaben in der StVerfStat zu § 21 StGB deutlich unterschätzt sind, weil die Anwendung von § 21 StGB »in manchen Fällen nur aus dem Text der Entscheidungsgründe eines Urteils ersichtlich« ist (*Dessecker*: Die Maßregel nach § 63 StGB bei verminderter Schuldfähigkeit – eine Beurteilung aus strafrechtlicher und empirischer Sicht, in: Kröber: Strafrechtliche Grundlagen der Forensischen Psychiatrie, Darmstadt 2007, S. 130).

13 Vgl. *Heinz* (Anm. 1), Schaubild 27.

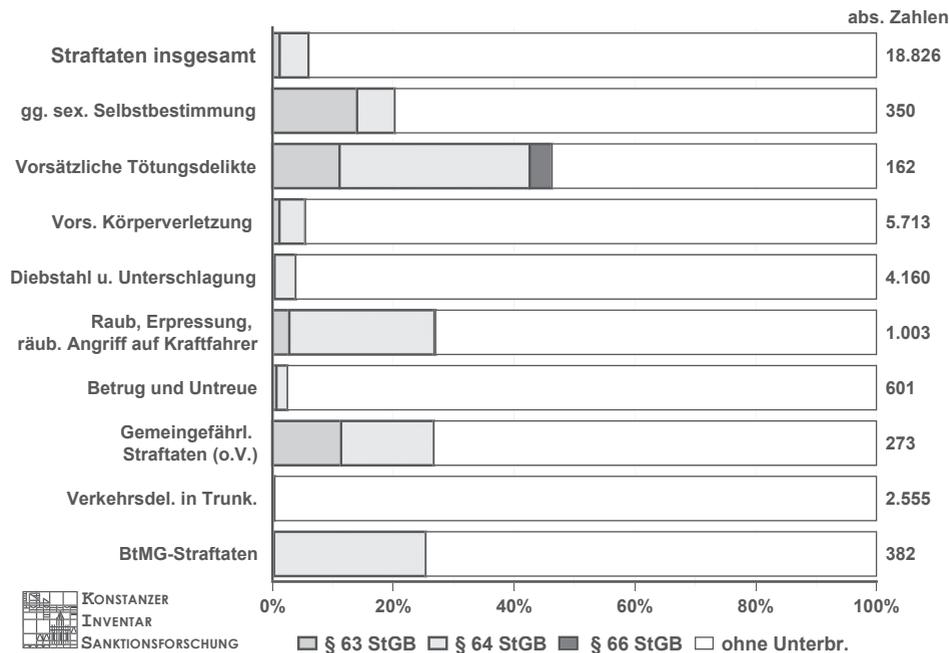
14 *Marneros et al.*: Angeklagte Straftäter, Baden-Baden 2002, S. 101 ff., 151; *Marneros et al.*: Das Dilemma der Begutachtung: Das Hallenser Angeklagtenprojekt, in: *Marneros et al.*: Psychiatrie und Justiz, München 2000, S. 10.

Schaubild 8: *Abgeurteilte Schuldunfähige mit Anordnung der Unterbringung gem. § 63 und § 64 StGB nach Deliktsgruppen. Anteile, bezogen auf die Schuldunfähigen der jeweiligen Deliktsgruppe. Deutschland 2012 | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik*



Im Unterschied zur Schuldunfähigkeit führt die Feststellung verminderter Schuldfähigkeit zwar regelmäßig zu einer Strafmilderung, nicht aber zu einer Unterbringung, und zwar selbst bei schweren Straftaten nicht (Schaubild 9). 2012 wurden lediglich 6,0% der vermindert Schuldfähigen gem. §§ 63, 64 StGB untergebracht. Größere Anteile finden sich bei wegen vorsätzlicher Tötungsdelikte Verurteilten, bei denen eine verminderte Schuldfähigkeit festgestellt wurde. Aber selbst hier wurden 2012 53,7% nicht gem. §§ 63, 64 StGB untergebracht.

Schaubild 9: Verurteilte mit verminderter Schuldfähigkeit. Anordnung der Unterbringung gem. § 63 und § 64 StGB nach Deliktsgruppen. Anteile, bezogen auf die vermindert Schuldfähigen der jeweiligen Deliktsgruppe. Deutschland 2012 | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik

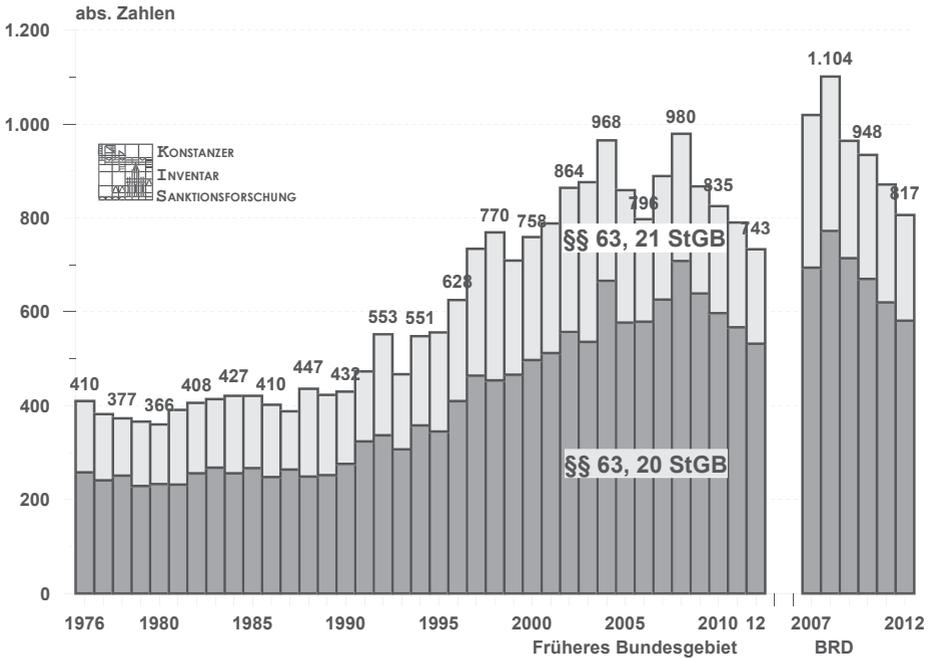


Die Zunahme der absoluten Zahl der UAO gem. § 63 StGB beruht vor allem auf einer vermehrten Einweisung schuldunfähiger Abgeurteilter (vgl. Schaubild 10).

»Ein Grund hierfür könnte sein, dass unter dem Postulat, ‚stets auf der sicheren Seite sein‘ zu wollen, heute auch solche Straftäter untergebracht werden, bei denen früher eine Verfahrenseinstellung auf der Ebene der Staatsanwaltschaft erfolgt ist, wenn die Schuldunfähigkeit eindeutig war und sich der Betroffene anderweitig, etwa nach Landesunterbringungsrecht oder Betreuung, in Behandlung befand. Vielleicht ist aber auch das Risiko eines schwer psychisch kranken, z.B. schizophrenen, Menschen, erheblich straffällig zu werden, in den letzten Jahren tatsächlich angewachsen. Es gibt die These, dass die frühere Anstaltspsychiatrie, die natürlich in mancher Hinsicht einen repressiven Charakter hatte, zugleich aber auch ein größeres Haltevermögen für

bestimmte schwierige Menschen besaßen. Heutzutage drohen manche Problemfälle durch die Maschen der modernen Gemeindepsychiatrie zu fallen, sie verwahten, konsumieren u.U. Alkohol und Drogen und werden straffällig.«<sup>15</sup>

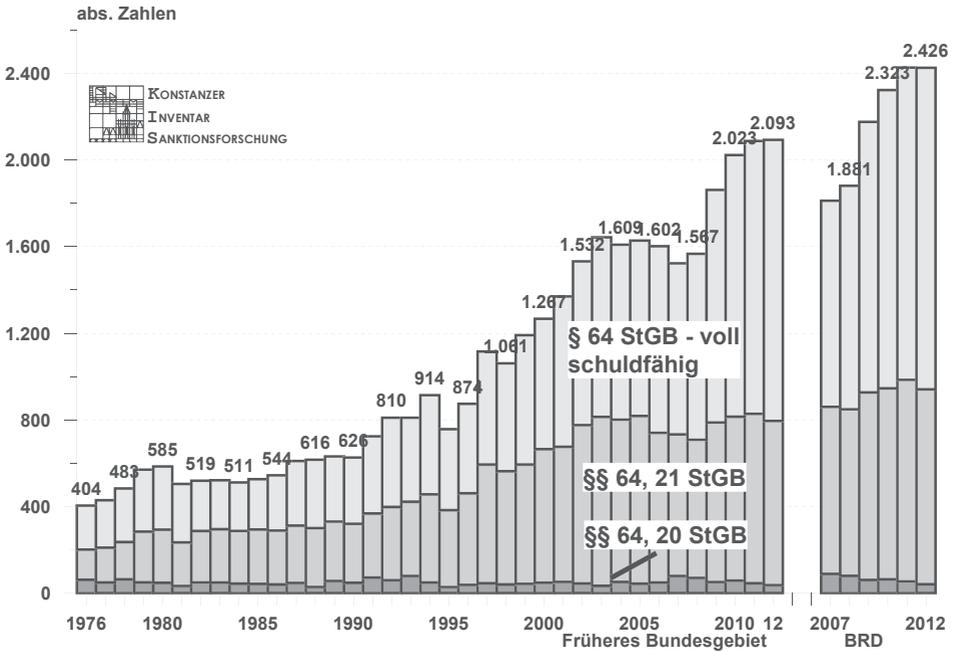
Schaubild 10: *Abgeurteilte mit Anordnung einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus nach Schuldunfähigkeit und verminderter Schuldfähigkeit. Absolute Zahlen. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin (FG), seit 2007 FG und Deutschland*  
 | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik



Die Zunahme der UAO gem. § 64 StGB beruht hingegen sowohl auf verstärkter Einweisung vermindert Schuldfähiger als auch voll Schuldfähiger (vgl. Schaubild 11).

15 *Leygraf/Schalast*: Wodurch wird ein Maßregelpatient ‚schwer entlassbar‘? in: Rode/Kammeier/Leipert (Hrsg.): Neue Lust auf Strafen, Münster 2005, S. 85 f.

Schaubild 11: Abgeurteilte mit Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) nach Schuldunfähigkeit, verminderter Schuldfähigkeit und voller Schuldfähigkeit. Absolute Zahlen. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1995 mit Gesamtberlin (FG), seit 2007 FG und Deutschland | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik

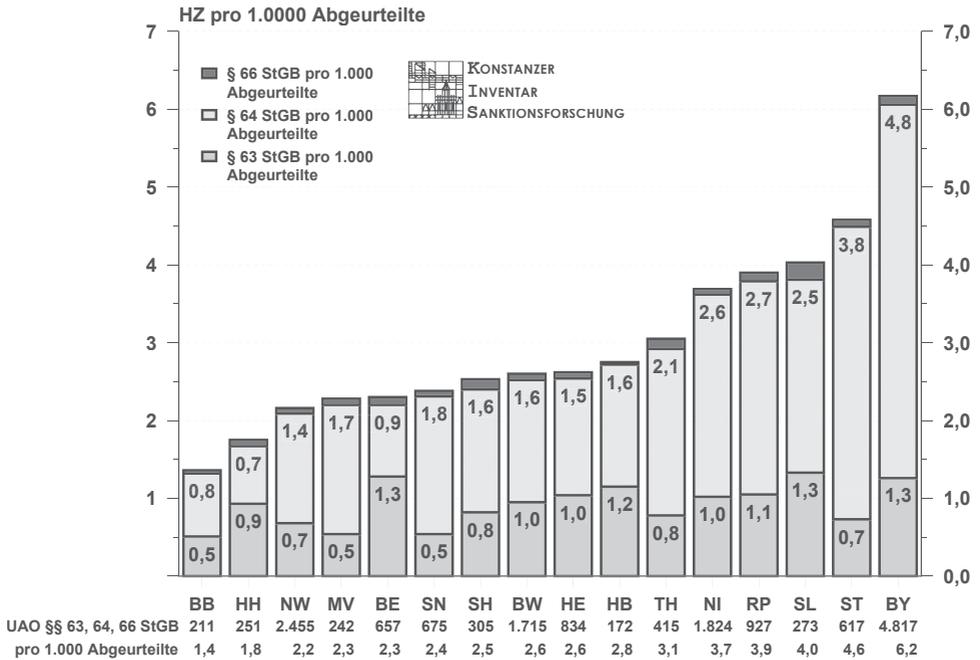


#### 4. Regionale Anordnungspraxis

Die Unterbringungsraten gem. §§ 63, 64, 66 StGB pro 1.000 Abgeurteilte weisen große regionale Unterschiede auf (Schaubild 12).<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Wegen der im Ländervergleich für statistische Analysen zu kleinen absoluten Zahlen eines Jahres wurden Ergebnisse der letzten 5 Jahre zusammengefasst, um zufällige Abweichungen eines Jahres auszugleichen.

Schaubild 12: *Unterbringungsanordnungen im 5-Jahres-Zeitraum 2008-2012 gem. §§ 63, 64, 66 StGB im Ländervergleich. Häufigkeitszahlen pro 1.000 Abgeurteilte. | Datenquelle: Straferfolgungsstatistik*



Nicht auszuschließen ist, dass diese Unterschiede Folge regional unterschiedlicher Tat- und Tätermerkmale sowie unterschiedlicher Ausfilterungsprozesse sind, insbesondere durch §§ 153 ff. StPO, §§ 45, 47 JGG.<sup>17</sup> Belastbar ist nur der Vergleich homogener Gruppen. Deren Bildung ist indes aufgrund der verfügbaren statistischen Nachweise und der kleinen absoluten Zahlen nur bedingt möglich. Als Lösung wurde im Folgenden eine Gruppe aus

17 Die Handhabung der Opportunitätsvorschriften ist bei vergleichbaren Tat- und Tätergruppen regional höchst unterschiedlich (vgl. Heinz: Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 - 2012 <<http://www.ki.uni-konstanz.de/kis/>>, Schaubild 11 und Schaubild 68. Infolgedessen ist der Anteil von schweren Kriminalitätsformen unter den Abgeurteilten/ Verurteilten im Ländervergleich ebenfalls höchst unterschiedlich. Ein Gedankenexperiment mag das Problem verdeutlichen: Würde in einem Land alles eingestellt werden, was prognostisch nicht zu einer Unterbringung führt, dann müsste der Anteil der ÜAO deutlich höher liegen als in einem Land, das nicht nach diesem Kriterium verfährt.

Gewaltdelikten - vorsätzliche Tötung (§§ 211-213 StGB), Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 bis 184 e StGB) sowie Raub und Erpressung (§§ 249-255, 316a StGB) - gebildet, die wegen der Schwere der Delikte weitgehend diversionsresistent sein dürfte. Wegen der kleinen absoluten Zahlen wurden fünf Aburteilungsjahrgänge (2008-2012) zusammengefasst. Um die regional unterschiedliche Einbeziehung von Heranwachsenden in das Jugendstrafrecht zu kontrollieren, wurde die Analyse des weiteren auf Erwachsene beschränkt.

Entgegen der Annahme, die regionalen Unterschiede beruhen auf Unterschieden in der Tat- und Täterstruktur, belegen die auf 1.000 erwachsene Abgeurteilte (Schaubild 13) bezogenen Häufigkeitszahlen der UAO gem. §§ 63, 64, 66 StGB bei diesen drei Deliktsgruppen eine jedenfalls nicht geringere Diskrepanz der Anordnungspraxis als bei Straftaten insgesamt. Diese regionalen Diskrepanzen bestehen sowohl bei § 63 StGB, und hier insbesondere im Zusammenhang mit der Annahme von Schuldunfähigkeit (Schaubild 14) als auch bei § 64 StGB (Schaubild 13).

Schaubild 13: *Unterbringungsanordnungen gem. §§ 63, 64, 66 StGB pro 1.000 abgeurteilte Erwachsene (vorsätzliche Tötungen, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Raub/Erpressung) (2008-2012 zusammengefasst) nach Ländern | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik*

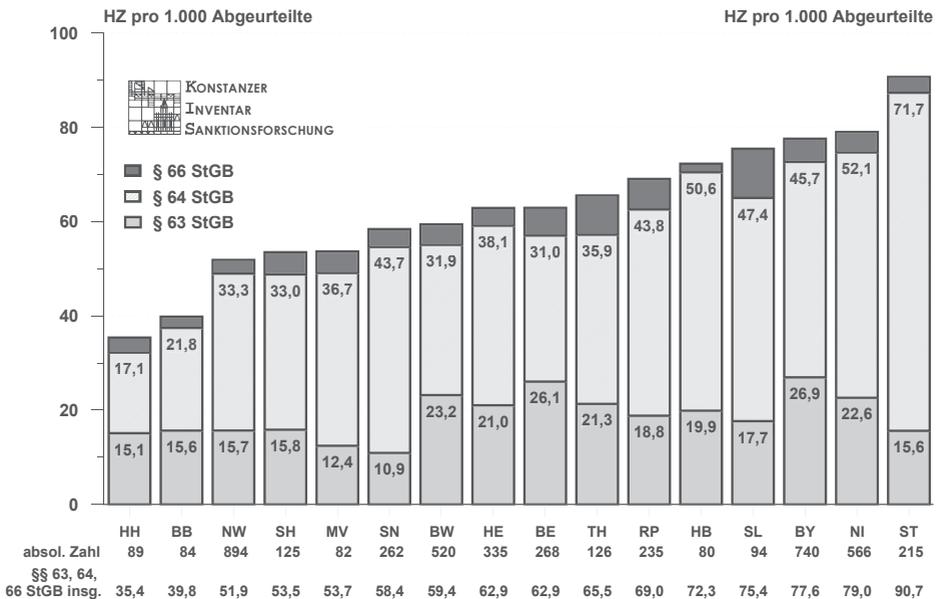


Schaubild 14: Unterbringungsanordnungen gem. § 63 StGB pro 1.000 abgeurteilte Erwachsene (vorsätzliche Tötungen, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Raub/Erpressung) (2008-2012 zusammengefasst) nach Ländern | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik

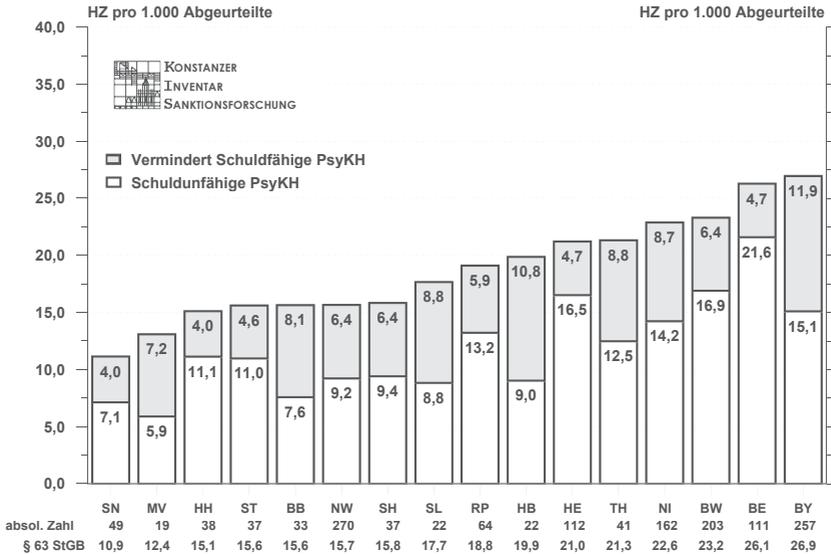
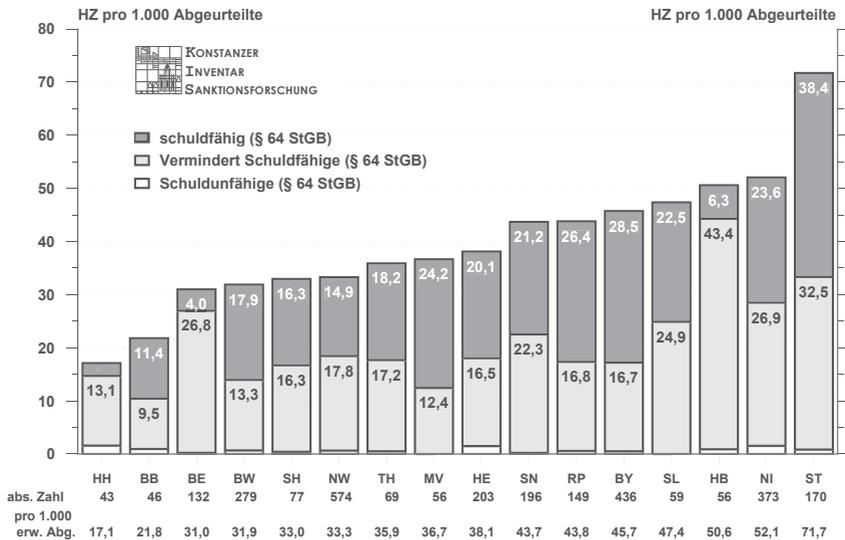
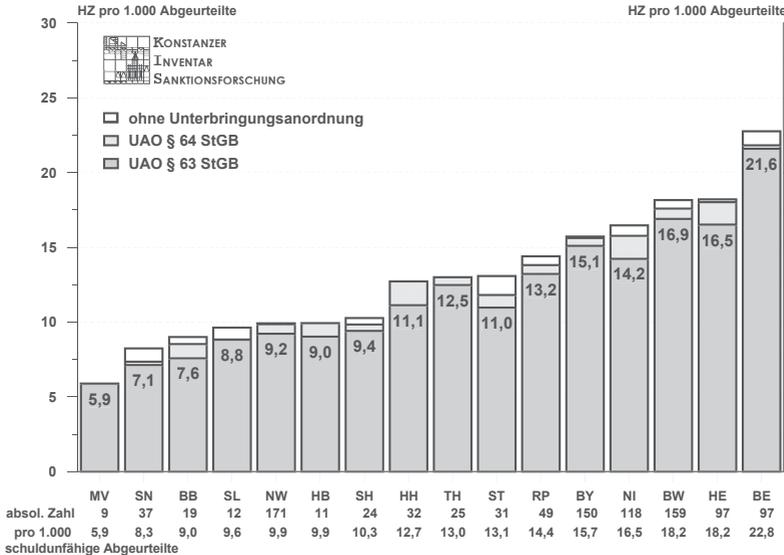


Schaubild 15: Unterbringungsanordnungen gem. § 64 StGB pro 1.000 abgeurteilte Erwachsene (vorsätzliche Tötungen, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Raub/Erpressung) (2008-2012 zusammengefasst) nach Ländern | Datenquelle: Strafverfolgungsstatistik



Die Unterschiede beruhen ersichtlich auf der regional unterschiedlich häufigen Annahme von Schuldunfähigkeit (vgl. Schaubild 16). Sie spiegeln zu einem erheblichen Teil die gutachterliche Praxis wider.<sup>18</sup>

Schaubild 16: *Wegen Sexualstraftaten, Raub/Erpressung oder vorsätzlichen Tötungsdelikten abgeurteilte schuldunfähige Erwachsene mit oder ohne UAO gem. §§ 63, 64 StGB nach Ländern. Häufigkeitszahlen bezogen auf 1.000 Abgeurteilte. Länder 2008, 2009, 2010, 2011 und 2012 | Datenquelle: Straferfolgungsstatistik*



## II. Eckdaten zu den im Maßregelvollzug Untergebrachten

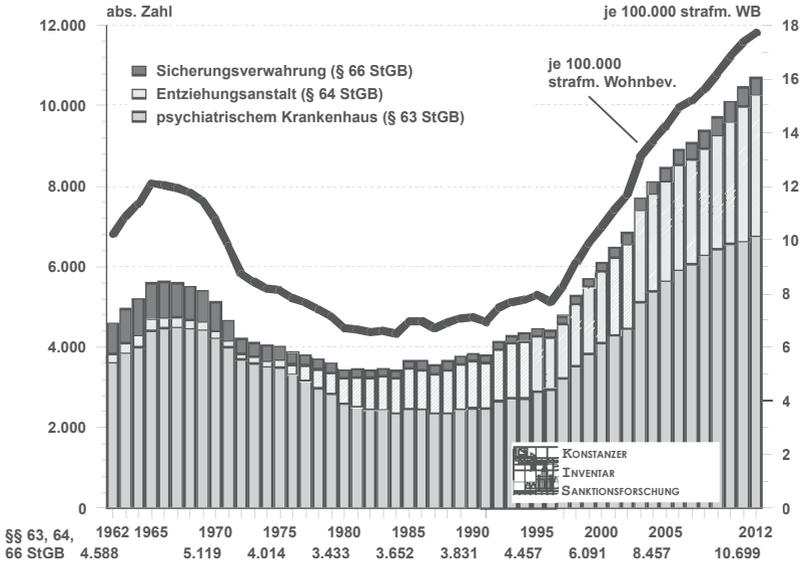
### 1. Entwicklung und Struktur der im Maßregelvollzug Untergebrachten

Die Zahl der zum Stichtag – 31.3. – im Maßregelvollzug Untergebrachten<sup>19</sup> ist infolge der längeren Verweildauer bei den im psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten (Schaubild 17) deutlich stärker angestiegen als bei den in einer Entziehungsanstalt Untergebrachten.

18 Zum Teil scheint dies auch durch die regionale Verfügbarkeit von Gutachtern bedingt zu sein (vgl. *Marneros et al.: Was unterscheidet psychiatrisch begutachtete von psychiatrisch nicht begutachteten Angeklagten? Resümee einer komparativen Studie, Recht und Psychiatrie 17, 1999, S. 118).*

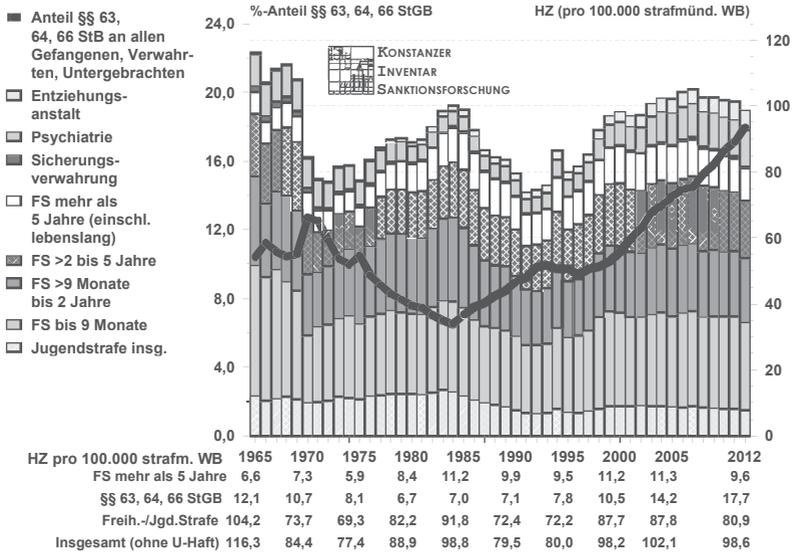
19 Die MaßrVollzStat wird nur in den Ländern des früheren Bundesgebiets sowie in Mecklenburg-Vorpommern (seit 1998) geführt. Die Darstellung der Entwicklung sowie der Vergleichen mit den Gefangenzahlen muss deshalb auf das frühere Bundesgebiet beschränkt bleiben.

Schaubild 17: Im psychiatrischen Krankenhaus, in einer Entziehungsanstalt sowie in Sicherungsverwahrung aufgrund strafrichterlicher Anordnung Untergebrachte (Stichtagszählung, Bestandszahlen jeweils 31.3. eines jeden Jahres). Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, seit 1992 (Sicherungsverwahrte) bzw. seit 1996 (Maßregelvollzug) mit Gesamtberlin | Datenquelle: Strafvollzugsstatistik, Maßregelvollzugsstatistik



Zur Einordnung und Bewertung der Entwicklung der Bestandszahlen der Untergebrachten/Verwahrten ist ein Vergleich mit den Stichtagszahlen der im früheren Bundesgebiet im Strafvollzug befindlichen Gefangenen angezeigt (Schaubild 18). Die Zahl der im Maßregelvollzug Untergebrachten ist deutlich stärker gestiegen als die Zahl der eine Freiheits- oder Jugendstrafe verbüßenden Gefangenen. Der Anteil der in freiheitsentziehenden Maßregeln untergebrachten Personen an allen Gefangenen, Verwahrten und Untergebrachten hat dementsprechend seit der ersten Hälfte der 1980er Jahren stark zugenommen. Derzeit (31.3.2012) sind in den alten Ländern 10.699 Personen gem. § 63 StGB (N=6.750) oder gem. § 64 StGB (N=3.526) oder gem. § 66 ff. StGB (N=423) untergebracht/verwahrt. Dies sind 18% aller Gefangenen, Verwahrten und Untergebrachten zu diesem Stichtag, im Jahr 2000 betrug der Anteil noch 10,7%, 1985 gar nur 7%.

Schaubild 18: Gefangene, (Sicherungs-)Verwahrte und im Maßregelvollzug Untergebrachte. Stichtagszählung 31.3. Früheres Bundesgebiet, seit 1992 (Freiheitsstrafenvollzug, Sicherungsverwahrte) bzw. seit 1996 (Unterbringung gem. §§. 63, 64 StGB) mit Gesamtberlin | Datenquelle: Strafvollzugsstatistik, Maßregelvollzugsstatistik



Derzeit sind im früheren Bundesgebiet im Maßregelvollzug allein gem. § 63 StGB mehr Probanden (N=6.750) untergebracht als Gefangene mit einer voraussichtlichen Vollzugsdauer von mehr als 5 Jahren oder mit lebenslanger Freiheitsstrafe (Schaubild 19). Die der langen Freiheitsstrafe – neben dem Schuldausgleich angemessene Sicherungsfunktion – wird zunehmend ersetzt bzw. übernommen durch die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus.

Schaubild 19: Gefangene mit einer Vollzugsdauer von mehr als 5 Jahren (einschließlich lebenslanger) Freiheitsstrafe (ohne Jugendstrafe) sowie im Maßregelvollzug gem. § 63 StGB Untergebrachte. Stichtagszählung 31.3. Früheres Bundesgebiet, seit 1992 (Freiheitsstrafenvollzug) bzw. seit 1996 (Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus) mit Gesamtberlin | Datenquelle: Strafvollzugsstatistik, Maßregelvollzugsstatistik



## 2. Strukturmerkmale der im Maßregelvollzug Untergebrachten

Die Maßregelvollzugsstatistik, die die Nachweise zum Vollzug der §§ 63, 64 StGB enthält, weist - beschränkt auf das frühere Bundesgebiet, nur Geschlecht und sechs Altersgruppen nach; zur Deliktstruktur werden keine Angaben erhoben. Bei den gem. § 63 StGB Untergebrachten hat vor allem die Altersgruppe der 30- bis unter 50-Jährigen zugenommen,<sup>20</sup> bei den gem. § 64 StGB weisen die 25- bis unter 40-Jährigen die höchsten Zuwächse auf.<sup>21</sup>

Während die Maßregelvollzugsstatistik zum Vollzug von §§ 63, 64 StGB keine Deliktsnachweise enthält, werden in der Strafvollzugsstatistik, die über die in Sicherungsverwahrung Untergebrachten informiert, auch die Anlassdelikte nachgewiesen. Der Vollzug der Sicherungsverwahrung ist, auch als Folge deliktenspezifisch unterschiedlicher langer Unterbringungszeiten,<sup>22</sup> zunehmend ein Vollzug für Sexualstraftäter geworden (Schaubild 20). Die einstige

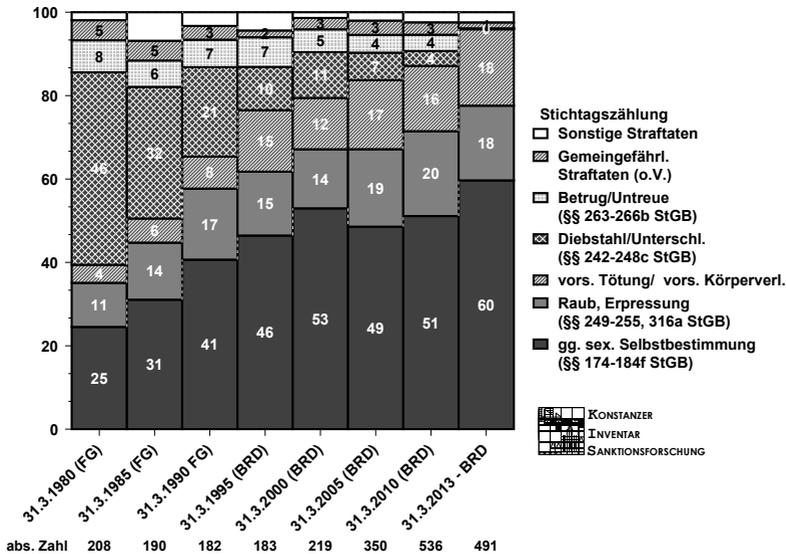
<sup>20</sup> Vgl. Heinz (Anm. 1), Schaubild 42 und Schaubild 43.

<sup>21</sup> Vgl. Heinz (Anm. 1), Schaubild 45 und Schaubild 46.

<sup>22</sup> Heinz: Sicherungsverwahrung in Deutschland, Bewährungshilfe 2013, S. 337 f.

Dominanz der nicht mit Gewalt gegen Personen verbundenen Eigentums- und Vermögensdelikte wurde ersetzt durch Gewaltdelikte, die sich gegen die Person richten, also durch Sexualstraftaten, Raub/Erpressung sowie vorsätzliche Tötungs- oder Körperverletzungsdelikte.

Schaubild 20: *Deliktstruktur der in Sicherungsverwahrung Untergebrachten. Prozentwerte. Früheres Bundesgebiet mit Westberlin, ab 1995 Deutschland | Datenquelle: Strafvollzugsstatistik*



Als Folge der Absenkung der formellen Anordnungsvoraussetzungen hinsichtlich der Zahl der Vorstrafen durch die in den letzten beiden Jahrzehnten erfolgten Änderungen der Unterbringungsvoraussetzung bei Sicherungsverwahrung hat sich ferner eine Verschiebung hinsichtlich der Vorstrafenbelastung ergeben.<sup>23</sup> Zahl und Anteil der Sicherungsverwahrten ohne Vorstrafen haben zugenommen, und zwar von 1 (0,5%) 1980 auf 37 (7,9%) 2012. Ebenfalls deutlich zugenommen haben die Sicherungsverwahrten mit nur einer Vorstrafe (5 bzw. 2,4% 1980 versus 40 bzw. 8,6% 2012). Halbiert hat sich dagegen der Anteil der Sicherungsverwahrten mit elf und mehr Vorstrafen (66 bzw. 31,7% 1980 versus 73 bzw. 15,7% 2012).

<sup>23</sup> Vgl. Heinz (Anm. 22), S. 339 f.

Als Folge einer offenbar zunehmend restriktiver gewordenen Entlassungspraxis hat sich ferner die Struktur der Altersklassen verändert. |<sup>24</sup> Der Anteil der unter 40-Jährigen ist bis 2006 gesunken (1986: 12,8%; 2006: 4,8%), seitdem aber wieder angestiegen auf zuletzt 8,8%. Der Anteil der über 60-Jährigen (1986: 9,1%; 2006: 24%) ist dagegen zunächst gestiegen, wegen der seither erfolgten Zunahme der unter 40-Jährigen dagegen wieder auf 18,7% zurückgegangen. Dass der Anteil der unter 40-Jährigen wieder zugenommen hat, dürfte eine Folge der Herabsetzung der formellen Anordnungsvoraussetzungen sein.

### III. Zusammenfassung

Absolute wie relative Zahlen sowohl der UAO als auch der Bestandszahlen sind in den letzten Jahrzehnten fast kontinuierlich gestiegen; sie lagen fast immer noch höher als im jeweiligen Vorjahr. Am stärksten sind die Anstiege bei § 64 StGB; wegen der längeren Unterbringungsdauer sind freilich die Bestandszahlen bei § 63 StGB fast doppelt so hoch wie bei § 64 StGB. Die Stichtagszahlen zum Bestand der gem. §§ 63, 64 StGB Untergebrachten sind sogar stärker gestiegen als die Stichtagszahlen der Strafgefangenen.

Der Anteil der Untergebrachten (§§ 63, 64, 66 StGB) betrug Anfang der 1980er Jahre knapp 8%, inzwischen ist er auf 18% gestiegen. Derzeit befinden sich mehr Probanden im Maßregelvollzug gem. § 63 StGB als im Vollzug einer Freiheitsstrafe von mehr als 5 Jahren (einschl. lebenslang).

Die Wahrscheinlichkeit einer UAO ist bei einigen Deliktgruppen deutlich gestiegen. Bei vorsätzlichen Tötungsdelikten wurden im früheren Bundesgebiet z.B. 1990 von 1.000 Abgeurteilten 125 gem. § 63 StGB untergebracht, 2012 aber 150, noch stärker stieg bei dieser Deliktgruppe die Unterbringungswahrscheinlichkeit bei § 64 StGB (von 34 auf 93).

Für die Deliktstruktur der im Vollzug befindlichen Probanden sind freilich Umfang und Entwicklung der Abgeurteiltenzahlen von besonderer Bedeutung. Trotz geringer UAO-Wahrscheinlichkeit bilden wegen der hohen Abgeurteiltenzahl die Körperverletzungstäter die größte Gruppe unter den gem. § 63 StGB Untergebrachten.

Wegen unterschiedlich starker Ausfilterung leichter und mittelschwerere Formen von Kriminalität durch Opportunitätseinstellungen wird die Abgeurteiltenstruktur im regionalen Vergleich teilweise erheblich verändert. Für einen validen Regionalvergleich sind deshalb nur solche Deliktgruppen geeignet, die regelmäßig nicht für eine Opportunitätseinstellung in Betracht kommen, also Schwerekriminalität. Trotz der kleinen absoluten Zahlen dürfte hinreichend

belegt sein, dass zwischen den Ländern große regionale Unterschiede sowohl in der UAO als auch in den Bestandszahlen bestehen. Die Unterschiede beruhen bei § 63 StGB vor allem auf unterschiedlichen Annahmen von Schuldunfähigkeit, bei § 64 StGB sind es dagegen eher die verminderte Schuldfähigkeit, d.h. diese regionalen Unterschiede spiegeln zu einem erheblichen Teil auch die gutachterliche Praxis wider.



## Zehn Gebote der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt

### Ein guter Rat

»Nehmen Sie das Urteil an! Dann kommen Sie in ein Krankenhaus, vielleicht für ein Jahr oder zwei, und dann haben Sie die Sache überstanden. Da sind Sie gut untergebracht.« - So oder ähnlich hat sich so mancher Kollege geäußert, dessen Mandant gerade zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB verurteilt worden war.

Gut untergebracht?? - Na, ich weiß nicht. Schon im Jahre 2009 habe ich an dieser Stelle über die Zustände im Maßregelvollzug des § 63 StGB berichtet. |<sup>1</sup> Sehr erfreulich war das nicht.

### Schlagzeilen, die der Welt gerade noch gefehlt haben

2007: der Bundestag bastelt am Unterbringungsrecht herum

2008: Franz-Peter Tebartz-van Elst wird Bischof von Limburg

2009: Gabriele Steck-Bromme referiert auf dem Strafverteidigertag.

2010: der Ameisenlöwe wird Insekt des Jahres.

*Der Ameisenlöwe:* Er freute sich natürlich; seine Opfer weniger. Bekanntlich baut er einen Trichter in den Sand, vergräbt sich ganz unten, lauert auf spazierengehende Ameisen, die in seine Grube rutschen, und beschmeißt sie derart aggressiv mit Sand, dass sie immer tiefer rutschen, je verzweifelter sie strampeln, bis er sie mit seinen gewaltigen Zangen packen und mit Gift umbringen kann. Übelnehmen kann man ihm das nicht. Er lebt halt davon.

*In der Ameisenlöwengrube:* Damals meinte ein Mandant aus der Forensik, genau wie so eine Ameise komme er sich vor. Je mehr er strampelte und sich gegen sein Schicksal zur Wehr setzte, desto schlimmer werde das Ganze. Denn was

<sup>1</sup> vgl. Steck-Bromme, Verteidigung im Maßregelvollzug des § 63 StGB, in: Schriftenreihe d. Strafverteidigervereinigungen, Bd. 33, Berlin 2009, S. 181 ff.

immer er tue und lasse, alles werde ihm zum Nachteil ausgelegt. Ist er über den Freiheitsentzug traurig, dann nennt man ihn depressiv und nicht genug transparent. Zeigt er sich ärgerlich und wütend, dann hat er seine Aggressionen nicht im Griff. Völlig berechnete und vernünftig vorgebrachte Kritik wird als »Abwertung« abqualifiziert. Mag er nicht über seine Probleme sprechen, dann ist er nicht einschätzbar - und so weiter. Fast nie könne er es den Therapeuten recht machen. Tut er aber genau das, was von ihm verlangt wird, dann ist er »vordergründig angepasst« - und es ist auch wieder nicht recht. Nimmt er sich einen Anwalt, dann beweist er damit gerade seine Störung. Zum Beispiel Querulantenwahn. Eine wirklich grauenhafte Situation.

Die Kliniken werfen zwar nicht mit Sand, aber mit Worten, die haben dieselbe Wirkung. Nur aufgefressen werden die Untergebrachten nicht. Aber zehn Jahre Unterbringung für Exhibitionismus ist ja auch ganz ordentlich.

Natürlich empfinden nicht alle Betroffenen ihre Situation so. Manche wollen gar nicht mehr weg. Auch das kann zum Problem werden. Insgesamt aber sind die Zustände im Maßregelvollzug, das muss man so deutlich sagen, schon sehr bedenklich und bedrückend. Die Medien müssten eigentlich voller Empörung aufschreien und endlich einmal länger bei der Sache bleiben. Die Geschichte mit der anderen Sau, die morgen durchs Dorf läuft, ist uralt und verbraucht. Aber die Medien hängen ihr an, als wäre sie ein Naturgesetz. Nicht einmal der Herr Mollath hat daran etwas ändern können.

### Ungewöhnliche Menschen in ungewöhnlicher Lage

Im Maßregelvollzug treffen, vorsichtig ausgedrückt, recht ungewöhnliche Menschen zusammen. Damit sind nicht nur die Betroffenen gemeint. Auch Psychiater sind hin und wieder ein ganz klein wenig eigenwillig (so ein wackerer bodenständiger westfälischer Handwerkersohn studiert ja meistens was anderes). Diese etwas ungewöhnlichen Menschen in ihrer sehr ungewöhnlichen Situation verhalten sich auch ungewöhnlich. Und sie haben inzwischen ein fulminantes Chaos angerichtet. Den Begriff *Rechtsstaat* nimmt innerhalb dieser Schattenwelt kaum jemand in den Mund.

Der Beschluss, den ich hier vorstelle, kommt aus dieser Sphäre. Er will nichts in die Luft sprengen, obwohl er das Potential dafür hat. Er will Licht ins Dunkel bringen und Ordnung schaffen. Er erinnert ganz einfach an die Rechtslage, wie sie eben ist. Erstaunlicherweise ist das nötig! Und es muss von einem hohen Gericht kommen. Als Verteidigerin habe ich alle diese Dinge seit Jahren immer wieder vorgetragen... Reden wir nicht mehr davon.

*Zum Fall:* 2006 wird ein Mann wegen schweren Missbrauchs von Kindern und Besitzes von kinderpornographischen Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt, die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus wird angeordnet. Bei ihm wurde eine paranoide Schizophrenie sowie Pädophilie diagnostiziert.

Es folgten die üblichen Fortdauerentscheidungen - bis ins Jahr 2014. Da hob das Oberlandesgericht Nürnberg den letzten Fortdauerbeschluss auf und erklärte die Maßregel für erledigt. Das tat es aber nicht in einigen Sätzen, sondern auf sage und schreibe dreizehn Seiten. Und auf diesen dreizehn Seiten nimmt das OLG die Praxis der Verfahren nach § 67e StGB in einer Art und Weise auseinander, die ich noch in keinem Gerichtsbeschluss gefunden habe.

Das OLG Nürnberg hat in beispielloser Klarheit und Konsequenz gleich eine ganze Reihe eingefahrener Unsitten beim Namen genannt und ihre Rechtswidrigkeit ohne Wenn und Aber festgestellt. Daraus kann man zehn Gebote formulieren; 'zehn Gebote', weil sie unbestreitbar und zwingend sind. Trotzdem werden sie ständig und so hartnäckig gebrochen, dass dem Strafsenat offenbar der Geduldssaden gerissen ist.

## 1. Gebot

*Du sollst das ärztlich Wünschbare nicht mit dem rechtlich Gebotenen und Erlaubten gleichsetzen.*

Die Ärzte und Therapeuten wollen ihre Patienten heilen und behalten - und möglichst lange an ihnen herumtherapieren. In der Forensik gibt es keinerlei Sachimpulse in Richtung einer schnellen Entlassung. So etwas wie die berühmte Fallpauschale kennt man da nicht.

Nicht nur die Ärzte und Therapeuten, nein, auch und gerade die Gerichte verlieren viel zu oft aus dem Blickfeld, dass es nur darauf ankommt, ob der Untergebrachte neue Straftaten begehen wird. Wenn nicht, kann er so krank sein, wie er will, er muss entlassen werden. Ärzte und Therapeuten äußern sich in Jahresberichten und Anhörungen trotzdem stets so, als ginge es um eine freiwillige stationäre Behandlung. Und als hätten sie zu entscheiden, wer bleiben muss und wer gehen darf.

Schon das führt ständig zu Konflikten. Juristen und Ärzte stehen sich verständnislos gegenüber. Die Patienten sind die Dummen und geraten unter die Räder.

## 2. Gebot

*Das bloße Vorhandensein einer psychischen Störung rechtfertigt die Unterbringung nicht.*

Wie oft heißt es: »Aber der Mann ist doch schizophren, den können wir doch nicht auf die Menschheit loslassen! Und der da hat eine Persönlichkeitsstörung, das geht doch nicht, dass der frei herumläuft!«

Grade die Kliniken überbieten sich auf diesem Feld. Wer krank ist, soll drinbleiben. Die Krankheit oder Störung ist aber immer nur eine von mehreren gesetzlichen Voraussetzungen der Maßregel. Darauf weist das OLG eindringlich hin. Ärzte haben definitiv damit Probleme, dass es nicht damit getan ist, eine psychische Störung zu diagnostizieren und zu erklären, der Patient müsste zwangsweise untergebracht werden bzw. zwecks Weiterbehandlung in der Klinik bleiben. Dass die Störung oder Krankheit nicht entfernt für einen Freiheitsentzug reicht, vergessen oder verdrängen sie gerne.

## 3. Gebot

*Die Maßregel des § 63 StGB ist die absolute ultima ratio. Sie darf nur angeordnet und vollstreckt werden, wenn es zwingend geboten ist und alle mildereren Mittel geprüft und verworfen wurden.*

Will sagen: Erst verlieren die Ärzte und Therapeuten aus dem Blick, dass eine Störung oder Krankheit allein nicht entfernt für einen Freiheitsentzug reicht. Wenn sie das aus ihrem Hinterkopf herausoperiert haben, dann fällt es ihnen schwer, einzusehen und zu bedenken, dass die Unterbringung nach § 63 StGB die absolute ultima ratio ist. Dass sie nur dann angeordnet und auch nur dann vollstreckt werden darf, wenn es absolut nicht anders geht. In den Jahresberichten der Vollstreckungskliniken ist das so gut wie nie ein Gesichtspunkt. Die sind vielmehr ersichtlich getragen von der völlig falschen Auffassung, die freiheitsentziehende Unterbringung müsste weitergehen, solange eine stationäre Behandlung indiziert sei. Als ob das dasselbe wäre!

Viele Betroffene kann man genauso gut und besser in der Allgemeinpsychiatrie behandeln. Führungsaufsicht, forensische Ambulanz, betreutes Wohnen etc. - das sind alles Mittel, die in vielen Fällen die Vollstreckung der Maßregel vermeidbar machen. Und wenn sie vermieden werden kann - man kann es nicht oft genug sagen - dann muss sie auch vermieden werden.

Es sind aber nicht nur die Ärzte an allem schuld. Juristen tragen ordentlich zum Chaos bei. Der Arzt empfiehlt die Weiterbehandlung - der Richter beschließt die weitere Unterbringung - und beide vergessen in ihrer Freude über

die Einigkeit das Wichtigste: Dass man Menschen nicht einfach Jahr um Jahr, Jahrzehnt um Jahrzehnt einsperren darf, ganz egal, was sie angestellt haben.

Vielfach gerät völlig aus dem Blickfeld, wie lange der Betroffene schon gefangen ist. Und der Verteidiger tut selten etwas. Wird aber in diesem Wettbewerb noch um Klassen vom Staatsanwalt geschlagen, der überhaupt nichts tut.

Jetzt sitzen hier vermutlich einige Damen und Herren und denken sich: Das sind doch alles Selbstverständlichkeiten! Wieso erzählt die uns das? Wieso reitet das OLG auf diesen Banalitäten rum? Das weiß doch jeder!

Stimmt haargenau. Aber das ist es ja gerade! Was ist das für ein Rechtsbereich, wo ein Oberlandesgericht unter ständiger Berufung auf Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht reine Selbstverständlichkeiten festhalten muss? Das ist ungefähr so, als würde ein Zivilsenat in einem Erbscheinverfahren ausführen: »Eine Erbschaft setzt voraus, dass der Erblasser verstorben ist.« Oder in einer Grundbuchsache: »In Abteilung I des Grundbuchs sind die Eigentümer einzutragen, in Abteilung III die Grundpfandrechte, nicht etwa umgekehrt.«

Im Bereich des § 63 StGB muss dagegen an jede Selbstverständlichkeit erinnert werden. Eigentlich kennzeichnet nichts die Zustände in diesem Sektor unserer Gesellschaft klarer.

#### 4. Gebot

*Die Länge der verhängten oder angedrohten Freiheitsstrafe ist ein Maßstab für die Verhältnismäßigkeit der Fortdauer der Unterbringung.*

Das Allerschlimmste im Maßregelvollzug ist die Einsperrung von Kleinkriminellen buchstäblich für Jahrzehnte. Außenstehende halten das für böswillige Gerüchte, aber es gibt sie wirklich: Ladendiebe, Exhibitionisten, einfache Körperverletzer - und die sitzen Zeiten im Maßregelvollzug ab, dafür hätten sie ganze Familien auslöschen können. Länger als Baldur von Schirach und Albert Speer, die 1966 entlassen wurden! Und die waren voll schuldfähig.

Dieses vierte Gebot richtet sich allein an die Richter: Die haben recht oft Probleme, wenn es um die Maßstäbe für die Verhältnismäßigkeit geht. Nur selten vergleichen sie die Dauer der Unterbringung mit der daneben verhängten Strafe oder mit der gesetzlichen Strafandrohung. Dabei ist doch vollkommen klar, dass etwas nicht stimmt, wenn ein kranker Mensch mit verminderter oder aufgehobener strafrechtlicher Verantwortlichkeit das Doppelte, Dreifache oder Fünffache der gesetzlichen Höchststrafe hinter psychiatrischen Gardinen verbringen muss. Und das kommt vor! Nicht zu selten.

In diesem Zusammenhang lässt sich dem Beschluss ein weiteres Gebot entnehmen, das fünfte, und damit wendet sich der Strafsenat den Kliniken und ihren »Übergriffigkeiten« zu. Ein wunderbares Wort. Als wäre es für unser Problem erfunden worden!

## 5. Gebot

*Weder Mitarbeiter der Vollstreckungsklinik noch Sachverständige haben sich mit der Frage der Verhältnismäßigkeit zu beschäftigen.*

Die Verhältnismäßigkeit ist eine reine Rechtsfrage. Nochmal: Eine reine Rechtsfrage! Sie geht die Vollstreckungsklinik nichts an. Auch das ist eigentlich klar und selbstverständlich. Man darf als Verteidiger nicht einfach hinnehmen, dass sich die Vollstreckungsklinik zu diesem Punkt äußert. Jedenfalls nicht, wenn sie die Verhältnismäßigkeit der Fortdauer der Unterbringung bejaht. Wenn sie sie einmal verneint, wird der Verteidiger sie nicht dafür beschimpfen, nach dem Motto: 'Für die gute Sache darf auch der Unzuständige streiten.'

Grundsätzlich aber sind Ausführungen der Vollstreckungsklinik zur Verhältnismäßigkeit echte »Übergriffigkeiten«, die sich kein Gericht gefallen lassen sollte. Denn auch Übergriffigkeiten sind Kunstfehler!

## 6. Gebot

*Weder Mitarbeiter der Vollstreckungsklinik noch Sachverständige haben sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die zu besorgenden künftigen Straftaten erheblich sein werden, da dies eine reine Rechtsfrage ist, die vom Gericht beantwortet werden muss.*

Die Pflicht zum Hellsehen trifft bekanntlich nicht nur die Gerichte, sondern auch die psychiatrischen und kriminologischen Sachverständigen. Die sollen voraussehen, ob der Untergebrachte in Freiheit wieder straffällig wird. Was er tun wird, wem, wann, wo, warum und so weiter. Dabei legt der Gesetzgeber einen Zukunftsbegriff zugrunde, der überhaupt nicht passt. Es gibt ja die halbwegs sichere Zukunft, die heute schon so gut wie feststeht. Zum Beispiel, dass die Sonne morgen wieder aufgeht oder dass der Rasen wächst und nicht schrumpft; oder dass Menschen altern und nicht jünger werden. Der größte Teil der näheren Zukunft steht heute schon fest und ist simpel vorherzusagen.

Wie sich Menschen morgen, nächste Woche und nächstes Jahr verhalten, ist dagegen überhaupt nicht vorherzusagen. Vor allen Dingen deshalb, weil es heute noch nicht feststeht. Man weiß ja nicht mal, wer von Ihnen in den nächsten fünf Minuten aufsteht und geht. Der- oder diejenige weiß es möglicher-

weise selbst noch nicht, ob ihn ein menschliches Rühren überkommt oder die Spannung doch stärker ist...

Delinquenz kann von kleinsten Zufällen abhängen. Von einem schiefen Wort, das der andere in den falschen Hals kriegt. Vom zufälligen Vorhandensein einer Waffe oder von einer einmalig günstigen Gelegenheit zum Mäusen. Das sind Dinge, die sich jeglicher Vorhersage entziehen, einfach weil heute noch nicht feststeht, was sich morgen zwischen Menschen abspielen wird - im Gegensatz zum Sonnenaufgang.

Das hindert aber weder den Gesetzgeber noch den Psychiater noch den Richter, sich hingebungsvoll mit der Vorhersage menschlichen Verhaltens zu beschäftigen. In seiner unnachahmlichen Nonchalance hat der Gesetzgeber die verschiedenen Zukunftsformen und die Aufgaben der Beteiligten bunt durcheinandergemischt:

Liegt der Zustand noch vor, der bei den Anlasstaten zur Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit geführt hat? Zuständig: Psychiater. Eigentlich noch keine Zukunftsfrage.

Wird dieser Zustand im Falle einer Entlassung fortbestehen? Zuständig: Psychiater. Beantwortbar? Nicht immer.

Wird er künftige Straftaten verursachen? Zuständig: Psychiater. Beantwortbar? Nicht zuverlässig.

Welche werden das sein? Welche Ausprägung, unter welchen Umständen, zu wessen Nachteil etc.? Zuständig: Kriminologe und kriminologisch geschulter Psychiater. Beantwortbar? Kaum.

Wird es sich um erhebliche Straftaten handeln? Zuständig: Allein das Gericht. Beantwortbar: Ohne weiteres, da die Entscheidung des Richters, welche Taten er als erheblich ansieht, keine Zukunftsfrage ist.

Die Unterbringung darf nur vollstreckt werden, wenn alle gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Dazu gehört auch die Erheblichkeit der zu erwartenden Straftaten. Das OLG weist eindringlich darauf hin, dass dafür allein das Gericht zuständig ist. Das ist eine reine Rechtsfrage, zu denen sich weder Kliniken noch Sachverständige zu äußern haben.

## 7. Gebot

*Weder Mitarbeiter der Vollstreckungsklinik noch Sachverständige haben sich mit der Frage zu beschäftigen, welcher Grad der Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten die Anordnung und Vollstreckung der Unterbringung rechtfertigt, da dies ebenfalls eine reine Rechtsfrage ist.*

Zugegeben, das ist für Ärzte und Juristen nicht so leicht zu begreifen. Für Psychologen schon eher, denn die haben sich in ihrem Studium, wenn auch mit langen Zähnen, mit der Wahrscheinlichkeitsrechnung herumärgern müssen. Für jetzt und hier ist wichtig, zwei Dinge voneinander zu trennen:

*Erstens:* Wie wahrscheinlich sind neue Straftaten? Bei einem fähigen Hellseher könnte die Antwort z.B.so aussehen: Ladendiebstahl 0,5 (bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch 50 Prozent) | Einfache Körperverletzung 0,25 | Vergewaltigung 0,20 | Betrug bis 5.000 Schaden 0,15 | Einfuhr von BtMG 0,02 | Mord und Totschlag 0,00.

So etwas rauszufinden, ist der Job der Psycho- und Kriminologen. Dagegen sind die von der Gesellschaft damit betrauten Gerichte dazu berufen, festzulegen, welches Risiko die Gesellschaft sich gefallen lassen oder auf sich nehmen muss. Wenn der Psychologe sagt, der Herr Proband werde mit zwanzigprozentiger Wahrscheinlichkeit erneut eine Vergewaltigung begehen, dann trifft den Richter die unschöne Aufgabe, dem Volk zu sagen: Damit musst Du leben. Oder auch nicht.

Auch das wird ständig durcheinandergeworfen. Deshalb nochmal im Zusammenhang: Die Psycho- und Kriminologen blicken in die Zukunft und sehen dort den Probanden, wie er nach seiner Entlassung überlegt, ob er mit dem allerneuesten Lockpicking-Werkzeug eine vornehme Villa auf dem Lerchesberg in Frankfurt am Main aufbrechen soll oder nicht. Der Richter entscheidet: So geht's ja nun nicht! Das wäre für mich eine erhebliche Straftat! Aber wie wahrscheinlich ist denn nun, dass er so was anrichtet? Antworten die Psycho- und Kriminologen: »Das wird er mit einer Wahrscheinlichkeit von 0,3, also mit dreißigprozentiger Wahrscheinlichkeit, ganz genau so veranstalten!« Daraufhin entscheidet der Richter - und allein der Richter: »Der Mann kommt raus. Ein Rückfallrisiko von 30 Prozent muss die Gesellschaft hinnehmen.« Oder auch nicht.

Diese Arbeitsteilung ist zwingend. Die Festlegung der Erheblichkeitsgrenze und der hinzunehmenden Rückfallquote sind erstens Willensentscheidungen, und Willensentscheidungen haben in der Wissenschaft nichts zu suchen.

*Zweitens* sind die Gerichte gerade deshalb von der Gesellschaft eingerichtet worden, um in ihrem Namen solche Grundsätze aufzustellen. Ohne solche Institutionen könnte die Gesellschaft sich über so etwas kaum einigen. Denn den Leuten von Lerchesberg ist schon ein Promille Rückfallquote viel zu viel.

Wirklich brisant wird es, wenn es um die Entlassung von pädophilen Sexualstraftätern geht. Da heißt es dann gleich »Wegsperrn, und zwar für immer«

nach Gerhard Schröder. Der war einmal Strafverteidiger. Merkt man nichts mehr von.

Das OLG Nürnberg stellt noch einmal klar: Es muss eine Wahrscheinlichkeit »höheren Grades« vorliegen. Schließlich müssen die neuen Straftaten nach dem Gesetzestext ja auch »zu erwarten« sein. Es reicht nicht aus, wenn weitere Taten nur möglich erscheinen. Zum Beispiel: Diese schöne Formulierung genügt nicht: »Die geringe Belastbarkeit kann zu möglichen Überforderungssituationen führen mit der Folge möglichen Substanzmissbrauchs, dann wieder mit der Folge möglicher Impulsdurchbrüche, die möglicherweise Handlungen analog zur Einweisungstat befürchten lassen.«

## 8. Gebot

*Selbst die Erwartung von Kindesmissbrauchstaten rechtfertigt nicht zwingend und automatisch die Anordnung und Vollstreckung der Unterbringung. Vielmehr kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalls an.*

Es gibt ja nun Delikte, da kennen die Menschen nichts. Egal, welcher Partei sie angehören, ob sie für Dortmund oder Schalke sind oder ob sie im Urlaub ans Meer oder in die Berge fahren. In einem sind sie sich alle einig: Wer sich einmal an einem Kind vergriffen hat, der macht das immer wieder. Da heißt es dann gnadenlos: Wegsperrn, aber für immer.

Auch das, Populismus hin, Elternängste her, lässt das OLG Nürnberg schlicht nicht gelten. Es ist schon beeindruckend, wie klar und deutlich die Rechtslage dargelegt wird: dass es nämlich auch da einzig und allein auf den Einzelfall ankommt und dass es eben auch solche Fälle von Sexualstraftaten zum Nachteil von Kindern gibt, bei denen die Vollstreckung einer Maßregel nach § 63 unverhältnismäßig wäre. Man wird das so lange nicht begreifen und akzeptieren können, wie man nicht solche Täter kennen gelernt und solche Akten gelesen hat.

Es gibt tatsächlich Fälle, in denen keinerlei Gewalt angewendet wird, die kleinen Jungs freiwillig mitmachen, der Täter beim kleinsten Hauch von Unwillen sofort aufhört und den Opfern keinerlei Schaden zugefügt wird, auch kein psychischer. Kein Mensch sagt, dass diese Täter nicht bestraft werden sollten. Den meisten Menschen fehlt für solche Vorlieben jegliches Verständnis. Nur gilt eben auch für solche Fälle der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Daran will uns das OLG Nürnberg erinnern. Es macht deutlich, dass staatliches Handeln immer verhältnismäßig sein muss. Das gilt für Herrn Wulff, Herrn Hoeneß und für den Unbekannten Pädophilen.

*Themenwechsel:* Es gibt Untergebrachte, die bereuen nichts, die geben nichts zu, die lassen sich auf nichts ein, die nehmen keine Medizin und sind in ihrer Art so konsequent, dass die Ärzte und Therapeuten nicht mit ihnen fertigwerden. So fallen dann auch die Jahresberichte aus. Es gibt aber auch Patienten, die hören auf ihren Arzt, folgen seinem Rat, halten sich an seine Vorschriften, bereuen ihre Tat, arbeiten sie auf, sehen ihre Störung ein und verhalten sich rundherum so, wie man es von Ihnen erwartet. (Dass es eher unwahrscheinlich ist, dass sich ein psychisch schwerst gestörter Straftäter so einsichtig und vernünftig verhält, das will ich nur am Rande bemerken. Einsicht und Vernunft deuten ja wohl mehr auf eine Fehleinweisung hin.) Welche Bedeutung, welches Gewicht hat dieses, wie man so schön sagt, »intramurale« Verhalten? Diese Frage beantwortet das OLG Nürnberg mit dem 9. Gebot.

#### 9. Gebot

*Dem Verhalten des Untergebrachten (Einsicht, Medikamenten-Compliance, selbständiges Bemühen um Hilfe etc.) kommt erhebliche Bedeutung zu.*

Jener Untergebrachte war tatsächlich überaus einsichtig und vernünftig. Er hatte sich schon vor der Anlasstat jahrelang freiwillig stationär und ambulant behandeln lassen. Er nimmt seit jeher zuverlässig die ihm verordneten Psychopharmaka ein und die beträchtlichen Nebenwirkungen in Kauf. Das OLG hat dies im Einzelnen im Beschluss geschildert, es liest sich wirklich gut. Und das OLG mahnt dringend: Gebt diesem Verhalten das ihm zukommende erhebliche Gewicht! Übergeht es nicht einfach als unwichtig! Wer sich so verhält, dessen Rückfallgefahr ist bedeutend geringer als die anderer. Vor allem weil er Hilfe suchen wird, bevor etwas Schlimmes passiert.

Da sich aber leider nicht alle Betroffenen vorbildlich verhalten, weist das OLG auch auf folgendes hin:

#### 10. Gebot

*»Regelverstöße« im Vollzug dürfen nicht überbewertet werden. Rückschläge und Schwierigkeiten gehören zur Therapie.*

Den idealen Maßregelpatienten gibt es natürlich nur als Vorstellung, wie es ja auch den idealen Menschen nicht gibt. Auch der Proband beim OLG Nürnberg hat ein Sündenregister. Aber ein kleines.

Für die Klinik war es aber schon entsetzlich, dass er die Lockerungen nach Ansicht der Klinik »manipulativ« dazu »genutzt« habe, mit einer »nicht genehmigten Begleitperson« Ausgänge ins Klinikgelände zu unternehmen.

Wegen so einer völlig unsubstantiierten Nichtigkeit reduzierte die Klinik die Lockerungen! Es kommt noch schöner: Ein Anderer war die Lockerungsstufenleiter schon fast bis ganz nach oben geklettert. Er stand kurz vor dem Probewohnen. Er verlor gleich sämtliche Lockerungen. Begründung: »Seine Beziehung zum Behandlererteam erwies sich über die Zeit als zunehmend fassadär.« Ihm wurde vorgeworfen, dass er nicht über seine Phantasien auf dem Weg zur Arbeit und zurück spreche. Völlig entgeistert meinte der, er habe doch gar keine Phantasien! Erst ein externer Sachverständiger konnte die Sache ins Lot bringen. Die Diagnose der Klinik - dissoziale Persönlichkeitsstörung - sei unrichtig. Der Patient habe enorme Fortschritte und Entwicklungen gemacht, sei authentisch und transparent.

Wer nun meint, das sei nur ein Ausreißer und könne ja mal vorkommen, der irrt sich gewaltig. So etwas kommt dauernd vor.

Mit dem 9. und 10. Gebot beschreibt das OLG sehr plakativ, worauf es ankommt. und worauf es nicht ankommt. Viele Jahresberichte überbewerteten selbst kleinste und unwichtigste Unbotmäßigkeiten geradezu maßlos. Selbst Untätigkeit wird übelgenommen.

Jedoch: Die Ärzte und Therapeuten in den Vollstreckungskliniken haben es auch nicht leicht. Bei näherer Betrachtung sind ihre Probleme unsere Probleme. So schön es auch ist, wenn das OLG Nürnberg die Rechtslage mit einem Paukenschlag klärt, so ist das aber eben doch nur die Rechtslage. Es gibt auch andere Probleme.

Wer die Ärzte und Therapeuten im Maßregelvollzug beschimpft und kritisiert, und das tun wir Verteidiger ja mit Hingabe, der muss sich selbst ein paar Fragen stellen. Zum Beispiel diese: Kann ich überhaupt als Sachverständiger den Therapieerfolg beurteilen und damit meine eigene Tätigkeit? Das gibt's doch eigentlich nirgends. Bin ich wirklich so viel besser als meine Kollegen? Habe ich wirklich die für die Stellung eines Gerichtssachverständigen unabdingbare besondere, deutlich über den Durchschnitt meiner Kollegen herausragende Sachkunde? Will ich einen Job, in dem ich einerseits einer strafbewehrten Schweigepflicht unterworfen bin und trotzdem als Auskunftsperson eingesetzt werde? Kann und darf ich überhaupt einen therapeutischen Prozess, an dem ich beteiligt bin, außenstehenden Entscheidungsträgern gegenüber beurteilen? Ist nicht die zentrale Kategorie jeglicher Psychotherapie das wechselseitige Vertrauen? Ist das mit einer Rolle als Gerichtssachverständiger vereinbar? Will ich mit einem (wirklich oder angeblich) schwerst gestörten Straftäter eine therapeutische Beziehung eingehen, was für sich genommen schon eine Herkulesaufgabe ist? Will ich einen Probanden haben, der sei-

ner persönlichen Freiheit beraubt ist und mich als Therapeuten als nächstgreifbaren Repräsentanten der freiheitsentziehenden Institution betrachtet? Wieso habe ich nicht das Recht, Probanden abzulehnen? Will ich wirklich jährlich einen Bericht schreiben müssen, der von allen Beteiligten einschließlich der eigenen Vorgesetzten kritisch hinterfragt und oftmals höchst negativ kommentiert wird? Will ich am Ende »schuld« an Entlassungen und neuen Straftaten sein? Will ich in gerichtliche Verfahren ohne richtige Verfahrensordnung geraten? Will ich durch die Stellung einer einzigen Sachverständigenfrage in die heikle Rolle eines Gerichtssachverständigen kommen? Und mich damit der Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit aussetzen (die bei einem Zeugen, der nur einen Bericht erläutert, nicht möglich wäre)? Will ich als Sachverständiger auch noch für mein Handeln haften, ohne dass dem und den ganzen weiteren Unannehmlichkeiten wenigstens ein angemessenes Einkommen gegenüberstände? Will ich letztlich dafür verantwortlich sein, ob ein Mensch immer weiter seiner Freiheit beraubt wird oder ob er in die Freiheit entlassen wird? Ich bin doch kein Richter! Will ich von meinen Probanden für die Dauer des Freiheitsentzugs verantwortlich gemacht werden?

... und all das ohne jede fachspezifische Ausbildung, da es Ausbildungsgänge für Therapeuten von zwangsweise untergebrachten Straftätern nicht gibt und freiwillige stationäre Therapien etwas völlig anderes sind?

### Die Selbstbeurteilung

Wenn die Ärzte und Therapeuten der Vollstreckungskliniken über den Erfolg ihrer Arbeit urteilen sollen, geraten sie in unzumutbare Situationen:

Da sie nicht unfehlbar sind, machen sie bei ihrer Arbeit Fehler wie jeder andere auch. Als Sachverständige in eigener Sache müssten sie diese nüchtern und objektiv darlegen. Das ist erstens nicht zu erwarten, zweitens kaum zuzumuten und findet drittens - der wichtigste Punkt - nicht statt. Ich jedenfalls habe in vielen hundert Jahresberichten von Vollstreckungskliniken niemals gelesen, dass der oder die Verfasser ausgeführt hätten, sie hätten sich in dem Probanden getäuscht und aufgrund persönlichen Desinteresses und mangelnder Sachkunde nicht die richtige Therapie durchgeführt. Man wird aber nicht ernstlich bestreiten können, dass so etwas vorkommt. Man kann auch nicht bestreiten, dass ein solcher Vorgang im Jahresbericht stehen müsste. Man wird aber keinen Jahresbericht finden, in dem so etwas steht. Bei etwa 10.000 Maßregelpatienten wären damit, selbst wenn nur in fünf Prozent aller Fälle unzureichende Leistungen der Behandler zu beklagen wären, nicht weniger als 500 Jahresberichte im Jahr falsch, weil sie diesen Vorgang verschweigen.

Folglich ist der Jahresbericht der Vollstreckungsklinik kein brauchbares Arbeitsmittel, weil er einen systematischen Fehler enthält, nämlich das Weglassen sämtlicher Unzulänglichkeiten auf Therapeutenseite. Da sich die Größenordnung dieses systematischen Fehlers (der ohne weiteres auch bei 50 statt 5 Prozent liegen kann) nicht abschätzen lässt, kann er auch nicht ausgeglichen werden. Ohnehin hätte ein Ausgleich nur statistische Bedeutung und keine Auswirkung auf den Einzelfall.

Die Beurteilung der Probanden durch ihre eigenen Therapeuten ist auch unabhängig von alledem so fehlerhaft, dass sie als Methode ausscheidet. In meinen Darlegungen im Hearing des Deutschen Bundestages am 18.2.2007 habe ich anhand eigener Fallstatistik dargelegt, dass die Vollstreckungskliniken mit verschwindend geringen Ausnahmen nahezu durchweg für ein Verbleiben der Patienten in ihren Anstalten plädieren, während externe Sachverständige einen Gutteil - Größenordnung 20 Prozent und mehr - als demnächst entlassungsreif, sehr oft auch als Fehleinweisung - einordnen.

Natürlich könnten die Vollstreckungskliniken recht haben. Nur ist die wirkliche Rückfallquote weitaus niedriger als ihre Fortdauerempfehlungsquote. Erstere teilt die Kriminologische Zentralstelle in Mainz für Sexualstraftaten wie folgt mit:

Sexuelle Gewaltdelikte (BRD) (n=181) 19 %

Sexueller Kindesmissbrauch(BRD) (n=77) 22 %

Exhibitionistische Handlungen (BRD) (n=54) 56 %

Anordnung einer stationären Maßregel (BRD) (n=71) 30 %

Als Forschungs- und Dokumentationseinrichtung des Bundes und der Länder ist den Zahlen dieses renommierten Instituts wohl zu trauen.

Aus der letzten Zahl ergibt sich, dass die Rückfallquote im Bereich der Maßregeln weitaus geringer ist als die Fortdauerempfehlungsquote der Vollstreckungskliniken. Die ist mehr als dreimal so hoch wie die Rückfallquote!

Die Kliniken meinen, so gut wie keiner dürfe entlassen werden, weil sie ganz bestimmt alle - fast alle - rückfällig würden. Das bedeutet zum einen, dass das Werfen einer Münze (wesentlich!) realistischere Ergebnisse erbringen würde als die Einschätzung durch die Behandler. Die Quote der Kliniken bringt Ergebnisse, die noch schlechter sind als das Auswürfeln. Dabei gehe ich davon aus, dass 30 Prozent der Entlassenen rückfällig werden und dass die Kliniken bei 90 Prozent der Untergebrachten empfehlen, sie drin zu lassen. Das sind die beiden Voraussetzungen.

Bei den Entscheidungen der Strafvollstreckungskammern gibt es naturgemäß zwei richtige und zwei falsche. Richtig ist, den Harmlosen zu entlassen und den Gefährlichen drin zu lassen. Falsch ist es, den Gefährlichen zu entlassen und den Harmlosen einzusperren. Wenn man nun jede falsche Entscheidung gleichsetzt, wenn man es also genauso schlimm findet, einen Harmlosen einzusperren, wie einen Gefährlichen freizulassen, dann kommt folgendes heraus: Wenn man eine Münze wirft oder einfach so jeden zweiten entlässt, dann ist die Fehlerquote natürlich fünfzig Prozent. Richtet man sich aber nach den Empfehlungen der Klinik, dann sind glatt 66 Prozent der Entscheidungen falsch und nur 34 richtig.

Jetzt gibt es natürlich Menschen, die sich sagen: Es ist doch viel schlimmer, wenn jemand zu Unrecht in der Unterbringung sitzt, als wenn einer zu Unrecht entlassen wird.

Gut. Rechnen wir für diese Leute anders: Wir zählen die zu Unrecht Dringeblichenen doppelt. Dann ändert sich das Bild: Die Methode »Münze« kommt jetzt auf 37 Prozent richtige, die Methode »die Klinik hat immer recht« schafft nur noch 21 Prozent richtige Entscheidungen.

Das regt die Konservativen und die Ängstlichen auf, die meinen, es sei doch genau umgekehrt! Lieber einen zu viel einsperren als einen zu viel entlassen! Also machen wir es auch umgekehrt und zählen die zu Unrecht Entlassenen doppelt. Das müsste doch den Einschätzungen der Kliniken entgegenkommen. Aber: Auch jetzt noch hat die Methode Münze die Nase vorn. Sie erzielt immer noch 43 Prozent richtige Entscheidungen. Die Methode »die Klinik hat immer recht« ist mit 33 Prozent richtiger Entscheidungen deutlich abgeschlagen.

*Fazit:* Die Klinikberichte als Grundlage der Entscheidung zu nehmen, führt zu einer sehr hohen Quote falscher Entscheidungen. Sie sind auch deshalb schlicht ungeeignet.

Nur - warum ist das so?

Darüber kann man trefflich spekulieren. Handfeste Erklärungen sind rar. Es gibt zumindest einen bekannten Umstand, der nüchtern betrachtet als Faktor in Betracht kommt und als Faktum offenkundig ist: Bleibt der Patient in der Anstalt, bleibt auch der Arbeitsplatz des Behandlers. Umgekehrt: Jede Entlassung gefährdet ihn. Der Behandler gibt sich ja nach eigenem Bekunden die größte Mühe mit seinen Probanden - 'aber sie wollen und wollen sich nicht bessern'. Die Therapie muss immer weitergehen, immer weiter - und der Erfolg will sich partout nicht einstellen.

Es liegt mir fern, behaupten zu wollen, die Mitarbeiter der Kliniken plädierten etwa aus Arbeitsplatzsicherungsgründen für die Möglichkeit, ihre Maßregelpatienten weiterbehandeln zu dürfen (wenn auch nach eigener Aussage in der Konsequenz völlig erfolglos). Ich kann das nicht beurteilen. Ich kann aber beurteilen, dass es einen oder mehrere Faktoren geben muss, die die Fortdauerempfehlungsquote der Kliniken dramatisch zu Ungunsten der Patienten beeinflussen. Es wäre herauszufinden, welche sonst dafür in Betracht kommen.

Aus alledem folgt m.E. zwingend, dass jede Entscheidung nach § 67e StGB sachverständiger Unterstützung bedarf, jedoch die Mitarbeiter der jeweiligen Vollstreckungsklinik dafür nicht in Betracht kommen. Nur ganz am Rande sei bemerkt, dass die Beurteilung von Therapien durch Therapeuten allgemein als schwerer Kunstfehler gilt.

*Fazit zu diesem Punkt:* Alles, aber auch wirklich alles spricht dagegen, die Ärzte und Therapeuten im Maßregelvollzug als Sachverständige heranzuziehen. Nichts spricht dafür.

Ich hoffe sehr, dass der beeindruckende Beschluss des OLG Nürnberg möglichst rasche Verbreitung findet, vor allem aber Beachtung. Er hat nämlich noch eine weitere, höchst erfreuliche Eigenschaft: Alles, was das OLG darlegt, wird akribisch und umfassend belegt. Und zwar ganz überwiegend mit Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts. Der Beschluss versetzt uns also in eine komfortable Situation: Wir können mit ihm argumentieren, wir können ihn zitieren, und wir können darauf aufmerksam machen, worauf er wiederum sich stützt. Denn wenn ein OLG eine Fundstelle angibt, dann ist das mindestens so viel wert wie hundert Fundstellen, die ein Advokat zusammenkratzt. Bei dem kann man sich denken: Wer weiß, ob das stimmt - aber hab ich Lust, das nachzuprüfen? Nee, hab ich nicht. Wenn ein OLG den BGH oder das Verfassungsgericht zitiert, geht das nicht so einfach. Das hat Gewicht.

Fazit: Nie aufgeben. Nie denken, es ändert sich eh nix. Eines Tages sitzen die richtigen Richter zusammen, und plötzlich findet Gehör, was vorher mit vornehmer Schweigen übergangen wurde.



# Ergebnisse der Arbeitsgruppen des 38. Strafverteidigertages

## Arbeitsgruppe 1

### Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung

Das Gebot der bestmöglichen Sachaufklärung richtet sich in seiner Form als Optimierungsgebot zum einen an den Gesetzgeber. Als einzelfallbezogenes Handlungsgebot stellt es zum anderen Anforderungen an das Tatsachengericht in der Hauptverhandlung.

Das Unmittelbarkeitsprinzip beruht u.a. auf einem strukturellen Misstrauen gegenüber Beweisergebnissen aus den Ermittlungsverfahren. Dieses Misstrauen ist in der Strafprozessordnung angelegt und verbietet grundsätzlich die ungeprüfte Übernahme von Beweisergebnissen in die Hauptverhandlung. Ein erleichterter Transfer von Beweismitteln in die Hauptverhandlung auf der Basis des geltenden Rechts ist deswegen abzulehnen. Dies gilt insbesondere für die Verlesung nach § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO. Die Einbringung von behördlichen Einschätzungen zum Anklagesachverhalt durch die Verlesung von Aktenvermerken muss entfallen. Zeugen von zentraler Bedeutung müssen zwingend in der Hauptverhandlung vernommen werden.

Bestmögliche Sachaufklärung wird u.a. durch eine Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung gewährleistet. Hiermit stünde ein geeignetes Beweismittel zur Verfügung, um dem Revisionsgericht eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung zu ermöglichen. Dahingehende Bedenken, aus der Existenz einer Bild-Ton-Aufzeichnung ergebe sich eine Pflicht des Tatsachengerichts, vor der Urteilsabfassung das gesamte Bild-Ton-Material durchzusehen, was praktisch nicht durchführbar sei, greifen nicht durch. Analog der Rechtslage in Italien könnte eine Genehmigungsfiktion des Protokolls, sofern der Aufzeichnung nicht innerhalb von drei Tagen beseitigt wird, diesen Bedenken Rechnung tragen.

## Arbeitsgruppe 2

### Abwesenheitsrecht des Angeklagten?

Weder die StPO noch die EMRK gewähren ein Abwesenheitsrecht. Eine andere Frage ist, ob diese Beschneidung der Freiheit ausreichend begründet werden kann.

Die Anwesenheitspflicht in der StPO wird mit fundamentalen Grundsätzen begründet, namentlich der Pflicht des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit, den

Prinzipien der Unmittelbarkeit und der Mündlichkeit des Verfahrens, den Verteidigungsrechten des Angeklagten und schließlich als Ausprägung des rechtlichen Gehörs.

Nichts davon ist jedoch geeignet, eine Anwesenheitspflicht zu begründen.

Der Grundsatz der Mündlichkeit der Hauptverhandlung besagt nicht mehr, als dass der Verfahrensstoff, der dem späteren Urteil zugrunde gelegt werden soll, zuvor mündlich auszubreiten ist. Es ist nicht erkennbar, wie die bloße Anwesenheit des Angeklagten den Grundsatz der Mündlichkeit fördert oder die Abwesenheit diesem Prinzip abträglich wäre.

Die formelle Unmittelbarkeit verlangt, dass die Richter, die entscheiden, selbst die erforderlichen Beweise erheben. Die materielle Unmittelbarkeit verlangt, das beweisnächste Beweismittel zu erheben. Auch diese Verfahrensmaximen können die Anwesenheitspflicht nicht begründen, soweit der Angeklagte sich nicht zum Gegenstand der Beweiswürdigung machen muss.

Weil sich der Angeklagte nicht zum Gegenstand der Beweisaufnahme machen lassen muss, schlagen auch die Argumente fehl, die eine Anwesenheitspflicht mit der Pflicht zur Wahrheitsfindung begründen.

Das BVerfG argumentiert, schon die Möglichkeit eines persönlichen Eindrucks vom Angeklagten kann der Urteilsfindung dienlich sein, selbst in den Fällen, in denen der Angeklagte schweigt. Solange dem Angeklagten das Recht zusteht, zu den Vorwürfen zu schweigen, wird man seine Anwesenheit nicht erzwingen dürfen, um eine Einlassung zu prüfen, die er nicht gibt. Zulässig Schlüsse aus dem "Auftreten" des Angeklagten sind nicht möglich. Es entspricht dem Stand der psychologischen Wissenschaft, dass körperliche Symptome, Verhaltensauffälligkeiten, nonverbales und paraverbales Verhalten in einem gewissen Zusammenhang, z.B. zu Täuschungen stehen können. Außer der Feststellung, dass es Zusammenhänge gibt, entziehen sie sich jedoch einer gesicherten Beurteilung. Das Ausdrucksverhalten ist mehrdeutig interpretierbar.

1. Weder die StPO noch die EMRK gewähren ein grundsätzliches Abwesenheitsrecht.
2. Rechtspolitisch ist ein disponibles Anwesenheitsrecht zu fordern.
3. Dieses disponible Anwesenheitsrecht muss durch einen Ausnahmekatalog ergänzt werden.
4. Es ist zu diskutieren, ob der Verzicht auf Anwesenheit mit einem Erfordernis der Präsenz eines Verteidigers zu verknüpfen ist.
5. Es ist diskutieren, ob ggf. die Präsenz des Verteidigers über die Verteidigungsrechte hinaus eine Vertretungsbefugnis erfordert.

### Arbeitsgruppe 3

#### Sammeln und Verwerten. Polizeilicher Informationsaustausch, Rechtshilfe und die Europäische Ermittlungsanordnung

Dargestellt wurden die Möglichkeiten, Strukturen und Mechanismen der polizeilichen Informationsgewinnung und des polizeilichen Informationsaustausches im und mit dem Ausland sowie die Arbeitsweise des Europäischen Justiziellen Netzes. Es wurde das Bedürfnis geäußert, die Verteidigung angesichts der zunehmend intensivierten europäischen Zusammenarbeit bei der Strafverfolgung an den Erkenntnismöglichkeiten des EJNS partizipieren zu lassen, um zumindest in Ansätzen Waffengleichheit herzustellen.

Schwerpunkt der AG war der aktuelle und von Rat und EU-Parlament verabschiedete Entwurf einer Europäischen Ermittlungsanordnung. Der Rechtshilfeverkehr der europäischen Staaten wird durch die EEA auf eine völlig neue Grundlage gestellt und stark vereinfacht und beschleunigt. Es bestand Einigkeit, dass der aktuelle Entwurf der EEA gegenüber dem Ratsvorschlag von Dezember 2011 substantielle Verbesserungen enthält, die insbesondere auf das besonders positiv gewürdigte nachhaltige Beharren des EU-Parlament zurückzuführen sind. Den gegenüber dem Ratsentwurf geäußerten massiven Bedenken ist damit in weiten Teilen die Grundlage entzogen. Nach wie vor problematisch erscheinen die nur unzureichenden Datenschutzregelungen und Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine EEA sowie eine tendenzielle Entwertung des Richtervorbehalts des deutschen Strafrechts, die Folge einer nur partiellen sachlichen Überprüfungsmöglichkeit des Vollstreckungsstaates sind. Einhellig betont wurde die Unvereinbarkeit von § 244 Abs. 5 S. 2 StPO mit den Regelungsmechanismen der EEA. Es wird die ersatzlose Streichung der Vorschrift mit Inkrafttreten der EEA gefordert.

### Arbeitsgruppe 4

#### Die Instrumentalisierung des Strafverfahrens zur Durchsetzung verfahrensfremder Zwecke

1. Das System der Akteneinsichtsrechte in der Strafprozessordnung ist ein inkohärenter Flickenteppich. Der Gesetzgeber ist aufgefordert, die Akteneinsichtsrechte in ein widerspruchsfreies und in sich stimmiges System zu bringen.
2. Dabei wäre insbesondere zu berücksichtigen:
  - a. Gesetzliche Pflicht, den Beschuldigten und den nach § 103 Betroffenen vor Gewährung von Akteneinsicht anzuhören
  - b. Klare Zweckbestimmungsregeln, die vorsehen, zu welchem Zweck an wen Akten oder Auskünfte aus Akten zu erteilen sind und gesetzliche Pflicht

über die Folgen eines Verstoßes gegen die Zweckbindung zu belehren. Keine Abwälzung dieser Verantwortung auf die zur Akteneinsicht berechtigten Rechtsanwälte

- c. Kohärenz zwischen Akteneinsichts- und Verwendungsrechten und §353 d StGB
- d. Ersetzung des »berechtigten Interesses« (§ 475 Abs. 1) durch »rechtliches Interesse«
- e. Gesetzliche Eingrenzung des Verletztenbegriffs in § 406 e auf den »in einer Rechtsposition unmittelbar Beeinträchtigten«
- f. Zu diskutieren ist eine Versagung der Akteneinsicht an (Opfer-) Zeugen vor Abschluss deren Vernehmung in der Hauptverhandlung
- g. Keine Akteneinsicht nach Einstellung gem. § 170 Abs. 2 oder Freispruch (Ausnahme: zur Begründung einer Beschwerde gegen die Einstellung)
- h. Keine Akteneinsicht Dritter in Beweismittel, die nach § 103 gewonnen wurden und Betriebs- und/oder Geschäftsgeheimnisse beinhalten
- i. Keine Akteneinsicht an Untersuchungsausschüsse, bevor nicht der Beschuldigte Akteneinsicht hatte
- j. Keine Akteneinsicht in in der Akte verbliebene Beweismittel, nachdem die Rechtswidrigkeit der Maßnahme (z.B. TKÜ oder Durchsuchung) festgestellt wurde

## Arbeitsgruppe 5

### Das Für und Wider einer Entkriminalisierung des Umgangs mit Drogen

zugleich Resolution des 38. Strafverteidigertag

Bereits der 31. Strafverteidigertag kam 2007 zu folgendem Ergebnis:

»Die Prohibition und die repressive Drogen(kriminal)politik - gepaart mit teilweise exorbitanten Strafen - haben nicht zur Lösung der Suchtproblematik beigetragen. Ein - neuer - gesellschaftlicher Diskurs ist erforderlich, um die Grundlage für eine von Vernunft geprägte, pragmatische sowie entkriminalisierende Drogenpolitik zu schaffen.«

Seither mehren sich sehr deutlich Stimmen, die den bisherigen Ansatz des »War on Drugs« für gescheitert ansehen. Es gibt internationale Entwicklungen, die ganz offiziell eine Abkehr vom Prohibitionsansatz markieren.

In Deutschland hat sich dagegen - jedenfalls auf juristischem Gebiet - wenig bis gar nichts geändert. Immer noch verbringen schwerkranke Menschen wegen

ihrer Krankheit viele Jahre in Haftanstalten. Immer noch werden berufliche Existenzen, z.B. wegen des Umgangs mit Cannabis, zerstört, obwohl genau dieser Umgang inzwischen eine weitgehende gesellschaftliche Akzeptanz erlangt zu haben scheint. Beiden - den Schwerkranken, wie den Freizeitkonsumenten - wird das BtMG in keiner Weise gerecht.

Nach wie vor enthält das BtMG Strafandrohungen, die ansonsten für Kapitalstraftaten reserviert sind - obwohl es sich auch dabei teilweise eher um Alltagsverhalten handelt. Dem Grundsatz, Strafrecht als *ultima ratio* zu verstehen, entspricht das BtMG damit nicht einmal ansatzweise.

Gleichzeitig dürfen bestehende Probleme im Umgang mit psychoaktiven Stoffen nicht verkannt werden. Das Abstinenzparadigma allerdings und die daraus abgeleitete Prohibition haben sich selbst in dieser Hinsicht nicht als probates Mittel erwiesen.

Wenn dann auch noch die Repressionsstrategie immense Summen für eine im Ergebnis wirkungslose Strafverfolgung verschlingt, gleichzeitig Mittel für Forschung und Hilfsprojekte drastisch gekürzt werden, so ist dies nicht länger akzeptabel.

Der Prohibitionsansatz ist deshalb aufzugeben. Er gehört aber mindestens auf den parlamentarischen Prüfstand. Es muss in absehbarer Zeit fundiert darüber diskutiert werden, welcher Reformbedarf besteht.

Dass Reformbedarf besteht, kann nicht mehr strittig sein. Ein bloßes »Weiter So!« darf es daher nicht geben.

Deshalb unterstützt der 38. Strafverteidigertag ausdrücklich - als einen notwendigen ersten Schritt - die Initiative von 120 deutschen Strafrechtsprofessoren, die die Einrichtung einer Enquete-Kommission gefordert hat, da sie die strafrechtliche Drogenprohibition als »gescheitert, sozialschädlich und unökonomisch« ansieht.

## Arbeitsgruppe 6

### Freiheitsentziehende Maßregeln - Besserung in Sicht?

Sowohl die Anzahl der Unterbringungsanordnungen als auch die Bestandszahlen sind in den letzten Jahrzehnten fast kontinuierlich gestiegen, am stärksten sind die Anstiege bei § 64 StGB, wegen der längeren Unterbringungsdauer sind jedoch die Bestandszahlen bei § 63 StGB fast doppelt so hoch wie bei § 64 StGB. Der Anteil der Untergebrachten (§§ 63, 64, 66 StGB) an allen Strafgefangenen betrug Anfang der 1980er Jahre knapp acht Prozent inzwischen ist er auf 18 Prozent gestiegen. Derzeit befinden sich mehr Probanden im Maßregelvollzug ge-

mäß § 63 StGB als im Vollzug einer Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren (einschließlich lebenslang). Die Wahrscheinlichkeit einer Unterbringungsanordnung ist bei einigen Deliktsgruppen wie vorsätzlichen Tötungsdelikten und aufgrund der hohen Aburteilungszahlen auch bei Körperverletzungsdelikten deutlich gestiegen. Körperverletzungstäter sind derzeit die größte Gruppe unter den nach § 63 StGB Untergebrachten. (Vergl. [www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Freiheitsentziehende-Maßregelnin-Deutschland-Stand-2012.pdf](http://www.uni-konstanz.de/rtf/kis/Freiheitsentziehende-Maßregelnin-Deutschland-Stand-2012.pdf), Version 1/2014)

Die Gründe für die Zunahme der Unterbringungsanordnungen und der Bestandszahlen sind vielfältig. Es muss davon ausgegangen werden, dass das immer noch sicherheitsorientierte kriminalpolitische Gesamtklima weiterhin Gerichte und Gutachter beeinflusst. Eine effektive Behandlung im Maßregelvollzug kann nur sichergestellt werden, wenn ausreichend qualifizierte Mitarbeiter vorhanden sind, um die erforderlichen Standards zu halten und einer »Forensifizierung« der Untergebrachten entgegen zu wirken. Die Entlassungsbedingungen für Maßregelvollzugspatienten sind aufgrund der zunehmend schlechter werdenden ambulanten Versorgung von psychisch Erkrankten schwieriger geworden.

Durch das ‚Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung‘ wurde das Merkmal der »psychischen Störung« als Voraussetzung für die Anordnung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung in den so genannten »Altfällen« (Art. 316 f Abs. 2 EGStGB) und eine »medizinische Indikation« bei der Überweisung in die Maßregeln der §§ 63 oder 64 StGB (§ 67a Abs.2 Satz 2 StGB) eingeführt, wodurch die klassische Trennung zwischen psychisch kranken und gefährlichen Tätern und psychisch gesunden, aber dennoch gefährlichen (Hang-)Tätern aufgegeben wurde. Die beibehaltenen Vorschriften über die Anordnung der Sicherungsverwahrung erwähnen eine »psychische Störung« jedoch nicht. Wenn aber ein Zusammenhang zwischen einem »psychischen Defekt« und der Sicherungsverwahrung bestehen soll, worauf im Ergebnis auch das Behandlungsangebot hinweist, wäre es konsequent für die »gesunden« Täter auf die Sicherungsverwahrung zu verzichten, womit diese an sich überflüssig wird. Einer dringend erforderliche Neuorientierung in der Kriminalpolitik, die sich an den vielfältigen Möglichkeiten der Resozialisierung und Therapie von Straftätern und nicht an einem unbegrenzten Wegsperrn orientiert, wird die Sicherungsverwahrung auch nach den Gesetzesänderungen nicht gerecht.

Die derzeitige Rechtslage zu § 63 StGB stellt die Verteidigung immer noch vor fast nicht lösbare Probleme. Die Gefahr, dass bei psychisch Kranken auch bei geringen Anlassdelikten eine Unterbringungsanordnung droht, führt in vielen Fällen zu dem Dilemma, dass von der Verteidigung gegen die Annah-

me von Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldfähigkeit gekämpft werden muss, um eine unbefristete Unterbringung zu verhindern.

Insbesondere bei der Unterbringung nach § 63 StGB muss der Gesetzgeber endlich klarstellen, dass die Anordnung der Maßregel auf gravierende Fälle beschränkt wird, einen Deliktskatalog, der sich auf schwere Gewalt- und Sexualstraftaten beschränkt, einführen und eine Befristung der Dauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gesetzlich normieren.

Auch die Ausgestaltung der Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB muss der richterlichen Kontrolle unterliegen. Die derzeitige Praxis, dass Strafvollstreckungskammern über die Fortdauer der Unterbringung aufgrund der Stellungnahmen der Maßregeleinrichtung entscheiden und in der Regel bei den Unterbringungen nach § 63 StGB nur alle fünf Jahre ein externes Prognosegutachten eingeholt wird, behindert das Entstehen einer vertrauensvollen therapeutischen Beziehung, da die Untergebrachten ihre Behandler als reglementierende, sanktionierende und letztendlich über die Fortdauer der Unterbringung entscheidende Instanz begreifen. Die Überprüfungsfristen für die weitere Vollstreckung der Unterbringung sind zu verkürzen und die Dauer der Unterbringung muss vollständig auf die Freiheitsstrafe angerechnet werden.

Alle von einer Unterbringungsanordnung nach §§ 63, 64, 66 StGB Betroffenen müssen einen Rechtsanspruch auf die Beiordnung von Verteidigerinnen/Verteidigern in jedem Verfahrensabschnitt haben, auch im Vollstreckungsverfahren und bei gerichtlich zu klärenden Fragen der Ausgestaltung der Unterbringung.

Die von der Arbeitsgruppe aufgeworfene Frage, ob im Hinblick auf freiheitsentziehende Maßregeln Besserung in Sicht ist, muss nachzeitigem Stand mit einem klaren Nein beantwortet werden.

# Resolutionen des 38. Strafverteidigertages

## Resolution des 38. Strafverteidigertags zu Gesetzesvorhaben im Maßregelrecht

Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Strafverteidigertags wenden sich gegen das Vorhaben der Bundesregierung eine »nachträgliche Therapieunterbringung« einzuführen, wie es im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vorgesehen ist. Die »nachträgliche Therapieunterbringung« bedeutet nichts anderes als die Wiedereinführung der »nachträglichen Sicherungsverwahrung« durch die Hintertüre.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Reform des Sicherungsverwahrungsrechts im Jahr 2010 die nachträgliche Sicherungsverwahrung nahezu abgeschafft und die vorbehaltene Sicherungsverwahrung erheblich ausgedehnt, da diese die nachträgliche Unterbringung überflüssig machen soll. Die Einführung einer »nachträglichen Therapieunterbringung« konterkariert die jetzt bestehende Rechtslage und sie ist menschenrechtswidrig.

Wir fordern die Bundesregierung auf, von diesem Vorhaben abzulassen, keine weitere Form der gefährlichkeitsbedingten unbefristeten Unterbringung einzuführen, sondern statt dessen das Recht der freiheitsentziehenden Maßnahmen insgesamt unter Beachtung eines strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstabs zu reformieren.

Eine Neuorientierung in der Kriminalpolitik ist erforderlich, die sich an den vielfältigen Möglichkeiten der Resozialisierung und Therapie von Straftätern orientiert und nicht das unbefristete Wegsperrn aufgrund von häufig unsicheren Gefährlichkeitsprognosen zum Ziel hat. Diesen Vorgaben wird die Sicherungsverwahrung, auch nach den Änderungen durch das »Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebot im Recht der Sicherungsverwahrung« nicht gerecht. Die Sicherungsverwahrung ist und bleibt ein gescheitertes Konzept und muss endlich abgeschafft werden.

Die Unterbringung nach § 63 StGB muss dringend reformiert werden. Der Gesetzgeber muss klarstellen, dass die Anordnung der Maßregel tatsächlich auf gravierende Fälle beschränkt wird, was nur durch die Einführung eines Deliktskatalogs, der auf schwere Gewalt- und Sexualstraftaten beschränkt ist, sichergestellt werden kann. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer des Strafverteidigertages fordern eine gesetzliche Befristung der Dauer der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Nicht nur die Dauer der Unterbringung, sondern auch deren Ausgestaltung sollte der richterlichen Kontrolle unterliegen, die Überprüfungsfristen für die weitere Vollstreckung

der Maßregel müssen verkürzt und für die Fälle, in denen neben der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt auch eine Freiheitsstrafe verhängt wurde, muss die Zeit der Unterbringung voll auf die Freiheitsstrafe angerechnet werden. Den Untergebrachten müssen durch die Beordnung von Rechtsanwälten/Rechtsanwältinnen in jedem Verfahrensabschnitt bessere Möglichkeiten eingeräumt werden, ihre Rechtsschutzmöglichkeit zu nutzen.

## Resolution des 38. Strafverteidigertages zur Reform der Tötungsdelikte

1. Der Strafverteidigertag fordert die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Rationale Gründe, die dafür sprechen, gibt es nicht. Allein die niedrige Rückfallquote spricht dagegen, die lebenslange Freiheitsstrafe mit Aspekten negativer Spezialprävention zu begründen.

2. Unabhängig davon fordert der Strafverteidigertag im Rahmen der Reform der Tötungsdelikte bei einer Unterscheidung von minder schweren und besonders schweren Fällen eines Tötungsdelikts die besonders schweren Fälle durch Regebeispiele zu definieren. Das ist Aufgabe des Gesetzgebers und darf nicht Richterrecht überlassen bleiben, wie vom DAV vorgeschlagen. Zu befürchten ist, dass die Rechtsprechung, wenn sie keine gesetzlichen Vorgaben erhält, an die bisherige Auslegung der Mordmerkmale anknüpfend Fallgruppen bildet. Dies würde bestenfalls in der Sache zu einer Tradierung der in der Rechtsprechung zu den (alten) Mordmerkmalen existierenden Wertungen, was die Höchststrafe verdient, führen. Dann wäre das Anliegen der Reform, auch in der Sache (und nicht nur auf der legitimatorischen Ebene) zu einer rational begründbaren Entscheidung zu kommen, welche Tötungshandlungen als schwereres Unrecht zu werten sind, weitestgehend verfehlt.

3. In der dazu notwendigen gesellschaftlichen Diskussion dürfen die in der NS-Zeit eingeführten Mordmerkmale nicht unter dem Deckmantel anderer Begrifflichkeiten durch die Hintertür wieder eingeführt werden.

4. Der Strafverteidigertag fordert, dass ein besonders schwerer Fall auch bei Vorliegen seiner tatbestandlichen Voraussetzungen nicht angenommen werden darf, wenn Ursache, Anlass und Umstände der Tat die besondere Missbilligung nicht rechtfertigen.

## 38. Strafverteidigertag, Dresden 21. - 23. März 2014

### Vom Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung

»Das Kernstück des Strafprozesses ist die Hauptverhandlung. In ihr wird nach dem mehr summarischen Vor- und Zwischenverfahren der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt, und zwar in einer Weise, die nach allgemeiner Prozess Erfahrung größte Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bietet.« (BVerfGE 74, 358,372)

Dieses traditionelle Verständnis der Hauptverhandlung schmilzt zusehends dahin. Das Primat der Ressourceneffizienz und die vielfach beklagte Überlastung der Justiz haben nicht nur eine Mehrung der Fehlerquellen der Hauptverhandlung mit sich gebracht, sondern haben zu einer sukzessiven Verlagerung der Sachaufklärung auf das Ermittlungsverfahren geführt. Über die Akte, die zur vordringlichen Quelle richterlicher Sachaufklärung zu werden droht, finden die vielfältigen Mängel des Ermittlungsverfahrens Eingang in die Hauptverhandlung. Diese von Strafverteidiger/innen seit Jahren beklagte Entwicklung färbt ab auf die verschiedenen Bereiche strafrechtlicher Praxis und stellt die traditionell starke Rolle der Hauptverhandlung zunehmend in Frage.

Freitag, 21. März : 18.30 - 20.30

Eröffnung und Begrüßung

Eröffnungsvortrag

»Fehlerquellen bei der Überzeugungsbildung«

Rechtsanwalt Prof. Dr. Endrik Wilhelm (Dresden)

im Anschluss: Empfang für die Gäste des Strafverteidigertages im Festsaal der Börse

Samstag, 22. März : 9.30 - 12.30 Uhr / 14.00 - 17.00 Uhr

Arbeitsgruppen:

AG 1: Das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung

AG 2: Abwesenheitsrecht des Angeklagten?

AG 3: Sammeln und Verwerten. Polizeilicher Informationsaustausch, Rechtshilfe und die Europäische Ermittlungsanordnung

AG 4: Die Instrumentalisierung des Strafverfahrens zur Durchsetzung verfahrensfremder Zwecke

AG 5: Das Für und Wider einer Entkriminalisierung des Umgangs mit Drogen

AG 6: Freiheitsentziehende Maßregeln - Besserung in Sicht?

AG 7: Hören, Sehen, Vorhersehen. Rollenverhalten in der Hauptverhandlung II

Sonntag, 23. März : 10.00 - ca. 12.30 Uhr

Schlussdiskussion: Unrecht im Namen des Volkes

## Autor/innen

*Prof. Dr. Robert Esser* ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau. Seit 2010 ist er zudem Leiter der Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP) an der Universität Passau ([www.uni-passau.de/hrcp](http://www.uni-passau.de/hrcp)).

*Prof. Dr. Wolfgang Heinz* lehrte bis zu seiner Emeritierung 2007 am Lehrstuhl für Strafrecht mit Nebengebieten des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Konstanz. Heinz baute in Konstanz das Konstanzer Inventar zur Sanktionsforschung und das Konstanzer Inventar zur Kriminalitätsentwicklung auf und wurde von der Bundesregierung als wissenschaftliches Mitglied in das Gremium »Periodischer Sicherheitsbericht« der Bundesregierung berufen.

*Prof. Dr. Matthias Jahn* ist Leiter der Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS) der Goethe-Universität und im zweiten Hauptamt Richter am Oberlandesgericht Frankfurt (1. Strafsenat).

*Joachim Lampe* war Bundesanwalt beim BGH

*Prof. Dr. Josef Franz Lindner* ist Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Universität Augsburg

*Thomas Petri* ist Landesbeauftragter für den Datenschutz in Bayern. Zuvor war er Stellvertreter des Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit für den Bereich Recht.

*Gabriele Steck-Bromme* LL.M. arbeitet als Strafverteidigerin in Frankfurt am Main.

*Prof. Dr. Endrik Wilhelm* arbeitet als Strafverteidiger in Dresden und ist Honorarprofessor an der Technischen Universität Chemnitz.