

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen

Band 39

Welche Reform braucht das Strafverfahren?

39. Strafverteidigertag
Lübeck, 6. - 8. März 2015

Deutsche Bibliothek - CIP Einheitsaufnahme
Abschied von der Wahrheitssuche
Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages
Lübeck, 6. - 8.3.2015
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]
- 1. Auflage - Berlin 2016
Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd. 39

ISBN 978 - 3 - 9812213 - 9 - 8

1. Auflage 2016

Alle Rechte vorbehalten. Printed in Germany.

Titel: istock/gettyimages

Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den
Strafverteidigervereinigungen

Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro

Fanny-Zobel-Str. 11

12435 Berlin

Inhalt

- S. 9 Gerald Goecke
*Wahrnehmungsherrschaft über die Beweiserhebung und das Recht auf ein
faireres Verfahren*
- S. 37 Dr. Ralf Eschelbach
Reform des Ermittlungsverfahrens
- S. 53 Ralph Knispel
Reformen im Ermittlungsverfahren
- S. 63 Professor Dr. Matthias Jahn
*Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die
Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme*
- S. 75 Dr. habil. Helmut Pollähne
*Unmittelbarkeit, Unschuldsvermutung und (anderweitig) Unverzichtbares
- Wider den Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung*
- S. 93 Dr. Ali B. Norouzi
*Recht und Praxis von Schriftlichkeit und Mündlichkeit im
Revisionsverfahren – ein kleiner Reformanstoß*
- S. 107 Priv.-Doz. Dr. Ken Eckstein
Reform der Hauptverhandlung nach anglo-amerikanischem Vorbild?
- S. 123 Dr. Wilhelm Tophinke
Zum Schuldinterkolut
- S. 129 Professor Dr. Frank Meyer
Grundlagen der Hauptverhandlung: Absprachepraxis
- S. 153 Kai Guthke
*Die (strukturelle) Voreingenommenheit des Strafrichters
Zur Reform des Zwischenverfahrens*
- S. 165 Professor Dr. Endrik Wilhelm
Dokumentationspflicht in der Hauptverhandlung - warum eigentlich nicht?

- S. 181 Professor Dr. Karsten Altenhain
Dokumentationspflicht im Ermittlungsverfahren - warum eigentlich nicht?
- S. 209 Stefan Caspari
Die Aufzeichnung (von Teilen) der Hauptverhandlung als Gedächtnisstütze
- S. 247 Dr. Iris-Maria Killinger
Haftenschädigung nach Art. 5 Abs. 5 EMRK
- S. 255 Christof Püschel
Der Vollzug der Untersuchungshaft
- S. 267 Anne Bräuchle, Professor Dr. Jörg Kinzig
*»Zu viel, zu schnell und zu lange!«
Untersuchungshaft und ihre Alternativen*
- S. 297 Professor Dr. Stefan König
Reform des Untersuchungshaftrechts?
- S. 305 Ute McKendry
Gute Besserung – der Jugendarrest als Allzweckwaffe?
- S. 313 Horst Becker
Resozialisierung und vorzeitige Haftentlassung
- S. 341 Hans-Ernst Böttcher
*Der Lübecker Jurist Gustav Radbruch – aktueller denn je
Oder: Gustav Radbruch – Rechtsphilosoph, Strafrechtler, sozial-
demokratischer Rechtspolitiker, Schriftsteller, Freund Erich Mühsams*
- S. 373 Ergebnisse der Arbeitsgruppen des
39. Strafverteidigertages

Gerald Goecke

Wahrnehmungsherrschaft über die Beweiserhebung und das Recht auf ein faires Verfahren

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

zuweilen kann es hilfreich sein und zur Klärung der argumentativen und rechtspolitischen Fronten beitragen, den Gegenstand einer Diskussion pointierend auf einen Begriff zu bringen. Deswegen: »Wahrnehmungsherrschaft«. Ihr als Beschuldigter und Strafverteidiger im Strafverfahren unterworfen zu sein, ist zuweilen entwürdigend, mindestens aber nicht mehr zeitgemäß.

Zum Begriff:

»Wahrnehmungsherrschaft« wird dort ausgeübt, wo die ihr Unterworfenen keine tatsächlichen und/oder rechtlichen Möglichkeiten haben, die Unrichtigkeit, die Unvollständigkeit, ja: die Unwahrheit von verfahrenswirksam (angeblich) Wahrgenommenem nachzuweisen.

Dabei ist streng – in Anlehnung an *Herdegen* – zu unterscheiden zwischen der Wahrnehmung des Objekts der Würdigung und der Würdigung des Objekts¹. Dort wo diese Grenze verwischt, besteht die Gefahr, dass bereits die Wahrnehmung – und eben nicht erst die Würdigung – subsumtionsorientiert, mithin selektiv, stattfindet.

An diesem Thema haben sich in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten zahlreiche Kolleginnen und Kollegen abgearbeitet, Reformvorschläge liegen vor, unter denen der von dem Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer erarbeitete Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik als Schritt in die richtige Richtung besonders herausragt.²

1 *Herdegen*, Gerhard, »Die Eingriffe des Revisionsgerichts in die tatrichterliche Beweiswürdigung«, in: *Der Strafprozess vor neuen Herausforderungen?*, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V., Bd. 20, Baden-Baden 2000, S. 27 ff.

2 BRAK (Strafrechtsausschuss), Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, 2010, BRAK-Mit 2010, 60

Da die einschlägigen Reformvorschläge bisher nur marginal und vornehmlich aus Gründen des Zeugen- und Opferschutzes umgesetzt wurden, muss das Ringen weitergehen. Ein Strafverteidigertag in Schleswig-Holstein könnte geeignet sein, einen entsprechenden Impuls zu geben.

Wir leben in einer Zeit, in der wir im öffentlichen Raum von Videokameras umgeben sind, in der Kommunikationsdaten massenhaft gespeichert werden, in der es weit verbreitet ist, sich und andere in allen möglichen Situationen digital zu filmen oder zu fotografieren und die Aufnahmen teilweise weltweit zu verbreiten. In unserem Strafverfahren aber sind wir auf weiten Strecken immer noch auf die Wahrnehmungs-, Erinnerungs- und Wiedergabefähigkeiten – nicht zuletzt aber auch auf die Lauterkeit – derjenigen angewiesen, die Beweiserhebungen durchführen oder an ihnen beteiligt sind.

Wir scheinen in einem Land zu leben, in dem es die Mehrheit der Bevölkerung für wichtiger hält, einen Videobeweis zur Überprüfung der Wahrnehmung der Schiedsrichter eines Fußballspiels einzuführen, als entsprechende Dokumentationsmöglichkeiten und Dokumentationspflichten im Strafverfahren zu ermöglichen und zu nutzen.

Apropos Fußball: So wie ein Angeklagter erst mit dem Urteil erfährt, wie umfassend das Gericht Aussagen und Angaben von Zeugen und Angeklagten wahrgenommen und als frei (!) zu würdigenden Beweisstoff seiner Entscheidungsfindung zugrunde gelegt hat, würde dies auf ein Fußballspiel übertragen bedeuten, dass die Mannschaften erst mit dem Abpfiff von dem Schiedsrichter erführen, welche Tore er wahrgenommen und als solche anerkannt hat. Ein Gegenbeweis wäre nicht möglich. Während des Spiels würde kein Zwischenstand mitgeteilt, denn auch im Gerichtssaal findet ein Dialog über den Stand der Beweisaufnahme nicht statt. Eine Mannschaft hätte womöglich bis zum Abpfiff nur eine vermeintliche Führung verteidigt.

Der Alltag für uns Strafverteidiger ist geprägt von der mangelnden Prognostizierbarkeit dessen, was das Gericht als relevanten Beweisstoff feststellen, dann seiner Würdigung unterwerfen und darauf sein Urteil stützen wird.

Eine solide Prognosegrundlage wäre gegeben – lassen Sie mich ein wenig träumen – wenn sämtliche Zeugenaussagen und Einlassungen des Angeklagten vollständig zu Protokoll genommen und genehmigt werden müssten. Hinzu käme – Sie merken: ich träume immer noch – die Pflicht des Gerichts, jeden weiteren von ihm für potenziell beweiserheblich erachteten Beweisstoff im Protokoll zu dokumentieren und dazu rechtliches Gehör zu gewähren. Dazu würden beispielsweise die von dem Gericht wahrgenommenen begleitenden Umstände, inklusive des mimischen Verhaltens, der Gesten und andere Reaktionen der Beweispersonen und Verfahrensbeteiligten gehören,

sofern diese von dem Gericht als Gegenstand seiner Würdigung in Betracht gezogen würden.

Allenthalben ist es den Gerichten in den Tatsacheninstanzen wichtig, den Angeklagten und die Zeugen jederzeit ungehindert auch optisch wahrzunehmen. Schon perspektivisch (nicht nur im Wortsinne) kann die Verteidigung diese Wahrnehmungen nicht teilen. Es besteht keine Verteidigungsmöglichkeit (Hinterfragen, Richtigstellen etc.) gegen die nicht darlegungspflichtige Würdigung der versteckt bleibenden (zufälligen? gezielten?) Wahrnehmungen des Gerichts in der Hauptverhandlung.

Zurück zu meinem Traum: Alles, was als Beweisstoff vom Gericht bei der Urteilsfindung gewürdigt würde, müsste sich aus dem Protokoll ergeben, aber nicht alles, was sich aus dem Protokoll ergäbe, müsste gewürdigt werden. Damit wäre für die Verteidigung das Urteil immer noch nicht sicher prognostizierbar, aber ihr stünde eine solide Grundlage für weitere Verteidigungsaktivitäten zur Verfügung, um auf den Umfang des Beweisstoffs Einfluss nehmen zu können. Damit würde sich jeder Kampf um die (im wahrsten Sinne des Wortes:) Festschreibung dessen, was ein Zeuge ausgesagt hat, erübrigen. Auch weitere Wahrnehmungsdiskrepanzen wären geklärt. Am Rande: Die von der Zivilprozessordnung vorgegebenen Protokollierungspflichten weisen immerhin in dieselbe Richtung – so abwegig kann unser Kampf um Transparenz der gerichtlichen Beweistoffsammlung also nicht sein.

Es liegt auf der Hand, dass eine vollständige Dokumentation einer Beweiserhebung für Transparenz sorgt. Und nur darum geht es: Um größtmögliche Transparenz, um größtmögliche authentische Überprüfbarkeit des gesamten Beweiserhebungsprozesses.

Warum eigentlich? Warum begnügen wir uns nicht damit, auf die Fähigkeiten und die Redlichkeit der Vernehmungspersonen und den Beweiserhebenden in allen Verfahrensstadien vom Beginn der Ermittlungen bis zu dem Urteil zu vertrauen? Welche Arten der Dokumentation der Beweiserhebung würde eine ausreichende Transparenz und Überprüfbarkeit schaffen? Würde eine solche Dokumentation und deren Nutzarmachung im Verfahren mit den Grundsätzen der Mündlichkeit, der Unmittelbarkeit, der Öffentlichkeit und der freien Beweiswürdigung vielleicht auch mit schützenswerten Rechten der Beweispersonen kollidieren? Was würde mit einer authentischen und vollständigen Dokumentation der Beweiserhebung für den Beschuldigten überhaupt gewonnen?

Bei der Beantwortung dieser Fragen werden wir berücksichtigen dürfen, dass bereits jetzt unser Strafverfahrensrecht an zahlreichen Stellen die Auf-

zeichnung von Beweiserhebungen mit Hilfe einer Tonband- oder audio-visuellen Aufnahme ermöglicht. Erdrückend stark können möglicherweise kollidierende Prozessmaximen und/oder Rechte der Betroffenen von dem Gesetzgeber also nicht gewichtet worden sein. Freilich stand für ihn bisher der Zeugen- und Opferschutz im Vordergrund. Damit ist die Aufgabe definiert: Darzulegen, dass die Beschuldigtenrechte und Rechte der Verteidigung es gebieten, auch und gerade zu deren Wahrung von den bisher vornehmlich zum Schutze der Zeugen und Geschädigten vorgesehenen technischen Dokumentationsmöglichkeiten allgemein Gebrauch zu machen. Oder sollten die Rechte der Beschuldigten (inzwischen) von geringerem Gewicht sein als die der Zeugen und Geschädigten?

Da man stets darum wissen sollte, wie zu beackernde Felder in der Vergangenheit bestellt wurden, zunächst ein kleiner historischer Abriss (für den ich im Wesentlichen auf die Dissertationen von Werner *Leitner*³, Andreas *Schröder*⁴ und Eva *Löhr*⁵ sowie auf Gustav *Radbruchs*⁶ Einführung in die Rechtswissenschaft zurückgegriffen habe).

Die Geschichte der Dokumentation einer Beweiserhebung ist die Geschichte des Protokolls. Über den »Schreiber« in Mesopotamien vor ca. 6.000 Jahren wissen wir nicht viel mehr, als dass es ihn immerhin schon gegeben hat. Auch die alten Ägypter kannten bereits den Schreiber vor Gericht.

Die Germanen hingegen kannten über lange Zeit kein Gerichtsprotokoll. Es galt das Stammesrecht. Dieses war nach Herkunft und Geltung weder angeordnet noch erdacht, sondern war gelebte Überzeugung der Stammesgenossen »von der richtigen Ordnung der Lebensverhältnisse«. Der altgermanische Strafprozess war ein öffentliches und mündliches Akkusationsverfahren, in dem die Tatsachen und Beweise den Urteilenden in einer kontradiktorischen Verhandlung von den Parteien vorgebracht wurden. Am Ende einer solchen Verhandlung erging das Urteil in mündlicher Form. Eine schriftliche Urkunde über die Verhandlung wurde nicht gefertigt. Soweit später über gerichtliche Verhandlungen schriftliche Urkunden erstellt wurden, sind diese erst am Ende der mündlichen Verhandlung aufgesetzt worden.

3 *Leitner*, Werner, »Videotechnik im Strafverfahren«, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V., Bd. 35, Baden-Baden 2012

4 *Schröder*, Andreas, »Das Wortlautprotokoll als revisionsrechtlicher Nachweis eines Widerspruches zwischen tatrichterlichem Strafurteil und dem Inbegriff der mündlichen Hauptverhandlung«, Würzburg 1996

5 *Löhr*, Eva, »Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Deutschen Strafprozess«, Berlin 1972

6 *Radbruch*, Gustav, »Einführung in die Rechtswissenschaft«, 7./8. Aufl., Heidelberg 1929

Im römischen Recht hingegen hatte das Gerichtsprotokoll die Bedeutung einer vom Gerichtsnotar vollzogenen öffentlichen Urkunde. Der römische Strafprozess war ein mündliches Verfahren unmittelbar vor dem erkennenden Gericht. Das Gericht durfte sein Urteil nur auf denjenigen Prozessstoff gründen, den es selbst unmittelbar wahrgenommen hatte. Es wurden Protokolle geführt, die einen Bericht über die Verhandlung wiedergaben. Diese enthielten neben der Anklage auch die Vorträge der Parteien und deren Vertreter sowie die Aussagen der Zeugen, die Abstimmung und die Urteilsfindung. Ohne gesetzliche Vorgaben konnte das Gericht entscheiden, ob in das Protokoll nur das notwendigste oder eine vollständige Niederschrift der Verhandlung aufgenommen wird.

Im kanonischen Recht galt das Mündlichkeitsprinzip nicht mehr. Deswegen wurden (für die zweite Instanz) die gesamten gerichtlichen Vorgänge durch besonders geeignete Personen schriftlich aufgezeichnet. Später wurde diese Aufzeichnung Grundlage auch für die Entscheidung im ersten Rechtszug.

Im deutschen Rechtskreis erlangte das Protokoll erst in der »Constitutio Criminalis Carolinae« von 1532 eine gesetzlich festgelegte Bedeutung. Es galt das Prinzip der Schriftlichkeit, nur der Akteninhalt konnte Grundlage des Urteils sein: »Quod non est in actis, non est in mundo«. Für uns interessant ist, dass Artikel 71 der »Constitutio Criminalis Carolinae« ein Gebärdenprotokoll vorgeschrieben hat. Der Gerichtsschreiber hatte in den Protokollen über die Vernehmungen der Zeugen und des Angeklagten alle Besonderheiten oder Angaben hinsichtlich der Erscheinung oder des Benehmens des Betroffenen genau festzuhalten, wenn dies in irgendeiner Hinsicht relevant sein konnte. Der Wortlaut »Constitutio Criminalis Carolinae« ist im Internet abrufbar und belegt, dass die äußerlichen Gebärden der Beweisperson genauso zu vermerken waren, wie eine etwaige Wankelmütigkeit oder Unbeständigkeit. Wenn man sich die präzisen Vorgaben der »Constitutio Criminalis Carolinae« des Jahres 1532 in Bezug auf die Dokumentation sämtlicher Umstände einer Vernehmung inkl. der Gebärden der Vernommenen, vor Augen führt, kann man sagen: hätte es damals die heutigen technischen Möglichkeiten bereits gegeben, wäre der Einsatz einer audio-visuellen Aufzeichnung der Vernehmungen in der »Constitutio Criminalis Carolinae« anno 1532 als Regelfall vorgeschrieben worden.

Für unser Thema relevant ist im historisch Folgenden eigentlich nur und stark zusammengefasst, dass in den reformierten deutschen Strafverfahren eine Hinwendung zu den Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit erfolgte. Eine vollständige Protokollierung der Hauptverhandlung mit einer wörtlichen Niederschreibung des Ausgesagten war nicht vorgesehen, weil

man es mit diesen Verfahrensprinzipien für nicht vereinbar oder schlicht für nicht erforderlich hielt.

Freilich könnten wir mit dem § 225 der Preußischen Strafprozessordnung von 1851 immerhin etwas besser leben als mit der heutigen Fassung des § 273 Abs. 3 StPO. In der preußischen Strafprozessordnung hieß es nämlich:

»Auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Beschuldigten sind einzelne im Laufe der Hauptverhandlung vorkommende Erklärungen und Äußerungen oder stattfindende Maßregeln in dem Protokoll zu vermerken; kommt es dabei auf die Feststellung des wörtlichen Inhalts an, so ist der betreffende Teil des Protokolls vorzulesen und, dass es geschehen ist, zu vermerken. Der Vorsitzende kann dies auch von Amtswegen verordnen.«

Solche oder ähnlich lautende Regelungen waren auch in den anderen partikularen Prozessordnungen verankert.

In der Reichsstrafprozessordnung von 1877 wurden die Regelungen über das Hauptverhandlungsprotokoll an der Funktion, die es für das Revisionsverfahren erfüllen sollte, ausgerichtet. § 274 entsprach der heutigen Fassung. Außer den wesentlichen Förmlichkeiten wurde nur ausnahmsweise etwas in dem Protokoll dokumentiert. Wie in der heutigen Fassung, hatte gem. § 273 der Vorsitzende eine vollständige Niederschreibung nur anzuordnen, wenn es auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder auf den Wortlaut einer Aussage ankam. Gemäß Abs. 2 war in der Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht auch das wesentliche Ergebnis der Vernehmungen zu Protokoll zu nehmen.

Nach dem zweiten Weltkrieg wurden in der StPO 1950 die Regelungen der Reichsstrafprozessordnung übernommen. In einem Aufsatz aus dem Jahre 1951 setzt sich Klefisch⁷ kritisch mit dem in der StPO 1950 vorgesehenen Rechtsmittelsystem auseinander und schlägt vor, dieses an die in England (damals) geltenden Regelungen anzulehnen. Es ging ihm um die Erweiterung der Befugnisse des Revisionsgerichts. Seine dogmatischen Herleitungen sollen und müssen hier dahinstehen. Aufhorchen lassen aber folgende seiner Ausführungen vor beinahe 65 Jahren, wonach die Umsetzung seines Reformvorschlages an die Vorbedingung geknüpft sei,

»dass eine vollständige Sitzungsniederschrift über die erstinstanzliche Verhandlung zur Verfügung stände, in der nach dem englischen Muster der gesamte Verfahrensgang, die Anträge und Ausführungen der Prozessbeteiligten, die in der Verhandlung ergangenen Beschlüsse und Anordnungen des Richters und vor allem die vollständige Beweisaufnahme niedergelegt wären.«

⁷ Klefisch, Theodor, »Die Rechtsmittel gegen Strafurteile im künftigen Strafprozeß«, NJW 1951, 330 ff., 332

Nach seiner Auffassung bedürfte es keiner weiteren Begründung, dass ein solches Protokoll eine weit bessere Basis für die seinem Gesetzesvorschlag entsprechende Entscheidung des Rechtsmittelgerichts abgäbe; wörtlich:

»Die neue StPO [1950!, eig. Einfügung] kann auf ein solches Protokoll nicht verzichten. Es wird ebenso wenig auf Schwierigkeiten stoßen, wie im englischen Strafprozess, wo der Richter selbst, teilweise durch geübte Stenografen unterstützt, die vorgeschriebenen Aufzeichnungen vornimmt. Im Übrigen lässt die fortschreitende Technik in Kürze eine lückenlose Bandaufnahme der Verhandlung erwarten, die keine nennenswerten Mehrkosten verursachen dürfte.«

Eine beachtliche Neuerung im Hinblick auf die inhaltliche Dokumentation der Angaben von Beweispersonen in einer Hauptverhandlung hat das Gesetz zur Änderung der StPO von 1964 gebracht. § 273 Abs. 2 StPO hat in der damals Gesetz gewordenen Fassung vorgesehen, im Protokoll über die Hauptverhandlung aller Gerichte, also nicht nur der Amtsgerichte, sofern sie Tatsacheninstanz waren, »die wesentlichen Ergebnisse« der Vernehmungen des Angeklagten, der Zeugen und der Sachverständigen aufzunehmen.

Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hielt es gerade in den Verfahren, in denen es nur eine Tatsacheninstanz gab, u.a. im Blick auf eine spätere Wiederaufnahme des Verfahrens für angezeigt, im Protokoll die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen zu dokumentieren.

Dahs hat in einem einschlägigen Beitrag 1964⁸ den Wert dieser Neuerung bezweifelt. Für Revisions-, Wiederaufnahme- und Meineidsverfahren habe das Protokoll keine Beweiskraft; wörtlich:

»Ob der Zwang zur Protokollierung exaktere Tatsachenfeststellungen im Urteil garantiert, erscheint zweifelhaft. Eine wirklich befriedigendere Lösung kann nur die Einführung des Wort-(Tonband-)Protokolls in Verbindung mit entsprechender Auflockerung des Revisionsrechts bringen.«

Sie können diesen Zitaten aus Beiträgen unserer Kollegen aus den Jahren 1951 und 1964 entnehmen, dass unser Kampf um eine verlässliche Dokumentation der Beweiserhebung (hier: in einer Hauptverhandlung) seit vielen Jahrzehnten geführt wird.

Mögliche Erwartungen im Hinblick auf erweiterte Rügemöglichkeiten im Revisionsverfahren nach der 1964 erfolgten Gesetzesänderung hat der BGH im Übrigen sehr rasch zunichte gemacht. In seinem Urteil vom 26. Oktober

⁸ *Dahs*, Hans, »Die kleine Strafprozeßreform«, NJW 1965, 81 ff., 85

1965⁹ hat er das Vorbringen, »dass die im Protokoll enthaltenen Formulierungen der Aussagen der Zeuginnen die Feststellungen nicht tragen«, als unzulässigen Versuch bewertet, aus dem Rechtsmittel der Revision eine Berufung zu machen. Das Revisionsgericht habe nicht zu prüfen, ob die Feststellungen in dem Urteil mit dem übereinstimmen, was die Sitzungsniederschrift über den Inhalt der Aussagen angibt. Diese ständige Rechtsprechung, so der BGH weiter, habe auch nicht auf der vor 1964 gültigen Fassung des § 273 Abs. 2 StPO beruht (wonach die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen nur in die Sitzungsniederschriften der Amtsgerichte oder Schöffengerichte aufzunehmen waren), sondern auf § 337 StPO.

Im Zusammenhang mit der 1964 erfolgten Änderung der StPO weist *Leitner*¹⁰ auf die ersten legislativen Überlegungen zur Einführung eines Tonbandprotokolls hin. Danach wurde erwogen, die lückenlose Aufnahme der gesamten Hauptverhandlung auf einen Tonträger zuzulassen. Auf die Einführung sei jedoch unter Hinweis auf die zumeist fehlenden technischen Voraussetzungen verzichtet worden (vor über 50 Jahren!).

1974 wurde das 1964 eingeführte Inhaltsprotokoll für Hauptverhandlungen erster Instanz (mit Ausnahme derjenigen vor dem Amtsgericht) wieder abgeschafft. Für uns interessant ist, dass der Gesetzgeber in seiner Begründung 1974 ausdrücklich darauf hinweist, dass die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes in Bezug auf die Verpflichtung zur Aufnahme des wesentlichen Inhalts der Vernehmung in das Protokoll (lediglich vor dem Amtsgericht) eine künftige Regelung nicht präjudiziere. Und jetzt das für mich entscheidende, das wir heute, über 40 Jahre danach, in den politischen Raum rufen sollten: in der Bundestagsdrucksache 7/571 ist auf S. 58 wörtlich zu lesen:

»Einer Neuregelung mit dem Ziel der Einführung eines zuverlässigen Wortprotokolls mit Hilfe technisch überlegener Methoden, etwa des Tonbandprotokolls, sowie einer Umgestaltung des Rechtsmittelrechts in Richtung auf die Anerkennung einer rechtlichen Erheblichkeit des Protokollinhalts will der Entwurf mit seinem Vorschlag nicht entgegenwirken.« (!!!)

Lassen Sie mich zum Abschluss dieses historischen Überblicks auf einen weiteren Aspekt hinweisen, den auch *Leitner*¹¹ zu Recht jenseits unseres puren Strafprozessrechts für relevant hält, nämlich die Dokumentation von Hauptverhandlungen zum Zwecke wissenschaftlicher und geschichtlicher Aufarbeitungen. Wer jemals in den präzise abgefassten Protokollen der Nürnberger Prozesse geblättert hat oder die Möglichkeit hatte, Protokolle und Aufnahmen

9 BGH, Urt. v. 26.10.1965 – 5 StR 405/65, NJW 1966, 63

10 *Leitner*, Werner, a.a.O., S. 30

11 *Leitner*, Werner, a.a.O., S. 34

aus dem Auschwitz-Prozess oder des Stammheimverfahrens, von denen es nämlich Tonbandaufnahmen gibt, zu hören und zu lesen, erkennt sofort, dass uns durch fehlende Dokumentationen vergleichbarer Verfahren historisch viel verloren geht. Mir wurde dies zuletzt klar, als ich in dem Magazin der Süddeutschen Zeitung ein Wortprotokoll aus dem NSU-Prozess gelesen habe.¹² Dieses »Wortprotokoll« wurde freilich von Journalisten gefertigt. Darauf also werden Forscher und Interessierte späterer Generationen angewiesen sein, wenn sie sich mit diesem Prozess auseinandersetzen wollen.

Warum kämpfen wir seit Jahren und Jahrzehnten darum, dass Beweiserhebungen im Strafverfahren vollständig dokumentiert, Beschuldigten- Zeugen und Sachverständigenvernehmungen audiovisuell aufgezeichnet werden? Wir Verteidiger halten dies – in Anlehnung an *Albrecht*¹³ – für die der Wahrheitsfindung dienlichere Variante der Erhebung, Dokumentation, Übertragung und Nachprüfung von verfahrensbezogenen Informationen. Man könnte auch antworten: Weil Ermittlungsbeamte, Staatsanwälte und Richter auch nur Menschen sind.

Vernehmungen im Ermittlungsverfahren

Wie häufig wird in späteren Verfahrensstadien darüber gestritten, ob der Beschuldigte regelrecht und ohne suggestive Einflüsse belehrt wurde und wie der Beschuldigte hierauf reagiert hat? Wie oft wird mit langwierigen und zähen Befragungen der Vernehmungspersonen versucht aufzuklären, ob es unprotokollierte Vorgespräche oder Vernehmungssequenzen gegeben hat und, wenn ja, welchen Inhalts? Bei der Beurteilung eines später widerufenen Geständnisses kommt es auf kleinste Nuancen der Befragung, der Interaktion in dem gesamten Vernehmungsumfeld an. Es ist völlig ausgeschlossen, dass sich die daran Beteiligten Wochen, Monate und Jahre später vollständig erinnern können – wenn sie überhaupt sämtliche Einzelheiten des Vernehmungsablaufes wahrgenommen haben. Wie häufig geschieht es, dass Vernehmungsbeamte als Zeugen in der Hauptverhandlung gefragt oder ungefragt bis dahin nicht dokumentierte, mithin nicht aktenkundig gewordene Vernehmungsdetails schildern, die sich nicht mit der Erinnerung des Beschuldigten decken?

12 *Süddeutsche Zeitung Magazin*, »Der NSU-Prozess. Das Protokoll des zweiten Jahres«, 02.01.2015 (Nr. 1)

13 *Albrecht*, Hans-Jörg, »Video- und Tonbandtechnik im Strafverfahren – Befunde und Tendenzen auf der Basis einer rechtsvergleichenden und empirischen Studie zur Verwendung und zum Nutzen akustischer und visueller Dokumentation im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung«, in: »Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren« – Eine vergleichende Studie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg i.Br., 2002, 478 ff., 479

Die Rückgriffsmöglichkeit auf eine audiovisuelle Aufzeichnung der einschlägigen Vernehmungen würde den allergrößten Teil dieses Konflikt- und Klärungspotenzials gar nicht erst entstehen lassen.

Schriftliche Vernehmungsprotokolle, die bis heute den Alltag unserer Strafverfahren bestimmen, sind und bleiben stets defizitär. In über 30 Jahren meiner Berufstätigkeit als Strafverteidiger hat jede präzise Hinterfragung eines Protokollinhalte Dokumentationsdefizite zutage gefördert. Dasselbe gilt (wenn auch nicht im selben Umfang und aus anderen Gründen), für Protokolle richterlicher Vernehmungen von Beschuldigten im Ermittlungsverfahren.

Die qualitative Überlegenheit der Dokumentation durch eine audio-visuelle Aufzeichnung gilt selbstverständlich auch für *Zeugenvernehmungen* im Ermittlungsverfahren. *Deckers*¹⁴ verweist auf Forschungsergebnisse, wonach eine vergleichende Analyse von 20 Zeugenvernehmungen ergeben hat, dass mehr als 57 Prozent der Äußerungen mit 25 Prozent relevanten Details nicht in das Vernehmungsprotokoll aufgenommen wurden. Es prägt den Gerichtsalltag, dass ein Zeuge in der Hauptverhandlung Angaben macht, die sich mit dem Inhalt der Protokolle seiner früheren Vernehmungen nicht decken, dieser aber darauf beharrt, exakt das in der Hauptverhandlung Bekundete auch schon (z.B. der Polizei gegenüber angegeben zu haben. Immer wieder stellen wir nach entsprechend aufwändigen Vernehmungen von Zeugen in der Hauptverhandlung fest, dass deren protokollierte Angaben in Vernehmungen in Ermittlungsverfahren gerade nicht wortgetreu, mindestens aber unvollständig, teilweise sinnentstellend protokolliert wurden – abgesehen davon, dass vernehmungswirksame Begleitumstände in vielen Fällen gänzlich unerwähnt bleiben.

Die Überlegenheit der audio-visuellen Dokumentation der Vernehmungen von Geschädigten, Kindern und Jugendlichen liegt anscheinend auch für den Gesetzgeber auf der Hand (dazu an anderer Stelle mehr).

Zur Hauptverhandlung

In einer Hauptverhandlung vor dem Landgericht wäre deren vollständige audio-visuelle Aufzeichnung dem bisherigen Verfahren schon deswegen überlegen, weil nach geltendem Recht nicht einmal ein Inhalts- geschweige ein Wortprotokoll vorgesehen ist. Hier arbeitet sich die Verteidigung vor den Landgerichten erster Instanz immer wieder an § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO ab. Den Wortlaut können sicherlich manche im Schlaf wiedergeben:

¹⁴ *Deckers, Rüdiger, »Dokumentation im Strafverfahren«, StraFo 4/2013, 133 ff., 136*

»Kommt es auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder des Wortlauts einer Aussage oder einer Äußerung an, so hat der Vorsitzende von Amts wegen oder auf Antrag einer an der Verhandlung beteiligten Person die vollständige Niederschreibung und Verlesung anzuordnen.«

Es muss also auf den *Wortlaut* einer Aussage ankommen und eben nicht nur auf den Inhalt. Dennoch sieht die Verteidigung in dieser Vorschrift oftmals die einzige Chance, ein (um im eingangs gezeichneten Bild zu bleiben:) »erzieltes Tor« wenigstens »protokollfest« zu machen. Auch hier spielen sich teilweise entwürdigende Kämpfe um die Protokollierung von Aussagesequenzen, die von der Verteidigung als entlastend eingeschätzt werden, ab. Hintergrund ist das Bemühen, auf diesem Wege wenigstens in einem kleinen Teil auf die Sammlung des Beweisstoffs, dessen Würdigung das Gericht seiner Entscheidungsfindung zugrunde legen will, Einfluss zu nehmen.

Denn unser einziges Anliegen ist doch: nicht das Recht auf freie Beweiswürdigung des Gerichts in Frage zu stellen, sondern das Gericht anzuhalten, im Interesse der Wahrheitsfindung den von ihm zu würdigenden Beweisstoff nicht zu Lasten des Angeklagten zu selektieren und die Beweisstoffsammlung gehörig überprüfen zu können.

Das Vehikel des § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO ist hierfür ein geradezu erbärmlich anmutendes Instrumentarium, aber de lege lata trotz des immer noch hoch gehaltenen und allenfalls zu Lasten des Angeklagten durchlöchernten (Stichwort: Rügeverkümmern) Grundsatzes des Rekonstruktionsverbotes im Revisionsverfahren nicht völlig ungeeignet. In einer im 38. Band der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidung¹⁵ hat der BGH immerhin entschieden, dass es sich um einen Erörterungsmangel handelt, wenn sich das Tatgericht mit der im Hauptverhandlungsprotokoll beurkundeten Aussage eines Zeugen nicht auseinandergesetzt hat, obwohl ihre Würdigung im Urteil im Hinblick auf die vollständige Erfassung des relevanten Beweisstoffes und die inhaltliche Richtigkeit der Feststellungen geboten war und, dass dieser Erörterungsmangel als Verstoß gegen § 261 StPO gerügt werden kann. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall ist in der Tatsacheninstanz auf Anordnung des Vorsitzenden zunächst eine Aussagesequenz protokolliert worden, aus der sich ergibt, dass der Zeuge eine frühere belastende Aussage gegen den Angeklagten zurückgenommen hat und im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung auf Anordnung des Vorsitzenden eine weitere Sequenz wörtlich protokolliert worden, mit der der Zeuge die Zurücknahme der früheren belastenden Aussage erneut berichtigt (will heißen: die Zurücknahme der Belastung wieder zurückgenommen) hat.

15 BGHSt 38, 14 ff., 16 – Urt. v. 03.07.1961 – 2 StR 45/91

Augenscheinlich hatte das Tatgericht in dem vom BGH (a.a.O.) aufgehobenen Urteil dieses – sogar wörtlich protokollierte – Aussageverhalten mit sich widersprechenden Angaben in den Gründen nicht einmal erwähnt, obschon es die Verurteilung auch und gerade auf die Angaben dieses Zeugen gestützt hatte. Wäre dieses Aussageverhalten nicht durch eine Protokollierung nachweisbar und dadurch dem Revisionsgericht präsentierbar geworden, hätte die Verteidigung keine Chance gehabt, die mangelnde Erörterung des widersprüchlichen Aussageverhaltens des Belastungszeugen im Urteil wirksam zu rügen. Übrigens legen die geschilderten Verfahrensabläufe nahe, dass die Protokollierung ohne Antrag der Verteidigung durch den Vorsitzenden selbstständig angeordnet wurde, um die vermeintliche Falschaussage durch Zurücknahme der früheren belastenden Angaben zu dokumentieren. Dies würde auch erklären, weshalb es anschließend zu der Korrektur dieser Korrektur gekommen war.

Ein weiteres Beispiel für die Relevanz der Dokumentation einer Beweiserhebung liefert eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 2010 |¹⁶:

In dem dortigen Verfahren hatte der Angeklagte zu Recht beanstandet, dass die Strafkammer ein in der Hauptverhandlung verlesenes Behördengutachten inhaltlich unzutreffend erfasst und damit den tatsächlichen durch die Verlesung zum Gegenstand der Verhandlung gemachten Aussagegehalt des Gutachtens bei der Überzeugungsbildung unberücksichtigt gelassen hat. Es ging um nichts geringeres als darum, dass ein Sachverständiger in seinem (verlesenen) schriftlichen Gutachten festgestellt hat, es seien an einem tatrelevanten Messer beweiserhebliche Blutspuren *an der Klinge* festgestellt worden, dieses Gutachten in den Urteilsgründen aber dahingehend wiedergegeben worden war, es seien beweisrelevante Blutspuren *an Klinge und Griff* des Messer festgestellt worden.

Leisten wir nun einen gedanklichen Transfer vom Sachverständigenbeweis zum Zeugenbeweis: hätte ein Zeuge bekundet, es sei Blut (lediglich) an der Klinge des vermeintlichen Tatmessers festgestellt worden und wäre in den Urteilsgründen diese Aussage mit dem Inhalt wiedergegeben worden, der Zeuge habe bekundet, Blutspuren hätten sich an Klinge und Griff befunden, wäre diese eklatante Rechtsverletzung mangels Dokumentation der Zeugenaussage nicht nachweisbar und damit verfahrensrechtlich nicht korrigierbar. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO steht uns Verteidigern mithin als einzige Krücke zur Verfügung, die gerichtliche Selektion des Beweisstoffs wenigstens ansatzweise zu beeinflussen.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 07.12.2010 – 4 StR 401/10, StV 2012, 67, 68

Da nach geltendem Recht so gut wie keine auf den Inhalt bezogene Dokumentation der Hauptverhandlung vorgesehen ist, liegt es auf der Hand, dass deren vollständige audio-visuelle Aufzeichnung zu einem Quantensprung der Transparenz der gerichtlichen Beweisstoffsammlung führen würde.

Welche tatsächlichen Vorteile brächte eine audio-visuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung mit sich?

Beispielsweise wäre der Kampf um die wortgetreue Dokumentation der Einlassung des Angeklagten obsolet. Denn in vielen Fällen kommt es dem Angeklagten und seiner Verteidigung sehr wohl auf den Wortlaut dessen an, was er bekundet.

Mit einer Aufzeichnung der Hauptverhandlung würde außerdem jeder Streit darüber im Keime erstickt werden können, ob z.B. der dem Zeugen B gemachte Vorhalt einer vorherigen Aussage des Zeugen A in der laufenden Hauptverhandlung inhaltlich korrekt gemacht wurde. Wie oft kommt es in einer Hauptverhandlung zum Streit, wenn in einem Gerichtsbeschluss Aussagen von vernommenen Zeugen wiedergegeben werden, die von anderen Verfahrensbeteiligten nicht oder inhaltlich abweichend wahrgenommen wurden? Diskrepanzen wären leicht zu klären. Dasselbe gilt freilich für Zitate oder inhaltliche Wiedergaben von Zeugenaussagen in Anträgen der Verteidigung. Auch Äußerungen von Richtern, die zur Besorgnis der Befangenheit geführt haben, von diesen aber bestritten werden, wären zuverlässig aufklärbar.

Nicht zuletzt könnte (und ggf. müsste) auf die Aufzeichnungen zurückgegriffen werden, wenn ein Mitglied des Gerichts – Berufsrichter oder Schöffe – sich beispielsweise am 110. Verhandlungstag nicht mehr wirklich an ein (vermeintliches) Detail einer Zeugenaussage des 10. Verhandlungstages erinnern würde, das erst – jedenfalls in den Augen anderer Mitglieder der Kammer oder anderer Verfahrensbeteiligter – 100 Verhandlungstage später durch irgendeine Wendung der Beweislage relevant geworden ist (und deswegen am 10. Verhandlungstag noch nicht oder nicht von allen als solche wahrgenommen wurde).

Bei dieser Gelegenheit:

Was geschieht eigentlich in einem Beratungszimmer, wenn ein Mitglied des erkennenden Gerichts sich an Teile der Beweiserhebung, die von anderen Kammermitgliedern für erheblich gehalten werden, entweder nicht mehr erinnern kann oder diese selbst nicht oder gar anders wahrgenommen hat? Wird dies aus dem zu würdigenden Beweisstoff selektiert oder wird die für den Angeklagten günstigste Wahrnehmung als Teil des Beweisstoffes der

Würdigung zugrunde gelegt? Oder beugt sich die Minderheit der Mehrheit – dies wäre eine besondere Ausprägung der Wahrnehmungsherrschaft. Psychologisch liegt es nahe, dass sich dasjenige Mitglied des Gerichts, das die Wahrnehmungen/Erinnerungen der anderen Mitglieder des Spruchkörpers nicht teilen würde, sich nicht zu widersprechen traute. Und: Wann würde eine Wahrnehmungsdiskrepanz unter den Mitgliedern des Gerichts offenbar? Sicherlich nicht vor Entlassung des Zeugen. Wahrscheinlich auch nicht sofort danach. Vermengt sich dann später die Beweisstoffwahrnehmung mit dessen subsumtionsorientierter Würdigung? Wie einfach wäre es, wenn die Mitglieder des Gerichts und alle Verfahrensbeteiligten jederzeit auf die einschlägige Sequenz der audio-visuellen Aufzeichnung zurückgreifen könnten.

Welche *Argumente* werden – neben Hinweisen auf revisionsrechtliche Konsequenzen – *gegen die Einführung audio-visueller Aufzeichnung von Beweiserhebungen* als Standard angeführt? Hier einige davon:

- Eingriff in die Rechte der Personen, deren Bilder und Gesprochenes aufgezeichnet werden,
- technischer Aufwand und Kosten,
- drohende Verletzung des Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsprinzips, inklusive Einschränkung des Grundsatzes der Verfahrensöffentlichkeit, wenn Vernehmungen in einer Hauptverhandlung durch Einführung audio-visueller Aufnahmen von Vernehmungen vor dem Hauptverfahren oder außerhalb der Hauptverhandlung ersetzt werden (sollen),
- Beeinträchtigung der Aussagequalität.

Um mit dem letzteren zu beginnen:

Eine *Beeinträchtigung der Qualität der Aussagen* von Zeugen oder Beschuldigten im Rahmen audio-visuell aufgenommener Vernehmungen ist nicht nur nicht belegt, vielmehr deuten Forschungsergebnisse auf das Gegenteil hin. Eine im Auftrag des Bundesministeriums des Justiz erstellte vergleichende Studie des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht aus dem Jahre 2002, welche unter dem Titel »Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren« veröffentlicht worden ist, legt nahe, dass gerade wegen der Betonung der Formalität einer solchen Vernehmungsaufzeichnung und anderer disziplinierender Wirkungen positive Effekte für den Wahrheitsgehalt der Aussagen zu erwarten sind¹⁷. Was sollte auch dagegen sprechen, wenn Zeugen oder Beschuldigte

¹⁷ Albrecht, Hans-Jörg, »Audio-Visuelle Techniken im Strafverfahren – eine Sekundäranalyse von Untersuchungen zur Empirie und Technik«, in: »Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren« (s.o. Fundst. 13), 449 ff., 459

sich angesichts von wahrgenommenen Aufnahmegeräten möglicherweise bedachter äußern? Disziplinierende Effekte sollen danach auch für Vernehmungspersonen entstehen, da eine Videoaufnahme z.B. Suggestivfragen sowie etwaige andere begleitende Beeinflussungen dokumentieren würde. Laut der besagten Studie wird gerade im Zusammenhang mit Geständnissen der Videoaufnahme deshalb besondere Bedeutung zuerkannt. Sie soll besser als andere Dokumentationsformen dazu verhelfen, das Problem des falschen Geständnisses und darauf gestützter Fehltritte aufzugreifen. Es wird in dieser Studie als allgemein bekannt bezeichnet, dass die ersten Aussagen eines Zeugen (so unzuverlässig der Zeugenbeweis auch immer sein mag) die wahrscheinlich verlässlichsten sind, was insbesondere für kindliche Zeugen gilt. Es wird hier zusammenfassend festgestellt, dass keine schriftliche oder stenografische Erfassung einer Vernehmung, eines Augenscheins, einer Hauptverhandlung in ihrer Aussagekraft digitalen Medien gleichkommt, die sämtliche Vorgänge in allen Einzelheiten und in allen Facetten zu dokumentieren in der Lage sind.

Es kommt hinzu, dass in unserer heutigen Zeit Kinder und Jugendliche aber auch Erwachsene zunehmend vertraut sind mit der Präsenz von und im Umgang mit allen möglichen digitalen Aufnahmemöglichkeiten. Außerdem lassen sich Aufnahmegeräte dezent installieren. Eine insoweit vorbildliche Technik scheint im Gerichtsgebäude in Coburg vorgehalten zu werden¹⁸. Die dort angebrachte Kamera sieht wie eine Lampe aus und verfügt über die Möglichkeit, alles im Raum zu erfassen.

Ein Verlust an Qualität der Aussagen ist durch deren audio-visuelle Aufzeichnung mithin nicht zu besorgen. Im Gegenteil: Sie dient der Verbesserung der Qualität der Wahrheitsfindung.

Zu dem *Gegenargument des technischen Aufwandes und der Kosten* möchte ich mich nicht detailliert verhalten. Wie wir gleich erörtern werden, sieht die Strafprozessordnung an zahlreichen Stellen audio-visuelle Aufzeichnungen – neben Tonbandaufzeichnungen – vor, freilich nicht um eine Wahrnehmungsherrschaft zu verhindern, sondern vornehmlich aus Gründen des Zeugen- und Opferschutzes. Deswegen sind – gleich aus welchen Motiven – entsprechende technische Einrichtungen vorzuhalten. Der zusätzliche Aufwand, der mit umfassenderen Aufzeichnungen verbunden wäre, hielte sich in Grenzen.

18 Schöch, Heinz, »Erfahrungen mit der Videovernehmung nach dem Zeugenschutzgesetz«, in: Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, FS Meyer-Goßner, München 2001, 365 ff., 378

Bereits de lege lata bestehende Möglichkeiten der technischen Aufzeichnung von Vernehmungen.

Dazu vorab: Gemäß § 169 Satz 2 GVG sind Ton-, Fernseh- und Rundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung oder Veröffentlichung ihres Inhalts unzulässig.

Daraus ergibt sich zwanglos, dass gerichtliche Ton- und Filmaufnahmen für justizinterne Zwecke und für Zwecke der Verteidigung nicht ausgeschlossen sind. *Meyer-Goßner*¹⁹ und *Dahs*²⁰ verlangen, dass diese vor Missbrauch jeglicher Art und Fälschung gesichert werden. In Betracht kommen danach insbesondere Tonbandaufnahmen von Aussagen der Angeklagten, Zeugen und Sachverständigen sowie Filmaufnahmen von der Einnahme eines Augenscheins, und zwar zur Verwendung als Gedächtnisstütze für den Vorsitzenden bei der Verhandlungsleitung, für das Gericht in der Beratung, für den Staatsanwalt oder Verteidiger zur Vorbereitung von Beweisanträgen oder der Plädoyers, für Vorhalte (mit oder ohne Wiedergabe der Aufnahme), für die Herstellung des Protokolls, der Vorbereitung der mündlichen Urteilsbegründung sowie als Gedächtnisstütze für die Absetzung der schriftlichen Urteilsgründe. So insgesamt die Kommentierung von *Meyer-Goßner* (a.a.O.). Für Tonbandaufnahmen der Verteidiger soll dies allerdings nur eingeschränkt gelten. Das OLG Schleswig hat übrigens in einer Entscheidung aus dem Jahre 1992²¹ in der Tonbandaufnahme einer Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung gegen den Widerspruch der Zeugen einen Eingriff in sein durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistetes Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gesehen. Dieses umfasse auch das Recht am gesprochenen Wort. Grundsätzlich dürfe jedermann selbst und allein bestimmen, wer sein Wort aufnehmen soll sowie ob und vor wem seine auf einem Tonträger aufgenommene Stimme abgespielt werden darf. Dies gelte auch für die Aussage eines Zeugen vor Gericht.

»Dass der Zeuge in öffentlicher Verhandlung auftrete, könne seinen Schutz nicht mindern, denn er habe nicht von sich aus diese (eingeschränkte) Öffentlichkeit gesucht; vielmehr sei er von Gesetzes wegen gehalten, an Gerichtsstelle auszusagen.«

Die Auffassung, dass es einer Zustimmung des Zeugen bedürfe, seine Vernehmungen auf Tonband aufzuzeichnen, lässt sich nur schwer mit der

19 *Meyer-Goßner*, Lutz, StPO, 58. Auflage, § 169 GVG Rn. 11, 12

20 *Dahs*, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Auflage, 2005; Rn. 704

21 *OLG Schleswig*, Beschl. v. 06.05.1992 – 2 Ws 128/92, NStZ 1992, 399 ff.

schon damals geltenden Fassung des § 168 a Abs. 2 StPO in Einklang bringen und dürfte heute endgültig durch die noch zu behandelnden Vorschriften der §§ 58 a, 168 e, 247 a und 255 a StPO überholt sein.

Wenn ich im Folgenden die einzelnen Vorschriften in der gebotenen Kürze darlege, in welchen der Einsatz technischer Aufzeichnungsmöglichkeiten vorgesehen ist, geht es mir darum, schlicht die bereits bestehenden gesetzlichen und damit vorausgesetzten technischen Möglichkeiten aufzuzählen, ohne auf deren verfahrensrechtliche Spezifika einzugehen.

Anschließend wird die Frage zu stellen sein, ob eine Gesetzesauslegung, die die Gefahren ausgeübter »Wahrnehmungsherrschaft« für die Wahrheitsfindung berücksichtigt, dazu zwingt, die gesetzlich bestehenden Aufzeichnungsmöglichkeiten zum Standard zu erheben.

Soweit unsere Strafprozessordnung inzwischen den Einsatz audio-visueller Techniken ermöglicht oder vorsieht, lagen diesen Gesetzesänderungen vornehmlich Erwägungen des Zeugen- und Opferschutzes zugrunde. Nicht nur deswegen zunächst zu den für Zeugenvernehmungen einschlägigen Vorschriften.

Die für das Ermittlungsverfahren zentrale Vorschrift ist § 58 a StPO, auf den für polizeiliche Vernehmungen § 163a Abs. 3 StPO verweist. § 58a Abs. 1 Satz 1 lautet schlicht:

»Die Vernehmung eines Zeugen kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden.«

Eingedenk dieser Vorschrift, die eine audio-visuelle Aufzeichnung der Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren *pauschal* zulässt, ist einigmaßen verwunderlich, dass eine solche in der Praxis bisher die absolute Ausnahme geblieben ist. Rechtlich kann dafür Ursache nur sein, dass bei dem im Rahmen der Anordnungskompetenz auszuübenden Ermessen das Kriterium der Überprüfbarkeit sämtlicher Vernehmungsabläufe durch authentische Dokumentation als Vorteil für die Wahrheitsfindung unberücksichtigt bleibt. Die technischen Möglichkeiten sind vorhanden und müssen, weil gesetzlich vorgesehen, vorgehalten werden. Sollte auf die eingeschränkten Kapazitäten hingewiesen werden, müsste zunächst die tatsächliche Belegungsquote der entsprechend eingerichteten Vernehmungszimmer und/oder des technischen Equipments nachgewiesen werden. Im Zweifel wären diese Kapazitäten zu erweitern.

Gemäß § 58 a Abs. 1 Satz 2 StPO soll die Aufzeichnung der Vernehmung eines Zeugen auf Bild-Ton-Träger nach Würdigung der dafür jeweils maßgeblichen Umstände und als richterliche Vernehmung erfolgen, wenn damit

die schutzwürdigen Interessen von Personen unter 18 Jahren sowie von Personen, die als Kinder oder Jugendliche durch eine der im § 255a StPO aufgeführten genannten Straftaten verletzt worden sind, besser gewährt werden können oder zu besorgen ist, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. Auf dogmatische Feinheiten dieser Vorschrift ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Zu § 255a StPO werden wir noch kommen. Wir Verteidiger haben bei Anwendung dieser Vorschrift freilich in Bedacht zu nehmen und darauf verfahrenswirksam zu reagieren, dass hier ein Outsourcen von Teilen der Hauptverhandlung ermöglicht wird.

§ 58a Abs. 2 StPO sieht vor, dass Kopien der Aufzeichnungen zur Akteneinsicht überlassen werden können. Diese dürfen gemäß Satz 4 weder vervielfältigt noch weitergegeben werden. Dem Zeugen steht gemäß Abs. 3 ein Widerspruchsrecht gegen die Überlassung einer Kopie der Aufzeichnung seiner Vernehmung an die zur Akteneinsicht Berechtigten zu. In diesem Fall tritt an deren Stelle die Überlassung einer Übertragung der Aufzeichnung in ein schriftliches Protokoll. Auf dieses Widerspruchsrecht ist der Zeuge hinzuweisen.

Auch bei einer Aufzeichnung auf Bild-Ton-Träger ist in jedem Fall (zusätzlich) ein vollständiges Protokoll nach den §§ 168, 168a oder § 168b Abs. 2 StPO, der auch bei polizeilichen Vernehmungen zu beachten ist, zu erstellen. Die Videoaufzeichnung kann Grundlage der Protokollierung sein, wie es in dem § 168a Abs. 2 Satz 1 StPO für die vorläufige Aufzeichnung mit einem Tonaufnahmegerät vorgesehen ist.

§ 58b StPO ermöglicht es, polizeiliche, staatsanwaltliche oder richterliche Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren unter Verzicht auf die Anwesenheit der Zeugen im Vernehmungszimmer durchzuführen. Auch hier gelten für die Protokollierungspflichten die Vorschriften der jeweiligen Vernehmung.

§ 168e StPO sieht für die Vernehmung als solche bezeichneten besonders schutzbedürftiger Zeugen eine richterliche Vernehmung vor, die von den Anwesenheitsberechtigten getrennt durchgeführt und diesen zeitlich in Bild und Ton übertragen wird. Die §§ 58a und 241a StPO finden entsprechende Anwendung. Die damit einhergehenden Beeinträchtigungen der Anwesenheits- und Mitwirkungsrechte des Beschuldigten und der Verteidigung liegen auf der Hand. Die möglichen Verteidigerreaktionen darauf sind hier kein Thema, weil es mir nur um die Darlegung des Spektrums der *gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten der Bild-Ton-Aufzeichnungen* geht.

Bis jetzt haben wir gesehen: Der Zeugenschutz ermöglicht insoweit alles.

Technische Aufzeichnungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren diesseits der Ton- und Bildaufnahmen ermöglicht § 168a Abs. 2 StPO, wonach der Inhalt des Protokolls einer richterlichen Vernehmung u.a. mit einem Tonaufnahmegerät aufgezeichnet werden kann. Die vorläufigen Aufzeichnungen sind zu den Akten zu nehmen oder, wenn sie sich nicht dazu eignen, bei der Geschäftsstelle mit den Akten aufzubewahren. Dies gilt gem. § 168b StPO auch für staatsanwaltschaftliche und in entsprechender Anwendung auch für polizeiliche Vernehmungen. Diese als vorläufig bezeichneten Aufzeichnungen mittels eines Tonaufnahmegerätes bleiben aufzubewahren, weil der Nachweis der Unrichtigkeit der Übertragung in das schriftliche Protokoll gem. § 168a Abs. 4 Satz 4 StPO zulässig ist. Ein Verfahrensbeteiligter kann sich auf die vorläufigen Aufzeichnungen über die Vernehmung mit der Behauptung berufen, diese seien bei der Protokollfertigung nicht richtig übertragen worden. Wenn diese Behauptung durch den Vergleich bestätigt wird, ist das Protokoll entkräftet, soweit die Widersprüche reichen.

*Leitner*²² hält es übrigens in diesem Zusammenhang zu Recht für bemerkenswert, dass in der Praxis zwar Vernehmungen unter Zuhilfenahme von Tonaufzeichnungen stattfinden, die Tonträger aber regelmäßig nach Verschriftung gelöscht werden. Grundlage dafür soll die in der Regel formulärmäßige Erklärung des Einverständnisses durch den Vernommenen sein. Damit verlöre die Tonträgeraufzeichnung jedweden Dokumentationswert und wäre eine reine Diktierhilfe. Es erstaunt, dass dies so selten Verteidigeraktivitäten auslöst – und bestünden diese nur in dem möglichst verfahrenswirksam dokumentierten Hinweis auf den geringeren Beweiswert eines schriftlichen Protokolls, für das die zugrunde liegende Tonaufzeichnung nicht mehr vorliegt.

Nicht unerwähnt bleiben soll Nr. 5 b der RiStBV, wonach vom Einsatz technischer Hilfsmittel in Anwendung der §§ 168a und 168b StPO möglichst weitgehend Gebrauch gemacht werden soll.

In der Hauptverhandlung kann für Zeugenvernehmungen aus Gründen des besonderen Zeugenschutzes gem. § 247a StPO eine Simultanvernehmung durchgeführt werden. Danach kann das Gericht anordnen, dass der Zeuge sich während der Vernehmung an einem anderen Ort aufhält, wenn die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen besteht, wenn er in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden

²² *Leitner*, Werner, a.a.O., S. 59/60

vernommen wird oder die Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 vorliegen und eine Simultanvernehmung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. Die Aussage wird zeitgleich in Bild und Ton in das Sitzungszimmer übertragen. Gemäß Satz 4 soll die Übertragung aufgezeichnet werden, wenn zu besorgen ist, dass der Zeuge in einer weiteren Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnung zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. § 58a Abs. 2 StPO findet entsprechende Anwendung.

Der neu eingeführte § 247a Abs. 2 StPO regelt die Simultanvernehmung eines Sachverständigen.

Sieht § 247a StPO den Einsatz audio-visueller Techniken bei einer Simultanvernehmung und unter bestimmten Voraussetzungen deren Aufzeichnung vor, ermöglicht § 255a StPO die Einführung (durch Vorführung) dieser Bild-Ton-Aufzeichnung in der Hauptverhandlung. Demnach gelten zunächst für die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung die Vorschriften zur Verlesung einer Niederschrift über eine Vernehmung gem. §§ 251 ff. StPO entsprechend. Überall dort, wo die Einführung eines schriftlichen Vernehmungsprotokolls zulässig wäre, kann die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung erfolgen.

Gemäß § 255 a Abs. 2 StPO kann in Verfahren wegen dort aufgezählter Katalogtaten die Vernehmung eines Zeugen unter 18 Jahren durch die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung ersetzt werden, sofern der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an dieser früheren Vernehmung mitzuwirken. Dies gilt auch für Zeugen, die Verletzte einer der Katalogtaten sind und zu der Zeit der Tat unter 18 Jahre alt waren. Eine ergänzende Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung ist zulässig. Diese Vorschrift dient ausschließlich dem Schutz kindlicher Zeugen vor den mit einer Vernehmung in der Hauptverhandlung verbundenen Belastungen.

Für unser Thema ist sub specie § 255 a StPO von Bedeutung, dass eine im Revisionsverfahren auf § 261 StPO gestützte Rüge, das Beweisergebnis der Vorführung sei im Urteil unrichtig wiedergegeben, zulässig wäre, wenn sich die fehlende Übereinstimmung ohne weiteres, d. h. ohne dass es einer Rekonstruktion bedürfte, aus den Akten – hier: der Videoaufzeichnung, die Aktenbestandteil ist – ergäbe. Auch wenn ich die Euphorie *Schlothauers*²³ nicht teile, wonach die Aufzeichnung einer Videovernehmung der Sache nach dem Wortprotokoll nach § 273 Abs. 3 StPO gleichgestellt sei und dies

²³ *Schlothauer*, Reinhold, »Video-Vernehmung und Zeugenschutz«, StV 1/99, 47 ff., 50

ermögliche, die tatrichterlichen Feststellungen in einem Ausmaß zu überprüfen, die bislang allenfalls einer Wunschvorstellung der Verteidigung entsprach, was der Gesetzgeber weder bemerkt noch beabsichtigt habe, bleibt doch festzuhalten, dass § 255a StPO eine Überprüfungsöglichkeit der Selektion des Beweisstoffs bietet.

Zu den Beschuldigtenvernehmungen:

Der Einsatz audio-visueller Techniken bei Beschuldigtenvernehmungen fand in der Strafprozessordnung bis vor kurzem keine Erwähnung. Zulässig war sie. Durchgeführt wurde sie kaum.

Das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren hat in § 163a StPO, der die Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren regelt, als Satz 2 des ersten Absatzes die entsprechende Geltung des § 58a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3 sowie 58b eingeführt. Damit lässt sich die darauf bezogene aktuelle Gesetzeslage wie folgt zusammenfassen:

»Die Vernehmung eines Beschuldigten kann auf Bild-Ton-Träger aufgezeichnet werden.«

In der Gesetzesbegründung heißt es dazu schlicht, dass mit dieser Ergänzung in § 163a Abs. 1 StPO die Aufzeichnung einer Videovernehmung des Beschuldigten ausdrücklich erlaubt werden soll.²⁴ In den Gesetzesmaterialien wird freilich auf die damit verbundenen Vorteile einer Ton-Bild-Aufzeichnung zur Dokumentation der Vernehmungsinhalte und Vernehmungsumstände mit keinem Wort eingegangen.

Die Erweiterung der Möglichkeiten von Simultan-Vernehmungen in den §§ 58b, 118a und 233 Abs. 2 StPO spielen hier keine besondere Rolle, dokumentieren aber den zunehmenden Umfang der Einsatzmöglichkeiten dieser Technik.

Für die Hauptverhandlung gibt es – selbstverständlich – keine Regelungen zur audio-visuellen Aufzeichnung von Einlassungen oder Äußerungen des Beschuldigten.

In diesem Zusammenhang soll kurz auf § 273 Abs. 2 StPO eingegangen werden. Dieser regelt das so genannte »Inhaltsprotokoll« der Hauptverhandlung vor dem Strafrichter und dem Schöffengericht. Wir wissen, dass dieses Inhaltsprotokoll in der Alltagspraxis weit entfernt ist von einer authentischen oder auch nur wortgetreuen Wiedergabe von Aussagen der Angeklagten, der

24 BT-Drucks. 17/12418, S. 2, 15, 16

Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung. Für uns von Bedeutung ist, dass der Strafrichter oder der Vorsitzende des Schöffengerichts anordnen kann, anstelle der Aufnahme der wesentlichen Vernehmungsergebnisse in das Protokoll einzelne Vernehmungen im Zusammenhang auf Tonträger aufzuzeichnen. Der Tonträger ist zu den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle mit den Akten aufzubewahren.

Mit dieser Tour durch die Vorschriften der StPO, die den Einsatz von Aufzeichnungsmöglichkeiten bei Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen ermöglichen, ist belegt, dass die zur authentischen Dokumentation von Beweiserhebungen geeigneten Mittel zur Verfügung stehen. Die Frage ist, ob bereits *de lege lata* ein Anspruch auf weitergehenden Einsatz dieser Technik besteht.

Kurz zur Erinnerung: Überall dort, wo relevante Wahrnehmungen von oder bei Beweiserhebungen nicht auf ihre Vollständigkeit und Richtigkeit überprüft werden können oder dürfen, wird *Wahrnehmungsherrschaft* ausgeübt. Dies gilt für alle Verfahrensabschnitte.

Dies wäre hinzunehmen, wenn darin kein Gefährdungspotenzial für die Wahrheitsfindung und damit für die Rechte des Beschuldigten läge. Dies ist jedoch eindeutig der Fall und in ausreichendem Maße forensisch belegt. Hier bedarf es nicht nur der etwas aufwändigen Lektüre des 3-bändigen Werkes von Peters »Fehlerquellen im Strafprozess«²⁵, es reicht aus, weniger ausführliche aber genauso profunde Beiträge zahlreicher Kolleginnen und Kollegen zur Kenntnis zu nehmen, zum Beispiel den bereits zitierten Beitrag Deckers. Es ist eine Binsenweisheit, dass Vernehmungsabläufe geprägt sind davon, welche Erwartungssignale der Vernehmende sendet und der Vernommene empfängt. Dadurch wird ein psychischer Verarbeitungsprozess ausgelöst, der sich auf die Erinnerungsqualität und den Inhalt der Aussage auswirkt. Je komplizierter oder amorph der in Rede stehende Straftatbestand oder je filigraner die dogmatischen Grenzen einzelner Tatbestandsmerkmale ausgeprägt sind, je weniger kann der Vernommene das Feld überblicken, auf das ihn der Vernehmende führt (man denke nur an einzelne Mordmerkmale oder daran, dass unser materielles Strafrecht inzwischen zu einem Instrument der Alltagspolitik verkommen ist, die Straftatbestände kreiert, die selbst ein Jurist – wenn überhaupt – erst nach intensiver Lektüre und Analyse erfasst).

²⁵ Peters, Karl, Fehlerquellen im Strafprozeß, 1. Band: Karlsruhe 1970, 2. Band: Karlsruhe 1972, 3. Band: Karlsruhe 1974

»Wahrnehmungsherrschaft« wird mangels authentischer Dokumentation auch in zuweilen sehr zeitaufwändigen Vorgesprächen ausgeübt (sollte es dabei zu suggestiven »Einstimmungen« gekommen sein, würden diese sicherlich nicht protokolliert werden). Jeder von Ihnen könnte aus dem eigenen Berufsalltag zahlreiche einschlägige Beispiele schildern.

Kurzum: Die Wahrnehmungsherrschaft über nicht dokumentierte Vorgänge tragen ein erhebliches Gefährdungspotenzial für die Wahrheitsfindung in sich. Diese Gefährdungen beeinträchtigen unmittelbar die Verteidigungsrechte des Beschuldigten. Die Frage ist, muss er dies hinnehmen?

Das müsste er nicht, wenn es *geeignete und verhältnismäßige Mittel* gäbe, diese Beeinträchtigung seiner Verteidigungsrechte durch das mit mangelnder Dokumentation verbundene Gefährdungspotenzial zu beseitigen, zumindest zu reduzieren.

Ich denke, wir haben uns inzwischen erschlossen, dass eine *audio-visuelle Dokumentation* von Vernehmungen in Ermittlungsverfahren ein *geeignetes Mittel* darstellt, die mit der Wahrnehmungsherrschaft der Vernehmungspersonen verbundenen Beschränkungen der Verteidigungsrechte zu vermeiden. Zu prüfen bleibt, ob eine generelle audio-visuelle Aufzeichnung von Vernehmungen (zunächst:) im Ermittlungsverfahren ein *verhältnismäßiges Mittel* zur Verhinderung von Wahrnehmungsherrschaft wäre.

Die von dem OLG Schleswig in seiner bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 1992 angeführten Persönlichkeitsrechte betroffener Zeugen dürfen im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsabwägung kein besonderes Gewicht (mehr) erlangen. Davon scheint auch der Gesetzgeber ausgegangen zu sein, als er die Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren normierte. Dass eine audio-visuelle Aufzeichnung der Vernehmung *eines Beschuldigten* nur mit dessen Zustimmung durchgeführt werden dürfte, versteht sich von selbst.

Der technische Aufwand als Abwägungskriterium im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung könnte berücksichtigt werden, indem die Bagatellkriminalität von der Aufzeichnungspflicht ausgenommen würde.

Berücksichtigt man zudem, dass auch im Ausland der Einsatz der Videotechnik zur Aufzeichnung von Beschuldigen- und Zeugenvernehmungen Standard ist (in den USA übrigens mit der primären Zweckbestimmung, die Polizei zu rechtsstaatlichen Verhörmethoden zu »erziehen« – freilich auch, um vor unbegründeten Vorwürfen unrechtmäßiger Verhörmethoden durch Beschuldigte bzw. deren Verteidigung im Laufe der Hauptverhandlung zu schützen), spricht schon bis hierhin alles dafür, die »Kann«-Vorschrift des

§ 58a Abs. 1 Satz 1 StPO für die audio-visuelle Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen, auf die in § 163a StPO für Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren verwiesen wird, mindestens als »Soll«-Vorschrift ausulegen, um die mit der Wahrnehmungsherrschaft verbundene Gefährdung der Wahrheitsfindung und Beeinträchtigung der Beschuldigten- und Verteidigerrechte in geeigneter und verhältnismäßiger Weise zu vermeiden.

Kann das Recht auf ein faires Verfahren für den Kampf gegen die Wahrnehmungsherrschaft nutzbar gemacht werden?

Ich bin mir dessen bewusst, dass die Keule des in Art. 6 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten verankerten Rechts auf ein faires Verfahren, das in Deutschland als Teil des Rechtsstaatsprinzips in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht und dem Recht auf Gleichbehandlung sowie dem Recht auf Gehör Verfassungsrang hat, zwar oft geschwungen wird aber selten trifft. Unbeachtet lassen möchte ich sie dennoch nicht. Immerhin stehen im Strafverfahren mit allen technischen Möglichkeiten und weitreichenden gesetzlichen Befugnissen ausgestattete Strafverfolgungsorgane dem Beschuldigten gegenüber, dem im günstigen Fall eine effizient arbeitende Verteidigung beisteht, die ihrerseits jedoch lediglich einige hundert Gramm Gehirnmasse zum Schutze des Mandanten einsetzen kann (frei nach Erich Samson). Deswegen wird man fragen dürfen, ob für unser Thema das Fairnessgebot zumindest als Auslegungsdirektive nutzbar gemacht werden kann.

Einschlägig könnte die allen Organen der Strafrechtspflege obliegende Fürsorgepflicht sein, die Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren ist. Fürsorgeberechtigt ist zuvorderst der Beschuldigte. Für ihn ist eine effektive Verteidigung zu gewährleisten. Schon hier ließe sich feststellen, dass vermeidbare und die Wahrheitsfindung gefährdende Defizite in der Dokumentation von Beweiserhebungen eine effektive Verteidigung beeinträchtigen.

Betroffen wäre auch die Pflicht, Beweise zu sichern, die sich bereits aus der Wahrheitserforschungspflicht ergibt. *Angaben von Zeugen und Beschuldigten in Vernehmungen im Ermittlungsverfahren sind erst und nur dann (in ihrem vollen Umfang) gesichert, wenn sie einschließlich der gesamten Vernehmungsabläufe authentisch und reproduzierbar in audio-visuellen Aufzeichnungen dokumentiert sind.*

Auch das Prinzip der Waffengleichheit zwischen dem Beschuldigten und der Anklagebehörde als wesentlichem Element des Rechts auf ein faires Verfahren ist einschlägig. Dieser Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich für eine Differenzierung der jeweiligen verfahrensrechtlichen Position kein sachlicher

Grund finden lässt.²⁶ Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, den Ermittlungsbeamten und/oder Vertretern der Staatsanwaltschaft, die im Ermittlungsverfahren Vernehmungen durchgeführt oder ihnen beigewohnt haben, den Vorteil eigener Wahrnehmungen nicht dokumentierter verfahrensrelevanter Vorgänge zu belassen. Es läge an ihnen und in ihrer Hand, nicht reproduzierbare Vorgänge, Umstände und Inhalte verfahrenswirksam werden zu lassen oder nicht, und wenn ja, dafür den von ihnen für angemessen gehaltenen Zeitpunkt zu bestimmen (beispielsweise, wenn sich in ihren Augen erst später deren Verfahrensrelevanz ergibt). Welchen sachlichen Grund soll es eingedenk der heutigen technischen Möglichkeiten der Aufzeichnung der Vernehmungen für diese Wahrnehmungsherrschaft noch geben?

Aus alledem ergibt sich, dass wir die Keule des Rechts auf ein faires Verfahren möglicherweise nicht schlagend, wohl aber als Stütze für unsere Forderungen nutzen können. Immerhin sind wir schon vor der Erörterung des Fairnessgebots zu dem Ergebnis gekommen, dass die einschlägigen Kann-Vorschriften zur Ton-Bild-Aufzeichnung von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren mindestens als Soll-Vorschriften auszulegen sind. Daraus würde auch folgen, dass eine Begründung aktenkundig zu machen wäre, wenn von einer audio-visuellen Vernehmung abgesehen würde.

Zur Hauptverhandlung:

Hier wird die Wahrnehmungsherrschaft des Gerichts erst im und mit dem Urteil wirksam. Erst durch das Urteil erfährt der Angeklagte gegebenenfalls, dass das Gericht von ihm und seiner Verteidigung als relevant wahrgenommenen Beweistoff herausgefiltert – nicht: abweichend gewürdigt! – hat. Erst mit dem Urteil, im Zweifel erst mit den schriftlichen Urteilsgründen, würden sie mithin davon erfahren, dass ein Gericht es für herausfilterbar gehalten hat, wenn ein Belastungszeuge, auf den sich die Verurteilung stützt, frühere Angaben widerrufen und im weiteren Verlauf der Vernehmung diesen Widerruf wieder zurückgenommen hat oder die Aussage eines Zeugen, Blut habe sich an der Klinge des Tatmessers befunden, dahingehend wahrgenommen hat, er habe angegeben, Blut habe sich an Klinge und Griff des Tatmessers befunden. Ohne eine Dokumentation stünden sie dem genauso hilflos gegenüber, wie der Kollege *Norouzi* als ausgewiesener Revisionsrechtler in dem von ihm geschilderten Fall,²⁷ in welchem eine Zeugin in netto vier

²⁶ *Esser*, Robert, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Auflage, Band 11, EMRK Art. 6, Rn. 202 ff.

²⁷ *Norouzi*, Ali B., »Vom Rekonstruktionsverbot zum Dokumentationsgebot: Probleme der mangelnden Transparenz aus Sicht der Revisionsverteidigung«, in: Wehe dem, der beschuldigt wird..., 34. Strafverteidigertag 2010, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd. 34, 215 ff.

Minuten einer Hauptverhandlung 410 Fälle geschildert haben soll, und die Würdigung dieser in netto vier Minuten erfolgten Aussage in der Urteilsbegründung 28 Seiten ausmacht. Ergebnis: Mangels Dokumentation und eingedenk des Rekonstruktionsverbots wurde die Revision verworfen. Solche Beispiele sind ein Beleg für das hohe Gefährdungspotenzial der Wahrnehmungsherrschaft. Sie müssen als Appell an eine Veränderung der Dokumentationspraxis in der Hauptverhandlung wirken:

Je freier die Beweiswürdigung, umso überprüfbarer muss die vom Gericht vorgenommene Sammlung und Selektierung des Beweisstoffs durch Dokumentation der Beweiserhebung sein.

Mit den Vorschriften der §§ 247a und 255a StPO sind aus Gründen des Zeugen- und Opferschutzes Möglichkeiten gesetzlich eingeführt worden, Vernehmungsinhalte vollständig aufzuzeichnen. Die Verteidigung sollte darauf gestützt in geeigneten Fällen beantragen, die gesamte Hauptverhandlung audio-visuell aufzuzeichnen. Als Minus käme ein auf § 169 GVG gestützter Antrag in Betracht.

Verfahrensrechtlich wird noch geklärt werden müssen, ob diese Aufzeichnungen Teil des Protokolls oder Aktenbestandteil werden. Revisionsrechtlich dürfte dieser Unterschied weniger relevant sein, als zuweilen angenommen. In jedem Fall ist jedoch eine Disziplinierung bei der Bestimmung des relevanten Beweisstoffs zu erwarten, quasi eine Kontrolle der eigenen Wahrnehmung aus anderer Perspektive. Damit wird sich freilich der Begründungsaufwand für das Gericht erhöhen, weil wesentlich mehr Teile der Beweiserhebung zu würdigen wären.

Die Ton-Bild-Aufzeichnung der Hauptverhandlung wird eine ähnliche Kontrollwirkung entfalten, wie man sie sich ursprünglich von der Einführung des Öffentlichkeitsgrundsatzes versprochen hat. Man traute dem Richter schlicht nicht zu, vor aller Augen und Ohren das von allen Wahrgenommene als Beweisstoff zu Lasten einer Partei zu selektieren oder gar zu verfälschen. Der Beweisstoff in vielen heutigen Strafverfahren ist jedoch derart kompliziert, dass die – ohnehin nur noch rudimentär präsente – Öffentlichkeit die Relevanz der Gegenstände der Beweisaufnahme nicht wirklich einschätzen kann. Damit scheidet sie als Kontrollinstanz aus. An ihre Stelle wird die von allen Verfahrensbeteiligten jederzeit einsehbare komplette Aufzeichnung der Hauptverhandlung treten müssen. Revisionsrechtlich standardisiert nutzbar machen könnten wir Verteidiger die Aufzeichnung freilich erst, wenn das Revisionsrecht in Teilen reformiert würde.

Gelingt es der Verteidigung nicht, das erkennende Gericht bereits nach geltender Rechtslage zu einer Ton-Bild-Aufzeichnung der Hauptverhandlung zu veranlassen, bleibt nach geltender Rechtslage nur, Anträge auf wörtliche Protokollierung gem. § 273 Abs. 3 StPO zu stellen. Dafür gibt es in der Literatur bereits Begründungs- und Formulierungsanregungen. Die Hürde, dass es auf den Wortlaut einer Aussage ankommen muss, ist häufig nicht so hoch wie befürchtet, insbesondere dort, wo absehbar ist, dass es auf so genannte Realzeichen in der Aussage und auf die Konstanz des Aussageverhaltens ankommt. Im Übrigen ist sehr häufig zu besorgen, dass der Wortlaut einer Aussage verschiedene Deutungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Folgerungen zulässt – was als Protokollierungsgrund allgemein akzeptiert wird.

Helfen wird uns nur eine Reform der Strafprozessordnung, die eine Aufzeichnung der Hauptverhandlung vorsieht und sie zum Aktenbestandteil werden lässt, wodurch der Zugriff der Verteidigung auch während der Hauptverhandlung gewährleistet wird. Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat einen Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik vorgelegt. Als revisionsrechtliche Konsequenz ist darin allerdings auch vorgesehen, durch die Bild-Ton-Aufzeichnung den Nachweis der Unrichtigkeit des Protokolls führen zu können. Darin läge eine gesetzliche Verankerung der Rügeverkümmern. Aber, wie schon der Volksmund sagt, man kann nicht ins Wasser springen, ohne nass zu werden.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, Thomas *Darnstädt* |²⁸ zitiert *Fischer, den* Fischer. Danach habe ein Tatgericht die Möglichkeit,

»ein Urteil so zu schreiben, dass es nicht die Wirklichkeit des Verfahrens wiedergibt, aber revisionsrechtlich in keiner Weise angreifbar ist«.

Lassen Sie uns um eine Verfahrenspraxis und Strafprozessreform kämpfen, die uns nicht mehr ohne Not zumutet, ausschließlich auf die Wahrnehmungsfähigkeit des Gerichts und die Wahrhaftigkeit richterlichen Agierens vertrauen zu müssen – auch wenn die Mehrheit der Richterinnen und Richter dieses Vertrauen verdient hätte.

Ich wünsche Ihnen und uns einen erfolgreichen Strafverteidigertag und danke für Ihre Geduld.

²⁸ *Darnstädt*, Thomas, »Der Richter und sein Opfer. Wenn die Justiz sich irrt«, München 2013, zitiert von Albert Schäffer in: FAZ v. 22.08.2013

Dr. Ralf Eschelbach

Reform des Ermittlungsverfahrens

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

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

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

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

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

Reformthemen sind:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Aber beginnen wir von vorn.

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

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

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

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

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

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

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

3 BGHSt 38, 214 ff.

4 BGHSt 42, 139 ff.

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

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

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

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

⁵ Wolter ZIS 2012, 238 ff.

⁶ BGHSt 45,321 , 337.

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

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

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

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

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

9 BVerfGE 63, 45 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Anfragebeschluss BGH StV 2014, 717 ff. mit Anm. *Henckel* HRRS 2014, 482 ff.; abl. BGH Beschluss vom 14.01.2015 -1 ARs 21/14; Beschluss vom 08.01.2015 -3 ARs 20/14; Beschluss vom 16.12.2014 -4 ARs 20/14, NSIZ-RR 2015, 48; Beschluss vom 14.08.20145 StR 350/14; Beschluss vom 27.01.2015 -5 ARs 64/14.

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

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

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

14 BGHSt 46, 93, 103 ff.

15 BVerfG NStZ 2012,458,460.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Jahn, ZStw 2003,815,839.

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

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

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

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

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

Aus allem ergibt sich:

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

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

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

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

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

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

Es gibt viel zu tun.

Ralph Knispel

Reformen im Ermittlungsverfahren

Vorbemerkungen

Gegenstand der hiesigen Veranstaltung ist die Diskussion um die Reform strafprozessualer Vorschriften im Ermittlungsverfahren. Den einladenden Schreiben konnte entnommen werden, dass dabei zwei Schwerpunkte in den Mittelpunkt gerückt werden:

- die Verbesserung der Dokumentation polizeilicher Ermittlungen und
- die Erweiterung der Partizipation der Verteidigung im Ermittlungsverfahren.

Von der Verteidigung werden seit vielen Jahren Forderungen an die Legislative erhoben, um aus ihrer Sicht nicht hinnehmbare Gesetzeslücken wirksam zu schließen. Dazu zählen insbesondere

- die Ausweitung von Videoaufnahmen bei Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen,
- verbindliche Mindeststandards für die Durchführung polizeilicher Vernehmungen und Fertigung polizeilicher Berichte,
- die Verbesserung der Aktenführung bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen,
- die Pflichtverteidigung bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen,
- das Anwesenheitsrecht bei polizeilichen Zeugenvernehmungen sowie den Vernehmungen der Beschuldigten und Mitbeschuldigten sowie
- eine umfassendere Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren.

Die Zusammensetzung der Vortragenden und Diskutanten lässt lebensnah davon ausgehen, dass voneinander abweichende Meinungen vertreten werden. Gleichwohl soll nicht unerwähnt bleiben, dass die Verteidigerrechte in den letzten Jahren vom Gesetzgeber wiederholt und nachhaltig gestärkt worden sind. Beispielfhaft seien nur die Vorschriften zur Bestellung von Verteidigern beim Erlass und Vollzug eines Haftbefehles erwähnt. Der Vortragende weist ausdrücklich darauf hin, hier allein in seiner Funktion als Vorsitzender der Vereinigung Berliner Staatsanwälte aufzutreten.

Aus Sicht der Staatsanwaltschaft erscheinen verschiedene Forderungen nachvollziehbar, bedürfen indes in ihrer Gesamtheit einer kritischen Betrachtung:

Videoaufnahmen

Ein besonderes Augenmerk liegt auf der Diskussion um die Einführung von regelmäßigen Videoaufnahmen von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen. Bislang sind strafprozessuale Möglichkeiten in einem Ermittlungsverfahren hierfür im Regelfall nicht vorgesehen. Abgesehen von der Möglichkeit, solche Aufnahmen im Einverständnis der zu vernehmenden Personen herzustellen, sieht das Gesetz derartige Vernehmungsformen in den Vorschriften der §§ 58 a und 168 e StPO vor.

Der § 58 a StPO dient dem Schutz besonders gefährdeter Zeuginnen und Zeugen. In der Praxis ist indes zu beachten, dass diese Möglichkeit bei der Verteidigung in der Regel auf erheblichen Widerstand stößt. Ihr Bestreben ist es nämlich fast durchgängig, die betreffenden Personen in der Hauptverhandlung präsent zu vernehmen.

Die Vorschrift des § 168 e StPO sieht die Beschränkung der Anwesenheitsrechte der Beteiligten bei besonders schutzbedürftigen Zeuginnen und Zeugen sowie die Simultanvideoübertragung vor. Gegen den Einsatz auch dieser technischen Möglichkeit werden von der Verteidigung in hohem Maße dieselben Bedenken geltend gemacht wie zuvor beschrieben.

Auch im Bereich der polizeilichen Vernehmungen bestehen keine bindenden Vorschriften, diese als Videoaufnahme festzuhalten. Strafprozessual sind solche technischen Aufzeichnungen nämlich weder vorgeschrieben noch verboten. Wie zuvor ausgeführt bestünde deshalb die Möglichkeit, im Einverständnis mit der jeweiligen Vernehmungsperson solche Dokumentationsform im Einzelfall zu wählen. Für die Berliner Praxis kann aus Sicht des Vortragenden festgestellt werden, dass Ton- oder Videoaufnahmen zu den Ausnahmen zählen. Tatsächlich ist aus anderen Bundesländern durchaus bekannt, dass Tonaufnahmen weitaus häufiger zu den Akten genommen werden.

Es sei in diesem Zusammenhang eingeräumt, dass es nicht nur im Bereich der Verteidigung, sondern auch in den Reihen der Polizei durchaus viele Befürworter von einer Videoaufzeichnung gibt.

Im Bereich der Rechtshilfe gewinnt die Vernehmung im Wege der Videokonferenz zunehmend an Bedeutung. In Artikel 10 des Europäischen

Rechtshilfe-Übereinkommens ist diese vorgesehen, um vorrangig in einer Hauptverhandlung Zeugen zu hören. Die Besonderheit liegt darin, dass der Zeuge unmittelbar durch das Gericht des ersuchenden Landes nach dessen Verfahrensrecht vernommen wird und der anwesende Richter des ersuchten Staates lediglich überwachende Funktionen erfüllt.

Im deutschen Recht bestehen hierzu keine eigenen Vorschriften; allein im Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen findet sich in § 61 c der Hinweis auf die Unzulässigkeit von Ordnungsmitteln gegen nicht erschienene Zeugen und Sachverständige.

Gegenwärtige Rechtslage bei Aufzeichnungen einer Vernehmung

Für die Aufzeichnung von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen finden sich derzeit Vorschriften in den §§ 163 a, 168 a und b StPO.

In § 163 a StPO wird die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung geregelt, ohne sich zu einer Form der Protokollierung zu verhalten. Für die Niederschriften der Staatsanwaltschaft finden sich die Regelungen in den Vorschriften der §§ 168 a und b StPO. Danach sieht § 168 a Abs. 2 StPO die Verwendung eines Tonaufnahmegerätes ausdrücklich vor; der Einsatz der Videotechnik hingegen wird nicht ausdrücklich aufgeführt. Für die zu fertigenden Tonaufnahmen bedarf es der Einwilligung der zu vernehmenden Person nicht (BGHSt 34, 39, 52). Mithin wäre der Einsatz der Videotechnologie wohl ohne Zustimmung rechtlich nicht zulässig.

Reformvorhaben und Forderungen im Zusammenhang mit Videoaufzeichnungen

Schon seit geraumer Zeit wird vorrangig aus dem Kreis der Verteidigung die Forderung an die Legislative erhoben, Videoaufnahmen von Vernehmungen gesetzlich nicht nur zuzulassen, sondern vorzuschreiben, um eine größtmögliche Genauigkeit der Wiedergabe zu erreichen. Gleichwohl darf lebensnah davon ausgegangen werden, dass von den Verteidigerinnen und Verteidigern nicht gefordert wird, die Videoaufzeichnung der Vernehmung anstelle der Einlassungen der Beschuldigten oder Aussagen der Zeuginnen und Zeugen in die Hauptverhandlung einzuführen. Hierfür spricht bereits die »Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren« aus dem Jahre 2007; dort heißt es nämlich wörtlich:

»Der DAV steht dem Einsatz von Videokonferenztechnik sehr skeptisch gegenüber. Durch Verwendung des Mediums wird das Prinzip der Unmittelbarkeit durchbrochen.« Diese Durchbrechung sei »nur in eng begrenzten gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen zuzulassen.«

Es erscheint das Bestreben der Anwaltschaft deshalb dahingehend, die im Verlaufe des Ermittlungsverfahrens gefertigten Aufnahmen als zusätzliches Beweismittel in die Hauptverhandlung einzubringen, um die jeweiligen Vernehmungen verifizieren oder falsifizieren zu können.

Vor- und Nachteile

Dass die maßgeblichen verfassungsrechtlichen und -gerichtlichen Vorgaben zur Stellung sowohl der Beschuldigten als auch Zeuginnen und Zeugen bei den Gesetzesvorhaben Berücksichtigung finden, darf vorausgesetzt und unterstellt werden. Wie von den Befürwortern reklamiert, bietet die Videoaufnahme nach dem derzeitigen Stand der Technik die größtmögliche Gewähr, die jeweilige Vernehmung am realistischsten wiederzugeben. Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass für ein Höchstmaß an Authentizität verschiedene Kameras zum Einsatz kommen sollten, um den gegebenenfalls zu erwartenden Einwänden zu begegnen, außerhalb des Aufnahmebereiches sei es zu insbesondere unlauteren Einwirkungen auf die Vernehmungsperson gekommen.

Zudem kann lebensnah nicht davon ausgegangen werden, dass bei Aufnahmen mit den Angeklagten belastendem Inhalt nicht spätestens von der Verteidigung hinterfragt werden wird, wie auf die Vernehmungsperson im Vorfeld eingewirkt worden ist. Hierzu kann und wird sich eine Videoaufnahme schlechterdings nicht verhalten, sodass der Personalbeweis weiterhin relevant bleibt.

Entsprechendes gilt für die überaus wahrscheinlichen Zweifel an der Authentizität der zu den Akten genommenen Aufnahme. Ungeachtet der existenten technischen Möglichkeiten, Zeitangaben einzublenden, kann dem gegebenenfalls erhobenen Einwand, die dem Gericht vorgelegten Videoaufnahmen seien entweder nicht vollständig oder manipuliert, nicht ohne Weiteres begegnet werden.

Wenngleich sich Experten hierzu widersprüchlich verhalten, sollte die Gefahr, dass sich die an der Vernehmung Beteiligten im Wissen der videografierten Vernehmung nicht authentisch verhalten, nicht unterschätzt werden. Insbesondere erscheint es durchaus nahe liegend, dass seitens der Verteidigung hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Aussagen und Glaubwürdigkeit der Vernehmungspersonen Anträge mit dem Ziel gestellt werden, durch

Sachverständige die Mimik, Gestik, Diktion und Körpersprache einer oder eines Vernommenen auf ihre Validität begutachten zu lassen.

Ein wesentliches Problem stellen zudem die Vernehmungspersonen dar, die der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig sind und einer Dolmetscherin oder eines Dolmetschers bedürfen. In diesem Zusammenhang wäre wohl legislativ zu klären, ob die übersetzende Person unmittelbar während der Aufnahme tätig und ebenfalls aufgenommen oder das Videomaterial anschließend in die deutsche Sprache übersetzt wird. Dass es hierbei zu Unstimmigkeiten bezüglich der Übersetzungsleistungen kommen wird, darf als wenigstens lebensnah angesehen werden.

Ungeachtet der gesetzlichen Voraussetzungen dürfen die fiskalischen Voraussetzungen nicht außer Acht gelassen werden. Während die Regelungen auf bundesgesetzlicher Ebene verabschiedet werden, stellt sich die Umsetzung als Ländersache dar. Dass die verschiedenen Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland gänzlich unterschiedliche Hauhaltssituationen aufweisen, ist bekannt.

Vor allem stellte sich die Frage, welche Vernehmungen videografiert werden sollen. Wird vom Gesetzgeber erwartet, dass er einen entsprechenden Katalog aufstellt oder Regelfälle verabschiedet. Ohne dass dem Vortragenden belastbares empirisches Material zur Verfügung steht, darf lebensnah davon ausgegangen werden, dass es allein aus Kostengründen nicht in Betracht kommen wird, sämtliche Vernehmungen zu videografieren. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sowohl Staatsanwaltschaften als auch Gerichte über die technischen Möglichkeiten verfügen müssen, das aufgenommene Material zu sichten.

Verbindliche Mindeststandards bei polizeilichen Vernehmungen und Berichten

Vorstehend ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die polizeiliche Beschuldigtenvernehmung in § 163 a StPO geregelt ist. Verbindliche Mindeststandards werden dort gesetzlich nicht festgeschrieben. Indes besteht Einigkeit, dass das Protokoll Inhalt und Gang der Vernehmung bis in die Kleinigkeiten hinein wiedergeben muss, und zwar möglichst in direkter Rede (vgl. nur *Meyer-Gofßner*, StPO, 55. Auflage, § 163 a Randziffer 10). Es entspricht jedoch der Erfahrung, dass sich in den Ermittlungsakten nur in Ausnahmefällen Niederschriften finden, die diesen Ansprüchen wenigstens ansatzweise entsprechen. Allein in Fachkommissariaten – wie z.B. den Mordkommissionen – bewegen sich die von eigens dort eingesetzten Schreibkräften

gefertigten Niederschriften auf einem qualitativ hohen Niveau. Doch darf auch bei diesen dokumentierten Vernehmungen nicht davon ausgegangen werden, dass die Schreibkräfte die Aussagen und Vernehmungssituationen authentisch wiedergeben. Regelmäßig hingegen werden die Niederschriften in zulässiger Weise von Polizeibediensteten in der Weise verfasst, dass die Angaben der Vernehmungsperson in eigenen Worten wiedergegeben werden. Dass diese Zusammenfassung ein Quell vieler – grundsätzlich ungewollter – Ungenauigkeiten und Kritik ist, liegt auf der Hand. In jedem Falle ist es vor allem an den vernommenen Personen, entsprechend richtigstellende Zusätze anzubringen. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft zeichnen sich zahlreiche Berichte – jedenfalls der Berliner Polizei – durch Unzulänglichkeiten aus, die teilweise nicht unerhebliche Auswirkungen auf das Ermittlungsverfahren oder gar in der Hauptverhandlung haben.

Die Staatsanwaltschaft verkennt mitnichten die teils evidenten Schwächen der bisherigen Dokumentationen. Gleichwohl bestehen durchgreifende Zweifel daran, dass Qualitätsmaßstäbe durch gesetzgeberisches Handeln tatsächlich erhöht werden können, weil Qualität sich schwerlich verordnen lässt. Zielführend erscheinen vielmehr geeignete Schulungen oder Fortbildungsmaßnahmen für die Polizeibediensteten.

Aktenführung

Soweit die Aktenführung bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft insbesondere bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen beanstandet wird, scheint ernstlich ein Bedarf für legislatives Handeln nicht zu bestehen. Denn schon heute finden sich gesetzliche Regelungen, auf deren Einhaltung zu drängen ist. So sind beispielsweise im Bereich der Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen nach § 101 Abs. 3 StPO die erhobenen personenbezogenen Daten entsprechend zu kennzeichnen. Zudem sehen zumindest Verfügungen für die Staatsanwaltschaft vor, für einen erheblichen Teil der verdeckte Maßnahmen betreffenden Unterlagen in Sonderhefte oder -bände zu nehmen.

Gleichwohl soll nicht verschwiegen werden, dass es wiederholt zu beanstandenswerten Aktenführungen sowohl bei der Polizei als auch Staatsanwaltschaft kommt. Ob zur Behebung dieser Mängel weitere gesetzliche Vorschriften erforderlich sind, ist wenigstens diskutabel. Hilfreich erscheint in jedem Falle, die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Strafverfolgungsbehörden zu sensibilisieren.

Pflichtverteidigung bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen

Hierbei handelt es sich um eine seit langem von der Verteidigung erhobene Forderung, die wenigstens nachvollziehbar erscheint. Die Verteidigung möchte im frühestmöglichen Stadium in die Ermittlungen einbezogen werden und bei der Vernehmung die Rechte der Beschuldigten wahren.

Gewiss könnte der Gesetzgeber eine entsprechende Vorschrift schaffen, die eine Beteiligung der Verteidigung zwingend vorsieht. Andererseits besteht mit dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiver Strafverfolgung ein Spannungsverhältnis. Denn die Erfahrung belegt, dass Verteidigerinnen und Verteidiger regelmäßig die Beschuldigten dahingehend beraten, von der ihnen eingeräumten Gelegenheit zur Stellungnahme jedenfalls zunächst keinen Gebrauch zu machen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Beschuldigte bereits nach gegenwärtigem Recht darüber zu belehren ist, dass er in jedem Stadium des Verfahrens – mithin auch bei der Beschuldigtenvernehmung – eine Verteidigerin oder einen Verteidiger kontaktieren kann. Danach steht den Beschuldigten bereits heute das Recht und die Möglichkeit zu, sich mit einem Verteidiger ins Benehmen zu setzen.

Tatsächlich ist es in der Berliner Polizei verbreitet, Vernehmungen nicht in Anwesenheit einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwaltes durchzuführen. Denn die Verteidigung hat kein Recht auf Anwesenheit, was auch aus verfassungsgerichtlicher Sicht als unbedenklich angesehen wird (vgl. nur *Meyer-Göfner*, §163 Randziffer 16 mw.N.). Insoweit erschiene es vorstellbar, durch eine ergänzende gesetzliche Regelung vorzusehen, dass die polizeiliche Vernehmung auf Wunsch des Beschuldigten in Anwesenheit einer Verteidigerin oder eines Verteidigers durchgeführt werden muss.

Am Rande sei bemerkt, dass der Vortragende bei Schulungen von Polizeibeamtinnen und -beamten ohnehin für diese Möglichkeit wirbt. Sollte das Gesetz indes den Zwang begründen, eine Beschuldigtenvernehmung in Anwesenheit eines Pflichtverteidigers durchzuführen, würde dem Beschuldigten das Recht genommen, ohne Beistand zur Sache auszusagen; etwas anderes würde gelten, wenn ihm das Recht belassen würde, auf einen Pflichtverteidiger zu verzichten. Doch lassen die Forderungen aus der Anwaltschaft nicht vermuten, dass diese Variante gewollt ist.

Anwesenheitsrechte der Verteidigung bei polizeilichen Zeugenvernehmungen

Dieses Anliegen gewinnt insbesondere im Lichte der jüngsten Rechtsprechung zur Verwertbarkeit richterlicher Vernehmungen von zeugnisverweigerungsberechtigten Personen an Bedeutung, die erstmals in der Hauptverhandlung von dem ihnen zustehenden Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen. Denn der 2. Senat des BGH hat abweichend von der bisherigen Rechtsprechung jüngst die Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse nur dann als gerechtfertigt angesehen, wenn der Zeuge in der im Ermittlungsverfahren durchgeführten richterlichen Vernehmung ausdrücklich auch darüber belehrt worden ist, dass eine jetzt gemachte Aussage auch dann verwertbar bleibt, wenn er in einer späteren Hauptverhandlung vom Recht der Aussageverweigerung Gebrauch macht (BGH NStZ 201, 596 ff.). Damit wird gegenüber der bisherigen Rechtsprechung für die Verwertbarkeit eine weitere qualifizierte Belehrung gefordert. Wollte man nun die Anwesenheitsrechte der Verteidigung in ein noch früheres Stadium – nämlich die polizeiliche Zeugenvernehmung – verlegen, gewinnt die Möglichkeit mit einer konfrontativen Verteidigung Zeugen zu beeinflussen ein hohes Maß. Denn anders als die vernehmenden Richterinnen und Richter verfügen die Polizeibediensteten nicht über eine juristische Qualifikation, die sie in die Lage versetzt, sich mit der Verteidigung auf Augenhöhe auseinanderzusetzen. Dies gälte entsprechend für die Anwesenheit bei polizeilichen Vernehmungen von Mitbeschuldigten.

Effektivität der Gewährung von Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren

Sowohl auf gesetzlicher Ebene als auch nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung der zurückliegenden Jahre sind die Rechte der Verteidigung bei der Gewährung von Akteneinsichten nachhaltig gestärkt worden. Namentlich gilt dies im Untersuchungshaftrecht, wo die Verteidigerinnen und Verteidiger einen Anspruch auf wenigstens Auskünfte aus den Akten haben, die sie benötigen, um die für die Anordnung oder den Vollzug der Untersuchungshaft erheblichen Sachverhalte eigenständig nachvollziehen und beurteilen zu können.

Wollte man der Verteidigung ein noch umfassenderes oder gegebenenfalls umfassendes Akteneinsichtsrecht gewähren, stünde dies im Spannungsverhältnis mit dem verfassungsrechtlich anerkannten Ziel einer möglichst effektiven Strafverfolgung.

Dass die Verteidigung ein möglichst umfassendes Akteneinsichtsrecht begehrt, erscheint zwar nachvollziehbar, birgt aber aus Sicht der Staatsanwaltschaft erkennbar die Gefahr in sich, Untersuchungserfolge zu gefährden. Um dem staatlichen Strafverfolgungsanspruch genügen zu können, bedarf es schützenswerter Bereiche.

Fazit

Die Staatsanwaltschaft verkennt nicht die Notwendigkeit, bei der polizeilichen Ermittlungsarbeit und Dokumentation Verbesserungen anzustreben. Dem steht indes unter Umständen der Schutz einer effektiven Strafverfolgung entgegen. Hier wird gegebenenfalls für einen sachgerechten Ausgleich Sorge zu tragen sein.

Mit Blick auf die Erfahrungen nach der Reform zum Untersuchungshaftrecht kann festgestellt werden, dass in vielen Verfahren – auch solchen mit bedeutsamen Tatvorwürfen aus dem Bereich der Kapitalverbrechen – Verteidigerinnen und Verteidiger auftreten, die oftmals nicht über die Erfahrungen verfügen, die den Beschuldigteninteressen im erforderlichen Umfange genügen.

Je mehr Einflussmöglichkeiten der Verteidigung im Ermittlungsverfahren eingeräumt werden, desto größer wird die Gefahr ihrer Einflussnahme auf die Ergebnisse. So dürften die Reformvorhaben in hohem Maße die Wahrheitsfindung behindern.

Dass ungeachtet dessen die Notwendigkeit von Schulungen und Fortbildungen besteht, kann aus staatsanwaltschaftlicher Sicht bestätigt werden. Daran mitzuwirken, sieht die Staatsanwaltschaft als eine ihrer gesetzlichen Aufgaben.

Professor Dr. Matthias Jahn

Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme

I. Einführung

Der Begriff Strafprozessreform kündigt für manche von Unheil.¹ Daran lag es freilich nur zu geringsten Teil, dass sie in der 130-jährigen Geschichte der StPO oft gefordert,² gleichwohl als »große« oder zumindest umfassendere Reform nach den ersten und wechselvollen Erfahrungen mit dem Gesetz von 1879 nie realisiert wurde. Nunmehr gelangte sie aber in der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages auf die rechtspolitische Agenda³ und zumindest ein Schritt in diese Richtung steht nach einem bislang in dieser Form einzigartigen Austausch zwischen Wissenschaft, Praxis und Politik bevor.

Das aktuelle Reformvorhaben entsteht aus einer traditionsreichen Diskussion zu Fragen des Strafverfahrens, an dem sich auch der *Arbeitskreis Alternativentwurf*, dem ich seit 2010 angehöre, seit Jahrzehnten mit Beiträgen und Alternativvorschlägen beteiligt hat.⁴ Ich bin gebeten worden, den Alternativentwurf Beweisaufnahme⁵ zu skizzieren, der aus einem intensiven Diskurs von sechzehn Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer aus drei deutschsprachigen Ländern zu Fragen der Beweisaufnahme entstanden ist,

1 »Strafprozeßreform ist ein Begriff, der großes Unheil ankündigt«: P.A. Albrecht, Vom Unheil der Reformbemühungen im Strafverfahren – Bemerkungen zum StVÄG v. 1.11.2000 – (25. Strafverteidigertag), StV 2001, 416.

2 »Seit der Gründung der Bundesrepublik ist der Ruf nach einer Reform des Strafverfahrensrechts nicht verstummt ...«, siehe Anlage zur Kabinettsvorlage des Bundesministeriums der Justiz v. 10.6.1960 – 4100/1 B-0-22872/60, S. 1.

3 Vgl. nur Pressemitteilung des BMJV vom 7.7.2014 unter www.bmjv.de/SharedDocs/Reden/DE/2014/20140707_Expertenkommission_Reform_StPO.html?nn=1468684.

4 Vgl. den Alternativ-Entwurf »Novelle zur StPO«: nichtöffentliche Hauptverhandlung, Tübingen 1980; den Alternativ-Entwurf »Novelle zur StPO«: Reform der Hauptverhandlung, Tübingen 1985; den Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit (AE-ZVR), München 1996 und den Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), München 2001.

5 Vgl. die Veröffentlichung des gesamten Entwurfs in GA 2014, S. 1-72 sowie schon im Materialheft Strafverteidigertag 2014, S. 7-40.

den diese in 16 Arbeitssitzungen (üblicherweise jeweils zwei Tage lang) zwischen 2008 und 2013 geführt haben.⁶ Nach einer kurzen Einführung in das gedankliche Gerüst dieses *Alternativentwurfs* (im Folgenden: AE-Beweisaufnahme) werden dessen inhaltliche Leitlinien dargestellt, um sodann die prozeduralen Sicherungen zu thematisieren und anschließend an einem konkreten Beispiel die Mechanik – sozusagen die DNA des AE-Beweisaufnahme – zu exemplifizieren und an einer Vorschrift in ihrer konkreten Gestalt (§ 254 StPO-AE) demonstrieren zu können.

II. Leitlinien des AE-Beweisaufnahme

Kernanliegen des *AE-Beweisaufnahme* ist eine grundsätzliche Revision der Regelungen, welche die materielle Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung prägen. Das ist ein Projekt, dem viele Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger nicht gerade überschwänglich begegnen, um das Mindeste zu sagen – die Diskussionen auf dem Dresdner Strafverteidigertag 2014 haben das schon angedeutet. Es erscheint deshalb nicht überflüssig, nochmals auf einige grundsätzliche Fragestellungen im Bereich der Inhalte des Unmittelbarkeitsprinzips des geltenden Rechts aufmerksam zu machen. Wir unterscheiden bekanntlich heute zwischen formeller und materieller Unmittelbarkeit – Regelungsziel dieses Entwurfs war der letztere, also der etwas umfassendere Komplex.

Formelle Unmittelbarkeit bedeutet, etwas vereinfachend gesagt, dass alles, was Inhalt des Urteils sein soll, formell in der Hauptverhandlung von den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis genommen worden sein muss. Die formelle Unmittelbarkeit bezieht sich also im Wesentlichen auf das, was Inhalt der Regelung in § 261 StPO ist. Die *materielle Unmittelbarkeit* hingegen betrifft die Wege, auf denen sich die Verfahrensbeteiligten vom Prozessstoff in der Hauptverhandlung Kenntnis verschaffen müssen. Das Gericht ist also auch bisher bei der Auswahl der Beweismittel in der Hauptverhandlung nicht gänzlich frei, wie es der Grundsatz der »freien« Beweiswürdigung in § 261 StPO terminologisch suggeriert, sondern selbstverständlich kennt auch das geltende Strafprozessrecht Regelungen darüber, in welcher Art und Weise sich das Gericht in der Hauptverhandlung der einzelnen Beweismittel bedienen muss. Ich erwähne dies zum einen, weil bereits kritisch angemerkt wurde, dass die Reihenfolge der Beweismittel, die der AE-Beweisaufnahme

⁶ Zeitlich inmitten trat dazu eine internationale Tagung an der Universität Hannover, um die Datenbasis rechtsvergleichend zu verbreitern und den damals erreichten Zwischenstand des Entwurfs in einer kritischen Diskussion testen zu können. Die Referate der ausländischen Gäste aus insgesamt sechs europäischen Ländern sind in ZStW 126 (2014), S. 172-248, veröffentlicht.

vorsieht, die Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts, insbesondere natürlich seines Vorsitzenden, in der Hauptverhandlung dergestalt beschneidet, dass eine gewisse Rangfolge der Beweissurrogate vom Entwurf zwingend vorgegeben ist. Und ich erwähne es zum anderen deshalb, weil es kein Novum des AE-Beweisaufnahme ist, sondern in den geltenden Regelungen des § 249 und § 256 StPO bereits enthalten ist. Vor dem Hintergrund dieses Regelungsziels war also beabsichtigt, Vorschriften für die inhaltliche Gestaltung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu finden, die die Regelungen zu einem mehr partizipatorisch gestalteten Ermittlungsverfahren ergänzen.⁷ Das ist nochmals zu betonen, weil ich meine, dass eine innere Abhängigkeit – wenn nicht sogar ein Junktim – zwischen dem besteht, was der AE-Beweisaufnahme für die materielle Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung vorschlägt und den Regelungen, die die Sammlung des Beweistoffs im Ermittlungsverfahren betreffen.

Für den Alternativkreis war Hintergrund des AE-Beweisaufnahme damit der AE-Ermittlungsverfahren⁸, der bereits im Jahre 2002 vorgelegt worden war und im Schrifttum breit diskutiert wurde. Es wäre also ein Missverständnis, den AE-Beweisaufnahme nur isoliert als ein Projekt zu betrachten und zu würdigen, das sich allein der Hauptverhandlung annimmt. Das bedeutet natürlich auch, dass die Fragen des Beweistransfers in die Hauptverhandlung zwingend davon abhängen, ob man, was die Regelungen der Beweis- und Stoffsammlung im Ermittlungsverfahren anbelangt, beim bisherigen Status Quo bleiben möchte – dann könnten die Vorschläge möglicherweise in einer Gesamtbetrachtung unausgewogen erscheinen – oder ob man bereit ist, in eine rechtspolitische Gesamtdebatte einzutreten und ein Gesamtpaket zu schnüren, um damit die innere Abhängigkeit der beiden Entwurfsteile zu spiegeln.

A. Regelungsanlass

1. »Doppelung« der Beweisaufnahme

Der Regelungsanlass wird gestiftet durch drei zentrale Schwächen des geltenden Rechts, an die der Alternativentwurf Beweisaufnahme unmittelbar anknüpft.⁹ Das ist zum einen der Gesichtspunkt der »Doppelung« der Beweisaufnahme im Ermittlungsverfahren einerseits und in der Hauptverhandlung andererseits. Der Begriff der »Doppelung« ist hier untechnisch zu

⁷ AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (25 f.).

⁸ Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (Fn. 4).

⁹ Vgl. AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (3 f.).

verstehen. Das geltende Recht ist hier auch alles andere als strikt. Bereits die systematische Interpretation des § 244 Abs. 1 StPO (»Nach ... *folgt* die Beweisaufnahme«) zeigt, dass z.B. die Einlassung des Angeklagten noch nicht zur Beweisaufnahme im technischen Sinne gehört, wiewohl sie im Einzelfall den Kern des Beweisprogrammes bilden kann.

Mit dem Stichwort »Doppelung« der Beweisaufnahme ist etwas anderes gemeint, das den Arbeitskreis lange beschäftigt hat: Die persönliche Vernehmung eines Zeugen und die Verlesung bzw. sonstige Reproduktion seiner früheren Aussage beispielsweise im Wege der audiovisuellen Vorführung dieser Aussage. Nach der Überzeugung des Arbeitskreises liegen hier nicht lediglich unterschiedliche Formen der Beweiserhebung vor, sondern es handelt sich um zwei unterschiedliche *Gegenstände* der Beweiserhebung, wie bei der Vernehmung zweier verschiedener Zeugen. Insbesondere aufgrund nachlassender Erinnerung, aber auch aus anderen praktischen Gründen, kann eine frühere Aussage den tatsächlichen Wahrnehmungen des Zeugen besser entsprechen als die Angaben in der Hauptverhandlung. Deshalb lässt sich ungeachtet der unbestreitbaren Vorteile der persönlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung – eigener Eindruck des Gerichts vom Zeugen, vom Inhalt seiner Aussage, von seiner persönlichen Glaubwürdigkeit und der Glaubhaftigkeit seiner Bekundungen und damit in engem Zusammenhang stehend, umfassende Befragungsmöglichkeiten des Zeugen – nach unserer Überzeugung nicht *abstrakt* bestimmen, welcher Beweiserhebung die höhere Qualität zukommt. Ich halte deshalb fest, dass man nicht von vornherein sagen kann, die Vernehmung in der Hauptverhandlung sei die »bessere« Vernehmung und man kann auch umgekehrt nicht abstrakt sagen, dass dasjenige, das zeitnah im Ermittlungsverfahren bekundet wurde, von vornherein und denkotwendig stets das »bessere« Beweismittel ist – es kommt vielmehr, wie so oft, darauf an. Angesichts des Umstands, dass die Wege, auf denen man sich nun die Beweisergebnisse des Ermittlungsverfahrens in der Hauptverhandlung erschließen kann, durch das geltende Recht unsystematisch und teilweise sogar widersprüchlich sowie auch für den Fachmann nicht immer ganz leicht zu durchschauen sind, sollten diese Beweiswege nach unserer Ansicht konkreter bestimmt werden.

2. Gefahr des Beweis(mittel)verlusts bis zur Hauptverhandlung

Es liegt in der Logik der eben erwähnten Zusammenhänge und stellt in der Praxis eine geradezu typische Situation im Rahmen der Hauptverhandlung dar, dass Erinnerungsverluste im Rahmen des Zeugenbeweises eine zentrale Rolle spielen. Nicht nur beim Landgericht, sondern gerade auch in Verfahren

vor dem Amtsgericht stellt sich die bekannte Situation ein, dass der Zeuge keine konkrete Erinnerung mehr hat und bestenfalls das bekunden kann, was er sich in der Vorbereitung auf die Hauptverhandlung nochmals erarbeitet hat. In der Folge wird daher oft lediglich abgefragt, was in der Akte steht und es wird im Wege des Vorhaltes dann der Akteninhalt reproduziert; da der Zeuge aus seiner Erinnerung nur noch sehr wenig bekunden kann, kommt es zu dem oft zitierten Standardsatz »Wenn das da so steht, dann wird es wohl so gewesen sein«.

3. Unübersichtliches System von Grundsatz, Ausnahme, Rückausnahme

Drittes Manko des geltenden Rechts in den Vorschriften von § 249 bis § 256 StPO ist die fehlende Systematik und Schlüssigkeit dieses Rechtsbereichs. Es ist aus Sicht der Reform festzuhalten, dass es sich um ein unübersichtliches System von Grundlagen, Ausnahmen und Rückausnahmen handelt. Wir haben einen Grundsatz in § 249 StPO, dessen Ausnahmen in § 250 StPO wiederum mit Rückausnahmen in § 251 StPO versehen werden, die wiederum mit Rück-Rückausnahmen in § 252 StPO wegen des Zeugnisverweigerungsrechts versehen werden usw. – und zwar *ad infinitum* oder zumindest fast bin dahin, nämlich bis hin zur Sonderregelung in § 325 StPO für das Berufungsverfahren. Dies erscheint nicht mehr zeitgemäß – insbesondere deshalb nicht, weil die Idee der Unmittelbarkeit, die hier zugrunde liegt, angesichts des technischen Fortschritts bei der audiovisuellen Vernehmung nicht mehr zeitgemäß ist.

B. Das Gegenkonzept

1. Amtsaufklärung

Das Gegenkonzept versucht nun zunächst, den Amtsaufklärungsgrundsatz stark zu machen, in dem die Verzichtbarkeit der persönlichen Vernehmung eines Zeugen dann ausgesprochen wird, wenn sie nach Auffassung des Gerichts zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist.¹⁰

Die Grundsätze, die hier aufgerufen werden, sind also diejenigen des § 244 Abs. 2 StPO in der Ausprägung, die sie durch die Entscheidung *BVerfGE* 133, 168 (197 Tz. 53 ff.) zur noch-Verfassungsmäßigkeit der Verständigung im Strafverfahren gefunden haben. Hier bewegen wir uns also auf einem Terrain, das durch verfassungsgerichtliche Rechtsprechung abgesichert ist

¹⁰ Vgl. AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (5 ff.).

– mag man zu ihr auch kritisch stehen.¹¹ Die Regelung des § 250 Abs. 1 StPO-AE lautet deshalb im Wortlaut:¹²

»Soweit es nicht möglich oder zur Wahrheitserforschung nicht erforderlich ist, einen Zeugen oder Sachverständigen in der Hauptverhandlung zu vernehmen, kann die Vernehmung durch die Einführung früherer Aussagen oder sonstiger schriftlicher oder mündlicher Erklärungen der betreffenden Person ersetzt werden. Die Staatsanwaltschaft, der Angeklagte und der Verteidiger können sowohl zur Bestätigung als auch zur Widerlegung einer in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen beantragen. Insoweit gilt das Beweisantragsrecht mit der Maßgabe, dass § 244 Abs. 4 und 5, § 384 Abs. 3 und § 420 Abs. 4 nicht anzuwenden sind.«

Die Rechtfertigung dieses Regelungsinhalts liegt insbesondere darin, dass die unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung nach unserer Überzeugung der Vorführung einer audiovisuellen Aufnahme aus dem Ermittlungsverfahren – für Zeugen nach § 58a StPO-AE, für den Beschuldigten nach § 136 Abs. 4 StPO-AE – nach dem vorstehend Ausgeführten nicht mehr prinzipiell überlegen ist. Anders als es sich die Väter der Reichstrafprozessordnung haben vorstellen können, existieren heute Möglichkeiten audiovisueller Aufnahmen von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren und damit einhergehende Erkenntnismöglichkeiten, die es aus unserer Perspektive nicht mehr zwingend rechtfertigen, den Zeugen in der Hauptverhandlung noch einmal hören zu müssen, weil man sich insbesondere durch die audiovisuelle Konserve einen authentischen Eindruck von der Situation, in der die damaligen Bekundungen abgegeben worden sind, sowie von ihrem Inhalt einschließlich Mimik, Gestik und ähnlichem verschaffen kann.

2. Beweisantragsrecht

Das Korrektiv, das es natürlich für Situationen geben muss, in denen der Eindruck aus der audiovisuellen Vernehmung nicht ausreicht, ist nach unserer Überzeugung das Beweisantragsrecht.

Dieses Recht tritt an die Stelle der bisherigen Regelung über die Unmittelbarkeit. Das ist der tragende Gedanke, dem im Wortlaut § 250 Abs. 1 Satz 2 und 3 StPO-AE Ausdruck verliehen wurde. Staatsanwalt, Angeklagter und Verteidiger können sowohl zur Bestätigung als auch zur Widerlegung einer in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen beantragen. Soweit gilt das Beweisantragsrecht

¹¹ Dazu bereits *Verf.*, in: 38. Strafverteidigertag 2014, (Hrsg.) Strafverteidigervereinigungen, S. 39 (45 ff.).

¹² Siehe AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (49 ff.).

mit besonderen Maßgaben. Der Entwurfsbegründung sind die konkreten Anforderungen an einen entsprechenden Beweisantrag zu entnehmen:¹³ So ist

»[d]er Antrag auf persönliche Vernehmung [...] nach der Konzeption des Alternativentwurfs ein Beweisantrag, für den im Grundsatz die allgemein formalen Anforderungen für Beweisanträge gelten«¹⁴,

also das, was in Rechtsprechung und Literatur zu 244 § Abs. 3 S. 2 StPO ausbuchstabiert ist. Zu der konkreten Frage, wie der Beweisantrag zu fassen ist, erklärt die Begründung weiter:

»Um dem Gericht die Anwendung des § 244 Abs. 3 StPO kodifizierten Ablehnungssystems zu ermöglichen, hat der Antragsteller insbesondere anzugeben, zu welcher in der früheren Aussage oder Erklärung bekundeten Tatsache der Zeuge oder Sachverständige in der Hauptverhandlung vernommen und ob diese Tatsache durch seine Vernehmung bestätigt oder widerlegt werden soll.«¹⁵

Eine weitere, in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage ist die nach dem Verhältnis Darlegungsobliegenheiten bezüglich der Anforderungen an die Konnexität zwischen Beweismittel und Beweistatsache. Auch diese, schon relativ spezielle Frage wird in der Entwurfsbegründung beantwortet. Dort heißt es ausdrücklich, dass die in der Rechtsprechung des *BGH*¹⁶ postulierten und später in der Kammerjurisprudenz des *BVerfG* bestätigten Verpflichtungen des Antragstellers zur Begründung seiner eigenen Beweiserwartung – sogenannte Konnexität im weiteren Sinne – mit Recht kritisiert werden und dementsprechend auch nicht den Vorstellungen der Entwurfsverfasser entsprechen.

III. Prozedurale Sicherungen des AE-Beweisaufnahme

A. Art und Weise der Ersetzung durch eine frühere Aussage

Die prozeduralen Sicherungen des Alternativentwurfs ruhen aus meiner Sicht auf drei tragenden Säulen: Die erste Säule wurde schon im Überblick angesprochen und betrifft die Frage nach der Legitimation der Regelung in § 251 Abs. 1 StPO unter dem Aspekt der Beschränkung der Auswahlmöglichkeiten des Vorsitzenden bei dem Sich-Verschaffen des Überblicks über

¹³ AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (51).

¹⁴ AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (54).

¹⁵ AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (51).

¹⁶ BGHSt 52, 284 (287). Dazu krit. *Verf.*, StV 2009, 663 (664 f.).

das Beweismaterial in der Hauptverhandlung. Der vom Arbeitskreis vorgeschlagene § 251 Abs. 1 StPO-AE lautet:

»(1) Bei der Ersetzung einer Vernehmung durch eine frühere Aussage nach § 250 Abs. 1 Satz 1 ist von mehreren für die Einführung in die Hauptverhandlung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten in folgender Rangfolge Gebrauch zu machen:

1. Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung der früheren Aussage (§ 249a);
2. Verlesung einer Niederschrift über die frühere Aussage (§ 249);
3. Vernehmung einer anderen Person über den Inhalt der früheren Aussage.

(2) Mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten und seines Verteidigers kann eine nachrangige Form der Einführung verwendet werden, wenn dies zur Erforschung der Wahrheit ausreicht. Die ergänzende Verwendung einer nachrangigen Form ist stets zulässig.«

Die inhaltliche Legitimation des § 251 Abs. 1 StPO-AE ergibt sich aus der Sachnähe der vorgeschlagenen Reihenfolge. Wir sehen die audiovisuelle Vernehmung an der Spitze einer gedachten Skala der Authentizitätsvermutung:

»Da Bild-Ton-Aufzeichnungen sowohl den Wortlaut als auch Gestik und Mimik von Aussagen originalgetreu wiedergeben, sind frühere Aussagen gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO-AE in erster Linie durch die Vorführung von ihnen angefertigter Bild-Ton-Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung einzuführen.«¹⁷

Erst in zweiter Hinsicht soll die Möglichkeit der Verlesung stehen und in dritter Hinsicht die Vernehmung der Verhörsperson – und dies auch nur unter der Voraussetzung einer qualifizierten Belehrung. Letztlich soll hier genau das, was der 2. Strafsenat¹⁸ glaubt, in seinem Vorlagebeschluss schon dem geltenden Recht entnehmen zu können, *de lege ferenda* normiert werden (§ 52 Abs. 4 StPO-AE). Der Vorrang der Verlesung der Niederschrift gegenüber der Zeugenaussage des Vernehmungsbeamten beruht auf der Überlegung, dass Erstere gerade die Funktion hat, die Aussage des Zeugen zu dokumentieren, ihre Richtigkeit dementsprechend von dem Zeugen oder Sachverständigen durch seine Unterschrift bestätigt wird und der Vernehmungsbeamte sich bei einer Vernehmung als Zeuge über den Inhalt der Aussagen aufgrund fehlender spontaner Erinnerung typischerweise ohnehin darauf beziehen wird. Der Subtext des § 251 Abs. 1 StPO-AE ist also im Ganzen die Einladung zur vermehrten Videografierung der Vernehmungen im Ermitt-

¹⁷ AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (54).

¹⁸ BGH NSTZ 2014, 596 m. Anm. *Verf.*, JuS 2014, 1138 (1140) zu den §§ 52 Abs. 1 Nr. 3, 252 StPO.

lungsverfahren, weil damit die Surrogatsfrage vorentschieden ist. § 251 Abs. 2 S. 1 StPO-AE nimmt dann Bezug auf konsensuale Elemente innerhalb der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung, indem er die Möglichkeit für die Verfahrensbeteiligten schafft, im Einvernehmen eine nachrangige Form der Einführung zu verwenden, wenn das ausreichend ist. Die ergänzende Verwendung einer nachrangigen Form ist ohnehin stets zulässig. Das heißt also, dass auch der AE-Beweisaufnahme die Freiheit des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung nicht gänzlich aufhebt, sondern seinen Spielraum nur durch einen – allerdings grundsätzlich zwingenden – Regelungsmechanismus sinnvoll zu steuern versucht.

B. Stärkung des Konfrontationsrechts

Ein weiterer Gesichtspunkt, der bei den prozeduralen Sicherungen eine Rolle spielt, ist die Stärkung des Konfrontationsrechts. Der tragende Gedanke ist hier, dass der AE-Beweisaufnahme über den Mindeststandard, den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ausgeformt hat,¹⁹ hinauszugehen und das innerstaatliche Konfrontationsrecht aufzuwerten sucht.

C. Zustimmungslösung bei Einführung von Beweismitteln in die Hauptverhandlung

Die Stärkung des Grundsatzes, sich nicht zwangsweise selbst bezichtigen zu müssen, soll in der neuen Regelung des § 253 Abs. 1 StPO-AE zum Ausdruck kommen; sie lautet:

»Hatten im bisherigen Verfahren weder der Angeklagte noch sein Verteidiger die Gelegenheit, einen Zeugen zu befragen, und können sie eine solche auch durch einen Beweis Antrag nach § 250 Abs. 1 Satz 2 AE nicht erlangen, so dürfen frühere Aussagen oder sonstige schriftliche oder mündliche Erklärungen des Zeugen zum Zweck der Beweiserhebung oder des Vorhalts nur mit Zustimmung des Angeklagten in die Hauptverhandlung eingeführt werden.«

Diese dritte prozedurale Sicherung besteht also darin, dass es von der Zustimmung des jeweiligen Verfahrensbeteiligten abhängt, ob Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen. Es wird damit ein weiteres konsensuales Element eingebaut, weil wir glauben, dass die Entscheidungshoheit aller Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung gestärkt werden kann und dies auch notwendig ist.

¹⁹ Vgl. hierzu Löwe/Rosenberg-Esser, StPO/EMRK, 26. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 178 mit zahlreichen Nachweisen.

IV. Ein konkretes Beispiel: § 254 StPO-AE

Ein konkretes Beispiel, das den Mechanismus des Entwurfs deutlicher hervortreten lassen soll, ist die Regelung des § 254 StPO-AE, hier insbesondere Absatz 1:

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

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

In den Fällen des Satzes 2 ist die Einführung nur zulässig, wenn der Angeklagte vor Beginn der Vernehmung über die Möglichkeit der späteren Verwendung in der Hauptverhandlung belehrt worden ist. [...]«²⁰

Die *lex lata* sieht in § 254 Abs. 1 StPO bisher vor, dass Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll enthalten sind, zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis verlesen werden können. Das Gegenkonzept, das der Alternativentwurf hier vorsieht, zeichnet sich im Wesentlichen durch drei Parameter aus:

A. Zustimmungslösung

Der erste Parameter zielt erneut auf die Idee einer Zustimmungslösung. Angaben, die der Angeklagte bei einer früheren Vernehmung in einem Strafverfahren gemacht hat, dürfen zum Zweck der Beweiserhebung in der Regel nur mit seiner Zustimmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Wir wollen damit die Autonomie der Entscheidung des Subjekts stärken, das durch *nemo tenetur* geschützt wird.

B. Zustimmungspflichtigkeit

Zweiter Pfeiler des § 254 StPO-AE ist die Durchbrechung dieser grundsätzlichen Zustimmungspflichtigkeit in drei konkreten Fällen:

²⁰ AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (66) sowie *Verf.*, FS Wolter, 2013, S. 963 (970 ff.).

1. Richterliche Vernehmung

Eine erste Ausnahme gilt für die richterliche Vernehmung. Hier ergibt sich ein Bezug zur ständigen Rechtsprechung,²¹ die in vielen Situationen der richterlichen Vernehmung einen höheren Beweiswert beimisst als in sonstigen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren.

2. Anwesenheit eines Verteidigers

Zum Zweiten wird für eine Durchbrechung ermöglicht, wenn bei der Vernehmung ein Verteidiger anwesend war. Hier wurde bewusst die *Anwesenheit* des Verteidigers und nicht lediglich die Möglichkeit, anwesend zu sein, vorausgesetzt – auch das mit Blick auf die prozeduralen Sicherungen. Die damit einhergehende, vermehrte Tätigkeit des Verteidigers im Ermittlungsverfahren, beispielsweise bei Vernehmungen anwesend zu sein, muss in der Folge z.B. durch Erweiterung der Ziff. 4102 der Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 RVG besser vergütet werden, da sonst geeignete Anreize fehlen.

3. Bild-Ton-Aufzeichnung

Die dritte und letzte Option, auf die Zustimmung des Angeklagten zu verzichten, liegt im Anwendungsbereich der Bild-Ton-Aufzeichnung; hier ist Verteidigeranwesenheit sogar entbehrlich.

C. Qualifizierte Belehrung

Eine weitere prozedurale Sicherung ist die qualifizierte Belehrung des Beschuldigten darüber, dass seine Äußerungen zu Beweis Zwecken in der Hauptverhandlung verwendet werden können.²² Das gilt nicht nur kraft Verweises für die polizeiliche Vernehmung, sondern auch für die staatsanwaltschaftliche Beschuldigtenvernehmung und für die richterliche unmittelbar.

V. Zusammenfassung

Die Befassung mit den Vorschriften über die materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung hat erhebliche Schwachstellen des geltenden Rechts hervortreten lassen – insbesondere ein unsystematisches, inkonsistentes und schwer vermittelbares Regelungskonzept, das unseres Erachtens durch ein flexibleres Modell zu ersetzen ist. Flexibler soll das

²¹ Statt vieler *Verf.*, JuS 2007, 485 (486) m.w.N.

²² Siehe umfassend AE-Beweisaufnahme, GA 2014, 1 (31 ff.).

Modell insoweit sein, als zwar eine Reihenfolge der Beweissurrogate zwingend vorgegeben ist, aber von dieser Reihenfolge der Beweissurrogate im allseitigen Konsens der Verfahrensbeteiligten abgewichen werden kann. Zudem soll bezüglich der Frage der Auswahl des Beweismittels, also der Wahl zwischen unmittelbarer Vernehmung der Beweisperson und Einführung einer früheren Bekundung dreierlei maßgeblich sein:

- die gerichtliche Aufklärungspflicht (inquisitorisches Element),
- der Wille der Verfahrensbeteiligten (konsensuales Element) und
- die Eignung des jeweiligen Beweismittels zur verlässlichen Wiedergabe des Gesagten (Authentizitätselement).

Bei einer solchen Neuregelung bestünde eine prinzipielle Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des *BVerfG* zum Verständigungsgesetz – wie auch immer man zu ihr stehen mag – und es würde normativ kein völliges Neuland betreten, da die Regelungsmechanismen des geltenden Rechtes schon jetzt zum Teil auf den Willen der Verfahrensbeteiligten abstellen. Sowohl in § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO als auch in § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO existieren *de lege lata* im Kontext des Unmittelbarkeitsgrundsatzes schon Zustimmungslösungen i.w.S. (technisch: Einverständnislösungen). Es erscheint den Verfassern des AE-Beweisaufnahme überzeugend, diesen Pfad des geltenden Rechtes zu verbreitern, auch wenn uneingeschränkte Zustimmung nicht zu erwarten ist.

Dr. habil. Helmut Pollähne

Unmittelbarkeit, Unschuldsvermutung und (anderweitig) Unverzichtbares Wider den Bedeutungsverlust der Hauptver- handlung

Die Hauptverhandlung sei »das Kernstück des Strafverfahrens«, hieß es im Programm des 39. Strafverteidigertages: Das Gericht solle – der gesetzlichen Konzeption zufolge – »in der Hauptverhandlung die materielle Wahrheit umfassend erforschen, in Anwesenheit aller Beteiligten und durch die umfassende und unmittelbare Erhebung der Beweise«. Dabei enden, so ist anzunehmen, noch nicht einmal zehn Prozent aller eingeleiteten Strafverfahren überhaupt in einer Hauptverhandlung,¹ und nicht wenige dieser Hauptverhandlungen entsprechen nicht wirklich den Vorstellungen, die man mit einem »Kernstück des Strafverfahrens« in Verbindung bringt.

I. Bedeutung der Hauptverhandlung und der Unschuldsvermutung

Die Hauptverhandlung hat zumindest statistisch nicht jene Bedeutung, die es erlauben würde, sie als »das Kernstück des Strafverfahrens« zu charakterisieren. Dass gerade Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger insofern eine andere Wahrnehmung haben, hat verschiedene Gründe: In Strafverfahren mit Strafverteidigung ist die Hauptverhandlungs-Quote deutlich höher. Verteidigung wird oft erst eingeschaltet, wenn Anklage erhoben oder Strafbefehl erlassen wurde, in U-Haftsaachen, die signifikant häufiger in Hauptverhandlungen münden, sowie bei schwereren Taten – und nach wie vor gehört es zum Selbstverständnis nicht weniger, dass die Hauptverhandlung vor allem das Kernstück der Strafverteidigung ist. Obwohl es zahlreiche mehr oder weniger ‚gute‘ Gründe – je nach Perspektive – geben kann, die Verteidigung von Anfang an darauf auszurichten, eine Hauptverhandlung zu vermeiden

¹ Heinz FS Beulke 2015, 1141 ff., Ostendorf ZIS 2013, 175 f., vgl. Mandla, Die Unterbrechung der strafrechtlichen Hauptverhandlung, 2005, S. 21 mwN.

(s.u.), scheinen Verteidigungsaktivitäten – die sich bisweilen auch als Verteidigungsinaktivitäten darstellen (wofür es selbstverständlich ebenfalls gute Gründe geben kann) – nicht selten ganz darauf ausgerichtet zu sein, sich auf jenes Kernstück und den Auftritt in foro vorzubereiten. Leider ist auch zu beobachten, dass die Bemühungen der Strafverteidigung mit Ende der Hauptverhandlung, jedenfalls aber mit Ende eines etwaigen Rechtsmittelverfahrens, oft schlagartig enden, und das nicht ‚nur‘ in Fällen der Pflichtverteidigung.^{| 2}

Die Mandanten gelten – so lehrt es Art. 6 Abs. 2 EMRK – »bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig«.^{| 3} Dieser »gesetzliche Beweis« ist, jedenfalls nach deutschem Recht, im Regelfall in einer gerichtlichen Hauptverhandlung und durch ein Urteil zu erbringen,^{| 4} wobei der Hauptausnahmefall das Strafbefehlsverfahren ist, bei dem es – weitgehend – der Autonomie des (auch dabei hoffentlich gut verteidigten) Angeschuldigten überlassen bleibt, die Hauptverhandlung herbeizuführen. In der Unschuldsvermutung liegt die zentrale Bedeutung der Hauptverhandlung begründet, nämlich für die Klärung der Frage, ob die angeklagte Person weiterhin als unschuldig zu gelten hat, oder aber – vorbehaltlich des Eintritts der Rechtskraft – mit Recht als Straf-Täter etikettiert werden darf, mithin fortan nicht mehr als unschuldig gilt, sondern als schuldig. Erst danach stellt sich die Frage, ob und ggf. wie die »gesetzliche bewiesene« Straftat zu ahnden und die Strafrechtsfolgen hernach auch zu vollstrecken sind.^{| 5} Diese Positionierung erscheint auch deshalb angebracht, weil als Aufgabe der Hauptverhandlung nicht selten primär die »Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs« o.Ä. gehandelt wird.^{| 6} Ziel des Strafprozesses sei – so *Radtke* abgeschwächt – die »Wiederherstellung des durch den Verdacht einer Straftat beeinträchtigten ... Rechtsfriedens mittels Herbeiführung einer materiell gerechten Entscheidung«.^{| 7}

Der These, wonach die zentrale Bedeutung der Hauptverhandlung in der Klärung der Frage liege, ob die angeklagte Person weiterhin als unschuldig

2 Zur »Verteidigung in Vollstreckung und Vollzug« *Pollähne/Woynar*, 5. Aufl. 2014.

3 Ausf. *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1997.

4 LR-StPO/*Esser*, 26. Aufl. 2012, EMRK Art. 6 Abs. 2 Rn. 449 ff., 467 ff. und IK-EMRK/*Kühne* (Stand April 2009) Art. 6 Rn. 433 ff.; zur Bedeutung der Unschuldsvermutung für die Verteidigung jüngst *Salditt* StraFo 2015, 1.

5 Damit ist auch die Diskussion um eine Zweiteilung der Hauptverhandlung (Interlokut) berührt, die jedoch in einer anderen AG des 39. Strafverteidigertages geführt wurde; vgl. zuletzt *Hamm* StV 2013, 655, *Kempf* StraFo 2014, 107 ff. und *Ostendorf* ZIS 2013, 177 f. mwN.

6 *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015 Einl. Rn. 5, vgl. auch *Fischer* JZ 1998, 822.

7 *Radtke* GA 2012, 187, krit. *Weigend* ZStW 2001, 276 f.

zu gelten hat, könnte man entgegenhalten, dass doch erst eben jene Hauptverhandlung überhaupt das Forum bietet, den gesetzlichen Beweis der Schuld zu liefern. Das probateste Mittel, die Unschuld zu wahren, wäre demnach die Vermeidung der Hauptverhandlung. Damit würde man freilich das Strafverfahren(srecht) aus den Angeln heben und die Unschuldsvermutung entleeren. In Einzelfällen mag dies Mittel probat sein, als Rechtfertigung für den Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung taugt der Einwand nicht – zumal er sich in sein Gegenteil verkehren ließe: Wer die Hauptverhandlung vermeidet, verpasst die Chance, aus der Unschulds-Vermutung eine (gerichts- und rechtskräftige) Gewissheit werden zu lassen.⁸

II. Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung

Wenn im Folgenden vom »Bedeutungsverlust« der Hauptverhandlung die Rede ist, dann ist dies nicht nur – wie einleitend angedeutet – quantitativ gemeint, sondern vor allem auch qualitativ.⁹ Dabei verdient Beachtung, so jedenfalls eine weitere These, dass in Anbetracht eines ausbalancierten und interdependenten Strafverfahrens(rechts)systems jeder Bedeutungszuwachs an anderer Stelle dieses Systems (ähnlich den kommunizierenden Röhren¹⁰) zwangsläufig zu einem Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung im Sinne der vorstehenden Definition führt, führen muss; Ähnliches gilt für Bedeutungsverschiebungen bzw. Umdeutungen. In diesem Sinne also einige Feststellungen bzw. Überlegungen zum Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung (ohne Anspruch auf Vollständigkeit und in der gebotenen Kürze):¹¹

1. Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung durch Bedeutungszuwachs des (polizeilichen) Ermittlungsverfahrens

In der historischen Entwicklung hat sich die Aufgabe der Beweiserhebung und -sicherung mehr und mehr vom Gericht auf die Staatsanwaltschaft und von dort auf die Polizei verlagert. Die Weichen für den »gesetzlichen Beweis der Schuld« werden im polizeilichen Ermittlungsverfahren gestellt,

8 Zur Diskussion über die Reichweite der Unschuldsvermutung bei Einstellungsentscheidungen u.a. *Rettenmaier* NJW 2013, 123 und *Rosenstock* StV 2015, 654.

9 Für *Salditt* StraFo 2015, 6 ist »die klassische Hauptverhandlung ... eine bedrohte Art«, der Gesetzgeber habe »das Interesse am Spruchkörper verloren« (aaO S. 4), vgl. auch *Gross* NJW 2014, 3140 über Hauptverhandlungen als »Visitenkarten der Justiz«.

10 Dies wurde im Zusammenhang mit den Opferrechts-Reformen immer wieder angemahnt, vgl. *Pollähne* in: ders./Rode (Hg.) Opfer im Blickpunkt – Angeklagte im Abseits?, 2012, 7 mwN.

11 Vgl. auch *Wächter*, Vom Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung, in der Dokumentation des 28. Strafverteidigertag (2004) S. 9 ff. sowie *Heinz* BewHi 2000, 131 und *ders.* (Fn. 1) S. 1151.

meist noch bevor überhaupt die Staatsanwaltschaft damit befasst wird,¹² von einem Gericht ganz zu schweigen, das mitunter noch nicht einmal dann eingeschaltet wird, wenn es das Gesetz eigentlich vorschreibt.¹³ Die Rede ist – auch in diesem Zusammenhang¹⁴ – von einer »Verpolizeilichung« des Strafverfahrens,¹⁵ noch verschärft durch den Einsatz geheimer – bisweilen gar geheimdienstlicher – Ermittlungsmethoden.¹⁶ Je mehr der Sachverhalt, wie es dann bezeichnenderweise heißt, polizeilich »ausermittelt« ist, je weniger Bedeutung wird einer Hauptverhandlung beigemessen, die die Ergebnisse (Erfolge) polizeilicher Ermittlungen ja doch nur – bestenfalls – reproduzieren könne, häufiger zu deren Relativierung und Verwässerung beitrage, sie schlimmstenfalls sogar konterkariere.¹⁷

Der Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung wird fortschreiten, je mehr sich jenes kriminalpolizeiliche Denken in der strafjustiziellen Praxis Bahn bricht. Am Ende gälte, was viele Polizisten resp. Kriminalisten ohnehin denken: Jede Person gilt als unschuldig ... bis zum (erfolgreichen) Ende der polizeilichen Ermittlungen.¹⁸

2. Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung durch Bedeutungszuwachs der staatsanwaltschaftlichen Erledigung

Der mit der vorgenannten Entwicklung einhergegangene Bedeutungsverlust auch der Staatsanwaltschaft wurde kompensiert, so ließe sich vergrößernd bilanzieren, durch ihren Bedeutungszuwachs bei der Entscheidung über die sog. »Erledigung« des Strafverfahrens, womit nicht primär die Einstellungen gem. § 170 Abs. 2 StPO oder §§ 154 ff. StPO gemeint sind.

12 Vgl. §§ 160 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO einer- und § 163 Abs. 1 S. 1 StPO andererseits, dazu u.a. *Schünemann* Krim 1999, 74 ff., 146 ff., vgl. auch *Schlothauer/Weider* StV 2004, 504 ff. zu den Konsequenzen für die Verteidigung.

13 Zum Richtervorbehalt u.a. *Gusy* NStZ 2010, 353 ff. mwN, vgl. *Pollähne* GrundrechteReport 2007, 118 ff.

14 Vgl. auch *Goekenjan* ZJJ 2015, 26 (Jugendstrafrecht) sowie *Pollähne* FS Kargl 2015, 425 (Bewährungshilfe und Führungsaufsicht) und allg. *Söllner*, Die Verpolizeilichung, 2011.

15 Vgl. nur 13. Strafverteidigertag Köln 1989 und Strafverteidigervereinigungen (Hg.) Annexion des Strafverfahrens durch die Polizei, 1990, sowie *Albrecht* StV 2001, 416; zur »heimlichen Dominanz« des Ermittlungsverfahrens *Schünemann* ZStW 2002, 22, wobei jene Dominanz ihrerseits so heimlich gar nicht daher kommt.

16 Zur »Vergeheimdienstlichung« *Hefendehl* GA 2011, 209 und *Schünemann* ZStW 2007, 945.

17 Vgl. auch *Deckers* StraFo 2013, 133 sowie *Salditt* StraFo 2015, 6 f. exemplarisch zur selektiven Auswertung von TKÜ-Dateien.

18 Zum Begriff des Untersuchungs-»Erfolges« u.a. *Ernesti* JR 1982, 221 ff., nicht unproblematisch auch der Sprachgebrauch in §§ 81a Abs. 2, 81c Abs. 5, 87 Abs. 4, 168c Abs. 5 und 224 Abs. 1 StPO (Gefährdung des Untersuchungserfolges).

In das Jugendstrafverfahren, das auch insoweit eine Vorreiterrolle einnahm, hat dafür – aus dem anglo-amerikanischen Sprachgebrauch – der Begriff der »Diversion« Einzug gefunden, also eine »Umleitung« im Sinne einer (sic!) Umgehung bzw. Vermeidung der Hauptverhandlung.¹⁹ Das war ‚gut gemeint‘ (wenn auch nicht ‚nur‘ zum Wohle des Jugendlichen), hat aber zu einer bedenklichen Informalisierung des Jugendstrafverfahrens geführt.²⁰ Über die ausufernde Praxis der Einstellungen gem. § 153 StPO, vor allem aber gem. § 153a StPO²¹ hat diese Diversion – auch wenn sie hier nicht so genannt wird – längst Einzug ins reguläre Strafverfahren gefunden mit den auch dort bekannten Folgen der Informalisierung, vor allem aber, um beim Thema zu bleiben, mit einem der wesentlichsten Beiträge zum Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung. Der spannenden Frage, ob diese Entwicklung nur die Kehrseite des Redens von der »knappen Ressource« Justiz bzw. Recht darstellt,²² kann hier nicht nachgegangen werden.

3. Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung durch Bedeutungsverlust der Staatsanwaltschaft

Mit dem vorgenannten Bedeutungszuwachs der staatsanwaltschaftlichen Erledigungspraxis korrespondiert möglicherweise – aber auch dies eher eine vergrößernde Mutmaßung – ihr Bedeutungsverlust in der Hauptverhandlung (ob dies jemals anders war, steht freilich dahin). Damit einher geht aber auch der Bedeutungsverlust einer Hauptverhandlung, in der die Anklage ihre Beweise präsentiert, gegen die sich der Angeklagte mit seiner Verteidigung zur Wehr setzt, ggf. mit eigenen Beweisen. Man mag einwenden, diese Vorstellung sei mit dem reforminquisitorischen Prinzip der richterlichen Aufklärungspflicht ohnehin nicht vereinbar.²³ Je mehr jedoch das Gericht, präjudiziert durch den eigenen Eröffnungsbeschluss,²⁴ in die Rolle der Anklagevertretung gerät und so mittelbar zum verlängerten Arm der Ermittlungsbehörden, je mehr verliert eine Hauptverhandlung an Bedeutung, an

19 Ausf. *Heinz* ZStW 1992, 591 und *Streng*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2012 Rn. 172 f. (»formloses Erziehungsverfahren«).

20 *Albrecht*, Jugendstrafrecht, 3. Aufl. 2000, S. 118 ff. und *ders.*, Kriminologie, 4. Aufl. 2010, S. 210, 221 ff., vgl. auch *Ostendorf* GA 2006, 513.

21 Dazu *Heinz* (Fn. 1) S. 1144 ff. und *Ostendorf* ZIS 2013, 175 f., vgl. auch *Schünemann* ZStW 2002, 24 f.

22 Dazu *Barton*, »Ist das ein sachgerechter Umgang mit Justizressourcen?«, in: Strafverteidigervereinigungen (Hg.) Abschied von der Wahrheitssuche. Dokumentation des 35. Strafverteidigertages 2011, Berlin 2012, 37 ff.

23 Dazu *Fezer* NSZ 2010, 177 ff. mwN, vgl. auch *Trüg* StraFo 2010, 140.

24 Zur Reform des Zwischenverfahrens jüngst *Vormbaum* ZJS 2015, 328 ff. mwN, für Abschaffung u.a. *Duttge* ZStW 2003, 567, vgl. auch *Weigend* ZStW 2002, 284; nicht unbedenklich (im vorliegenden Kontext) *Koch* StV 2002, 222 ff.

deren Ende eine unabhängige richterliche Entscheidung über die Fortgeltung der Unschuldsvermutung stehen sollte. Das inquisitorische Verfahren der beschriebenen Art lebt von (hinreichenden) Schuldvermutungen und tendiert zur (mindestens faktischen) Beweislastumkehr.^{| 25}

4. Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung durch Bedeutungszuwachs der Aktenkenntnis

Je mehr das vorherige Aktenstudium die Verhandlungsleitung, Beweisführung und Urteilsfindung determiniert,^{| 26} je stärker der Bedeutungsverlust einer Hauptverhandlung, die den Prinzipien der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit (s.u. III.) verpflichtet ist oder doch wenigstens sein sollte. Dazu trägt eine zunehmende Überforderung der Schöffen (was nicht selten bereits mit der Verlesung der Anklage beginnt^{| 27}) ebenso bei, wie der verbreitete Ausschluss des (zweiten) beisitzenden Richters (§ 76 GVG) im landgerichtlichen Verfahren.^{| 28} Hätte der Angeklagte keine ‚aktenkundige‘ Verteidigung, bliebe er ebenfalls auf der Strecke.^{| 29} Die Ausbreitung des Selbstleseverfahrens verschärft diese Probleme noch.^{| 30} Je intensiver das (vorherige) Aktenstudium, je ausgeprägter der Perseveranzeffekt und die Gefahr selektiver Wahrnehmungen des mündlich und unmittelbar präsentierten Beweismaterials in der Hauptverhandlung.

5. Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung durch Bedeutungszuwachs des Opferschutzes

Die zentrale Bedeutung der Hauptverhandlung für die Klärung der Frage, ob die angeklagte Person weiterhin als unschuldig zu gelten hat, geht umso mehr verlustig, je stärker die sog. »Opfer«-Interessen zur Geltung gebracht werden, legislativ, justizpraktisch und ‚opferanwaltlich‘. Die notorische Skandalisierung eines Strafverfahrens(rechts), das sich ‚nur um die Täter‘ kümmere, während die ‚Opfer‘ auf der Strecke bleiben, verschleiert nicht nur

25 Zum »Schulterchlussseffekt« (zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft) *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, S. 537 ff. mwN sowie *Schünemann ZStW* 2002, 26 (Gericht als »Vollzugsorgan« der StA), vgl. auch *Nestler ZIS* 2014, 601 f. und den Prozessbericht von *Stckor StV* 2015, 516. Ob stattdessen der adversatorische Strafprozess als Vorbild taugt, mag hier dahinstehen, krit. *Weßlau ZIS* 2011, 558 ff. mwN und *dies. FS Fezer* 2008, 289 ff.

26 *Deckers StraFo* 2013, 137, vgl. *Schünemann ZStW* 2002, 51 ff. mwN.

27 *Britz FS Egon Müller* 2008, 108.

28 *Caspari DRiZ* 2011, 302, *Schlothauer StV* 2012, 749 und *Deutscher StRR* 2012, 10.

29 Zur Notwendigkeit der Verteidigung gem. § 140 Abs. 2 StPO wegen der Notwendigkeit der Aktenkenntnis zuletzt *Teuter StV* 2015, 21 ff. mwN.

30 Dazu nur *Salditt StraFo* 2015, 6, vgl. auch *Hamm StV* 1994, 456 ff.

mehr oder weniger bewusst, dass jenes Verfahren doch gerade dazu dient aufzuklären, ob der Beschuldigte bzw. Angeklagte überhaupt ein (bzw. der) ‚Täter‘ ist, und dementsprechend, ob auf der anderen Seite überhaupt ein ‚Opfer‘ sitzt, sondern führt eben auch zum spezifischen Bedeutungsverlust einer Hauptverhandlung, die der Unschuldsvermutung verpflichtet sein muss – aber immer stärker von Opfervermutungen beherrscht wird.^{|31} Der Ausbau eines dementsprechenden Zeugenschutzes war und ist nicht ohne Abstriche am Grundsatz der Unmittelbarkeit zu haben.^{|32}

6. Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung durch Bedeutungszuwachs der Aushandlung

Die zentrale Bedeutung der Haupt-Verhandlung für die Klärung der Frage, ob die angeklagte Person weiterhin als unschuldig zu gelten hat, geht umso mehr verlustig, je stärker dieses *Verhandeln* von Anfang an darauf ausgerichtet ist, nur mehr die Rechtsfolgen *auszuhandeln*, wobei die Mandanten nichts Geringeres in den Ring zu werfen haben, als ihre (reale, jedenfalls aber vermutete) Unschuld: eine harte Währung im doppelten Sinne.^{|33} In Mauschelhausen^{|34} hat die Hauptverhandlung ihre Bedeutung (oder um im Bilde zu bleiben: ihre Unschuld) verloren, ungeachtet des Umstands, dass es für dieses Aushandeln nunmehr – immerhin – ein Mauschelgesetz gibt;^{|35} Hauptverhandlung ist nicht gleich Hauptaushandlung! Diese Entwicklung soll hier für sich genommen gar nicht bewertet werden: Der damit einhergehende Bedeutungsverlust einer Hauptverhandlung, die doch der Klärung der Frage dienen sollte, ob die angeklagte Person weiterhin als unschuldig zu gelten hat, ist allerdings eklatant, wenn es stattdessen vorrangig um die Klärung der Frage geht, wie weitgehend jene Person selbst bereit ist, den Schutz jener Unschuldsvermutung preiszugeben.^{|36}

31 Ausf. *Pollähne* (Fn. 10) und *ders.* MAH-Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, S. 2220 ff. sowie *Schünemann* StV 1998, 400/401.

32 *Mehle* FS Grünwald 1999, 361 ff., *Walther* JZ 2004, 1107 ff., *Fischer* JZ 1998, 816 ff., 821.

33 *Schünemann* (ZStW 2002, 26 f.) spricht treffend von »Unterwerfung«, vgl. auch *Hamm* StV 2013, 652 ff. und *Wächter* (Fn. 11) S. 10 ff.

34 *Weider* (alias ‚Detlef Deal‘) StV 1982, 545; zum »Handel mit der Gerechtigkeit« *Bussmann* KritV 1989, 376 und *Hettinger* JZ 2011, 292.

35 Dazu *Fezer* NSTZ 2010, 177 und *Schlothauer/Weider* StV 2009, 600, vgl. auch *Sauer/Münkel*, Absprachen im Strafprozess, 2. Aufl. 2014; zum »Abschied von der Wahrheitssuche« *Malek* in der Dokumentation des 35. Strafverteidigertages (2011) S. 26 ff.

36 Zu anderen Aspekten der Desavouierung der Unschuldsvermutung *Stuckenberg* (Fn. 3) S. 533 ff.; die Konzentration auf den Amtsermittlungsgrundsatz (exemplarisch *Jahn* ZStW 2006, 427 ff. im Lichte der Konsensmaxime) wird dieser Problematik nicht gerecht.

7. Bedeutungsverlust der Kontrolle (der Hauptverhandlung) durch Öffentlichkeit

Die zentrale Bedeutung der Haupt-Verhandlungen für die Klärung der Frage, ob die angeklagte Person weiterhin als unschuldig zu gelten hat, hat viel mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit und mit der historischen Vorstellung zu tun, jene Öffentlichkeit kontrolliere (auch) die Strafjustiz und jene Verhandlungen.³⁷ Der Bedeutungsverlust dieser Öffentlichkeit würde mithin auch zu einem Bedeutungsverlust jener Hauptverhandlungen führen, wobei man sich gar nicht sicher sein kann, was schwerer wiegt: Der komplette Ausfall der Öffentlichkeit in den allermeisten Hauptverhandlungen, oder jene Öffentlichkeit, vor der sich die angeklagte Person fürchtet, vor der sie die Verteidigung ggf. schützen muss, und die die Strategien befördert, eine solche öffentliche Hauptverhandlung wenn irgend möglich zu verhindern. Damit in Zusammenhang steht eine – zugegeben bisher auf eher spektakuläre Einzelfälle beschränkte – Entwicklung, die als mediale Prozessführung charakterisiert werden kann,³⁸ was nahezu zwangsläufig mit dem Bedeutungsverlust einer Hauptverhandlung einhergeht, die sich zudem den (insbesondere elektronischen) Medien verschließt.³⁹

8. Bedeutungsverlust des Zeugenbeweises (in der Hauptverhandlung)

Die zentrale Bedeutung der Hauptverhandlung für die Klärung der Frage, ob die angeklagte Person weiterhin als unschuldig zu gelten hat, steht und fällt – so erscheint es jedenfalls der Öffentlichkeit, oft aber auch den Mandantinnen und Mandanten – mit der herausragenden Bedeutung des Zeugenbeweises. Je mehr dieser Zeugenbeweis an Bedeutung verliert, desto mehr müsste demnach auch jene Hauptverhandlung an Bedeutung verlieren: Die Rede ist von Expertisen, Sachbeweisen und Dokumenten.

Die Expertise ist weiter auf dem Vormarsch und verdrängt, überlagert oder relativiert den Zeugenbeweis. Das mag ganz im Sinne derer sein, die mit einer gewissen Berechtigung sagen, Zeugen seien ohnehin das schlechteste oder doch jedenfalls das unzuverlässigste Beweismittel. Die Expertisen der Rechtsmedizin, Biotechnologie, Forensik, Kriminaltechnik, Aussagepsychologie, IuK-Technologie etc. versprechen mehr Zuverlässigkeit und Objektivität – dass sie diese Versprechen nicht immer halten können, steht auf einem

³⁷ *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012 Rn. 376; zur Zweischneidigkeit jenes Schwertes *Weigend* ZStW 2002, 297.

³⁸ Zur sog. Litigation-PR *Boehme-Nefler* StraFo 2010, 456 mwN.

³⁹ *Schlothauer* StV 2015, 665.

anderen Blatt. Der zunehmende Vertrauensvorschluss in puncto Zuverlässigkeit und Objektivität gilt auch für falsche Expertisen, das ist nur eine der Kehrseiten. Für die Hauptverhandlung bedeutet dies jedenfalls einen tendenziellen Bedeutungswandel hin zu einem Expertenforum, in dem eher angehört⁴⁰ denn verhandelt wird.

Je mehr der Strafprozess zum Urkundenprozess wird, desto mehr verliert eine Hauptverhandlung an Bedeutung, die sich den Prinzipien der Mündlichkeit und Öffentlichkeit verpflichtet sieht. Wenn es sich doch um Dokumente handelt, die allen Verfahrensbeteiligten bekannt sind oder zumindest bekannt sein könnten (zum Selbstleseverfahren s.o. 4.), warum sollten sie dann noch verlesen werden, wenn doch die Inaugenscheinnahme oder gar die bloße Bezugnahme auf Akten und Beweismittelordner reicht? Vor diesem Hintergrund kann nicht wundern, dass es als ‚Luxus‘ angesehen wird (s.u. III. 1.), sich mit der Verlesung aufzuhalten ‚nur‘ für die Schöffen oder gar für die Öffentlichkeit, so sie denn überhaupt stattfindet.⁴¹

III. Strukturmerkmale und Verfahrensgrundsätze des Strafverfahrens in puncto Hauptverhandlung

Die Bedeutung der Hauptverhandlung als »Kernstück des Strafverfahrens«, vor allem aber als Schaltstelle der Unschuldsvermutung, geht einher mit bestimmten Strukturmerkmalen und Prinzipien des Strafverfahrens – einige davon gelten in unserem Rechtsstaat, so wie im Lichte der EMRK, als unverzichtbar:⁴²

1. Trennung von Vorverfahren und Hauptverfahren

Ein ganz wesentliches Strukturmerkmal des Strafverfahrens scheint so selbstverständlich, dass seine eigenständige Bedeutung kaum reflektiert wird, was aber auch dazu führt, dass es voreilig zur Disposition gestellt wird: Die Trennung zwischen einem Ermittlungs- und einem Hauptverfahren dient – so *Weigend* – in dreifacher Hinsicht dem Schutz des Beschuldigten resp. Angeklagten:

»Zum ersten soll ihm die Bloßstellung vor der Öffentlichkeit erspart bleiben, bevor ein gravierender Tatverdacht gegen ihn begründet werden

⁴⁰ Dabei wird oft nur noch die Verlesung von Gutachten »gehört«, vgl. auch *Meyer-Mewes* StraFo 2013, 497 ff. und *König* StV 2012, 709 f. (zu BGHSt 57, 24).

⁴¹ Zu den Schöffen *Nowak* JR 2006, 459 und (insb. im Kontext des Selbstleseverfahrens) *Hoffmann* NSZ 2014, 224 sowie *Neumann* StRR 2015, 204.

⁴² »Unverzichtbares« im Überblick bei *Weigend* ZStW 2001, 271 ff.

kann. Zum zweiten sorgt eine strikte Separierung der beiden Verfahrensabschnitte dafür, dass ein Schuldspruch nur dann ergehen kann, wenn der Beschuldigte der Tat zu zwei verschiedenen Zeitpunkten und mit jeweils eigenständiger Beweisführung überführt ... worden ist. ... Zum dritten hat der Grundsatz, dass alle Beweismittel (erneut) in der Hauptverhandlung präsentiert werden müssen, einen weiteren, ganz unmittelbar angeklagten-schützenden Effekt: Angesichts der Nichtöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens erhält der Angeklagte (erst) durch die Präsenz des originalen Beweismittels in der Hauptverhandlung die Möglichkeit, die Beweiskraft dieses Beweismittels wirksam in Frage zu stellen.«⁴³

Jenes Strukturmerkmal ist keine bloße Deskription eines historisch gewachsenen Zustands, sondern Ausdruck eines unverzichtbaren Grundprinzips. Und doch lässt es sich allzu leicht diskreditieren: Die Hauptverhandlung erweise sich als bloße Verdopplung bzw. Duplizierung der Beweisaufnahme, als Reproduktion und -konstruktion, und es wird die nicht nur rhetorisch intendierte Frage aufgeworfen, ob man sich so einen »Luxus« noch »leisten« könne bzw. müsse⁴⁴ – zumal die (bisweilen erheblich) zeitverzögerte Duplizierung auch noch das Risiko von Beweismittelverlusten in sich berge.

Abgesehen davon, dass es gegen Beweismittelverlust Vorkehrungen gibt und dass dieser schon eintreten kann, bevor überhaupt das Hauptverfahren begonnen hat, überzeugt das Argument auch deshalb nicht, weil es – konsequent zu Ende gedacht – in ein Plädoyer für Schnell- oder gar Standgerichte umschlagen könnte, bei Gefahr (des Beweismittelverlusts) im Verzuge auch ohne ein Gericht. Zugegeben, das ist seinerseits ein rhetorisches Argument, es kann jedoch dafür sensibilisieren, das Hauptverfahren mit seiner Hauptverhandlung – wie der Name schon sagt – auch als das »Haupt« des durch die Vorermittlungen lediglich vorbereiteten Strafverfahrens zu begreifen.

Ob die Beweisaufnahme überhaupt abgeschlossen ist, erweist sich zudem ohnehin erst in der Hauptverhandlung. So ist es fürwahr das gute Recht der beschuldigten Person und ihrer Verteidigung, abzuwarten, ob die Staatsanwaltschaft überhaupt Anklage erhebt (oder einen Strafbefehl beantragt), ob das Gericht diese zur Hauptverhandlung zulässt und ob die dafür von der Staatsanwaltschaft präsentierten und vom Gericht im Rahmen der Aufklärungspflicht erhobenen Beweise den Vorwurf überhaupt rechtfertigen –

⁴³ Weigend ZStW 2001, 280 f., der auch auf die Verknüpfung mit dem Akkusationsprinzip verweist (aaO S. 283); im Ansatz auch Grundlage der Überlegungen des AE-Beweisaufnahme (Eser u.a. GA 2014, 2), die im weiteren Verlauf (aaO S. 4 ff.) aber ins Wanken gerät, vgl. auch die Ausführungen von Jahn auf dem 39. Strafverteidigertag (in diesem Band auf S. 63).

⁴⁴ Vgl. Duttge ZStW 2003, 539 ff., 565, ebenso Radtke GA 2012, 200; auch dazu Weigend ZStW 2001, 281 ff., 302 f.

bevor eigene Beweise (ggf. als Ergebnis eigener Ermittlungen) präsentiert werden. |⁴⁵

Alle anderen Modelle führten zu einer Vorverlagerung bzw. teilweisen Vorwegnahme und damit Zersplitterung einer Hauptverhandlung, in der die Prinzipien der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit kaum mehr zu wahren sind (s.u.). |⁴⁶ Abwegig wäre es – schon terminologisch – nicht, so wie das Vorverfahren vor dem Hauptverfahren steht, der Hauptverhandlung eine (gerichtliche) Vorverhandlung voranzustellen. Solche Elemente gibt es bereits im geltenden Strafprozessrecht, etwa richterliche Zeugenvernehmungen oder Haftprüfungstermine, aber das müssen – nicht zuletzt in puncto Mündlichkeit und Öffentlichkeit – Ausnahmen von dem genannten Prinzip bleiben.

Die Vorstellung, die Wahrheitsermittlung in der Hauptverhandlung sei zum statistischen Ausnahmefall geworden, weil »in der Mehrzahl der Fälle die Wahrheitsermittlung ausschließlich im Ermittlungsverfahren« stattfindet, |⁴⁷ ignoriert nicht nur dieses Strukturmerkmal, sondern verschleiert auch, dass Wahrheits-Ermittlung – nicht zuletzt i.S.d. Art. 6 Abs. 2 EMRK (»bis zum gesetzlichen Beweis«) – von Rechts wegen in der gerichtlichen Hauptverhandlung stattfindet (s.o. I.).

2. Das Unmittelbarkeitsprinzip

Das Unmittelbarkeitsprinzip ist das zentrale Strukturmerkmal einer gerichtlichen Hauptverhandlung, deren Aufgabe es ist die Frage zu klären, ob die angeklagte Person weiterhin als unschuldig zu gelten hat; es ist »eine der wichtigsten Möglichkeiten im Strafprozess, eine qualitativ hohe Basis für die Erforschung der Wahrheit zu gewinnen«. |⁴⁸ Bekanntlich werden zwei Facetten dieses Prinzips unterschieden, deren Charakterisierung und Abgrenzung als formelle vs. materielle Unmittelbarkeit |⁴⁹ allerdings etwas künstlich anmutet:

45 Dazu *Neuhaus* in: MAH-Strafverteidigung (Fn. 31) S. 711, vgl. auch *Wächtler* StraFo 2007, 141 ff. zur »Informationsgewinnung durch die Verteidigung«; zu den Voraussetzungen eines wirksamen »Verzichts« auf die Hauptverhandlung nach kontradiktorischem Vorverfahren *Weigand* ZStW 2002, 302.

46 Zu Fragen der Erforderlichkeit eines Gerichtsbeschlusses (bei § 255a Abs. 2 StPO) *Lickleder/Sturm* HRRS 2012, 76/77.

47 *Radtke* GA 2012, 200.

48 *Sommer* AnwBl 2004, 507, vgl. *Lickleder/Sturm* HRRS 2012, 75 mwN und *Cornelius* NSStZ 2008, 245 ff.

49 Vgl. nur *Frister* FS Fezer 2008, 211 mwN.

a) Als formelle Unmittelbarkeit gilt das Prinzip, demzufolge die gesamte Beweisaufnahme (im engeren Sinne) in Anwesenheit aller zur Urteilsfindung Berufenen stattzufinden hat, im weiteren Sinne in Anwesenheit aller gem. § 338 Nr. 5 StPO Vorgeschriebenen. Dies ist im vorliegenden Kontext nur auf den ersten Blick das kleinere Problem der Hauptverhandlung:

Selbstverständlich werden alle zur Entscheidung Berufenen anwesend sein, aber: sind sie auch aufnahmefähig und aufmerksam? Sind sie auch abgeschlossen und hinreichend ausgebildet, die Beweisaufnahme nicht nur sachgerecht durchzuführen, sondern deren Ergebnisse auch adäquat würdigen zu können (insb. Expertisen)? Was nutzt eine Beweisaufnahme in unmittelbarer Nähe der zur Entscheidung Berufenen, wenn die Ergebnisse jener Beweisaufnahme ebenso unmittelbar an ihnen abprallen oder in den schwarzen Löchern ihrer selektiven Wahrnehmungen verschwinden?

Zudem ist ein Teil der sogleich unter dem Stichwort der materiellen Unmittelbarkeit zu diskutierenden Probleme direkt mit der formellen Unmittelbarkeit verknüpft: Die Zulassung sog. Beweissurrogate zur Hauptverhandlung bedeutet ja zugleich, dass die auf diesem Wege surrogierten Originalbeweise andernorts erhoben und gewürdigt worden sind, also eben nicht in Anwesenheit der zur Entscheidung Berufenen.

Schließlich ergeben sich Konflikte mit dem Prinzip der formellen Unmittelbarkeit vor dem Hintergrund der Unterbrechungsregelungen⁵⁰ und – auch damit in Zusammenhang stehend – überlangen Verfahrensdauern.⁵¹ Auch wenn die Beweise unmittelbar in Anwesenheit der zur Urteilsfindung Berufenen erhoben wurden: Wie unmittelbar finden sie ihren Weg in einen Urteilspruch und dessen Begründung, wenn dies möglicherweise erst viele Monate später ansteht? Das schriftliche Protokoll ist – jedenfalls in seiner derzeitigen Ausgestaltung – nicht dazu geeignet, Abhilfe zu schaffen.⁵²

Exkurs: Das Prinzip der formellen Unmittelbarkeit ist ein Thema der Hauptverhandlung. Schon im Freibeweisverfahren des Vollstreckungsrechts sieht das anders aus, und im Revisionsverfahren erscheint das Thema obsolet –

50 Vgl. *Mandla* NStZ 2011, 1 ff. mwN (sowie a.a.O. S. 7 f. zur Zulässigkeit richterlicher Notizen im Lichte des Unmittelbarkeitsprinzips).

51 Dass das Prinzip selbst (und das der Mündlichkeit) selbst zur Überlänge beitragen kann (vgl. auch *Weigend* ZStW 2002, 286), verschärft die Konfliktlage.

52 Zur audiovisuellen Aufzeichnung u.a. *Schünemann* ZStW 2002, 52 f., *Malek* (Fn. 35) S. 22 ff. und *Beulke* StV 2010, 448 f.; vgl. auch *Schünemann* a.a.O. S. 25 zur »Überforderung der auf den Prinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Konzentration konstruierten Hauptverhandlung« durch überlange Verfahrensdauern; zur Kehrseite der Beschleunigung *Scheffler* GA 1995, 449 ff. und *Trüg* StV 2010, 528 ff.

unter zwei Aspekten lohnte es aber, dies gewissermaßen analog zu problematisieren, nämlich im Zusammenhang mit dem sog. »Vieraugenprinzip« und in puncto Rekonstruktionsverbot.⁵³

b) Als materielle Unmittelbarkeit gilt – wie bereits angedeutet – das Prinzip, demzufolge immer das (tat-, beweisthema-) nächste, also das insoweit unmittelbare Beweismittel (»die eigentliche Quelle«)⁵⁴ der Entscheidungsfindung in der Hauptverhandlung zugrunde zu legen ist (Subsidiarität),⁵⁵ denn »mit wachsender Zahl der Zwischenglieder der Beweisführung [nimmt] die Zuverlässigkeit des zuletzt produzierten Beweisergebnisses« ab.⁵⁶

Es soll also der Augenzeuge gehört werden, und nicht derjenige, dem dieser Augenzeuge erzählt haben soll, was er angeblich gesehen hat. Das Problem dieses sog. Zeugnis vom Hörensagen (das sprichwörtlich halb gelogen ist) wird noch zugespitzt durch das Zeugnis der Verhörspersonen, also der professionellen Zeugen vom Hörensagen – zugespitzt auch deshalb, weil ihre Professionalität gerade darin zum Ausdruck kommt, dass sie nicht nur hören, sondern den Zeugen auch gezielt zum »Sagen« bringen sollen. In Verknüpfung mit dem vorgenannten Prinzip der formellen Unmittelbarkeit soll der Augenzeuge auch unmittelbar gehört, und nicht stattdessen eine von ihm stammende schriftliche Erklärung oder das Protokoll einer früheren Vernehmung verlesen werden.⁵⁷

Existiert in den Akten ein Observationsbericht (über einen Wohnungseinbruch), ist nicht dieser zu verlesen, sondern dessen Verfasser zu vernehmen. Bei diesem muss man sich wiederum darüber vergewissern, dass er selbst die Beobachtungen gemacht hat, die in seinem Bericht auftauchen. das war bei einer Hauptverhandlung vor dem AG Bremen erst kürzlich nicht der Fall:⁵⁸ Er saß nur in einem Einsatzwagen am Funk und führte Protokoll. Seine Aussagegenehmigung reichte indes nicht so weit, dem Gericht mitteilen zu dürfen, wer die Beobachtungen gemacht hat; ob eine solche Aussagegenehmigung zu erreichen wäre, blieb ebenso unklar wie die Frage, was jene Observationsbeamten wohl bekunden würden.

53 Der vorliegende Rahmen lässt dies jedoch nicht zu.

54 *Radtke* GA 2012, 198 f.; dies gilt unabhängig davon, ob das Beweismittel, also insb. der Zeuge, im konkreten Fall tatsächlich das »beste« Beweismittel ist, vgl. *Cornelius* NSTZ 2008, 245.

55 Vgl. nur *Mehle* (Fn. 32) S. 351; zutreffend der Hinweis von *Velten* (StV 2007, 100), freie Beweiswürdigung setze die Unmittelbarkeit der Beweiserhebung voraus.

56 *Mehle* (Fn. 32) S. 351 mwN.

57 Dazu bereits *Grünwald* FS Dünnebier 1982, 347 sowie *Mehle* (Fn. 32) S. 358 f; zur historischen Entwicklung auch *Velten* StV 2007, 100 f.

58 Der *Verf.* berichtet von einer Hauptverhandlung vor dem AG Bremen im Februar 2015.

Dieses u.a. in §§ 250 ff. StPO niedergelegte Prinzip kennt bekanntlich zahlreiche Ausnahmen, von denen weitere Ausnahmen bzw. Rückausnahmen bestehen, zum Teil von Gesetzes wegen, zum Teil von der Rechtsprechung weiterentwickelt.⁵⁹ Es drängt sich insoweit nicht nur der Eindruck auf, jenes Regulariengeflecht habe mit Normenklarheit nicht mehr viel zu tun, vor allem wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis auf den Kopf gestellt, so dass bereits hinterfragt wird, ob es überhaupt noch ein »fundamentales, die Wahrheitsfindung im Strafverfahren leitendes Prinzip« der materiellen Unmittelbarkeit gebe.⁶⁰

Abgesehen davon ist das Prinzip der materiellen Unmittelbarkeit aber nicht so zu verstehen, dass Beweissurrogate per se von der Beweisaufnahme ausgeschlossen seien – wobei allerdings Präzision in der Begrifflichkeit vonnöten ist: Echte Beweissurrogate, die den unmittelbaren Beweis ersetzen sollen, dürfen nur unter engen Voraussetzungen zugelassen werden, wobei zudem das Konfrontationsrecht der angeklagten Person zu beachten ist (s.u.).⁶¹ Andere mittelbare Beweise können zur Ergänzung herangezogen werden, solange Beachtung findet, wofür sie einerseits unmittelbar Beweis erbringen können (also z.B. dafür, dass ein Gespräch mit dem Augenzeugen tatsächlich stattgefunden hat und welchen Inhalt dies ggf. hatte) und was sie andererseits mittelbar beweisen dürfen (dass der Augenzeuge behauptet hat, den Beschuldigten am Tatort gesehen zu haben) und was nicht (dass der Augenzeuge den Beschuldigten am Tatort tatsächlich gesehen hat).⁶² Zu beachten bleibt: Mit dem Unmittelbarkeitsprinzip wird der Vorrang der unmittelbaren Vernehmung vor der Einführung des Surrogats statuiert.⁶³

c) Mit der letztgenannten Ausprägung des Prinzips der materiellen Unmittelbarkeit für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung ist das Recht der angeklagten Person und/oder ihrer Verteidigung eng verknüpft, Fragen an Belastungszeugen zu stellen (sog. Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK).⁶⁴ Zeugenbeweissurrogate können in die Beweisaufnahme der

59 Aktueller Überblick bei *Mosbacher* NSStZ 2014, 1, vgl. auch *Beulke* JA 2008, 758 und *Roxin/Schöne-mann* (Fn. 25) S. 359 ff.; zur Ambivalenz der Regelungen (nicht zuletzt in puncto Beweisantragsrecht) *Frister* (Fn. 49) S. 213 ff.

60 *Radtke* GA 2012, 199 mwN; krit. zu Begriff und Realität der Wahrheitsfindung *Kühne* in der Dokumentation des 32. Strafverteidigertages (2008) S. 185 ff.; für die Streichung des § 250 StPO das materielle Unmittelbarkeitsprinzip betreffend *Frister* (Fn. 49) S. 225 f.

61 Ausf. *Cornelius* NSStZ 2008, 244 ff. mwN, vgl. auch *El-Ghazi/Merhold* StV 2012, 254 und *Beulke* FS Rieß 2002, 6.

62 Vgl. auch *Frister* (Fn. 49) S. 211 ff.; bedenklich weitergehend *Mosbacher* NSStZ 2014, 3.

63 Und nicht lediglich der Vorrang vor dem Urkundenbeweis: *Mehle* (Fn. 32) S. 359.

64 Vgl. nur *Weigend* ZStW 2001, 281, *Ambos* NSStZ 2003, 16 f., *Cornelius* NSStZ 2008, 247 f. mwN sowie *Gaede* in der Dokumentation des 35. Strafverteidigertages (2011) S. 299 und *Mehle* (Fn. 32) S. 351, 360 f.

Hauptverhandlung ausnahmsweise eingeführt werden, wenn Beweismittelverlust drohte und das Konfrontationsrecht im Vorverfahren ausgeübt werden konnte; die Regel aber muss bleiben, den Belastungszeugen unmittelbar in öffentlicher Hauptverhandlung so zu präsentieren, dass er sich der konfrontativen Befragung durch die angeklagte Person stellt.⁶⁵

Alles andere ist eine prekäre Risikoverteilung in puncto Unschuldsvermutung. Der vom Angeklagten nicht zu vertretende Beweismittelverlust im Hauptverfahren⁶⁶ verhindert den gesetzlichen Beweis der Schuld: das ist (nun mal) die Kehrseite der akkusarischen Beweislast. Jede Erleichterung der Beweissurrogation verschiebt jene Last in Richtung des Angeklagten und zu Lasten seines Konfrontationsrechts; dass ein Angeklagter verurteilt wird, »ohne dass er oder sein gesetzlicher Richter den Belastungszeugen jemals gesehen haben«, ist unerträglich.⁶⁷ Die »Aufrüstung« des Zeugenbeweises (durch Abschottung gegenüber der Verteidigung) unterminiert »das Grundprinzip der fairen, die materielle Wahrheit zugunsten des Angeklagten garantierenden Hauptverhandlung«.⁶⁸ Das Konfrontationsrecht gilt zwar auch nach der Rechtsprechung des EGMR nicht absolut, seine Einschränkungen müssen dann jedoch umso mehr kompensiert werden, als sie auf den völligen Ausschluss des Beschuldigten/Angeklagten oder seiner Verteidigung aus der Beweiserhebung unter Missachtung des Unmittelbarkeitsprinzips hinauslaufen.

3. Mündlichkeit und Öffentlichkeit

Die Grundsätze der Mündlichkeit (§§ 261, 264 StPO) und Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG) haben bereits mehrfach Erwähnung gefunden, weil sie mit dem Grundsatz der Unmittelbarkeit in engem Zusammenhang stehen.⁶⁹ In dieser Hinsicht sind aber eben Elemente der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme⁷⁰ und -sicherung im Vorverfahren nicht mit den Prinzipien der

65 Wer dem das »berechtigte Unverständnis der Bevölkerung über die Mehrfachbelastung von Zeugen (bei deren schwindender Erinnerungsfähigkeit!)« gegenüberstellt (*Duttge* ZStW 2003, 566), stellt die Bedeutung der Hauptverhandlung fundamental in Frage, vgl. *Mehle* (Fn. 32) S. 366.

66 Wegen des öffentlichen und kontradiktorischen Charakters der Hauptverhandlung sei das Hauptverfahren, so *Cornelius* (NSTZ 2008, 248), als »Schwerpunkt der Verwirklichung des Konfrontationsrechts anzusehen«.

67 *Mehle* (Fn. 32) S. 366; *Weigend* (ZStW 2002, 288) will den Transfer »nur mit Zustimmung aller Verfahrensbeteiligter« zulassen, vgl. *Roxin/Schünemann* (Fn. 25) S. 495 ff.

68 *Schünemann* ZStW 2002, 23, vgl. auch *Langkeit/Cramer* StV 1996, 233 (zur Protokollverlesung im Kontext des § 55 StPO) und *Safferling* StV 2010, 339 ff. zu BVerfGK 16, 275.

69 Vgl. auch *Britz* (Fn. 27) S. 107 ff., 114 f. sowie *Mehle* (Fn. 32) S. 356.

70 Zu anderen (insb. visuellen) Formen der Präsentationen von Beweisinhalt (und deren Verhältnis zu den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit) *Witting* StraFo 2010, 133 ff., 135; vgl. auch *Britz* (Fn. 27) S. 114 f.

formellen und materiellen Unmittelbarkeit in der Hauptverhandlung zu wechseln, d.h. nicht austauschbar.^{|71} Damit muss es hier aus Platzgründen sein Bewenden haben.

IV. Reformforderungen

Soweit das Lamento, mag eingewandt werden, aber wo bleiben die Reformforderungen, und seien es nur »Reförmchen«?!^{|72} Soweit die Strafverteidigung – nicht zuletzt auf dem 39. Strafverteidigertag – mit Reformen des Strafverfahrens befasst resp. konfrontiert war, dann waren dies in aller Regel nicht ‚ihre‘ Reformen, mit denen sie sich in der sog. Realpolitik zu Wort gemeldet hat, sondern es waren meist jene Reformen, die ihr – und d.h. vor allem: ihren Mandantinnen und Mandanten – die Realpolitik zumuten wollte und oft genug ja auch zugemutet hat, auf die sie reagiert hat, gegen die sie dann versucht hat, ihre (Gegen)Forderungen in Stellung zu bringen. »Hände weg von der StPO« war dabei eine häufig zu vernehmende Warnung,^{|73} oder doch eher Parole (denn womit bzw. wovor könnte die Strafverteidigung schon warnen?); im vorliegenden Kontext könnte es – ebenso parolenhaft – heißen: »Hände weg von der Hauptverhandlung und vom Unmittelbarkeitsprinzip«.

In Anbetracht der beschriebenen Entwicklungen^{|74} kommt die »Hände weg«-Parole aber wohl ohnehin zu spät: Gerade auch in puncto Beweisaufnahme und Unmittelbarkeit ist in den letzten Jahren so nachhaltig Hand angelegt worden an die StPO und ihre Hauptverhandlung, und zwar von der Gesetzgebung und nicht selten noch darüber hinausgehend von der Rechtsprechung, dass es nur mehr um Wiedergutmachung gehen könnte. Eine schlichte Restitution im Sinne eines ‚status quo ante‘ wird es aber nicht geben.^{|75}

Das Mindeste wäre jedoch die Neuordnung der §§ 250 ff. StPO mit dem Ziel der Stärkung resp. Wiedererstärkung des Prinzips der Unmittelbarkeit

71 So aber offenbar *Duttge* ZStW 2003, 566: die Unmittelbarkeit werde »nur« in das Ermittlungsverfahren vorverlagert; an der Hauptverhandlung sei zwar für die »komplexeren Fälle« festzuhalten, aber nurmehr als »Ort ... vorwiegend der Zusammenführung und abschließenden Bewertung«.

72 So der (nicht unumstrittene, zumal weil – zu – groß geschriebene) Halbtitel des 39. Strafverteidigertages »Reform oder Reförmchen« (und das ohne Fragezeichen).

73 Vgl. *Scheffler* GA 1995, 465.

74 *Grünwald* beklagte bereits 1982 (FS Dünnebier S. 347 ff.) den »Niedergang des Prinzips der unmittelbaren Zeugenvernehmung«, vgl. auch die Warnung von *Mehle* (Fn 32) vor dessen Aushöhlung.

75 Überblick über Reformvorschläge u.a. bei *Beulke* StV 2010, 448, vgl. auch *Schünemann* ZStW 2002, 51 ff.

zu Lasten der »Leseritis«. |⁷⁶ Die Vorschläge des AE-Beweisaufnahme |⁷⁷ sind insoweit zwar ein beachtlicher Versuch, aber zu sehr von dem Bemühen geprägt, der ‚Aufwändigkeit‘ der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung letztlich mit Abstrichen am Prinzip der Unmittelbarkeit zu begebenen.

Zu fordern ist weiterhin die Übernahme und Ausformulierung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK im Lichte der EGMR-Rechtsprechung, wobei »das Verfahrensrecht der StPO gut daran täte, diesen Minimalstandard auch einmal zu übertreffen und sich nicht auf ihn zu reduzieren«. |⁷⁸ *Gaede* hat zwar zutreffend dargelegt, wie insb. das Fragerecht der Verteidigung bereits de lege lata aufgewertet werden könnte und sollte, |⁷⁹ gesetzgeberische Klarstellungen dürften aber auch insoweit hilfreich sein. Auch hier gilt: Die Vorschläge des AE-Beweisaufnahme |⁸⁰ sind begrüßenswert, aber zu sehr von dem Bemühen geprägt, den vermeintlichen Auswüchsen des Unmittelbarkeitsprinzips zu begegnen: Die Stärkung des Konfrontationsrechts letztlich nur als Gegenleistung (Preis) für die Schwächung jenes Prinzips desavouiert letztlich die eigenständige Bedeutung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.

Radtke hat 2012 die rhetorische Frage aufgeworfen, ob das Prinzip der Unmittelbarkeit noch »zeitgemäß« sei – und hat sie letztlich verneint. |⁸¹ Je nach Betrachtung dessen, was als »zeitgemäß« gilt, drängen sich zwei Antworten auf: Einerseits »Ja, das Prinzip ist noch zeitgemäß, und dabei muss es auch bleiben« – und andererseits: »Nein, es ist nicht mehr ‚zeitgemäß‘, und das ist auch gut so!«

76 Exemplarisch *Meyer-Mewes* StraFo 2013, 497.

77 *Eser u.a.* (Fn. 43) S. 2 ff.

78 *Beulke* (Fn. 61) S. 17 (u.a. gegen das BMJ-Eckpunktepapier 2001 = StV 2001, 314), dazu auch *Salditt* in der Dokumentation des 25. Strafverteidigertages (2001) S. 262 ff. und *König* in der Dokumentation des 26. Strafverteidigertages (2002) S. 257 ff.

79 *Gaede* (Fn. 64) S. 306 ff. mwN.

80 *Eser u.a.* (Fn. 43) S. 12, 20 f., 61 ff.

81 *Radtke* GA 2012, 200, ihm folgend wohl der AE-Beweisaufnahme (Fn. 43); zur Gefahr des »Zeitgeistes« *Schünemann* StV 1998, 400 f.

Recht und Praxis von Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Revisionsverfahren – ein kleiner Reformanstoß¹

I. Worum es geht

Wer über eine Reform *der* Revision spricht, meint dabei meist eine Reform des Revisionsrechts und damit gewiss nichts Neues. Das Nachdenken über eine Veränderung von Prüfungsmaßstab und Prüfungsdichte der »letzten Instanz« kennt eine lange Vorgeschichte, die wohl ähnlich alt sein dürfte wie die Klage über die Unzulänglichkeit der Revision an sich.² Warum sich gleichwohl gegenüber dem Rechtszustand von 1877 wenig verändert hat, hängt damit zusammen, dass *strukturell* eine Reform der Revision ohne eine weitreichende Reform des gesamten Rechtsmittelsystems einschließlich des gerichtlichen Instanzenzugs kaum denkbar ist und zudem durch eine richterrechtlich vollzogene Erweiterung des eigenen Kontrollbereichs³ das *praktische Bedürfnis* nach Veränderungen abgemildert wurde. Davon ist bereits häufig an anderer Stelle sachkundig berichtet worden.⁴

1 Der Text geht auf den Hauptteil des Vortrages zurück, den ich auf dem 39. Strafverteidigertag (Arbeitsgruppe 2) in Lübeck gehalten habe und ist nahezu wortgleich im Heft 12/2015 des *Strafverteidiger* erschienen. Manche der hier vorgestellten Überlegungen flossen auch in ein Positionspapier des Strafrechtsausschusses des DAV zur Reform des Revisionsverfahrens, das *Hamm* – dem an dieser Stelle für allerlei weiterführende Anmerkungen gedankt sei – im Rahmen der vom BMJV einberufenen Expertenkommission zur Reform der StPO vorgestellt hat.

2 Nach wie vor lesenswert ist der Überblick der unterschiedlichen Regelungsmodelle bei *Fezer* *Möglichkeiten einer Reform in Strafsachen* (1975), S. 6 ff.; zur Rechtsmittelreform in Strafsachen allgemein *Kintzi* FS Rieß (2002), S. 225 ff., der dem Beitrag den vielsagenden Titel »Eine unendliche Geschichte« gibt; s. ferner (mit Blick auf die Reformdiskussion der Juristentage) den Überblick von *Böttcher* ebd., S. 31 ff.; speziell zur dabei diskutierten Frage eines Einheitsrechtsmittels *Rieß* FS Paeffgen (2015), S. 758 ff.

3 Gemeint sind hier insbesondere der revisionsrichterliche Durchgriff an die Darstellung der Beweiswürdigung, der unter dem sinngebenden Schlagwort der »erweiterten« Revision« (dazu grundlegend *Fezer* *Die erweiterte Revision – Legitimierung der Rechtswirklichkeit?* [1974]) – und die ebenfalls im Laufe der Zeit mehr und mehr der revisionsgerichtlichen Kontrolle unterworfenen Strafzumessung (dazu s. nur *Bruns* *Strafzumessungsrecht* [1967], S. 588 ff.).

4 Statt vieler *Fezer* FS Hanack (1999), S. 331.

Ich möchte meine Überlegungen zur Reform dagegen nicht auf die Veränderung der Eigenart des Rechtsmittels richten und stattdessen nur auf *eine* Vorschrift eingehen, an der sich eine allmählich vollzogene Divergenz von Gesetzesanwendung und Gesetzesfassung offenbart. Deren Erkenntnis ist zwar nicht neu,⁵ sie wurde und wird indes von den professionellen Akteuren des Revisionsrechts genügsam geduldet, obgleich der Befund nicht ohne Weiteres in Einklang mit der sog. *Landau-Formel*⁶ steht, mit der das BVerfG in seinem Verständigungsurteil konstatierte, »dass im Rechtsstaat des Grundgesetzes das Recht die Praxis bestimmt und nicht die Praxis das Recht«. ⁷ Kurz: Es geht um § 349 StPO. ⁸

»Die Zukunft der Revision hängt wohl auch mit davon ab, daß hier eine insgesamt tragfähige und systematisch schlüssige Lösung gefunden wird. Sie läßt sich freilich nicht dadurch gewinnen, daß man die Rückkehr zum Rechtszustand von 1877 postuliert.«⁹ So sah es *Rieß*, sicher einer der intimsten Kenner des Strafprozessrechts im Allgemeinen und der strafrechtlichen Revision im Besonderen. Gemeint ist *Revisionsverfahren im engeren Sinne*, also jene Normen, die die Mechanismen betreffen, nach denen über eine Revision entschieden wird. Konkret stellt sich die Frage,

- unter welchen Voraussetzungen das Revisionsgericht im schriftlichen Beschlussverfahren oder durch Urteil nach einer Revisionshauptverhandlung entscheiden kann,
- inwieweit sich der Revisionsenat als Kollegialorgan Kenntnis über den Inhalt der Revisionsbegründung verschaffen muss, ob also der Vortrag des Berichterstatters genügt oder alle Senatsmitglieder den Inhalt der Revisionsbegründung und des schriftlichen Urteils durch Eigenlektüre kennen müssen (schlagwortartig als »Vier«- oder »Zehn-Augen-Prinzip«¹⁰ bezeichnet),
- und wann das Revisionsgericht die Revision ohne weitere Begründung verwerfen darf.

Diese Themen hängen inhaltlich miteinander zusammen. Beginnen wir mit der Sinnfrage:

⁵ Statt vieler *Fezer StV* 2007, 40.

⁶ So die Bezeichnung von *Jahn (ders./Nack* Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Theorie und Praxis – zwei Seiten einer Medaille? [2013], S. 7) unter Anspielung auf den Berichterstatter im Zweiten Senat.

⁷ BVerfGE 133, 168 (235).

⁸ Monographisch wird die Norm eingehend untersucht bei *Penner* Reichweite und Grenzen des § 349 Abs. 2 StPO (Lex Lobe) (1961); *Stoll* Die Entwicklung und Bedeutung der Lex Lobe (§ 349 Abs. 2 StPO) für den Bundesgerichtshof (1967);

⁹ *Rieß* FS Hanack (1999), S. 397 (416).

¹⁰ Beim OLG-Senat müsste es präzise »Sechs-Augen-Prinzip« heißen.

II. Welchen Sinn hat eine Revisionshauptverhandlung?

1. Woher wir kommen – ein historischer Abriss

Beides, die Entstehungsgeschichte und die gesetzliche Entwicklung, belegt eine bis heute durch den Gesetzgeber nicht korrigierte, wohl aber durch die praktische Übung der Revisionsgerichte und Revisionsstaatsanwaltschaften umgangene falsche Weichenstellung in der StPO. Schaut man sich die beiden Neuerungen an, die die maßgebliche Vorschrift des § 349 StPO (ursprünglich: § 389 RStPO) seit ihrem Inkrafttreten 1877 genommen hat, so fällt auf, dass der (Reform-)Gesetzgeber sowohl 1922 als auch 1964 einer entscheidenden Frage ausgewichen ist: Welchen Sinn und Eigenwert kann in einem auf Rechtsfragen beschränkten, durch umfängliche schriftliche Eingaben gekennzeichneten Rechtsmittelverfahren, in dem nur rechtskundige Akteure mitwirken sollen, eine mündliche Verhandlung haben? |¹¹

Ogleich den Vätern der Reichsjustizgesetze wohl bewusst war, »daß nach der Natur eines nur den Rechtspunkt betreffenden, eine schriftliche Begründung erfordernden Rechtsmittels der mündlichen Ausführung der Beschwerdegründe vor dem Richter der höheren Instanz keine wesentliche Bedeutung beiwohnt«, |¹² gingen sie, wohl getragen von der die Reform der tatrichterlichen Beweisaufnahme damals beherrschenden »Mündlichkeitsideologie« |¹³, davon aus, dass auch in der Rechtsmittelinstanz eine Hauptverhandlung mit anschließender Urteilsverkündung der Regelfall sein müsse. Durch Beschluss konnte das Revisionsgericht nur *unzulässige* Revisionen, also solche, die den Formerfordernissen nicht entsprachen, weil sie keine Begründung oder keinen ausreichenden Antrag enthielten, verwerfen (s. heute § 349 Abs. 1 StPO). Ansonsten musste *jede* Revision *durch Urteil* beschieden werden.

Diese Diskrepanz zwischen den *praktischen* Bedürfnissen im Arbeitsablauf eines Rechtsmittelgerichts und dem *gesetzlichen* Anspruch, gleichwohl eine nicht zwingend zur besseren Rechtserkenntnis notwendige Revisionshauptverhandlung durchzuführen, blieb nicht folgenlos. Allmählich und schrittweise gingen die Strafsenate des RG dazu über, auch solche Revisionen, die zwar formal korrekt mit Antrag und Begründung versehen waren, sich aber ihrer Angriffsrichtung nach allein in dem damals |¹⁴ von vornherein unbehelflichen Versuch erschöpften, die tatrichterliche Beweiswürdigung zu beanstanden, als »unzulässig« im Sinne von § 349 Abs. 1 StPO zu verwerfen.

¹¹ Darauf weist auch *Fezer* StV 2007, 40 (41 ff.) zutreffend hin.

¹² *Hahn* (Hrsg.) Die gesamten Materialien zu StPO (1880), Bd. III 1, S. 256.

¹³ So treffend *Rieß* FS Hanack (1999) S. 397 (413).

¹⁴ Die »erweiterte Revision« gab es noch nicht; zu ihrer Entwicklung grundlegend *Fezer* (Fn. 5).

Weil diese Vorgehensweise zwar einerseits mit dem Gesetzeswortlaut nicht im Einklang stand, andererseits aber ihre Zweckmäßigkeit nicht in Abrede gestellt werden konnte, erkannte der Gesetzgeber im Jahre 1922 einen Nachbesserungsbedarf an. Mit der »*Lex Lobe*«, benannt nach jenem Senatspräsidenten am RG, der »Vatergefühle« für das neue Gesetz nicht zu verhehlen vermochte,¹⁵ wurde die Praxis des Reichsgerichts legalisiert, indem die Möglichkeit geschaffen wurde, auch »offensichtlich unbegründete« Revisionen durch Beschluss zu verwerfen.

Was aber gedacht war, um allein dem damaligen »Ist-Zustand« der reichsgerichtlichen Praxis eine gesetzliche Grundlage zu geben, nahm eine Eigendynamik an, die sich nicht mehr aufhalten ließ: Nicht die Aussonderung der *offensichtlich* unbegründeten, also ihrer Begründung nach unstatthaften Revisionen leitete die Praxis der Beschlussverwerfung, sondern die an sich gesetzesfremde Zweckmäßigkeitsfrage nach der Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung im konkreten Fall. Schien dem Revisionssenat der Misserfolg der Revision nach Beratungslage sicher, so wurde sie im Beschlusswege verworfen. Anstelle der (sachlichen) Offensichtlichkeit eines Revisionsmisserfolgs trat die (formelle) Einstimmigkeit im Senat als entscheidendes Merkmal für eine Beschlussentscheidung.¹⁶ Dies führte zu einem Anstieg der Verwerfungsbeschlüsse von über 50 Prozent, der nicht nur von der Anwaltschaft in den 50iger Jahren zunehmend beklagt wurde.¹⁷ Die Kritik richtete sich nicht allein gegen den inflationären Gebrauch einer Evidenzformel, mit der die geleistete Arbeit (der anwaltlichen Ehre nicht unbedingt zuträglich) als »*offensichtlich*« unzureichend und unbrauchbar disqualifiziert wurde;¹⁸ vielmehr wurden die fehlenden Sicherungsmechanismen des § 349 Abs. 2 StPO, der allein Einstimmigkeit verlangte, beanstandet.

Die Frage nach der Notwendigkeit der Revisionshauptverhandlung, die nach der gesetzlichen Systematik der Normalfall bleiben sollte, stellte der zur Reform aufgerufene Gesetzgeber allerdings auch im Jahre 1964 gleichwohl nicht. Es erschien ihm vielmehr bei der bis heute geltende Neufassung des § 349 StPO als Königsweg, die Einbindung der Revisionsstaatsanwaltschaft zur formalen Bedingung einer Verwerfung im Beschlusswege zu machen.¹⁹

15 *Lobe* JW 1925, 1612.

16 Die als Beruhigung an die Kritiker gerichtete Versicherung *Lobes* (JW 1925, 1612), sein Senat habe »schon wiederholt Revisionen zur mündlichen Verhandlung gestellt, die er zwar einstimmig für unbegründet, nicht aber einstimmig für offensichtlich unbegründet hielt«, fand damit in der Folgezeit keine Bestätigung.

17 Dazu etwa *Stackelberg* NJW 1960, 505; *Wimmer* NJW 1950, 201.

18 Deutliche Worte aus revisionsrichterlicher Sicht fand *Sarstedt* JR 1960, 1 gegenüber der geleisteten Tätigkeit der Verteidiger, blieb aber bemerkenswert unkritisch, was den richterlichen Umgang mit dem Wortlaut des § 349 StPO angeht.

So setzte er ihren begründeten Verwerfungsantrag voraus, auf den der Beschwerdeführer die Gelegenheit zur Erwiderung haben sollte, ehe eine Revision als »offensichtlich unbegründet« verworfen werden durfte. Indes, die Erwartung, hierdurch die Zahl der Beschlussverwerfungen zu reduzieren, »erwies sich in der Folgezeit als völlig abwegig«. |²⁰

2. Wo wir stehen – zur gegenwärtigen Praxis

Daran hat sich nichts geändert. In der heutigen Revisionspraxis dominiert das Beschlussverfahren. Während die Strafsenate des Bundesgerichtshofs in den 50er Jahren noch etwa 1.000 Urteile im Jahr verkündeten, ist die Zahl der Verfahren in den letzten acht Jahren fast immer bei konstant weniger als 150 geblieben, die durch Urteil entschieden werden. |²¹ Darunter sind aufgrund der Antragspraxis des Generalbundesanwalts, der bei Revisionen der Staatsanwaltschaft stets einen Termins Antrag zu stellen pflegt, |²² staatsanwaltschaftliche Revision überproportional vertreten.

Der Verwerfungsantrag der Revisionsstaatsanwaltschaft ist die Regel bei der Angeklagtenrevision, und zwar unabhängig vom Wortlaut der Norm auch in solchen Verfahren, die grundlegende Rechtsfragen betreffen. |²³ Revisionsstaatsanwälte geben im Zwiesgespräch offen zu, mit ihrem Antrag weniger die eigene sachliche Bewertung der Revision als »offensichtlich« zu antizipieren als der Arbeitsweise und Übung »ihres« Revisionssenats gerecht werden zu wollen. Beim Revisionsgericht sind, auch das ist ein offenes Geheimnis, Aufhebungsanträge äußerst unbeliebt, weil sie den Revisionssenat dazu »zwingen«, in eine Revisionshauptverhandlung zu gehen, wenn er dem Antrag nicht folgen möchte. |²⁴

19 Der Gesetzgeber sah in der Einbindung der Staatsanwaltschaft einen Sicherungsmechanismus (BT-Drs. 3/2037, S. 42): »Wenn diese nicht mit den Revisionsrichtern in der Beurteilung der Sache übereinstimmt, kann das Merkmal »offensichtlich unbegründet« schwerlich gegeben sein.«

20 So *Stackelberg* FS Dünnebier (1982), S. 365 (367), der selbst im Vorfeld der Reform (AnwBl. 1959, 190 [203]) für die Einführung des Antragsverfahrens geworben hatte.

21 Vgl. nur *Barton* StRR 2014, 404.

22 Zu den Hintergründen aufschlussreich die Stellungnahme des Generalbundesanwalts im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens zur Verfassungsmäßigkeit der praktischen Handhabung von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO in *BVerfGE* 112, 185 (201).

23 Um »Einzelfälle« (so aber *Rieß* FS Hanack [1999], S. 397, [415]) handelt es sich hierbei nicht. Schaut man sich die amtliche Sammlung in BGHSt an, so besteht kein Zweifel, dass selbst grundlegende Entscheidungen in der Mehrzahl im Beschlusswege ergehen: Im aktuell letzten vollständigen Band *BGHSt* 58 finden sich 28 Entscheidungen auf Angeklagtenrevision, von denen die Mehrzahl (nämlich 15) durch Beschluss nach § 349 Abs. 2 und 4 StPO entschieden wurde, wobei bei den übrigen 13 Revisionsurteilen auch solche Verfahren sind, die schon wegen der parallel anhängigen Revision der Staatsanwaltschaft terminiert werden mussten.

24 Die Zeiten als die mit dem Gesetz unvereinbare Kompetenzanmaßung noch in der Form des »bestellten« Verwerfungsantrags (dazu *Widmaier/Gieg* NStZ 2001, 57) zeigte, sind zwar ... [Forts. S. 97]

Der Verwerfungsantrag lässt dem Senat dagegen grundlegende Freiheit, ob und in welche Richtung – zum Nachteil oder vielleicht doch zugunsten des Beschwerdeführers – das Beschlussverfahren zur Anwendung kommt, oder ob nicht doch ausnahmsweise eine Revisionshauptverhandlung anberaumt werden soll. Der Filter des staatsanwaltschaftlichen Antrags erweist sich daher als eine Formalie, ohne tragenden Schutzwert für den Angeklagten. So zeigt sich, dass (abermals) allein die Umgehung der Revisionshauptverhandlung, welche nach der Gesetzssystematik nach wie vor den Normalfall darstellen soll, die Praxis der Gesetzesanwendung bestimmt.

Dass die revisionsstaatsanwaltschaftliche Zuleitungsschrift die Verwerfung der Revision ohne nähere Darlegungen rechtfertigt, weil sie dem Beschwerdeführer gewissermaßen als »Begründungsersatz« dienen soll, ist ein häufig – auch von höchster Stelle²⁵ – geäußertes, gleichwohl wenig überzeugendes Argument. Einmal kann grundsätzlich eingewandt werden, die »strafprozessuale Gewaltentrennung«²⁶ stehe normativ der Legitimierung einer *gerichtlichen* Entscheidung durch die *Behörde* Revisionsstaatsanwaltschaft entgegen.²⁷ In der Praxis kommt hinzu, dass die Antragsbegründungen zuweilen (zu) schwach sind, um die Verwerfung der Revision zu erklären, und nach der auch vom BVerfG gebilligten herrschenden Auslegung, das Revisionsgericht nur die offensichtliche Unbegründetheit im Ergebnis, nicht aber in der Darlegung der Staatsanwaltschaft teilen muss.²⁸ Dies gilt umso mehr als der Beschwerdeführer in seiner zwar nicht obligatorischen, aber zwingend binnen der Zweiwochenfrist *abzuwartenden* Erwidderung den staatsanwaltschaftlichen Ausführungen mit nennenswerten Argumenten entgegengetreten oder etwa eine bis dato nur allgemein erhobene Sachrüge näher ausgeführt haben kann. In all diesen Fällen versagt das »Begründungsersatz-Argument«.

3. Was eingeräumt werden kann – Einsichten

Will man diesen Zustand der – man kann es nicht anders sagen – *institutionalisierten Gesetzesumgehung* reformieren, so sollte man sich zunächst – auch und gerade als Verteidiger – drei Punkte eingestehen. *Erstens*: Das Beschlussverfahren

[Forts. Fußnote 24] ... (hoffentlich) vorbei, doch gibt es immer noch Fälle (s. etwa *OLG Düsseldorf* StraFo 2013, 209 m. Anm. *Norouzi*), die die suggestiven Einflussmöglichkeiten und -wünsche mancher Revisionssenate eindrücklich belegen.

25 S. nur zuletzt *BVerfG* NJW 2014, 2563.

26 *Peters* FS Dünnebier (1982), S. 53 (67).

27 Darauf weist *Fezer* StV 2007, 40 (44).

28 S. nur *BGH* NJW 2002, 3266; *Meyer-Göfner/Schmitt* 58. Aufl. (2015), § 349 Rn. 14.

ist für den BGH, der im Jahr mehr als 3.000 Revisionen zu entscheiden hat, ein Instrumentarium, welches zur *Gewährleistung der Arbeitsfähigkeit* des Gerichts schwerlich in Abrede gestellt werden und in Anbetracht der das Revisionsverfahren dominierenden juristischen Argumentation grundsätzlich zu ebenso sachgerechten Ergebnissen führen kann wie eine Entscheidung durch Urteil. *Zweitens*: Die Verwerfungspraxis im Beschlusswege ist nicht allein und auch nicht in erster Linie (dazu gleich) dadurch bedingt, dass das Verfahren nach § 349 Abs. 2 StPO die Möglichkeit eröffnet, die Revision *ohne weitere Begründung* zu verwerfen. *Drittens*: Für die hohe Misserfolgsquote der Angeklagtenrevision sind *mehrere Faktoren* ursächlich, die

- teils mit der strukturell auf die ergebnisbezogene (vgl. § 337 StPO) Kontrolle von Rechtsfehlern beschränkten Eigenart des Rechtsmittels zusammenhängen,
- teils dem Umstand geschuldet sind, dass die Beschwerdeführer trotz anwaltlicher Vertretung Ziele verfolgen, die mit dem Rechtsmittel nicht bzw. nicht unmittelbar erreicht werden können (wie etwa den Beweis ihrer Unschuld oder eine im Ergebnis mildere Bestrafung, ohne dass die Beweiswürdigung des Tatgerichts bzw. die Strafzumessung Rechtsfehler aufweisen),
- teils aber auch auf eine nicht zu vernachlässigende Anzahl an schlechterdings unzureichend begründeten Revisionen zurückgehen.²⁹

Vor diesem Hintergrund stellt sich umso mehr die Frage nach dem Mehrwert einer Revisionshauptverhandlung. Wie das eingangs aufgeführte *Rieß-Zitat* zutreffend besagt, kann die Rückkehr zum Rechtszustand von 1877 keine Lösung sein.

III. Was geändert werden sollte

Eine Neustrukturierung muss daher den Gegebenheiten der Praxis Rechnung tragen und das normative Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Beschluss- und Urteils-Verfahren endlich umkehren. Dies führt weiter zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Verwerfung der Revision des Angeklagten im Beschlusswege statthaft sein soll, die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung notwendig bleibt. Zunächst zu Letzterem.

1. Notwendigkeit einer Revisionshauptverhandlung nur in Ausnahmefällen

Es spricht angesichts der Eigenart eines strengjuristischen Rechtsmittels nichts dagegen, zu einem schriftlichen Verfahren überzugehen. Die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung wäre dann die Ausnahme. Sie könnte einmal

²⁹ Darauf stellt *Sarstedt* JR 1960, 1 ab.

allein dem Ermessen des Revisionsgerichts überantwortet bleiben, aber auch von einem materiellen Kriterium oder von prozessualen Gegebenheiten im konkreten Verfahren, wie der Uneinigkeit im Senat abhängig gemacht werden. Ich schlage eine Mischung vor, nämlich ein rechtlich gebundenes Ermessen des Revisionsgerichts zur Durchführung der Revisionshauptverhandlung im Rahmen einer *Soll-Vorschrift* unter folgenden Voraussetzungen:

- Es soll eine Revisionshauptverhandlung stattfinden, wenn es sich um eine *Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung* handelt, also um solche, zu denen bereits im Schrifttum gegenläufige Positionen bezogen werden und/oder deren Leitsatzbeantwortung zur Aufnahme in der amtlichen Sammlung geeignet erscheint. Das wäre ein *sachliches* Kriterium.
- Weiter *soll* das Revisionsgericht Termin ansetzen, wenn der Senat der Auffassung ist, dass die konkreten Rechtsfragen, auch bedingt durch den Einzelfall, am Besten im Rahmen einer mündlichen Verhandlung gelöst werden können, seiner Einschätzung nach das mündliche Rechtsgespräch einen weiteren Erkenntnisgewinn verspricht. |³⁰
- Daneben *mus*s wie bislang daran festgehalten werden, bei *Uneinigkeit* im Senat bei der Entscheidung über die *Verwerfung* der Revision einen Termin zu verlangen. Dann ist allerdings kein Ermessen des Gerichts statthaft, vielmehr bleibt eine Revisionshauptverhandlung zwingend erforderlich.

In diesen völlig unterschiedlichen, mal vom Einzelfall, mal von übergeordneten Gesichtspunkten abhängigen Kriterien für die Durchführung einer Revisionshauptverhandlung scheinen zugleich die divergenten Zwecke des Rechtsmittels auf.

2. Grundsätzliche Statthaftigkeit der Beschlussentscheidung, aber ...

Das führt weiter zu den Voraussetzungen der Beschlussentscheidung. Zunächst sollte das – in der überkommenen, auf die Revisionshauptverhandlung fokussierten Gesetzessystematik erklärbar – Einstimmigkeitserfordernis bei Entscheidungen zu Gunsten des Angeklagten – die ihrerseits nicht »offensichtlich begründet« sein müssen –, wie es derzeit noch § 349 Abs. 4 StPO verlangt, aufgehoben werden. Ausreichend ist, dass der Senat mehrheitlich die Revision für durchgreifend erachtet, wenn er im Beschlussverfahren bleiben möchte.

Daneben sollte natürlich (nicht nur aus kosmetischen Gründen) der Wortlaut des § 349 Abs. 2 StPO geändert werden, indem man die nicht definierbare, mehr ein Erlebnis denn ein Tatbestandsmerkmal und von der Praxis inzwischen

³⁰ Eine nähere gesetzliche Konkretisierung fällt schwer. Es können im Einzelfall ganz unterschiedliche Gesichtspunkte sein, die eine Revisionshauptverhandlung rechtfertigen. So kann etwa der Beruhenszusammenhang manchmal im mündlichen Vortrag besser lebensweltlich veranschaulichen lassen als im schriftlichen Revisionstext. Ebenso kann die von Wertungsfragen abhängige »erweiterte Revision« im Rechtsgespräch sich plastischer darstellen lassen.

geflissentlich ignorierte »Offensichtlichkeit« der Unbegründetheit im Gesetzeswortlaut streicht. Sie taucht in den Tenorbeschlüssen des Bundesgerichtshofs ohnehin nicht mehr auf,³¹ was zwar einerseits als Empathie gegenüber der anwaltlichen Sensibilität verstanden werden kann, letztlich aber die in der Praxis stattfindende Gesetzesumgehung unehrlich verbrämt.³² Stattdessen sollte sich die Unbegründetheit der Revision allein formal aus dem *Einstimmigkeitserfordernis* ableiten. Die darin zum Ausdruck kommende Legitimation durch Verfahren wird bereits in der jetzigen Praxis so gehandhabt. Das setzt allerdings zwei Schutzvorkehrungen zugunsten des Beschwerdeführers voraus:

3. ... verlässliche Kenntnis der Mitglieder des Revisionsssenats und ...

Einstimmigkeit im Senat verlangt nach einer verlässlichen Kenntnis des gesamten Revisionsvortrags und des zur Überprüfung stehenden Urteils. In der Praxis hat sich ein Mechanismus durchgesetzt, der vom Gesetz zwar nicht vorausgesetzt wird, sich aber nach Auffassung der Revisionsgerichte bewährt hat. Danach liegt im Beschlussverfahren die Vorbereitung und Beratungsleitung in den Händen des Vorsitzenden und des Berichterstatters (»Vier-Augen-Prinzip«). Nur sie kennen regelmäßig die Revisionsunterlagen. Dass damit die dem gesamten Kollegialorgan überantwortete Entscheidung über die Unbegründetheit oder Begründetheit der Revision, über den Eintritt der Rechtskraft einer mitunter lebenslänglichen, jedenfalls häufig existenzvernichtenden Freiheitsstrafe, oder über die Aufhebung des Urteils mit der Perspektive einer neuen Beweisaufnahme vor einem anderen Gericht, dass diese ungeheure Entscheidungsmacht faktisch in den Hände von zwei Senatsmitgliedern liegt und dabei ganz entscheidend von dem Berichterstattervortrag abhängt, ist schon früh, nämlich vor 65 Jahren und nicht von anwaltlicher Seite, bemerkt und beanstandet worden: »Der Berichterstatter entscheidet durch seinen von den Prozeßbeteiligten nicht kontrollierten Sachvortrag beinahe schon das Schicksal der Revision.«³³

31 Der BGH verwendet inzwischen die Tenor und Begründung vermischende (dazu krit. *Meyer-Götsner* FS Tolkdorf [2014], S. 323 [328]) Formel: »Die Revision des Angeklagten ... wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO)«. Ebenso verklausuliert pflegt der *BGH* bei Teilaufhebungen in der Begründung mitzuteilen, »im Übrigen ist das Rechtsmittel [oder die Verfahrensrüge oder die Sachrüge usw.] unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO«. Von Offensichtlichkeit ist hier wie dort keine Rede mehr, sie ergibt sich nur indirekt durch den Hinweis auf die Gesetzesvorschrift.

32 Treffend *Fezer* StV 2007, 40 (45).

33 Dies bemerkte bereits im Jahr 1950 der damalige Richter am Obersten Gerichtshof *Wimmer* NJW 1950, 201 (203). Anschaulich formuliert auch *Fischer* FS Paeffgen (2015), S. 737 (749): »Die oder der berichtstattender Bundesrichter(in) erlebt und gestaltet im Vortrag einen *Kerngehalt* seiner richterlichen Identität. Nirgendwo sonst in der beruflichen Tätigkeit fließt derart viel »Persönlichkeit« unvermittelt und ungefiltert ein; nirgendwo sonst lässt sich im Übrigen das »Wesen« der richterlichen Person so direkt und spontan erleben.«

Die Debatte um die Sachgemäßheit dieses Vorgehens ist anlässlich eines, wohl in seinem Bedeutungsgehalt unbedachten, Nebensatzes im Nichtannahmebeschluss des BVerfG zur Verfassungsgemäßheit des Doppelvorsitzes zweier Strafsenate am BGH³⁴ entstanden und mündete in einer mit Verbalinjurien nicht geizenden Kontroverse, in der bislang (ehemalige) Bundesrichter auf der einen wie der anderen Seite wortführend sind.³⁵ Dabei scheint sich die befürchtete Möglichkeit des Berichterstatters, insbesondere³⁶ durch seinen Sachvortrag auf die Entscheidung des Spruchkörpers maßgeblich Einfluss nehmen zu können, statistisch belegen zu lassen.³⁷ Weil eine solche Verfälschung des Entscheidungsergebnisses allein durch die Auswahl bzw. geschäftsordnungsmäßige Bestimmung des Berichterstatters³⁸ mit dem *Sinn des Kollegialprinzips*, Rechtserkenntnis durch Diskurs und durch Einbindung unterschiedlicher Perspektiven zu gewinnen, ebenso wenig vereinbar erscheint wie mit dem Anspruch des Einzelnen auf effektiven und willkürfreien Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) einerseits und auf den gesetzlichen (Revisions-)Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) andererseits, sollte hier der Gesetzgeber zumindest Vorkehrungen treffen. Die Verwerfung einer Revision im Beschlusswege kann nur dann statthaft sein, wenn eine verlässliche Kenntnisnahme der Senatsmitglieder vom Revisionsgegenstand gewährleistet ist. Dabei könnte es sich anbieten, die hinsichtlich der »erweiterten Revision« unumgängliche Eigenlektüre des Urteils und der Revisionsunterlagen, insbesondere nach der Regelbeispielstechnik in bestimmten Delikt- bzw. Verfahrenskonstellationen abhängig zu machen, etwa wenn es um die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe geht oder problematische Beweissituationen, wie Aussage-gegen-Aussage, in Rede stehen.³⁹

34 *BVerfG* NJW 2012, 2334 (2336) – näher zur »Vorsitzendenkrise« s. *Groß-Börling* HRRS 2012, 89; *Paeffgen/Wasserburg* GA 2012, 535; *Schünemann* ZIS 2012, 1.

35 Zur Kritik am »Vier-Augen-Prinzip« s. *Barton* StRR 2014, 404; *Fischer/Eschelbach/Krehl* StV 2013, 425; *Fischer/Krehl* StV 2012, 550; *Fischer* FS Paeffgen (2015), S. 737 (746 ff.); *Lamprecht* NJW 2013, 3563; *Paeffgen/Wasserburg* GA 2012, 535 (547 ff.); dagegen *Basdorf u. a.* NSZ 2013, 563; *Brause* JR 2013, 136; s. ferner affirmativ zur bisherigen Praxis *Meyer-Göfner* FS Tolksdorf (2014), S. 323; *Mosbacher* NJW 2014, 124; schließlich mit einem »Vorschlag zur Güte« *Hamm/Krehl* NJW 2014, 903.

36 Etwas anderes ist es, dass allein der Berichterstatter entscheidet, wann eine Sache beratungsreif ist. Die Möglichkeit, durch die Wahl eines Beratungstages, an dem die Spruchgruppe eine wie auch immer im Sinne des Berichterstatters vorhandene Besetzung hat, auch Einfluss auf das Ergebnis zu nehmen, ist dabei ein Mittel, dessen Bedeutung nicht unterbewertet werden sollte.

37 Dazu erhellend, aber auch besorgniserregend *Fischer* NSZ 2013, 430; s. ferner zur statistischen Berechnung *Brodowski* HRRS 2013, 409; *Barton* StRR 2014, 404 (409).

38 Auch hier gibt es Unterschiede bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofs, wie der für den konkreten Einzelfall zuständige Berichterstatter bestimmt wird. Ein »gesetzlichen« Berichterstatter verlangt nach h. M. auch § 21 g Abs. 1 Satz 2 GVG nicht (dazu s. nur *Breidling* in: LR 26. Aufl. (2010), § 21 g GVG Rn. 7).

39 Weitere Vorschläge bei *Hamm/Krehl* NJW 2014, 903 (905).

Dass auch ein solch kleiner, nur Teilbereiche einem »Zehn-Augen-Prinzip« überantwortender Schritt die »international nahezu beispiellos[e]«⁴⁰ Erledigungsgeschwindigkeit des BGH beenden muss, erscheint als ein Opfer, das im Sinne der hierdurch gesteigerten Verlässlichkeit des »letzten Rechtsmittels« und der damit eher zu gewinnenden Akzeptanz in Kauf genommen werden sollte.

4. ... Begründungspflicht erforderlich

Und schließlich ist eine Begründungspflicht auch für Verwerfungsbeschlüsse gesetzlich zu verankern. Dies ist eine alte Forderung,⁴¹ für die mehrere Gründe streiten. Einmal leidet das Vertrauen des Betroffenen in die Arbeitsweise und Gründlichkeit der Prüfung des Revisionsgerichts, wenn die mitunter umfänglichen Ausführungen seines rechtskundigen Anwalts mit nur einem Satz erledigt werden. Der Verdacht, der Revisionsssenat wollte lieber auf eine Begründung verzichten, ehe er eine schwache Erklärung lieferte, lässt sich nicht in allen Fällen einfach von der Hand weisen. Die Begründungspflicht diszipliniert und bietet »eine größere Garantie für die Sorgfalt der Beratung.«⁴² *Krehl* bemerkte einst (noch als Universitätsassistent fern von jetzigen Bundesrichterweihen) zutreffend: »Der sich aus der Begründungspflicht ergebende Zwang zu gründlicherem Vorgehen, verbunden mit einer sonst in dieser Form nicht gewährleisteten Selbstkontrolle birgt die Möglichkeit in sich, daß die Entscheidung anders ausfällt als ohne die diesen Prozeß auslösende Begründungspflicht.«⁴³ *Begründete* Entscheidungen können nämlich Gegenstand der Diskussion, und damit auch der Kritik, in der Fachöffentlichkeit werden.

Aber nicht nur Gründe zum Wohl des Einzelnen streiten für eine Begründungspflicht, sondern auch die objektiven Zwecke der Revision für die Rechtseinheit und Rechtsfortbildung. Einmal kann vermieden werden, dass sich klandestine Rechtssprechungsdivergenzen zwischen den Senaten einschleichen. Auch werden Rechtsstandpunkte klargestellt, bei denen der Senat zwar nicht der Antragsbegründung der Revisionsstaatsanwaltschaft folgt, sondern nur die Unbegründetheit im Ergebnis teilt. So könnte etwa der in der Praxis häufig zu beobachtenden (Un-)Sitte der Revisionsstaatsanwaltschaft,

40 So *Meyer-Götsner* FS Tolksdorf (2014), S. 323 (326) unter Verweis auf eine Erledigungsquote von ca. 98 % innerhalb von drei Monaten.

41 S. etwa *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer* Denkschrift zur Reform des Rechtsmittelrechts und der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß (1971), S. 56 f.

42 *Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer* (Fn. 41), S. 57 f.

43 *Krehl* GA 1987, 162 (170).

der von der Verteidigung erhobenen Verfahrensrüge zunächst einmal »rein prophylaktisch« die Zulässigkeit im Sinne des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO abzusprechen, eingedämmt werden, indem das Revisionsgericht in seiner Begründung zumindest darlegt, warum der von der Staatsanwaltschaft vermisste Rügevortrag nicht erforderlich im Sinne des Gesetzes ist. Das würde zu einer für die Allgemeinheit kalkulierbaren Handhabung dieser Norm beitragen.

Dem Einwand, dem Revisionsgericht könne nicht zugemutet werden, auf die noch so absonderlichsten Rügen⁴⁴ dezidiert einzugehen, kann Rechnung getragen werden, weil das Revisionsgericht sich die entsprechenden Ausführungen der Revisionsstaatsanwaltschaft ausdrücklich zu eigen machen kann. Die bloß floskelhafte Bezugnahme auf die Ausführungen in der Zuleitungsschrift sollte jedoch unterbleiben. Das Gericht kann, wie es bislang schon gehandhabt wird, die Stellungnahme durch Einrücken in seinen Beschluss integrieren, was im Sinne der Verfahrenstransparenz vorzugswürdig erscheint; oder es kann die wesentlichen Argumente der Revisionsstaatsanwaltschaft in eigenen Worten wiedergeben. Ist der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Gegenerklärung den Ausführungen der Revisionsstaatsanwaltschaft dezidiert entgegengetreten, so lässt es sich nicht vermeiden, dass das Revisionsgericht hierauf wenigstens kurz eingeht. Den häufig anzutreffenden Versuchen, die eigene Beweiswürdigung in revisionsfremder Weise an die Stelle der des Tatgerichts zu rücken, wird das Revisionsgericht, wie bislang schon, kurz und knapp bescheiden können. So geschieht es regelmäßig in Beschlüssen auf Anhörungsprügeln nach § 356 a StPO, mit denen der Beschwerdeführer geltend macht, sein Vorbringen sei nicht hinreichend berücksichtigt worden. Hier sehen sich die Senate durchaus in der Lage, kurz und knapp die wesentlichen Erwägungen ihrer Entscheidung mitzuteilen.

IV. Wohin wohl stattdessen die Reise geht

Zugegeben, aus der Feder eines Revisionsverteidigers mag es eigenartig erscheinen, wenn auf die vermeintliche Privilegien, die das Gesetz dem Revisionsführer mit dem grundsätzlichen Anspruch auf eine Revisionshauptverhandlung gibt, verzichtet und stattdessen gefordert wird, den Gesetzeswortlaut der praktischen Übung anzugleichen. Nur, was nützen verbriefte

⁴⁴ In der anschließenden Diskussion auf dem Strafverteidigertag sprach *Jahn* die ihm aus seiner Tätigkeit als OLG-Richter im Nebenamt bekannten »hardcore o. u.«-Revisionen an. Auch mir sind solche geläufig. Ist der Unsinn evident, spricht wenig dagegen, ihn auch kurz in sachlichen Worten als solchen zu kennzeichnen.

Ansprüche, was nützt die Fiktion eines gesetzlichen Normalverfahrens, wenn sie nicht nur in der Praxis bei den entscheidenden Stellen wenig Gegenliebe erfahren und wenn auch der engagierteste Verfechter der Angeklagtenrevision einräumen muss, dass es einer Revisionshauptverhandlung nicht stets bedarf, ihr praktischer Mehrwert zweifelhaft bleibt? Es wäre durchaus wert, auf sie zu verzichten – und zwar auch dann, wenn das Revisionsgericht zum Nachteil des Angeklagten entscheiden möchte –, wenn im Gegenzug die materielle Kontrolle im Revisionsssenat die tatsächliche Voraussetzung der Einstimmigkeit und die in der Begründungspflicht notwendige Transparenz folgen würde. Die Nachteile des einen würden nach meiner Einschätzung durch den Gewinn des anderen mehr als aufgewogen werden. Es ist aber zu bezweifeln, ob der Gesetzgeber diesen Schritt gehen wird. Die Empfehlung der StPO-Expertenkommission im BMJV scheint vielmehr nach dem Prinzip der ‚ruhigen Hand‘ nichts ändern zu wollen.

Das kann nicht das letzte Wort sein. An der Richtigkeit des Befundes von *Rieß*, wonach sich an den technischen Stellschrauben des Revisionsverfahrens auch die Zukunftsfähigkeit des Rechtsmittels zeigen wird, hat sich nichts geändert.

Priv.-Doz. Dr. Ken Eckstein

Reform der Hauptverhandlung nach anglo-amerikanischem Vorbild? |¹

I. Einführung

Ich beginne mit einem Geständnis: Der Titel meines Vortrags ist ein Plagiat. Aber dieses Plagiat, nein Zitat, ist bewusst gewählt. Denn es wirft ein Schlaglicht auf die Reformdiskussion, die wir heute führen wollen. Schon 1971 hatte Joachim *Herrmann* seine Habilitationsschrift mit eben diesem Titel überschrieben: Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens. Immerhin, das Fragezeichen stammt von mir.

Seit 1971 sind zahlreiche Strafverfahrensänderungsgesetze ergangen. 2001 hat das Bundesjustizministerium, basierend auf Diskussionen in der Regierungskoalition, Eckpunkte einer Strafprozessreform festgelegt. Dazu gehörten:

- Verbesserung des Opferschutzes
- Förderung konsensualer Elemente und Stärkung der Verteidigungsrechte, unter anderem durch eine Eingangsstellungnahme der Verteidigung
- Konzentration und verstärkte Verwertbarkeit von Beweisen aus dem Ermittlungsverfahren. |²

Seit dem 7.7.2014 beriet eine Expertenkommission beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz über eine umfassende Reform der Strafprozessordnung. Zentrales Reformthema sollte die Effektivierung des Strafverfahrens unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze sein. |³

1 Gegenüber dem Vortrag auf dem 39. Strafverteidigertag in Lübeck 2015 erweiterte Fassung. Teilweise zugrunde liegt mein Beitrag »Inquisitorischer und adversatorischer Prozess und das Fair-Trial-Prinzip«, in: Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, hrsg. v. Schroeder, Friedrich Christian / Kudratov, Manuchehr, Frankfurt am Main 2014, S. 219 ff.

2 Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens. Beschluss der Bundesregierung, StV 2001 S. 314 ff.; *Däubler-Gmelin StV* 2001 S. 359 ff.

3 Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2015, S. 1.

Dahinter scheinen die verfassungsrechtlichen Grundpfeiler auf, an denen sich der Strafprozessgesetzgeber orientiert: Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege einerseits – die Überlastung der Justiz durch Zahl und Dauer der Verfahren treibt den Gesetzgeber um – und andererseits der Schutz von Grund- und Verfahrensrechten. Die Expertenkommission empfiehlt unter anderem, der Verteidigung die Möglichkeit einzuräumen, zu Beginn der Hauptverhandlung eine Eröffnungserklärung abzugeben (Empfehlung 12.2), und für Großverfahren einen fakultativen nicht-öffentlichen vorbereitenden Erörterungstermin einzuführen (Empfehlung 12.1).⁴

Ein Alternativentwurf des Arbeitskreises AE schlägt vor, die audiovisuelle Aufzeichnung von Vernehmungen in größerem Umfang zur Pflicht zu machen, die Beteiligungsrechte der Verteidigung im Ermittlungsverfahren zu stärken und im Gegenzug den Transfer von Beweismitteln aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung zu erleichtern.⁵ Die Gretchenfrage dabei ist, inwieweit der Rückgriff auf Surrogate aus dem Ermittlungsverfahren die unmittelbare Beweiserhebung durch Vernehmung in der Hauptverhandlung sperrt. Der Alternativentwurf ermöglicht Kumulation nicht nur nach Maßgabe des Beweisantragsrechts der Beteiligten, sondern macht Kumulation zum Gegenstand der Aufklärungspflicht des Gerichts, § 244 Abs. 2 StPO – etabliert also keine Sperrwirkung.⁶

Dass eine Reform des Strafverfahrens sich am anglo-amerikanischen Vorbild orientieren könnte, diese Vorstellung hat zuletzt das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009⁷ genährt. Eine Vorbildfunktion des adversatorischen Prozessmodells wird teilweise befürwortet,⁸ teilweise stößt sie auf Ablehnung.⁹ Deshalb will ich im Folgenden zunächst die miteinander konkurrierenden Prozessmodelle vorstellen (unten II.). Anschließend will ich mit Ihnen einen Blick auf Hauptverhandlung und Beweisaufnahme im anglo-amerikanischen Strafverfahren werfen (unten III.). Und in einem letzten Schritt will ich versuchen, einen alternativen Maßstab für die Reform der Hauptverhandlung zu begründen (unten IV.).

4 Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2015, S. 113 ff.

5 Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme). Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), GA 2014 S. 1 ff.

6 § 250 StPO-AE-Beweisaufnahme (Fn. 5), GA 2014 S. 1 ff., 11, 18 ff.

7 BGBl. I S. 2353.

8 Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, Tübingen 2008, S. 416 ff.

9 Schünemann in: Weßlau / Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 555 ff.

II. Adversatorisches und inquisitorisches Prozessmodell

1. Parteien und Richter

Adversatorisch und inquisitorisch sind schillernde Begriffe. Der »reformierte Prozess« der deutschen Strafprozessordnung hat sich von seinen inquisitorischen Wurzeln weit entfernt – und doch den Aufklärungsgrundsatz beibehalten, die sogenannte Inquisitionsmaxime. Adversatorisch und inquisitorisch fungieren als typisierende Attribute. Sie bezeichnen Prozessmodelle, Idealtypen. Real dagegen existieren Mischformen. Und diese Mischformen nähern sich einander an. Diese sogenannte Konvergenz der Systeme wurde in jüngerer Zeit wiederholt diagnostiziert. |¹⁰

Im inquisitorischen Prozessmodell in seiner ursprünglichen Form standen sich nur der Angeklagte und sein Richter gegenüber. |¹¹ Der Richter führte die Untersuchung. Dieses Begriffsverständnis steckt bis heute in der für die Hauptverhandlung geltenden Inquisitionsmaxime, dem Aufklärungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO. Doch die Struktur des Verfahrens hat sich grundlegend geändert. Die Anklagefunktion wurde von der Entscheidungsfunktion abgespalten und in die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft überführt. Dadurch ist, wie im adversatorischen Verfahren, ein Dreiecksverhältnis zwischen Beteiligten und Gericht entstanden. Ein solches Dreiecksverhältnis sagt folglich nichts mehr aus über die Adversarität eines Strafverfahrens.

Dasselbe gilt für eine weitere Funktionsaufspaltung und das daraus resultierende Dreiecksverhältnis, nämlich für die Trennung der Ermittlungs- von der Anklagefunktion, wie sie das anglo-amerikanische Verfahren vorsieht: Die Ermittlungen liegen in den Händen der Polizei, für die Anklageerhebung ist die Staatsanwaltschaft zuständig. |¹² Und zugespitzt: Dass ein Ermittlungsrichter über Grundrechtseingriffe entscheidet – so dass Staatsanwaltschaft, Ermittlungsrichter und Beschuldigter in einem Dreiecksverhältnis zueinander stehen – diesen Grundrechtsschutz durch einen Ermittlungsrichter hält *Goldstein* sogar umgekehrt für ein inquisitorisches Phänomen. |¹³

10 *Harding* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 12 m.w.N. *Trüg* hat dem Phänomen eine Monographie gewidmet (*Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren*, Tübingen 2003).

11 Vgl. nur *Radbruch*, *Der Geist des Englischen Rechts*, 4. Auflage, Göttingen 1958, S. 17.

12 *Schestakowa* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 40 hält die richterliche Kontrolle von Grundrechtseingriffen für systemrelevant. Ein adversatorisches Verfahren ist aber auch ohne Grundrechtsschutz denkbar.

13 *Goldstein* *Stanford Law Review* 26 (1974) S. 1009 ff., 1023.

Der deutsche »reformierte Prozess« der Strafprozessordnung ist als Mischform entstanden. Das inquisitorische Verfahren in seiner klassischen Form war schriftlich und geheim. Grundlage waren Akten, aus ihnen wurde das Urteil geschöpft. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme galt nicht.¹⁴ Die Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit gelangten über Frankreich nach Deutschland. Ihren Ursprung hatten sie im adversatorischen Verfahren. In England mussten die Parteien ihren Wettstreit um die Wahrheit unmittelbar, mündlich und unter den Augen der Öffentlichkeit austragen. Die deutsche Reformdiskussion griff diese Grundsätze auf, weil sich die Überzeugung durchzusetzen begann, dass die Rechte des Beschuldigten besser geschützt werden mussten. Zum Schutz gegen staatliche Willkür und auf dem Umweg über ein kontinentaleuropäisch geprägtes Nachbarland fanden Verfahrensgrundsätze ursprünglich adversatorischen Charakters Eingang in den reformierten inquisitorischen Prozess.¹⁵

Die verbleibenden Unterschiede zwischen den Prozessmodellen liegen vor allem in zweierlei: im Beibringungsgrundsatz und in der Dispositionsmaxime. Kurz gesagt: Im inquisitorischen Verfahren steht der Prozessgegenstand nicht zur Disposition der Parteien (unten 3.), die Beweiserhebung bleibt Teil der Entscheidungsfunktion (unten 2.). Dadurch wächst dem erkennenden Richter eine aktive Rolle zu.¹⁶ Darauf will ich etwas genauer eingehen.

2. Wahrheitserforschung

Im adversatorischen Verfahren gilt der Beibringungsgrundsatz. Anklage und Verteidigung müssen als Parteien Tatsachen vortragen und Beweise beibringen. Der Richter ist passiver und neutraler Schiedsrichter.¹⁷ Das führt zu typischen Eigenschaften eines adversatorischen Strafprozesses. Als solche gelten:

- die Möglichkeit auch der Verteidigung, durch Ermittlungsmaßnahmen den Sachverhalt zu erforschen
- das Recht der Verteidigung auf Konfrontation mit den Beweismitteln der Anklage
- ein starkes Recht auf den Beistand eines Verteidigers.¹⁸

14 *Mittermaier*, Das Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Landes-Gesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Straf-Verfahren, Erster Theil, Heidelberg 1845, S. 167 f.

15 Vgl. *Mittermaier* (Fn. 22) S. 210 ff.

16 *Goldstein* Stanford Law Review 26 (1974) S. 1009 ff., 1018 f.

17 *Goldstein* Stanford Law Review 26 (1974) S. 1009 ff., 1016.

18 *Trüg* (Fn. 6) S. 25.

Hinter diesen Charakteristika des adversatorischen Prozessmodells scheint eine fundamentale Funktionsvoraussetzung adversatorischen Prozessierens auf. Das Ausmaß, in dem der Beschuldigte als Partei Verantwortung trägt, ist bedeutend höher, als wir es hierzulande gewohnt sind. Wir wehren uns gegen die Widerspruchslösung des BGH. Im anglo-amerikanischen Verfahren ist die Raise-or-waive-Rule anerkannt.¹⁹

Während das inquisitorische Verfahren stärker auf die Professionalität der Richter angewiesen ist, steht und fällt das adversatorische Verfahren mit einer starken Verteidigung.²⁰ Historisch betrachtet hat erst das Recht auf einen Verteidiger die Entwicklung hin zum adversatorischen Prozess ermöglicht.²¹ Diese Voraussetzungen dürfen nicht übersehen werden. Russland hat nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion versucht, ein adversatorisches Verfahren einzuführen. Dadurch sollte die Staatsmacht gebändigt werden. In Ermangelung einer funktionierenden, starken Anwaltschaft ist dieser Bändigungsversuch missglückt.²²

Dem adversatorischen Verfahren wird zugeschrieben, durch Einbindung beider Parteien für größere Stofffülle zu sorgen.²³ Auf die Präsentation der Anklage folgt im adversatorischen Verfahren die eigenständige Präsentation des Falles aus Sicht der Verteidigung.²⁴ Dennoch ist es das inquisitorische Verfahren, das konsequent auf Wahrheitserforschung angelegt ist. Das Ziel des Strafverfahrens, Rechtsfrieden zu schaffen, setzt im inquisitorischen Prozess bestmögliche Erforschung der Wahrheit voraus. Dass der Sachverhalt von Amts wegen erforscht werden muss, erklärt *Radtke* in Deutschland zum

19 *Thaman* in: *Perron* (Hrsg.), Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, Freiburg 1995, S. 539 ff.

20 *Eser* in: *Kühne* (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, S. 561 ff., 564 f.; *Hörnle* ZStW 117 (2005) S. 801 ff., 833.

21 *Langbein*, The Origins of Adversary Criminal Trial, Reprint New York 2010, S. 20, 28, 61, 106, 253, 258, 277 – im älteren streitigen Verfahren ohne Verteidiger fungierte der Beschuldigte als Informationsquelle, aus der das Gericht schöpfte.

22 Dahinter steht die Beziehung zwischen Verfahrensmodell und Staatsverständnis, wie sie *Damaška* herausgearbeitet hat (*Damaška* ZStW 87 [1975] S. 713 ff.). Unterschiede im Detail führt *Hörnle* auf kulturelle Faktoren zurück, auf Geschichte und Geistesgeschichte eines Landes (*Hörnle* ZStW 117 [2005] S. 801 ff., 806.). Ein reactive state, der die Freiheit seiner Bürger nur im Notfall beschränkt, organisiert auch das Strafverfahren nach dem Grundsatz der Eigenverantwortung. Ergebnis ist ein adversatorischer Verfahrenscharakter. Die koordinierte Struktur der Machtausübung durch Funktionsträger mit autonomen Kompetenzen wirkt als Korrektiv. Proactive states dagegen wollen Gefahrenlagen vorausseilend entgegenwirken, auch wenn das Freiheiten beschränkt. Sie entscheiden sich für inquisitorische Spielarten des Strafverfahrens. Hierarchische Strukturen legen dieser Machtfülle Fesseln an (*Damaška* ZStW 87 [1975] S. 713 ff., 722 ff., 732 ff.; *Trüg* [Fn. 6] S. 14 ff. m.w.N.).

23 *Trüg* (Fn. 6) S. 27 m.w.N.

24 Näher dazu *Billis*, Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren, Berlin 2015, S. 82 ff., 86.

Verfassungsgebot (Rechtsstaats- und Schuldprinzip, Art. 1 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG).²⁵ Im adversatorischen Verfahren sorgt dagegen vor allem die Einhaltung der Verfahrensregeln für Rechtsfrieden.²⁶

Weßlau hat klar herausgearbeitet, dass dieser Unterschied nicht unterschiedliche Wahrheitsbegriffe präjudiziert, sondern für unterschiedliche Wege der Wahrheitsfindung steht.²⁷ Sie verweist darauf, dass beide Prozessmodelle ein Urteil auf Überzeugung gründen, nicht auf Wahrheit.²⁸

3. Disposition über den Verfahrensgegenstand – Absprachen

Im adversatorischen Verfahren können die Parteien über den Prozessgegenstand disponieren. Wenn der Beschuldigte der Anklage zustimmt, ist der Streit zwischen den Parteien erledigt, der Grund für den Prozess damit entfallen.²⁹ Allerdings wird gerade das sogenannte »plea bargaining«, das Verhandeln über den Umfang des Verfahrens, in der anglo-amerikanischen Prozessrechtswissenschaft kritisiert und zwar mit dem interessanten Argument, diese Verfahrensweise habe inquisitorische Nebenwirkungen: Der Beschuldigte werde unter Druck gesetzt und dem Gericht wachse eine Überwachungsfunktion zu.³⁰ Das Gericht ist nämlich keineswegs voraussetzungslos an eine guilty-plea des Angeklagten gebunden.

Im inquisitorischen Verfahren gilt dagegen grundsätzlich das Legalitätsprinzip. Die Staatsanwaltschaft muss ein Ermittlungsverfahren einleiten, wenn sie Anfangsverdacht schöpft, bei hinreichendem Tatverdacht muss sie Anklage erheben. Urteilsabsprachen misst das BVerfG in seiner Entscheidung vom 19.3.2013 am Schuldprinzip. Das Schuldprinzip gebiete Erforschung der materiellen Wahrheit und schuldangemessenes Strafen. Es dürfe nicht zur Disposition des Gerichts oder der Verfahrensbeteiligten gestellt werden.³¹

25 *Radke* GA 2012 S. 187 ff., 189.

26 Vgl. *Jörg / Field / Brants* in: *Fennell / Harding / Jörg / Swart* (Hrsg.), *Criminal Justice in Europe. A Comparative Study*, Oxford 1995, S. 42 f., 51 (Wahrheitsforschung als – unmittelbare – Aufgabe inquisitorischen und – mittelbare – Folge adversatorischen Prozessierens). Zur Herstellung von Rechtsfrieden als Ziel des Strafverfahrens *Radke* GA 2012 S. 187 ff., 187 (a.a.O. S. 190: prozedurale Gerechtigkeit als notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung); *Eckstein* in: *Hoyer / Müller / Pawlik / Woller* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2006, S. 777 ff., 795.

27 *Weßlau* ZIS 2014 S. 558 ff., 559 ff.

28 *Weßlau* ZIS 2014 S. 558 ff., 562.

29 *Trüg* (Fn. 6) S. 16 f.

30 *Goldstein* *Stanford Law Review* 26 (1974) S. 1009 ff., 1020, 1022 f.

31 BVerfGE 133, 168, 197 ff., 225 ff.

Dennoch hält das BVerfG Verständigungen über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung nicht für schlechthin unzulässig. Es verlangt aber Sicherungsvorkehrungen gegen das Risiko einer Verletzung des Schuldprinzips.³² Die Verständigung im deutschen Strafprozess kann daher richtigerweise nicht als adversatorische Alternative zum inquisitorischen Grundmodell des deutschen Strafverfahrens verstanden werden. Der Gesetzgeber hat den Schuldspruch von jeglicher Verständigung ausgenommen § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO. Damit hat er dem Dispositionsgrundsatz eine Absage erteilt.

Außerdem bestimmt § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO, dass die Aufklärungspflicht unberührt bleibt. Das ist inquisitorisch konsequent, hat aber zu der Frage geführt, welchen Nutzen eine Verständigung haben könne, die die Beweisaufnahme nicht entlaste. Dass dieser Einwand zu kurz greift, liegt auf der Hand: Das Geständnis des Angeklagten muss zwar überprüft werden, aber es bleibt doch ein zusätzliches Beweismittel, das den Strafverfolgungsbehörden die Beweisführung erleichtert.³³

III. Schlaglichter: adversatorisches und inquisitorisches Hauptverfahren

1. Beweisaufnahme und Beweisanträge

Für das Beweisantragsrecht der Parteien in der Hauptverhandlung konstatiert *Trüg* überraschenderweise erleichterte Ablehnungsmöglichkeiten im anglo-amerikanischen Prozess.³⁴ Dahinter stehen das Konzentrationserfordernis und der Schutz der aus Laien bestehenden Jury vor unsachlicher Beeinflussung. So kann ein kompetenter und für die Beweisführung relevanter Zeuge ausgeschlossen werden, wenn die überwiegende Gefahr unfairer Beeinflussung der Jury besteht, beispielsweise weil der Zeuge die Verletzungen des Opfers in drastischer Weise schildern wird.³⁵

Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass schon das Beweisantragsrecht selbst, wenn ihm die Bedeutung zugeschrieben wird, das Beweisverfahren für Sachverhaltshypothesen des Antragstellers zu öffnen, adversatorische Züge trägt.³⁶ Der deutsche »reformierte Prozess« der Strafprozessordnung

32 BVerfGE 133, 168, 225 ff., 228.

33 Näher dazu *Eckstein* NK 2014 S. 103 ff., 112.

34 *Trüg* (Fn. 10) S. 370 f.

35 Vgl. *Thaman* (Fn. 19) S. 520 ff.; *Trüg* (Fn. 10) S. 369.

36 Näher dazu *Weßlau* in: *Weßlau / Wohlers* (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, S. 289 ff., 302 ff., 308 ff. m.w.N. zum Streitstand.

ist als Mischform aus inquisitorischen und adversatorischen Elementen entstanden. *Billis* schlägt auf rechtsvergleichender Grundlage vor, den adversatorisch geprägten Einfluss der Beteiligten auf die Beweiserhebung, insbesondere das Institut des Kreuzverhörs zu stärken. |³⁷

2. Formalisierung und Konzentration im adversatorischen Prozess

Im adversatorischen Prozessmodell führt der Verstoß gegen Verfahrensregeln idealtypisch zum Beweisverbot. |³⁸ Wahrheitserforschung durch Inquisition ist dagegen tendenziell beweisverbotsfeindlich. Außerdem kennt das anglo-amerikanische Strafverfahren die Präklusion von Beweismitteln, die verspätet offengelegt werden. Hintergrund der Formalisierungs- und Beschleunigungstendenz ist, dass die Hauptverhandlung vor der Jury geordnet und ununterbrochen stattfinden soll.

Interessanterweise wird die Zulassung von Rechtsmitteln, scheinbar Ausdruck adversatorischen Prozessierens par excellence, als typisch für ein inquisitorisches Prozessmodell angesehen. |³⁹

Die 2014 vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzte Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens hat unter anderem vorgeschlagen, die Bestimmung einer Frist für die Stellung von Beweisanträgen zuzulassen. |⁴⁰ Mit Blick auf die grundlegende Bedeutung der Wahrheitserforschung scheint mir insofern größte Zurückhaltung geboten.

3. Unmittelbarkeit im Sinne materieller Unmittelbarkeit

In der Frage, ob sachferne Beweismittel, Surrogate herangezogen werden dürfen oder materielle Unmittelbarkeit herrscht, ist das adversatorische Verfahren strenger. Im Grundsatz gilt ein Verbot des Beweises vom Hörensagen. Es erfasst alle schriftlichen, mündlichen oder nonverbalen Äußerungen, die nicht in der Hauptverhandlung abgegeben wurden. |⁴¹ Zwar existieren zahlreiche

³⁷ *Billis* (Fn. 24) S. 369 ff., 377 ff.

³⁸ *Trüg* (Fn. 6) S. 384 Fn. 262 m.w.N. *Sanders* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 207 führt Beweisverbote nicht auf das Prozessmodell zurück, sondern auf die Due-Process-Maxime.

³⁹ *Harding* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 13; *Trüg* (Fn. 6) S. 18 f., 23; *Weigend* *StraFo* 2013 S. 45 ff., 49.

⁴⁰ Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin 2015, S. 23.

⁴¹ *Thaman* in: *Perron* (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, Freiburg 1995, S. 508 ff.

Ausnahmen,^{|42} unter anderem für den Fall, dass die ursprüngliche Vernehmung einer späteren überlegen ist.^{|43} Summa summarum bleibt es aber dabei, dass das anglo-amerikanische Verfahren ein grundsätzlich zweifelhaftes Vorbild dafür ist, im Ermittlungsverfahren gewonnene Beweissurrogate in die Hauptverhandlung zu transferieren.

Den wichtigen Gesichtspunkt, dass frühzeitige Vernehmungen ein verlässlicheres Bild vom Wissen des Zeugen geben können, greift der Alternativentwurf des Arbeitskreises AE auf: Im relativ tatnahen Ermittlungsverfahren gewonnene Beweise sollen – unter Umständen kumulativ neben der unmittelbaren Vernehmung – leichter in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen.^{|44} Der Grundsatz der Unmittelbarkeit, den § 250 StPO statuiert, müsste dafür nicht aufgegeben werden. Denn § 250 StPO gebietet *de lege lata* nur einerseits die unmittelbare Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung, Satz 1. Satz 2 andererseits verbietet zwar die Ersetzung dieser Zeugenvernehmung durch einen Urkundenbeweis, nicht aber ihre Ergänzung. Kumulation ist also erlaubt und kann zur Wahrheitsfindung geboten sein.

Auch wenn der Grundsatz der Unmittelbarkeit dem adversatorischen Verfahren entstammt,^{|45} muss er doch im inquisitorischen Verfahren mit der Aufklärungspflicht des Gerichts in Einklang gebracht werden. Das spricht für erleichterten Rückgriff auf Beweissurrogate, die im Ermittlungsverfahren unter Wahrung der Verteidigungsrechte gewonnen wurden. Die unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung macht dieser Rückgriff aber nicht verzichtbar. Konfrontation der Beweisperson mit dem veränderten Erkenntnisstand der Hauptverhandlung und Achtung des Öffentlichkeitsgrundsatzes streiten für unmittelbare Vernehmung.^{|46} Die eine Ersetzung der unmittelbaren Vernehmung zulassenden Ausnahmen in den §§ 251 ff. StPO sind insofern gravierende Einschränkungen der Aufklärungspflicht, die nicht ohne Not erweitert werden sollten.

IV. Faires, die Menschenrechte achtendes Verfahren

Man wird sagen können, dass das adversatorische Prozessmodell grundsätzlich und immer wieder vor ähnlichen Herausforderungen steht wie der deutsche »reformierte Prozess«. Das macht den vergleichenden Blick über die Prozessmodellgrenzen hinweg produktiv. Beispielsweise kann die Verwendung von

42 *Trüg* (Fn. 10) S. 344 ff.

43 *Thaman* in: *Perron* (Hrsg.), *Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands*, Freiburg 1995, S. 509 f.

44 AE-Beweisaufnahme (Fn. 5), GA 2014 S. 1 ff., 11, 18 ff.

45 Siehe oben bei Fn. 14.

46 *Salditt* StV 2001 S. 311 ff., 312.

Beweissurrogaten prozessökonomisch vorteilhaft sein. Zugleich aber droht sie, Beschuldigtenrechte, insbesondere das Konfrontationsrecht des Beschuldigten zu untergraben. Richtschnur dafür, wie solche Konflikte zu lösen sind, sollte allerdings weniger ein bestimmtes Prozessmodell sein als vielmehr der grundlegende Maßstab »fair trial« (unten 2.). Das anglo-amerikanische, adversatorische Prozessmodell als Vorbild versteht der Titel meines Vortrags mit Bedacht mit einem Fragezeichen (unten 1.).

1. Der Fair-Trial-Grundsatz als prozessmodellübergreifende Verfahrensgarantie

Fairness ist Kennzeichen eines Wettkampfs, der Fair-Trial-Grundsatz scheint also zum adversatorisch-streitigen Verfahren zu gehören. Bis Mitte des vergangenen Jahrhunderts konnte *Radbruch* lapidar feststellen, das Wort »fair« lasse sich gar nicht ins Deutsche übersetzen, sondern beginne gerade, ein im Deutschen gebräuchliches Fremdwort zu werden.⁴⁷ Das Vordringen des Fairness-Prinzips in die kontinentaleuropäischen Prozessordnungen wird deshalb mit der Übernahme angelsächsisch-adversatorischer Prozesselemente in Verbindung gebracht.⁴⁸

Für die Mitgliedstaaten des Europarats greift diese Erklärung aber zu kurz. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK erhebt das Fair-Trial-Prinzip zur Maxime aller mitgliedstaatlichen Verfahrensordnungen. Und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des UN-Pakts über bürgerliche und politische Rechte postuliert sogar universell, dass in billiger, also fairer Weise zu verfahren ist. Das Bundesverfassungsgericht hat das Fair-Trial-Prinzip im Grundgesetz verankert.⁴⁹ Es wurzelt in Art. 20 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. *Sanders* zählt Fairness neben Demokratie und Effizienz zu den Grundwerten des Strafverfahrens.⁵⁰ Ein faires Verfahren müssen auch inquisitorisch geprägte Prozessordnungen gewährleisten, und zwar ohne dass sie dafür die inquisitorische gegen eine adversatorische Prägung eintauschen müssten.⁵¹ Ganz im Gegenteil stellt der Fair-Trial-Grundsatz inquisitorisch wie adversatorisch geprägte Prozesssysteme gleichermaßen auf die Probe.

⁴⁷ *Radbruch* (Fn. 11) S. 15, vgl. auch S. 16 f.

⁴⁸ Der Fair-Trial-Grundsatz hat die jüngere Entwicklung des Strafprozessrechts in Europa maßgeblich beeinflusst (*Vogler* in: *Vogler / Huber* [Hrsg.], *Criminal Procedure in Europe*, Berlin 2008, S. 11). Dass (umgekehrt) Fairness zu Adversarität führt, vermutet *Harding* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 16.

⁴⁹ BVerfGE 26, 66, 71.

⁵⁰ *Sanders* in: *Eser / Rabenstein* (Hrsg.), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness*, Berlin 2004, S. 206 f.

⁵¹ *Summers*, *Fair Trials*, Portland 2007, S. 126 ff. diagnostiziert allerdings ein akkusatorisches Prozessverständnis in der Fair-Trial-Rechtsprechung des EGMR.

Mit Opferschutz, Unschuldsumvermutung, Fürsorgepflicht des Gerichts und Beweisverboten, um nur einige Beispiele zu nennen, ringen Verfahrensordnungen gleich welcher Prägung.⁵² Beteiligungsrechte des Beschuldigten und der Verteidigung werden im inquisitorischen Verfahren unter den Grundsatz der Kontradiktion gefasst⁵³ und am Fair-Trial-Grundsatz gemessen. Auch der Beschuldigte muss auf alle Teile der Beweisaufnahme Einfluss nehmen können; dass er eigene Beweisanträge stellen kann (§§ 244 f. StPO), garantiert der Fair-Trial-Grundsatz.⁵⁴

2. Fair-Trial-Grundsatz, Konfrontationsrecht

Auf die Frage nach dem Inhalt des Fairnessprinzips werden ganz unterschiedliche Antworten gegeben. Keine davon klärt die Frage abschließend. Beispielhaft dafür steht die Begriffsbestimmung im Kommentar *Löwe-Rosenberg*: das Fair-Trial-Prinzip als allgemeine Garantie einer Verfahrensgestaltung, die die Interessen der Parteien wahrt,⁵⁵ also als Auffangtatbestand, der immer dann eingreift, wenn ein Sachverhalt keine spezielle Regelung erfahren hat.⁵⁶ *Hörnle* interpretiert Fairness als »dienendes Prinzip zur Ausbalancierung widerstreitender Interessen«. ⁵⁷ Auch andere Inhaltsbestimmungen bleiben abstrakt oder sie arbeiten mit Beispielen und offenbaren so ihren nicht abschließenden Charakter. *Jung* zählt auf:⁵⁸ Subjektstellung und Nemo-tenetur-Grundsatz, wirksame Verteidigung, Folterverbot. *Gaede* definiert Fairness als Teilhabe, als Recht des Angeklagten, in einem ergebnisoffenen Verfahren an der Erarbeitung des Urteils mitzuwirken.⁵⁹ Und *Rzepka* fasst unter den Oberbegriff Fairness alle Abwehrrechte, die dem Einzelnen im Strafverfahren zur Verfügung stehen, um seine Freiheit gegen den strafverfolgenden Staat zu verteidigen.⁶⁰ Außerdem soll der Beschuldigte bei der Wahrnehmung seiner Rechte durch Belehrungen und Hinweise unterstützt werden müssen.⁶¹

52 Näher dazu *Eckstein* in: *Schroeder / Kudratov* (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, Frankfurt am Main 2014, S. 219 ff.

53 Im Vorverfahren spricht man von Partizipation (*Jahn* ZStW 115 [2003] S. 815 ff.).

54 *Rzepka*, Zur Fairness im deutschen Strafverfahren, Frankfurt am Main 2000, S. 434.

55 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2012, *Esser* Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 177.

56 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2012, *Esser* Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 188, 192.

57 *Hörnle* Rechtstheorie 35 (2004) S. 175 ff., 194.

58 *Jung* GA 2013 S. 90 ff., 93 f., 97.

59 *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Berlin 2007, S. 426.

60 *Rzepka* (Fn. 54) S. 321.

61 *Rzepka* (Fn. 54) S. 348. Ausführlich *Gaede* (Fn. 29) S. 120 f., 257 f., 318, 592 m.w.N. – vom EGMR bisher offen gelassen.

Dem Fair-Trial-Grundsatz werden zunehmend auch Opferschutzaspekte⁶² zugeordnet. Art. 6 Abs. 2 EMRK garantiert die Unschuldsvermutung – verfahrensmodellübergreifend, obwohl sie besser auf den passiven Richter eines adversatorischen Prozesses zu passen scheint; *Goldstein* ordnet sie vermittelnd dem Akkusationsprinzip zu, also der Trennung von Anklage- und Entscheidungsfunktion.⁶³ Art. 6 Abs. 3 EMRK zählt zentrale Verteidigungsrechte auf. Sie gehören zum Kernbestand eines fairen Verfahrens.⁶⁴ Anklage und Verteidigung sollen sich auf Augenhöhe gegenüberstehen (Grundsatz der Waffengleichheit).⁶⁵ Folgerichtig garantiert Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK⁶⁶ für den Zeugenbeweis das Recht der Verteidigung, Belastungszeugen zu befragen, das sogenannte Konfrontationsrecht.⁶⁷ Gemeint ist grundsätzlich die unmittelbare Befragung in Gegenwart des Zeugen und öffentlicher Verhandlung.

Deutschland hat sich mit dieser Regelung lange schwer getan:

a. Geheimhaltung der Identität

Wenn die Identität eines Informanten aus wichtigem Grund nicht offenbart werden soll, beispielsweise weil Leib und Leben bedroht sind, ließ die deutsche Strafverfahrenspraxis zunächst folgende Vorgehensweise zu: Der Informant wurde nur im Ermittlungsverfahren und zwar von der Polizei befragt. In der Hauptverhandlung wurde dann allein der Polizeibeamte vernommen, der den Informanten befragt hatte. Diesen Polizeibeamten konnte natürlich auch die Verteidigung mit ihren Fragen konfrontieren. Seine Aussagegenehmigung schloss Angaben zur Identität des Informanten aus. Der BGH erhob dagegen keine Einwände, verlangte aber, dass der Aussage des Polizeibeamten nur geringer Beweiswert beigelegt werden dürfe.⁶⁸

Der EGMR dagegen schließt aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, dass die Verteidigung grundsätzlich auch den Informanten selbst – als den eigentlichen Zeugen – in Anwesenheit des Beschuldigten befragen können muss. Beschränkungen

62 Näher dazu *Eckstein* in: *Hoyer / Müller / Pawlik / Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006, S. 777 ff., 794 ff.

63 *Goldstein* Stanford Law Review 26 (1974) S. 1009 ff., 1017.

64 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2012, *Esser* Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 198.

65 Näher dazu *Eckstein* in: *Schroeder / Kudratov* (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell, Frankfurt am Main 2014, S. 219 ff.

66 Übereinstimmend Art. 14 Abs. 3 lit. e IPBPR.

67 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2012, *Esser* Art. 6 EMRK (Art. 14 IPBPR) Rn. 773.

Außerdem wird das Recht der Verteidigung garantiert, eigene Zeugen laden zu lassen. Man mag sich fragen, ob die Unterscheidung zwischen Be- und Entlastungszeugen auf ein inquisitorisches Verfahren passt.

68 Grundlegend BGHSt 17, 382, 385 f.

dieses Konfrontationsrechts bedürfen sachlicher Rechtfertigung. Andernfalls ist der Fair-Trial-Grundsatz verletzt.⁶⁹ Falls sachliche Gründe vorliegen, müssen entstehende Nachteile für die Verteidigung durch kompensierende Maßnahmen ausgeglichen werden. Sonst darf das Beweismittel jedenfalls nicht allein entscheidend für eine Verurteilung sein.⁷⁰ Anders verhält es sich nur, wenn der Beschuldigte selbst dafür verantwortlich ist, dass sein Konfrontationsrecht beschränkt wird, weil er den Zeugen bedroht.⁷¹

Dieser Sichtweise hat der BGH sich schließlich, wenn auch zögerlich, angeschlossen.⁷² Zunächst sollte eine schriftliche Befragung des Informanten ermöglicht werden müssen.⁷³ Später hat der BGH die Bestellung eines Verteidigers eingefordert, der das Fragerecht ausüben kann, wenn der Beschuldigte selbst von der Vernehmung ausgeschlossen ist.⁷⁴ Aktuell favorisiert der BGH insbesondere die Videovernehmung des Informanten in der Hauptverhandlung (§ 247a StPO). Dabei lässt der BGH die optische und akustische Abschirmung des Informanten durch Verfremdung in Bild und Ton zu. So soll die wahre Identität des Informanten geschützt bleiben.⁷⁵

b. Eigenmächtigkeit des Zeugen

In zwei jüngeren Entscheidungen des BGH und des EGMR ging es um Zeugen, die ein Auskunftsverweigerungsrecht im Sinne von § 55 StPO geltend machten. Dadurch war es der Verteidigung unmöglich, Fragen zu stellen. Die Identität der Zeugen dagegen war bekannt.

Im Fall, über den der BGH am 16.4.2014 zu entscheiden hatte,⁷⁶ machte der gesondert verfolgte Täter T im Verfahren gegen den Gehilfen G von seinem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO Gebrauch. Daraufhin wurde eine Staatsanwältin darüber vernommen, was T in seiner eigenen Hauptverhandlung ausgesagt hatte. Fragen der Verteidigung an T waren naturgemäß nicht möglich. Die Aussage des T wurde zu Lasten des G verwertet.

69 EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06, Entscheidung vom 15.12.2011, Al-Khawaja und Tahery gegen Großbritannien, Abs. 120.

70 EGMR Nr. 73047/01, Entscheidung vom 17.11.2005, Haas gegen Deutschland, NStZ 2007 S. 103 ff., 104 (wenn die Strafverfolgungsbehörden sich nicht hinreichend um Kompensation bemüht haben, darf das Beweismittel für die Verurteilung nicht einmal wesentlich sein).

71 EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06, Entscheidung vom 15.12.2011, Al-Khawaja und Tahery gegen Großbritannien, Abs. 123.

72 Zusammenfassend BGHSt 51, 150, 154 ff.

73 BGH StV 1993 S. 171 f.

74 BGHSt 46, 93, 97 ff.

75 BGH NJW 2003 S. 74 ff.; BGH NStZ 2005 S. 43 f.; BGH NStZ 2007 S. 477 f.

76 BGH wistra 2014 S. 405 ff.

Der BGH diagnostizierte zwar eine Einschränkung des Rechts auf Konfrontation, also des Rechts, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen, sei es in der Hauptverhandlung, bei der Vernehmung außerhalb der Hauptverhandlung oder zu einem späteren Zeitpunkt. Die Möglichkeit, die Staatsanwältin zu befragen, genügt nicht. Einen Verstoß gegen den Fair-Trial-Grundsatz sah der BGH darin aber nicht – erstens, weil die Beschränkung des Konfrontationsrechts der Justiz nicht zuzurechnen war, und zweitens, weil das Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung den Beweiswert der Aussage hinterfragt und die Verurteilung nicht allein darauf gestützt hatte.^{|77}

Der EGMR hatte schon 2012 Gelegenheit, über einen noch seltsameren Fall zu entscheiden.^{|78} Im Verfahren Sievert gegen Deutschland ging es um die Aussagen zweier Polizeibeamter P1 und P2, die beobachtet hatten, wie ihre Kollegen eine Person im Polizeigewahrsam misshandelten. In der Hauptverhandlung wiederholten P1 und P2 ihre Angaben aus dem Ermittlungsverfahren, beantworteten Fragen des Gerichts und weigerten sich, Fragen der Verteidigung zu beantworten. Zur Begründung stützten sie sich auf § 55 StPO. Das Gericht akzeptierte das, weil ursprünglich auch gegen P1 und P2 als Tatverdächtige ermittelt worden war.

Der EGMR bejahte eine Beschränkung des Konfrontationsrechts, weil P1 und P2 auch im Ermittlungsverfahren nicht hatten befragt werden können. Den Inhalt dieses Konfrontationsrechts umreißt der EGMR wie folgt: unmittelbare Präsentation des Beweismittels in öffentlicher Verhandlung unter Offenlegung der Identität eines Zeugen und Ermöglichung mündlicher Befragung. Das Verfahren insgesamt hielt der EGMR aber dennoch nicht für unfair: erstens, weil die Beschränkung des Konfrontationsrechts dem Staat nicht zuzurechnen war, zweitens, weil die unmittelbare Präsentation des Beweismittels unter Offenlegung seiner Identität es der Verteidigung ermöglichte, die Glaubwürdigkeit in Frage zu stellen, und drittens, weil das Gericht bei der Beweiswürdigung mit der gebotenen Vorsicht vorging. Darin sah der EGMR einen Ausgleich für die Beschränkung des Konfrontationsrechts.^{|79}

Interessanterweise hatte der EGMR 2011 in der Entscheidung Al-Khawaja gegen Großbritannien ganz ähnlich entschieden.^{|80} Das zeigt, dass die Probleme prozessmodellübergreifend sind.

77 BGH wistra 2014 S. 405 ff., 407.

78 EGMR Nr. 29881/07, Entscheidung vom 19.7.2012, Sievert gegen Deutschland.

79 EGMR Nr. 29881/07, Entscheidung vom 19.7.2012, Sievert gegen Deutschland, Abs. 58 ff.

80 EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06, Entscheidung vom 15.12.2011, Al-Khawaja und Tahery gegen Großbritannien, Abs. 152 ff.

3. Zur Frage der Unmittelbarkeit

Der Alternativentwurf Beweisaufnahme sieht vor, den Grundsatz der Unmittelbarkeit in § 244 StPO aufgehen zu lassen.⁸¹ Die Aufklärungspflicht des Gerichts und das Beweisantragsrecht sollen entscheiden, ob ein Beweissurrogat, das unmittelbare Beweismittel oder beide herangezogen werden. Das eröffnet die Möglichkeit, in größerem Umfang als bisher auf Beweismittel zurückzugreifen, die schon im Ermittlungsverfahren produziert wurden. In einem neuen § 253 StPO regeln die Verfasser des Alternativentwurfs das Konfrontationsrecht in Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR.⁸² Maßstab ist also nicht ein anglo-amerikanisches Vorbild, sondern der Fair-Trial-Grundsatz.

V. Fazit

Mein Fazit ist nach alledem denkbar kurz: Reform des Strafverfahrens nach dem Vorbild prozessmodellübergreifender Fairness.

81 Kritisch dazu oben bei Fn. 46.

82 § 253 StPO-AE-Beweisaufnahme (Fn. 5), GA 2014 S. 1 ff., 12, 50, 61 ff.

Dr. Wilhelm Tophinke

Zum Schuldinterkolut

Vielen Dank für die Einladung, über deren Grund ich mir zunächst nicht im Klaren war. Bei der Einladung hörte ich den Begriff »Schuldinterlokut« das erste Mal und wusste nicht, was ich hierzu sagen sollte. Zumal ich den Eindruck hatte, dass es sich hier um ein in erster Linie juristisches Problem handelte und ich als Psychiater nicht dazu berufen sei, hierzu Stellung zu nehmen. Eine nicht repräsentative Umfrage unter Kollegen und ein Blick in die üblichen Lehrbücher erweckten bei mir auch nicht den Eindruck, dass ich in der forensisch-psychiatrischen Debatte irgendetwas verpasst hätte. Ich habe den Eindruck, dass grundsätzliche Erwägungen zur Reform des Strafprozessrechts hier im Augenblick keine wesentliche Rolle spielen. Ein Grund mehr, sich mit der Fragestellung auseinanderzusetzen.

Die in der Literatur erwähnten sogenannten »Dilemma« des Verteidigers und des Sachverständigen in der gegenwärtigen Strafprozessordnung mögen im Einzelfall auftauchen, die Situation stellt sich mir jedoch nicht so ausweglos dar. Beschäftigen möchte ich mich im Folgenden mit den wesentlichen Aspekten des Interlokuts, der Persönlichkeitsrechte und dem »Bestrafungsteil« der Hauptverhandlung. Hier knüpfen meine Überlegungen zur Atmosphäre im Strafprozess an, ebenfalls möchte ich Anmerkungen zur Tatsachenfeststellung in der Beweiserhebung machen.

In welchem rechtshistorischen Kontext man sich für die gegenwärtige Rechtsordnung entschieden hat, weiß ich nicht, auch kann ich nicht die unterschiedlichen Rechtsordnungen in anderen Ländern beurteilen. Gleichwohl sei angemerkt, dass es den Schuldinterlokut in der Reichsgesetzgebung von 1877 ebenso wie Geschworene (»Schwurgericht«) schon einmal gab und diese ja tatsächlich bis 1924, bis zur Emmendinger Reform, zunächst über die Schuld und dann über die Strafe befunden haben. Hier stellt sich die Frage, inwieweit diese Form der Rechtsprechung systematisch untersucht und warum sie abgeschafft wurde. Möglicherweise haben Kostengründe eine Rolle gespielt, die in der aktuellen juristischen Debatte immer wieder eine Rolle spielen, wenn es um die Diskussion eines Schuldinterlokuts geht, der in den allermeisten Fällen mit einer Verlängerung der Hauptverhandlung verbunden wäre. Wenn man die Zweiteilung der Verhandlung wirklich ernst nimmt, würde dies bedeuten, dass schon gegen diesen Schuldspruch Revision eingelegt werden könnte, was zu einer noch weiteren Verzögerung des

Verfahrens beitragen würde. Auch hier ja die Frage, ob das wirklich gewollt ist? Möchte man Verfahren wirklich beschleunigen, oder ist das vielleicht manchmal gar nicht sinnvoll? Entschleunigung steht ja hoch im Kurs.

Die Persönlichkeit des Angeklagten könnte durch ein solches Verfahren besser geschützt werden, aber es stellt sich natürlich die Frage, warum dies aktuell nicht schon so gehandhabt wird. Außerdem muss man überlegen, ob wirklich alle persönlichen Belange gerade im Rahmen eines Indizienprozesses herausgehalten werden können. Meine Erfahrung ist eine andere. Gerade im Indizienprozess stellt sich die Frage, wie Persönlichkeitsrechte für Opfer und Zeugen ausgestaltet werden sollen. Da sind Sie als Verteidiger möglicherweise häufig in einer schwierigen Situation, die allerdings aus psychiatrischer Sicht dazu anregt, über das Binnenverhältnis zwischen Verteidiger und Mandanten nachzudenken. Bei *Dahs* habe ich hierzu ein schönes Kapitel gefunden, das jedoch einen dynamischen Aspekt vernachlässigt, auf den ich gleich noch eingehen möchte.

Freispruchverteidigung und psychiatrische Begutachtung müssen kein Widerspruch sein. Die heutzutage eher seltenen Freisprüche werden auch nach einem Interlokut nicht ansteigen, wenn man den Forschungsergebnissen von *Schöch* folgt. Aus meiner Gerichtserfahrung entsinne ich drei Großverfahren, die mit einem Freispruch ausgingen. Bei allen hatte ich die Möglichkeit, die Angeklagten ausführlich zu begutachten. Diese Freisprüche deuten meines Erachtens wiederkehrende Schwierigkeiten im Strafprozess an, die auch von einem Interlokut nicht entscheidend gelöst werden.

Auf diese Freisprüche möchte ich im Detail eingehen:

1. Wurde eine Vergewaltigung in zweiter Instanz am Landgericht verhandelt, bei der die Anklage bei grundlegenden aussagepsychologischen Kenntnissen vorraussichtlich nicht erhoben worden wäre.
2. Wurde ein schlecht ermittelter, bewaffneter Raub verhandelt. Ein somatischer Gutachter konnte zeigen, dass der Angeklagte aufgrund eines körperlichen Defizits die Tat gar nicht begangen habe konnte. Eine weniger punitiv orientierte Kammer hätte die Anklage möglicherweise gar nicht zur Hauptverhandlung zugelassen.

Im 3. und aufsehenerregendsten Fall, dem sog. »Stückelmörder von Sülfeld«, ist schlicht und ergreifend hervorragend verteidigt worden. Mindestens in diesem Fall hatte ich den Eindruck, dass man als Verteidiger gut daran tut, sich festzulegen, dann wird vielleicht auch das Dilemma kleiner. Wobei ich nicht verkenne, dass es Situationen gibt, die auch völlig anders sind und in denen ein solches Interlokut Vorteile hätte.

Zum Selbstverständnis des psychiatrischen Sachverständigen sei angemerkt: Die wissenschaftliche, die sachverständige und erst recht die psychiatrische Sicht wird nur selten der Nabel der Welt sein und man muss sich dessen gewahr sein, dass alles auch anders hätte sein können. Es gibt eben keinen Determinismus und ich bin nicht dafür zuständig zu sagen, wer die Tat begangen hat. Auch wenn es verwirren mag, ist es doch für meine sachverständige Erhebung mitunter ohne Belang, ob mir etwas zur Tat erzählt wird oder nicht.

Hinsichtlich eines Interlokuts der Hauptverhandlung stellt sich die Frage, warum es zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht möglich sein sollte, dass das Gericht eine Zwischenbilanz zieht und dass die Angaben zu den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten eben nach dieser Zwischenbilanz folgen. In der Sache kann ich der Argumentation für ein Interkut folgen, weiß aber nicht, warum man dafür die ganze Rechtsordnung ändern muss. Mich stören schwerwiegendere Dinge an der Prozessführung, Dinge die sich auch mit Einführung eines Schuldinterlokuts nicht ändern würden.

Ein Richter sagte mir einmal, dass er Gerichtsverhandlungen, bevor er Richter wurde, auch nur aus dem Fernsehen kannte. Das Führen einer Hauptverhandlung wird im Studium nicht gelehrt, Medizin und katholische Kirche sind hier weiter. Man fragt sich also, wo das nötige Rüstzeug zur Tatsachenfeststellung erworben wird. Jenseits der juristischen Qualitäten, die man zur Wahrheitsfindung mitbringen muss, erscheinen mir aus meiner eingeschränkten gutachterlichen Position zwei Dinge von entscheidender Bedeutung zu sein.

1. Der Zeugenbeweis ist bekanntlich als fragil einzuschätzen, umso wichtiger, dass der Jurist umfassend darin ausgebildet ist, diesen einschätzen zu können. Eine Ausbildung in Aussagepsychologie scheint kein integraler Bestandteil der juristischen Ausbildung zu sein. Ich habe eben schon mindestens ein Beispiel genannt, wie man eine Anklage eigentlich hätte verhindern können, wenn nur Kompetenz verfügbar gewesen wäre, Aussagen oder das Zustandekommen von Aussagen zu bewerten. Hierzu gibt es in Deutschland fundierte Forschungsarbeiten von Psychologen mit hervorragender praktischer und theoretischer Kenntnis. Ich möchte hier nur die Namen *Vollbert*, *Steller* und *Köhnken* nennen und es ist mir persönlich unverständlich, warum dieses entscheidende Wissen nicht gelehrt wird. Hierzu eine literarische Anmerkung von Karl Ove *Knausgaard*: »Das Gedächtnis ist keine verlässliche Größe im Leben, aus dem einfachen Grund, dass für das Gedächtnis nicht die Wahrheit wichtig ist«. In diesem Sinne wäre es wünschenswert, wenn alle Prozessbeteiligten ihre Befragungen entsprechend anpassen und nicht konfirmatorischen Hypothesenbildungen Vorschub leisteten.

Der zweite – ebenso wesentliche – Punkt ist das interaktionelle Verhältnis zwischen Richter und Angeklagtem. Was spielt sich ab, wenn ich mit der Tat oder demjenigen konfrontiert bin, der diese Tat begangen haben soll? Welche Instrumente stehen mir zur Verfügung, um mit allen uns bekannten Grausam- und Widerlichkeiten umzugehen? Wie kommuniziere ich? Dass hier der alleinige Rückbezug auf die vermeintlich wissenschaftliche Grundlage des Rechts nicht ausreicht, erklärt sich selbstredend. Um so unverständlicher ist es, dass es für Richter wohl nur selten Möglichkeiten gibt, sich super- oder intervisorisch über interaktionelle Schwierigkeiten bei ihrer beruflichen Tätigkeit zu beraten. Diese Frage darf allerdings auch Staatsanwälten und Verteidigern gestellt werden. Vertreter aller Organe der Rechtspflege überraschen mich immer wieder mit ihrem autistischen Selbstverständnis. Im Übrigen dürften es Staatsanwaltschaft und Verteidigung als Partei mit der psychischen Verarbeitung von Schwierigkeiten etwas leichter haben, da ihnen der Abwehrmechanismus der Identifikation zum freien Gebrauch zur Verfügung steht, Richter und Gutachter sind hier anders gefordert. Bei der berufspolitischen Integration dieser Überlegungen sind die psychiatrischen Gutachter weiter, die Teilnahme an Intervisionsgruppen wird demnächst für den Erwerb des Zertifikats »Forensische Psychiatrie« der DGPPN zwingend.

Aber zurück zur Atmosphäre einer Gerichtsverhandlung – und hier geht es um eine grundsätzliche Haltung, ob wir die Wissenschaft, das Recht, die Medizin, das Ingenieurwesen kontextfrei zum Postulat erheben oder versuchen, streitige Ereignisse in einen entsprechenden Kontext zu integrieren. Hier scheinen Juristen und Ärzte viel gemeinsam zu haben. Das fängt damit an, dass man mitunter nicht dazu in der Lage ist, sich vernünftig zu begrüßen, und endet in der Überlegung, ob es mitunter nicht sinnvoller sein könnte, im Rahmen eines sogenannten »Runden Tisches« zu agieren. Auch hier verkenne ich nicht die Sinnhaftigkeit einer durch die StPO vorgegebenen Ordnung im Strafprozess.

Hierzu zwei Beispiele:

An einem heißen Sommertag in einem Amtsgericht, als man sich aufgrund der Hitze dazu entschloss, die Roben abzulegen, der Angeklagte aber trotzdem nicht erschien und man nun Gelegenheit hatte zu erörtern, was denn wirklich mit diesem jungen Mann zu tun sei. Selten habe ich eine so einander zugewandte und konstruktive Atmosphäre erlebt, die weder außer Acht gelassen hat, was hier angestellt wurde, noch in welchem Kontext das zu betrachten sei und was man dazu tun könne, dass sich die Situation ändert, obwohl sich alle Beteiligten darüber im Klaren waren, dass es sich hier um einen Menschen handelte, der uns über Jahre die Arbeitsplätze sichern wird.

Ein anderer Fall hier aus dem Kreis. Eine zivilrechtliche Angelegenheit. Es ging um eine inzwischen dement gewordene alte Frau, die immer wieder nachts im Unterhemd durchs Dorf lief, zunächst ins Krankenhaus, schließlich ins Altersheim gebracht wurde, die dann aber vehement darauf bestand, in ihrer eigenen Wohnung zu verbleiben. Hier fand sich die Situation eines verständigen Betreuungsrichters, eines verständigen Sachverständigen, einer zugewandten Dorfgemeinschaft, sodass man sich mit gesetzlichem Betreuer, alter Dame, Richter, Gutachter und Bürgermeister im Feuerwehrhaus des Dorfes traf und überlegte, wie man die Situation bereinigen könnte, um am Ende zu einer einvernehmlichen Lösung gekommen, die beinhaltete, dass die Dame zu Hause wohnen konnte und sich weder Bürgermeister noch Feuerwehr schuldig fühlten, wenn das eintritt, was alle befürchteten, nämlich dass es durchaus sein kann, dass die Dame desorientiert verschwindet und sich nicht weiter helfen kann, dies aber von allen wohl kalkuliert und besprochen und dem Willen dieser Dame entsprechend. Dass so ein Vorgehen nicht auf jede Schwurgerichtsverhandlung übertragen werden kann, die streitig verhandelt wird, ist selbstredend, aber es sollte hier darum gehen in einem werkstattlichen Sinne Ideen zu entwickeln.

Zusammenfassend kann ich die Motivation für ein Schuldinterlokut nachvollziehen, denke aber, dass man die wesentlichen Elemente auch heute in eine Hauptverhandlung integrieren kann. Ohne die von mir vorgeschlagenen Veränderungen in der juristischen Ausbildung und Berufstätigkeit wäre ein Schuldinterlokut nur ein Reförmchen.

Literatur:

- Schöch, »Die Reform der Hauptverhandlung« in Strafprozess und Reform: Bestandsaufnahme von Werner Beulke ,Darmstadt: Luchterhand, 1979
- Haddenbrock: Das Sachverständigendilemma im deutschen Strafprozess ohne Tat oder NJW 1981, Schuldinterlokut 1302
- Rüping, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Becksche Verlagsbuchhandlung 1981 Reichsgesetzblatt No.4 vom 27.1.1877
- Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 2014
- Knausgard, Spielen, Luchterhand 2013

Grundlagen der Hauptverhandlung: Absprachepraxis

I. Einleitung

Obgleich die systematische Stellung der Verständigung im Gesetz – wie schon vielfach in der Literatur vermerkt wurde – dies nicht unmittelbar preisgibt, ist ihre Grundidee doch, eine Absprache über Gang, Inhalt und Ergebnis der Hauptverhandlung zu ermöglichen. Die Neuregelung in § 257c StPO lässt unmissverständlich verlauten, dass sowohl Rechtsfolgen als auch Prozessverhalten der Beteiligten Gegenstand einer Verständigung sein dürfen. Eine Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten kann damit sogar zum Drehbuch für die Hauptverhandlung werden – wenn da nicht Abs. 1 S. 2 wäre. Was einige Stimmen zunächst wegen des offenkundig unüberbrückbaren Widerspruchs zwischen Verständigung und Amtsaufklärungspflicht als bloßes Lippenbekenntnis abgetan haben,¹ hat sich mittlerweile als das zentrale Hindernis dafür entpuppt, § 257c StPO tatsächlich und dogmatisch als eine eigenständige Verfahrensart zu behandeln. Abs. 1 S. 2 ist der Totengräber der Verständigung. Doch er kommt nicht allein. Er wird von einigen Sargträgern begleitet, denn mit der Neuregelung der Verständigung hat ein bislang präzedenzloser Dokumentations- und Mitteilungsfetischismus Einzug gehalten. In der Konsequenz kann eine Verständigung nur äußerst begrenzt einen alternativen Weg zur Abkürzung oder Beendigung des Verfahrens ebnen. Und selbst die Nutzung der engen Spielräume ist erheblich erschwert worden.

Vor diesem Hintergrund soll es vorliegend um drei Fragestellungen gehen: In welchem Umfang lässt das geltende Recht überhaupt noch Absprachen zu, die Gang, Inhalt und Ausgang der Hauptverhandlung bestimmen (II.)? Wie wirken sich diese Vorgaben auf die Praxis der Gerichte aus (III.), und welche Reformerfordernisse leiten sich daraus ab (IV.)? Den Hauptteil dieses Beitrags werden hierzu denkbare – oder undenkbbare – Gestaltungsoptionen ausmachen. Im Zuge dieser Überlegungen wird auch auf die aktuelle und potenzielle Rolle des Zwischenverfahrens einzugehen sein.

¹ *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl* NStZ 2007, 71 (76); *Weßlau* FS Müller, 2008, S. 779 (792).

II. Die Grenzen des Zulässigen

Das Verständnis der gesetzlichen Verständigungsregeln im Kontext der Hauptverhandlung ist durch die Leitentscheidung BVerfGE 133, 168 und ihr nachfolgende Konkretisierungen in vielerlei Hinsicht geschärft worden. Dieser zufolge sei mit der Verständigung kein neues konsensuales Verfahrensmodell mit Dispositionsmaxime eingeführt worden^{|2;} das Verfahren nach §§ 244 ff. StPO sei nicht disponibel. § 257 c StPO stehe weder neben noch in einem Spannungsverhältnis zu § 244 Abs. 2 StPO, sondern sei von der Warte des normsystematisch höherrangigen § 244 Abs. 2 StPO aus zu interpretieren und anzuwenden.^{|3} Eine Vereinbarung über den Schuldspruch sei gänzlich ausgeschlossen, wozu das BVerfG (wegen ihres Unrechtsbezugs) auch die Annahme oder Nichtannahme eines minderschweren Falles zählt. Das Gericht bleibe zu einer umfassenden Suche nach der materiellen Wahrheit in der Hauptverhandlung verpflichtet. Die praktischen Konsequenzen zeigen sich insbesondere bei der Reichweite der (noch) erforderlichen Sachaufklärung und der Bewertung eines im Rahmen der Verständigung abgegebenen Geständnisses. Ein Verzicht auf notwendige Beweiserhebungen sei unzulässig. Ferner genüge ein anklagebestätigendes Formalgeständnis nicht;^{|4} es müsse substantiiert sein und kritisch überprüft werden. Ein bloßer Abgleich mit der Aktenlage (die oft ohnehin nur eine Ermittlungshypothese der Staatsanwaltschaft ist) reiche dafür nicht. Das Beweismaterial müsse vollständig ausgeschöpft werden. Inhaltlich dürfe keine Vereinbarung einer bestimmten Strafe erfolgen. Sog. Package Deals seien ausgeschlossen.^{|5}

Das BVerfG stärkt zudem Mechanismen, die informellem Vorgehen entgegenwirken sollen: Transparenz- und Dokumentationspflichten sollen eine Sogwirkung zur Befolgung der Verständigungsregeln entfalten.^{|6} Das Gericht betont, dass es sich nicht um bloße Ordnungsvorschriften handelt, sondern ihnen ein besonderer verfassungsrechtlicher Stellenwert zukommt. Es verknüpft damit die Belehrungspflichten und Mitteilungspflichten mit der Selbstbelastungsfreiheit in einer Verständigungssituation und letztlich mit der Autonomie des Angeklagten. Zuletzt weitete das BVerfG den Schutzzweck noch auf die Öffentlichkeit aus: Die Pflicht des Vorsitzenden, in der Hauptverhandlung den wesentlichen Inhalt der Gespräche über eine Verständigung mitzuteilen, diene in erster Linie der Kontrolle durch die Öffentlichkeit.^{|7}

2 BVerfGE 133, 168, 204; *Landau* NStZ 2014, 425 (426 f.).

3 BVerfGE 133, 168 (207 f.).

4 BVerfGE 133, 168 (209).

5 BVerfGE 133, 168 (214).

6 BVerfGE 133, 168 (215 ff.).

7 BVerfG v. 15.01.2015 – 2 BvR 878/14; 2 BvR 2055/14; dazu jüngst *Walther* NStZ 2015, 383.

Das BVerfG nimmt in diesem Zusammenhang einige tiefe Eingriffe in das Revisionsrecht vor.⁸ Ein Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten führe grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit der Verständigung. Halte sich das Gericht an diese Verständigung, sei regelmäßig nicht auszuschließen, dass das Urteil auf einem Gesetzesverstoß beruht. Dies soll auch für das Fehlen eines Negativattests gelten, wenn es tatsächlich zu Abreden kommt.⁹ Bei Verstößen gegen die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO soll ebenfalls regelmäßig davon auszugehen sein, dass das Geständnis und damit das Urteil auf dem Verstoß beruht.¹⁰ Schließlich sei ein Rechtsmittelverzicht stets unwirksam, wenn ihm eine Absprache voranging.¹¹

III. Reaktionen der Praxis

Angesichts der enormen Kluft zwischen diesen Vorgaben und der Verfahrenswirklichkeit im Zeitpunkt der Entscheidung fragten sich nicht wenige Kommentatoren, wie die Praxis wohl auf das Diktat aus Karlsruhe reagieren würde. Ohne eine neuerliche, breit angelegte empirische Studie lässt sich dazu wenig methodisch Belastbares sagen. Doppelt interessant ist daher die Praxis der Revisionsgerichte, da sie einerseits selbst öffentlich wahrnehmbarer Betrachtungsgegenstand ist und andererseits Einblicke in die tatgerichtliche Praxis erlaubt. Als weitere Quellen kommen dann nur noch Anekdotisches und eigene laienhafte und natürlich nicht repräsentative Fishing Expeditions bei Praktikern zum Zug.

1. Revisionsrechtsprechung

In der Revision ist – abgesehen von der auffälligen allgemeinen Zunahme verständigungsbezogener Fälle – eine starke Konzentration bei den Dokumentations-, Mitteilungs- und Belehrungspflichten wahrnehmbar.¹² Damit scheint sich eine Befürchtung der Justiz zu bewahrheiten, wonach das neue Regelungskonzept eine Fülle neuer und (aufgrund der Rückendeckung durch das BVerfG) erfolgsträchtiger Rügeoptionen geschaffen hat. Die Entscheidungen des BGH legen Zeugnis davon ab, dass noch erhebliche Schwierigkeiten im Umgang mit den neuen Pflichten bestehen. Der Gerichtshof

8 BVerfGE 133, 168 (221 ff.).

9 BVerfG v. 26.08.2014 – 2 BvR 2172/13; 2BvR 2400/13.

10 BVerfG NStZ-RR 2013, 315.

11 BVerfGE 133, 168 (213).

12 Im Überblick *Schneider* NStZ 2014, 192 (252 ff.); *Heger/Pest* ZStW 126 (2014), 446 (471 ff.).

bemüht sich daher um die Konturierung der notwendigen Mitteilungsinhalte und Dokumentationspflichten.¹³ Wenig überraschend befassen sich die Entscheidungen auch intensiv mit der Frage des Beruhens, wobei klar erkennbar ist, dass die Rügen infolge der zwischenzeitlichen normativen und funktionellen Aufladung durch das BVerfG häufiger durchgreifen. Verstöße gegen die Belehrungspflicht gem. § 257c Abs. 5 StPO, die früher weitgehend folgenlos blieben, führen heute in der Regel zur Aufhebung, da eine Einstufung als bloße Ordnungsvorschrift nicht mehr zulässig ist.¹⁴ Verstöße gegen Dokumentationspflichten führen grundsätzlich zur Aufhebung des Urteils. Auch das Fehlen eines Negativattests kann zur Aufhebung führen, wenn sich aus dem Rügevorbringen ergibt, dass Verständigungsgespräche stattgefunden haben.¹⁵ Weitere Anpassungen wird es bei der Mitteilungspflicht gem. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO geben müssen, weil das BVerfG mittlerweile entschieden hat, dass diese auch dem Schutz der Öffentlichkeit diene. Bisher lag das Hauptaugenmerk allein darauf, ob der Informationsgleichstand sämtlicher Beteiligten gesichert ist.¹⁶ Auch informelle Absprachen bildeten den Gegenstand von Revisionsentscheidungen.¹⁷ Dabei wurde u.a. geklärt, dass ein Rechtsmittelverzicht auch bei informeller Absprache unzulässig wäre.¹⁸ Weitere Revisionen betrafen Fehler bei der Strafzumessung.¹⁹

Verletzungen der Aufklärungspflicht, um die sich das BVerfG besonders besorgt gezeigt hat, finden sich dagegen kaum.²⁰ Defizite bei der richterlichen Überzeugungsbildung, die auf eine nicht vollständige Ausschöpfung des Beweismaterials oder das Unterbleiben notwendiger Abklärungen und

13 Vgl. *Schneider* NStZ 2014, 192 (201); BGH v. 15.01.2015 – 1 StR 315/14.

14 BGH StV 2013, 682; zuvor noch anders BGH StV 2010, 452; die Fortführung der früheren großzügigen Linie wäre nicht mehr verfassungskonform und auch bzgl. der vom 5. Senat reklamierten Möglichkeit, ein Beruhen unter den besonderen Umständen des Falles abzulehnen, ist Zurückhaltung geboten; vgl. auch *Eisenberg* StV 2014, 69 (70). Von vornherein anders liegen die Dinge, wenn es nur um die fehlende Protokollierung der Belehrung geht, BGH NJW 2014, 154.

15 *Schneider* NStZ 2014, 192 (199); jedoch nicht, wenn sich bereits aus dem Rügevorbringen ergibt, dass Verständigungsgespräche zu keinem Zeitpunkt stattgefunden haben, BGH v. 22.05.2013 – 4 StR 121/13; KG v. 11.03.2014 – (4) 161 Ss 21/14 (61/14). Als Verständigungsgespräche zählen nur solche, an denen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und Gericht beteiligt waren.

16 Zum Beruhen wird aber wohl zumindest erforderlich sein, dass auch tatsächlich Vertreter der Öffentlichkeit anwesend waren, welche die fehlerhafte Mitteilung und damit verbunden auch ihre abstrakte Kontrollfunktion hätten wahrnehmen können, *Walther* NStZ 2015, 282 (385 f.).

17 BGH v. 10.09.2014 – 5 StR 351/14; jedoch seltener als angesichts der Erfolgsaussichten zu erwarten gewesen wäre, *Eschelbach* FS Paeffgen, 2015, S. 637 (644).

18 BGH NJW 2014, 872; OLG Köln, NStZ 2015, 53; *Schneider*, NStZ 2014, 252, 260.

19 BGH StV 2014, 72.

20 Z.B. BGH StV 2011, 647; BGH NJW 2013, 1316; BGH, NStZ 2014, 170 m. Anm. *Jahn*: keine Beantwortung weitergehender Nachfragen, obgleich noch Aufklärungsbedarf zu wesentlichen Aspekten des Tatgeschehens (Tatbeteiligte und Tatmodalitäten) bestand.

Beweiserhebungen zurückgehen, sind in der Revision durch Aufklärungs- oder Inbegriffsrüge wohl auch nur schwer zu fassen.^{|21} Greifbarer sind die flankierenden Maßnahmen, deren effektive Durchsetzung sich mit der Hoffnung verbindet, dass hierüber annäherungsweise rechtskonformes Verhandeln abgesichert werden kann.

2. Anekdotisches

Es dürfte wenig überraschen, dass allenthalben Ungewissheit über die konkrete Reichweite der unterschiedlichen Pflichten herrscht.^{|22} Das immer wieder vorgebrachte Strafbarkeitsrisiko trägt bei Richtern offenbar zur weiteren Verunsicherung bei. Diese schlägt sich ausweislich der zugegebenermaßen dünnen Informationen in einer größeren Zurückhaltung zumindest bei Landgerichten nieder. Offensive Anfragen der Vorsitzenden scheinen zurückgegangen zu sein. Man scheint auf allgemeine Hinweise zur Sach- und Rechtslage oder § 257b StPO auszuweichen. Die Wahrung des nötigen Abstands zu Verständigungen kann sich bei der Führung von Rechtsgesprächen knifflig gestalten, weshalb viele Gerichte zurückhaltender, formaler und teils abblockend gegenüber Andeutungen und Anspielungen auf Absprachemöglichkeiten verfahren. Auch bei Belehrungen sei bisweilen eine solche Formalisierung und Distanzierung spürbar. Man kommuniziert indirekt im langen Schatten einer von den Beteiligten stillschweigend als möglich gedachten bzw. erhofften, aber niemals wirklich zustande kommenden Absprache.^{|23} Darunter leiden Transparenz und Stringenz der Verfahrensführung und für den Angeklagten lebt das Vorleistungsrisiko wieder auf. Die strengen Mitteilungs- und Dokumentationspflichten erweisen sich damit ironischerweise als kontraproduktiv und schwächen geradezu die kommunikative Verfahrensführung und Autonomie des Angeklagten.

Erfolgt eine Verständigung, dann werden Mitteilungen und Protokollierung als lästige Pflicht abgewickelt. Als besonders störend wird dabei die Negativklärung empfunden. Die Tatrichter echauffieren sich insoweit vor allem über das krasse Misstrauen, das ihnen vom BVerfG entgegenschlägt. Es sei aber gleichwohl eher selten, dass Verständigungen von A bis Z *lege artis* erfolgen. Der Einklang mit § 244 II StPO sei vordergründig zumindest am

21 *Schneider*, NStZ 2014, 252, 262 f; zu Bedeutung und Schwierigkeiten der Aufklärungsrüge, KK/StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 64, 80.

22 So auch jüngst *Eschelbach* FS Paeffgen, 2015, S. 637 (640).

23 *Norouzi* beobachtet das Aufkommen einer »Verständigungspantomime«, bei der Verteidigung und Staatsanwaltschaft Abreden treffen und das Gericht sich in »teilnehmender Beobachtung« übe und lediglich zur Kenntnis nehme, der Abrede dann aber folge, NJW 2014, 874.

Landgericht leichter herzustellen, weil dort meist ohnehin genügend potenziell komplementierendes Beweismaterial vorliegt und zudem ja auch kein Wortprotokoll geführt wird. Dies erweist sich für die Abklärung, ob ein Geständnis hinreichend qualifiziert war, als segensreich. Auf Rechtsfolgenrechte werde in der Regel eine Strafobergrenze genannt. Hierzu ergänzten befragte Richter, dass die verhängte Strafe eigentlich immer zu milde sei und sich nur durch massive Dehnung der Strafmilderungsgründe (Verfahrensdauer etc.) rechtfertigen lasse. Aufgrund des Ausschlusses des »minder schweren Falles« aus den zulässigen Verständigungsinhalten könne es aber gelegentlich schon schwierig sein, überhaupt einen vernünftigen Verständigungsstrafrahmen aufzuspannen. Sehr selten wurde demgegenüber vom Einsatz der gefürchteten Sanktionsschere berichtet.

Zum Abschluss sei notiert, dass bei aller Wertschätzung für die Motive und hehren Prinzipien des BVerfG von vielen Gesprächspartnern die rechtspraktische Sinnlosigkeit der BVerfG-Rechtsprechung beklagt wurde. Man *müsse* dealen, um das verordnete Pensum zu schaffen. Die Vorgaben aus Karlsruhe erschwerten die Arbeit massiv. Ihre Realisierbarkeit wurde insbesondere im Massengeschäft der Amtsgerichte bezweifelt. Was die gegenwärtige gesetzliche Regelung als solche betrifft, wird vornehmlich der Ausschluss des Rechtsmittelverzichts als fehlgeleitet angesehen. Ein solcher Verzicht sei als notwendiger und quasi denklogisch vorgegebener Bestandteil mit jedweder abschließenden Verständigung über Gang und Ergebnis des Verfahrens verbunden.

Insgesamt bleibt freilich zu konstatieren, dass verlässliche und repräsentative Informationen über die aktuelle Praxis fehlen. Über das Ausmaß der fortgesetzten Missachtung und die Mehrbelastungen in der Praxis lässt sich daher keine abschließende Aussage treffen. Diese Diagnose hilft für die Suche nach der richtigen Medizin freilich nicht weiter. Die Ansichten darüber, mit welcher Zielrichtung eine Reform verfolgt werden sollte, gehen daher – wenig überraschend – weiterhin stark auseinander. Auch den offiziellen Verlautbarungen des Bundesjustizministeriums zur laufenden StPO-Reform ist eine klare Richtungsentscheidung nicht zu entnehmen. Man will zwar irgendetwas Grundsätzliches machen, hat aber wohl noch keine genaue Vorstellung davon, was das sein könnte. Bedenkt man den Zeitdruck unter dem dies geschehen soll, schwant einem nichts Gutes; schließlich diskutieren wir hier und heute eine ganz besondere Glanzleistung des Gesetzgebers.

IV. Lösungsoptionen – eine Skizze

Eingedenk dieser Unwägbarkeiten sollen im Folgenden drei Optionen genauer in den Blick genommen werden:

- Eine kleine Lösung, die versucht, die größten Schwächen des jetzigen Regelungsmodells zu beheben.
- Eine mittlere Lösung, welche die Gesamtstruktur des Strafverfahrens in den Blick nimmt und besonders künftige Funktionen und Strukturen des Zwischenverfahrens einbeziehen wird.
- Eine größere Lösung, welche vor allem echte alternative Verfahrensarten erwägt, die an die Stelle eines Hauptverfahrens treten könnten.

1. Methodologische Vorbemerkung

Die Skizzierung der Lösungsoptionen wird sich primär auf Strafprozessrechtsdogmatik, Grundrechtsdogmatik sowie Rechtsvergleichung stützen. Auf dem Strafverteidigertag sollen jedoch auch alternative methodische Ansätze erwogen werden. Es geht dabei um Lehren aus dem Grenzbereich von Verhaltenspsychologie und Ökonomik (behavioral economics), die sich unter dem Topos »Choice Architecture« in vielen Rechtsbereichen zunehmender Beliebtheit erfreuen.²⁴ Banal ausgedrückt sollen Entscheidungsanreize und -strukturen geschaffen werden, die dem Individuum rationale Entscheidungen ermöglichen.

Der Regulierungsansatz der Choice Architecture soll die eingeschränkte Rationalität (bounded rationality) der Entscheidungsträger kompensieren; und zwar durch sog. *nudges*, (Schubser) also positive Bestärkung und indirekt wirkende Anregungen (wie z.B. *defaults* oder Anreize zur Beeinflussung von Entscheidungen anstelle von direkten Befehlen, Zurverfügungstellung von Hilfs- und Beratungsangeboten) oder eher langzeitorientierte Optimierung von Entscheidungsbedingungen durch Strukturierung und Anordnung von Auswahloptionen.

Verbunden ist dieses Bemühen mit dem grundsätzlichen Eingeständnis, dass der sog. *rational actor*, der ja auch bei der Legitimation konsensualer Verfahrensmodelle (zumindest implizit) eine nicht unerhebliche Rolle spielt, sich in der Realität oftmals als reine Fiktion erweist, weil die Reflektionen

²⁴ Reich, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht – Ein Fall von Selbstüberschätzung? Differenzierte Integration der »Nudges« in die verwaltungsrechtliche Dogmatik, Working Paper vom 23.06.2014, S. 5: »Die lebensnahen ‚Humans‘, nicht die kühl berechnenden, weltentrückten ‚Econs‘ sollen Regulierungstheorie und -praxis als Maßfigur dienen.«

der Handelnden kognitiven Beschränkungen in Gestalt einer Vielzahl von verzerrten oder befangenen Sichtweisen und Grundhaltungen (*biases*) unterliegen und/oder (aus diversen Gründen) nicht alle Informationen verwendet werden, die zur Verfügung stünden.

Passt das aber für das Strafprozessrecht und, wenn ja, wie? Auf den ersten Blick erscheint dieser Ansatz auf Bereiche begrenzt, in denen tatsächlich ein hinreichendes Maß an Gestaltungsautonomie herrscht und eine verbesserte Entscheidungsarchitektur eine kluge rationale Ausübung der eigenen Selbstbestimmung ermöglicht.²⁵ Anders als das Zivilprozessrecht ist das Strafverfahren aber ein Zwangssystem. In ihm geht es (rechtssoziologisch gesprochen) um die Bewältigung eines (Wert-)Normkonfliktes im Rahmen einer triadischen Kommunikationsstruktur mit einer strengen verfahrensförmigen Ordnung.²⁶ Doch auch im Strafverfahren wirken systemexterne und -interne Anreize, die das Prozessverhalten sogar gegenläufig zu den Prozessmaximen beeinflussen. Es lässt sich danach durchaus (zumindest laienhaft) verhaltenspsychologisch analysieren, ob die vorfindbaren Strukturen und Anreize überzeugen resp. zielführend sind oder ob man möglicherweise auf sanftem Weg verhaltenslenkend eingreifen kann. Denn dass eine differenzierte Integration von Choice Architecture in die strafverfahrensrechtliche Dogmatik nicht unplausibel ist, zeigt gerade das Verständigungsverfahren auf besondere Art und Weise.²⁷

Eine genaue Analyse des Verständigungsprozesses aus verhaltenspsychologischer oder vielleicht sogar emotionssoziologischer Sicht fehlt uns, könnte aber sehr interessante neue Einblicke gewähren.

25 Grundsätzlich erscheint dieser Ansatz in vielen Rechtsbereichen rezeptionsfähig. Was sich anfangs vorrangig auf Konsumentenentscheidungen bezog, beansprucht heute auch in anderen Bereichen des Rechts Beachtung. Er spielt auch im öffentlichen Recht (New Public Management), im Verfahrensrecht oder im Völkerrecht eine Rolle, ohne freilich immer als spezifischer Ansatz wahrgenommen zu werden. Man denke z.B. an Eingabeoptionen für die Freigabe persönlicher Daten im Internet, die Organisation von Verhandlungssettings bei Staatenkonferenzen oder die Strukturierung von Implementierungs- und Konfliktbeilegungsmechanismen; z.B. im internationalen Handelsrecht, oder ganz banal Straßenverkehrszeichen und Warnhinweise (Vorsicht Stufe!). Auch wissenschaftlich erfreut sich dieser Ansatz größerer Aufmerksamkeit, was im Januar 2015 in einer großen internationalen Tagung des Verfassungsblogs gemeinsam mit der Humboldt-Universität zu Berlin Ausdruck fand. Thema war: »Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging«.

26 *Schünemann* Gutachten zum 64. DJT, B 50 f.

27 Hier finden sich eine ganze Reihe von Schubsern und Entscheidungskanalisisierungen, ohne dass damit behauptet werden soll, dass der Gesetzgeber einem verhaltensökonomisch informierten Regelungsansatz gefolgt ist. Schon ein oberflächlicher Streifzug durch die Verständigungsvorschriften führt zu einer Reihe von Entscheidungsmanipulatoren. So lassen sich Mitteilung- und Belehrungspflichten oder das Negativattest als indirekte »Schubser« zur Einhaltung der Verständigungsregeln deuten. Kein Nudge wäre dagegen das Verbot des Rechtsmittelverzichts in § 302 Abs. 1 S. 2 StPO, weil diese bestehende Wahloptionen aus Autonomiegründen niemals bevorzugend exkludieren. Die Vorschrift verkörpert damit keinen libertären Paternalismus, sondern reinen Paternalismus.

Zudem stellt sich eines der zentralen Probleme der Diskussion über diesen Ansatz im Strafverfahrensrecht von vornherein nicht: die Legitimität dieser Form der Verhaltenssteuerung. Kritiker erkennen im *Nudging* ein Risiko der Bevormundung und damit letztlich eine Gefahr für Autonomie und Wahlfreiheit der »Geschubsten«. In der Tat bringt es dieser Steuerungsansatz mit sich, dass ein Entscheidungsdesign maßgeblich durch die allgemeinen (liberalen) Zielvorgaben bestimmt ist sowie durch die diesen vorgelagerten Überzeugungen davon, was eine vernünftige und informierte Entscheidung ausmacht bzw. was es dafür braucht. Der Auswahl der Entscheidungsarchitektur ist also ein manipulierendes Moment implizit. Dass die Hauptverfechter dieses Modells überzeugte Liberale sind, ändert nichts daran, dass sie die Autonomie des Individuums auf paternalistische Weise sichern wollen. Dieses Paradox findet sich denn auch in der wissenschaftlichen Selbstbeschreibung dieser Strömung als libertärer Paternalismus abgebildet. Im Strafverfahren gestaltet sich die Lage hingegen einfacher: Die Grundentscheidung darüber, welche Prinzipien und Werte besonderen verfahrensstrukturellen Schutz erfahren sollen, ist systemimmanent determiniert; und zwar konkret durch Verfahrensziel, Verfahrensprinzipien und Verfahrensrechte. Diese sind für die Architekten nicht disponibel. Knifflig ist dagegen unbestreitbar die Auflösung des Spannungsverhältnisses, das zwischen diesen Faktoren entstehen kann.

Das vorliegend avisierte differenziert-integrative Vorgehen, das ein »an der disziplinären Grenze von Neurowissenschaften, Psychologie und Wirtschaftswissenschaften erweitertes und präzisiertes Verständnis menschlichen Verhaltens für die Wissenschaft fruchtbar macht«,²⁸ sollte daher nicht von vornherein als esoterisch verworfen werden; zumal in einer handlungs-, entscheidungs- und wirkungsorientierten Rechtsdisziplin wie dem Strafprozessrecht. Es bietet die Möglichkeit, die Folgen eines Regelungsmodells in der Praxis und die Entscheidungssituation der Beteiligten genauer zu erfassen. Damit eröffnet sich die Möglichkeit zu einer verbesserten Steuerung in Richtung auf das verfolgte Ziel sowie zur verbesserten Vermittlung von Informationen über die Inhalte, Chancen und Risiken einer Verständigung.

II. Kleine Lösung – Verbesserungen des jetzigen Verfahrens

Eine kleine Lösung kann darin bestehen, Unnötiges und Nutzloses zu streichen, um die Anwendungsfreundlichkeit zu erhöhen oder eine bessere Kanalisierung des Verhaltens der Prozessbeteiligten in das Legalverfahren hinein zu bewirken.

²⁸ Reich (Fn. 24), S. 10.

Vor allem der Ausschluss des Rechtsmittelverzichts wird von Praktikern als fehlgeleitet angesehen. Ein solcher Verzicht sei als notwendiger und quasi denkgesetzlich vorgegebener Bestandteil mit jedweder abschließenden Verständigung über Gang und Ergebnis des Verfahrens verbunden. Oben auf der Streichliste der Praxis stehen auch die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten (insb. das Negativattest), obgleich BGH-Richter davon ausgehen, dass man noch mitten im Findungsprozess stecke und sich die Praxis auch ohne Streichungen auf einem machbaren Niveau einpendeln werde. Der Gesetzgeber verfolgt aktuell passenderweise das große Reformziel, Strafverfahren effektiver, praxistauglicher und speditiver zu machen. Gleichwohl ist der Spielraum für Praxiserleichterungen eher gering, denn zumindest die zentralen Mitteilungs- und Dokumentationspflichten sind mittlerweile durch das BVerfG verfassungsrechtlich armiert worden.²⁹ Das BVerfG sieht die gesetzlichen Regelungen als untrennbare Einheit aus Zulassung und inhaltlicher Beschränkung von Verständigungen bei gleichzeitiger Einhegung durch Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten an. Es handelt sich – Gleiches gilt für die Versagung des Rechtsmittelverzichts – um indisponible Elemente des Gesamtmodells, um die Anwendung der Verständigungsvorschriften lege artis zu befördern. Ob diese Idee des BVerfG aufgeht, muss mit einem Fragezeichen versehen werden. Aus Sicht der Praxis überwiegt der individuelle Lästigkeitsfaktor den systemischen Nützlichkeitsfaktor. Es drohen Ausweichbewegungen sowie allgemein erhöhte Rechtsunsicherheit. Bei verhaltensökonomisch informierter Betrachtung entfalten die Mitteilungs- und Belehrungspflichten oder das Negativattest, die ja als indirekte *Nudges* (Schubser) zur Einhaltung der Verständigungsregeln wirken sollen, nicht die erhoffte Wirkung. Nicht eindeutig ist auch, ob die Prozesssubjektstellung des Angeklagten effektiv Stärkung erfährt. Es hat vielmehr den Anschein, dass das BVerfG eine Umfunktionierung des Revisionsrechts zu einem Instrument des Justizaufsichtsrechts betreibt. Der paternalistische Ausschluss des Rechtsmittelverzichts zielt in dieselbe Richtung.

An den Kern des Problems, nämlich unzulässige Verkürzungen der Aufklärungspflicht, kommt man damit nicht heran. Den informellen oder materiell rechtswidrigen Absprachen scheint man so nicht beikommen zu können. Zum einen wird das gesteigerte Revisibilitätsrisiko nicht akut, wenn der Deal »funktioniert« (faktisches Konsensprinzip). Zum anderen können zumindest die Landgerichte ihre Entscheidungen durch die passenden Protokollvermerke (»Sach- und Rechtslage wurden erörtert«, »Der Angeklagte lässt sich

²⁹ BVerfGE 133, 168 (224 f.).

zur Sache ein«) und Bezugnahmen zum übrigen (am LG ja meist nicht geringen) Beweismaterial neben dem Geständnis absichern.³⁰ Dies spiegelt sich in der geringen Zahl erfolgreicher Aufklärungs- und Inbegriffsrügen wieder.

Wie schafft man es aber künftig, die Praxis in legalen Bahnen zu halten? Alternative Wege könnten in verfahrensrechtlichen Anpassungen im Umfeld der Verständigungsvorschriften oder der Erhöhung des Compliance-Drucks für die Justizakteure von außen liegen. Auf gesetzgeberischer Ebene wäre beispielsweise an eine bessere Einbindung der Kronzeugenregelung (§ 46b StPO) zu denken. Es bedürfte auch – wenn das überhaupt möglich ist – einer präziseren Regelung der »geeigneten« Fälle, um einen gleichen Zugang zu Verständigungen zu gewährleisten. Diese Regelung könnte sich auch mit dem Verhältnis zwischen § 257b und § 257c StPO befassen.³¹ Entweder man streicht § 257b StPO ganz oder es muss ein Abstandsgebot gewahrt bleiben, damit es nicht zu den beschriebenen Ausweichbewegungen und Umgehungsversuchen kommt.

In Sachen Justiz-Compliance ließe sich auch Einiges tun: Auf Ebene der Staatsanwaltschaft sind zur Verhaltenssteuerung verbindliche Weisungen der Justizminister an die Staatsanwälte denkbar, wonach Verständigungen nur bei völlig zweifelsfreier Legalität zustimmt werden darf³² oder evtl. auch nur für bestimmte Kategorien von Fällen. Auch Ausweitungen der Berichtspflichten sind denkbar. Auf Ebene des Gerichts entfällt diese Option notwendig. Ob der richtige »tone from the top« (also Aufrufe zum Vorgehen *lege artis* durch Gerichtspräsidenten und -direktoren auch zum Preis sinkender Erledigungszahlen) weisungsähnliche Kraft entfalten könnte, ist schwer zu beurteilen. Interessanterweise wurde aus Richterkreisen der Aufbau einer verstärkten internen Kontrolle durch Hospitationen u.ä. ins Spiel gebracht. Deren Erfolgsaussichten sind freilich maßgeblich durch die ressourcentechnisch mögliche Kontrolldichte limitiert.

Man könnte als Hebel auch die Entscheidungskosten der Verständigung aufgreifen, indem man versucht, die externen Effekte der Absprachepraxis, d.h. die Erosion des Vertrauens der Allgemeinheit in die Strafrechtspflege, zu

30 Verfassungsrechtlich fragwürdige bzw. überschießende pro-forma-Beweiserhebungen (wie *Jahn* NStZ 2014, 170 f., sie befürchtete) sind meist gar nicht erforderlich.

31 *Altenhain/Hagemier/Haimerl* NStZ 2007, 71 (77 f.); nur eine Option sollte bestehen: *Knauer* NStZ 2013, 433 (436): Verhältnis zu § 257b StPO ungelöst; die demgegenüber von *Schneider* NStZ 2015, 53 f., aufgezeigte klare, systematische Demarkationslinie (auf Gegenseitigkeit angelegtes Verhaltensprogramm, charakteristischer Zusammenhang aufeinander bezogener und voneinander abhängig gemachter Leistungen) verliert in der konkreten Anwendung deutlich an Schärfe. Man könnte das natürlich formalistisch durch einen zusätzlichen Protokollvermerk absichern: »Niemand hat vor, eine Verständigung zu treffen.«

32 *Stuckenberg* ZIS 2013, 212 (218).

internalisieren.³³ Derzeit werden diese Kosten von den Akteuren auf die Allgemeinheit abgewälzt. Dies könnte z.B. dadurch geschehen, dass man die Entscheidungen der Gerichte statistisch erhebt und u.a. ihre Verständigungs- und Einstellungsraten in allgemein zugänglichen Registern publiziert. Man könnte den Gerichten auch separate kurze Begründungen der Verständigungseignung der betroffenen Fälle abverlangen und auch diese – wie in vielen Jurisdiktionen mit *plea bargaining*-Praxis üblich – (anonymisiert) öffentlich zugänglich machen. Dass das Merkmal der »Eignung« bislang keine Lenkungswirkung entfaltet, stört insofern nicht. Vielmehr könnte sich als Nebeneffekt auf diese Weise ein normkonkretisierendes *case law* entwickeln. Damit entstünde wenigstens ein Hauch von Vergleichbarkeit.

Schließlich ließe sich über Maßnahmen nachdenken, die sicherstellen, dass das Ausweichen auf § 257b StPO oder die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten nicht nur als »formalistische Nebelwand« missbraucht werden,³⁴ um mit dem legalen formalen Antlitz den Deal in der Sache zu kaschieren. Sie zwingen zwar zur Offenlegung des jeweiligen Synallagmas, gewährleisten aber nicht, dass es auf einer hinreichenden Ausschöpfung des Sachverhalts fußt.

In dieser Hinsicht bedarf es aber wohl noch drastischerer Mittel. Wunder gegen die Immunsierung des abgesprochenen Urteils könnten z.B. die Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung oder die Einführung des Wortprotokolls beim Landgericht bewirken. Zugegebenermaßen dürften sich diese Ideen für Justizvertreter wie ein Katalog aus dem Gruselkabinett lesen. Und in der Tat stiegen wohl die allgemeinen und individuellen Entscheidungskosten damit noch mehr; und zwar nicht nur für die Instanzgerichte, sondern auch für die Revisionsgerichte; der zu erwartende Nutzen wäre dagegen überschaubar, da anders als z.B. in den USA im gegenwärtigen Verständigungsmodell keine substantziellen Erleichterungs- oder Abkürzungseffekte erzielt werden könnten. Dies ist das eigentliche Kernproblem. Das gesetzgeberische Regelungsziel hinter dem Verständigungsgesetz ist nur halb erreicht worden. Die Verrechtlichungswirkung ist eingetreten, aber nicht der erwünschte Erleichterungseffekt. Wenn sich an der Justizausstattung nun aber nichts ändern soll, muss man sich notgedrungen noch einmal über die Rahmenbedingungen für das Strafverfahren Gedanken machen. Wenn der amtierende Bundesjustizminister weiter reichende und tiefer gehende Regelungsvorschläge verlangt, kann dies sinnvollerweise nur bedeuten, nicht bei

33 Meyer NJW 2013, 1850 (1853).

34 Weigend, in: Leblois-Happe/Stuckenberg (Hrsg.), Was wird aus der Hauptverhandlung?, 2014, S. 199, 207; dahinter behalte Richter beherrschende Stellung; ebenso LR-StPO/Stuckenberg, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 17: fast reiner Inquisitionsprozess.

Mikrokorrekturen des Verständigungsverfahrens und der gleichwohl empfehlenswerten Verbesserung der justizinternen Compliance stehen zu bleiben. Dies entspräche auch der systembezogenen Gewährleistungsverantwortung des Gesetzgebers für die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege.³⁵ Damit sind wir bei der mittleren Lösung angelangt.

III. Mittlere Lösung

Die mittlere Lösung geht davon aus, dass das Verständigungsverfahren in seiner jetzigen Form nicht wesentlich verändert wird, jedoch gesetzliche Änderungen getroffen werden, welche verständigungsrelevante Verfahrenserleichterungen bewirken oder prozessimmanente Unverträglichkeiten ausräumen. Bemühungen um die strukturelle Verbesserung des Systems müssen dazu den Prozess der strafrechtlichen Untersuchung und Entscheidungsfindung gesamthaft beleuchten und auf ihre Verständigungsrelevanz abklopfen.

Was könnte man anders machen? Was soll sich bessern? Mit welchem Ziel? Die Reformdiskussion ist nicht arm an Vorschlägen. Die Große Strafrechtskommission tagt intensiv und der Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer hat einen Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme vorgelegt.³⁶ An Letzterem überzeugt vor allem, dass er sich um eine Entlastung des Hauptverfahrens bemüht (durch Modifizierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes), ohne dass vitale Verfahrensziele und Verfahrensprinzipien Schaden nehmen. Hand in Hand geht dieses Anliegen mit einer Stärkung der Verfahrensrechte im Ermittlungsverfahren.³⁷ Eine solche ist Grundvoraussetzung dafür, dass ein späterer Transfer in die Hauptverhandlung erfolgen kann. Das Beispiel der Schweiz zeigt insoweit recht anschaulich, dass der weitgehende Verzicht auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz bei gleichzeitiger Sicherung der Verfahrensrechte im Vorverfahren sich nachhaltig auf den Absprachedruck auswirkt.

Angesichts des hier nur begrenzt verfügbaren Raums sollen sich die weiteren Überlegungen jedoch auf das Zwischenverfahren konzentrieren. Seit Langem werden ohne erkennbare Fortschritte die Gefahren diskutiert, die dort für den Angeschuldigten schlummern. Die Rede ist vom Inertia-Effekt, drohendem Schulterschluss und dem Risiko der Befangenheit.³⁸ Da umgekehrt der Filter-

³⁵ Meyer NJW 2013, 1850 (1853).

³⁶ GA 2014, 1.

³⁷ Zu dieser Notwendigkeit auch Wohlers ZStrR 132 (2014), 424 (442 ff.).

³⁸ Traut/Nickolaus StraFo 2012, 51 (53 f.); zur (Un-)Vereinbarkeit mit den Anforderungen an ein unbefangenes Gericht, Wohlers FS-II Roxin, 2011, S. 1313.

Effekt der Anklageprüfung aus Sicht der Kritiker eher zu vernachlässigen sei, berge das Zwischenverfahren für den Angeschuldigten deutlich mehr Risiken als Nutzen. Als Ausfluss dieser Standarderzählung drängen sich die Forderung nach einer Trennung von Eröffnungsgericht und Tatgericht³⁹ sowie eine Reduzierung des Prüfungsumfangs des Zwischenverfahrens geradezu auf.

Mir scheint diese Forderung etwas vorschnell. Ich möchte die Aufmerksamkeit im Hinblick auf die Abspracheproblematik auf einige andere erwägenswerte Aspekte lenken. Das Zwischenverfahren macht durchaus Sinn und könnte Vorteile bringen, die den Inertia-Effekt überwiegen. Mehr noch könnte ein Ausbau des Zwischenverfahrens zu einer weiteren Entlastung des Hauptverfahrens führen und damit den Absprachedruck mindern. Den letztgenannten Aspekt werde ich nur kurz streifen. Er spielt derzeit wohl auch in den aktuellen Reformüberlegungen eine Rolle. Erste Reformideen zielen auf eine Erweiterung des Zwischenverfahrens ab. Es soll eine Strafung der Hauptverhandlung bewirkt werden. Erreicht werden soll dies u.a. durch verstärkte Vorprüfungen und Einführung von Einwendungsobliegenheiten mit daran anknüpfender Präklusionswirkung für nicht rechtzeitig erhobene Rügen; primär geht es um Verfahrenshindernisse, Befangenheitsrügen oder einzelne Verfahrensfehler aus dem Ermittlungsverfahren. Dahinter steckt natürlich der Kampf um die Kontrolle der Verfahrenslänge. Die Möglichkeiten der Verfahrensleitung, das Verfahren zu führen und zu beenden, würden verbessert. Damit endete auch die Privilegierung von Angeklagten, die über hinreichende finanzielle Möglichkeiten verfügen, um Verfahren in die Länge zu ziehen.

Der damit erzielte Beschleunigungseffekt würde gewiss den Absprachedruck vermindern. Er wäre der Normbefolgung dienlich. Allerdings darf dieses berechtigte Anliegen, keine schützenswerten Rechtspositionen des Angeschuldigten aushöhlen. Die Funktion des Zwischenverfahrens darf nicht einseitig auf Verfahrensbeschleunigung umgepolt werden. Die angedachte Stärkung des Zwischenverfahrens setzt aus meiner Sicht deshalb voraus, dass eine adäquate Stärkung der Position des Angeschuldigten im Ermittlungsverfahren erfolgt bzw. die Gewährleistung der betroffenen Rechte im Zwischenverfahren in den betreffenden Entscheidungssituationen hinreichend gesichert ist.

Unabhängig von diesen laufenden Reformarbeiten muss man zur Frage der Ausgestaltung des Zwischenverfahrens dessen Bedeutung und Potenzial vollständig erfassen. Die Umstellung auf einen Eröffnungsrichter brächte den Verlust einer für den Angeschuldigten sehr wichtigen Gestaltungsphase mit

³⁹ Traut/Nickolaus StraFo 2012, 51 (58).

sich. Dieser Gesichtspunkt wird in vielen Stellungnahmen nicht prominent genug gemacht oder gleich unter den Tisch fallen gelassen. Auch wenn die praktischen Gepflogenheiten und Möglichkeiten hier deutlich divergieren mögen, ebnet das Zwischenverfahren dem engagierten Anwalt sehr früh und außerhalb des Blicks der Öffentlichkeit den Weg, um dezidiert Gegenposition zu beziehen, auf Mängel in der Anklageschrift hinzuweisen oder Beweiserhebungen anzumahnen, welche die Staatsanwaltschaft zuvor verweigert haben mag. Verfahrensmängel und Beweisverwertungsfragen können hier frühzeitig erörtern werden. Es mag in einigen Fällen vielleicht Sinn ergeben, noch alle Pfeile im Köcher zu behalten; in vielen anderen Fällen dürfte sich das als fahrlässig erweisen. Mehr noch ist das Zwischenverfahren vielleicht die letzte Chance für den Angeschuldigten, dem Schreckgespenst einer öffentlichen Hauptverhandlung zu entgehen oder zumindest konstruktiv auf deren Gang Einfluss zu nehmen. Dies funktioniert freilich nur, wenn der Angeschuldigte überhaupt und zudem hinreichend kompetent verteidigt wird. Die Notwendigkeit guter Verteidigung ist die Achillesferse solcher Reformvorschläge; ihr häufiges Fehlen erscheint angesichts der beschriebenen Ballung umso prekärer.

Als Gestaltungsoptionen im Zwischenverfahren haben wir zunächst einmal mögliche Verständigungen außerhalb von § 257c StPO, namentlich Einstellungen gem. §§ 153, 153a, Beschränkungen gem. §§ 154, 154a, Übergang ins Strafbefehlsverfahren, Terminierung der HV, Umfang und Ablauf der Beweisaufnahme, Erörterungen des Tatverdachts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht i.S.v. § 202 a StPO. |⁴⁰ Die verfügbaren empirischen Erhebungen deuten darauf hin, dass der Grundstein für spätere Verständigungen gem. § 257c StPO in einem Viertel oder gar einem Drittel der Fälle in diesem Stadium gelegt wird. |⁴¹ Die Gestaltungsoptionen kulminieren geradezu im Zwischenverfahren. Und keinesfalls kann man verallgemeinernd sagen, dass sich das Verhandlungsgleichgewicht hier schon zu Ungunsten des Angeschuldigten verschoben hat. Oftmals bringt das Hinzutreten des Gerichts erst die Chance, eine renitente bzw. argumentationsresistente Staatsanwaltschaft auf den Boden zurückzuholen und kurz vor Torschluss z.B. noch eine Einigung auf einen Strafbefehl oder § 153a StPO zu erreichen. |⁴² Das Zwischenverfahren hat mithin eine ganz wichtige Weichenstellungsfunktion, auf die man nicht ohne Weiteres verzichten kann. Wollte man an einer Umstellung auf

40 vgl. *Ignor* Münchner Anwaltshandbuch, 2. Aufl. 2014, § 13, Rn. 5.

41 *Altenhain/Dietmeier/May* Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013, S. 62 f.

42 Vgl. a. *Meyer-Lohkamp* StraFo 2012, 170 f.

den Eröffnungsrichter festhalten, müsste es sich also zumindest um ein erweitertes Eröffnungsrichterverfahren handeln, in dem auch über alternative Verfahrensbeendigungswege entschieden werden kann.

Solche Modelle müssten aber noch einen weiteren Gesichtspunkt berücksichtigen, der auch ein kritisches Nachdenken über den Fortbestand des jetzigen Modells verlangt. Es hat sich gezeigt, dass das Zwischenverfahren bisweilen eine ganz andere Filterfunktion annimmt, als ihm in der Kommentarliteratur zugeschrieben wird. Das Zwischenverfahren ist als prozessuale Zwischenstufe historisch einem Modell des Strafverfahrens verhaftet, das wir in der Realität oft gar nicht mehr zu Gesicht bekommen: Es ist auf die soeben beschriebene Filterfunktion nicht ausgelegt. Die gegenwärtige Situation ist eher das Produkt gesetzgeberischer Reformen und Neuerungen der letzten 40 Jahre sowie der Veränderung der Verfahrenswirklichkeit. Die Strukturen des Zwischenverfahrens sind dieser wild gewachsenen Bedeutung womöglich nicht angemessen. Werden wie skizziert derart wichtige Entscheidungen im Zwischenverfahren getroffen, kann sich die ungleiche Gestaltungs- und Handlungsmacht im Vorverfahren nachteilig auswirken, bevor eben gerade im Hauptverfahren Ausgleich geschaffen werden kann. Dies streitet natürlich für eine Stärkung der Verfahrensrechte im Vorverfahren.

Noch gravierender ist, dass ganz unterschiedliche Verfahrensbeendigungsmechanismen⁴³ mit ebenso unterschiedlichen Legitimationskonzepten aufeinandertreffen, ohne dass es konkrete Vorgaben für Erörterungen über deren Nutzung gäbe. Das Gesamtsystem der Verfahrensbeendigungsmechanismen weist hier eine ganz erhebliche Unwucht auf. Die vereinfachten Verfahren und Einstellungsnormen sind nicht aufeinander abgestimmt. Im Verhältnis zur Verständigung kommt hinzu, dass diese anderen Steuerungs- und Legitimationsmodellen folgt. Die Einstellungsnormen aus Opportunität sind beispielsweise dem Typus exekutivischen Rechts zugehörig;⁴⁴ d.h. sie sind nicht justiziabel; die inhaltlichen Kriterien für die Sachentscheidung sind nicht regulativ vorgeformt, sondern werden von der Exekutive selbst festgelegt. Die Verständigung folgt dagegen dem regulativen Steuerungsmodell des Rechts.⁴⁵ Das Gericht kann also von einer juristischen Legitimationswelt in die andere springen, ohne dass die Auswahlentscheidung adäquat reguliert wäre. Hieraus können nicht nur systemweit erhebliche Gerechtigkeitsdefizite

43 Zu den fünf Verfahrenstypen im Überblick *Radtke* in: Goldenstein (Hrsg.), *Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren*, Loccumer Protokolle, 09/11, S. 131 (136 f., 139).

44 SK-StPO/*Wefslau*, 4. Aufl. 2012, Vor §§ 151 ff. Rn. 16; § 153a Rn. 16.

45 Zu diesem Typus SK-StPO/*Wefslau* (Fn. 44), Vor §§ 151 ff. Rn. 16; die Verständigung überschneidet sich wiederum mit anderen Verfahrenstypen des regulativen Rechts wie dem Strafbefehl.

resultieren.⁴⁶ Es stellte sich auch im konkreten Einzelfall die Frage nach der Richtigkeit der Entscheidung, wenn Gerichte ihr eigenes Programm festlegen können. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung erscheint mir dabei, dass sich auch die Rolle des Gerichts tiefgreifend wandelt, wenn es die Auswahl zwischen diesen Modi moderiert oder gar initiiert. Im selben Maß, wie die Kanalisierung in Verfahrenstypen nicht hinreichend rechtlich determiniert ist, setzt eine schleichende Abkehr vom triadischen Entscheidungsmodell ein, das den Strafprozess idealiter kennzeichnet; und mit ihr die Kompromittierung der Stellung des Gerichts.⁴⁷

Auch aus dem Blickwinkel der Choice Architecture ist das Durcheinander der Anreize und Steuerungseffekte frappierend. Durch die Ballung im Zwischenverfahren, das selbst Teil des normativen Entscheidungsprogramms ist (Typus des regulativen Rechts), sind schlechte Entscheidungen im Einzelfall vorprogrammiert. Die Auswahloptionen und die mit ihnen verbundenen Attribute sollten klar und friktionsfrei angeordnet (und mit Blick auf die Ziele der Strafrechtspflege überzeugend begründbar) sein. Grob gesagt muss man das Zwischenverfahren deshalb entweder auf eine enge negative Kontrollfunktion beschränken und sonstige auf Verfahrensbeendigung abzielende Dispositionen ausschließen, oder man muss die »Auswahlentscheidung« stärker verregeln und die Verteidigungsrechte damit korrespondierend stärken.

Insgesamt ist mit den gegenwärtigen Strukturen auch auf Systemebene keine gerechte Aufteilung von Aufklärungsanstrengungen und Aufklärungserfolgen erreichbar. Damit droht der Strafrechtspflege eine Legitimitätskrise. Das betrifft aber natürlich nicht allein das Zwischenverfahren. Die Absprache überspannt als Phänomen den gesamten Strafprozess. Es müssen daher für eine kohärente und die gerechte Normanwendung fördernde Lösung der Verständigungsproblematik alle über verschiedene Verfahrenssequenzen verstreuten Selektionsmechanismen gesamthaft in den Blick genommen werden. An dieser Stelle kann freilich kein am Reißbrett im Elfenbeinturm entworfenen neuer Strafprozess dargeboten werden. Es sollen aber zumindest einige Gedanken zu einer möglichen größeren Lösung formuliert werden.

46 Vgl. Radtke (Fn. 43), S. 131 (139 ff.).

47 Kommunikative Verhandlungsführung, Beschleunigung, Funktionstüchtigkeit sind unter diesen Voraussetzungen ein schleichend wirkendes Gift, das das normative Entscheidungsprogramm verzerrt und Interessenkonflikte produziert, weil sie selbst zum Verhandlungsziel werden (obgleich sie eigentlich keinen Wert an sich darstellen bzw. nicht Teil des Wertkonflikts sind, über den ein Gericht im Strafverfahren unabhängig entscheiden soll).

IV. Große Lösung

Unerlässlich (und fast schon banal) erscheint es erstens, unnötige Lasten in der Verfahrensführung und Beweisaufnahme zu reduzieren und Ballast abzuwerfen. Nicht gemeint ist damit, dass unter dem Siegel der Praxisfreundlichkeit und Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege schützende Formen geschliffen und notwendige Verteidigungsgarantien abgebaut werden. Der zuvor genannte Arbeitskreis hat bezüglich der Beweisaufnahme gezeigt, wie das gehen kann.⁴⁸ In ähnlicher Gründlichkeit wären Ermittlungsverfahren und Zwischenverfahren unter Beachtung der EGMR-Rechtsprechung durchzumustern, wobei freilich nicht vergessen werden darf, für die nötige Regelungskohärenz zwischen den Verfahrensteilen zu sorgen. Vor allem tut zweitens eine bessere Abstimmung der Entscheidungsoptionen not. Auf Ebene der Entscheidungsarchitektur müssen die Exit-Optionen und Legitimationskonzepte, so schwierig das sein mag, in ihren Anwendungsbereichen überdacht, präzisiert und dabei auch die Übergänge besser markiert und abgestimmt werden.⁴⁹ Möglichen Interessenkonflikten und Rollenvermischungen ist durch Gestaltung des Entscheidungssettings bzw. der Entscheidungssequenzen vorzubeugen. Dies würde auch bedeuten, die gegenwärtige Kumulation im Zwischenverfahren zu überdenken und die Optionen zur Verfahrensbeendigung oder -fortführung verfahrensstrukturell aufzuteilen. Die Verbesserung der Entscheidungsarchitektur erscheint m.E. mit Blick auf die gegenwärtige Situation sogar verfassungsrechtlich geboten; denn von Gleichheit der Rechtsanwendung, die auch bei der Anwendung der sog. Opportunitätsvorschriften oder summarischen Verfahren zu wahren ist, sind wir weit entfernt. Verglichen mit dem Missionierungsfuror des BVerfG bei der Verständigung erstaunt es, dass das Gericht die §§ 153 ff. StPO oder den Strafbefehl (sowie die Schnittstellenthematik) verfassungsrechtlich links liegen lässt.⁵⁰ Aktuell bleibt freilich schon der gleiche Zugang zu Absprachen ein Petium.

Die große Frage, die es drittens aber vor allem zu klären gilt, ist, ob es bei einer allenfalls leicht modifizierten Verständigung im Hauptverfahren bleibt oder ob neben (oder anstatt) dieser Option noch eine weitere vereinfachte Verfahrensart eingeführt werden könnte, die dann tatsächlich die gewünschten Effekte zeitigt. Das deutsche Strafprozessrecht ist gewiss nicht arm an Vorschlä-

48 GA 2014, 1 ff.

49 Erste Vorschläge bei *Radtke* (Fn. 43), S. 131 (155 ff.).

50 *Węslow* ZStW 116 (2004), 151 (162): Einfallstor der Dispositionsmaxime; *Hamm* StV 2013, 652 f.; zum Reformbedarf bei § 153a StPO jüngst *Kudlich* ZRP 2015, 10.

gen für derartige besondere Verfahren.⁵¹ Doch müssen sich alle Vorschläge dem Einwand stellen, ob echte Verständigungen über Gang und Ausgang des Verfahrens innerhalb der StPO nicht mittlerweile verfassungsrechtlich ausgeschlossen sind. Die Grenze des Zulässigen scheint mit §§ 153 ff. StPO und Strafbefehl prima vista erreicht. Das BVerfG hat insoweit klargestellt, dass gesetzliche Regelungen, die ein Absehen von Strafverfolgung bzw. Abstriche bei der Suche nach der materiellen Wahrheit gestatten, fest zu umgrenzen sind und einer jeweils eigenständigen Legitimation bedürfen.⁵² Ob eine Erweiterung des § 153 a StPO (in den Verbrechensbereich) denkbar wäre, ist deshalb zu bezweifeln und letztlich auch nicht wünschenswert, weil damit der nur schwer zu kontrollierende Typus exekutivistischen Rechts noch gestärkt würde. Für verfahrensrechtliche Vereinfachungen zur Gewinnung richterlicher Überzeugung als Basis einer strafrechtlichen Sanktion setzt das BVerfG dagegen ausdrücklich voraus, dass das Schuldprinzip verwirklicht wird. Die sich hieraus ergebende Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit stehe nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Allerdings sei es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, darüber zu befinden, wie er die Verwirklichung des Schuldprinzips auf diesem Weg gewährleisten will.⁵³ Es sei ihm nicht verwehrt, »unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze für Fälle einfach gelagerter und eindeutiger Sachverhalte – etwa bei einer sich mit den Ermittlungsergebnissen deckenden geständigen Einlassung schon im Ermittlungsverfahren oder bei einem auf frischer Tat angetroffenen Beschuldigten – ein vereinfachtes Verfahren zur Gewinnung der richterlichen Überzeugung von Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten und der hieraus zu ziehenden Folgen ohne das Erfordernis einer öffentlichen Hauptverhandlung mit ihrer formalisierten Beweisaufnahme einzurichten«. ⁵⁴

51 Siehe u.a. *Fezer* NStZ 2010, 177 (183); *Schünemann*, Gutachten um 64. DJT; *Meyer-Göfner* NStZ 2007, 425 431); *Weichbrodt* Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006, S. 318 ff.; *Altenhein/Hagemeyer/Haimerl* NStZ 2007, 71, 79; Termin zur Erörterung der Sach- und Rechtslage im Zwischenverfahren mit Strafmaßprognosen, Unterwerfungserklärung löst Strafabtatt aus; zu den Problemen einer Regulierung der Absprachenpraxis knapp *Weigend* in: Leblois-Happe/Stuckenberg (Hrsg.), Was wird aus der Hauptverhandlung?, 2014, S. 199 (204 f.); zu den zu beachtenden Interdependenzen zwischen der Ausgestaltung der Verfahrensphasen, materiellem Recht und institutionellem Aufbau der Strafrechtspflege *Meyer* ZStW 119 (2007), 633 (649 ff.).

52 BVerfGE 129, 208 (260); 133, 168 (226).

53 BVerfGE 133, 168 (226 f.).

54 BVerfGE 133, 168 (226 f.). »Ermöglichen es die in der Akte befindlichen Unterlagen und Beweismittel dem Richter, sich die Überzeugung von der Richtigkeit des dem Angeschuldigten zur Last gelegten Sachverhalts zu bilden, ist eine öffentliche Hauptverhandlung zur Gewinnung einer tragfähigen Grundlage für die Schuldfeststellung, die rechtliche Beurteilung und die Strafzumessung von Verfassungen wegen nicht zwingend geboten, sofern es der Angeschuldigte in der Hand hat, durch einfache Erklärung die Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung zu erzwingen (vgl. BVerfGE 25, 158 [164 f.]; BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 14. Februar 02.1995 – 2 BvR 1950/94 –, NJW 1995, S. 2545 [2546] und vom 04. Juli 07.2002 – 2 BvR 2168/00 –, NJW 2002, S. 3534 m.w.N.).«

Dieser Beschreibung entspricht beispielsweise das schweizerische Modell des abgekürzten Verfahrens.⁵⁵ Art. 358 CH-StPO regelt:

¹ Die beschuldigte Person kann der Staatsanwaltschaft bis zur Anklageerhebung die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragen, wenn sie den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingesteht und die Zivilansprüche zumindest im Grundsatz anerkennt.

² Das abgekürzte Verfahren ist ausgeschlossen, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren verlangt.

Anstelle eines Zwischenverfahrens würde nach diesem Modell ein Validierungsverfahren bei Gericht durchgeführt. Das Gericht prüft die Rechtmäßigkeit und Angebrachtheit der Durchführung des abgekürzten Verfahrens (Art. 362 Abs. 1 lit. a CH-StPO), die Übereinstimmung der Anklage mit den Akten und dem Ergebnis der Hauptverhandlung (lit. b) sowie die Angemessenheit der beantragten Sanktionen (lit. c).⁵⁶

Im Falle der Bestätigung wird die Anklage zum Urteil erhoben. Im Falle des Scheiterns der Anklage ginge es mit anderen Richtern in einem ggfs. erweiterten Zwischenverfahren weiter.⁵⁷ Für das geschulte deutsche Auge ist dieses abgekürzte Verfahren nichts anderes als ein »Urteil nach Aktenlage«, das als Modell auch schon in Deutschland erwogen wurde.⁵⁸ Für künftige Reformvorhaben bietet die Schweizer Norm aber allerlei lehrreiches Anschauungsmaterial dazu, welche Bedingungen für ein entlastendes, faires und Anwendungsgleichheit garantierendes Verfahren erfüllt sein müssten. Da ist zum einen die klare Abgrenzung zum – in seinem Anwendungsbereich vorrangigen und zwingenden – Strafbefehlsverfahren.⁵⁹ Zum anderen fand diese Innovation nur deshalb die notwendige Akzeptanz, weil das Ermittlungsverfahren weitaus partizipatorischer abläuft als hierzulande.⁶⁰ Die Verteidigung erhält sehr früh Akteneinsicht, Anträgen der Verteidigung auf Beweiserhebungen wird seitens der Staatsanwaltschaft in der Regel entsprochen. Anwesenheit und Konfrontation bei Zeugeneinvernahmen werden gewahrt. Überhaupt ist ein abgekürztes Verfahren nur zulässig, wenn der Beschuldigte

55 Dazu *Bommer* ZSR 128 (2009) II, 5 ff.; *Wohlens* StV 2011, 567; *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, 2013, S. 139 ff.

56 Man hat hier wohl Lehren aus Urteilen des italienischen Verfassungsgerichts zum patteggiamento gezogen.

57 Einen entsprechenden Vorschlag hat *Weigend* (Fn. 50), S. 199 (217), für Deutschland formuliert.

58 Schon *Weigend* ZStW 104 (1992), 486 (506 ff.); *Radtke* (Fn. 43), S. 131, 147 f.

59 BSK-StPO/*Greiner/Jaggi*, 2. Aufl. 2014), Vor Art. 358 Rn. 109, 111. Der Strafbefehl darf einseitig durch den Staatsanwalt verhängt werden; gestattet sind auch Freiheitsstrafen ohne Bewährung bis zu sechs Monaten.

60 *Wohlens* ZStrR 132 (2014), 424 (443).

einen Verteidiger hat. Zudem scheint insgesamt ein anderes Kommunikationsklima vorzuherrschen. Schließlich ist auch die Kluft zum Regelverfahren weniger groß, denn auch dort erfolgt die Beweisaufnahme nahezu vollständig im Ermittlungsverfahren.⁶¹ Die Beweismittel werden mit den Akten schon vor der Hauptverhandlung zirkuliert. Dort wird oft nur noch der Angeklagte vernommen und weitere Beweise werden nur erhoben, wenn es aus Sicht des Gerichts indiziert ist. Es gilt gerade keine formelle Unmittelbarkeit.⁶²

Für ein solches Modell spricht, dass die Beschränkung des Richters auf eine Kontrollfunktion rollenkonformer und besser mit der Neutralitätspflicht vereinbar ist als der jetzige Zustand. Es droht keine Rollen- und Interessenkonfusion, weil das Gericht nicht selbst den Verständigungsprozess initiieren oder steuern muss. Es bliebe bei einer triadischen Struktur mit konditionaler Entscheidungsprogrammierung. Das Gericht hätte in dieser Rolle zudem einigen Spielraum, um sowohl die Substanz des Geständnisses als auch die Angemessenheit eines abgekürzten Verfahrens und der Sanktion zu überprüfen. Gerade der letztgenannte Aspekt müsste aber noch ausgefeilt werden, da die Bestimmung des Milderungswerts eines prozessualen Geständnisses auch in der Schweiz noch nicht befriedigend geklärt ist.⁶³ Überzeugend ist ferner, dass der Betroffene in einem solchen Verfahren einen Verteidiger haben muss und auch etwaige Privatkläger zu beteiligen sind.

Ein solches Modell wäre auch ehrlicher, weil es nicht durch Einbau der Verständigung in die Hauptverhandlung kaschiert, was eigentlich vor sich geht. Es überbrücke auch die große Kluft zwischen der kaum justiziablen Freiheit zur Einstellung bei Vorliegen von Vergehen und dem äußerst strikten Regime bei Verständigungen im Hauptverfahren jenseits dieses Schweregrades. Es empfiehlt sich, hier eine Zwischenstufe einzubauen, denn gerade derartige Bruchkanten fordern Manipulation in ihrem Grenzbereich geradezu heraus. Es kommt dort zu Ungleichbehandlungen materiell weitgehend gleicher Sachverhalte. Das abgekürzte Verfahren grenzt sich dagegen klarer zum Strafbefehl und anderen Opportunitätsvorschriften ab.

Überzeugend erscheint auf den ersten Blick auch die Kappungsgrenze.⁶⁴

61 Bedenkt man, dass faktisch das Strafbefehlsverfahren das Normalverfahren darstellt, geht mit dem abgekürzten Verfahren sogar eine Erhöhung der Verfahrensstandards einher.

62 *Riklin* ZStW 126 (2014), 173 (176 f.), 184; *Wohlers* ZStrR 132 (2014), 424 (430 f.).

63 Was den Milderungswert eines prozessualen Geständnisses ausmacht, wurde bislang nicht überzeugend geklärt; *Weigend* (Fn. 50), S. 199 (215 f.); *Hauer* Geständnis und Absprache, 2007, S. 81 ff.; *Sickor* Das Geständnis, 2014, S. 430 ff.; NK-StGB/*Streng*, 4. Aufl. 2013, § 46 Rn. 85.

64 Gegen ein solches Modell ließe sich anführen, dass es letztlich einem erweiterten Strafbefehlsverfahren gleichkommt und der vorgesehene Sanktionsrahmen hierfür zu weit ist; zur Kritik im Schrifttum *Thommen* (Fn. 54), S. 153 ff. m.w.N.

Gemünzt auf deutsche Verhältnisse wäre auch eine Anpassung an den Strafrahmen des Amtsgerichts denkbar, um gerade dort den Entlastungseffekt zu konzentrieren.⁶⁵ Für die schweren bis sehr schweren Fälle ginge es dagegen gleich ins Zwischenverfahren, mit der Option der jetzigen engen Verständigung im Hauptverfahren. Diese Aufteilung trüge auch dem verfassungsrechtlichen Gebot einer effektiven Strafverfolgung Rechnung, weil sie gerade »die wirksame Aufklärung schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens fördert«. |⁶⁶

Einen gleichen Zugang zu Absprachen garantiert aber auch das abgekürzte Verfahren nicht. Verteidiger können keine Verständigungsgespräche erzwingen. Noch grundsätzlicher fragt sich, ob ein abgekürztes Verfahren dem Schuldprinzip (und dem Gleichheitsgrundsatz) als *rocher de bronze* des deutschen Strafverfahrensrecht gerecht würde? Es ist in dieser Hinsicht einzuräumen, dass auch der Schweizer Gesetzgeber das Grundproblem aller Verständigungsverfahren nicht gelöst hat.⁶⁷ Zwar scheint die Mehrheit der Akteure davon überzeugt zu sein, dass der Verfahrensausgang in aller Regel tatsächlich gerecht ist. Gerechtigkeitsglaube ersetzt prozessdogmatisch indessen kein durchstrukturiertes rechtliches Verfahren, das auf die Findung materieller Wahrheit als Fundament einer gerechten Entscheidung ausgerichtet ist. Denn auch im Schweizer Modell soll es beim Erfordernis materieller Wahrheit (zur Verwirklichung des materiellen Strafrechts) bleiben. Das offenbart sich schon darin, dass es nicht mit der Feststellung einer willensmangelfreien Einigung auf das Geschehene getan ist, sondern das Gericht auch die Angemessenheit von abgekürztem Verfahren und Sanktion prüfen soll. |⁶⁸

Das pragmatische Schweizer Beispiel bietet aber Anlass, eine Entmythologisierung des Wahrheitsbegriffs zu betreiben. Das BVerfG scheint der Chimäre einer tief in der Gesamtheit des Beweismaterials verborgenen, tatsächlichen

65 Weiter *Radtke* (Fn. 43), S. 131 (158): Ausschluss von Schwurgerichtsverfahren.

66 Vgl. BVerfGE 100, 313 (388 f.); 107, 299 (316); 122, 248 (272 f.); 129, 208 (260). Rechtsvergleichend stößt man nicht selten auf vergleichbare Modelle mit einer ähnlich reduzierten Funktion des Gerichts; ein solcher Verzicht auf weitere Sachaufklärung wäre auch EMRK-konform, vgl. EGMR v. 29.04.2014, Nr. 9043/05, *Natsvlishvili v. Georgien*, Rz. 91 f.

67 Vgl. BSK-StPO/*Greiner/Jaggi* (Fn. 58), Vor Art. 358–362 Rn. 41; Art. 358 Rn. 19. Es wird nicht erklärt, warum das Ziel der materiellen Wahrheit trotz Rücknahme der Untersuchungsmaxime noch erreicht werden kann. Gang und Prinzipien der Verständigung werden gerade nicht geregelt. Zudem werden im Schrifttum ein Strafverfolgungsverzicht auf einzelne Delikte und eine Absprache über Subsumtionsfragen für zulässig gehalten, BSK-StPO/*Greiner/Jaggi* (Fn. 58), Art. 358 Rn. 35, 41 f. Das abgekürzte Verfahren umfasst zwei unterschiedliche Verfahrensarten: die Absprache im Strafverfahren und die Unterwerfung unter eine einseitig erstellte Anklage. Beide bieten keine Richtigkeitsgewähr; siehe unten.

68 Dazu BSK-StPO/*Greiner/Jaggi* (Fn. 58), Art. 362 Rn. 4 ff., 14 ff.

materiellen Wahrheit nachzujagen, während in der Rechtspraxis notwendig ein prozess- und kontextbezogenes Wahrheitsverständnis vorherrscht und allein realistisch ist. Materielle Wahrheit (bzw. die Suche nach ihr) ist vor allem eine Handlungsmaxime, kein real erreichbares Ziel. Die ihr folgende Wahrheitsermittlung stellt dynamisch-sequenziell ein verfahrensbezogenes Wahrheitsbild her. Ihr wohnt immer ein schöpferischer Akt der Wahrheitskonstruktion inne.⁶⁹ Bei der Wahrheitsfindung kann es also immer nur um einen forensischen Annäherungswert gehen. Dieses Erkenntnisprodukt darf als Tatsachenbasis anerkannt werden, wenn es aus einem prozessrechtlich festgelegten Konstruktionsprozess⁷⁰ resultiert, der schlüssig auf die Erreichung dieses Wahrheitsideals ausgerichtet ist bzw. nur aus verfassungsrechtlich und prozessdogmatisch legitimen Gründen von ihm abweicht. Fehlerhaft ist eine Entscheidung also nicht dann, wenn dieses Ergebnis hinter der (ohnehin niemandem bekannten) objektiven Wahrheit zurückbleibt, sondern wenn es mit Fehlern auf dem Weg dorthin belastet ist.⁷¹ Es geht also um forensisch plausible Mechanismen zur Generierung intersubjektiv überzeugender Näherungswerte. Die Lösung muss daher im Bereich der Beweistheorie ansetzen und prozedurale Elemente einschließen.⁷² Hierzu kann hier nur in aller Kürze festgehalten werden, dass konsensuelle und partizipatorische Elemente – wie in der Schweiz – dabei sehr wohl eine Rolle spielen können.⁷³ Epistemologisch verbürgt der Konsens als Rechtsfindungsmethode jedoch keine spezifische Richtigkeitsgewähr.⁷⁴ Auch ein Korrespondieren (von Geständnis/Verständigung) mit dem Akteninhalt verbürgt als solches keine Richtigkeit, da die Übereinstimmung in der Praxis das Produkt bzw. Ziel einer Absprache ist und nicht als objektiver externer Kontrollmaßstab funktioniert.⁷⁵ Auch in der Unterwerfung unter das staatliche Ermittlungsergebnis liegt kein materieller Erkenntniswert, obgleich selbst das BVerfG darin beim

69 *Weichbrodt* (Fn. 50), S. 92; *Thier* Zeitschrift für Kulturphilosophie 8 (2014), 247 (252).

70 *Thier* Zeitschrift für Kulturphilosophie 8 (2014), 247 (256 f.). Die Elemente dieses Konstruktionsprozesses sind nicht disponibel; *Wefslau* FS Müller (Fn. 1), S. 779 (789): Es wäre ein Kategorienfehler, anzunehmen, dass ein Einvernehmen über eine Verfahrensabweichung rechtfertigende Wirkung haben könnte.

71 *Pfister* Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2013, 250 (253).

72 Das ist ohne Veränderung des Gerechtigkeitsbegriffs des BVerfG möglich, soweit man sich auf Elemente bezieht, die direkt oder indirekt als Indikatoren für die substanzielle Richtigkeit des forensischen Annäherungsprozesses an die Wahrheit angesehen werden können. Viele Faktoren sind freilich ambivalent.

73 Damit ist kein Umschwenken auf einen rein prozeduralen Gerechtigkeitsbegriff verbunden; vgl. dazu *Jahn* in: Goldenstein (Hrsg.), Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren, Loccumer Protokolle, 09/11, S. 117 (118 ff.).

74 LR/*Stuckenberg* (Fn. 34), § 257c Rn. 2; a.A. *Jahn*, FS Kirchhof, 2013, § 128 Rn. 8.

75 Ein verständigungsbasiertes Geständnis sei nie vollwertig, weshalb eine gehaltvolle Überprüfung erforderlich sei, *Schneider* NSTZ 2014, 192 (194).

Strafbefehl einen akzeptablen Legitimationsaspekt zu sehen scheint. Die Schlüsselfrage lautet danach, wie man konsensuelle und partizipatorische Elemente theoretisch schlüssig in das Beweisverfahren einbaut. Modifikation und Vereinfachungen des Status Quo müssen dabei überzeugend beantworten können, wie Verurteilungen Unschuldiger sowie zu milde oder zu hohe Strafen verhindert und die Gleichmäßigkeit staatlichen Strafens garantiert werden. Welche Entscheidungsgrundlage muss sich das Gericht verschaffen (können), damit Fehler entdeckt werden können und justiziabel werden? Bei diesem Unterfangen müssen auch strukturelle Gefährdungsmomente für die Wahrheitssuche analysiert und ausgeglichen werden, wozu es allerdings einer umfassenden und substanzhaltigen Ätiologie der Absprache bedürfte.⁷⁶ In diesem Zusammenhang könnte sich dann auch ein interdisziplinäres Forschungsfeld mit der Institutionenökonomie auftun, um fehlerleitende Anreize zu minimieren. Insgesamt hielte sich eine solche Suche nach einer großen Lösung weiterhin im Rahmen der Korrespondenztheorie, lockerte aber die – ohnehin nicht durchgängig überzeugend begründbare⁷⁷ – zwingende Verquickung von Inquisitionsmaxime und korrespondenztheoretischem Wahrheitsbegriff.

V. Schluss

Eine große Lösung wird einiges mehr an Kreativität und Mut verlangen, als der Gesetzgeber bislang aufzubringen vermochte. Er darf sich nicht von der Karlsruher Drohkulisse lähmen lassen, wenn sich der gegenwärtige Zustand wirklich nachhaltig ändern soll. Das BVerfG seinerseits sollte sich realistisch die Defizite des eigenen Ansatzes vor Augen führen, bevor es neue vereinfachte Verfahrensarten vorschnell zurückweist.⁷⁸ Das von ihm verfochtene Modell regulativen Rechts ermöglicht keine genaue Steuerung einzelner Verfahren, sondern allenfalls deren Auslösung. Es ist ein Irrglaube zu denken, durch das Diktat eines strengen Verständigungsprogramms unweigerlich den Weg zur materiellen Wahrheit bahnen zu können.

76 In diese Richtung auch LR/*Stuckenberg* (Fn. 34), § 257c Rn. 2, 19; zu möglichen kulturellen Hintergründen knapp *Hörnle* ZStW 117 (2005), 801 (830 f.).

77 Vgl. z.B. *Kudlich* Gutachten C, 68. DJT, C 57 ff., 62 ff.

78 Hierzu tragen die Ausweitung und wachsende Komplexität des materiellen Strafrechts ihren Teil bei; vgl. z.B. *Theile* MschrKrim 2010, 147 (153).

Die (strukturelle) Voreingenommenheit des Strafrichters Zur Reform des Zwischenverfahrens¹

Einleitung

Der Titel der Arbeitsgruppe lautet: »Die Grundlagen der Hauptverhandlung«. Eine dieser Grundlagen ist der Eröffnungsbeschluss und damit die Schuldhypothese des Gerichts. Seit langem wird diese Grundlage kritisiert.¹² Die dem erkennenden Gericht abverlangte positive Verurteilungsprognose vor Beginn der Verhandlung (aufgrund der Ermittlungsakten) führe zu einer Voreingenommenheit und damit zu der vermeidbaren Gefahr einer verzerrten Informationssuche und -verarbeitung. Erkennendes und eröffnendes Gericht müssen personenverschieden sein, so lautet eine der seit langem erhobenen Forderungen.³ Von anderer Seite wird dem Zwischenverfahren mangelnde Effektivität vorgeworfen. Die Filter- und Kontrollwirkung müsse verbessert werden. Eine noch intensivere Beschäftigung mit der Materie durch das Gericht sei von Nöten.⁴

Wenn man eine abschließende Lösung für diese in sehr groben Zügen skizzierte Problematik zwischen Voreingenommenheit und mangelnder Effektivität sucht, wird man dies sinnvoll nur im Zusammenhang einer Gesamtreform des Strafverfahrens tun können, insbesondere wenn diese Reform, wie gegenwärtig wieder diskutiert, im Schwerpunkt das Ermittlungsverfahren betrifft. Das Zwischenverfahren hat eine Scharnierfunktion zwischen Ermittlungsverfahren- und Hauptverfahren. Der Funktions- und Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens und die rechtlichen Antworten auf diese Veränderungen müssen sich daher

1 Der Vortag wurde an einigen Punkten überarbeitet und aktualisiert.

2 Kurzer Überblick bei: *Vormbaum*, Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibaarbeit, Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und Möglichkeiten der Reform, *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2015, 328 ff.

3 z.B. *Dahs*; Reform der Hauptverhandlung. in: Aktuelle Rechtsprobleme. Hubert Schorn zum 75. Geburtstag, 1966, S. 15 – 40; *Sessar*, Wege zu einer Neugestaltung der Hauptverhandlung, *ZStW* (93) 1982, S. 689 f; *Roxin /Schinemann*, Strafprozessrecht, 2009, S. 304f.

4 z.B. *Heghmanns*, Das Zwischenverfahren im Strafprozess, 1991.

zwangsläufig auch auf die Aufgaben des Zwischenverfahrens (z.B. Kontrolle der Polizei/Staatsanwaltschaft bei den Beteiligungsrechten der Verteidigung) und dessen Funktionsfähigkeit auswirken.⁵

Dennoch möchte ich an dieser Stelle meinen Vortrag nicht sofort beenden und auf die Entwicklungen im Ermittlungsverfahren harren. Denn vergleichsweise unabhängig von diesen möglicherweise kommenden Reformen ist die Frage der Voreingenommenheit des Tatrichters durch seine Verurteilungsprognose im Eröffnungsbeschluss. Zwar gibt es auch hier Bezüge zum Vorverfahren, wie sollte es anderes ein, da Grundlage des Eröffnungsbeschlusses die Ermittlungsakten sind, die das Ergebnis der Untersuchungen aus Sicht der Ermittlungsbehörden widerspiegeln und dadurch deren Sichtweise quasi (weitgehend) ungefiltert in den Kopf des Gerichts verlängert wird. Es ist aber gerade nicht nur die Aktenkenntnis als solche, welche die Gefahr von Verzerrungen bei der Beweisaufnahme mit sich bringt, vielmehr ist es auch gerade das dem Gericht abverlangte »Vorurteil« des hinreichenden Tatverdacht im Eröffnungsbeschluss. Die sich der Aktenkenntnis anschließende Bejahung der Verurteilungswahrscheinlichkeit (Schuldhypothese) ist ein mindestens ebenso schwerwiegendes und eigenständiges Problem. Beides, Aktenkenntnis und Eröffnungsbeschluss, kann und muss man, zumindest bis zu einem gewissen Punkt, voneinander getrennt diskutieren – zumal die Abschaffung der Aktenkenntnis ohne einen radikalen Systemwechsel im Strafverfahren nicht möglich erscheint, daher rechtspolitisch nicht realistisch und m.E. auch nicht wünschenswert ist.⁶ Hingegen wäre eine Abschaffung des Zwischenverfahrens in seiner jetzigen Form oder die Einführung eines Eröffnungsrichters zumindest im Rahmen des gegenwärtigen reformierten Inquisitionsprozesses systematisch denkbar.

Ich erachte es daher trotz der traditionsreichen Diskussion weiterhin für sinnvoll, sich erneut mit diesem Thema zu befassen, zumal auch die vom Justizministerium beauftragte Expertenkommission Reformvorschläge zum Zwischenverfahren unterbreitet hat, freilich nicht zum Problem der Voreingenommenheit, sondern ungeachtet dieser Problematik ausschließlich zu Fragen der Effektivierung und Beschleunigung des Verfahrens.

5 Nicht zuletzt wohl auch aus diesem Grund empfiehlt die vom Bundesministerium der Justiz und Verbraucherschutz beauftragte Expertenkommission in ihrem Abschlussbericht vom Oktober 2015, die Möglichkeiten der Effektivierung des Zwischenverfahrens noch einmal genauer zu prüfen (S. 93 – 101 des Berichtes). Abrufbar unter: http://www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2015/10132015_Abschlussbericht_Reform_Strafprozessrecht.html

6 Anders Verhält es sich mit der Frage nach der Einführung eines Wechselverhörmodells oder des Schuldinterlokuts, dies ist hier aber nicht mein Thema.

Dies ist im meinen Augen ein weiterer Beleg dafür, dass weiterhin die überwiegende Anzahl zumindest der Justizjuristen der überkommenen Auffassung ist, dass ein Richter aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Neutralitätspflicht, seiner Ausbildung und Erfahrung sowie seiner inneren Haltung gegen die kognitiven Gefahren des »Vorurteils« durch den Eröffnungsbeschluss immun ist. Daher erscheint es unabdingbar, noch einmal die zahlreichen empirischen Untersuchungen, die das Gegenteil belegen, in Erinnerung zu rufen. Anschließend möchte ich einige auch bereits seit längerer Zeit vorliegende rechtspsychologische Untersuchungen vorstellen, die m.E. Anregungen für Lösungsvorschläge bieten. Hieraus abgeleitet möchte ich drei Überlegungen zur Diskussion stellen.

Theorie der kognitiven Dissonanz und die bekannte Untersuchung von Schünemann

Bereits den 70er Jahren begannen Sozialwissenschaftler vor dem Hintergrund des damals einsetzenden allgemeinen wissenschaftlichen Trends zur praxisnahen Forschung, sich Themenbereichen zuzuwenden, die die formale Ausgestaltung und Praxis des Strafverfahrens zum Gegenstand hatten.⁷ Die in Deutschland durchgeführten empirischen Untersuchungen über die strafrichterliche Tatsachenfeststellung und die Auswirkungen vorheriger Aktenkenntnis und des Eröffnungsbeschlusses haben dieses Phänomen vor dem theoretischen Hintergrund der (modifizierten) Theorie der kognitiven Dissonanz untersucht. Die Grundaussage dieser von *Festinger*⁸ entwickelten und insbesondere von *Irle*⁹ weiter ausdifferenzierten Theorie¹⁰ lautet in pointierter Form:¹¹ Wegen des normalen menschlichen Bestrebens, ein inneres Gleichgewicht seiner Wissensbestände, Gedanken, Meinungen und Kenntnisse über die eigene Person und die Umwelt herzustellen, werden diejenigen neu hinzukommenden Informationen systematisch überschätzt, die eine zuvor schon einmal für richtig gehaltene

7 vgl. *Bierbrauer/Gottwald*, Psychologie und Recht – Brückenschlag zwischen Fakten und Fiktion; in: Schulz-Gambard (Hrsg.), *Angewandte Sozialpsychologie*, 1998, S. 95

8 *Festinger*, *A theory of cognitive dissonance*, 1957.

9 *Frey / Irle*, *Theorien der Sozialpsychologie*, Bd.1, *Kognitive Theorien* (1984), S. 243 ff; *Schulz-Hardi*, *Realitätsfluch in Entscheidungsprozessen*, 1997, S. 57 – 76.

10 Die Theorie der Kognitiven Dissonanz gehört inzwischen zum festen Wissensbestand der sozialpsychologischen Forschung und ist unzählige Male empirisch überprüft und bestätigt worden. Sie ist eine der am besten untersuchten Theorien der Sozialpsychologie vgl. *Köhnken*, *Suggestive Prozesse der Zeugenbefragungen: Formen und theoretischen Erklärungsansätze*, in: *Zeitschrift für Kriminologie und Strafprozeßrechtsreform*, 1997, S. 290- 299.

11 Vgl. *Schünemann*, *Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterchlussel-effekt*, in: *Strafverteidiger*, 2000, S. 159-165.

Hypothese bestätigen, während entgegengesetzte, und in diesem Sinne dissonante Informationen, systematisch unterschätzt werden. Die vor diesem Theoriehintergrund empirisch überprüfbare Hypothese für das Entscheidungsverhalten des Strafrichters lautet demnach, dass anzunehmen sei, dass solche Informationen, die gegen die zuvor durch Aktenkenntnis und den Eröffnungsbeschluss verursachte (Schuld-)Hypothese sprechen, beim Strafrichter eine kognitive Dissonanz erzeugen. Diese Dissonanz wird der Richter zu reduzieren versuchen, indem er (unbewusst) die Bedeutung von Informationen, die seiner Vorannahme widersprechen, niedriger einschätzt und/oder diese vergleichsweise mit geringerer Aufmerksamkeit verfolgt.

Die ersten Untersuchungen hierzu von *Haisch* (1977/1979)¹², *Weißmann* (1982)¹³ aber auch schon *Schünemann* (1983)¹⁴ wurden wegen methodischer Schwächen in Frage gestellt.¹⁵ Unter anderem wurde beim Versuchsaufbau der Experimente nicht ausreichend die für das deutsche Strafverfahren typische aktive Rolle des Strafrichters bei der Beweisaufnahme berücksichtigt. Diesen Mängeln wurde in der Untersuchung von *Schünemann* aus dem Jahre 1995 Rechnung getragen.¹⁶ Sie ist, soweit mir bekannt, trotz der zurückliegenden Zeit die jüngste empirische Untersuchung zu kognitiven Verzerrungstendenzen durch Aktenkenntnis und den Eröffnungsbeschluss im deutschen Strafverfahren und entstand, dies ist im Zusammenhang unserer Arbeitsgruppe interessant, seinerzeit vor dem Hintergrund der Reformdiskussion um verschiedene Hauptverhandlungsmodelle.

Die herrschende Reformmeinung favorisierte damals das sog. Wechselverhörmodell, bei dem der Vorsitzende Richter (mit Aktenkenntnis ausgestattet und nach seinem Eröffnungsbeschluss) in der Beweisaufnahme eine vornehmlich passive Rolle spielt. Erst nach der Zeugenbefragung durch die Staatsanwaltschaft und der Verteidigung sollte der Richter Fragen

12 *Haisch*, Die Verarbeitung strafrechtlich relevanter Informationen durch Juristen und Laien in simulierten Strafverfahren, in: *Archiv für Psychologie* (129), 1977, S. 110-119; *ders.*, Urteilsperseveranz in simulierten Strafverfahren, in: *MschKrim* 1979, S. 157- 171.

13 *Weißmann*, Die Stellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, 1982.

14 *Schünemann*, Experimentelle Untersuchungen zur Reform der Hauptverhandlung in Strafsachen, in: *Kerner, Hans-Jürgen; Kury, Helmut; Sessar, Klaus* (Hrsg.): *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, Köln, 1983, S. 1109-1151.

15 In der Untersuchung von *Weißmann* (1982) wurden nicht alle Variablen vollständig variiert (vgl. dazu *Bandilla*, Kontextunabhängige Informationsverarbeitung in Bundesdeutschen Strafverfahren, - Ergebnisse zweier experimenteller Studien-, 1986, S. 14 ff. Zur Untersuchung von *Haisch* (1977/1979) siehe die Kritik von *Schünemann*, a.a.O (1983) S. 1114, 1115.

16 *Schünemann*, Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlusseffekt, in: *Bierbrauer/ Gottwald/ Birnbreier-Stahlberg* (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit, Rechtspsychologische Beiträge für die Justizpraxis*, Köln, 1995, S. 215-232; sowie *Schünemann* (2000) a.a.O., S. 160.

stellen und aktiv werden. Man versprach sich hiervon eine Kompensation der durch Aktenkenntnis und Eröffnungsbeschluss hervorgerufenen Voreingenommenheit und damit eine neutralere Informationssuche und -verarbeitung des Gerichts. Bei der Untersuchung von *Schünemann* ging es also neben den Auswirkungen der Vorinformationen auch und vor allem darum, wie sich die Beteiligungsrechte des Strafrichters auf das Urteilsverhalten auswirken. Die Effekte des Eröffnungsbeschlusses standen nicht im Vordergrund. Die Ergebnisse seiner Hauptuntersuchung¹⁷ lassen sich wie folgt kurz zusammenfassen:¹⁸ Die *Personen mit Aktenkenntnis* haben nach einer ambivalenten Hauptverhandlung, d.h. nach einer Verhandlung, die aufgrund des Grundsatzes »in dubio pro reo« einen Freispruch nahegelegt hätte, signifikant häufiger verurteilt – und zwar unabhängig von der Möglichkeit, aktiv Fragen stellen zu können oder nicht. Betrachtet man die Vergleichsgruppe von *Personen ohne Aktenkenntnis*, ergibt sich ein nach der Fragemöglichkeit differenziertes Bild: Konnten keine Fragen gestellt werden (das entspricht in Praxis der Rolle der Schöffen), wurde ebenfalls zu einem relativ hohen Anteil verurteilt. Bestand jedoch die Möglichkeit der Zeugenbefragung, reduzierte sich die Zahl der Verurteilungen.¹⁹

Hypothesentesten – positive Teststrategie – »confirmation bias«

Da man in den vorgenannten Untersuchungen die Aktenkenntnis und der Eröffnungsbeschluss nicht getrennt von einander variierte, wurde der eigenständige Effekt des Eröffnungsbeschlusses nicht gemessen, obwohl dieser nach der Theorie der kognitiven Dissonanz hoch plausibel ist. Hingegen liegen bei anderen, nicht im theoretischen Kontext der Theorie der kognitiven Dissonanz stehenden Untersuchungen, eine Vielzahl an Befunden vor,²⁰ die das psychologische Phänomen der systematischen *Urteilsverzerrungen durch Vorentscheidungen und –annahmen* untersucht und immer wieder bestätigt haben.

Hervorzuheben ist in unseren Zusammenhang insbesondere die Forschungsrichtung zum sog. »Hypothesentesten«²¹. Sie weist in zentralen inhaltlichen

17 Modifikationen der Hauptersuchungen beschäftigten sich mit der Erinnerungsleistung und deren Qualität. Personen ohne Aktenkenntnis und mit Fragerecht konnten sich demnach am Besten an die Ergebnisse der Beweisaufnahme erinnern.

18 vgl. *Schünemann* (2000), a.a.O. S. 161

19 *Schünemann* (2000), S. 161, siehe auch dort zu den weiteren differenzierten Ergebnissen hinsichtlich der Erinnerungsleistung und deren Qualität.

20 Guter Überblick bei *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, Eine empirische Studie, 2005.

21 Überblick bei *Hoffmann*, Hypothesentesten. Der Einfluss von Phänomenwahrscheinlichkeit und Informationsmenge auf den Schlussfolgerungsprozess, 2001.

Aspekten einen engen Zusammenhang mit der dissonanztheoretischen Forschung auf. Mit ihr wurde auch der (Ober-)Begriff »*confirmation bias*« (Bestätigungsfehler, Bestätigungstendenz) in die sozialpsychologische Forschung eingeführt.^{|22} In der Strafrechtspraxis und in der rechtswissenschaftlichen Diskussion erlangte die Forschung zum »Hypothesentesten« erstmals im Rahmen der Aufarbeitung von Ermittlungsfehlern in einigen spektakulären Großprozessen zur Kindesmisshandlung größere Aufmerksamkeit.^{|23} Der Begriff »*confirmation bias*« wird zwar nicht immer einheitlich definiert,^{|24} überwiegend wird er aber zur umfassenden Beschreibung der grundlegenden Tendenz verwendet, dass von einer Person diejenigen Informationen, die eine zumindest in Betracht gezogene Hypothese bestätigen,

- (1) eher gesucht,
- (2) eher wahrgenommen,
- (3) stärker gewichtet oder
- (4) besser in Erinnerung behalten

werden als Informationen, die gegen die Hypothese sprechen.^{|25} Die Bestätigungstendenz ist also die Neigung, eine zumindest in Betracht gezogene Hypothese beizubehalten und die Abneigung, sie zugunsten einer neuen Hypothese aufzugeben.^{|26} Bei Untersuchungen zur Frage, welche Informationen aktiv zur Überprüfung der eigenen These gesucht werden, wurde festgestellt, dass in ganz bestimmten wissenschaftlich-analytischen Situationen die Neigung zur Bestätigungstendenz ein angemessenes Vorgehen sein kann, z.B. dann, wenn eine allgemeine Erklärung für ein selten eintretendes Ereignis untersucht wird. Es wird daher gelegentlich auch statt des Begriffs »*confirmation bias*« (Bestätigungsfehler) die Bezeichnung »positive Teststrategie« verwendet, um deutlich zu machen, dass es nicht immer einen Fehler darstellen muss, in dieser Art und Weise vorzugehen. Allerdings führt die sog. »positive Teststrategie« in anderen spezifischen Konstellationen, insbesondere bei der Beurteilung von

22 Hager/*Weißmann*; Bestätigungstendenzen in der Urteilsbildung, 1991, S. 6

23 Siehe hier z.B. *Schulz-Hardt/Köhnken* (2000): Wie ein Verdacht sich selbst bestätigen kann: Konfirmatorisches Hypothesentesten als Ursache von Falschbeschuldigungen wegen sexuellen Kindesmissbrauches; in: *Praxis der Rechtspsychologie* (Sonderheft 10), 10 (2000), S. 60-87, S. 60ff.

24 Zu Missverständnissen kann es insbesondere führen, dass der Begriff »*confirmation bias*« auch in der dissonanztheoretischen Forschung verwendet wird, dort aber in einem anderen Zusammenhang steht. Siehe *Jonas*, Beraten und Entscheiden: Experimentelle Untersuchungen zur Informationssuche in Beratungssituationen, 2000, S. 239

25 *Fiedler*, Beruhen Bestätigungsfehler nur auf einem Bestätigungsfehler, in: *Psychologische Beiträge*, Band 25, 1983, S. 280 – 286; *Schweizer*, Bestätigungsfehler – oder wir hören nur, was wir hören wollen, in: *Justice - Justiz - Giustizia*, 2007, Heft 3.

26 *Schweizer* a.a.O. (2005),

sozialen Situationen, zu systematischen Fehlern²⁷ – also dort, wo es typischer Weise im Gegensatz zu abstrakten Logik-Regelaufgaben keine trennscharfe Unterscheidung zwischen »richtig« oder »falsch« gibt, sondern die »Lösung« aufgrund ihrer Situationsabhängigkeit häufig »gemischt« ist (bspw. wenn ein Beweismittel nicht eindeutig für oder gegen eine Hypothese spricht) führt eine positive Teststrategie dazu, dass die eigene Hypothese überschätzt wird und nicht zu den richtigen Ergebnissen führt.²⁸

Die erwähnten Befunde betrafen zunächst die Verzerrungstendenzen bei der eigenen *Suche* nach (neuen) Informationen. Trotz des richterzentrierten Verfahrens, welches dem Vorsitzenden die vorrangige Hauptaufgabe der Informationsbeschaffung zuweist, sind es aber vor allem auch die übrigen Verfahrensbeteiligten, die Informationen präsentieren und hervorbringen und den Umfang der dem Gericht bei der Urteilsfindung vorliegenden Informationen beeinflussen, beispielsweise durch eigenes Befragen der Zeugen und Beweisangebote. Regelmäßig geht somit dem richterlichen Beurteilungsprozess kein ausschließlich eigeninitiatives Suchverhalten nach Informationen voraus, sondern er erhält die der Entscheidung zugrunde zu legenden Informationen aus mehr oder weniger unangeforderten Mitteilungen verschiedener Informationsquellen. Die entscheidende Frage in diesem Zusammenhang ist also, ob dann, wenn sowohl hypothesenkonforme sowie hypothesenkonträre Prüfungsinstanzen vorliegen, diese »neuen« Informationen gleichmäßig *wahrgenommen* werden und wie ihre Bedeutsamkeit für die Entscheidung und ihre Glaubhaftigkeit eingeschätzt und *verarbeitet* wird.

Auch hierzu sind zahlreiche Experimente durchgeführt worden.²⁹ In diesen inhaltlichen Zusammenhang gehören die bekannten Untersuchungen von *Lord/Ross/Lepper* (1979),³⁰ bei der die Phänomene des sog. *Perseveranzeffektes*³¹ und des sog. *Intertia-Effekts*³² entdeckt wurden. Auch der *Primacy-Effekt*

27 *Kunda* Social Cognition, Making Sense of People (1999), S. 113, 159

28 ebd..

29 Siehe bei *Oswald*, Richterliche Urteilsbildung, in: Steller, Max; Volbert, Renate (Hrsg.), Psychologie des Strafverfahrens, Bern 1997, S. 248 ff.; *Fiedler*, a.a.O. 1983, S. 280 – 286

30 *Ross/Lepper/Hubbard*, Perseverance in Self Perception and Social Perception: Biased Attributional Processes in the Debriefing Paradigm, *Journal of Personality and Social Psychology* 1975, 880-892; dazu auch *Oswald*, Hypothesentesten: Suche und Verarbeitung hypothesenkonformer und hypothesenkonträrer Informationen in: Hell / Fiedler / Gigerenzer, Kognitive Täuschungen (1993), S. 197;.

31 Obwohl die Versuchsteilnehmern darüber aufgeklärt wurden, dass die Bewertung ihrer Arbeitsleistungen frei erfunden war (was der Wahrheit entsprach), schätzen sich dennoch diejenigen Personen, die zuvor eine gute (frei erfundene) Bewertung bekommen hatte, positiver ein, als Versuchspersonen, die nur eine durchschnittliche Beurteilung bekommen hatten.

ist in diesen Kontext einzuordnen. Dabei geht um die zeitliche Wirkung von Beweismitteln. Die Hypothese, die aus dem ersten oder den ersten Beweismittel/n entsteht, beeinflusst stark die Bewertung der nachfolgend dargebotenen Beweismittel.³³

Festzustellen ist, dass trotz unterschiedlicher Ansätze aus den verschiedenen Bereichen der psychologischen Forschung³⁴ gewissermaßen »Konsens darüber besteht«,³⁵ dass die Vorannahmen oder Hypothesen des Entscheidenden einen Einfluss auf die Suche und die Verarbeitung von Informationen haben. Personen, auch professionelle Entscheider wie z.B. Strafrichter, bevorzugen bei der Hypothesenprüfung positive Evidenzen, fragen also nach solchen Ereignissen und Zuständen, die sie aufgrund der eigenen (oder zu eigen gemachten) Hypothese auch erwartet hätten. Die die Hypothese bestätigenden Informationen haben einen stärkeren Einfluss auf die Hypothesenbeurteilung als Informationen, die der Hypothese zuwider laufen. Dieses Phänomen findet sich in *allen* Stufen der Entscheidungsfindungsprozesses, also sowohl beim Suchen von neuen Informationen als auch beim Verarbeiten der (vor-)gefundenen Daten sowie bei dem Erinnern.³⁶

Gegenmittel? Plausible Alternativhypothesen - keine Festlegung gegenüber Dritten – abgeschwächte und fremde Hypothese

In einigen Untersuchungen wurde genauer hinterfragt, welche Faktoren den Prozess der hypothesengeleiteten Informationssuche und -verarbeitung positiv oder negativ beeinflussen können. Entscheidend war dabei, ob und gegebenenfalls wie sich die Informationssuche und -verarbeitung in Abhängigkeit der *Hypothesenstärke und dem Auftauchen von Alternativhypothesen*³⁷ verändert. Im Zusammenhang mit der Fragestellung

32 Damit wird die Vermeidungstendenz bezeichnet, eine einmal favorisierte Hypothese zu verändern. Eine andere Bezeichnung ist auch »Trägheitseffekt« (vgl. *Schünemann* (2000), S. 160)

33 Entdeckt wurde übrigens auch ein scheinbar gegenteiliger Effekt, der »*recency-effect*« (also der größere Einfluss der späteren Informationen). Dies wird aber in erster Linie als Gedächtnisproblem gedeutet, denn nach einer Vielzahl von Informationen in schneller Folge werden die ersten Informationen nicht mehr so gut erinnert. Untersucht wurde dies unter anderem für den amerikanischen Geschworenenprozess, bei dem sich die Juroren keine Notizen machen können.

34 Siehe dazu den Überblick bei *Schweizer* a.a.O. 2005, S. 178 ff.

35 Vgl. *Gadonne* (1993), S. 189.

36 vgl. *Kunda* a.a.O. (1999), S. 113.

37 Siehe *Oswald* a.a.O (1993), S. 204-206; *Hoffmann* a.a.O. (2001), S. 33 -35

des vorliegenden Vortrages sind gerade diese Forschungsergebnisse interessant, denn sie können Anhaltspunkte dafür aufzeigen, welche spezifischen Randbedingungen bei dem Entscheidungsfindungsprozess der Strafprozessordnung verändert werden müssten, um die unerwünschten Verzerrungs- und Bestätigungstendenzen zu minimieren.

Sinnvoll ist es, mehrere Hypothesen zu generieren und zu testen. In verschiedenen Untersuchungen wurde gezeigt, dass das Auftauchen von Alternativhypothesen die Leistung der Probanden bei der Informationsverarbeitung verbessern kann. Allerdings muss dieser Alternativhypothese eine gewisse Plausibilität eingeräumt werden, der Entscheidende muss ihr also eine Chance geben, zutreffend zu sein.³⁸ Es reichen einzelne, wenn auch deutliche hypothesenkonträre Informationen nicht aus. Die Informationen müssen vielmehr eine *plausible Alternativhypothese* bzw. alternative Erklärung der Ereignisse unterstützen.³⁹ Entscheidend ist zudem, dass die Alternativhypothese für den Urteilenden leicht erschlossen werden kann. Die Beachtung einer alternativen Hypothese kann unter diesen Umständen bei dem Urteilenden Bestätigungsfehler stark verringern oder sogar verschwinden lassen.⁴⁰

Zur Vermeidung von des »confirmation bias« sollte man sich nicht frühzeitig gegenüber Dritten oder gar der Öffentlichkeit auf eine Hypothese festlegen. Je grösser dieses *commitment* gegenüber einer Hypothese, desto unangenehmer ist es, die Hypothese wieder aufgeben zu müssen, und desto grösser die unbewusste Tendenz, alles zu tun, um dies zu vermeiden.⁴¹

Es gibt Hinweise darauf, dass Personen einer fremden und vorgegebenen, in diesem Sinne also »objektiven« Hypothese, distanzierter gegenüber treten und bezüglich der Richtigkeit diese Hypothese skeptischer sind, als bei selbst gebildeten Hypothesen. Verzerrungseffekte in Richtung einer vorgegebenen Hypothese fallen weniger stark aus, als bei Hypothesen, die man selbst gebildet hat.

Darüber hinaus wurde in einigen Studien der Frage nachgegangen, ob eine Bestätigungstendenz umso stärker ausgeprägt ist, je stärker die zu

38 Oswald a.a.O. (1993), S. 204 mnN. Hoffmann (2001), S. 14:

39 Gadenne/Oswald, Entstehung und Veränderungen von Bestätigungstendenzen beim Testen von Hypothesen, Zeitschrift für experimentelle und angewandte Psychologie (3) 1986, S. 360 – 374

40 Schweizer a.a.O (2005)

41 Gadenne/Oswald a.a.O.

überprüfende eigene Hypothese ist. In einer Untersuchung von *Gadanne/Oswald*|⁴² wurde gezeigt, dass bei einer starken Täter-Hypothese die bestätigenden Informationen als (noch) gewichtiger beurteilt wurden als bei Personen, die nur eine schwache Täter-Hypothese hatten. Allerdings wirkte sich die unterschiedliche Hypothesenstärke nicht gleichermaßen bei allen Informationsbewertungsprozessen aus. Die der eigenen Hypothese widersprechenden Informationen wurden relativ unabhängig von der Hypothesenstärke weniger Bedeutung beigemessen.

Reformüberlegungen

Das Zwischenverfahren muss so reformiert werden, dass es seiner (gegebenenfalls neu ausgerichteten) Kontroll- und Filterfunktion nachkommen kann, ohne dass das erkennende Gericht durch seinen Eröffnungsbeschluss belastet wird. Aus den oben genannten Forschungsbefunden lassen sich folgende Reformforderungen für das Zwischenverfahren ableiten:

1. *Einführung eines Eröffnungsrichters*, da somit vermieden wird, dass sich das erkennende Gericht vorab eine *eigene* Verurteilungshypothese gebildet hat. Zwar ist ein »Schulterschuss effekt« beim erkennenden Gericht nicht ausgeschlossen, die Folge ist jedoch für die kognitive Verarbeitung der Informationen weniger negativ als bei einer eigenen Schuldhypothese, zumal diese abgeschwächt ist (siehe unter 2.)
2. *Vermeidung einer starken Hypothesenbildung beim Eröffnungsrichter*, d.h. Reduzierung der Anforderungen an die Prüfung des hinreichenden Tatverdachts. Die Staatsanwaltschaft legt bei aus ihrer Sicht bestehenden »hinreichendem Tatverdacht« die Akten zusammen mit der Anklageschrift dem Eröffnungsgericht vor. Die Anklageschrift wird nach Eingang dem Angeschuldigten zugestellt, im Falle einer notwendigen Verteidigung wird spätestens jetzt ein Verteidiger bestellt. Der Richter prüft die formellen Voraussetzungen der Anklage (z.B. entsprechend Art. 329 StPO-Schweiz|⁴³), die Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse sowie die Plausibilität/Schlüssigkeit der Anklage.|⁴⁴ Der Eröffnungsbeschluss

42 *Gadanne/Oswald*, Entstehung und Veränderungen von Bestätigungstendenzen beim Testen von Hypothesen, Zeitschrift für experimentelle und angewandte Psychologie (3) 1986, S. 360 – 374

43 Art. 329 Abs. 1 StPO-Schweiz lautet: Die Verfahrensleitung prüft, ob a) die Anklageschrift und die Akten ordnungsgemäß erstellt sind; b) die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind c) Verfahrenshindernisse bestehen.

44 Siehe auch *von Galen/Wattenberg*, Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens, ZRP 2001, S. 445-450.

enthält aber keine Schuldhypothese im herkömmlichen Sinn, also keine Feststellung des hinreichenden Tatverdachts,⁴⁵ sondern ist der Sache nach (lediglich) der formale Akt, dass die Sache Hauptverhandlungsreife besitzt. Kompensiert werden könnte diese Reduktion der Filterfunktion durch einen mündlichen, nicht öffentlichen »Zwischenprüfungstermin« vor dem Eröffnungsrichter auf Antrag des Angeschuldigten/Verteidigung, ähnlich informell wie eine mündliche Haftprüfung.⁴⁶

3. *Frühere Einbindung der Verteidigung* als bisher *ins Ermittlungsverfahren*, um Alternativhypothesen zu generieren. Durch die erweiterte Verteidigerbeteiligung schon im Ermittlungsverfahren besteht die Chance, dass die Ermittlungsakten gewissermaßen »objektiver« werden, weil diese, gegenläufig zur Sichtweise der Strafverfolgungsbehörden, in geeigneten Fällen häufiger als bisher eine Alternativhypothese der Verteidigung enthalten *können*.

45 Siehe hierzu auch *Miehe*, Anklage und Eröffnung, Festschrift für Gerald Grünwald (1999), S. 379 – 401

46 Bereits in der Reformdiskussion in den 1970er Jahren wurde dies in Erwägung gezogen, siehe BT-Drucksache IV/1020, S. 20,25; IV/2378 S. 54; IV/2459 S. 3; IV/2699

Professor Dr. Endrik Wilhelm

Dokumentationspflicht in der Hauptverhandlung - warum eigentlich nicht?¹

Einleitung

Wie die meisten von Ihnen habe ich leider keine Zeit, Vorträge wie diesen während gewöhnlicher Arbeitszeiten zu verfassen. Es bleiben die Wochenenden, was regelmäßig zu Diskussionen in der Familie führt. Alle wollen wissen, warum es jetzt schon wieder notwendig ist, ins Büro zu fahren oder zu Hause am Schreibtisch zu sitzen, statt Zeit für die Familie zu haben.

Sie kennen vermutlich die Diskussionen am Frühstückstisch, in denen sich ein Vater/Mutter und Ehemann/Ehefrau den Angriffen der übrigen Familienmitglieder ausgesetzt sieht. Während meine leidgeprüfte Ehefrau ihre Alternativpläne noch relativ vorsichtig darlegt, werden meine pubertierenden Kinder zunehmend aufmüpfiger. Sie stellen ihre Fragen immer unverblümter. Das geschieht natürlich nur noch, um mich in die Ecke zu drängen. Denn in Wirklichkeit sind sie heilfroh, dass ich keine Zeit habe. Schließlich bewahrt sie das vor berüchtigten Museumsbesuchen oder gar Wanderungen. Sie leben einfach nur ihre Lust daran aus, mich in die Ecke zu drängen. Das macht ihre Fragen leider umso gefährlicher. Konkret lautete sie in diesem Fall: »Papa, wofür opferst Du Deine Zeit denn jetzt schon wieder?«

Ein souveräner Vater hat darauf natürlich eine ebenso souveräne Antwort. Ich sagte, es ginge um Dokumentationspflichten in der Hauptverhandlung. Das sei eine der wichtigsten Fragen im Strafprozess überhaupt. Es ginge darum, dass die Strafverteidiger dieses Landes seit gefühlten Ewigkeiten – es kann auch sein, dass ich »übelst lange« gesagt habe, um verständlicher zu sein – fordern würden, z.B. die Aussagen von Zeugen in einem Strafprozess mitzuschreiben und ich einen Vortrag dazu halten wolle, dass diese Forderung berechtigt sei.

¹ Der Text ist das Manuskript eines Referats, das zum 39. Strafverteidigertag in Lübeck gehalten wurde. Ausführlich zum Thema *Wilhelm*, ZStW 2005 (117), S. 143 ff.

Diese Antwort machte meine 15 und 17 Jahre alten Kinder – und das kommt nicht oft vor – sprachlos. Sie schauten erst sich und dann mich verdutzt an und wussten ersichtlich nicht mehr, was sie sagen sollten. Nach längerem Zögern sagte eins von beiden: »Hä, das verstehe ich nicht. Wird das denn nicht sowieso gemacht. Und wenn nicht. Warum eigentlich nicht?«

Nun weiß ich nicht, ob die Organisatoren dieses Strafverteidigertages Kontakt zu meinen Kindern hatten, bevor sie das Thema auf die Agenda gesetzt haben. Jedenfalls haben sie es ebenso treffend auf den Punkt gebracht wie meine Kinder in unserer Diskussion am Frühstückstisch. Denn die Frage lautet in der Tat: »*Dokumentationspflicht in der Hauptverhandlung – warum eigentlich nicht?*«

I.

Die Antwort auf dieses »*Warum?*« findet sich auf den ersten Blick im Gesetz. § 273 Abs. 2 StPO verlangt so etwas Ähnliches wie ein Wortprotokoll nur für Verhandlungen vor dem Amtsgericht, für die Hauptverhandlung vor dem Landgericht gilt hingegen § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO. Dort steht:

»Kommt es auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder des Wortlauts einer Aussage oder einer Äußerung an, so hat der Vorsitzende von Amts wegen oder auf Antrag einer an der Verhandlung beteiligten Person die vollständige Niederschreibung und Verlesung anzuordnen.«

Wir wissen alle: Aus der Sicht der Richter kommt es so gut wie nie auf die Feststellung eines Vorgangs oder gar den Wortlaut einer Aussage oder Äußerung an. Das führt dazu, dass wir nur Protokolle kennen, die Abläufe, aber keine Inhalte wiedergeben.

1.

Nun hat sich in der Rechtspraxis gezeigt, dass die unterbleibende Protokollierung des Inhalts der Hauptverhandlung zu Urteilen führen kann, die Unrecht erzeugen, ohne dass das von dem mit der Überprüfung des Urteils befassten Revisionsgericht erkannt wird. Das geschieht immer dann, wenn in der Hauptverhandlung etwas geschah, was nicht dem entsprach, was das Urteil darüber berichtet. Dazu ein paar Beispiele:²

a. Wenn ein (Alibi-)Zeuge sagt, der Angeklagte habe sich ab zwei Uhr in seiner Gaststätte befunden, dann hat der Angeklagte Pech gehabt, wenn das

² Zahlreiche Beispiele bei *Schlothauer*, StV 1992, 134, 138.

Gericht den Zeugen falsch verstanden hat und im Urteil steht, er sei ab drei Uhr dort gewesen. Ob ein Zeuge sagte, die Jacke des Täters sei grau oder blau gewesen, hängt allein von der Wahrnehmung des Richters ab bzw. davon, was er dazu in sein Urteil schreibt. Kein Revisionsgericht würde sich jemals mit der Rüge befassen, das Gericht habe den Zeugen falsch wahrgenommen.

b. Es handelt sich hier nicht um Fantasiebeispiele. In meiner Praxis – und ich vermute, Sie machen keine anderen Erfahrungen – sind die Abweichungen zumindest zwischen meinen – natürlich ebenfalls gefärbten – Wahrnehmungen von der Beweisaufnahme und dem, was ich im Urteil darüber lese, zwar selten so frappierend wie in den Beispielfällen. In einer Vielzahl von Fällen erlebe ich es jedoch, dass im Urteil gewisse Details verschwiegen und andere hervorgehoben werden, um das gewonnene Ergebnis besser darstellen zu können. Leider geht das meist zu Lasten des Angeklagten. Freisprüche werden so gut wie nie damit angereichert. Im Gegenteil: Widersprüche in Aussagen, die die Verteidigung mühsam herausgearbeitet hat, finden im Urteil keinerlei Erwähnung. Fehlende Aussagekonstanz wird kaschiert, indem nur die Aussage in der Hauptverhandlung wiedergegeben wird, obwohl frühere – anderslautende – Aussagen ausführlich mit dem Zeugen erörtert wurden etc. Ein Jeder von Ihnen wird weitere Beispiele dazu benennen können. Da habe ich nicht den geringsten Zweifel. Das Phänomen ist ein nicht weg zu denkender Bestandteil unseres beruflichen Alltags. Eine Aufhebung des Urteils kommt leider in keinem der Fälle in Betracht, weil sich der BGH nicht dafür interessiert, was wirklich geschah in der Hauptverhandlung.³

c. Um den womöglich bei einigen von Ihnen immer noch bestehenden Verdacht auszuräumen, ausschließlich subjektiv gefärbte Erinnerungen zu referieren, will ich Ihnen auch nicht das Schulbeispiel schlechthin vorenthalten, das es dazu gibt. Gemeint ist die berühmte Schusskanalentscheidung aus dem Jahr 1991.⁴ In ihr ging es darum, dass der Angeklagte einen tödlichen Schuss in den Kopf des Verstorbenen abgegeben hatte. Die Frage war: Hatte er zum Zeitpunkt der Schussabgabe gestanden oder hatte er gelegen? Letzteres hätte eine Notwehrsituation nahegelegt, ersterenfalls wäre eine Notwehrlage ziemlich unwahrscheinlich gewesen. Es existierte dazu in den Akten ein Sachverständigengutachten, das den Schusskanal so beschrieb, dass die Kugel in den Unterkiefer eingedrungen und aus der Schädeldecke ausgetreten war. Das

³ Vgl. nur BGHSt 2, 63, 66; 7, 363, 370; 15, 347; 21, 149; 21, 371; 29, 21; 43, 12; BGH NStZ 1996, 326; 2004, 392. Zahlreiche weitere Nachweise bei *Sander*, in: Löwe-Rosenberg, Kommentar zur StPO, 26. Aufl., § 261, Rn. 173 ff.

⁴ BGH, StV 1991, 500.

legte den Schluss nahe, dass der Angeklagte gelegen hatte (=Notwehr). Das Gericht verurteilte ihn jedoch wegen Totschlags, weil es aus welchen Gründen auch immer annahm, die Kugel sei in die Schädeldecke eingetreten und habe den Kopf von oben nach unten durchschlagen. Das widersprach zwar dem schriftlichen Gutachten und es war wenig wahrscheinlich, dass der Gutachter in der Verhandlung etwas anderes gesagt hatte. Revisionsrechtlich war das jedoch unbedeutend. Denn nach der »reinen Lehre« hatte der Gutachter in der Verhandlung das gesagt, was im Urteil stand. Was er in Wirklichkeit gesagt hatte, war vollkommen egal. Zum Glück traf der Angeklagte im 2. Senat des BGH damals auf einen weisen Pragmatiker namens *Herdegen*, der die reine Lehre reine Lehre sein ließ und die Sache in einer überaus umstrittenen Entscheidung an den Tatrichter zurückverwies. Ersparen sie mir, die Begründung dafür zu referieren. Sie bedeutete einen Bruch mit dem Rekonstruktionsverbot und wurde von den im 1. und 5. Senat sitzenden Hohepriestern der reinen Lehre damals – aus ihrer Sicht durchaus zu Recht – scharf kritisiert.⁵

II.

Für das Thema unserer Diskussion sind die Beispielsfälle zunächst natürlich insoweit wichtig, als dass sie aus sich heraus beschreiben, wie bedeutsam und sinnvoll eine Protokollierung des Geschehens in der Hauptverhandlung wäre. Das hilft nur leider nicht weiter, denn es ist in unseren Strafprozessen alles andere als ausgemacht, dass etwas Sinnvolles und dem gesunden Menschenverstand Entsprechendes auch gemacht wird. Die Eigenschaften »sinnvoll« und »dem gesunden Menschenverstand entsprechend« sind nicht einmal notwendige Bedingungen, geschweige denn hinreichende, um die Praxis des Strafverfahrens zu beeinflussen. Mehr noch, es hilft ja nicht einmal der Nachweis, dass eine Dokumentation oder zumindest ein wie auch immer geartetes Instrument zur Vermeidung des oben beschriebenen Unrechts von Gesetzes wegen zwingend geboten wären. Dieser Nachweis ist nämlich längst geführt, ohne dass sich etwas geändert hätte.⁶

Dazu möchte ich Sie zunächst auf eine Erkenntnis hinweisen, die sich aus den Beispielsfällen bei der Betrachtung von § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO ergibt. Sie lautet, dass es entgegen der dem Gesetzeswortlaut zu entnehmenden Prognose des Gesetzgebers nicht möglich ist, in der laufenden Hauptverhandlung zu entscheiden, ob es »auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder des Wortlauts einer Aussage oder einer Äußerung«

⁵ BGH, NJW 1991, 2840 (1. Senat); NJW 1992, 2838 (5. Senat).

⁶ Ausführlich *Wilhelm*, Fn. 1; vgl. auch *ders.* StV 2012, 74.

ankommt. Die Beispielfälle zeigen im Gegenteil, dass sich in der Hauptverhandlung eine zuverlässige Aussage über die Protokollierungsbedürftigkeit einer Äußerung schlechterdings nicht treffen lässt. Das ist erst möglich, wenn das Urteil vorliegt und es zum Streit kommt darüber, was in der Hauptverhandlung wirklich geschah. Denn erst aus dem Urteil wird erkennbar, ob das Gericht eine Beweiserhebung zutreffend wahrgenommen und den Wortlaut einer Aussage richtig verstanden hat. Und in der Rückschau gilt natürlich: Wenn das Gericht der Beweiserhebung im Urteil einen anderen Inhalt gibt, wäre sie in der Hauptverhandlung protokollierungsbedürftig gewesen. Denn es wäre auf die vom Gericht in der Apperzeption (=Wahrnehmung) der Beweiserhebung nicht geleistete exakte Feststellung des Vorgangs bzw. den Wortlaut der Aussage angekommen.

1.

Diese relativ simple Erkenntnis führt zunächst zu der Frage, aus welchem Grund der Gesetzgeber § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO nicht anders fasste. Die Antwort darauf lautet, dass der historische Gesetzgeber eine ziemlich platonische Vorstellung vom Ablauf eines Strafprozesses hatte. Er meinte insbesondere, Tat- und Rechtsfragen voneinander trennen zu können. Die Vorstellung war, dass Tatsachenfeststellungen gar nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens sein könnten. § 337 Abs. 1 StPO, wonach eine Revision nur auf eine Gesetzesverletzung gestützt werden kann, diente lange Zeit als Beleg für diese These.⁷ Die Vorschrift wurde so interpretiert, dass nur Rechtsfragen revisibel seien, während Tatsachenfeststellungen gar keine Rechtsfragen seien.⁸ Darauf aufbauend konstruierte der historische Gesetzgeber das gesamte Revisionsverfahren. Das Ergebnis war, dass es keine Regeln zu einer Beweisaufnahme über den Ablauf der Hauptverhandlung und insbesondere den Inhalt der dortigen Beweiserhebungen enthält. Umgekehrt verlieh der historische Gesetzgeber dem Protokoll – ebenso platonisch – absolute Beweiskraft, soweit es wesentliche Förmlichkeiten dokumentiert.⁹

2.

Das Problem daran war und ist, dass die Annahmen falsch waren.¹⁰ Protokolle sind nicht zwingend richtig und Tatsachenfeststellungen, die auf fehlerhafter Wahrnehmung beruhen, verletzen sehr wohl das Gesetz, und zwar § 261 StPO, manchmal auch § 267 StPO. § 261 StPO ist bei sämtlichen oben

⁷ Vgl. dazu *Rieß*, GA 1978, 257.

⁸ So aber noch *Foth*, NSStZ 1992, 444, 446.

⁹ § 274 StPO.

¹⁰ Vgl. *Maul*, FS Pfeiffer, 1985, 409, 420.

beschriebenen Beispielen verletzt. Denn die in § 261 StPO dem Richter zugebilligte »freie Beweiswürdigung« meint nicht etwa Willkür, sondern gibt dem Tatrichter einen Spielraum nur auf zutreffender Wahrnehmungsgrundlage. Das steht inzwischen außer Frage.¹¹ Und daraus folgt, dass das Problem nicht darin besteht, dass Wahrnehmungsfehler bzw. fehlerhafte Tatsachenfeststellungen nicht unter § 337 StPO subsumierbar sind. Das Problem ist, dass Wahrnehmungsfehler bzw. fehlerhafte Tatsachenfeststellungen im Revisionsverfahren unsichtbar bleiben.

3.

Die sich danach stellende Frage lautet, ob es tatsächlich der Wille des historischen Gesetzgebers war oder des aktuellen sein kann, derart »versteckte« Gesetzesverstöße als irreversibel hinzunehmen. Grundsätzlich wissen wir dazu heute, dass dem historischen Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts durchaus der ein oder andere Lapsus unterlaufen ist. Das beste Beispiel ist das Versäumnis im etwas jüngeren BGB, die Schlechtleistung im Schuldrecht zu regeln. Der Gesetzgeber hatte zwar Unmöglichkeit, Verzug und Mangelhaftigkeit im BGB geregelt, nicht aber die Schlechtleistung. Das wurde schon kurze Zeit nach Inkrafttreten des BGB sichtbar. Das Reichsgericht reagierte darauf sofort. Es erkannte, dass der Gesetzgeber einen Fehler begangen und ein regelungsbedürftiges Problem ungeregelt gelassen hatte. Er schlussfolgerte daraus eine Regelungslücke. Die Lücke füllte er aus mit einem Regelwerk, das sich an das Gesetz anlehnte, ohne sich dort zu finden.¹² Die juristische Methodenlehre nennt das eine Analogie.¹³ Sie erhielt im konkreten Fall den Namen »positive Forderungs- oder Vertragsverletzung«, abgekürzt p.F.V. oder p.V.V. Wer vor der großen Zivilrechtsreform studiert hat, die uns Älteren dieses Instrument – und damit im Grunde unser ganzes Wissen über das Schuldrecht – geraubt hat, der weiß, wie sehr diese Analogie das Schuldrecht beherrscht hat. Die Herrschaft hatte hundert Jahre gedauert, bis die damalige Justizministerin Herta Däubler-Gmelin entschied, die bis dahin ausgebildeten Juristen unendlichen Qualen auszusetzen, indem sie ihnen abverlangte, für selbstverständlich Gehaltenes neu zu lernen. Ich habe ihr das bis heute nicht verziehen. Neulich habe ich gelesen, dass der Schauspieler Ulrich Matthes, Sie wissen, der Bösewicht aus dem Tatort aus Wiesbaden mit den 50 Leichen, sie für das Dschungelcamp vorgeschlagen hat.¹⁴ Ich unterstütze diesen Vorschlag!

¹¹ Fezer, StV 1995, 95.

¹² RGZ 57, 105, 113; vgl. dazu Weid, Antizipierter Vertragsbruch, Tübingen, 2008, S. 93 ff.

¹³ Zippelius, Juristische Methodenlehre, 8. Aufl. 2003, S. 68 f.

¹⁴ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/schauspieler-ulrich-matthes-im-interview-zum-dschungelcamp-13363270-p2.html>.

III.

Bei der beschriebenen Ausgangslage drängt sich natürlich die Frage auf, ob den Folgen der unterbleibenden Dokumentation der Hauptverhandlung nicht ebenfalls mit einer Analogie oder einem anderen rechtsfortbildenden Instrument begegnet werden muss. Mit anderen Worten: Bedarf es einer rechtsfortbildenden Maßnahme, um versteckte Gesetzesverstöße für das Revisionsgericht sichtbar zu machen? Die Antwort darauf hängt zum einen davon ab, ob es überhaupt erlaubt wäre, eine Analogie zu bilden oder das Recht auf andere Art und Weise zu gestalten. Zum anderen kommt es darauf an, ob es sich tatsächlich um eine ungewollte Regelungslücke handelt. Wenn diese Hürden übersprungen werden können, ist es freilich nicht nur eine Möglichkeit, das Recht fortzubilden. Es ist eine Pflicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung.

1.

Die erste Frage ist problemlos zu beantworten. Wir müssen keine Angst haben vor dem im Strafrecht immer wieder auftauchenden Analogie- oder Rechtsfortbildungsverbot, denn das gilt nicht im Strafprozessrecht, jedenfalls nicht in dem hier in Rede stehenden Bereich. Es wäre also ohne weiteres möglich, eine Analogie zu bilden oder auf andere Weise rechtsfortbildend aktiv zu werden.

2.

Die zweite Frage lässt sich im Grunde genau so leicht beantworten. Wer wirklich meint, der historische Gesetzgeber habe Urteile vor der Aufhebung bewahren wollen, die auf fehlerhaften Wahrnehmungen der urteilenden Richter beruhen, der möge nach meinem Vortrag (a.) die Hand heben und (b.) sogleich begründen, warum er meint, der Gesetzgeber habe das so gewollt. Er wird das nicht können, denn es kann schlechterdings keinen Grund geben, bestimmte Gesetzesverstöße hinzunehmen, von der Überprüfung durch das Revisionsgericht auszuschließen und einen Angeklagten auf diese Weise der Willkür des Wahrnehmungsfilters der über ihn urteilenden Richter auszusetzen. Und selbst wenn der historische Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts das genau so gewollt haben sollte. Sein Wille wäre inzwischen unmaßgeblich.¹⁵ Spätestens seit Inkrafttreten des Grundgesetzes würde es nicht nur gegen den in Art. 3 Abs. 1 GG verankerten Gleichheitssatz verstoßen, einzelne Gesetzesverstöße für unangreifbar zu erklären, andere aber nicht. Die Entscheidung würde

¹⁵ Vgl. dazu *Wilhelm*, Fn. 1, S. ..

überdies Art. 19 Abs. 4 GG verletzen. Dieses Grundrecht gibt einem Angeklagten einen Anspruch auf die Effektivität des Rechtsmittels. Der Gesetzgeber ist danach zwar nicht verpflichtet, Rechtsmittel gegen jede Entscheidung zuzulassen. Wenn er das aber macht, muss er es effektiv ausgestalten und darf es nicht leerlaufen lassen. |¹⁶ Diesem Anspruch wird die Duldung von Verstößen gegen § 261 StPO ohne Überprüfungsmöglichkeit durch das Revisionsgericht ganz sicher nicht gerecht.

3.

Es ist danach unbestreitbar, dass der Gesetzgeber das Revisionsverfahren mit Blick auf die notwendige Überprüfung von Verstößen gegen § 261 StPO unzureichend ausgestaltet hat. Es kann ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber in Kauf nehmen wollte oder das auch nur dürfte, die beschriebenen Gesetzesverstöße der Überprüfung durch die Revision zu entziehen. Es liegt eine Regelungslücke vor, die der Rechtsanwender mit Hilfe einer Analogie oder auf andere rechtsfortbildende Art und Weise schließen darf und muss, ohne dass dies gegen höherrangiges Recht verstoßen würde. Und um es ganz deutlich zu sagen: Würden der BGH oder das BVerfG z.B. auf der Grundlage einer verfassungskonformen Auslegung von § 273 Abs. 3 Satz 1 StPO das Problem dadurch lösen, dass sie vorgeben, Hauptverhandlungen vor den Landgerichten vollständig auf Video aufzuzeichnen; die Diskussion zur Dokumentation der Hauptverhandlung wäre mit einem Federstrich beendet.

IV.

Nun sind die vorbeschriebenen Folgerungen nicht etwa Ergebnis hochkomplizierter Abstraktionen und Deduktionen unter Zuhilfenahme logischer Methoden fremder Wissenschaften wie der Mathematik, die es in unsere Wissenschaft zu übertragen gälte. Nein, sie sind das Ergebnis simpler Überlegungen, die dem gesunden Menschenverstand entspringen und nicht mehr als im ersten Semester eines Jurastudiums vermittelte Grundkenntnisse der juristischen Methodenlehre verlangen. Sie liegen sprichwörtlich auf der Hand. Und dennoch hält der BGH unverrückbar an seiner Rechtsprechung fest. Das erinnert durchaus an die Haltung der katholischen Kirche zum Zölibat, zur Empfängnisverhütung oder zur Unverbrüchlichkeit der Ehe. Und die Frage ist: Warum ist das so?

16 Beschluss vom 15. Juli 2010 - 2 BvR 1023/08

1.

Der BGH verteidigt den Status quo gegen jeden Angriff mit großer Vehemenz. Er trägt die Aussage, ihn interessiere nicht, was in der Hauptverhandlung geschehen sei, mit dem »Rekonstruktionsverbot« wie eine Monstranz vor sich her. Er behauptet sogar, es sei ihm verboten, in der Revisionsinstanz Beweis zu erheben etwa über den Inhalt einer Aussage. Er postuliert damit nichts Geringeres als die Existenz eines Beweiserhebungsverbot in der Revisionsinstanz, das es in der Tatsacheninstanz so gut wie nicht gibt, in der Revisionsinstanz der Erforschung der Wahrheit aber unüberwindbar entgegenstehen soll. Freilich findet sich in der StPO nicht nur keine Vorschrift, die ein Beweiserhebungsverbot in der Revisionsinstanz postuliert. Es wäre überdies ein völlig unsinniges Verbot. Mit Blick auf die oben gezogene Parallele zur p.V.V. wäre das in etwa so, als hätte das Reichsgericht damals gesagt: »Der Gesetzgeber hat die Schlechtleistung nicht geregelt. Daraus ergibt sich für Schuldner ein Schlechtleistungsprivileg und die Gläubiger müssen hinnehmen, dass die Gerichte im Falle einer Schlechtleistung keinen Schadensersatz zusprechen können.« Sie mögen dieses Beispiel als lächerlich empfinden, aber es beschreibt exakt den Zustand, den wir täglich erleben. Denn uns sagt der BGH – ich formuliere das mal für einen der Beispielsfälle: »Die Frage, ob der Zeuge dem Angeklagten ein Alibi für zwei Uhr oder erst für drei Uhr gab, beantwortet sich abschließend nach den tatrichterlichen Feststellungen, die im Urteil niedergelegt sind. Was der Zeuge wirklich gesagt hat, ist nicht wichtig. Denn es entzieht sich der Überprüfung durch das Revisionsgericht, ob der Zeuge gesagt hat, was im Urteil steht. Das lässt sich mit den `Mitteln des Revisionsrechts` nicht feststellen. Und außerhalb dieser Mittel verbietet es das Rekonstruktionsverbot, den Inhalt der Aussage im Revisionsverfahren zu überprüfen.« Das hört sich vielleicht etwas abgehobener an als ein »Schlechtleistungsprivileg«, inhaltlich ist es aber nichts anderes. Und dennoch ist es genau das, was uns der BGH seit Jahr und Tag sagt, wenn wir die Feststellungen eines Urteils angreifen.

2.

Es ist auch nicht etwa so, dass der BGH nicht über diesen untragbaren Zustand informiert wäre. Der leider verstorbene Rechtsgelehrte *Fezer* führte bereits Anfang der 90er Jahre die Überlegung in die Diskussion ein, dass der Gesetzgeber zwei miteinander unvereinbare Postulate im Revisionsverfahren verankert hatte, und zwar einerseits eine fehlende Beweisaufnahme im Revisionsverfahren und andererseits die konsequente Aufhebung von Urteilen, die auf Gesetzesverstößen beruhen. Daraus leitete er die Forderung nach vollständiger Aufklärung des Geschehens in der Hauptverhandlung

durch das Revisionsgericht ab,¹⁷ was in der Endkonsequenz die Dokumentation der Hauptverhandlung verlangen würde. Das wurde vom BGH ignoriert. Ich habe dann 2005 in der ZStW vorgeschlagen, einen Mittelweg zu gehen und für eine erfolgreiche Revisionsrüge eine Glaubhaftmachung der fehlerhaften oder unzureichenden Wiedergabe des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu verlangen. Das entsprach in etwa dem, was der BGH heute beim Protokollberichtigungsverfahren – nahezu ausschließlich zum Nachteil des Angeklagten und, noch schlimmer, ohne mich zu zitieren – macht. Darüber sprach ich anlässlich einer zufälligen Begegnung bei der Verabschiedung meines Doktorvaters aus dem universitären Dienst mit dem damaligen Vorsitzenden des 3. Senats und späteren Präsidenten des BGH, Professor Tolksdorf. Er ist Honorarprofessor an meiner Alma Mater, der Universität Münster, wir saßen zufällig an einem Tisch. Er sagte zu meiner Überraschung, er habe den Aufsatz gelesen. Mein Lösungsvorschlag sei aber nicht praktikabel. Ich dachte, immerhin scheint die grundsätzliche Kritik nicht ganz falsch zu sein und hätte darüber gern mit ihm diskutiert. Er wechselte aber das Thema und der Respekt vor einem Senatsvorsitzenden beim BGH gebot es, nicht weiter zu insistieren. Sie kennen das, wenn Sie schon einmal beim BGH verhandelt haben, oder? Danach habe ich nur noch von Wenigen gehört, die sich mit den Überlegungen von *Fezer* oder mir befasst haben.¹⁸

3.

Nicht erst seit meinem kurzen Gespräch mit Herrn Tolksdorf beschäftige ich mich mit der Frage, warum weder der BGH noch der Gesetzgeber nach einer Lösung für den durch und durch untragbaren Zustand suchen, dass nicht das gesprochene Wort eines Zeugen, sondern das Wahrnehmungsvermögen der Richter über das Schicksal eines Angeklagten entscheiden. Inzwischen glaube ich die Ursache zu kennen und habe mich damit abgefunden, dass auch in der Juristerei die gleichen Kräfte wirken wie im sonstigen Leben auch. Und danach beantwortet sich die Frage ganz einfach: Denen, die es ändern könnten, nutzt es nichts. Wir müssen einfach nur einen Perspektivwechsel vollziehen, um zu begreifen, was (nicht) geschieht. Aus dieser Perspektive lautet die Frage ganz anders, und zwar: »Dokumentationspflicht in der Hauptverhandlung – warum eigentlich?«

¹⁷ *Fezer*, in: Udo Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege, 1991, 94 ff., 95.

¹⁸ Vgl. aber auch *Krehl*, ZIS 2006, S. 168, 170, *Ventzke*, HRR 2010, 461, oder *Malek*, StV 2011, S. 559, 563..

a. Welches Interesse sollten z.B. Richter an Landgerichten haben, den Zustand zu ändern? Es ist doch wunderbar bequem, sich bei seiner Wahrnehmung leiten zu lassen von dem, was man nach dem Akteninhalt im Grunde sowieso schon weiß, um ausgehend davon der Beweisaufnahme zu folgen und es im Urteil so aufzuschreiben, wie es verstanden wurde. Das muss gar kein böser Wille sein, wenngleich – zumindest nach meiner Wahrnehmung – die meisten Richter geradezu kämpfen für ihre nach Aktenlage gewonnene Überzeugung, statt nach der Wahrheit zu suchen. Es ist auch viel bequemer, und die Gefahr, vom BGH aufgehoben zu werden, reduziert sich ganz erheblich, wenn der Nachvollzug des Geschehens in der Hauptverhandlung unmöglich ist. Kein Richter am LG wird deshalb jemals darauf hinwirken, dass sich am bestehenden Zustand etwas ändert. Warum sollte er?

b. Für die Richter am BGH – siehe Tolksdorf – wäre es eine Katastrophe, wenn sie sich auch noch mit Rügen befassen müssten, die unrichtige Wiedergaben des Ergebnisses der Beweisaufnahme im Urteil behaupten. Wenn die beim BGH tätigen Richter wirklich alle Urteile, Revisionen und Anträge des GBA lesen und verinnerlichen, die im jeweiligen Senat landen, dann haben sie – und das meine ich wirklich so – bereits jetzt wahrlich genug zu tun. Ich weiß offen gesagt gar nicht, wie die das machen. Wenn ich mich mit einem Urteil eines Landgerichts intensiv befasse und eine Revisionsbegründung schreibe, dann beschäftigt es mich Tage. Ich muss das Urteil mehrmals lesen, um es in seiner Architektur zu begreifen und Fehler zu finden. Bisweilen entdecke ich erst beim vierten oder fünften Lesen Details, die ich angesichts der sonstigen Plausibilität der Erzählung zu meiner eigenen Überraschung zunächst überlesen habe. Und das Verfassen der Revisionsbegründung ist noch aufwändiger. Würde ich nur Revisionsrecht machen, könnte ich maximal fünf oder sechs Aufträge im Monat annehmen, das wären unter Berücksichtigung von Urlaub etc. maximal 60 Sachen im Jahr. Bundesrichter bearbeiten hingegen selbst als Berichterstatter über hundert Sachen im Jahr, müssen die Voten in ihren Sachen schreiben, nehmen an sage und schreibe 500 Urteilsberatungen teil, veröffentlichen sehr rege und bringen sich rechtspolitisch ein. Mehr als eine Plausibilitätsprüfung dürfte da kaum möglich sein. Warum also sollten BGH-Richter daran interessiert sein, die – ich nenne das einmal so – Apperzeptionsrüge zuzulassen, die vor allem zusätzliche Arbeit bedeuten würde?

c. Vom Bundesverfassungsgericht ist leider auch nichts zu erwarten. Die Zeiten, in denen ein Professor Hassemer sich darum bemühte, Rechte von Angeklagten zu stärken, sind lange vorbei. Ich habe mir die Mühe erspart, die letzte die Rechte eines Angeklagten stärkende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu eruieren. Erst vor einigen Wochen hat er sich gegen den

EGMR gestellt, indem er es für zulässig erklärte, von verdeckten Ermittlern angestiftete Straftaten zu bestrafen.¹⁹

d. Es bliebe noch der Gesetzgeber. Ihn betreffend möchte ich zunächst auf den Beitrag des Vorsitzenden des 2. Senats beim BGH, Professor Thomas *Fischer*, in der ZEIT verweisen. In seiner dortigen Kolumne berichtete er unlängst über eine Expertenanhörung in einem Bundestagsausschuss.²⁰ Es ist herrlich zu lesen, wie ahnungslos die Abgeordneten (= unsere Gesetzgeber) offenbar sind, um ebenso selbstbewusst wie frei von Sachkenntnis möglichst populistische Entscheidungen zu treffen. Sie beschäftigen sich lieber mit scheinbaren Lücken im Sexualstrafrecht, weil das eher geeignet scheint, den mutmaßlichen Wählerwillen zu bedienen. Daneben gilt: Reformen gegen den BGH, wenn sie von Strafverteidigern gefordert werden, scheitern schon daran, dass die Falschen sie fordern. Unser Verlangen, eine Dokumentation der Hauptverhandlung einzuführen, wird schon deshalb ungehört bleiben. Dabei bin ich mir sicher, dass – spontan befragt – 100 Prozent der Abgeordneten sofort zustimmen würden, wenn sie gefragt würden, ob sie eine Dokumentation der Hauptverhandlung sinnvoll fänden. Es fragt sie nur keiner, weil auf dem Weg zur Frage so viele interessengesteuerte Einflüsse die Fragestellung verhindern. Das ist die traurige Realität.

V.

Abstrahiert bedeutet dies, dass die in einem System der Gewaltenteilung notwendigen Kontrollmechanismen in der Strafjustiz schlicht versagen. Nicht nur die Rechtsprechung des BGH zur Dokumentation der Hauptverhandlung unterliegt in Wirklichkeit keiner Kontrolle, weder durch die Legislative, noch durch die Exekutive. Die Strafjustiz hat sich vielmehr längst verselbstständigt. Es haben sich dort Strukturen entwickelt, die man im politischen Bereich Filz und gegenseitige Protektion nennen würde. Eine wirksame Kontrolle findet nicht statt. Der BGH entscheidet vielmehr selbst, maximal noch im Einvernehmen mit der Abteilung Strafrecht im Bundesjustizministerium, wie der Strafprozess auszugestaltet ist. Wer das nicht glaubt, sollte neben der unterbleibenden Dokumentation der Hauptverhandlung § 257 c StPO in den Blick nehmen. Der BGH hat dem Gesetzgeber die Vorschrift nachgerade in die Feder diktiert. Dabei gab der Gesetzgeber grundlegende Prinzipien unseres Strafprozesses auf, ohne auch nur ansatzweise zu begreifen, was das eigentlich bedeutet. Und das führt schlussendlich zum Kern des

19 Beschluss vom 18. Dezember 2014 - 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14.

20 <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht>

Problems: Die Strafjustiz setzt ihr eigenes Recht, das sich nicht ausrichtet an Gerechtigkeit oder wenigstens gesundem Menschenverstand, sondern an den Bedürfnissen der Richter. Die fehlende Dokumentation der Hauptverhandlung ist leider nur ein Beispiel. Um das zu unterstreichen, noch ganz kurz was folgt:

1.

Haben Sie schon einmal einen Richter wegen Befangenheit abgelehnt? Vermutlich haben Sie das schon einmal getan. Sie wissen deshalb: Nirgends wirken Filz und gegenseitige Protektion in der Strafjustiz so sehr wie nach einem Ablehnungsantrag. Es geht schon damit los, dass ausgerechnet die abgelehnten Richter – erneut in Ermangelung der Dokumentation der Ereignisse in einer Hauptverhandlung – die Deutungshoheit über das haben, was gerade geschehen ist. Sie schreiben – oftmals neben der völlig unsinnigen Bemerkung, sie hielten sich nicht für befangen – in ihrer dienstlichen Erklärung auf, was sich aus ihrer Sicht zugetragen hat. Und egal, wie es wirklich war: Wer die Redlichkeit der Richter bei der Rekonstruktion des Geschehenen auch nur in Frage stellt, muss damit rechnen, selbst vor Gericht gezerzt zu werden, wie das Beispiel Stefan Lucas aus Augsburg zeigt – wenn auch in anderem Zusammenhang. Richter und Staatsanwälte stehen dabei stets in einer Front geschlossen zusammen, schließlich will keiner beim nächsten Betriebsausflug oder in der Kantine allein am Tisch sitzen. Entschieden wird über das Gesuch ausgerechnet von den sonstigen Mitgliedern der Kammer, der der abgelehnte Richter angehört. Sie arbeiten den ganzen Tag mit ihm zusammen, sind oftmals per Du, werden womöglich demnächst wieder vom abgelehnten Vorsitzenden beurteilt und sind schon deshalb Teil der Front gegen den Befangenheitsantrag. Es nutzt dann auch nichts, alle Mitglieder der Kammer abzulehnen. Denn reicht die Anzahl der Kammermitglieder nicht aus, sind – den »Zufälligkeiten« von Geschäftsverteilungsplänen geschuldet – gewöhnlich ausgerechnet die jüngsten Richter der Vertreterkammern zuständig. Besondere Tapferkeit ist von denen nicht zu erwarten. Dabei wäre nichts naheliegender, als mit einer derartigen Aufgabe erfahrene und am Ende ihrer Karriere angelangte Richter zu befassen, am besten aus einem anderen Gericht, noch besser aus einem anderen Bundesland oder einer anderen Gerichtsbarkeit. Gedeckt und gestützt wird das Ganze vom BGH, der das Erwiesensein der die Ablehnung begründenden Umstände verlangt,^[21] einen Richter nicht einmal dann für befangen hält, wenn er ein

21 BGH, Beschluss vom 30.01.2001, 3 StR 514/00;

Urteil von ihm aufgehoben hat und derselbe Richter an dem erforderlich gewordenen Verfahren erneut teilnehmen soll²² und den Rest über § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erledigt. Das ist alles so lächerlich, dass es fast schon Unterhaltungswert hat. Mit gesundem Menschenverstand hat das nicht mehr das Geringste zu tun.

2.

Ich könnte noch eine Vielzahl weiterer Beispiele benennen, in denen sich die Strafjustiz verselbstständigt und meilenweit vom gesunden Menschenverstand entfernt hat. Als Stichworte benenne ich das Beweisantragsrecht, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, Beschlüsse nach § 349 Abs. 2 StPO, die Praxis bei der Beiordnung von Pflichtverteidigern, die Entwicklung der Verfahrensrügen und den Ablauf von Hauptverhandlungen beim BGH. Letztere haben mit dem Begriff »Verhandlung« nicht sonderlich viel zu tun, sondern sind – so jedenfalls habe ich das in meinen bislang 10 - 15 Besuchen dort erlebt – Pflichtveranstaltungen, die nur durchgeführt werden, weil sie nach dem Gesetz unerlässlich sind. Ich könnte darüber einen ähnlichen Beitrag schreiben wie Thomas *Fischer* über die Expertenanhörung im Bundestagsausschuss. Das kennen Sie aber alles bestens und ich will Sie damit nicht weiter behelligen.

3.

Was Sie aber noch nicht wissen, ist, wie die Diskussion an unserem Frühstückstisch ausging. Ich will es Ihnen verraten: Natürlich habe ich versucht, die durch und durch vertrackte Situation zu erläutern. Meine Familie war danach mit mir versöhnt. Doch dann stellte mir mein Sohn die Frage aller Fragen, die ein Sohn seinem Vater stellen kann. Er wollte wissen, ob ich ihm zu einem Jura-Studium raten könne. Er sei naturwissenschaftlich weder interessiert noch begabt und wisse nicht, was er sonst studieren solle. Ich hatte das Gefühl, in einen Spiegel zu schauen und wusste zunächst nicht, was ich sagen sollte. Sie werden wissen oder zumindest erahnen, welche Konflikte diese Frage in mir auslöste. Wie will man einem 15-jährigen begreiflich machen, welche Höhen und Tiefen das Berufsleben eines Juristen mit sich bringt, noch dazu eines Strafverteidigers? Schlussendlich entschied ich mich, meinen Lieblingsdichter und –philosophen Goethe zu zitieren und meinem Sohn dessen Meinung zur Juristerei, die sich der gelehrte Jurist vor mehr als 200 Jahren gebildet hat, kund zu tun. Bei unserem großen Dichturfürsten wenig verwunderlich: Sie ist noch heute zutreffend. Goethe ließ seinen Mephisto sagen, was er von der Juristerei hielt. Er tat das im ersten Teil

²² BGH, NSz 1981, 298.

des Faust, in dem ein angehender Student den Gelehrten Faust fragen will, was er studieren soll. Mephisto verkleidet sich in dieser Szene als Faust und erklärt dem ahnungslosen jungen Mann in diabolischen Worten, was von der Juristerei zu halten sei. Das kleine Gedicht passt so hervorragend zur fehlenden Dokumentation der Hauptverhandlung, dass ich mit ihm meine Ausführungen beschließen will. Mephisto sprach: |²³

Es erben sich Gesetz und Rechte,
wie eine ew'ge Krankheit fort;
sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte
und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage:
Weh' Dir, dass Du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
von dem ist leider nie die Frage.

23 Faust: Der Tragödie erster Teil, Studierzimmer (Mephistopheles).

Dokumentationspflicht im Ermittlungsverfahren Warum eigentlich nicht?

I. Einleitung

Wenn von der Dokumentation im Ermittlungsverfahren gesprochen wird, so ist damit zumeist die Dokumentation der Beschuldigten- und der Zeugenvernehmung gemeint. Gefordert wird eine Bild-Ton-Aufzeichnung – nur selten die Tonaufzeichnung, nie das Wortprotokoll. Dokumentation zielt ab auf die Konservierung des Authentischen: Das tatsächliche verbale, paraverbale und nonverbale Aussageverhalten des Zeugen oder Beschuldigten soll vollständig dauerhaft aufgezeichnet werden und dadurch unbegrenzt reproduzierbar sein. Es geht, vergleichbar mit der Sicherstellung eines Sachbeweises, um die Verhinderung eines Beweisverlusts.¹ Von einer Dokumentation mittels Bild-Ton-Aufzeichnung verspricht man sich außerdem, dass mit ihr ein etwaiger späterer Verdacht, bei der Vernehmung seien Verfahrensvorschriften missachtet worden, schnell, zuverlässig und eindeutig aufgeklärt werden kann.

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

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

II. Rechtslage

Die StPO sieht bislang keine umfassende Pflicht zur Dokumentation der Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten im Ermittlungsverfahren vor.² Das Protokoll, das bei jeder richterlichen Vernehmung erstellt werden muss (§ 168 StPO) und bei staatsanwaltschaftlichen und (neuerdings³ auch bei) polizeilichen Vernehmungen aufgenommen werden »soll« (§ 168b II StPO), muss kein Wortprotokoll sein.

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

2 Die Dokumentation der Vernehmung von Sachverständigen im Ermittlungsverfahren bleibt hier unerörtert. Eine mündliche Erstattung des Gutachtens ist zwar auch in diesem Verfahrensstadium möglich (§ 82 StPO), in der Praxis aber selten, weil sie zu protokollieren, zumindest aktenkundig zu machen ist (§ 168b I, II StPO). Streitig ist, ob § 72 StPO eine entsprechende Anwendung des § 58a StPO erlaubt, also eine mündliche Gutachtenerstattung aufgezeichnet werden darf. Das wird zumeist mit der Begründung verneint, es bestehe keine vergleichbare Sachlage, die es rechtfertige, die »von § 58a gestatteten Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes zur Wahrung der Interessen von besonders schutzbedürftigen Zeugen« auch bei einem Sachverständigen zuzulassen (*Krause*, in: Löwe/Rosenberg [Begr.], StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 72 Rn. 13; ebenso *Rogall*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 72 Rn. 22; *Trück*, in: Kudlich [Hrsg.], Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 72 Rn. 27; im Ergebnis [keine Aufzeichnung] auch *Neuhaus*, in: Dölling/Duttge/Rössner [Hrsg.], Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 72 Rn. 17, wonach der Sachverständige vor einer Anwendung des § 58a StPO abberufen werden muss). Dieser Argumentation ist für § 58a I 2 StPO beizupflichten, weil der Sachverständige nicht das Opfer der Tat und im Gegensatz zum Zeugen austauschbar ist (vgl. § 247a II im Gegensatz zu § 247a I 3, 4 StPO). Sie trägt aber nicht für § 58a I 1 StPO.

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

4 *Erb*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 161a Rn. 20; *Wohlers*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. III, 4. Aufl. 2011, § 161a Rn. 17.

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

6 Der Anwendungsbereich des § 58a I StPO wird durch den Verweis in § 168e S. 4 StPO nicht erweitert. Der Gesetzgeber wollte dort nur klarstellen, dass eine zulässige Simultanübertragung unter den Voraussetzungen des § 58a StPO auch aufgezeichnet werden »kann« (BT-Drucks. 13/7165, 5, 9). Der Verweis ist überflüssig, weil § 58a StPO als allgemeine Vorschrift allemal gilt, und er ist missglückt, weil § 58a StPO direkt und nicht nur »entsprechend« anwendbar ist (*Erb*, in: Löwe/Rosenberg [Begr.], StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 163e Rn. 24 f.).

§ 58a I 2 StPO die Vernehmung »nach Würdigung der dafür jeweils maßgeblichen Umstände« aufgezeichnet werden.⁷

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

III. Entwicklung der Gesetzgebung

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

Inzwischen ist die Erforschung der Wahrheit in den Vordergrund gerückt. Bei der letzten Änderung des § 58a StPO durch das *Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs* (StORMG) vom 26.6.2013 hieß es in

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

8 So ausdrücklich BT-Drucks. 17/12418, 2. Allgemein gilt, dass sich § 163a I StPO auch an die Polizei richtet; *Erb*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 163a Rn. 6.

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

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

11 BT-Drucks. 17/12418, 2, 16.

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

13 BT-Drucks. 13/7165, 6.

14 BT-Drucks. 13/7165, 6.

der Entwurfsbegründung, für die Anordnung einer Ton-Bild-Aufzeichnung könnten auch schon mit ihr »möglicherweise verbundene Aspekte wie beispielsweise eine erhöhte Geständnisbereitschaft« und »die Beweissicherung« den Ausschlag geben. |¹⁵ Auch in der Entwurfsbegründung zu dem ebenfalls 2013 in Kraft getretenen *Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren*, durch das die Videoaufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung geregelt wurde, verweist der Gesetzgeber wieder auf »die Gefahr eines Beweismittelverlusts«. |¹⁶

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

IV. Reformvorschläge

Durch die letzten Gesetzesänderungen wurden bereits einige Forderungen aus dem im Jahr 2010 vom Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer vorgelegten »Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik« |¹⁹ (im Folgenden: BRAK-Entwurf) zum Teil umgesetzt. Der Entwurf sieht jedoch darüber hinaus vor, dass eine Zeugenvernehmung auch dann in Bild und Ton aufgezeichnet werden *soll*, wenn

»abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein und der Aussage [...] im Verfahren eine erhebliche Bedeutung zukommen wird«.

15 BT-Drucks. 17/6261, 10.

16 BT-Drucks. 17/12418, 2, 15.

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

18 BT-Drucks. 17/12418, 2, 15.

Außerdem wird verlangt, dass die Vernehmung aufgezeichnet werden *muss*, »wenn abzusehen ist, dass der Aussage [...] ausschlaggebende Bedeutung zukommen wird«. |²⁰ Auch die Vernehmung des Beschuldigten *muss* nach den Vorstellungen der BRAK aufgezeichnet werden, »wenn abzusehen ist, dass in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 oder 2 notwendig sein wird«. |²¹

Der im Jahr 2013 vorgestellte »Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme« des *Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer* (im Folgenden: Alternativ-Entwurf) bleibt hinter diesen Forderungen zurück. Der Arbeitskreis hält den BRAK-Entwurf »für zu weitgehend«. |²² Er sieht bei § 58a StPO »nur geringen Präziserungs- und Ergänzungsbedarf«. |²³ Vorgeschlagen werden daher lediglich Modifikationen der Soll-Vorschrift des § 58a I 2 StPO. So soll die Begrenzung der minderjährige Opfer betreffenden Nr. 1 auf bestimmte Delikte i.S.d. § 255a StPO gestrichen werden. Nr. 2 soll etwas erweitert und in eine Muss-Vorschrift umgewandelt werden. |²⁴ Auch die Beschuldigtenvernehmung »soll« nur aufgezeichnet werden, wenn dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird. |²⁵ Eine Pflicht wird nur für den Fall befürwortet, dass der Beschuldigte die Bild-Ton-Aufzeichnung selbst beantragt. |²⁶

V. Tatsächliche Nutzung der Aufzeichnungstechnik

1. Aktuelle Zahlen zu Bild-Ton-Aufzeichnungen von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren gibt es, soweit ersichtlich, nicht. In der Literatur wird die Einschätzung geäußert, von dieser Möglichkeit werde »praktisch kein Gebrauch gemacht«. |²⁷ Damit hätte sich seit einer frühen Studie aus Bayern,

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

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

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

22 § 58a I 2 StPO-AE, GA 2014, 1 (30).

23 § 58a I 2 StPO-AE, GA 2014, 1 (29).

24 § 58a I 2 StPO-AE, GA 2014, 1 (8, 28).

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

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

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

die im März 2001 |²⁸ – also gut zwei Jahre nach Inkrafttreten des § 58a StPO – erstellt wurde und zu dem Ergebnis gelangte, dass im Ermittlungsverfahren nur ausnahmsweise und dann vornehmlich bei der Vernehmung minderjähriger Opfer sexuellen Missbrauchs eine Bild-Ton-Aufzeichnung gemacht wird, |²⁹ wenig geändert. Eine in den Jahren 2001 bis 2003 in Niedersachsen durchgeführte Studie kam sogar zu dem Ergebnis, »dass die Umsetzung dieser neuen Technik [...] eher rückläufig« sei. |³⁰ Insgesamt sei »angesichts des Mehraufwandes im Umgang mit der Technik und [mit der] Abschrift der Protokolle [...] eher eine Zurückhaltung zu verzeichnen«. |³¹ Auch eine 2006 in Rheinland-Pfalz durchgeführte Befragung zur Videovernehmung kindlicher Missbrauchsopfer offenbarte eine nur »zögerliche Nutzung der strafprozessualen Option der Video-Vernehmung«. |³² Exemplarisch für diese Zurückhaltung steht ein Strafverfahren vor dem Landgericht Würzburg, in dem ein vierzehnjähriges Missbrauchsopfer »im Rahmen des Ermittlungsverfahrens fünfmal von der Polizei und zweimal vom Ermittlungsrichter vernommen« worden war, anstatt, wie der BGH im Jahr 2004 rügte, einmal eine Videoaufzeichnung zu erstellen. |³³

Darauf, dass die Möglichkeit einer Videoaufzeichnung auch heute kaum genutzt wird, deutet eine in den Jahren 2011/12 erstellte qualitative Studie hin, bei der 36 Berliner Polizeibeamte interviewt wurden, die nach Einschätzung ihrer Kollegen bei Beschuldigtenvernehmungen herausragend erfolgreich waren. Mehr als zwei Drittel der Befragten nutzten nach eigenem Bekunden

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

29 Vogel, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 78, 86, 226, 228, zusammenfassend S. 118, 255, 258; zu dieser Studie s. auch Schöch, FS Meyer-Goßner, 2001, S. 365 (383); ders., in: Eppenstein (Hrsg.), Schutz von Opferzeugen im Strafverfahren, 2002, S. 10 (28: »behutsame Anwendung«). – Über die anfängliche Ausstattung der Gerichte mit Videotechnologie und damit gemachte Erfahrungen, allerdings ohne belastbare Zahlen zum Umfang der Nutzung, berichtet Svoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 132 ff.; darauf gestützt auch Hartz, Empirische und normative Fragen der audiovisuellen Vernehmung kindlicher Opfer, 2004, S. 63 ff.

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

31 Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, 2007, S. 154, 279; ebenso Hartz, KJ 2006, 74 (77, 85), die restümiert, dass das Gesetz »nur sehr zögerlich umgesetzt« werde und »wenig Resonanz« finde; Senge, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 58a Rn. 4, der klagt, dass »erste Erfahrungen mit der neuen Technik in Deutschland teilweise enttäuschend« seien. – Es geht folglich zu weit, wenn zur Stützung der Behauptung, dass sich »die polizeiliche Videovernehmung (des Opfers) bewährt hat und vielfach praktiziert wird« (Arhkämpfer/Schilling, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 247), auf die Begründung zum RegE StORMG verwiesen wird, wo es heißt, »dass sich in der Praxis teilweise die Bild-Ton-Aufzeichnung polizeilicher bzw. staatsanwaltlicher Vernehmungen eingespielt« habe (BT-Drucks. 17/6261, 11). Diese Aussage bezieht sich nicht auf die absolute Häufigkeit solcher Bild-Ton-Aufzeichnungen sondern auf die relative im Vergleich zur richterlichen Vernehmung und stützt sich gerade auf die Arbeiten von Scheumer und Hartz.

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

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

keine Video- oder Tonbandaufzeichnungen. Dies sei ein unnötiger »zeitlicher Mehraufwand, da anschließend alles nochmals verschriftlicht werden müsse, und bringe andererseits eine eventuelle Verunsicherung des Beschuldigten mit sich«. Zudem waren diese – doch offenbar erfahrenen und erfolgreichen – Polizeibeamten teilweise aufgrund mangelnder Erfahrung im Umgang mit dieser Technik selbst verunsichert. |³⁴

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

Selbst wenn es sich dabei um einen Einzelfall gehandelt haben wird, scheint es doch so zu sein, dass der Einsatz der Videotechnik von vielen Praktikern als zu aufwändig angesehen wird |³⁶ – und zwar nicht nur in zeitlicher, sondern auch in personeller, sachlicher und organisatorischer Hinsicht. So wurde zum Beispiel beklagt, dass die Technik manchmal schlicht nicht vorhanden sei |³⁷ – in einem Fall soll ein Ermittlungsrichter sich sogar die private Videokamera des Hausmeisters geliehen haben |³⁸ –, dass es keinen geeigneten Raum gebe, dass die Technik angefordert und überprüft werden müsse, dass sie unzuverlässig (z.B. schlechte Mikrofone), nicht adäquat (z.B.

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

35 *Vogel*, *Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz*, 2003, S. 116. Deutlich besser, wenn auch immer noch zu lang, ist die von *Scheumer*, *Videovernehmung kindlicher Zeugen*, 2007, S. 139, wiedergegebene Faustformel: »Eine Stunde Videovernehmung entspricht zwei Tagen Schreibtätigkeit«. *Lichtenstein*, in: *Deckers/Köhnken* (Hrsg.), *Die Erhebung von Zeugenaussagen im Strafprozess*, 1. Aufl. 2007, S. 131 (134), beklagt das Fehlen jeglicher Schreibkräfte.

36 Das wird von der Literatur häufig übernommen: *Gercke*, in: *Gercke/Julius/Temming/Zöllner* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zur StPO*, 5. Aufl. 2012, § 58a Rn. 5; *Gertler*, in: *Graf* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar StPO*, Stand 8.9.2014, Nr. 19 RiStBV Rn. 9; *Ignor/Bertheau*, in: *Löwe/Rosenberg* (Begr.), *StPO*, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 58a Rn. 12; *Maier*, in: *Kudlich* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur StPO*, Bd. 1, 2014, § 58a Rn. 22; *Otte*, in: *Radtke/Hohmann* (Hrsg.), *StPO*, 2011, § 58a Rn. 3; *Meyer-Goßner/Schmitt*, *StPO*, 57. Aufl. 2014, § 58a Rn. 4; *Senge*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 7. Aufl. 2013, § 58a Rn. 3.

37 So für die Polizei in NRW *Lichtenstein*, in: *Deckers/Köhnken* (Hrsg.), *Die Erhebung von Zeugenaussagen im Strafprozess*, 1. Aufl. 2007, S. 131 (133); zuvor bereits *Höttges*, *Sexueller Missbrauch von Kindern und die Umsetzung des Zeugenschutzgesetzes bei der Justiz und bei den Polizeibehörden*, 2002, S. 239 ff., 264.

38 *Dieckerhoff*, *Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren*, 2008, S. 146.

schlechte Akustik) oder nicht kompatibel sei (z.B. mit Abspielgeräten) oder dass sie zu schwierig zu bedienen sei und deshalb für ihre Einrichtung und Bedienung zusätzliches, geschultes Personal erforderlich sei.³⁹

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

3. Manche dieser Einwände sind abwegig; so verwundert z.B. vor dem Hintergrund des § 69 I 1 StPO die Sorge, man könne den Zeugen »reden lassen«. Andere sind nur vorgeschoben oder übertrieben, etwa die Probleme beim Umgang mit der Aufnahmetechnik.⁴⁶ Insofern gilt hier wie überall, was einer der befragten Richter mit den Worten umschrieb: »Sie dürfen niemals bei allem bei der Justiz auch den menschlichen Faktor vergessen. Dazu gehört auch Bequemlichkeit, Faulheit, alles.«⁴⁷

39 *Hüttges*, Sexueller Missbrauch von Kindern und die Umsetzung des Zeugenschutzgesetzes bei der Justiz und bei den Polizeibehörden, 2002, S. 260 ff.; *Lichtenstein*, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 1. Aufl. 2007, S. 131 (134); *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen, 2007, S. 139; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 116; *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 146, 148.

40 *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen, 2007, S. 140.

41 *Hartz*, Empirische und normative Fragen der audiovisuellen Vernehmung kindlicher Opfer, 2004, S. 75 Fn. 285.

42 *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen, 2007, S. 139.

43 *Hartz*, Empirische und normative Fragen der audiovisuellen Vernehmung kindlicher Opfer, 2004, S. 75 Fn. 285.

44 *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 162; *Scheumer*, Videovernehmung kindlicher Zeugen, 2007, S. 153; *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 117.

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

46 *Artkämper/Schilling*, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 410.

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

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

Wieder andere Einwände gegen eine Bild-Ton-Aufzeichnung gründen in – tatsächlichen oder vermeintlichen – rechtlichen Vorgaben oder Defiziten. Hierzu zählt erstens die fehlende Vorgabe, unter welchen Voraussetzungen

47 *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 148.

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

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

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

51 *Spehr*, Spracherkennung zur Interview-Transkription?, 2011, abrufbar unter <http://www.dr-spehr.de/2011/07/spracherkennung-zur-interview-transkription/> (letzter Abruf 18.2.2015); s. auch *Dresing/Pehl*, Praxisbuch Interview, Transkription & Analyse, 5. Aufl. 2013, S. 31.

52 Genannt wird ein fünf- bis zehnmals so langer Zeitraum: *Buckow*, ZIS 2012, 551 (553); *Kuckartz*, Einführung in die computergestützte Analyse qualitativer Daten, 3. Aufl. 2010, S. 40; s. auch bereits *Höttges*, Sexueller Missbrauch von Kindern und die Umsetzung des Zeugenschutzgesetzes bei der Justiz und bei den Polizeibehörden, 2002, S. 261.

eine Vernehmung aufgezeichnet werden muss. Der Gesetzgeber schreibt noch nicht einmal die Aufzeichnung simultan übertragener Vernehmungen vor (vgl. § 168e S. 4 StPO).⁵³ Hinzu kommt eine restriktive Auslegung der Ermessensvorschrift des § 58a I 1 StPO durch die h.M., in der ein Hauptgrund für dessen bislang zurückhaltende Anwendung gesehen wird.⁵⁴ Zweitens wird die bereits erwähnte (angebliche) Pflicht zur Erstellung eines Wortprotokolls als Hemmnis angeführt, drittens das Fehlen gesetzlicher Vorgaben für die Durchführung der Bild-Ton-Aufzeichnung⁵⁵ und schließlich viertens die Schwierigkeiten beim Transfer einer Aufnahme in die Hauptverhandlung. Im Folgenden wird auf den ersten und den zweiten Einwand eingegangen. Die beiden anderen richten sich nicht grundsätzlich gegen das »Ob« einer Bild-Ton-Aufzeichnung im Ermittlungsverfahren.

VI. Fakultative oder obligatorische Aufzeichnung?

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

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

53 Wie sie im Gesetzgebungsverfahren zuletzt *Deckers*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren, S. 3, gefordert hat.

54 *Otte*, in: *Radtke/Hohmann* (Hrsg.), StPO, 2011, § 58a Rn. 3.

55 Sie fordern *Bender/Nack/Treuer*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 4. Aufl. 2014, Rn. 1532.

56 *Dieckerhoff*, *Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren*, 2008, S. 227.

57 *Dieckerhoff*, *Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren*, 2008, S. 147.

Die Alternative könnte sein, die Bild-Ton-Aufzeichnung gesetzlich vorzuschreiben, also aus dem »kann« in § 58a I 1 StPO ein »muss« zu machen.⁵⁸ Dieser flächendeckenden Verpflichtung aller Richter, Staatsanwälte und Polizisten zur Bild-Ton-Aufzeichnung von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren stünde dann selbstverständlich keine entsprechend weitgehende Pflicht der Zeugen und Beschuldigten zur Duldung einer Aufzeichnung gegenüber.⁵⁹ Zeugen könnten bei der Polizei eine Aufnahme verhindern, indem sie gar nicht erst erscheinen oder nicht oder nur unter der Bedingung aussagen, dass keine Aufzeichnung erfolgt. Beschuldigte könnten ebenso verfahren, bei Staatsanwaltschaft und Richter müssten sie allerdings erscheinen (§§ 133 II, 163 III 1 StPO). Eine Umwandlung des § 58a I 1 StPO in eine Muss-Vorschrift würde in diesen Fällen somit nur die Vernehmenden verpflichten, bei einer Zustimmung des Zeugen oder Beschuldigten eine Aufzeichnung zu machen.

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

58 Ebenso *Dreus*, Die Königin unter den Beweismitteln?, 2013, S. 255 (für die polizeiliche Vernehmung); *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 233 (für die Soll-Vorschrift des § 58a I 2 StPO); *Nestler*, ZIS 2014, 594 (598 mit Fn. 29, 601); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 69 Rn. 6 (für die Zeugenvernehmung).

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

60 *Gercke*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2012, § 58a Rn. 5; *Huber*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 8.9.2014, § 58a Rn. 6; *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 47 f.; *Maier*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 58a Rn. 22; *Neubeck*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur StPO, Stand 11/2010, § 58a Rn. 5; *Otte*, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), StPO, 2011, § 58a Rn. 3; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 58a Rn. 4; v. *Schlieffen*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwaltskommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 58a Rn. 9; ähnlich *Höttges*, Sexueller Missbrauch von Kindern und die Umsetzung des Zeugenschutzgesetzes bei der Justiz und bei den Polizeibehörden, 2002, S. 103; im Ergebnis auch *Maaß*, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien, 2012, S. 51; noch restriktiver *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. 2015, Rn. 1311 (»auf ein Mindestmaß zu beschränken«); s. auch Nr. II.1 des Gemeinsamen Runderlasses des brandenburgischen Ministeriums der Justiz und für Europaangelegenheiten und des brandenburgischen Ministeriums des Innern v. 19.7.2000 (»Video-Dokumentation von Vernehmungsinhalten im Ermittlungsverfahren«), JMBL 2000, 105. – Dieselbe Argumentation wird auch andernorts verwandt, z.B. für eine restriktive Auslegung des § 58 I 2 Nr. 1 StPO (BT-Drucks. 16/12098, 12, *Senge*, in: Hannich [Hrsg.], Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 58a Rn. 6a; zurückhaltender BT-Drucks. 17/6261, 10: »keine zu strengen Anforderungen«) oder gegen eine Ermächtigung der Polizei zur Anordnung der Videoaufzeichnung (BR-Drucks. 178/09, 18, BT-Drucks. 16/12812, 11).

1. Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes

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

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

Zweitens ist die Rede von einer »drohenden«, »vorgezeichneten« oder gar »angestrebten Durchbrechung« des Unmittelbarkeitsgrundsatzes rechtlich nicht haltbar, weil das Gericht des Hauptverfahrens nur unter den Voraussetzungen des § 255a StPO die Vernehmung des Zeugen durch eine Videoaufzeichnung ersetzen darf. Tut es dies, liegt darin gerade keine rechtswidrige Durchbrechung des Grundsatzes materieller Unmittelbarkeit. Die Forderung, im Ermittlungsverfahren möglichst wenige Videoaufzeichnungen zu erstellen, damit in der Hauptverhandlung der Zeuge selbst in Fällen vernommen werden muss, in denen dies nach § 255a StPO eigentlich unnötig wäre, ist eine Missachtung dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung⁶⁴ und der Entscheidungshoheit des Gerichts der Hauptverhandlung, das ja selbst dann, wenn ausnahmsweise die Voraussetzungen des § 255a StPO vorliegen, nicht auf die Aufzeichnung zugreifen muss.⁶⁵

61 *Maier*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 58a Rn. 22.

62 *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 176 f.; das geht so weit, dass die befragten Strafrichter angeben, mangels geeigneter Aufzeichnungen gar nicht vor der Frage zu stehen, ob sie § 255a I StPO anwenden, S. 199 f. Nach der Studie von *Hötiges*, Sexueller Missbrauch von Kindern und die Umsetzung des Zeugenschutzgesetzes bei der Justiz und bei den Polizeibehörden, 2002, S. 251, wurden von 250-300 Videobändern aus Ermittlungsverfahren zwei in die Hauptverhandlung eingebracht.

63 *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 176.

64 Auch das weitergehende Argument, die aus der Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips resultierende Beeinträchtigung der Verteidigungsposition in der Hauptverhandlung spreche ebenfalls für eine zurückhaltende Anwendung (v. *Schlieffen*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer [Hrsg.], Anwaltskommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 58a Rn. 9), geht daher ins Leere – ganz abgesehen davon, dass das Vorspielen der Aufzeichnung in der Hauptverhandlung regelmäßig gem. §§ 255a I, 250 I Nr. 1, II Nr. 3 StPO der Zustimmung des Angeklagten und des Verteidigers bedarf.

65 Es kommt daher einer Aufforderung zum Ermessensfehlgebrauch gleich, wenn *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 14, ganz i.S.d. h.M. den Rechtsanwender mahnt, die »Auswirkungen auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung und auf die dort geltenden Verfahrensgrundsätze [...] stets mit zu bedenken«.

Drittens blendet die Fokussierung auf die Hauptverhandlung aus, welche Bedeutung die Videoaufzeichnung schon im Ermittlungsverfahren erlangen kann. Sie kann hier die Entscheidungsgrundlage für weitere Ermittlungsschritte sein, für die Anordnung von Zwangsmaßnahmen und für den Abschluss des Verfahrens (Einstellung [§§ 153 ff., 170 II StPO]⁶⁶, Anklage). Zwar entspricht der Tunnelblick auf die Hauptverhandlung dem Modell, das ursprünglich dem Gesetzgeber vorschwebte. Bereits in der eingangs erwähnten frühen Studie aus Bayern zeigte sich aber, dass die Praxis dieses Modell modifiziert. Soweit überhaupt Bild-Ton-Aufzeichnungen gemacht wurden, geschah dies »in aller Regel nicht mit dem Ziel der späteren Verwertung in der Hauptverhandlung nach § 255a StPO, sondern zur Förderung der Geständnisbereitschaft, zum Nachweis des dringenden Tatverdachts bei Anordnung der Untersuchungshaft oder mit dem Ziel einer Reduzierung belastender Mehrfachvernehmungen«. |⁶⁷

2. Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Vernommenen

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

Bereits der geltende § 58a I StPO bildet eine formell-gesetzliche Grundlage für Eingriffe in das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort⁶⁸ und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁶⁹ Diese Rechte sind Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,⁷⁰ das

66 *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 117, bringt das Bsp., dass es im Klageerzwingungsverfahren mit der die Aufnahme leichter gewesen sei, die Generalstaatsanwaltschaft von der Richtigkeit der Einstellung nach § 170 II StPO zu überzeugen.

67 *Schöch*, in: Eppenstein (Hrsg.), Schutz von Opferzeugen im Strafverfahren, 2002, S. 10 (26); s. auch *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 229, 233.

68 *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 45; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 1, 10; v. *Schlieffen*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwaltskommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 58a Rn. 1; *Tsambikakis*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 2014, § 58a Rn. 1; nur das Recht am eigenen Bild nennt Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl. 2014, § 58a Rn. 8.

69 *Maaß*, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien, 2012, S. 50.

70 Vielfach wird nur dieses genannt: *Gercke*/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2012, § 58a Rn. 5; *Huber*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 8.9.2014, § 58a Rn. 6; *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 58a Rn. 4; *Maier*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 58a Rn. 22; *Neubeck*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur StPO, Stand 11/2010, § 58a Rn. 5; *Otte*, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), StPO, 2011, § 58a Rn. 3; *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 374; s. auch BT-Drucks. 13/7165, 5.

zwar in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verankert ist, seine Schranken aber ausschließlich in Art. 2 Abs. 1 Hs. 2 GG findet. Eine entgegen der h.M. extensive Auslegung des § 58a I 1 StPO oder gar seine Umwandlung de lege ferenda in eine Muss-Vorschrift muss daher mit der verfassungsmäßigen Ordnung vereinbar,⁷¹ also verhältnismäßig sein.⁷² Wegen der Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch in Art. 1 I GG ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung hier allerdings »strenger«⁷³ als bei einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit. Das wirkt sich vornehmlich bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne aus. An den Rang und die Gefährdung der geschützten öffentlichen Interessen sind dort umso höhere Anforderungen zu stellen, »je näher der absolut geschützte Bereich des Art. 1 I GG rückt«.⁷⁴

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

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

(1) Ebenso wie die Vernehmung der Wahrheitsfindung dient (vgl. §§ 57 S. 1, 64 I, II StPO), muss auch ihre Dokumentation wahr sein, also die Aussage so wiedergeben, wie sie tatsächlich gemacht wurde. Die Beweissicherung ist daher unlöslich mit dem, wie es das BVerfG nennt, »zentralen Anliegen«⁷⁶

71 Die beiden anderen Schranken des Art. 2 I Hs. 2 GG gehen darin auf; *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand 1.9.2014, Art. 2 Rn. 24.

72 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 2 Rn. 133, 157.

73 *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand 1.9.2014, Art. 2 Rn. 52; *Manssen*, Staatsrecht II, 11. Aufl. 2014, Rn. 256; s. auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 2 Rn. 133, 157, 159, 162.

74 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 2 Rn. 162, in Anlehnung an eine Formulierung in BVerfGE 89, 69 (82 f.).

75 *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 58a Rn. 1; *Maier*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 58a Rn. 2; Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 58a Rn. 1, 1b; *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 58a Rn. 1; *Tsambikakis*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 2014, § 58a Rn. 3; v. *Schlieffen*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Hrsg.), Anwaltskommentar StPO, 2. Aufl. 2010, § 58a Rn. 2; ebenso *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 2, der als dritten Zweck die Erleichterung der Protokollierung nennt.

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

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

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

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

78 Teilaufzeichnungen widersprechen Wortlaut (»die Vernehmung«) und Zweck des § 58a StPO und sind daher unzulässig; *Leitner*, StraFo 1999, 45 (47); *Maaß*, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien, 2012, S. 57; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 11; anders, aber nur in Ausnahmefällen: *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 58a Rn. 24; *Rieß*, StraFo 1999, 1 (3).

79 *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 58a Rn. 24.

80 Dagegen spricht nach h.M. auch nicht, dass die Belehrungen formal vor der Vernehmung erfolgen müssen; *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 58a Rn. 25 f.; *Leitner*, StraFo 1999, 45 (47); *Maaß*, Der Schutz besonders sensibler Zeugen durch den Einsatz von Videotechnik unter besonderer Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte und Verfahrensprinzipien, 2012, S. 57; *Maier*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 58a Rn. 66; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 11; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 58a Rn. 4; s. auch Nr. 19 II 2 RiStBV; a.A. bei Zeugen, die das Zeugnis gem. § 52 StPO verweigern können: *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. 2015, Rn. 1311a, *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 58a Rn. 8, deren Bedenken durch eine Pflicht zur umgehenden Löschung der Aufzeichnung abgeholfen werden könnte.

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

zudem die Gefahr des Verlustes entlastender Beweismittel und gefährdet so den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren.^{|81}

bb. Dass die Bild-Ton-Aufzeichnung geeignet ist, diese legitimen, von der Verfassung vorgegebenen Zwecke zu erreichen, steht außer Zweifel. Die Befürchtung, die Audio- und Videoaufnahmegeräte könnten Zeugen und Beschuldigte irritieren oder gar hemmen,^{|82} hat sich in der Praxis als unbegründet erwiesen.^{|83} Die Bild-Ton-Aufzeichnung ist auch besser geeignet als das Vernehmungsprotokoll in der Form eines Inhaltsprotokolls.^{|84}

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

Das nach dem Gesetz zulässige und in der Praxis auch übliche^{|89} Inhaltsprotokoll ist von vornherein nicht darauf angelegt, den vollständigen und tatsächlichen Inhalt der Aussage und ihr Zustandekommen, insbe-

82 *Wasserburg*, Bemerkungen zur audiovisuellen Vernehmung, FS Richter II, 2006, S. 547 (548 f.); s. auch die bei *Dieckerhoff*, Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren, 2008, S. 158, wiedergegebene Einschätzung, s. dort auch die Gegenstimmen.

83 *Albrecht*, in: Kilchling/Albrecht, Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren, 2002, S. 459 (470); *Ammann*, Kriminalistik 2011, 570 (576); *Vogel*, Erfahrungen mit dem Zeugenschutzgesetz, 2003, S. 259; *Artkämper/Schilling*, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 410.

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

85 *Griesbaum*, in: Harnich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 168 Rn. 8; *Wohlers*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. III, 4. Aufl. 2011, § 168 Rn. 3.

86 *Artkämper*, Kriminalistik 2009, 417 (423).

87 Nr. 45 RiStBV gilt für die Beschuldigtenvernehmung. Für eine analoge Anwendung auf die Zeugenvernehmung *Meyberg*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 8.9.2014, Nr. 45 RiStBV Rn. 6.

88 *Meyberg*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 8.9.2014, Nr. 45 RiStBV Rn. 7.

89 *Artkämper/Schilling*, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 404; *Rohloff/Ruhländer*, Kriminalistik 2004, 518.

sondere die Fragen und Vorhalte, wörtlich wiederzugeben. Es genügt nach der derzeitigen Rechtslage, wenn der Vernehmende den – aus seiner Sicht – wesentlichen Inhalt der Aussage in eigenen Worten zusammenfasst.⁹⁰ Dieses Fehlen gesetzlicher Vorgaben kontrastiert mit der Fehleranfälligkeit des Inhaltsprotokolls, die nach allgemeiner Meinung »seit langem erforscht und bei weitem kein forensisches Geheimnis mehr«⁹¹ ist.

Allerdings ist einschränkend anzumerken, dass der Stand der Forschung in Deutschland im Wesentlichen immer noch die Studie von *Banscherus* aus dem Jahr 1977 ist. Er stellte bei einem Vergleich der Aufzeichnungen und Protokolle von 27 simulierten⁹² und 17 tatsächlichen Vernehmungen⁹³ »eine erhebliche Zahl von Protokollierungsfehlern«⁹⁴ fest. *Banscherus* führte 21 Beispiele an für Auslassungen von Angaben (z.B. »an einem Freitag« statt »Freitag, den 7. Januar«) und Hinzufügungen von Tatsachen (z.B. »eine echt goldene Uhr« statt »nicht [...] ,echt golden‘, sondern nur ,golden‘«), für Modifikationen der Aussage (z.B. Verwendung des Indikativs statt des Konjunktivs, Änderung des zeitlichen Ablaufs) und für fehlerhafte Paraphrasierungen (z.B. »einige« Personen statt »drei, vier«).⁹⁵ *Banscherus* führte diese Fehler bei erfahrenen Vernehmungspersonen auf eine durch Routine vorgefasste Meinung vom Tathergang und bei unerfahrenen Vernehmungspersonen auf »mangelnde Konzentration« und »mangelnde Selektionsfähigkeit« zurück.⁹⁶

Die seither erfolgten Äußerungen aus der Praxis bestätigen diese Befunde. Inhaltsprotokolle sind demnach weiterhin selektiv, subjektiv und intuitiv, sie sind nicht selten durch vorgefasste Meinungen geprägt, geben die Aussage nur oberflächlich und lückenhaft wieder und enthalten keine (verlässlichen) Angaben zur Befragungstechnik und zum Verlauf der Vernehmung

90 *Erb*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 168a Rn. 14; s. auch *Plöd*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur StPO, Stand 11/2009, § 168a Rn. 3 (»der wesentliche Inhalt«); Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 168a Rn. 3 (»Ergebnisse«); *Wohlers*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. III, 4. Aufl. 2011, § 168a Rn. 5 (»Angaben der Auskunftsperson«); *Zöller*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2012, § 168a Rn. 3 (»Ergebnisse«); a.A. *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 359.

91 *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 101 ff., Zitat auf S. 101.

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

93 *Banscherus*, Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, 1977, S. 100.

94 *Banscherus*, Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, 1977, S. 259.

95 *Banscherus*, Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, 1977, S. 225 ff.

96 Auf Aufmerksamkeits- und Informationsverluste beim Vernehmenden durch die Protokollierung selbst weist *Greuel*, in: Volbert/Steller (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, 2008, S. 221 (228), hin. Auch *Banscherus*, Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung, 1977, S. 115, 225, stellt schon fest, dass die »Schreibmaschine« »zur Störquelle werden kann« und »das zu frühe Einsetzen der Schreibmaschine« eine häufige Ursache für Auslassungen ist.

(z.B. Wiedergabe der Vernehmung in einem tatsächlich nicht stattgefundenen Frage-Antwort-Verlauf).⁹⁷ Sogar das BVerfG stellte fest, dass die Wiedergabe einer Aussage »durch den Vernehmenden oder den Protokollführer erfahrungsgemäß mißglücken kann«.⁹⁸

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

- Die Protokolle waren deutlich lückenhaft, sowohl in Bezug auf den Inhalt der Aussage – ungefähr 25 Prozent der tatrelevanten Details fehlten –, als auch in Bezug auf die Äußerungen der Vernehmungsperson, die zu der jeweiligen Aussage geführt hatten – über 50 Prozent der Äußerungen des Vernehmenden wurden ausgelassen.
- Soweit Äußerungen der Vernehmungsperson in das Protokoll aufgenommen wurden, wurden sie zu einem Großteil (ca. 60 Prozent) falsch zugeordnet. Detailreiche Aussagen des Vernommenen wurden tendenziell öfter als spontane, freie Antworten auf offene Fragen dargestellt, obwohl sie infolge einer Suggestivfrage, eine geschlossenen Frage o.Ä. erfolgt waren.
- Schließlich wurde auch die Struktur der Befragung falsch wiedergegeben.

Diese Befunde sprechen deutlich gegen das schriftliche Protokoll. Noch viel mehr gilt das aber, wenn man bei ihrer Würdigung bedenkt, dass die Vernehmenden um das Ziel der Studie und die Audioaufnahme wussten, dass sie langjährige Erfahrung in der Vernehmung von Kindern und der Protokollierung hatten und dass sie ausdrücklich aufgefordert waren, ein vollständiges Protokoll zu erstellen und die Äußerungen der Befragten nicht zu paraphrasieren oder zusammenzufassen. Vor diesem Hintergrund muss

97 *Artkämpfer/Schilling*, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 403 (»teilweise ein erschreckendes Bild«); *Brauneisen*, ÖAnwBl 2013, 209 f.; *Clages*, in: ders. (Hrsg.), Der rote Faden, 12. Aufl. 2012, S. 188 (224 f.); *Deckers*, StraFo 2013, 133 (134, 136); *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 363 f.; *Nack/Park/Brauneisen*, NStZ 2014, 310 (311); *Nestler*, ZIS 2014, 594 (598 mit Fn. 25); v. *Schlieffen*, Freispruch 2014, Nr. 5, 1 f.

98 BVerfGE 38, 105 (117).

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

nicht nur davon ausgegangen werden, dass unvollständige und inhaltlich fehlerhafte Protokolle an der Tagesordnung sind, sondern auch, dass diese Fehleranfälligkeit dem parallel zur Vernehmung erstellten schriftlichen Protokoll immanent ist. |¹⁰⁰

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

cc. Der Bild-Ton-Aufzeichnung ist keine Fehleranfälligkeit immanent. |¹⁰³ Sie gibt die Aussage des Vernommenen ebenso authentisch wieder wie die Fragen und Vorhalte des Vernehmenden; sie dokumentiert vollständig die Befragungstechnik und den Befragungsverlauf. Diskutiert wird jedoch, ob es nicht andere Formen der Dokumentation gibt, die dasselbe leisten, aber mildere Mittel sind. Genannt werden das simultane Wortprotokoll und die Tonaufzeichnung, von denen letztere dem Vernommenen zumindest den Eingriff in das Recht am eigenen Bild erspart.

(1) Das vom Vernehmenden (oder Protokollführer |¹⁰⁴) während der Vernehmung erstellte Wortprotokoll ist jedoch ungeeignet. Es stößt gerade bei derjenigen Vernehmungstechnik an ihre Grenzen, die vom Gesetz gefordert

100 Dasselbe gilt dann wohl erst recht für nachträgliche Protokolle (welche die StPO ohnehin nicht zulässt; erforderlich ist gem. § 168a II StPO als Grundlage eine vorläufige Aufzeichnung). Psychologische Studien zeigen, dass nachträgliche Interviewprotokolle »selbst dann zu erheblichen Informationsverlusten oder gar selektiven Aussageverzerrungen führen«, wenn sie unmittelbar nach Abschluss des Interviews angefertigt werden; *Greuel*, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 221 (228), unter Verweis auf Studien von *Köhnken/Thürer/Zoberbier*, *Applied Cognitive Psychology* 1994, 13, und *McLean*, *Medicine, Science and the Law* 1995, 116.

101 *Leitner*, *Videotechnik im Strafverfahren*, 2012, S. 103.

102 *Wulf*, *Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung auf der Grundlage empirischer Untersuchungen*, 1984, S. 492 ff.; s. auch *Banscherus*, *Polizeiliche Vernehmung: Formen, Verhalten, Protokollierung*, 1977, S. 82 f.

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

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

wird (§ 69 I 1 StPO) und am ehesten eine vollständige und objektiv wahre Aussage erzielt: Macht der Aussagende seine Angaben im Form eines freien Berichts,¹⁰⁵ so ist eine fortlaufende Niederschrift unmöglich. Der Aussagende wird im Durchschnitt bereits nach 7,5 Sekunden unterbrochen, damit der Protokollierende mithalten kann.¹⁰⁶ Die ständige Unterbrechung stört nachhaltig den Erinnerungsprozess des Aussagenden und schwächt so die Aussageleistung. Hinzu kommen Aufmerksamkeits- und Informationsverluste beim Vernehmenden. Aus diesen Gründen wird in der Rechtspsychologie eine Video- oder Audioaufzeichnung gefordert.¹⁰⁷

(2) Die Tonaufzeichnung (vgl. § 168a II 1 StPO) wird häufig deshalb als nicht ebenso geeignet angesehen wie die Bild-Ton-Aufzeichnung, weil sie die nonverbale Kommunikation der Beteiligten nicht wiedergibt. Das ist jedoch in Bezug auf den Vernommenen bedeutungslos, weil das nonverbale Aussageverhalten entgegen einem weit verbreiteten Irrglauben¹⁰⁸ keine Rückschlüsse auf den Wahrheitsgehalt der Aussage erlaubt.¹⁰⁹ Hingegen kann die Aufzeichnung der nonverbalen Kommunikation der Vernehmungsperson bedeutsam sein,¹¹⁰ etwa wenn der Vernommene dadurch eingeschüchtert oder verwirrt wurde. Dieser Aspekt deutet auf den entscheidenden Gesichtspunkt hin, weshalb die Bild-Ton-Aufzeichnung geeigneter ist als die Tonaufzeichnung. Mit ihr ist es besser möglich zu kontrollieren und zu beweisen, ob die Vernehmung rechtskonform durchgeführt wurde oder nicht. Die Bild-Ton-Aufzeichnung erlaubt zudem »eine bessere Einschätzung des für eine Geständnisbeurteilung relevanten physischen und psychischen Zustands des Vernommenen«.¹¹¹

105 *Greuel*, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 221 (225).

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

107 S. zum Vorstehenden *Greuel*, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 221 (228).

108 *Dieckerhoff*, *Audiovisuelle Vernehmung kindlicher Opferzeugen sexuellen Missbrauchs im Strafverfahren*, 2008, S. 164, 166 ff.; *Scheuner*, *Videovernehmung kindlicher Zeugen*, 2007, S. 111; *Hartz*, *Empirische und normative Fragen der audiovisuellen Vernehmung kindlicher Opfer*, 2004, S. 74.

109 *Sporer/Köhnken*, in: *Volbert/Steller* (Hrsg.), *Handbuch der Rechtspsychologie*, 2008, S. 353 (359 ff.); ebenso: *Norouzi*, *Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen*, 2010, S. 251 f.; *Rieck*, *Substitut oder Komplement?*, 2003, S. 190 ff.; *Swoboda*, *Videotechnik im Strafverfahren*, 2002, S. 186 ff. – Die Bild-Aufzeichnung schadet aber auch nicht. Eine Metaanalyse von 50 Studien deutet darauf hin, dass die Zuhörer von Tonaufzeichnungen falsche Aussagen nicht signifikant besser erkennen als Betrachter von Bild-Ton-Aufzeichnungen (*Bond/DePaulo*, *Personality and Social Psychology Review* 2006, 214 [225]). Die Fehleranfälligkeit der Beurteilung aufgrund einer Bild-Ton-Aufzeichnung könnte außerdem durch eine entsprechende, wissenschaftlich fundierte Instruktion der Beurteilenden zumindest gemindert werden (*Vrij/Granhag/Porter*, *Psychological Science in Public Interest* 2010, 89 [102 ff.]).

110 *Drews*, *Die Königin unter den Beweismitteln?*, 2013, S. 255.

111 *Drews*, *Die Königin unter den Beweismitteln?*, 2013, S. 255.

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

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

(2) Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen ist also nicht so erheblich, wie das häufig behauptet wird. Er wird mehr als aufgewogen durch die aus ihm erwachsenden Vorteile für die Wahrheitsfindung und die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Durch

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

¹¹³ Die Rechte am eigenen Bild, am gesprochenen Wort und auf informationelle Selbstbestimmung schützen die selbstbestimmte Darstellung des persönlichen Lebens- und Charakterbildes; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Begr.), GG, Stand 72. Erg.-Lfg. 2014, Art. 2 Rn. 166.

¹¹⁴ Ebenso *Gertler*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 8.9.2014, Nr. 19 RiStBV Rn. 9; im Ergebnis auch *Tsambikakis*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 2014, § 58a Rn. 7.

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

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

Des Weiteren kann die Bild-Ton-Aufzeichnung positive Folgen für andere Rechtsgüter haben. So wird sie in der Hauptverhandlung zu einer signifikanten Verringerung der Streitigkeiten und Beweisschwierigkeiten über die Frage führen, ob bei der Vernehmung alle Verfahrensvorschriften eingehalten wurden;¹¹⁹ dadurch wird es zu einer Beschleunigung des Hauptverfahrens und

115 *Ammann*, Kriminalistik 2011, 570 (575); *Artkämper/Schilling*, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 208; *Brauneisen*, ÖAnwBl 2013, 209 (215); *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 131.

116 *Albrecht*, in: *Kilchling/Albrecht*, Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren, 2002, S. 479 (504); *Brauneisen*, ÖAnwBl 2013, 209 (215); *Deckers*, StV 2013, 133 (134); *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 131; *Schünemann*, ZStW 114 (2002), 1 (46), spricht von einer »verfahrensprägenden Wirkung«.

117 BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 20; *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 132.

118 Diesen Vorteil betont mit *Ammann*, Kriminalistik 2011, 570 (575), sogar ein Polizeibeamter.

119 *Albrecht*, in: *Kilchling/Albrecht*, Der Einsatz akustischer und visueller Dokumentationsverfahren im Strafverfahren, 2002, S. 479 (497); *Artkämper/Schilling*, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 410 f.; s. die Beispielfälle in der BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 12.

zur Entlastung der Justiz sowie der Polizei kommen, deren Vernehmungsbeamte insoweit nicht mehr als Zeugen benötigt werden.^{|120} Durch die Möglichkeit, Fehler bei der Vernehmung frühzeitig aufzudecken und so z.B. falsche Geständnisse zu entlarven, wird schließlich nicht nur die Wahrheitsfindung im Strafverfahren gefördert, was Unschuldige vor einer Verurteilung bewahren kann, sondern es können ggf. auch weitere Straftaten durch den Schuldigen verhindert werden.^{|121}

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

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

VII. Schriftliches Protokoll oder Videoprotokoll?

Kommt es in der Praxis ausnahmsweise zu einer Bild-Ton-Aufzeichnung einer Vernehmung, so wird anschließend zumeist ein Wortprotokoll erstellt, sie also vollständig verschriftlicht. Der Zeit- und Personalaufwand dafür ist hoch und steht aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörden außer Verhältnis zum Nutzen. Die Niederschrift sei »erheblich umfangreicher und damit weniger übersichtlich als herkömmliche Protokolle«;^{|124} sie sei wegen der wortwörtlichen Wiedergabe der Aussage mühsamer zu lesen; das aus der

120 *Brauneisen*, ÖAnwBl 2013, 209 (215 f.); *Nack/Park/Brauneisen*, NStZ 2014, 310 (312). Außerdem sind sie insoweit nicht mehr unberechtigten Vorwürfen ausgesetzt; *EU-Kommission*, Grünbuch Verfahrensgarantien in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union, KOM(2003) 75 endg. S. 45.

121 *Langels*, AnwBl 2011, 637, verweist auf den Fall des Serienmörders *Thomas Rung*, der zwischen 1983 und 1995 in West-Berlin sieben Menschen tötete. Die erste Tat gestand allerdings in der polizeilichen Vernehmung *Michael Mager*, der später angab, nach dem langen Verhör durcheinander gewesen zu sein und zu allem »Ja und Amen« gesagt zu haben, weil er geglaubt habe, sein falsches Geständnis werde schon noch aufgeklärt werden. *Mager* widerrief sein Geständnis, wurde aber dennoch verurteilt und saß sechs Jahre im Gefängnis. Seine Unschuld stellte sich erst heraus, als *Rung* nach seiner Festnahme auch die erste Tat gestand. Sechs Menschen wären möglicherweise nicht getötet worden, wenn die Vernehmung *Magers* aufgezeichnet und das falsche Geständnis dadurch früher aufgedeckt worden wäre.

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

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

124 *Griesbaum*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 7. Aufl. 2013, § 168a Rn. 4.

Sicht der Ermittler Wesentliche lasse sich schwerer herausfiltern. Während der langwierigen Phase der Verschriftlichung sei die Akte nicht verfügbar und damit der Fortgang des Ermittlungsverfahrens blockiert.

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

Diese Wege der Protokollierung während der Vernehmung werden aber aus naheliegenden Gründen nicht gewählt, wenn eine Bild-Ton-Aufzeichnung läuft. Es gilt ja gerade als ein Vorzug einer solchen Aufzeichnung, dass man den Gesprächsfluss nicht zwecks Protokollierung unterbrechen muss. Daher wird auf eine gleichzeitige Protokollierung verzichtet und die Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 58a (i.V.m. § 161a I 2, § 163 III 1 oder § 163a I 2) StPO dient als vorläufige Aufzeichnung i.S.d. § 168a II 1 StPO. |¹²⁸ Auch

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

¹²⁶ BT-Drucks. 13/4983, 10; *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 58a Rn. 29; *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 50; *Neubeck*, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur StPO, Stand 11/2010, § 58a Rn. 12; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 22; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 58a Rn. 9; *Senge*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 58a Rn. 9.

¹²⁷ *Erb*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 168a Rn. 18b; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 22.

¹²⁸ Zwar ermächtigt § 168a II 1 StPO nur zu einer vorläufigen Aufnahme mittels »einem Tonaufnahmegerät«. Das schließt aber nach h.M. nicht aus, eine gem. § 58a StPO zulässige Bild-Ton-Aufzeichnung auch als vorläufige Aufzeichnung zu nutzen (*El Duwaik*, in: Graf [Hrsg.], Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 8.9.2014, § 168a Rn. 4; *Erb*, in: Löwe/Rosenberg [Begr.], StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 168a Rn. 18a; *Griesbaum*, in: Hannich [Hrsg.], Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 168 Rn. 4; *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, S. 50, 57; *Rogall*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 1, 22; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 58a Rn. 9, § 168a Rn. 4; *Wiesmeth*, Handbuch für das ermittlungsrichterliche Verfahren, 2006, Rn. 588; *Wohlers*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. III, 4. Aufl. 2011, § 168a Rn. 10, § 168e Rn. 18; a.A. noch der Bundesrat, BT-Drucks. 13/4983, 6; dagegen BT-Drucks. 13/4983, 10; 13/7165, 6). Daran kann man zweifeln, weil jeder Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung – und dazu gehört auch eine abweichende Nutzung – einer Ermächtigungsgrundlage bedarf. Eine solche bietet § 58a I StPO aber nur dann, wenn man seinen Zweck auch in der Erleichterung der Protokollierung sieht (so aber nur *Rogall* a.a.O., Rn. 2, 14; s. oben Fn. 75). – Weil die Ermächtigung zur Bild-Ton-Aufzeichnung nicht auf § 168a StPO, sondern auf § 58a (i.V.m. § 161a I 2, § 163 III 1 oder § 163a I 2) StPO beruht, hat sie nicht nur »den Wert einer vorläufigen Aufzeichnung« und unterliegt nicht der Löschungsvorschrift des § 168a II 4 (a.A. *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 359), sondern es gelten die §§ 58a II 2, 101 VIII StPO (s. dazu *Erb* a.a.O. und *Rogall* a.a.O. Rn. 27, mit unterschiedlichen Lösungen für den Fall, dass die Aufzeichnung gem. § 101 VIII StPO zu einem früheren Zeitpunkt zu löschen ist als gem. § 168a II 4 StPO. Dieses Problem entfällt, wenn man die Bild-Ton-Aufzeichnung als Videoprotokoll anerkennt; dann ist sie aufzubewahren, bis sie nach beiden Vorschriften gelöscht werden muss.

dieses Vorgehen zwingt aber noch nicht dazu, später ein Wortprotokoll anzufertigen. |¹²⁹ Die vorläufige Aufzeichnung |¹³⁰ ist noch nicht das Protokoll, sondern die verbindliche Grundlage, auf der das Protokoll zu erstellen ist (§ 168a II 2 StPO). Eine Beschränkung des nachträglich erstellten Protokolls auf wesentliche Teile der Vernehmung oder auf das übliche Inhaltsprotokoll ist zulässig. |¹³¹ Sie setzt allerdings eine Mitwirkung der Vernehmungsperson voraus; zudem muss das Protokoll später dem Vernommenen vorgelegt, dieser also nochmals geladen werden. |¹³² All das ist arbeits- und zeitaufwändig, umständlich und kann außerdem im Fall eines jederzeit möglichen Widerspruchs des Zeugen gegen eine Weitergabe der Aufzeichnung gem. § 58a III 1 StPO die Notwendigkeit der Erstellung eines Wortprotokolls ohnehin nicht verhindern. |¹³³

Daher wird in dieser Situation der zunächst einfachere Weg gewählt: die vorläufige Aufzeichnung wird dem Vernommenen vorgespielt und von ihm genehmigt (§ 168a III 4, 5 StPO) oder – noch schlanker – von ihm unter Verzicht auf ein Abspielen (§ 168a III 6 StPO) genehmigt. Danach ist dann allerdings das Wortprotokoll zwingend. Eine einmal genehmigte Aufzeichnung darf bei der späteren Anfertigung des Protokolls nicht mehr geändert werden. |¹³⁴

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

129 *Artkämper/Schilling*, Vernehmungen, 3. Aufl. 2014, S. 413; *Gertler*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 8.9.2014, Nr. 5b RiStBV Rn. 10; *Wiesneth*, Handbuch für das ermittelungsrichterliche Verfahren, 2006, Rn. 588; a.A. *Erb*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 168a Rn. 18a; *Maier*, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2014, § 58a Rn. 68.

130 Da § 168a II 1 StPO nur davon spricht, dass der »Inhalt des Protokolls« vorläufig aufgezeichnet werden kann, liegt es im Ermessen des Vernehmenden, ob die Aussage selbst aufgezeichnet wird oder nur seine Zusammenfassung von ihr oder eine Kombination von beidem (BT-Drucks. 8/976, 41; *Erb*, in: Löwe/Rosenberg [Begr.], StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 168a Rn. 21). – Folglich ist auch die Forderung in Nr. 5b RiStBV, bei der vorläufigen Aufzeichnung von Protokollen solle »vom Einsatz technischer Hilfsmittel (insbesondere von Tonaufnahmegeräten) möglichst weitgehend Gebrauch gemacht werden«, keine Forderung nach einer Aufzeichnung der Aussage selbst.

131 *Gertler*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 8.9.2014, Nr. 5b RiStBV Rn. 10.

132 *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 360.

133 Wohl deshalb wird empfohlen, von vornherein immer ein Wortlautprotokoll zu erstellen; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 45.

134 BT-Drucks. 8/976, 41; *Wohlens*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. III, 4. Aufl. 2011, § 168a Rn. 21; im Grundsatz auch *Erb*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 168a Rn. 26, und *Griesbaum*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 168a Rn. 12, die aber eine Korrektur von »offensichtlichen Fassungsversehen« für zulässig erachten; noch weiter geht *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 168a Rn. 8, der auch »rein stilistische Änderungen« für erlaubt hält.

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

Demgegenüber soll nach dem BRAK-Entwurf das schriftliche Vernehmungsprotokoll beibehalten bleiben »wie bisher«. |¹³⁸ Begründet wird das allerdings nicht. |¹³⁹ Diese Ablehnung des Videoprotokolls im Ermittlungsverfahren passt nicht dazu, dass das Gesetz die Bild-Ton-Aufzeichnung bereits jetzt als Beweismittel anerkennt und sie dem schriftlichen Protokoll gleichstellt. Teile der Literatur nehmen sogar an, dass ihr grundsätzlich eine höhere Beweisqualität zukomme, |¹⁴⁰ so dass in der Hauptverhandlung ihr Vorspielen dem Verlesen des schriftlichen Protokolls vorzuziehen sei. |¹⁴¹ Dieser Vorrang soll

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

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

137 *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 361.

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

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

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

141 *Julius*, in: Gericke/Julius/Temming/Zöllner (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2012, § 255a Rn. 7; *Leitner*, StraFo 1999, 45(48); *Mosbacher*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 6/1, 26. Aufl. 2010, § 255a Rn. 3; *Pott*, Rechtsprobleme bei der Anwendung von Videotechnologie im Strafprozess, 2004, S. 63 f.; *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. V, 4. Aufl. 2012, § 255a Rn. 7; *Weigend*, Gutachten C für den 62. Deutschen Juristentag, 1998, S. 63; enger *Meyer-Götsner*/Schmitt, StPO, 57. Aufl. 2014, § 255a Rn. 5 (»häufig, aber nicht gleichsam automatisch«); a.A. (kein Vorrang) *Diemer*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, § 255a Rn. 4; *Senge* ebd. § 58a Rn. 6.

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

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

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

142 § 251 StPO-AE, GA 2014, 1 (53).

143 Alternativ-Entwurf, GA 2014, 1 (5).

144 *Buckow*, ZIS 2012, 551 (552), *Kuckartz*, Einführung in die computergestützte Analyse qualitativer Daten, 3. Aufl. 2010, S. 41.

145 *Buckow*, ZIS 2012, 551 (552).

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

147 *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 23; unter Verwendung einer Formulierung aus BT-Drucks. 13/4983, 6; s. auch *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 361.

148 *Erb*, in: Löwe/Rosenberg (Begr.), StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 168a Rn. 18a, 23b.

Gegenstand der Vernehmung geführt wurden,¹⁴⁹ und dem Zeugen oder Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden, sich dazu zu erklären.

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

VIII. Ergebnis

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

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

150 Videoaufnahmen können Bestandteil der Akte sein; BayObLG, NSZ 1991, 190 (190 f.); OLG Schleswig, NJW 1980, 352 (353); *Wohlers*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. III, 4. Aufl. 2011, § 147 Rn. 25.

151 Zur derzeitigen Rechtslage s. *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 6, 36.

152 In der Literatur ist häufig von der »Originalaufzeichnung« die Rede (z.B. *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg [Begr.], StPO, Bd. 2, 26. Aufl. 2008, § 58a Rn. 36; *Rogall*, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 36), die es bei der früher üblichen analogen Aufnahmetechnik gab, bei der heutigen digitalen Aufnahmetechnik aber nicht mehr gibt. Heute ist die mit »original« gemeinte erste Speicherung diejenige im Arbeitsspeicher des Aufzeichnungsgeräts. Das zur Akte genommene oder amtlich verwahrte externe Speichermedium (z.B. CD-ROM) enthält eine identische Kopie.

153 Dagegen zu Recht der BRAK-Entwurf, BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010, S. 17, soweit dort gefordert wird, dass der Verteidiger »auch im Falle eines Widerspruchs des Vernommenen eine Kopie der Bild-Ton-Aufzeichnung im Rahmen des ihm nach § 147 StPO zustehenden Akteneinsichtsrechts zu überlassen« ist; enger *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 392, die zumindest eine Beschränkung auf Opferzeugen fordert.

154 Zu Recht rügt *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 4. Aufl. 2014, § 58a Rn. 6, dass die Diskussion um die Zuordnung der Bild-Ton-Aufzeichnung zur Akte oder zu den amtlich verwahrten Beweisstücken ein Streit um Worte ist, der die Entscheidung der Sachfrage, inwieweit die Herstellung und Überlassung von Kopien zulässig ist, unberührt lässt; s. auch *Swoboda*, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 391.

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

Die Aufzeichnung (von Teilen) der Hauptverhandlung als Gedächtnisstütze

Einleitung/Abgrenzung

Gegenstand dieses Referats ist die Überlegung, welche Möglichkeiten für die Mitglieder eines gerichtlichen Spruchkörpers und/oder für Verfahrensbeeteiligte bestehen, Geschehen in der Hauptverhandlung als eigene Gedächtnisstütze zu dokumentieren. Dazu dient die nachfolgende Darstellung der bisherigen Befassung mit diesem Thema wie auch mit nahestehenden Themen, die für die hier anzustellenden Erwägungen fruchtbar gemacht werden können, in der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft.

Das Referat soll sich *nicht* befassen mit der Thematik der Bild-Ton-Aufzeichnung der gesamten Hauptverhandlung. |¹ Diese soll Gegenstand anderer Referate auf dem 39. Strafverteidigertag sein. Das Referat soll auch kein Beitrag sein zu der derzeit aktuellen rechtspolitischen Diskussion über das Für und Wider einer Abschaffung oder Aufweichung des Aufnahme- und Übertragungsverbot des § 169 S. 2 GVG. |²

Gesetzgebungsgeschichte

Der historische Gesetzgeber der 1879 in Kraft getretenen Strafprozessordnung aus dem Jahr 1877 |³ sah für das Strafprozessrecht eine inhaltliche Dokumentation richterlicher Untersuchungshandlungen oder der Hauptverhandlung nicht ausdrücklich vor. Über richterliche Untersuchungshandlungen bei der Vorbereitung der öffentlichen Klage (§ 166 StPO i.d.F. von 1877) oder der erst im Jahr 1975 durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 09.12.1974 (1. StVRG) |⁴ abgeschafften gerichtlichen Voruntersuchung

1 Dazu umfassend *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V., Nomos 2012.

2 Dazu umfassend das Gutachten der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes aus dem Jahr 2013, »Ist das 1964 geschaffene Verbot von Bild- und Tonübertragungen aus den Gerichtsverhandlungen noch zeitgemäß?«.

3 RGBl. S. 253; BGBl. III 312-2.

4 BGBl. I 3393, 3533, III 312-8-1.

(§ 186 StPO i.d.F. von 1877) war zwar ein Protokoll anzulegen. Aus diesem mussten sich aber nur bestimmte Daten und die Einhaltung der wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens erkennen lassen. Aus dem Zusammenhang der §§ 191, 222, 250, 253 StPO i.d.F. von 1877, den Vorschriften über die Verlesung von Protokollen früherer richterlicher Vernehmungen, ergab sich allerdings, dass sich aus den entsprechenden Protokollen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers auch der Inhalt von Vernehmungen ergeben sollte. Die inhaltliche Ausgestaltung der anzufertigenden Protokolle hatte sich daher selbst ohne nähere Vorschriften darüber am Sinn und Zweck der jeweiligen Untersuchungshandlung auszurichten.

Die Protokollierung der Hauptverhandlung war in den §§ 271 ff. StPO i.d.F. von 1877 geregelt. Betreffend das Ergebnis der Hauptverhandlung schrieb § 273 StPO i.d.F. von 1877 vor, dass der Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung im Wesentlichen wiederzugeben und die Beobachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich zu machen seien. Nur für Verhandlungen vor dem Schöffengericht (der Strafrichter als hauptverhandelnder Einzelrichter waren der StPO und dem GVG von 1877 noch fremd und wurde erst mit der sogenannten »Emminger-VO« vom 04.01.1924⁵ eingeführt⁶) war vorgeschrieben, dass auch die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen in das Protokoll aufzunehmen waren, schon damals mit der Folge einer Verlesbarkeit im Berufungsverfahren nach Maßgabe des § 366 StPO i.d.F. von 1877. Der Wortlaut von Aussagen oder Äußerungen war nur zu protokollieren, wenn es auf die Feststellung eines Vorgangs in der Hauptverhandlung oder eben jenen Wortlaut selbst ankam. Darüber, ob es zulässig ist, den Inhalt von Vernehmungen als Gedankenstütze für die Mitglieder des Gerichts oder für die Verfahrensbeteiligten zu dokumentieren, schwiegen die StPO und das GVG von 1877.

Mit dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz (StrÄndG) vom 04.08.1953⁷ wurde in den ehemaligen § 188 StPO (seit 1924: § 186 StPO) die Möglichkeit aufgenommen, Niederschriften in einer gebräuchlichen Kurzschrift als Anlage zu dem Protokoll über die richterliche Untersuchungshandlung zu nehmen. Dies bezog sich auf Niederschriften über die Erklärungen des Angeschuldigten und über die Angaben von Zeugen und Sachverständigen sowie auf Niederschriften über die Ergebnisse eines Augenscheins.

5 RGBl. I, S. 15 ff.

6 *Kissel/Mayer*, GVG, 7. Auflage, 2013, § 24, Rn. 2.

7 BGBl. I, S. 735 ff.

Daraus, dass die StPO und das GVG bis dahin über die Zulässigkeit von Aufzeichnungen richterlicher Untersuchungshandlungen und insbesondere des Hauptverhandlungsgeschehens für Zwecke außerhalb des Strafverfahrens schwieg, folgte jedoch nicht, dass diese für unzulässig erachtet wurden, im Gegenteil: Bis zur Einführung des § 169 GVG in seiner heutigen Fassung durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) am 19.12.1964⁸ galten Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen in der Hauptverhandlung ebenso wie jegliche anderen Aufnahmen als zulässig.⁹ Das Verbot von 1964 beruhte auf der Annahme, dass durch die Erweiterung der Öffentlichkeit durch Ton- und Rundfunkaufnahmen die Wahrheitsfindung und die Verteidigung des Angeklagten beeinträchtigt seien. Angeklagte und Zeugen könnten in ihrem Aussageverhalten beeinflusst werden, der Inhalt der Einlassung des Angeklagten und von Zeugenaussagen könnte noch nicht vernommenen Zeugen vorab bekannt werden und der Angeklagte werde »in einer oft unerträglichen Weise in das Scheinwerferlicht einer weiten Öffentlichkeit gezerrt«. ¹⁰ Von dem daraufhin geschaffenen Aufnahmeverbot des § 169 GVG, das der Vorsitzende sowohl im Rahmen der Verhandlungsleitungsbefugnis nach § 238 StGB wie auch als Sitzungspolizei nach § 176 GVG durchzusetzen hat, waren und sind seit jeher ausgenommen und deshalb vom Verbot jener Norm nicht betroffen: Wortberichterstattungen durch die Presse, ferner Bild- und Tonaufnahmen, die nicht Filmaufnahmen sind oder nicht durch den Ton- oder Fernseh Rundfunk gesendet werden sollen, sowie das Zeichnen und »insbesondere die Aufnahme von Lichtbildern durch Pressefotografen und Tonbandaufnahmen, die für gerichtliche Zwecke benötigt werden oder der Verteidigung dienen.« ¹¹ Filmaufnahmen, die durch das Gericht veranlasst werden, waren in dem ursprünglichen Gesetzentwurf sogar ausdrücklich von einem Verbot ausgenommen, wobei insoweit aber nicht an Aufnahmen für interne Zwecke im Sinne von Gedächtnisstützen, sondern an Aufnahmen etwa von Ortsbesichtigungen gedacht war. ¹² Die Erlaubnis jener grundsätzlich zulässigen Aufnahmen stand aber von Geltungsbeginn der Regelung an unter dem Vorbehalt der Beschränkungen, die sich aus der Sitzungspolizei (§ 176 GVG), den in Gesetz und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen über das allgemeine Persönlichkeitsrecht, insbesondere dem Recht am eigenen Bild, aus den Pressegesetzen und dem Hausrecht der Justizverwaltung ergeben. ¹³

8 BGBl. I, 1067.

9 Zur Historie des § 169 GVG vgl. Gutachten der Großen Strafrechtskommission 2013, a.a.O., S. 23 ff.

10 Entwurf (der Bundesregierung) eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) BT-Drs. IV/178, S. 45.

11 Ebd.

12 Ebd., S. 46.

13 Ebd., S. 45.

Zudem sollte nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung das Aufnahmeverbot nicht generell für die Urteilsverkündung gelten, sondern Aufnahmen während der Verkündung des Urteils durch den Vorsitzenden aus wichtigen Gründen gestattet werden können. Dagegen sprach sich jedoch der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages aus, der seinerseits betonte, dass das Gesetz selbst über die Zulassung einer durch den Rundfunk, das Fernsehen und öffentliche Filmvorführungen erweiterten Öffentlichkeit entscheiden solle, da jede Zulassung dieser Art die erweiterte Öffentlichkeit in ungueter Weise manipulieren werde, auf eine Verletzung der Menschenwürde hinauskomme und die Wahrheitsfindung beeinträchtigen könne.¹⁴ Die mit dieser Begründung von dem Rechtsausschuss vorgeschlagene Erweiterung des § 169 GVG um einen Satz 2 wurde in der noch heute geltenden Fassung daraufhin Gesetz.

Zugleich wurde § 273 StPO dahingehend erweitert, dass auch in Verfahren, die zur Zuständigkeit von Gerichten höherer Ordnung als dem Strafrichter und dem Schöffengericht gehören, wesentliche Ergebnisse der Vernehmungen in das Protokoll aufzunehmen waren. Daneben sollte trotz dieser Neuerung das Gebrauchmachen von der technischen Möglichkeit einer Tonträgeraufnahme für den innerdienstlichen Gebrauch »natürlich nicht ausgeschlossen sein«.¹⁵ Vom Vorschlag der Zulassung einer Protokollierung auf Tonträger, »vermittels dessen der gesamte Verlauf der Hauptverhandlung lückenlos akustisch wieder gegeben werden kann«, wurde indes abgesehen, »weil es an den technischen Voraussetzungen dafür weitgehend noch fehlen dürfte.«¹⁶ Die Erweiterung in § 273 StPO auf die Protokolle der Verhandlungen vor Gerichten höherer Ordnung wurde jedoch schon nach zehn Jahren durch das 1. StVRG vom 09.12.1974¹⁷ wieder zurück genommen.

Zudem wurden die Vorschriften über die Protokollierung richterlicher Untersuchungshandlungen in den neu gestalteten § 168a StPO übernommen. Durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 (StVÄG 1979) vom 05.10.1978¹⁸ wurde für die Protokollierung richterlicher Untersuchungshandlungen neu geregelt, dass der Inhalt des Protokolls in einer gebräuchlichen Kurzschrift, mit einer Kurzschriftmaschine, mit einem Tonaufnahmegerät oder durch verständliche Abkürzungen vorläufig aufgezeichnet werden

14 Deutscher Bundestag, Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses (12. Ausschuss) über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG), zu Drs. IV/1020, S. 7.

15 Ebd., S. 5.

16 Ebd..

17 S. Fn. 4.

18 BGBl. I 1645, III 312-10.

kann (§ 168a Abs. 2 S. 1 StPO). Jene vorläufigen Aufzeichnungen sind zu den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle aufzubewahren, wobei Tonaufnahmen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens oder dessen sonstigen Ende aufzubewahren sind (§ 168a Abs. 2 S. 2 bis 4 StPO). Bei der Aufzeichnung von Aussagen, für die kein ausdrückliches Einverständnis der aussagenden Person verlangt wird, ist, wie aus der Begründung des Gesetzentwurfs ersichtlich wird, sowohl die mittelbare Protokollierung durch den vernehmenden Richter wie auch die unmittelbare Aufzeichnung des Wortlauts der Aussage zulässig.¹⁹

Hintergrund jener Änderung war nicht die Verbesserung der Wahrheitsfindung oder die Absicherung der korrekten Dokumentation der richterlichen Untersuchungshandlung, sondern – der am 01.01.1975²⁰ im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit eingeführten Möglichkeit einer Tonbandprotokollierung folgend – die Schaffung von Möglichkeiten für einen flüssigeren Verhandlungsablauf und ein nicht unerheblicher Rationalisierungseffekt.²¹ Damit ging einher, dass zugleich in § 168 S. 2 2. Hs. StPO die Möglichkeit geschaffen wurde, bei der Vornahme richterlicher Untersuchungshandlungen von der Hinzuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle abzusehen.

Eine ausdrückliche Regelung darüber, ob die bei den Akten befindlichen oder auf der Geschäftsstelle gelagerten Aufzeichnungen vom Akteneinsichtsrecht der Verfahrensbeteiligten umfasst sind, traf der Gesetzgeber nicht. Auch die Begründung des Gesetzentwurfs schweigt dazu. Allerdings ist dort ausgeführt, dass bei einer vorläufigen Aufzeichnung das Protokoll unverzüglich nach der Beendigung der Verhandlung herzustellen sei, weil mit der vorläufigen Aufzeichnung des Protokollinhalts das Protokoll selbst noch nicht erstellt sei, Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger aber in der Lage sein müssten, sich auf der Grundlage des endgültigen Protokolls über Inhalt und Ablauf der Verhandlung zu unterrichten.²² Dies könnte im Umkehrschluss die Deutung zulassen, dass die Entwurfsverfasser eben nicht davon ausgegangen sind, dass jene Verfahrensbeteiligten Einsicht in die Aufzeichnungen erhalten müssten, da diese nicht für deren Unterrichtung dienen sollten, dies vielmehr erst dem Protokoll selbst vorbehalten ist.²³

19 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/976, S. 41.

20 Gesetz zur Entlastung der Landgerichte und zur Vereinfachung des gerichtlichen Protokolls vom 20.12.1974, BGBl I, 3651; dazu *Franzki*, DRiZ 1975, 97 ff., *Schmidt*, NJW 1975, 1308 ff.

21 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 8/976, S. 30.

22 Ebd., S. 41.

23 Für ein Akteneinsichtsrecht oder zumindest das Recht, die Aufzeichnungen auf der Geschäftsstelle einsehen zu dürfen, *Erb* in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, 2010, § 168a StPO, Rn. 28 f.

Mit dem Zeugenschutzgesetz vom 30.04.1998²⁴ wurde eine Reihe neuer Vorschriften in die StPO eingeführt, welche die Möglichkeit einer Bild-Ton-Aufzeichnung von Zeugenvernehmungen und deren Verwertung in der Hauptverhandlung geschaffen haben (§§ 58a, 168e, 247a, 255a StPO).

Jenen Vorschriften ist seit dem 1. Opferrechtsreformgesetz (1. OpferRRG) vom 24.06.2004²⁵ gemeinsam, dass sich das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers und des Rechtsanwalts eines Verletzten auch auf die Aufzeichnungen bezieht und den Akteneinsichtsberechtigten zu diesem Zweck Kopien der Aufzeichnungen überlassen werden können (§ 58a Abs. 2 StPO mit entsprechenden Verweisungen in den weiteren Normen). Die vernommene Person kann der Bild-Ton-Aufzeichnung nicht widersprechen. Auch die Gewährung von Akteneinsicht in die Aufzeichnungen oder die Überlassung von Aufzeichnungskopien ist, soweit es den genannten beschränkten Personenkreis der Verteidiger und des Rechtsanwalts eines Verletzten betrifft, nicht von der Einwilligung des vernommenen Zeugen abhängig. Zum Schutz des vernommenen Zeugen ist es lediglich untersagt, dass Verteidiger oder Verletztenanwälte ihrerseits Kopien der Aufzeichnung fertigen oder die ihnen überlassene Kopie weiter geben. Allerdings kann der vernommene Zeuge, worauf er hinzuweisen ist, der Überlassung einer Kopie der Aufzeichnung an den beschränkten akteneinsichtsberechtigten Personenkreis widersprechen mit der Folge, dass diesen dann nur eine Übertragung der Aufzeichnung in ein schriftliches Protokoll zu überlassen ist oder sie Gelegenheit zur Einsicht in die Aufzeichnung nach § 147 Abs. 1 a.E. StPO erhalten.²⁶ Jene Konkretisierungen des Akteneinsichtsrechts waren eine Reaktion auf befürchtete missbräuchliche Verwendungen der bis dahin schon zulässigen Bild-Ton-Aufzeichnungen und sollten die Persönlichkeitsrechte der Zeugen schützen.²⁷

Ebenfalls mit dem 1. OpferRRG wurde die heute in § 273 Abs. 2 S. 2 bis 4 StPO befindliche Regelung eingeführt, dass der Vorsitzende bei amtsgerichtlichen Strafverfahren anordnen kann, dass anstelle der Aufnahme der wesentlichen Vernehmungsergebnisse in das Protokoll einzelne Vernehmungen im Zusammenhang auf einen Tonträger, der anschließend zu den Akten zu nehmen oder bei der Geschäftsstelle aufzubewahren ist, aufgenommen

24 BGBl I, 820; dazu *Rieß*, NJW 1998, 3240, *Seitz*, JR 1998, 309 ff.; zum Zeugenschutz zudem *Grießbaum*, NSTZ 1998, 433.

25 BGBl. I, 1354.

26 Mit der missglückten Gesetzesfassung befasst sich *Neuhaus* in StV 2004, 620 ff.

27 BT-Drs. 15/1976, S. 10.

werden. Einen Verweis auf die Widerspruchsmöglichkeiten des Zeugen bezüglich der Überlassung von Kopien an akteneinsichtsberechtigte Personen, wie sie in § 58a Abs. 3 StPO geregelt ist, enthält diese Norm nicht. Durch den Verweis auf § 58a Abs. 2 S. 1, 3 bis 6 StPO sollte vielmehr das Akteneinsichtsrecht gesichert werden.²⁸ Vor dem Hintergrund befürchteter Revisionsrügen wurde auf eine entsprechende Aufzeichnungsregelung und eine Bestimmung der Aufnahme der wesentlichen Vernehmungsergebnisse für erstinstanzliche Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten (weiterhin) verzichtet.²⁹

Ausdrücklich wurde in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung darauf hingewiesen, dass solche Tonbandaufzeichnungen, die nur dem Gericht als Gedächtnisstütze dienen sollen, ebenso wie handschriftliche Notizen des Richters während der Hauptverhandlung nicht zum Bestandteil der Akten und nicht an Dritte herausgegeben werden. Solche Aufzeichnungen seien mit Zustimmung der Betroffenen schon nach geltendem Recht zulässig.³⁰

Dass hinter der Regelung zur Protokollierung mittels Tonband neben Gründen der vollständigeren und zuverlässigeren Erfassung von Vernehmungen und der Vermeidung von Mehrfachvernehmungen in der Berufungsverhandlung insbesondere Einsparungsgründe standen, ergibt sich nicht nur aus der Gesetzesbegründung (»Entlastung der Urkundsbeamten«),³¹ sondern auch daraus, dass zwei Monate nach dem 1. OpferRRG mit dem 1. Justizmodernisierungsgesetz (1. JuMoG) vom 24.08.2004³² in § 226 Abs. 2 StPO die Möglichkeit geschaffen wurde, dass der Strafrichter in der Hauptverhandlung von der Hinzuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle absehen kann.

Zusammenfassend lässt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte feststellen, dass sich aus ihr jedenfalls kein Argument für ein generelles Verbot von Aufnahmen von Teilen der Hauptverhandlung durch das Gericht oder Verfahrensbeteiligte zur Gedächtnisstütze ergibt. Im Gegenteil lässt sich aus der Gesetzgebungsgeschichte insbesondere des § 169 GVG vielmehr entnehmen, dass derartige Aufnahmen auch durch Verfahrensbeteiligte seitens des Gesetzgebers als grundsätzlich erlaubt erachtet wurden. Aus der Gesetzgebungsgeschichte der StPO lässt sich feststellen, dass jedenfalls Verfahrensgestaltungen denkbar sind, in denen sich der Zeuge gegen eine Bild-Ton-Aufzeichnung seiner

28 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 829/03, S. 27.

29 Ebd.

30 Ebd., S. 28; Gesetzentwurf der Abgeordneten Joachim Stünker u.a., BT-Drs. 15/1976, S.13.

31 Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 829/03, S. 26 f..

32 BGBl. I, 2198.

Aussage nicht wehren kann und die Überlassung von Aussageaufzeichnungen an Verteidiger und Verletztenanwälte nicht von seiner Einwilligung abhängig ist, er der Überlassung allerdings widersprechen kann. Der Angeklagte kann weder eine bild-ton-aufgezeichnete Zeugenvernehmung erzwingen noch kann er im Fall eines Widerspruchs des Zeugen die Überlassung einer Kopie der Aussageaufzeichnung verlangen. Letzteres kann er vielmehr nur in den Fällen einer Tonbandaufzeichnung zu Protokollierungszwecken von Zeugenaussagen bei einer amtsgerichtlich verhandelten Strafsache.

Exkurs:

Bei der Darstellung der Gesetzeslage soll ein Blick auf internationale, ihrem Inhalt nach dem Schutzbereich der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG vergleichbaren Regelungen nicht unerwähnt bleiben:

Nach Art. 8 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950 (EMRK), für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 03.09.1953³³, hat jede Person das Recht auf Achtung – unter anderem – ihres Privatlebens. Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK darf eine Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist – unter anderem – für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Nach Art. 17 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (IPBPR), für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 23.03.1976,³⁴ darf niemand willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen – unter anderem – in sein Privatleben ausgesetzt werden. Nach Art. 2 Abs. 1 IPBPR verpflichtet sich jeder Vertragsstaat, die in jenem Pakt anerkannten Rechte zu achten und sie allen in seinem Gebiet lebenden und seiner Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen zu gewährleisten.

Im Rahmen dieses Beitrages soll es mit diesem Hinweis auf die genannten internationalen Regelungen sein Bewenden haben, da, wie nachfolgend dargelegt wird, jedenfalls die hier vertretene Ansicht über die Zulässigkeitsvoraussetzungen für Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnungen von Teilen der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze mit jenen Regelungen in Einklang stünde. Würde hingegen einer weiteren Ansicht zur Zulässigkeit solcher Aufzeichnungen gefolgt, bedürfte es bei deren Prüfung auch der Auseinandersetzung mit den Regelungen in der EGMR und dem IPBPR. Der Begriff

33 BGBl. 1954 II, S. 14.

34 BGBl. II S. 1086.

des »Privatlebens«, das durch beide Konventionen geschützt wird, ist dabei weit auszulegen,³⁵ umfasst jedenfalls auch das Recht am eigenen Bild,³⁶ ist nicht räumlich und vom Schutzzweck her funktional zu verstehen³⁷ und ein Eingriff in jenes Recht ist nur zulässig, wenn der Betroffene zugestimmt hat oder eine ausreichende Rechtsgrundlage den Eingriff gestattet.³⁸

Dokumentation von Inhalten der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze in Rechtsprechung und Wissenschaft; Darstellung und Bewertung

Die Zulässigkeit von Tonbandaufzeichnungen und anderen Dokumentationsformen von Teilen der Hauptverhandlung oder der gesamten Hauptverhandlung ist in dem letzten halben Jahrhundert mehrfach Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, deren Kommentierungen und von Aufsätzen gewesen. Deren Inhalt lässt sich zum Teil nur vor dem Hintergrund der bis dahin geltenden, zuvor dargestellten jeweiligen Gesetzeslagen für die Dokumentation richterlicher Untersuchungshandlungen und (von Teilen) der Hauptverhandlung verstehen.

Deshalb erfolgt nachfolgend eine an den oben dargestellten wesentlichen Gesetzesänderungen orientierte zeitliche Unterteilung der Darstellung.

1. Vor der Einführung des Aufnahmeverbots § 169 S. 2 GVG im Dezember 1964

Soweit ersichtlich hat sich mit der Frage der Zulässigkeit der Dokumentation von Verfahrensgeschehen zur Gedächtnisstütze erstmals das Reichsgericht in der Entscheidung aus dem November 1931 befasst³⁹ und es als unbedenklich erachtet, dass der Vorsitzende eines Schwurgerichts den Gang der Hauptverhandlung durch Stenotypistinnen stenographisch aufnehmen ließ, damit mit jenen Aufzeichnungen die Richtigkeit der eigenen Aufzeichnungen der Richter einer Nachprüfung unterzogen werden konnten. Das Reichsgericht betonte lediglich, dass die Richter gleichwohl der Urteilsfindung nach § 261 StPO nur das Ergebnis der Hauptverhandlung zu Grunde legen

³⁵ Esser in: Löwe-Rosenberg, EMRK; IPBPR, 26. Auflage, 2012, Art. 8 EMRK/Art. 17, 23, 24 IPBPR, Rn. 58 m.w.N.; *Schädler/Jakobs* in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Auflage, 2013, Art. 8 MRK, Rn. 2.

³⁶ Esser, a.a.O. m.w.N..

³⁷ Ebd., Rn. 59 m.w.N..

³⁸ Ebd., Rn. 89 m.w.N..

³⁹ RGSt. 65, 435, 436.

durften, wie es sich ihnen in der Erinnerung darstellte, so dass es deren Gewissenhaftigkeit und Erfahrung anheimgestellt sei, von der Mitschrift keinen Gebrauch zu machen, der § 261 StPO widerspreche. Ohne weitere Begründung stellte das Reichsgericht zudem fest, dass die Stenogramme nicht zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht und den Verfahrensbeteiligten nicht zur Kenntnis gegeben werden müssten.

In den darauf folgenden Jahren spielten Fragen der Zulässigkeit von Verhandlungsdokumentationen in der obergerichtlichen Rechtsprechung keine Rolle. In der Literatur fanden sich ab Mitte der 50er Jahre einige Aufsätze zum Thema der Tonbandaufnahmen im Strafverfahren, die sich aber nur mit deren Verwendung als Beweismittel befassten.⁴⁰

Im Jahr 1957 entschied der Bundesgerichtshof, dass die Zulassung von Tonbandaufnahmen von Teilen der Hauptverhandlung gegen den Widerspruch eines Beteiligten eine Verletzung der Aufklärungspflicht oder eine Beschränkung der Verteidigung des Angeklagten bedeuten könne.⁴¹ Im selben Jahr urteilte der Bundesgerichtshof, dass es ein Verteidiger ablehnen könne, seinen Schlussvortrag vor einem Aufnahmegerät des Rundfunks zum Zweck der Aufnahme auf Tonband zu halten. Die Befugnis, darüber zu bestimmen, ob, wann und wo sprachliche Äußerungen auf einem Tonband aufgenommen werden dürfen, sei Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG.⁴² Zur Begründung machte der Bundesgerichtshof Ausführungen zu der Definition der »Öffentlichkeit der Verhandlung« und kam zu dem Ergebnis, dass auch jener Verfahrensgrundsatz die Aufzeichnung auf Tonbandgeräte des Rundfunks nicht verlange. Im Ergebnis seien Rundfunkaufnahmen durch den Vorsitzenden ohne eine Interessenabwägung zu untersagen, sobald ein Verfahrensbeteiligter dies fordere.⁴³ Ausführungen über die Zulässigkeit von Tonbandaufnahmen durch das Gericht oder einen Verfahrensbeteiligten selbst machte der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang nicht.

In einem Aufsatz des Amtsgerichtsrats *Rassow* aus dem Jahr 1958 beklagte dieser, dass sich die Prozessordnungen betreffend das Sitzungsprotokoll nicht mehr an den Möglichkeiten der technischen Entwicklung orientieren,

40 *Kohlhaas*, DRiZ 1955, 80 ff., *Henkel*, JZ 1957, 148 ff., später noch *Schmidt*, JZ 1964, 537 ff..

41 BGH 1 StR 321/56, zitiert nach BGHSt. 10, 203, 204.

42 BGHSt. 10, 203, 205.

43 Ebd., 206; historisch interessant insoweit die Besprechung einer Dissertation von Kirschbaum (Über die Zulässigkeit von Rundfunkübertragungen aus dem Strafgerichtssaal) von *Gerland/Heilbron*, Literaturbericht, ZStW 1936 (55), 677, 704; in der Besprechung wurde die Versagung der Rundfunkübertragung als Ansicht im Rahmen einer »etwas naiven Anfängerarbeit« dargestellt.

andererseits aber die Gerichte nur mangelhaft mit guten Schreibkräften und gutem Material ausgestattet seien.⁴⁴ *Rassow* sprach sich deshalb dafür aus, dass von der Sitzung eines Strafverfahrens eine Tonbandaufnahme durch den Protokollführer angefertigt wird, der nach dem Ende der Sitzung anhand der Aufzeichnung in wörtlicher Wiedergabe alle aufgenommenen Erklärungen niederschreibt.⁴⁵ Dabei hatte *Rassow* aber, anders als spätere Gesetzesänderungen, weniger die Arbeitsentlastung der aufzeichnenden Person im Auge, vielmehr stellte sein Vorschlag einen Vorgänger der heute vielfach geforderten Dokumentation der Hauptverhandlung dar. So monierte *Rassow* in erster Linie, dass es kein Wortlautprotokoll von Zeugenaussagen und dergleichen gebe.⁴⁶ Den Einwand der Verletzung allgemeiner Persönlichkeitsrechte erachtete er nicht für durchgreifend, weil es sich bei der Aufzeichnung nur um ein Hilfsmittel für die Protokollierung handele und eine Verbreitung nicht erfolge. Die Protokollierungspflicht des Gerichtes ergebe sich aber aus den Prozessordnungen.⁴⁷

Diese Ausführungen zum fehlenden beziehungsweise erlaubten Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Aussageperson erscheinen allerdings schon nach der damaligen Gesetzeslage bedenklich, weil die Prozessordnungen im Jahr 1958 gerade keine Wortlautprotokollierungen verlangten, wenn sie dies auch nicht ausschlossen. Eine Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ergab sich daher aus den Prozessordnungen gerade nicht.

In einer Entscheidung vom 14.06.1960 betonte der Bundesgerichtshof, dass Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes auch das Recht am gesprochenen Wort sei. Jedermann könne selbst und allein bestimmen, wer sein Wort hören darf und ob es aufbewahrt werden oder mit dem Gedächtnis der Hörer verlöschen soll. Ihm allein sei daher auch die Entscheidung darüber vorbehalten, ob sein Wort und seine Stimme auf ein Tonband oder einen anderen Tonträger aufgenommen und ob sie von diesem wieder abgespielt werden dürfen.⁴⁸ Ausnahmen erkannte der Bundesgerichtshof in jener Entscheidung etwa für den Fall an, dass mit dem aufgenommenen Wort Grenzen rechtswidrig überschritten worden seien.⁴⁹

44 *Rassow*, NJW 1958, 653 ff.

45 Ebd., 655.

46 Ebd., 653.

47 Ebd., 655.

48 BGHSt. 14, 358, 359 f.

49 Ebd., 361.

Auch wenn sich jene Entscheidung nicht mit der Aufnahme von Aussagen in der Hauptverhandlung befasste, ließen die Ausführungen doch erkennen, dass der Bundesgerichtshof das allgemeine Persönlichkeitsrecht weit auslegte und daher Bedenken angezeigt sein mussten, wenn eine Zeugenaussage in einer Hauptverhandlung im Fall einer angekündigten Aufzeichnung der Aussage, egal zu welchem Zweck, erzwungen werden sollte.

Mit seiner Entscheidung vom 16.06.1961⁵⁰ führte der Bundesgerichtshof seine Entscheidung aus BGHSt. 10, 203 fort und führte ergänzend aus, dass Fernsehaufnahmen schon von Teilen der Hauptverhandlung, hier des letzten Wortes des Angeklagten, die Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichtes in einem solchen Maße beeinträchtige, dass dieses nicht einmal bei einer Zustimmung des Angeklagten zu den Fernsehaufnahmen zulässig sei.⁵¹ Der Bundesgerichtshof begründete dies damit, dass sich die Person, deren Angaben aufgenommen würden, einer technischen Apparatur gegenüber sehe, die ihre Worte in Ausdruck und Tonfall und das Gesicht mit den Spannungen und Gefühlsbewegungen festhalte. Sie müsse mit einer nicht mehr beeinflussbaren Darbietung gegenüber tausenden Personen rechnen, wodurch sie in eine Bewusstseinslage gerate, die auf ihr Verhalten wirken müsse, sie in ihren Äußerungen hemmen könne oder sie zu angepassten oder ansonsten von ihr so nicht getätigten Äußerungen bestimmen könne.⁵²

Damit betonte der Bundesgerichtshof den nicht ausschließbaren Einfluss von Aufzeichnungen auf die Aussageperson, wobei er allerdings auf die Hemmungen und Einflüsse abstellte, die von der öffentlichen Verbreitung der Aufzeichnung ausgehen.

Dass ein Verteidiger hingegen befugt sei, in Kurzschrift Aufzeichnungen über Vorgänge der Hauptverhandlungen anzufertigen oder auch durch Dritte anzufertigen zu lassen, stellte der Bundesgerichtshof dann in einer Entscheidung vom 15.01.1963 fest.⁵³ Dem stimmte Eberhardt Schmidt in seiner Entscheidungskommentierung ausdrücklich zu und führte weiter aus, dass dies in gleicher Weise für die Staatsanwaltschaft wie auch jede andere Person im Zuschauerraum, insbesondere die Gerichtsberichterstattung, zu gelten habe.⁵⁴

Richtungsweisend war die letzte vor der Änderung des § 169 GVG ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu Tonbandaufzeichnungen in der

50 BGHSt. 16, 111 ff..

51 Ebd., 115.

52 Ebd., 114.

53 BGHSt. 18, 179, 181.

54 *Schmidt*, JR 1963, 307, 308.

Hauptverhandlung vom 04.02.1964. |⁵⁵ Unter Bezugnahme auf die früheren Entscheidungen zur (Un-)Zulässigkeit von Fernsehaufnahmen während der Hauptverhandlung betonte der Bundesgerichtshof, dass es dem Gericht wegen der Amtsaufklärungspflicht obliege, Zeugen und andere Auskunftspersonen keinen verfahrensfremden Einwirkungen auszusetzen, die die Aussage beeinflussen und in ihrem Beweiswert beeinträchtigen können. |⁵⁶ Ähnliche Befürchtungen äußerte der Bundesgerichtshof für den Fall, dass Tonbandaufzeichnungen erfolgen, ohne die Beteiligten über den Zweck der Aufzeichnung aufzuklären und sich ihres Einverständnisses zu versichern, so dass die betroffene Person mit der Möglichkeit der Verbreitung rechnen müsse. Und selbst bei Kenntnis von Verwendungszweck, aber fehlendem Einverständnis der betroffenen Person, müsse mit deren Befangeneheit gerechnet werden. |⁵⁷ Andererseits sei aber für den modernen Menschen die Begegnung mit technischen Gerätschaften zu etwas Vertrautem und Gewohntem geworden, so dass jedenfalls bei vorheriger Aufklärung über den Verwendungszweck und Einverständnis mit der Aufzeichnung von keinem wahrheitsbehindernden Einfluss auszugehen sei. |⁵⁸ Die gerichtsinterne Verwendung der Aufzeichnung als Gedächtnisstütze sei nicht anders zu werten als die Notizen des Berichterstatters oder ein Stenogramm des Vorsitzenden. |⁵⁹

2. Von der Einführung des § 169 S. 2 GVG bis zum StVÄG 1979

Wenn auch bis zur Einführung des Aufnahmeverbotes in § 169 S. 2 GVG im Jahr 1964 und von den bereits beschränkenden Urteilen des Bundesgerichtshof abgesehen die Ansicht vertretbar war, dass, wenn selbst Rundfunkaufnahmen aus der Hauptverhandlung zulässig sind, dann erst Recht Aufzeichnungen zu internen Zwecken durch das Gericht oder eigene Zwecke der Verfahrensbeteiligten zulässig sein müssten, galt diese Erwägung ab der Ergänzung des § 169 S. 2 GVG und dem damit einhergehenden Verbot von Rundfunkaufzeichnungen jedenfalls nicht mehr.

Gleichwohl riss mit der Einführung des Verbotes von Ton- und Filmaufnahmen zu Veröffentlichungszwecken die Diskussion um die Zulässigkeit von Aufzeichnungen für interne Zwecke des Gerichts oder eigene Zwecke der Verfahrensbeteiligten nicht ab, zumal bestimmte Aufzeichnungsarten von dem Verbot des § 169 GVG ausgenommen waren.

55 BGHSt. 19, 193 ff.

56 Ebd., 194.

57 Ebd.

58 Ebd., 195.

59 Ebd.

Roggemann fasste in einem Aufsatz aus dem Jahr 1966 die Diskussion über Tonbandaufnahmen während der Hauptverhandlung zusammen und betonte dabei insbesondere, dass jegliche Fixierung der Stimme, gleich zu welchem Zweck, einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person darstelle, daher von dessen Einwilligung abhängig sei oder einer Verfahrensnorm als Rechtfertigungsgesetz bedürfe. Auch ein Mitglied des Gerichts, dass die Aussagen als Gedankenstütze aufzeichne, werde dabei nicht als Privatperson tätig, sondern handle als staatliches Organ und bedürfe daher für sein Handeln einer gesetzlichen Ermächtigung.⁶⁰ Es lasse sich auch keine Analogie aus anderen Normen ziehen, nach der die Tonbandaufzeichnung für interne Zwecke des Gerichts auch ohne die Einwilligung des Betroffenen zulässig sei: Dass es gesetzlich vorgeschrieben sei, in bestimmten Fällen Äußerungen der Verfahrensbeteiligten zu protokollieren, rechtfertige nur die wortgetreue Inhaltsfixierung von Aussagen, nicht aber die weitere Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch die naturgetreue Stimmfixierung. Die Erlaubnis nach dem KunstUrhG (§ 24) und der StPO (§ 81b), zum Zweck der Durchführung eines Strafverfahrens in das Recht am eigenen Bild einzugreifen, sei mit der Situation des Eingriffs zur Gedächtnisstütze nicht vergleichbar.⁶¹

Dem gegenüber vertrat *Kleinknecht* in einem Aufsatz von 1966 die Auffassung, dass die Anfertigung von Tonbandaufnahmen ohne Wissen des Sprechenden bereits auf manchen Gebieten sozialadäquat sei. Mithin stelle selbst die geheime Aufnahme einer Vernehmung durch die Strafverfolgungsbehörden im Vorverfahren kein rechtswidriges Eindringen in die geschützte Persönlichkeitssphäre des Vernommenen dar.⁶² Zudem zog *Kleinknecht* den Rückschluss, dass nach der Neufassung des § 169 S. 2 GVG Tonbandaufnahmen in der Hauptverhandlung für justizinterne Zwecke nicht ausgeschlossen und mithin zulässig seien.⁶³

Die weitere Rechtsgeschichte, die insbesondere in dem gesetzlichen Verbot von geheimen Aufzeichnungen des gesprochenen Wortes (§ 201 StGB) mündete, sollte zeigen, dass der Ansicht *Kleinknechts* zur fehlenden Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes durch geheime Tonaufnahmen nicht zu folgen war.⁶⁴ Und auch der Rückschluss, dass das, was nach dem neu gefassten

60 JR 1966, 47, 48 f.

61 Ebd., 49.

62 *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537, 1541.

63 Ebd.

64 Zur Bedeutung des Rechtes am gesprochenen Wort als von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition vgl. BVerfGE 34, 238 ff.

§ 169 S. 2 GVG nicht verboten war, erlaubt sein müsse, konnte nicht verlangen. Schon die Gesetzgebungsgeschichte jener Norm hatte gezeigt, dass die Zulässigkeit jeder anderen Form der Aufzeichnung des Hauptverhandlungsgeschehens als die der gesetzlich normierten schriftlichen Protokollierung auch weiterhin unter Beachtung sonstiger Grenzen, insbesondere denen des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des Betroffenen, zu prüfen blieb.⁶⁵

*Arndt*⁶⁶ forderte ebenfalls bereits 1966, dass sich das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers aus Kontrollgründen nicht nur auf eine Abschrift eines von ihm als zulässig erachteten Tonbandmitschnitts des Gerichts beziehen müsse, vielmehr müsse das Akteneinsichtsrecht auch die Einsicht in die von einem Gericht angefertigten Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung jedenfalls dann umfassen, wenn das Gericht die Aufzeichnungen zum Gegenstand seiner Beratungen mache. Dann sei die Aufzeichnung Teil des »Inbegriffs« der Verhandlung und müsse damit allen Verfahrensbeteiligten zugänglich sein. Damit allerdings verkannte *Arndt*, dass es sich bei der Aufzeichnung zur Gedankenstütze eben nur um eine Gedächtnisstütze handelt, die den »Inbegriff« der Hauptverhandlung teilweise wiedergibt, dabei aber keine Gewähr für Richtigkeit (z.B. bei der Aufnahme der Aussage eines undeutlich sprechenden Zeugen) und Vollständigkeit (z.B. bei nur teilweiser Aufnahme einer Aussage) bietet. Keinesfalls gehört die Aufzeichnung selbst zum »Inbegriff der Hauptverhandlung«, weshalb auch die Aufzeichnung beispielsweise nicht nochmals der Öffentlichkeit (§169 S. 1 GVG i.V.m. § 261 StPO!) vorgespielt werden muss.

Gegen die von *Kleinknecht* vertretene Ansicht wandte sich der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 02.04.1968,⁶⁷ worin er betonte, dass sich aus der Gesetzgebungsgeschichte des § 169 S. 2 GVG gerade keine Klärung der Frage entnehmen lasse, ob mit der Neufassung jener Norm künftig die nicht ausdrücklich verbotenen Tonbandaufnahmen für gerichtsinterne Zwecke erlaubt sein sollten. Vielmehr würden auch dafür weiterhin die Beschränkungen aus den in Gesetzen und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen über das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die sich aus § 244 Abs. 2 StPO ergebenden Grenzen gelten.

Praml wandte sich in seinem Aufsatz aus dem Jahr 1977⁶⁸ gegen die vom Bundesgerichtshof geäußerten Bedenken, dass der Wahrheitsgehalt einer gegen den Willen eines Zeugen auf Tonband aufgenommenen Aussage aufgrund

⁶⁵ Vgl. die gleichlautende Kritik bei *Schmitt*, JuS 1967, 19, 20.

⁶⁶ NJW 1966, 2204 ff..

⁶⁷ BGH 1 StR 81/68, zitiert nach *Dallinger*, MDR 1968, 729.

⁶⁸ MDR 1977, 14 ff..

des von dem Zeugen empfundenen Eingriffs in dessen Persönlichkeitsrechte leiden könne. Der Zeuge sei zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet und habe gegebenenfalls eine Wortlautprotokollierung zu dulden. Zudem sei der größte Teil der Bevölkerung inzwischen mit Tonbandaufnahmen vertraut. Mit der Verwendung eines Aufzeichnungsgerätes könne sogar das Bewusstsein der Zeugen für die Wichtigkeit jedes Details seiner Aussage gesteigert werden. Einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen durch eine Aufzeichnung seiner Aussage gegen seinen Willen sah zwar auch *Praml* als gegeben an, erachtete diese aber nicht als erheblich und daher nicht rechtswidrig: Die Aufnahme werde nur zu amtlichen Zwecken gefertigt und kurzzeitig aufbewahrt, die aufgezeichnete Aussage stamme aus einer öffentlichen Verhandlung und die Aufzeichnung sei vor unbefugtem Gebrauch gesichert. Dem gegenüber stehe das erhebliche Interesse der Justiz und damit der Öffentlichkeit an einer möglichst originalgetreuen, selbst Nuancen erfassenden Fixierung verfahrenswesentlicher Aussagen zur Findung eines richtigen Urteils. Jedenfalls aus dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen seien die Aufnahmen daher gerechtfertigt. Dazu bedürfe es auch keiner gesetzlichen Ermächtigungsnorm, weil der Eingriff bereits rechtmäßig und das allgemeine Persönlichkeitsrecht inhaltlich vage sei. Nach Ansicht *Pramls* galten seine Ausführungen auch für den Angeklagten, der, wenn er nicht wolle, dass seine Einlassung aufgenommen werde, von seinem Schweigerecht Gebrauch machen könne. |⁶⁹

Die Ausführungen *Pramls* zum fehlenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die Aufzeichnung von dessen Aussage auf Tonband waren schon vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.01.1973, |⁷⁰ wonach das Recht am gesprochenen Wort eine – in bestimmten Grenzen – aus dem Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition sei und die in seinem Aufsatz unerwähnt geblieben ist, nicht haltbar. Zudem litten seine Ausführungen an der Überhöhung der von ihm unterstellten Interessen der Justiz, die für ihn ohne eine Erlaubnis zur Tonbandaufzeichnung nicht mehr erfüllbar schienen. Abgesehen davon, dass es für die Erforderlichkeit der Aufzeichnung als Gedächtnisstütze an jeglicher empirischen Begründung mangelte, widersprach er zudem apodiktisch jeglichem Einfluss einer erzwungenen Aufnahme auf das Aussageverhalten des Betroffenen. Dass sich als Folge seiner Annahme, der Angeklagte, der seine Einlassung nicht aufgezeichnet wissen wolle, könne ja schweigen, eine Ver-

69 Ebd., 15 f.

70 BVerfGE 34, 258.

letzung der Amtsaufklärungspflicht des Gerichtes nach § 244 Abs. 2 StPO naheliegen könnte, blieb von ihm ebenfalls unerwähnt. |⁷¹

Hingegen setzte sich das HansOLG Hamburg in einer Entscheidung in einem Beschwerdeverfahren mit der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auseinander, betonte aber, dass der dort dargelegte Eingriff durch eine Aufzeichnung einer Stimme auf Tonträger keine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes aus Art. 2 Abs. 1 GG darstelle, wenn bei einer Äußerung der objektive Gehalt des Gesagten so sehr im Vordergrund stehe, dass die Persönlichkeit des Sprechenden nahezu vollends dahinter zurück trete und das gesprochene Wort damit seinen privaten Charakter verliere. So liege es etwa bei den Schlussvorträgen der Staatsanwaltschaft, weshalb sich der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft nicht gegen die vom Gericht angeordnete Aufzeichnung seines Plädoyers, die aus Mangel an Schreibkräften nicht stenographisch aufgenommen werden und deshalb anschließend verschriftlicht werden sollte, wehren könne. |⁷²

Marxen |⁷³ vertrat ebenfalls 1977 die Ansicht, dass sich das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers auf Tonbänder erstrecke, die das Gericht zu internen Zwecken in der Hauptverhandlung aufnehme, da das Akteneinsichtsrecht auch das Abhören von bei den Akten befindlichen sonstigen Tonaufnahmen umfasse. Anders als die Notizen der Richter seien die Tonbänder zur Akte zu nehmen, da die Tonkonservierung im Unterschied zu den Notizen der Mitglieder des Spruchkörpers weitgehend unabhängig von der Person des Aufnehmenden sei. Tonaufnahmen, die nur dem Gericht zur Verfügung stehen, würden zudem ein Informationsgefälle zu den übrigen Verfahrensbeteiligten entstehen lassen, das auszugleichen sei. |⁷⁴ Zugleich anerkannte *Marxen* die Verantwortung der Verteidigung, mit demgemäß überlassenem Material verantwortungsbewusst umzugehen. |⁷⁵

Des Weiteren sprach sich *Marxen* dafür aus, dass es dem Verteidiger gestattet sein müsse, Tonbandaufnahmen während der Hauptverhandlung zu fertigen, ohne dass es dafür einer Legitimationsnorm bedürfe, da eine detaillierte staatliche Reglementierung der Verteidigertätigkeit in einem krassen Widerspruch zu dem Grundgedanken der Verteidigung stehe. |⁷⁶ Allenfalls

71 Kritisch dazu auch *Marxen*, Fn. 56, 2191.

72 MDR 1977, 248.

73 NJW 1977, 2188 ff.

74 Ebd., 2189.

75 Ebd., 2190.

76 Ebd.

seien der generellen Aufzeichnungsbefugnis des Verteidigers Grenzen gesetzt, die er zu beachten habe. So verletze eine heimliche Aufnahme das anwaltliche Standesrecht sowie das Persönlichkeitsrecht des Aussagenden und missachte die Verhandlungsleitung durch das Gericht, verstoße bei nicht-öffentlicher Sitzung zudem gegen § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB.^{|77} Die Beachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes des Betroffenen verlange zudem für die Tonbandaufnahmen des Verteidigers nach einer Einwilligung des Betroffenen, da der Verteidiger während der Hauptverhandlung »im Schatten der Zwangsgewalt des Staates« agiere.^{|78} Auch habe der Verteidiger darauf zu achten, dass seine Aufzeichnung nicht gegen den Grundsatz der gerichtlichen Wahrheitsermittlung verstoße, wenn die Aufnahme das Aussageverhalten des Zeugen beeinflussen könne. Allerdings sei diese Gefahr schon durch das Zustimmungserfordernis erheblich begrenzt.^{|79}

Entgegen den weitestgehend zustimmungsfähigen Ausführungen *Marxens* zu einem Recht des Verteidigers auf Anfertigung von Tonbandaufzeichnungen in der Hauptverhandlung sind seine Ausführungen hinsichtlich eines sich auf die vom Gericht angefertigten Tonbandaufzeichnungen beziehenden Akteneinsichtsrechts kritisch zu betrachten. Denn die Anfertigung von Tonbändern durch Mitglieder des Gerichts, worauf auch *Marxen* einen Anspruch des Verteidigers nicht erstrecken will,^{|80} kann bereits auf subjektive Wertungen des Aufnehmenden rückschließen lassen. So muss es etwa dem aufnehmenden Gerichtsmitglied überlassen bleiben, welche Aussagen oder Aussageteile er für aufzeichnungswürdig erachtet, ohne dass er sich durch ein Überlassen von gezielt ausschnitthaft angefertigten Aufzeichnungen an andere Verfahrensbeteiligte dem Verdacht der Befangenheit aussetzen muss.

3. Vom StVÄG 1979 bis zum Zeugenschutzgesetz 1998

Bis durch die erstmals durch das StVÄG 1979 in § 168a Abs. 2 StPO geschaffene Befugnis, vorläufige Tonbandaufnahmen ohne die Einwilligung des Betroffenen zum Zweck der anschließenden Protokollerstellung unter Zuhilfenahme jener Aufzeichnungen anfertigen zu können, bestand für Tonbandaufzeichnungen keine ausdrückliche Ermächtigungsnorm in der StPO.

Auch wenn sich bereits bis zu jener Reform die Ansicht durchgesetzt hatte, dass Tonbandaufnahmen von Aussagen in der Hauptverhandlung durch das Gericht zu internen Zwecken jedenfalls bei entsprechendem Einverständnis

77 Ebd., 2190 f..

78 Ebd., 2191.

79 Ebd., 2191 f..

80 Ebd., 2189, Fn. 10.

des Betroffenen zulässig, ohne dessen Einverständnis indessen unzulässig seien, waren die näheren Details in Bezug auf solche Aufzeichnungen noch ungeklärt. Dazu gehörten etwa ein Einsichtsrecht in solche Tonbänder durch andere Verfahrensbeteiligte, die Befugnis anderer Verfahrensbeteiligter zu Tonbandaufnahmen oder das Einwilligungsbedürfnis bei überwiegend entpersonalisierten Äußerungen wie etwa dem Plädoyer der Staatsanwaltschaft.

In einer der ersten Kommentierungen der Neuerungen durch das StVÄG 1979 führte *Kurth*⁸¹ aus, dass die vorläufigen Aufzeichnungen, die nach § 168a Abs. 2 StPO angefertigt werden, Bestandteil der Akten seien und sich daher das Akteneinsichtsrecht nach § 147 StPO darauf erstrecke. Zwar könnten wegen der Gefahr einer versehentlichen Löschung, Manipulation oder Vervielfältigung wichtige Gründe entgegenstehen, die Aufzeichnungen an den Verteidiger auszuhändigen, allerdings habe dieser zumindest das Recht, die Aufzeichnungen auf der Geschäftsstelle anzuhören.⁸² Eine nähere Begründung für seine Ansicht gab *Kurth* indes nicht. Seine Ansicht drängte sich nach der Gesetzesneufassung auch nicht auf, weil zwar nach § 168a Abs. 4 S. 4 StPO der Nachweis der Unrichtigkeit der Übertragung zulässig ist, im Gesetz aber kein Kontrollrecht vorgesehen ist, um die Richtigkeit der Übertragung durch einen eigenen Vergleich durch die Verfahrensbeteiligten zu prüfen. Vielmehr ist nur die vorläufige Aufzeichnung zu genehmigen, das später erstellte Protokoll vom Richter zu unterzeichnen, § 168a Abs. 4 S. 1 StPO, und von demjenigen, der das Protokoll hergestellt hat, mit dem Zusatz der Bestätigung der Richtigkeit der Übertragung zu unterschreiben, § 168a Abs. 4 S. 2 und 3 StPO. Wird der Einwand der unrichtigen Übertragung erhoben, ist dies im Freibeweis zu klären, wobei dann wiederum durch das Gericht auf die vorläufigen Aufzeichnungen zurückgegriffen werden kann.⁸³

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1981⁸⁴ betonte der Bundesgerichtshof, dass es im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters stehe, Tonbandaufnahmen durch Verfahrensbeteiligte zuzulassen. Nähere Bestimmungen dazu, wie und unter welchen Bedingungen dies in Fällen, in denen der Vorsitzende sie zulässt, zu geschehen habe, stellte der Bundesgerichtshof nicht auf.

Im Folgejahr führte der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung⁸⁵ aus, dass (auch) einem Zuhörer grundsätzlich gestattet sei, handschriftliche Aufzeichnungen über Vorgänge der Hauptverhandlung anzufertigen, sei es als

81 NJW 1978, 2481 ff.

82 Ebd., 2484.

83 Meyer-Göbner/*Schmitt*, StPO, 58. Auflage, 2015, § 168a, Rn. 12.

84 BGH NStZ 1982, 42.

85 BGH StV 1982, 409 f..

Gehilfe des Verteidigers, als Reporter, Referendar, Student, Schüler, Prozessbeobachter, für den Geschädigten oder auch nur als Gedächtnisstütze aus privaten Gründen, selbst wenn dies den Richter »nervös mache«. Nur wenn konkrete Tatsachen die Gefahr begründeten, dass die Mitschrift eines Prozessteils zur Unterrichtung von Zeugen oder gesondert verfolgter Tatbeteiligter dienen soll, ließe dies ein Einschreiten des Vorsitzenden zu.

1986 verfestigte der Bundesgerichtshof⁸⁶ seine Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Verwertung heimlicher Tonbandaufnahmen - jedenfalls des nicht-öffentlich gesprochenen Wortes - im Strafverfahren und führte in diesem Zusammenhang erneut aus, dass eine gerichtlich angeordnete heimliche Aufnahme eines Gesprächs des Angeklagten mit einem Dritten einen Eingriff in das verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht darstelle und es dafür deshalb einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe.

Zumindest in der Tendenz ließen diese drei Entscheidungen für die Beurteilung der Zulässigkeit von Tonaufnahmen in der Hauptverhandlung den Schluss zu, dass der Bundesgerichtshof diese zwar grundsätzlich für möglich hielt, aber die Zulässigkeit im konkreten Fall weiterhin davon abhängig machen würde, dass die Aufzeichnung jedenfalls nicht geheim erfolgt und mit Einwilligung oder zumindest ohne Widerspruch des Betroffenen oder auf der Grundlage einer – nicht vorhandenen – gesetzlichen Ermächtigungsnorm.

Es schlossen sich eine Reihe oberlandesgerichtlicher Entscheidungen an, die sich mit dem Thema der Tonbandaufzeichnung in der Hauptverhandlung befassten.

Das OLG Koblenz⁸⁷ erachtete die Tonbandaufzeichnung der mündlichen Urteilsbegründung durch einen Beisitzer zur kammerinternen Arbeitserleichterung als zulässig, jedenfalls in dem dort zu entscheidenden Fall, in dem der Vorsitzende mit der Tonbandaufzeichnung einverstanden war. Da dem Gesetz kein Verbot der Aufzeichnung zu entnehmen sei, sei dessen Anfertigung zulässig. Es könne dem Gericht nicht verwehrt sein, sich der Zeit und Kräfte sparenden technischen Fortschritte in Form der Tonbandaufnahme zu bedienen. Der Verteidiger habe aber keinen Anspruch darauf, dass ihm die Aufzeichnungen zugänglich gemacht würden, da der nicht für das Hauptverfahren geltende § 168a StPO nicht einschlägig sei. Jene Entscheidung erscheint zumindest insoweit bedenklich, als aus dem Fehlen eines Aufzeichnungsverbots nicht auf deren generelle Zulässigkeit geschlossen werden kann. Zwar war hier der in erster Linie betroffene Vorsitzende mit der Aufzeichnung einverstanden, so dass

86 BGHSt. 34, 39, mit Anmerkung von *Meyer* in JR 1987, 212 ff.

87 NSTZ 1988, 42.

ein Eingriff in dessen Persönlichkeitsrechte von vorneherein und unabhängig davon, ob eine Urteilsbegründung nicht ohnehin entpersonalisiert^{|88} ist, aus-
schied. Die Entscheidung setzte sich allerdings nicht damit auseinander, dass
auch während der Urteilsbegründung die Möglichkeit für Verfahrensbeteilig-
te besteht, das Wort zu ergreifen und Anträge zu stellen, können sie damit
auch nicht den Vorsitzenden zum Wiedereintritt in die Beweisaufnahme zwin-
gen.^{|89} Aus diesem Grund wäre für eine überzeugende Entscheidungsbegrün-
dung wünschenswert gewesen, dass sich das OLG Koblenz auch dazu verhalten
hätte, ob die Tonbandaufzeichnung nicht vielmehr vom Einverständnis
aller potentiell betroffenen Verfahrensbeteiligten abhängig sein muss, hier also
bei der mündlichen Urteilsbegründung vom Einverständnis des Vorsitzenden
und aller anwesenden Verfahrensbeteiligten, soweit diese nach der Strafpro-
zessordnung zur Stellung von Anträgen noch grundsätzlich befugt sind.^{|90} Be-
denklich mutet auch die apodiktische Begründung an, dass dem Gericht die
Verwendung technischer Geräte zur Einsparung von Zeit und Kräften nicht
verwehrt sein könne. Es erscheint durchaus fraglich, ob der Senat, der dem
Verteidiger sogar die Einsicht in das bestehende Protokoll verwehrt hat, die
Tonbandaufzeichnung mit derselben Argumentation, wonach die Verwen-
dung technischer Geräte zur Einsparung von Zeit und Kräften nicht verwehrt
sein könne, auch den anderen Verfahrensbeteiligten gestattet hätte.

Das OLG Düsseldorf^{|91} hat eine solche, durchaus für den Verteidiger als wün-
schenswert zugebilligte Aufzeichnungsmöglichkeit, in einer Entscheidung aus
dem Jahr 1990 ausdrücklich versagt, obwohl der betroffene Zeuge mit der Auf-
zeichnung einverstanden war. Denn die Wahrheitsfindung könne, so das OLG
Düsseldorf, durch die Aufzeichnung selbst dann beeinträchtigt sein, da sie die
Unbefangenheit insbesondere von richtungsunerfahrenen Aussagepersonen nega-
tiv beeinflussen könnte. Paternalistisch fügte der Senat hinzu, dass die Tonband-
aufnahme zudem ohnehin für die Erfüllung des Begehrens der Verteidigung,
den genauen Wortlaut der Aussage festzuhalten, nicht geeignet sei, da sich die
Aufzeichnung auf das rein Akustische beschränke und begleitende Gesten nicht
dokumentieren könnten. Zudem hätten die Richter des erkennenden Senats der
Aufzeichnung ihrer Stimme auf Tonband widersprochen. Sie könnten sich wäh-
rend der Aufzeichnung einer Aussage, mit der die Aussageperson einverstanden
sein mag, an Zwischenfragen gehindert sehen.

88 Dazu oben OLG Hamburg MDR 1977, 248.

89 *Meyer-Goßner/Schmitt*, a.a.O., § 268, Rn. 15 m.w.N..

90 Dazu oben BGHSt. 22, 83.

91 NStZ 1990, 554.

Der innerliche und argumentative Widerspruch zwischen den beiden Entscheidungen des OLG Koblenz, das die Aufzeichnung durch Gerichtsmitglieder gestattet, und des OLG Düsseldorf, das die Aufzeichnung durch den Verteidiger untersagt hat, ist offensichtlich.

Kühne griff in seiner Entscheidungsbesprechung¹⁹² der Düsseldorfer Entscheidung, soweit ersichtlich, erstmals § 168a Abs. 2 StPO zur Begründung der Zulässigkeit einer Aufzeichnung eines Geschehens in der Hauptverhandlung auf und vertrat die Ansicht, dass § 168a Abs. 2 Abs. 1 StPO auch für das Protokoll der Hauptverhandlung gelte, da sich die §§ 271 ff. StPO zu der Art der Protokollierung nicht verhalten. Daher sei eine vorläufige Aufzeichnung nach jener Norm auch in der Hauptverhandlung zulässig.

Dies erscheint indes fragwürdig, weil die Art der Protokollierung, wenn sie unter Mithilfe einer vorläufigen Aufzeichnung erfolgt, in § 168a Abs. 2 bis Abs. 4 StPO geregelt ist und als einheitliche Regelung der Art der Protokollierung zu sehen ist. Dass aber auch die Abs. 3 und 4 jener Norm für die Hauptverhandlung gelten sollen, behauptete selbst *Kühne* nicht, zumal davon teils ausdrücklich abweichende Regelungen in den §§ 271 ff. StPO getroffen worden sind (z.B. §§ 273 Abs. 1 und 3, 274 StPO). Dies spricht vielmehr dafür, dass an die Stelle des § 168a Abs. 2 bis Abs. 4 StPO für die Hauptverhandlung die §§ 271 ff. StPO als abschließende Regelungen treten und ergänzend weder einer unmittelbaren noch einer analogen Anwendung des § 168a Abs. 2 StPO zugänglich sind.

Weiter widersprach *Kühne* der Ansicht, dass § 168a Abs. 2 S. 2 StPO eine vorläufige Aufzeichnung des Wortlauts einer Aussage auch ohne den Willen der Aussagesperson gestatte.¹⁹³ Denn der Inhalt des Protokolls, dessen vorläufige Aufzeichnung gestattet sei, sei eine längere oder kürzere, jedenfalls aber eine Zusammenfassung des Geschehens und nicht identisch mit dem protokollierten Geschehen selbst.

Die dafür angeführte Begründung, nach *Kühne* eine zwingende, überzeugt indes gleichfalls nicht. Inhalt des Protokolls und protokolliertes Geschehen sind keine Widersprüche, vielmehr kann der Inhalt des Protokolls ein protokolliertes Geschehen in unterschiedlicher Form, zusammenfassend oder aber im Wortlaut, wiedergeben. Zwar trifft es zu, worauf *Kühne* weiter abstellt, dass der Betroffene von einem Mitschnitt und von einer zusammenfassenden Wiedergabe seiner Aussage durch den Richter in die Aufzeichnung unterschiedlich betroffen ist. Gerade deshalb aber dient der § 168a Abs. 2

92 StV 1991, 103 f.

93 Ebd., 194.

StPO als Ermächtigungsgrundlage für einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Aussageperson. Dass sich die Gesetzesbegründung insoweit nicht ausdrücklich positioniert hat, spricht weder für noch gegen die Befugnis zur Wortlautaufzeichnung. Der von *Kühne* anerkannte Hintergrund einer Vereinfachung der Protokollierung durch eine vorläufige Aufzeichnung spricht zudem ebenfalls für die Zulässigkeit einer Wortlautprotokollierung, nicht dagegen. Denn die Vereinfachung wird insbesondere dadurch erzielt, dass der Richter die Aussage der vernommenen Person nicht erst gedanklich oder in Notizen speichern muss, um sie anschließend mit eigenen Worten zusammen zu fassen, sondern darin, jene eigene Umformulierung gerade gänzlich entfallen zu lassen.⁹⁴

Unabhängig davon aber kommt auch *Kühne* im Ergebnis ebenfalls dazu, dass die Tonbandaufzeichnung als Gedächtnisstütze in der Hauptverhandlung zulässig sei unter der Voraussetzung, dass alle Beteiligten zustimmen und die Wahrheitsfindung dadurch nicht beeinträchtigt wird.⁹⁵

Das HansOLG Hamburg betonte in einer Entscheidung aus 1991,⁹⁶ welche die Versagung eines Akteneinsichtsrecht des Verteidigers nach dem Abschluss der Ermittlungen in einen Sonderband der Akten wegen einer vermeintlichen Gefährdung des Untersuchungserfolgs betraf, dass Strafverfolgungsorgane davon auszugehen hätten, dass ein Verteidiger pflichtgemäß handle, solange nicht die Ausschließungstatbestände der §§ 138a ff. StPO eingreifen. Dass befürchtet werde, dass der Verteidiger seinen Mandanten über bevorstehende oder bereits angeordnete Zwangsmaßnahme, die sich aus den Akten ergeben, informieren könnte, rechtfertige nicht die teilweise Versagung der Akteneinsicht nach dem Ermittlungsabschluss. Inwieweit der Verteidiger von seiner Informationsbefugnis Gebrauch mache, habe dieser in jedem Einzelfall selbst zu prüfen.

Dieser Entscheidung folgend dürfte dem Argument, dass eine Tonbandaufzeichnung zur Gedächtnisstütze durch die Verteidigung zu versagen sei, da der spätere Umgang mit der Aufzeichnung durch die Verteidigung nicht kontrollierbar sei,⁹⁷ jedenfalls in den Fällen der Boden entzogen sein, in denen sich die Verteidigung dazu verpflichtet, die Aufzeichnung nicht weiter zu geben und an der Einhaltung dieser Zusage keine konkret zu begründenden Zweifel bestehen.

94 Kritisch zu den Ausführungen Kühnes auch *Meyer-Mewes*, NJW 2002, 103, 105.

95 Ebd..

96 NStZ 1992, 50.

97 OLG Düsseldorf, NJW 1996, 1360.

Das OLG Schleswig entschied 1992,⁹⁸ dass Zeugen nicht zu einer Aussage in der Hauptverhandlung gezwungen werden können, wenn ihre Aussage gegen ihren Willen aufgenommen werden soll, um sie außerhalb der Hauptverhandlung sachverständig untersuchen zu lassen. Auch in jener Entscheidung betonte das OLG Schleswig, dass es dafür wegen des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG der – nicht erteilten – Einwilligung der Aussageperson oder einer Ermächtigungsnorm für die gerichtlich angeordnete Aufzeichnung bedürfe, die aber nicht bestehe. § 168a Abs. 2 StPO gelte für die Hauptverhandlung gerade nicht.

*Molketin*⁹⁹ trat der Begründung des OLG Schleswig in seiner Entscheidungsbesprechung bei und betonte zudem erneut die Gefahr der Beeinflussung der Aussage des Zeugen, wenn dieser gegen seinen Willen gezwungen sei, seine Aussage durch ein Tonband aufzeichnen zu lassen.

Das OLG Düsseldorf wiederholte schließlich in einer Entscheidung aus dem 1995¹⁰⁰ seine restriktive Haltung zu Tonbandaufzeichnungen durch die Verteidiger. Im sogenannten »Solinger-Verfahren« lehnte der Senatsvorsitzende die Tonbandaufzeichnung der Plädoyers der Vertreter der Bundesanwaltschaft, der Nebenklage und der Mitverteidiger durch zwei der acht Verteidiger ab mit dem Argument, dass trotz einer anwaltlichen Versicherung, dass die Aufzeichnungen nur mit Erlaubnis des Senats weiter gereicht würden, eine missbräuchliche Benutzung der Aufnahmen nicht auszuschließen sei. Der Senat habe keine Möglichkeit, zu verhindern, dass Abschriften der Tonaufzeichnungen auf Antrag auch den anderen Prozessbeteiligten zu übergeben wären, die ihrerseits mangels anwaltlicher Bindung keine Versicherung der Nichtweitergabe abgeben könnten. In jenem medienträchtigen Verfahren könne so § 169 S. 2 GVG unterlaufen werden, zumal schon zuvor nicht zur Veröffentlichung bestimmte Aktenteile an die Öffentlichkeit gelangt seien. Der Hinweis, dass auch ein Stenogramm angefertigt werden könne, verfange nicht, da das Tonband ein höheres Maß an Originalität und Authentizität besitze. Außerdem sei unklar, wer die Übereinstimmung von Aufzeichnung und Abschrift kontrollieren solle, was aber gesichert sein müsse, wenn die Abschriften vom Senat weiter gegeben würden. Auch könne es der aufzeichnende Anwalt möglicherweise ablehnen, Abschriften seiner Aufzeichnung dem Senat zum Zweck der Weiterreichung zu überlassen. Zudem sei die Aufzeichnung zu versagen, weil die Vertreter der Bundesanwaltschaft einer Tonaufnahme ihres Schlussvortrages widersprochen und die anderen

98 NStZ 1992, 399 ff.

99 NStZ 1993, 145.

100 NJW 1996, 1360.

Prozessbeteiligten kein Einverständnis dazu erteilt hätten. Schließlich fehle es an einem Bedarf für die Aufzeichnung, weil es nicht auf den Wortlaut, sondern auf den Sinngehalt der Plädoyers ankomme.

Das Bemühen des Düsseldorfer Senats, die Tonbandaufzeichnung durch Verfahrensbeteiligte weiterhin aus dem Gerichtssaal fern zu halten, wird aus der Entscheidung offensichtlich, die Begründung überzeugt indessen in weiten Teilen nicht. Zunächst bleibt offen, ob der Senat die Weitergabe des Tonbandmitschnitts oder von Abschriften fürchtete. Im ersten Fall hätte es der Auseinandersetzung damit bedurft, warum der Zusage des Verteidigers, dies nicht zu tun, nicht zu trauen war. Im zweiten Fall ist nicht ersichtlich, worin der Unterschied zwischen der Verbreitung einer – vom Gericht nicht angefertigten und nicht authentifizierten! – Tonbandabschrift und einer stenographischen Mitschrift der Plädoyers durch einen Verfahrensbeteiligten oder einen Dritten liegen soll. Es liegt nahe, dass der Senat darauf vertraut hat, dass die Verteidigung keinen geeigneten Stenographen, zumal auf eigene Kosten, würde finden können, erlaubt wäre eine stenographisch Mitschrift selbst mit dem Ziel der Verbreitung durch die Presse aber sicher gewesen. Die Übereinstimmung von Aufzeichnung und Abschrift musste auch nicht vom Senat garantiert werden, wenn ein Dritter den Wunsch geäußert hätte, eine vom Senat gerade nicht angefertigte Abschriftkopie zu erhalten, zumal diese keinerlei Beweiswert gehabt hätte. Der Möglichkeit einer fehlerhaften Übertragung hätte sich jeder Dritte bewusst sein müssen. Zudem stellt es auch einen Widerspruch in der Argumentation dar, wenn der Senat einerseits darauf abstellt, dass die Abschrift originalgetreu sein müsse, er aber andererseits betont, dass es auf den Wortlaut der Plädoyers nicht ankomme.

Diskutabel bleibt die erneut aufgeworfene Frage, ob es sich bei den Plädoyers zumindest der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft nicht um derartig entpersonalisierte Ausführungen handelt, dass deren Aufzeichnung keinen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Staatsanwalts darstellt und daher von diesem auch gegen seinen Willen zu dulden ist. Wohl aber zutreffend weist der Senat insoweit darauf hin, dass unabhängig von der konkreten Beantwortung dieser Frage zu beachten sei, dass die Aufzeichnung gegen den Willen der plädierenden Staatsanwälte dazu führen könnte, dass die Plädierenden sich in ihren Ausführungen gehemmt fühlen und sich dadurch in ihren Erklärungen beeinflussen lassen könnten. Dies spricht dafür, dem Argument der Entpersonalisierung von Plädoyers oder Urteilsbegründungen nicht zu folgen.

4. Vom Zeugenschutzgesetz 1998 bis heute

Mit dem Zeugenschutzgesetz von 1998 hielt die Bild-Ton-Aufzeichnung von Zeugenaussagen in erheblichem Umfang Einzug in das Ermittlungs- und Strafverfahren. Zeugenaussagen konnten nun in weit umfangreicherem Maße als zuvor aufgezeichnet werden, ohne dass dazu die Einwilligung der Aussageperson erforderlich war.

Im Januar 2001 entschied das Bundesverfassungsgericht¹⁰¹ über die Zulässigkeit von Fernsehaufnahmen in Gerichtsverhandlungen und stellte fest, dass die Beschränkungen aus § 169 S. 2 GVG weiterhin verfassungsgemäß seien. Zwar ergaben sich aus jener Entscheidung keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die Zulässigkeit von Tonaufzeichnungen in der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze des Aufnehmenden. Allerdings führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass einer unbegrenzten Öffentlichkeit der Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht gewichtige Interessen gegenüber stünden. Dazu gehörten das Persönlichkeitsrecht der am Verfahren Beteiligten (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG), der Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung.¹⁰² Dies ist zumindest insoweit von Relevanz, als die vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich genannten gewichtigen Belange der Betroffenen generell zu beachten sind, wenn es um Fragen der Gestaltung der Hauptverhandlung, wozu auch die Zulassung von Aufzeichnungen aller Art gehört, geht.

Meyer-Mewes war mit seinem Aufsatz aus dem Jahr 2002,¹⁰³ soweit ersichtlich, der erste, der die Änderungen durch das Zeugenschutzgesetz zum Anlass nahm, erneut die Diskussion um die Voraussetzungen audiovisueller Aufzeichnungen des Zeugenbeweises in öffentlicher Hauptverhandlung, die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls und die fehlende inhaltliche Protokollierung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu beflügeln.

Bezüglich der Tonbandaufzeichnungen in der Hauptverhandlung vertrat *Meyer-Mewes* in seinem Aufsatz die Ansicht, dass § 168a Abs. 2 S. 1 GVG auch für das Hauptverhandlungsprotokoll gelte und es nicht der Zustimmung der Aussageperson bedürfe, ihre Aussage auf Tonband aufzuzeichnen. Als Begründung verwies er beispielhaft auf Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, in denen es nach seiner Ansicht stets auf den Wortlaut der Zeugenaussage ankomme, weil sie entweder als Schuldbeweis von besonderer

101 BVerfG NJW 2001, 1633 ff..

102 Ebd., 1635.

103 NJW 2002, 103 ff..

Bedeutung sei oder unwahr sei und deshalb eine in der Hauptverhandlung begangene Straftat darstelle. Der Zeuge habe daher kein Recht, dass seine Aussage nicht unverfälscht dokumentiert und gesichert werde.

Diesen Ausführungen kann allerdings aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Dass § 168a Abs. 2 StPO in der Hauptverhandlung nicht gilt, wurde bereits oben dargelegt. Zudem kann nicht die Besonderheit einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation für eine generelle Regel für alle Zeugenaussagen herangezogen werden. Zudem kommt es selbst bei solchen besonderen Konstellationen, etwa einem Vergewaltigungsgeschehen ohne weitere Zeugen, nicht auf den Wortlaut der Aussage des vermeintlichen Vergewaltigungsopfers an, weder zum Beweis der Schuld des Angeklagten noch zur Feststellungen, dass die Aussage im Fall ihrer inhaltlichen Unwahrheit eine Straftat darstellt. Schließlich kann ein Gericht nicht nur zu der Überzeugung gelangen, dass eine Zeugenaussage wahr oder unwahr ist, vielmehr kann das Gericht auch zu dem Ergebnis gelangen, die den Angeklagten belastende Wahrheit einer Zeugenaussage nicht feststellen zu können, so dass der Aussage aus verbleibenden Zweifeln nicht gefolgt wird, ohne dass sie deshalb unwahr sein muss.

Aus der damals neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zur Möglichkeit des Entfallens der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls nach einer freibeweislichen Überprüfung des tatsächlichen Verfahrensgeschehens zog *Meyer-Mews* den Schluss, dass jedenfalls dem Verteidiger ein Recht zu einer Tonbandaufzeichnung der Hauptverhandlung zugestanden werden müsse, da ihm auf anderem Weg kaum ein freibeweislich verwertbares Mittel zum Nachweis eines falschen Protokolls zur Verfügung stehe.¹⁰⁴ Auch insoweit kann den Ausführungen *Meyer-Mews* indes nicht gefolgt werden. *Meyer-Mews* geht davon aus, dass grundsätzlich jedes Strafverfahren dafür anfällig sei, dass ihm ein falsches Protokoll zu Grunde gelegt wird. Dafür bleibt er indes jeden Nachweis schuldig. Eines solchen Nachweises hätte es aber bedurft, wenn er dafür herangezogen werden soll, den inzwischen wohl unstrittigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht durch die Tonbandaufzeichnung der Aussage der Zeugen oder Sachverständigen zu rechtfertigen. Es ist zudem nicht ersichtlich, welche Verfahrensrügen mittels einer Tonbandaufzeichnung nachweisbar werden sollten. Eine Tonbandaufzeichnung des Wortlautes einer Zeugen- oder Sachverständigenaussage erscheint dafür jedenfalls nicht erforderlich. Andererseits müsste konsequenterweise, wenn dem Verteidiger alle denkbaren und als nötig erachteten Mittel zum

104 Ebd., 106.

potentiellen Beweis einer fehlerhaften Protokollierung zur Verfügung gestellt werden müssten, eine Bild-Ton-Aufzeichnung der Hauptverhandlung zur Verfügung gestellt werden, da eine gewichtige Zahl von zu protokollierenden Vorgängen nicht durch eine Tonaufzeichnung, sondern nur durch eine Bildaufzeichnung nachzuvollziehen sind (z.B. Anwesenheit von Verfahrensbeteiligten, Öffentlichkeit der Hauptverhandlung). Auch erscheint nicht hinreichend geklärt, unter welchen technischen Voraussetzungen eine Tonbandaufzeichnung als verlässliches Mittel des Freibeweises herangezogen werden könnte. Denn *Meyer-Mewes* unterstellt in diesem Zusammenhang den Richtern, dass sie in Fällen der Rekonstruktion von Verfahrensgeschehen bereit seien, eine »ganz andere Erinnerung« (als der Revisionsführer) in der dienstlichen Stellungnahme wieder zu geben, mithin schlicht zu lügen, geht aber andererseits davon aus, dass von Verfahrensbeteiligten selbst angefertigte Tonbänder in deren Hand, wobei offen bleibt, ob er jenes Recht auch dem unverteidigten Angeklagten oder dem Nebenkläger ohne anwaltlichen Beistand zugestehen will, stets ein verlässliches Beweismittel im Freibeweisverfahren sei. Wenn den Gedanken und Anregungen *Meyer-Mewes* auch nicht in Gänze zu widersprechen ist, bedürfte es doch zumindest einer tiefergehenden Diskussion über die Voraussetzungen, unter denen eine Tonaufzeichnung zulässig sein könnte.

Der dritten zentralen These von *Meyer-Mewes*, dass unter Beachtung der §§ 58a, 168a, 247a, 273 Abs. 3 StPO i.V.m. § 183 GVG und des Konfrontationsrechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK jedenfalls in bestimmten Verfahrenskonstellationen ein Wortprotokoll geführt werden müsse, ist ebenfalls nicht überzeugend. Es mag diskutabel erscheinen, ob insoweit der Gesetzgeber tätig werden müsste und für bestimmte Fallgestaltungen eine Bild-Ton-Aufzeichnung von Zeugenaussagen zwingend vorschreiben sollte. Aus gesetzlichen Normen, die einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht von Betroffenen erlauben, den Schluss zu ziehen, dass damit auch weitere Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, die gerade nicht gesetzlich normiert worden sind, erlaubt seien, ist aber schlechterdings unzulässig. Für den zulässigen Eingriff in Persönlichkeitsrechte durch Tonaufzeichnungen bedurfte es gerade jener Normen. Was danach als Eingriffsbefugnis gerade nicht normiert worden ist, kann auch nicht im Weg der Analogie als Befugnis zum Eingriff in grundgesetzlich geschützte Persönlichkeitsrechte herangezogen werden. Nicht nachvollziehbar bleiben schließlich die Ausführungen von *Meyer-Mewes*, dass bei einem Ausschluss des Angeklagten ein Wortprotokoll der Aussage anzufertigen sei, man mit weniger als einer Videoaufzeichnung künftig nicht mehr auskomme und nicht einzusehen sei, warum der Angeklagten das Geschehen nicht in

einem Nebenraum online verfolgen können soll. Hier vermischt *Meyer-Mews* indes gleich drei Wege, ein Geschehen dem ausgeschlossenen Angeklagten bekannt zu geben, ohne das ersichtlich ist, in welchem Verhältnis diese zu einander stehen sollen und welche konkrete Folge er daraus ableiten will.

In der Folgezeit wurde es ruhig um das Thema der Zulässigkeit einer Tonbandaufzeichnung (von Teilen) der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze. *Neuhaus* kommentierte die Neuerungen durch das Opferrechtsreformgesetz 2004 in seinem Aufsatz aus dem selben Jahr,¹⁰⁵ wobei er insbesondere auch auf gesetzliche Ungereimtheiten bezüglich des Akteneinsichtsrechts der Verteidigung in Aufzeichnungen nach § 58a StPO¹⁰⁶ und die neue Möglichkeit der vorläufigen Tonbandaufzeichnung zur späteren Protokollanfertigung bei den Amtsgerichten hinwies.¹⁰⁷

2007 entschied das OLG Bremen,¹⁰⁸ dass es zulässig sei, Tonaufnahmen in der Hauptverhandlung anzufertigen, wenn durch das Abspielen jener Aufnahme in einem Parallelverfahren verhindert werden kann, dass in jenem Parallelverfahren die Richter des von der Tonaufzeichnung betroffenen Verfahrens – einer Haftsache – mit der Folge des § 22 Nr. 5 StPO vernommen werden müssen. Beachtlich für die Befassung mit der Thematik der Tonbandaufnahme zur Gedächtnisstütze war jene Entscheidung insoweit, als das OLG Bremen die Ansicht vertrat, die betroffenen Zeugen, deren Aussage aufgezeichnet wurde, hätten ihre Persönlichkeitsinteressen schon deshalb unterzuordnen, weil das Ausgangsverfahren in einer angemessen Zeit durchgeführt werden müsse und ohne die Aufzeichnung die Gefahr bestehe, dass die Richter selbst in anderer Sache als Zeugen aussagen müssten und damit in dem Ausgangsverfahren nach § 22 Nr. 5 StPO die Verfahrensaussetzung drohe. Diese Güterabwägung erscheint wegen der besonderen Gewichtung der Interessen des Angeklagten und einer funktionsfähigen Justiz nicht unbedenklich. Zudem nahm das OLG Bremen erneut Bezug auf die schon früher vertretene, aber mehrfach widersprochene Ansicht, dass eine Tonaufzeichnung keine grundsätzliche Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung befürchten lasse, da Tonaufzeichnungen inzwischen weit verbreitet und das technische Gerät dem modernen Menschen vertraut und gewohnt sei. Das OLG Bremen blieb indes wie schon die vormaligen Vertreter jener Ansicht einen empirischen Beleg dieser Behauptung schuldig. Zudem unterblieb die Überlegung, ob nicht gerade ein sich in der Öffentlichkeit verbreiterndes

105 StV 2004, 620 ff.

106 Ebd., 623.

107 Ebd., 624.

108 NSTz 2007, 481 ff.

Wissen um die Missbrauchsmöglichkeiten technisch erfasster Daten die Hemmschwelle eines Zeugen, seine Aussage auf Tonband zu sprechen, noch erhöhen kann.

Der Bundesgerichtshof befasste sich zuletzt 2011 |¹⁰⁹ mit der Thematik einer Tonbandaufzeichnung zur Gedächtnisstütze durch das Gericht. Ohne dass dies, soweit ersichtlich, Gegenstand einer Verfahrensrüge gewesen ist, wies der Senat darauf hin, dass zwar das Anfertigen von Ton- und – in diesem Zusammenhang erstmals erwähnt – Filmaufnahmen als Gedächtnisstütze des Gerichts grundsätzlich zulässig seien. Allerdings sei die Beauftragung eines nicht dem Spruchkörper angehörenden Richters damit, Teile der Hauptverhandlung zur Entlastung des Berichterstatters mitschreiben zu lassen, bedenklich, da Mitschriften stets auch subjektiv geprägt seien und deshalb, wenn nicht von Mitgliedern des Spruchkörpers angefertigt, keine Grundlage für die Beratung und Urteilsfassung bilden können.

Jüngst und letztmals führte schließlich *Rottländer* 2014 |¹¹⁰ aus, dass Ton- und Filmaufnahmen aus der Hauptverhandlung für justizinterne Zwecke zulässig seien, wenn sie vor Missbrauch und Veränderungen sicher geschützt seien. Andere Verfahrensbeteiligte dürften das Hauptverhandlungsgeschehen nicht heimlich aufzeichnen, dies könne ihnen aber vom Vorsitzenden gestattet werden. Allerdings bestehe kein Anspruch von Verfahrensbeteiligten darauf, gerichtsinterne Aufzeichnungen abzuhören, Kopien davon zu erhalten oder eigene Mitschnitte gestattet zu bekommen.

Rottländer fasste in seinen Ausführungen den aktuellen Stand zur Zulässigkeit von Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung aus seiner Sicht zusammen, bezog dabei aber teils einseitig Position. Vor allem behauptete *Rottländer* ohne nähere Begründung, dass die Tonbandaufnahmen auch ohne Zustimmung des Betroffenen zulässig seien. Dies überrascht trotz der Bezugnahme auf *Meyer-Goßner* insoweit, weil diese Ansicht jedenfalls in ihrer Allgemeinheit bereits seit den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als überholt angesehen werden muss.

Zuzustimmen ist indes der Ansicht *Rottländers*, dass interne Aufzeichnungen des Gerichtes jedenfalls de lege lata nicht Aktenbestandteil werden und den Verfahrensbeteiligten nicht zur Verfügung gestellt werden müssen. Dies ist, wie bei den Notizen des Berichterstatters, weder gesetzlich vorgesehen,

109 NSzZ 2012, 404.

110 NSzZ 2014, 138 f..

noch erforderlich, weil auch der Umfang der Aufzeichnung, so diese denn zulässig ist, im Belieben des Aufzeichnenden steht, ihr Umfang daher auch Rückschlüsse auf eine Würdigung der Relevanz einer Aussage durch den Aufzeichnenden zulässt und der Aufzeichnung zudem in keiner Weise irgendeine Beweisbedeutung zukommt. Auch müsste sich der Aufzeichnende, obwohl er die Aufzeichnung für eigene Zwecke vornimmt, mit leisen Kommentaren oder eventuellen kammerinternen Rückfragen zurückhalten, wenn die Gefahr bestünde, dass diese mit aufgezeichnet werden. Die Freiheit im Umgang mit dem eigenen Notizzettel muss sich jedoch in der Freiheit im Umgang mit der eigenen Tonaufzeichnung fortsetzen, wenn diese nur als Gedächtnisstütze dienen soll.

Wiederum zu widersprechen ist den Ausführungen *Rottländers*, soweit er in der Anfertigung von Tonaufzeichnungen durch Verfahrensbeteiligte in der Hauptverhandlung einen Verstoß gegen die Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden sieht. Es unterliegt zwar der Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden, ob er Aufzeichnungen zulässt, es ist aber nicht Teil der Sachleitung, diese dann auch durchzuführen. Abgesehen davon, dass *Rottländer* für seine diesbezügliche Ansicht eine Begründung schuldig bleibt, ist es nicht ersichtlich, inwieweit es Teil der Sachleitungsbefugnis sein sollte, in welcher Form und auf welche Weise sich Verfahrensbeteiligte – aus dem Kreis der zugelassenen Hilfsmittel – die Erinnerung an den Inhalt der Hauptverhandlung verschaffen.

Nicht frei von Kritik sind schließlich die weiteren Ausführungen *Rottländers*: Dass die Würdigung der Beweise ureigenste und alleinige Aufgabe des Gerichtes ist, trifft zwar zu, soweit es die Urteilsfindung betrifft. Sie ist aber in gleicher Weise auch Aufgabe der übrigen Verfahrensbeteiligten sowohl während der Hauptverhandlung etwa bei der Prüfung, ob bei einem gewissen Stand der Beweisaufnahme noch weitere Beweiserhebungen beantragt werden, als auch bei der Vornahme der Beweiswürdigung im Plädoyer.

Dass technische Hilfsmittel, die dem Gericht zur Verfügung stehen, nicht auch allen Verfahrensbeteiligten zur Verfügung gestellt werden müssen, trifft in Ermangelung einer entsprechenden Regelung in der StPO oder dem GVG ebenfalls zu und entspringt auch nicht dem Fair-Trial-Grundsatz. Besitzt ein Mitglied des Spruchkörpers die Fähigkeit, stenographisch mitschreiben zu können, muss deshalb nicht jedem Verfahrensbeteiligten ein Stenograph an die Seite gestellt werden. Digitalisieren die Mitglieder des Spruchkörpers die Akten und arbeiten in der Sitzung mit ihrem Laptop, muss deshalb nicht jedem anderen Verfahrensbeteiligten ein Laptop zur Verfügung gestellt werden. Dies bedeutet allerdings nur – und insoweit ist *Rottländer* zuzustimmen

–, dass die Verfahrensbeteiligten keinen Anspruch darauf haben, dass ihnen auf Kosten der Staatskasse ein Stenograph an die Seite oder dieselben technischen Mittel wie den Mitgliedern des Gerichts zur Verfügung gestellt wird.

Im Übrigen belässt es *Rottländer* bei einem Hinweis auf die Missbrauchsfahr im Fall einer abredewidrigen Weitergabe der Aufzeichnungen, die das Gericht nicht verhindern könne. Ein derartiger Generalverdacht gegen alle Verfahrensbeteiligten erscheint allerdings unbegründet, mag er im Einzelfall auch angezeigt sein. Dann aber ist er im Einzelfall zu begründen und die Aufzeichnung aus diesem Grund zu versagen. Wenn es allerdings gelingen sollte, Regelungen über die Zulässigkeit von Ton- oder Bild-Ton-Aufnahmen in der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze des Aufzeichnenden zu formulieren, die den Interessen aller Betroffenen ausreichend Rechnung tragen, ist ein pauschaler Missbrauchsvorwurf nicht geeignet, derartige Aufzeichnungen aus diesem Grund zu versagen.

Aktuelle Kommentierungslage

In den gängigen Kommentaren zum GVG wird die Aufzeichnung von Zeugenaussagen durch das Gericht regelmäßig als zulässig erachtet, wobei für die meisten Konstellationen eine Zustimmung der Person, deren Aussage aufgezeichnet werden soll, für nicht erforderlich gehalten wird. Differenziert betrachtet wird die Zulässigkeit und die gegebenenfalls dazu zu erfüllenden Voraussetzungen für die Aufzeichnung durch andere Verfahrensbeteiligte.

Meyer-Gofßner hält Ton- und Filmaufnahmen für gerichtsinterne Zwecke wie auch für Zwecke der Verteidigung für zulässig, sofern die Aufnahme vor Missbrauch und Fälschung gesichert wird. Dass das Gericht selbst die Aufnahme anfertige, sei nicht erforderlich, der Vorsitzende habe sie aber zu beaufsichtigen. Diese Aufnahmen könnten als Gedächtnisstütze bei der Verhandlungsleitung oder der Beratung, aber auch zur Vorbereitung für Beweisanträge oder die Plädoyers von Staatsanwaltschaft und Verteidigung oder für die Anfertigung des Plädoyers verwendet werden.¹¹¹ Einer Zustimmung der Beteiligten bedürfe es bei Tonaufnahmen nicht, bei Videoaufnahmen hingegen schon.¹¹² Tonbandaufnahmen durch die Staatsanwaltschaft und die Verteidigung dürften nicht heimlich erfolgen, wenn sie vor Missbrauch geschützt seien, »kann und wird ihm der Vorsitzende dies gestatten.«¹¹³

111 *Meyer-Gofßner/Schmitt*, a.a.O., § 169 GVG, Rn. 11.

112 Ebd., Rn. 13.

113 Ebd., Rn. 12.

Einer Begründung seiner Ansichten oder die Bestimmung der näheren Anforderungen an die Zulässigkeit von Ton- und/oder Bildaufnahmen im Einzelfall nimmt *Meyer-Goßner* nicht vor, so dass unerkannt bleibt, warum das Persönlichkeitsrecht der Beteiligten keinen Einfluss auf die Zulässigkeit von Tonaufnahmen haben soll. Unklar bleibt auch, ob *Meyer-Goßner* die Aufnahmen als Aktenbestandteil erachtet. Dass er die Möglichkeit sieht, dass mittels der Aufnahmen Beweisanträge und Plädoyers vorbereitet werden können, spricht dafür, dass er den Aufnahmen die Qualität von Aktenbestandteilen beimessen will.

Neben *Diemer* im Karlsruher Kommentar, der lediglich die Tonaufzeichnungen durch das Gericht erwähnt und diese ohne nähere Begründung auch ohne Einwilligung als zulässig erachtet, |¹¹⁴ schließen sich *Kissel/Mayer* ebenfalls den Ausführungen *Meyer-Goßners* an, |¹¹⁵ beleuchten darüber hinaus aber die Frage nach dem Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten und die Wahrheitserforschungspflicht des Gerichts. Dazu weisen sie darauf hin, dass sowohl eine Unkenntnis der Beteiligten über den Verwendungszweck oder deren fehlendes Einverständnis die Wahrheitserforschungspflicht beeinträchtigen könne. Bei einer Zustimmung zur Aufnahme sei diese Beeinträchtigung hingegen nicht zu befürchten. |¹¹⁶ Überraschenderweise erachten *Kissel/Mayer* dann aber die Aufnahme durch das Gericht auch ohne das Einverständnis der Person, deren Aussage aufgezeichnet werden soll, als zulässig, da die Bedürfnisse der Rechtspflege das Interesse des Sprechenden an der Wahrung seines Persönlichkeitsrechts und die Möglichkeit der Beeinflussung und der Verunsicherung des Aussagenden mit allen Folgen für Wahrheitsfindung und Verteidigungsverhalten abzuwägen seien. Besonders in Großverfahren sei die Notwendigkeit der Fixierung von Aussagen im Interesse der Wahrheitsfindung unabweisbar. |¹¹⁷

Offen bleibt dabei, mit welchem Argument die durch eine Fixierung der Aussage gewonnenen Vorteile für die Wahrheitsfindung die Gefahr für die Wahrheitsfindung, die sich im Einzelfall aus einer Verunsicherung des Sprechenden ergeben kann, überwiegen soll. Dass die Wahrheitsfindung besser gelingt, wenn durch die Aufnahme ein Zeuge zwar verunsichert wird, die Aussage des verunsicherten Zeugen dafür aber fixiert ist, dürfte eher fern liegen. Die Verunsicherungsgefahr dürfte nach der von *Kissel/Mayer* vertretenen Ansicht noch dadurch steigen, dass er auch die gegen den Willen des

114 *Diemer* in: Karlsruher Kommentar, StPO, 7. Auflage, 2013, § 169, Rn. 13.

115 *Kissel/Mayer*, a.a.O., § 169, Rn. 73 f.

116 Ebd., Rn. 74.

117 Ebd., Rn. 75.

Zeugen angelegte Aufnahme als Aktenbestandteil und damit als der Akten-einsicht aller anwaltlichen oder anwaltlich vertretenen Verfahrensbeteiligten zugänglich ansieht.

Selbst die Aufzeichnung einer Zeugenaussage durch andere Verfahrensbeteiligte erachten *Kissel/Mayer* auch gegen den Willen des Sprechenden als zulässig, da darin kein Unterschied zur ohnehin erlaubten stenographischen Mitschrift liege. Dies dürfe nur untersagt werden, wenn die Aufnahme den Sitzungsverlauf störe oder erkennbar die Wahrheitsermittlung gefährde.¹¹⁸ Die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts erwähnen *Kissel/Mayer* in diesem Zusammenhang nicht, weshalb verborgen bleibt, aus welchem Grund der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Sprechenden, dessen Wort auf eine für ihn in der Folge unkontrollierbare Weise fixiert wird, gerechtfertigt sein soll.

Differenziert setzt sich *Wickern* in Löwe-Rosenberg mit der Thematik auseinander, wobei auch er zunächst den vorgenannten Kommentatoren darin zustimmt, dass Aufzeichnungen durch das Gericht zur Gedächtnisstütze zulässig seien, diese aber gegen Missbrauch und Veränderungen zu sichern seien und darauf kein Anspruch seitens der Verfahrensbeteiligten bestehe.¹¹⁹ Grenzen der Zulässigkeit von Aufnahmen sieht *Wickern* dort, wo dadurch die Wahrheitsfindung beeinträchtigt oder Persönlichkeitsrechte verletzt werden könnten, was *Wickern* aber nur für in besonders gelagerten Ausnahmefällen denkbar hält. Dabei zieht er das Argument der Entpersonalisierung, wie es zuvor im Zusammenhang mit Ausführungen von Staatsanwälten und Richtern erörtert worden war, auch für Zeugen und Sachverständige heran. Deren Äußerungen seien in der Regel weit versachlicht und ohne Bezug zum besonders schützenswerten Persönlichkeitskern.¹²⁰ Zudem erachtet *Wickern* den Streit, ob es der Zustimmung des Sprechenden zu der Aufnahme bedürfe, durch die mit dem Zeugenschutzgesetz eingeführten §§ 58a, 168e und 247a Satz 4 StPO als gegenstandslos.¹²¹ Ein neben den sonstigen Voraussetzungen (Belehrung, keine Gefährdung der Wahrheitsfindung oder Verletzung von Persönlichkeitsrechten) bestehendes Zustimmungserfordernis der von der Aufnahme betroffenen aussagenden Person sieht *Wickern* indes für Aufnahmen durch andere Verfahrensbeteiligte, da bei diesen keine Gewähr gegen Missbrauch bestehe.¹²² Schließlich empfiehlt *Wickern* eine umfassende Protokollierung bei der Anfertigung von Aufzeichnungen, denen er nach

118 Ebd., Rn. 80.

119 *Wickern* in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, 2010, § 169 GVG, Rn. 46.

120 Ebd., Rn. 48.

121 Ebd., Rn. 47.

122 Ebd., Rn. 49.

der Anfertigung Aktenbestandteilqualität beimit, wegen der Beweismittelähnlichkeit aber eine Aushändigung zur Mitnahme an den Verteidiger ablehnt. |¹²³

Wenngleich sich *Wickern* im Vergleich zu den anderen Kommentatoren deutlich differenzierter mit der Thematik der Aufzeichnungen zur Gedächtnisstütze befasst, bestehen doch gegen die von ihm vertretene Ansicht, dass es der Zustimmung der Verfahrensbeteiligten nicht bedürfe, jene früher strittige Frage sogar gegenstandslos sei, erhebliche Bedenken:

Mit dem Zeugenschutzgesetz sind zwar mehrere Normen in die StPO eingeführt worden, die Aufzeichnungen von Zeugenaussagen auch gegen deren Willen zulassen. Daraus lässt sich indes entgegen *Wickern* nicht entnehmen, dass es nun in keinem Fall gerichtlicher Aufzeichnungen mehr der Zustimmung durch die Aufzunehmenden bedarf. Für die Aufzeichnungen in der Hauptverhandlung und dem sich daraus ergebenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Person fehlt es gerade an einer gesetzlichen Grundlage, wie sie für andere Fälle durch das Zeugenschutzgesetz eingeführt worden sind. Eine Analogie scheidet zum einen aus, da es sich nicht um eine planwidrige Lücke handelt, zum anderen sind die Zwecke, die durch die Aufzeichnungen verfolgt werden (Opferschutz und Sicherung der Aussage für das weitere Verfahren mit Beweismittelqualität einerseits, Gedächtnisstütze andererseits), nicht vergleichbar.

Zu widersprechen ist zudem der Ansicht *Wickerns*, dass Aussagen von Zeugen in der Regel weit versachlicht sind: Gerade der Zeugenbeweis dient dazu, Beweis über Tatsachen zu führen, die der persönlichen Kenntnisnahme des Zeugen zugänglich waren. Über diese persönliche Kenntnisnahme und deren nähere Umstände hat ein Zeuge zu berichten, mithin gerade nicht über von seiner Person »trennbare« Tatsachen, wie es bei den Ausführungen des Staatsanwalts, auch des Verteidigers oder des Gerichtes der Fall ist. Darüber hinaus kommt es nicht darauf an, ob die Umstände, die ein Zeuge bekundet, zu seinem schützenswerten Persönlichkeitskern gehören, vielmehr darauf, dass gegebenenfalls die Aufzeichnung seiner Aussage selbst einen gegen ihn erzwungenen Eingriff auf sein Recht am eigenen Wort darstellt.

Zusammenfassung

Es ist unklar, weshalb die Thematik der Tonbandaufzeichnung zur Gedächtnisstütze zunehmend aus dem Fokus von Rechtsprechung und Literatur verschwindet. Dies mag daran liegen, dass die Aufzeichnungswünsche in

123 Ebd., Rn. 50.

der Praxis trotz immer weiter verbesserter Technik kaum vorkommen, oder daran, dass sie überwiegend in einer praktikablen Weise im Einzelfall geregelt werden können. Möglicherweise ist die Diskussion auch schlicht durch die zunehmend erhobene Forderung nach einer Videodokumentation der gesamten Hauptverhandlung überlagert, die, würde sie Realität, jede Forderung nach einer Aufzeichnung zur Gedächtnisstütze entbehrlich machen würde.

Bis dahin aber bleibt die Frage zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnungen der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze schon heute als zulässig gelten dürfte.

Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen und Anmerkungen zu den dargestellten Gerichtsentscheidungen und in der Literatur vertretenen Ansichten lässt sich dies wie folgt beantworten:

- die Anfertigung von Ton- oder Bild-Ton-Aufzeichnungen (von Teilen) der Hauptverhandlung zur Gedächtnisstütze für Mitglieder des Gerichts oder Verfahrensbeteiligte ist gesetzlich nicht verboten;
- über die Gestattung entsprechender Aufzeichnungen entscheidet der Vorsitzende im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis nach pflichtgemäßem Ermessen;
- die Gestattung ist nur zulässig, wenn alle von der Aufnahme betroffenen Gerichtsmitglieder, Verfahrensbeteiligten und Aussagepersonen mit der Aufzeichnung einverstanden sind, wobei zum Kreis der Betroffenen auch die Personen gehören, die sich in dem aufzuzeichnenden Verfahrensteil mit Anträgen oder Zwischenfragen zu Wort melden könnten;
- die Abgabe des jeweiligen Einverständnisses ist freiwillig, muss nicht begründet werden und ist nicht erzwingbar;
- macht eine Person, deren Einverständnis für die Aufzeichnung erforderlich ist, ihr Einverständnis von bestimmten Voraussetzungen abhängig (z.B. einer anwaltlichen Versicherung, dass die Aufzeichnung nicht weiter gegeben wird), ist eine Zusage, diese Voraussetzung zu erfüllen, im Hauptverhandlungsprotokoll zu vermerken;
- bei Bildaufnahmen muss ausgeschlossen sein, dass Personen, die die Öffentlichkeit darstellen, wie auch sonstige Gerichtsbedienstete (etwa Protokollführer, Wachtmeister) ohne deren Einverständnis aufgenommen werden;
- bei der Aufzeichnung muss ausgeschlossen sein, dass das nicht öffentlich gesprochene Wort (Zwischenberatung der Richter/Schöffen, Verteidiger-

- gespräch mit Angeklagtem pp.) von anderen Personen aufgezeichnet wird;
- auch bei Vorliegen des allseitigen Einverständnisses ist die Gestattung zu versagen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Mitglied des Gerichts, ein Verfahrensbeteiligter oder eine Aussageperson durch die Aufzeichnung in seinem/ihrem Verhalten in einer die Wahrheitsfindung beeinträchtigenden Weise beeinflusst wird;
 - die Gestattung ist zudem zu versagen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Aufzeichnungen zur Information von noch nicht vernommenen Zeugen oder gesondert verfolgten Beschuldigten der verfahrensgegenständlichen Taten dienen oder zu ähnlichen, die polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Ermittlungen oder die Wahrheitsfindung beeinträchtigenden Zwecken verwendet werden sollen;
 - jeder Aufzeichnende ist in der inhaltlichen Gestaltung und dem Umfang der Aufzeichnung frei;
 - jeder Aufzeichnende hat die Aufzeichnung auf eigene Kosten durchzuführen und eigene technische Mittel dafür zu verwenden, für deren Funktionsweise er selbst verantwortlich ist;
 - durch die Aufzeichnungsgeräte darf kein den Verfahrensablauf störender Einfluss ausgehen (Sichtbehinderung, Geräusentwicklung pp.);
 - auch bei gestatteter Aufzeichnung kann niemand gezwungen werden, sein Redeverhalten so zu gestalten, dass die gewünschte Aufzeichnung erfolgen kann, etwa gezielt in ein Mikrofon zu sprechen;
 - Aufzeichnungen sind, unabhängig von dem Aufzeichnenden, nicht zur Akte zu nehmen und müssen nicht aufbewahrt werden;
 - ein Anspruch darauf, Aufzeichnungen anderen zugänglich zu machen, besteht nicht.

Dr. Iris-Maria Killinger

Haftentschädigung nach Art. 5 Abs. 5 EMRK

Einleitung

Ich soll heute kritische Bemerkungen zum Entschädigungsrecht nach StrEG (Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen) machen. Das ist einfach. Das StrEG ist ein altmodisches Gesetz, es ist ein kompliziertes Gesetz, und es ist ein Gesetz, das in der täglichen Praxis nicht selten missbraucht wird. Es ist ein teilweise konventionswidriges Gesetz. Und natürlich ist die sog. Schmerzensgeldpauschale für Freiheitsentziehungen in Höhe von 25,- Euro pro Tag zu niedrig. Zu allem Überfluss muss man die Entschädigungsansprüche bei der Staatsanwaltschaft geltend machen – die nun ausgerechnet jene finanziell entschädigen muss, die sie noch kurz zuvor verfolgt hat. Das ist eine schlechte Regelung, wie das StrEG insgesamt ein schlechtes und reformbedürftiges Gesetz ist. Dies aber nur am Rande und in Erfüllung meiner Aufgabe, kritische Bemerkungen zum StrEG zu machen.

Denn abseits von aller holzschnittartigen Polemik, zu der man gezwungen ist, wenn man nur 20 Minuten Zeit hat, muss man sich die Frage stellen, welchen Anwendungsbereich das StrEG eigentlich hat. Warum muss man sich das fragen? Man muss sich das fragen, weil es neben dem StrEG noch andere Haftentschädigungsregelungen gibt, die in der Strafverteidigungspraxis bislang eine zu geringe Rolle spielen.

**StrEG: Haftung für »unschuldig erlittene« Untersuchungshaft,
nicht für »rechtswidrig erlittene Untersuchungshaft«**

Entscheidend für das Verständnis ist, dass es für die Anwendbarkeit des StrEG nicht darauf ankommt, ob eine Strafverfolgungsmaßnahme rechtmäßig war. Das StrEG koppelt Entschädigungsleistungen an das Ergebnis des Strafverfahrens. Gezahlt wird grundsätzlich nur für »unschuldig erlittene« Untersuchungshaft bzw. Strafverfolgung – also bei Freispruch, Freispruch nach Wiederaufnahme und manchmal bei Einstellung des Verfahrens. Ob die Strafverfolgungsmaßnahme rechtmäßig war, ist also für die Entschädigungsleistung nach StrEG vollkommen unerheblich.

Haftet der Staat für »rechtswidrig erlittene« Untersuchungshaft?

Aber was ist, wenn die Untersuchungshaft nicht hätte angeordnet werden dürfen? Was ist, wenn keine Fluchtgefahr bestand? Was, wenn kein dringender Tatverdacht vorlag, was, wenn der Mandant hätte verschont werden müssen? Haftet der Staat in diesen Fällen für die rechtswidrige Ausübung von Hoheitsgewalt durch Richter? Oder hat der Betroffene einfach Pech?

Nach den entschädigungsrechtlichen Folgen für gesetzwidrige Strafverfolgungsmaßnahmen fragen wir Strafverteidiger selten. Dies liegt daran, dass wir konditioniert sind darauf zu denken, dass illegale Strafverfolgung durch den Staat keine entschädigungsrechtlichen Folgen hat. Es gilt als so gut wie unmöglich, Entschädigungsansprüche, die darauf gestützt sind, dass eine Untersuchungshaft, eine Durchsuchung, ein dinglicher Arrest o.ä. nicht rechtmäßig waren, erfolgreich durchzusetzen. Es gibt auch einen Grund dafür, warum wir darauf konditioniert sind, so zu denken, und dieser Grund heißt § 839 BGB.

§ 839 BGB ist die zentrale Anspruchsgrundlage im deutschen Staatshaftungsrecht. § 839 BGB ist gleichzeitig ein Schreckbild für jeden, der meint, der Staat, der ihn falsch oder rechtswidrig behandelt hat, müsste ihn deswegen entschädigen. Denn § 839 BGB – eine Vorschrift aus vorkonstitutionellen Zeiten – birgt so viele Hürden und Fallstricke, dass es in der Anwaltschaft zu Recht als wenig aussichtsreich gilt, auf dessen Basis Amtshaftungsansprüche für rechtswidrige Strafverfolgungsmaßnahmen geltend zu machen. Das fängt damit an, dass die Rechtsprechung dem handelnden Amtsträger bei der Beurteilung von Rechtsfragen einen weiten und nicht justitiablen Beurteilungsspielraum zuerkennt. Das setzt sich fort mit umfassenden gesetzlichen Haftungsprivilegien für die Richterschaft. Das gipfelt in einer sehr richterfreundlichen Rechtsprechung, die weit über den Wortlaut von § 839 hinausgeht und dazu führt, dass man den handelnden Strafverfolgungsorganen kein »Verschulden« wird nachweisen können – das »Schuldprinzip« ist die tragende Anspruchsvoraussetzung des § 839 BGB. Als Anwalt hält man daher bei der Subsumtion schnell und frustriert inne und wird einem Mandanten, der bspw. vier Monate in Untersuchungshaft verbringen musste, obwohl kein Haftgrund vorlag, davon abraten, deswegen Staatshaftungsansprüche geltend zu machen.

Genau dies ist die Beratungssituation, auf die wir derzeit noch in den Strafverteidigerkanzleien treffen, dies ist, was die Haftrichter und Staatsanwälte denken, und dies ist, was die einschlägigen Lehr- und Praxishandbücher schreiben.

Wir haben in Deutschland gleichzeitig die Situation, dass immer noch – wie seit eh und je – beklagt wird (und zwar zu Recht), dass Untersuchungshaft häufig ungesetzlich angeordnet und vollstreckt wird. Es gibt ungezählte Werke und Aufsätze, die sich mit dem Phänomen der sog. *apokryphen Haftgründe* auseinandersetzen. Es ist geradezu klassisch, Fluchtgefahr zu unterstellen, in Wirklichkeit aber damit Beugehaft anzuordnen, mit der die Geständnisbereitschaft eines Untersuchungsgefangenen gefördert werden soll; oder dem Druck der Öffentlichkeit nachzugeben – einer Öffentlichkeit, die häufig erst durch die professionelle PR-Arbeit der Staatsanwaltschaften erzeugt wird. Diese Praxis, Untersuchungshaft unter dem Deckmantel des Rechts anzuordnen, die in Wirklichkeit aber außerrechtlich motiviert ist, ist alt. Hierüber witzelte schon 1904 der *Simplicissimus*, und das Problem besteht – man wundert sich – bis heute, 2015. Der Strafverteidigertag hat sich zuletzt in Freiburg 2013 mit der ungesetzlichen, der »apokryphen« Untersuchungshaft befasst.¹ Wir diskutieren jetzt wieder darüber, und wir sind wieder der Meinung, dass man die gesetzwidrige Haftpraxis scheinbar nur durch eine Reform der StPO bekämpfen kann.

Art. 5 Abs. 5 EMRK

Ich sage hier »scheinbar«, weil diese seit Jahrzehnten beklagte rechtswidrige Untersuchungshaftpraxis tatsächlich auch mit fiskalischen Mitteln bekämpft werden kann. Denn es gibt effektiven Sekundärrechtsschutz gegen rechtswidrige Untersuchungshaft. Der Staat haftet umfänglich für rechtswidrige Freiheitsentziehungen. Die verantwortlichen Richter und Staatsanwälte könnten nach deutschem Recht auch persönlich zur Verantwortung gezogen werden. Und dies liegt an Art.5 Abs. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).

Art. 5 Abs. 5 EMRK gewährt dem rechtswidrig Inhaftierten einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch. Dieser Schadensersatzanspruch ist innerstaatlich bei den deutschen Zivilgerichten einzuklagen. Was heißt das? § 839 BGB hat im Bereich der rechtswidrigen Freiheitsentziehung tatsächlich keinerlei Bedeutung. Art.5 Abs. 5 EMRK ist gegenüber § 839 BGB *lex specialis* und hat schon vor 60 Jahren das Recht der Entschädigung für rechtswidrige Freiheitsentziehungen in einer kleinen und stillen Revolution radikal vereinfacht.

¹ Vgl. die Beiträge von *Eidam* (75ff.), *Allgeier* (85ff.) und *Nobis* (91ff.) in Schriftenreihe Der Strafverteidigervereinigungen, Band 37, Abschied von der Wahrheitssuche, Ergebnisse des 37. Strafverteidigertages, Berlin 2015

Das ist bislang wenig bekannt, jedenfalls für das Strafverfahren. Ich habe die Hoffnung, dass man dem – ich zitiere jetzt einen Spiegel-Artikel² aus dem Jahre 1964, über 50 Jahre her! – »Unrecht der Untersuchungshaft, vor dem schon Generationen deutscher Anwälte resignierten«, mit finanziellem Druck begegnen kann. Auch jetzt noch, mehr als 60 Jahre nach dem Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Ich denke, dass die von uns Strafverteidigern bislang selten genutzte Vorschrift ein sehr geeignetes Instrument ist, um ein paar alte, liebgewonnene richterliche Gepflogenheiten im Haftverfahren aufzubrechen. Dies gilt insbesondere für die sog. apokryphen Haftgründe, für die bei einer konsequenten Anwendung des Art. 5 Abs. 5 EMRK durch die Anwälte, durch die Verteidiger bald kein Raum mehr sein dürfte.

Wie geht das?

Nach Art. 5 Abs. 5 EMRK hat jede Person, die »unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist«, Anspruch auf Schadensersatz. Wenn man Art.5 Abs.5 EMRK liest, weiß man nicht so recht etwas damit anzufangen. Der Text steht in einem völkerrechtlichen Vertrag. In diesem Vertrag finden sich keine Prozessregeln dazu, wo und wie man den Schadensersatz geltend macht. Man weiß also nicht so recht, wie die Vorschrift einzuordnen ist und wo der Schadensersatz herkommen soll. Man denkt daher unwillkürlich: Schadensersatz aus Art. 5 Abs. 5 EMRK muss irgendwie mit einem Urteilsspruch des EGMR zusammenhängen, und man muss den Anspruch dort auch geltend machen. Dem ist aber nicht so: Art. 5 Abs. 5 EMRK ist nach der Absicht des Gesetzgebers und nach einhelliger – vom III. Zivilsenat des BGH in ständiger Rechtsprechung vertretenen – Ansicht ein Anspruch, der unmittelbar bei den nationalen Gerichten einzuklagen ist. Art. 5 Abs. 5 EMRK ist daher eine normale zivilrechtliche Anspruchsgrundlage. Zu Art.5 Abs.5 EMRK gibt es drei Leitentscheidungen des III. Zivilsenats des BGH³ aus dem Jahre 1966 – das ist etwa 50 Jahre her. Nach dieser Rechtsprechung hat jeder, der entgegen den Bestimmungen des Art. 5 der Konvention von Haft betroffen ist, gemäß Art. 5 Abs. 5 EMRK »Anspruch auf Schadensersatz«. Dieser Schadensersatzanspruch wird unmittelbar durch die Konvention selbst konstituiert. Geltend zu machen ist der Anspruch im eigenen Land, vor den eigenen Gerichten. Zuständig sind die Zivilgerichte.

² Der Spiegel, Ausgabe vom 18.3.1964

³ BGHZ 45, 30; BGHZ, 45, 46; BGHZ 45, 58

Was ist daran so *revolutionär*? Hierzu fällt mir viel ein, aber ich möchte mich auf einen Aspekt beschränken: Revolutionär ist, dass Art. 5 Abs. 5 EMRK das Verschuldensprinzip des § 839 BGB aushebelt! Es kommt nach ganz gefestigter zivilgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen des Art. 5 Abs. 5 EMRK lediglich darauf an, dass der Betroffene rechts- bzw. konventionswidrig inhaftiert wurde. Ein Verschulden der handelnden Staatsdiener – also der Richter oder Staatsanwälte – ist nicht erforderlich für die Anspruchsentstehung. Es handelt sich um eine reine Rechtswidrigkeitshaftung – etwas, das der deutschen Rechtsordnung eigentlich vollkommen fremd ist. Haftungsprivilegien, insbesondere auch das Richterprivileg, spielen für Art. 5 Abs. 5 EMRK keine Rolle.

Was heißt das? Ganz entscheidend für das Verständnis von Art. 5 Abs. 5 EMRK ist, dass die Verletzung des innerstaatlichen Rechts ausreicht, um einen innerstaatlichen Haftentschädigungsanspruch zu begründen. Die Konvention verweist in Art. 5 auf das innerstaatliche Recht. Vereinfacht gesagt definiert das innerstaatliche Recht, unter welchen Voraussetzungen eine Inhaftierung konventionsgemäß ist. Wenn eine Inhaftierung nach innerstaatlichem Recht rechtswidrig ist, verletzt dies mittelbar Art. 5 EMRK und ist daher gemäß Art. 5 Abs. 5 EMRK ausgleichspflichtig. Dies bedeutet: Wenn die in den §§ 112ff. StPO normierten Voraussetzungen für den Erlass eines Untersuchungshaftbefehls nicht vorliegen, bspw. weil es in Wirklichkeit gar keinen dringenden Tatverdacht gibt, verletzt die Untersuchungshaft auch Art. 5 EMRK. Sie ist dann rechts- und konventionswidrig – und schadensersatzpflichtig. Der Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK entsteht genau in dem Zeitpunkt, ab dem Haft ohne Rechtsgrundlage vollzogen wird.

Es liegt auf der Hand, dass die Bestimmung dieses Zeitpunkts Schwierigkeiten bereiten wird – aber diesem Problem können wir uns heute nicht zuwenden.

StrEG regelt das Haftentschädigungsrecht nicht abschließend

Ganz entscheidend für das anwaltliche Verständnis ist, dass das StrEG keine abschließende Regelung darstellt. Ansprüche aus Art. 5 Abs. 5 EMRK können neben dem StrEG geltend gemacht werden – eine Tatsache, die den III. Zivilsenat des BGH bereits in den 60er Jahren irritierte. So warnte der damalige Vorsitzende des III. Zivilsenats in der Deutschen Richterzeitung, dass

»die Möglichkeiten, die die Konvention für die Entschädigung gewährt, unter Anwälten und Strafverteidigern noch nicht hinreichend bekannt sein (dürften), werden sie aber bekannt und infolgedessen in Zukunft in größerem Umfange geltend gemacht, so kann das dazu führen, dass die im Entwurf erstrebte

baldige Befriedung in vielen Fällen hinfällig wird, denn um Fristen, Formen und sonstige Einschränkungen des neuen Gesetzes braucht der Betroffene sich nicht kümmern«. |⁴

Die befürchtete Flut von Schadensersatzprozessen blieb allerdings aus. Die »Möglichkeiten, die die Konvention für die Entschädigung gewährt«, sind jedenfalls den Strafverteidigern bis heute nicht hinreichend bekannt.

Wie hoch ist der Schadensersatz aus Art. 5 Abs. 5 EMRK?

Wichtige Anschlussfrage ist in diesem Zusammenhang natürlich: In welcher Höhe wird aus Art. 5 Abs. 5 EMRK entschädigt? Gibt es mehr als 25 Euro Schmerzensgeld am Tag? Die Antwort ist: Jein. Der Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK hat nichts mit dem StrEG zu tun. Er ist deshalb nicht an die Grenzen des StrEG gebunden – nicht nach oben, aber auch nicht nach unten.

Art. 5 Abs. 5 EMRK begründet einen »Anspruch auf Schadensersatz«. Dies bedeutet nach gefestigter Rechtsprechung, dass voller zivilrechtlicher Schadensersatz zu leisten ist. Zu ersetzen sind also einerseits sämtliche materiellen Schäden (hierzu gehören bspw. auch die Verteidigerkosten, die zur Bekämpfung der rechtswidrigen Freiheitsentziehung aufgewendet wurden – sie sind ein Teil des durch die rechtswidrige Freiheitsentziehung verursachten Schadens). Zu ersetzen sind andererseits sämtliche immateriellen Schäden (»Schmerzensgeld«). Eine spannende Frage ist: Wie bemisst man das Schmerzensgeld für den rechtswidrigen Verlust der persönlichen Freiheit? Kostet ein Tag 2.000 Euro? 11.000 Euro? 11 Euro? 25 Euro? Spielt eine Rolle, ob man dem Wahnsinn verfällt, sich die Freundin abwendet, die Medien hämisch berichten? Spielt eine Rolle, ob man die Tat begangen hat?

Mit all diesen Aspekten wird sich ein Zivilrichter auseinandersetzen müssen. Es gelten die Prozessregeln des Zivilrechts, sodass man hierzu ggf. entsprechend vortragen muss. Es sind psychische und physische Belastungen, das Herausreißen aus dem gewohnten sozialen Umfeld, nachteilige Folgen für die seelische Verfassung, die Dauer der Freiheitsentziehung, die Beeinträchtigung des Erwerbs- und Berufslebens und die Belastung des Rufs im Freundes- und Bekanntenkreis sowie in der Öffentlichkeit zu beachten. Es gibt für einen Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK keinen »Deckel« – weder nach unten noch nach oben.

Es gibt eine Vielzahl von Fallbeispielen, in denen für die rechtswidrige Entziehung der persönlichen Freiheit Entschädigungszahlungen von 200,00

⁴ DRiZ 1970, 192

Euro bis 2.500,00 Euro pro Tag zu leisten waren.⁵ Sehr plakativ ist eine Entscheidung des Kammergerichts Berlin: Dieses verurteilte eine Berliner Strafverteidigerin in einem Anwaltshaftungsprozess zur Zahlung eines Schmerzensgelds von insgesamt ca. € 6.750,00 (etwa € 85,00 pro Tag für 76 Tage Untersuchungshaft) an ihren ehemaligen Mandanten. Sie hatte versäumt, einen Antrag auf Verlegung des Termins zur Hauptverhandlung zu stellen und den Mandanten über das Risiko einer Verhaftung bei Terminversäumnis aufzuklären. 85 Euro Schmerzensgeld also am Tag trotz eines erheblichen Mitverschuldens des Klägers – ob die Richter diesen Betrag auch ausgeteilt hätten, wenn nicht ein Anwalt, sondern der Staat verklagt worden wäre?

Verjährung

Kurz zur Verjährung – ein großes Thema bei Art. 5 Abs. 5 EMRK. Der BGH hat in den 60er Jahren gegen die damals im Schrifttum herrschende Auffassung den Anspruch als deliktsähnlich eingestuft mit der Folge, dass er einer dreijährigen Verjährung unterliegen soll – anders als sonstige Staatshaftungsansprüche, die (trotz der Schuldrechtsreform bis heute) erst nach 30 Jahren verjähren. Ich bin der festen Überzeugung, dass der BGH allein aus fiskalpolitischen Gründen den Anspruch der dreijährigen Verjährung unterworfen hat und halte diese richterliche Verjährungsregel für juristisch falsch⁶. Der Staat spart enorm, da er nicht über den Anspruch belehrt, ihn kaum einer kennt und daher in vielen Fällen Verjährung eingetreten ist. Eine rechtsstaatlich sehr problematische Situation.

Reformvorschläge

Der Strafverteidigertag 2015 steht unter dem Motto »Reform«. Welche Reformvorschläge mache ich? Reformieren wir doch einfach mal unser *Denken*. Nutzen wir das Zivilrecht, das Staatshaftungsrecht. Achten wir darauf, dass Rechtsbrüche im Strafverfahren, im Haftverfahren offengelegt und festgestellt werden. Erwecken wir den Anspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK zum Leben, indem wir ihn geltend machen – bei den zuständigen Justizbehörden und ggf. bei den Zivilgerichten. Das Feld ist offen.

⁵ Fallnachweise bei *Killinger*, Staatshaftung für rechtswidrige Untersuchungshaft, 2015, S. 135 ff., S. 78 f.

⁶ hierzu umfassend *Killinger*, a.a.O., S. 149 ff.

Der Vollzug der Untersuchungshaft

Der Vollzug der Untersuchungshaft liegt seit jeher »im Schatten des Rechts- und Sozialstaats«¹ und – wie ich meine – auch nicht hinreichend im Blickfeld der Verteidigung. In diesem Schattenreich divergieren Sollen und Sein und daran könnten – das stelle ich zur Diskussion – auch wir Verteidiger eine Mitschuld tragen.

I. Zum verfassungsrechtlichen Sollen:

Untersuchungshaft ist Freiheitsberaubung an einem Unschuldigen.² Der Untersuchungsgefangene darf daher nur unvermeidlichen Beschränkungen unterworfen werden.³ Unvermeidlich ist ein Eingriff in die Rechte des Inhaftierten nur dann, wenn er zur Abwehr einer konkreten Gefahr für den Haftzweck oder die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt geeignet, erforderlich und auch im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss daher die Ausgestaltung der Haftbedingungen maßgeblich prägen, und zwar sowohl die gesetzliche Regelung als auch deren praktische Umsetzung.⁴

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Eingriffs in die Grundrechte des Untersuchungsgefangenen ist zunächst eine reale Gefährdung des Haftzweckes oder der Sicherheit und Ordnung der Anstalt. Für das Vorliegen einer solchen Gefahr müssen bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte bestehen.⁵ Die bloß abstrakte, theoretisch nie auszuschließende Möglichkeit, dass ein Untersuchungsgefangener seine Freiheit missbraucht, reicht grundsätzlich nicht aus, Eingriffe in seine Rechte zu rechtfertigen.⁶

1 *Müller-Dietz*, StV 1984, 79.

2 *Hassemer*, StV 1984, 38, 40.

3 St. Rspr. d. BVerfG, s. z.B. BVerfG, Beschl. v. 30.10.2014, 2 BvR 1513/14, StraFo 2015, 59 m.w.N.

4 BVerfGE 34, 369, 380; BVerfG StraFo 2015, 59, 60 m.w.N.

5 BVerfGE 35, 5, 10; 42, 234, 236; 57, 170, 177.

6 BVerfG 35, 5, 10; BVerfG StraFo 2015, 59, 60 m.w.N.

Anders gewendet: Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Haftbedingungen ist – zivilistisch gesprochen – die Darlegungs- und Beweislast umgekehrt. Die Rechte des inhaftierten Bürgers bilden die maßstabgebende Regel. Jede Beschränkung dieser Regel stellt eine begründungsbedürftige Ausnahme dar, die nur im Fall einer konkreten Gefährdung der Zwecke der Untersuchungshaft oder der Sicherheit und Ordnung der Haftanstalt gerechtfertigt sein kann.

Dies schließt generelle Anordnungen – d.h. auch solche, die für alle Untersuchungsgefangene gelten – nicht aus. Solche allgemeinen Beschränkungen sind aber nur dann zulässig, wenn einer realen Gefährdung der Haftzwecke oder der Sicherheit und Ordnung nicht durch einzelne Maßnahmen hinreichend begegnet werden kann. Auch in solchen Ausnahmefällen gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit »Gegenausnahmen« für den Einzelfall, soweit dies ohne konkrete Gefährdung der Haftzwecke oder der Sicherheit und Ordnung der Anstalt möglich ist.⁷

II. Zum Sein:

Diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen wird der Vollzug der Untersuchungshaft partiell nicht gerecht. Dies möchte ich exemplarisch belegen mit einem äußerst praktischen und auch uns Verteidiger betreffenden Fall aus dem Bereich der Beschränkungen nach § 119 StPO und einem weiteren Fall aus dem Bereich der Landesuntersuchungshaftvollzugsgesetze.

Zur Erinnerung: Nachdem der Untersuchungshaftvollzug nunmehr Ländersache ist, beschränkt sich die bundesgesetzliche Regelung des § 119 Abs. 1 StPO auf Maßnahmen, die zur Abwehr einer Gefährdung der Haftzwecke erforderlich sind. Die U-Haftvollzugsgesetze der Länder ermöglichen hingegen Restriktionen mit dem Zweck, die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt aufrechtzuerhalten. Lassen Sie mich mit Letzterem anfangen:

1. Paketempfang

§ 23 Abs. 1 S. 1 UVollzG NRW⁸ statuiert das Recht des Untersuchungsgefangenen, nach näherer Maßgabe der Anstalt Pakete zu empfangen. § 23 Abs. 2 S. 1 UVollzG NRW sieht eine dem StVollzG angeglichene Regelung des Empfangs und der Kontrolle von Paketsendungen vor, die einen Missbrauch verhindern

⁷ BVerfG StV 2013, 521, 523; *Piel et al.*, ZRP 2009, 33, 34.

⁸ Soweit ersichtlich haben sämtliche Landesgesetze zum Vollzug der Untersuchungshaft entsprechende Regelungen.

soll: Die Pakete sind in Gegenwart des Untersuchungsgefangenen, an den sie adressiert sind, zu öffnen. Gegenstände, die geeignet sind, die Sicherheit und Ordnung der Anstalt zu gefährden, werden nach § 23 Abs. 2 S. 2 UVollzG NRW ausgeschlossen und entweder zur Habe des Gefangenen genommen oder zurückgeschickt oder – als ultima ratio – vernichtet. So weit, so gut.

Nicht gut und evident verfassungswidrig ist hingegen der generelle und ausnahmslose Ausschluss des Empfangs von Nahrungs- und Genussmitteln in § 23 Abs. 1 S. 2 UVollzG NRW. Entsprechende Verbote finden sich in nahezu allen anderen Bundesländern.⁹ So heißt es etwa in § 41 Abs. 1 S. 1 UVollzG Schleswig-Holstein:

»Der Empfang von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln ist den Untersuchungsgefangenen nicht gestattet.«

Schon vor dem Hintergrund der gesetzlich vorgesehenen Inhaltskontrolle ist der totale und ausnahmslose Ausschluss des Empfangs von Nahrungs- und Genussmitteln unverhältnismäßig. Bis zum Inkrafttreten des UVollzG NRW waren solche Sendungen nach § 39 Abs. 1 S. 1 UVollzO statthaft. Das jetzige Totalverbot konterkariert das fundamentale Verfassungsprinzip, dass Untersuchungsgefangene als unschuldig gelten und nur unvermeidlichen Beschränkungen unterworfen werden dürfen. Der Verweis in der Gesetzesbegründung¹⁰ auf bestehende differenzierte und umfangreiche Einkaufsmöglichkeiten in der Anstalt verkennt, dass der Paketverkehr nicht nur einen materiellen, sondern auch einen ideellen Zweck verfolgt.¹¹

Gänzlich grotesk erscheint das Verbot, wenn man sich die entsprechende Regelung im Strafvollzug vor Augen führt: § 33 Abs. 1 S. 1 (Bundes-)StVollzG gewährleistet (noch) das Recht des Gefangenen, dreimal jährlich in angemessenen Abständen ein Paket mit Nahrungs- und Genussmitteln zu empfangen.¹² Nach § 33 Abs. 1 S. 3 StVollzG ist der Bezug weiterer Pakete möglich, bedarf aber der Erlaubnis. Diese Gewährleistung des Empfangs von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln ist etwa in Sachsen-Anhalt, das noch kein Landesstrafvollzugsgesetz verabschiedet hat, noch heute in Kraft.

9 Eine Ausnahme findet sich in Brandenburg, vgl. § 45 BbgJVollzG.

10 Reg.E. LT-Drs. 14/8631, S. 59.

11 LR-Hilger, StPO, 26. Aufl., § 119 Rn. 46.

12 Einen dem UVollzG entsprechenden Ausschluss des Empfangs von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln sehen allerdings die neuen, zwischenzeitlich in Kraft getretenen Strafvollzugsgesetze der Länder vor, vgl. z.B. § 28 Abs. 1 StrVollzG NRW v. 13.1.2015; s.a. § 39 Abs. 1 S. 2 JStVollzG.

Untersuchungsgefangene ohne sachlichen Grund schlechter zu stellen als Strafgefangene, verstößt eklatant gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Stehen schließlich Paketsendungen von Angehörigen in Rede, verletzt der ausnahmslose Ausschluss auch Art. 6 Abs. 1 GG. Die genannte Regelung im Strafvollzug belegt aber überdies, dass der Empfang von Nahrungs- und Genussmitteln grundsätzlich mit der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt vereinbar ist. Der Ausschluss ist nicht der Sicherheit und Ordnung geschuldet, sondern dem personellen und finanziellen Aufwand, der mit den erforderlichen Kontrollen einhergeht. Das Bestreben, Verwaltungsaufwand zu minimieren, rechtfertigt den Ausschluss von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln nicht.

Denn Grundrechte bestehen – so das BVerfG |¹³

»nicht nur nach Maßgabe dessen, was an Verwaltungseinrichtungen üblicherweise vorhanden oder an Verwaltungsgebrauch vorgegeben ist. Es ist Sache des Staates, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, um Verkürzungen der Rechte von Untersuchungsgefangenen zu vermeiden; die dafür erforderlichen sachlichen und persönlichen Mittel hat er aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen.«

Kameralistisch motivierte Beschränkungen der Rechte von Untersuchungsgefangenen sind eindeutig unzulässig. Kurzum, die Regelung ist verfassungswidrig. |¹⁴

M.E. sind wir Verteidiger hierfür mitverantwortlich. Unstreitig gehört es zu den fundamentalen Aufgaben der Verteidigung, sich auch um die Ausgestaltung und Optimierung der Haftbedingungen des Mandanten respektive des inhaftierten Bürgers zu kümmern. Das tun wir – so meine ich – in zweierlei Hinsicht suboptimal:

Zum einen fehlt es auf Landesebene vielfach an einer engagierten berufsständischen Vertretung, deren Mitwirkung bei strafrechtsrelevanten Gesetzgebungsprojekten institutionell und flächendeckend sichergestellt sein müsste. Die Untersuchungshaftvollzugsgesetze der Länder sind – wie auch die meisten Landesgesetze zum Strafvollzug – weitgehend ohne Anhörung oder Einbindung von Anwaltsvereinigungen oder -verbänden verabschiedet worden. Dies ist m.E. ein strukturelles Problem der rechtspolitischen Vertretung der Verteidigung. Mit anderen Worten: Der Föderalismusreform fehlt es an einer verbandspolitischen Entsprechung.

¹³ St. Rspr., s. z.B. StV 2013, 521.

¹⁴ Vgl. *Piel et al.*, ZRP 2009, 33, 36.

Zum anderen scheint mir die Verteidigung bei der Wahrung der Rechte der Untersuchungsgefangenen im Vollzug der Untersuchungshaft nicht hinreichend sensibel und im Ergebnis suboptimal. Von Beschwerdeentscheidungen oder gar einer Entscheidung des BVerfG zur beschriebenen Restriktion beim Paketempfang ist mir nichts bekannt und – ich bekenne – auch ich selbst habe Gelegenheiten verstreichen lassen, den Rechtsweg zu bestreiten.

Und wohlgemerkt – die Pakete waren nur ein Beispiel. Die rechts- und sozialstaatlichen Defizite in den Landesgesetzen zur U-Haft sind Legion. Überall finden sich Regelungen, die mehr der Verwaltungsvereinfachung und fiskalischen Interessen dienen und mitnichten der Unschuldsvermutung und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Hier wurde das traditionelle Selbstbeköstigungsrecht gestrichen¹⁵ und der Anstaltseinkauf gesetzlich limitiert,¹⁶ dort die Wahl externer Ärzte ohne konkreten Anlass und unvertretbar eingeschränkt¹⁷ etc. pp. Eine verfassungskonforme Generalrevision der Landesgesetze tut Not.

Und auch die praktische Umsetzung ist teilweise menschenunwürdig. Füglich führt *Herrmann* folgende Klage:¹⁸

»Es ist nicht hinnehmbar, dass Untersuchungsgefangene bspw. oft nur einmal wöchentlich duschen können, Metalloiletten ohne Klodeckel und teils ohne Sichtschutz zu Mitgefangenen in der Zelle benutzen müssen [...], Bücher und Zeitschriften nicht frei beziehen können, nicht selten längere Zeiträume ohne ergänzenden Einkauf überstehen müssen und bei der Verschiebung in Sammeltransporten Tage ohne adäquate Waschmöglichkeit und Wochen ohne Kontakt zur Außenwelt unterwegs sind. Solche Missstände lassen sich weder durch fiskalische Argumente noch den Hinweis auf einen hohen Vollzugsaufwand rechtfertigen. Die neuen gesetzlichen Regelungen tragen kaum dazu bei, diese Mängel zu beseitigen.«

Es ist in der Tat nicht hinnehmbar, wird aber von uns Verteidigern viel zu oft hingenommen.

2. Besuchserlaubnis für Anbahnungsgespräche und deren Überwachung

Nach § 119 Abs. 1 S. 1 StPO können Besuche grundsätzlich

- ohne Erlaubnis
- und ohne optische und akustische Überwachung

¹⁵ § 142 Abs. 3 JStVollzG.

¹⁶ § 142 Abs. 3 JStVollzG.

¹⁷ S. § 24 Abs. 3 S. 2 UHaftvollzG NRW, das die Erlaubnis zur Inanspruchnahme externer Ärzte von der Entbindung der ärztlichen Schweigepflicht abhängig macht.

¹⁸ *Herrmann*, in Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 2014, § 119 Rn. 17.

stattfinden, soweit und solange nicht durch Anordnung im Einzelfall verfahrensichernde Beschränkungen statuiert werden. Das von Verfassungen wegen gebotene Regel-Ausnahme-Verhältnis ist hier also auf gesetzlicher Ebene gewährleistet. Hier liegt das Problem in der tatsächlichen Umsetzung, die meiner Ansicht nach flächendeckend rechtswidrig ist.

In der Rechtswirklichkeit werden – nach meinen fragmentarischen Informationen – meist generelle Erlaubnisvorbehalte für Besuche angeordnet, und zwar auch für Rechtsanwälte, die ein Anbahnungsgespräch mit dem inhaftierten Beschuldigten führen wollen. Auch nicht selten werden Kollegen – etwa in Kapitalstrafverfahren – mit dem befremdlichen Ansinnen konfrontiert, sie sollten zunächst mitteilen, wer sie mit dem Besuch des Inhaftierten beauftragt habe. Halten sich die Kollegen an die anwaltliche Schweigepflicht, bekommen sie keine Besuchserlaubnis.¹⁹ Schaffen die Kollegen den Zugang zu potentiellen Mandanten, sollen nach verbreiteter – und heute meiner Meinung nach nicht mehr vertretbarer – Auffassung für das sog. »Anbahnungsgespräch« nicht die Verteidigerprivilegien des § 148 StPO gelten,²⁰ mit der befremdlichen Folge, dass der potentielle Verteidiger bei gleichfalls angeordneter genereller visueller oder gar akustischer Besuchsüberwachung kein seriöses Erstgespräch führen kann.

Die Verteidigerpraxis findet sich mit dem Erlaubnisvorbehalt ab. Die Kollegen besorgen sich eine Besuchserlaubnis respektive einen Sprechschein. Der Überwachung des Erstgespräches wird mit einem »Taschenspielertrick« begegnet: Der Inhaftierte wird gebeten, ohne weiteres eine Vollmacht zu unterzeichnen, damit das Gespräch unüberwacht geführt werden könne. Kommt das Mandat nicht zu Stande, könne die Vollmacht widerrufen bzw. das Mandat gekündigt werden.²¹

Einer rechtlichen Überprüfung hält diese Praxis nicht Stand. Es existiert grundsätzlich weder ein legitimer prozessualer Grund für einen Erlaubnisvorbehalt von Rechtsanwaltsbesuchen oder deren Überwachung noch können Einschränkungen von Anbahnungsgesprächen auf Anstaltsbelange gestützt werden. Jedenfalls letzteres – dieser nicht ganz systematische Rekurs auf die Landesgesetze zur Untersuchungshaft sei mir bitte gestattet – ist in einigen Bundesländern nunmehr ausdrücklich geregelt.

19 S. AG Aachen, 621 Gs 120/10, Beschl. v. 26.1.2010, zit. n. juris.

20 Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 58. Aufl. 2015, § 148 Rn. 4; LG Bonn NZWist 2013, 21, 25 m. krit. Anm. *Jahn/Kirsch*; a.A. OLG Düsseldorf StV 1984, 106; BeckOK-StPO/*Wessing*, § 148 Rn. 1; *Thomas/Kämpfer*, MüKoStPO, 2014, § 148 Rn. 7 m.w.N.

21 *Herrmann*, Untersuchungshaft, Rn 173; krit. *König*, MAH, 2. Aufl. 2014, Rn. 113: »unwürdiges Vorgehen«.

So heißt es in § 34 UVollzG Schleswig-Holstein wie folgt:

»Besuche von Verteidigerinnen und Verteidigern sowie von sonstigen Berufsgeheimnisträgerinnen und Berufsgeheimnisträgern im Sinne von § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 Strafprozessordnung sind zu gestatten.«

Und in § 35 Abs. 4 UVollzG Schleswig-Holstein ist geregelt:

»Besuche von Verteidigerinnen oder Verteidigern sowie von Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälten und von Notarinnen oder Notaren in einer den Untersuchungsgefangenen betreffenden Rechtssache werden nicht überwacht.«

Entsprechende Regelungen finden sich etwa in § 23 HmbUVollzG.²²

Diese Gleichstellung von Verteidigern und Rechtsanwälten deckt sich mit der Entscheidung des Bundesgesetzgebers, der das in § 160a StPO statuierte absolute Beweiserhebungs- und -verwertungsverbot seit dem 1.2.2011 auch auf Rechtsanwälte erstreckt hat. Erläuternd führt das BVerfG²³ hierzu aus, dass

»eine Differenzierung zwischen Anwälten und Verteidigern aufgrund der Nähe der Tätigkeitsfelder faktisch kaum möglich ist (vgl. auch Bt-Drs 17/2637, S. 6 f.). Bei der Kontaktaufnahme eines von einer Ermittlungsmaßnahme Betroffenen mit einem Rechtsanwalt wird sich aus der Außenperspektive vielfach nicht feststellen lassen, ob der Betroffene allgemeinen rechtlichen Rat oder die Beratung durch einen Strafverteidiger sucht. Auch bei einem bereits bestehenden nicht strafrechtlichen Mandat ist der Übergang zur Strafverteidigung mitunter fließend. Einem anwaltlichen Beratungsverhältnis ist – anders als dies etwa bei Steuerberatern der Fall ist – bei generalisierender Betrachtung die Option der Strafverteidigung immanent. Daher ist es mit Blick auf den Menschenwürdebezug der Strafverteidigung vertretbar, auch die nunmehr neu von § 160a Abs. 1 StPO erfassten Berufsgruppen an dem dort normierten absoluten Schutz teilhaben zu lassen.«

Entsprechend heißt es in einer neueren Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 18.2.2014²⁴ wie folgt:

»Das berufsbezogene Vertrauensverhältnis [...] beginnt nicht erst mit Abschluss des zivilrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrages, sondern umfasst auch das entsprechende Anbahnungsverhältnis. Ein Beschuldigter, der auf der Suche

22 »(1) Besuche von Rechtsanwältinnen, Rechtsanwälten, Notarinnen und Notaren in einer die Gefangenen betreffenden Rechtssache sind zu gestatten. (...)

(2) Besuche von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, Notarinnen und Notaren werden nicht überwacht.«

23 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011, 2 BvR 236/08, Rn. 262.

24 BGH StV 2014, 278.

nach einem Verteidiger ist, bringt jedem Rechtsanwalt, mit dem er zu diesem Zweck kommuniziert, typischerweise das Vertrauen entgegen, dass der Inhalt dieser Gespräche vertraulich behandelt wird, unabhängig davon, ob anschließend ein Verteidigungsverhältnis zustande kommt. Dies gilt auch dann, wenn die Initiative zu den Anbahnungsgesprächen von dem Verteidiger ausging.«

Hieraus lässt sich ableiten, dass die Auffassung, die ein bestehendes Verteidigungsverhältnis für das Privileg des § 148 Abs. 1 StPO voraussetzt, heute obsolet ist.

Eigentlich will ich aber darauf hinaus, dass Genehmigung und Überwachung des Anbahnungsgesprächs zur Abwehr einer Flucht-, Verdunklungs- oder Wiederholungsgefahr grundsätzlich nicht erforderlich sind. Welche konkreten Umstände sollten diese Beschränkungen gebieten?

Der Rechtsanwalt genießt – so das BVerfG – »kraft seiner Stellung als Organ der Rechtspflege bis zum Beweis des Gegenteils einen staatlichen Vertrauensvorschuss.«²⁵ Daher müssen – auch im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG – konkrete Tatsachen dargelegt werden, die ein Misstrauen gegen den Rechtsanwalt begründen.²⁶ Ein genereller Verdacht gegenüber Rechtsanwälten ist unbegründet und unzulässig. Die bloße Möglichkeit eines Missbrauchs vermag das Erfordernis einer Besuchserlaubnis nicht zu rechtfertigen. Ein Haftstatut, das Rechtsanwälte nicht von der Genehmigungspflicht ausnimmt, ist daher grundsätzlich rechtswidrig.

Auch in diesem Zusammenhang finde ich, dass wir Verteidiger kämpferischer sein könnten. Ich räume allerdings ein, dass angesichts der Dringlichkeit, mit dem Inhaftierten in Kontakt zu treten, regelmäßig eine zeitraubende Diskussion über dieses Problem im konkreten Fall inopportun sein mag. Eine grundsätzliche und allgemeine Erörterung dieses Ärgernisses sollte dann aber durch eine engagierte örtliche berufsständische Vertretung erfolgen.

3. Weitere – von der Verteidigung geduldete – Beschränkungen nach § 119 Abs. 1 StPO

Auch hier sollte das Anbahnungsgespräch nur ein Beispiel²⁷ für einen allgemeinen Missstand sein – ein besonders beklagenswerter Missstand

25 BVerfG NJW 2006, 1500.

26 BVerfG NJW 2006, 1500; StV 1998, 241.

27 Entsprechendes gilt für »normale« Anwaltspost, die nicht »unmittelbar« die Verteidigung betrifft (vgl. BVerfG NJW 2010, 1740). Es ist unerfindlich, wie Anwaltskorrespondenz in zivil-, familien-, arbeitsrechtlichen oder sonstigen Angelegenheiten den Haftzweck oder die Sicherheit und Ordnung der Anstalt tangieren können, so auch *Herrmann*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StPO, 2014, § 119 Rn. 38.

freilich, weil wenn wir es nicht vermögen, unsere eigenen Interessen durchzusetzen, ist die Sorge naheliegend, dass auch die Mandanteninteressen im Vollzug der Untersuchungshaft nicht optimal gewahrt werden. In der Praxis werden haftbeschränkende Anordnungen häufig extensiv und formularmäßig sowie nicht oder bestenfalls mit hülsenhaften Textbausteinen begründet angeordnet, ohne dass deren konkrete Unvermeidlichkeit auch nur geprüft geschweige denn gegeben wäre.²⁸

- Ein weiteres Beispiel ist die prohibitive Genehmigungspraxis und Rechtsprechung zur Benutzung von Computern selbst zu Verteidigungszwecken in Umfangsverfahren, in denen die Akten auf einem Datenträger vorliegen.
- Oder – um mir nochmal an die eigene Nase zu fassen: Wie oft habe ich ein gemeinsames unüberwachtes Gespräch mit den inhaftierten Mitangeklagten und deren Verteidigern zur Vorbereitung der Hauptverhandlung und einer etwaigen Sockelverteidigung beantragt? Bislang gar nicht! Dabei gibt es hier sogar Rechtsprechung, auf die wir Verteidiger uns berufen könnten:

LG Gießen, StV 2012, 363:

»Auf Antrag des Verteidigers [...] war ein gemeinsames Gespräch der Verteidiger und der Angeklagten zu genehmigen, da der Zweck der Untersuchungshaft diesem vorliegend nicht entgegensteht. Aus der Neuregelung des § 119 StPO ist ersichtlich, dass Beschränkungen in der Untersuchungshaft nicht mehr den gesetzgeberischen Grundsatz darstellen.

Die Angeklagten befinden sich wegen des Haftgrundes der Fluchtgefahr in Untersuchungshaft. Dass bei einem gemeinsamen Gespräch mit ihren Verteidigern die Angeklagten Fluchtabsprachen treffen werden, ist nicht wahrscheinlich. Die konkrete Gefahr von Verdunkelungsmaßnahmen bei einem gemeinsamen Gespräch ist derzeit nicht erkennbar. Befänden sich die Angeklagten auf freiem Fuß, wäre ihnen ein entsprechendes Gespräch zur Vorbereitung der Verteidigung ohne Weiteres möglich.«

III. Thesen

Ich lehne mich zum Schluss noch in die Kurve und versteige mich zu folgenden acht Thesen:

1. Der Vollzug der Untersuchungshaft ist rechtsstaatlich defizitär. Der als unschuldig geltende inhaftierte Bürger wird mitnichten nur solchen Beschränkungen unterworfen, die zur Abwehr einer konkreten Gefahr für den Haftzweck oder die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt unvermeidlich sind.

²⁸ *Böhm/Werner*, MüKoStPO, 2014, § 119 Rn. 2. Zum Erfordernis der einzelfallbezogenen Prüfung und Begründung von beschränkenden Maßnahmen nach § 119 Abs. 1 StPO s. BVerfG StraFo 2015, 59, 60.

2. Soweit die Haftbedingungen durch die UVollzGe der Länder geregelt sind, sind Mängel schon auf gesetzlicher Ebene zu beklagen. Ausnahmslose Einschränkungen – z.B. des Empfangs von Paketen mit Nahrungs- und Genussmitteln – sind zur Wahrung der Sicherheit und Ordnung nicht unvermeidlich. Solche gesetzlichen Restriktionen sind unverhältnismäßig und verfassungswidrig. Eine Generalrevision der Landesgesetze – die nicht fiskalische Interessen, sondern die Unschuldsvermutung, die Grundrechte und das Sonderopfer des Untersuchungsgefangenen im Fokus hat – tut Not.
3. Auf strafprozessualer Ebene liegen die Defizite im Bereich der Umsetzung. In der Praxis werden haftbeschränkende Anordnungen häufig extensiv und formularmäßig und nicht oder bestenfalls mit hülsenhaften Textbausteinen begründet angeordnet, ohne dass deren konkrete Unvermeidlichkeit auch nur geprüft geschweige denn gegeben wäre.
4. Weder Staatsanwälte noch Gerichte noch wir Verteidiger haben hinreichend realisiert, dass Beschränkungen in der Untersuchungshaft nicht mehr den Regelfall, sondern begründungsbedürftige Ausnahmen darstellen. Internalisierten wir dies, wäre das Sonderopfer der inhaftierten Mandanten jedenfalls nicht größer als es sein müsste und die Haftbedingungen wären erträglicher.
5. Es gehört zu den fundamentalen Aufgaben der Verteidigung zu gewährleisten, dass der inhaftierte Bürger/der Mandant in der Untersuchungshaft nur unvermeidlichen Beschränkungen unterworfen wird.
6. Dieser Aufgabe werden wir Verteidiger nur unzureichend gerecht. Es scheint zu gelten: Strafverteidigung ist Kampf – außer gegen Beschränkungen im Vollzug der Untersuchungshaft. Mehr Rechtsmittel – dazu gehört auch der Antrag nach § 119a StPO – und mehr Verfassungsbeschwerden gegen Restriktionen im Vollzug der Untersuchungshaft sind ein Gebot engagierter Verteidigung.
7. Es fehlt auf Landesebene vielfach an einer engagierten berufsständischen Vertretung, deren Mitwirkung bei strafrechtsrelevanten Gesetzgebungsprojekten institutionell und flächendeckend sichergestellt ist. Die Untersuchungshaftvollzugsgesetze der Länder sind – wie auch die meisten Landesgesetze zum Strafvollzug – weitgehend ohne Anhörung oder Einbindung von Anwaltsvereinigungen oder -verbänden verabschiedet worden. Dies ist ein strukturelles Problem der rechtspolitischen Vertretung der Verteidigung. Der Föderalismusreform fehlt es an einer verbandspolitischen Entsprechung.

8. Entsprechendes gilt auf örtlicher Ebene. Rechtswidrige Restriktionen – etwa beim Zugang zum potentiellen Mandanten – können nicht immer aus dem Mandat heraus gelöst werden. Eine grundsätzliche und allgemeine Erörterung und Regelung sollte dann aber durch eine engagierte örtliche berufsständische Vertretung herbeigeführt werden. Organisiert Euch!

Anne Bräuchle, Professor Dr. Jörg Kinzig

»Zu viel, zu schnell und zu lange!?!« Untersuchungshaft und ihre Alternativen

I. Einleitung

In diesem Beitrag werden wir zunächst (unter II.) anhand verschiedener aktueller Statistiken die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft beschreiben. Dabei werden wir uns im Rahmen der Anordnung der Untersuchungshaft auf den in der Praxis wichtigsten Haftgrund der Fluchtgefahr nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO konzentrieren. Daran anschließend (unter III.) erfolgt eine kleine Analyse der neueren Rechtsprechung zur Untersuchungshaft und speziell zur Begründung der Fluchtgefahr.¹

Im zweiten Teil dieses Aufsatzes wird es um Alternativen zur Untersuchungshaft gehen: Zum einen werfen wir (unter IV.) einen kurzen Blick auf die Möglichkeit der Aussetzung eines Haftbefehls gegen Sicherheitsleistung.² Mit der zweiten Alternative, der »elektronischen Fußfessel« (unter V.), haben wir etwas mehr Erfahrung, da derzeit am Institut für Kriminologie der Universität Tübingen im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz ein Forschungsprojekt zum Einsatz dieser Technik im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB) durchgeführt wird. Der vorliegende Beitrag wird durch ein abschließendes Fazit abgerundet.

II. Die Untersuchungshaft: eine aktuelle Analyse anhand der Rechtspflege- und der Strafverfolgungsstatistik

Statistische Daten zur Untersuchungshaft lassen sich (nur) zwei vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Statistiken entnehmen: zum einen der Statistik Rechtspflege, zum anderen der Strafverfolgungsstatistik. Letztere ist Anfang des Jahres 2015 mit den Angaben für das Jahr 2013 erschienen.

¹ Diese Überlegungen wurden zum Teil bereits in der Ende des Jahres 2015 erschienenen Festschrift für Heribert Ostendorf veröffentlicht.

² Für Informationen zum amerikanischen Kautionsensystem danken wir Herrn John Miller (University of Chapel Hill, North Carolina).

1. Die Entwicklung der Untersuchungshaftzahlen im internationalen und nationalen Vergleich

Die Zahl der Untersuchungshaftgefangenen ist in den alten Bundesländern der Bundesrepublik Deutschland und später dann auch in Gesamtdeutschland nicht unerheblichen Schwankungen unterworfen gewesen (vgl. Abbildung 1). Nach einem ersten Anstieg Anfang der 70er Jahre auf fast 16.000 U-Häftlinge (konkret 1973: 15.943) nahm deren Zahl in den folgenden fünf Jahren auf rund 13.500 (1978: 13.492) ab,³ um zu Beginn der 80er Jahre (1982: 16.539) erneut ein hohes Niveau zu erreichen.⁴ Diese Entwicklung geriet in der Folge in die Kritik, was zu Modellprojekten und schließlich zu einem bis Mitte der 80er Jahre (1986: 11.373) andauernden Rückgang der Anordnungen dieser gravierenden Zwangsmaßnahme führte.⁵ Eindrucksvoll fiel die daraufhin folgende steile Zunahme der Zahl der Untersuchungshaftgefangenen aus, die in den Jahren 1993 (21.787) und 1996 (20.440) – wenn auch ab dem Jahr 1992 unter Einschluss der neuen Bundesländer – zu dem bisherigen Rekordstand führte. Seitdem ist die Entwicklung der Gesamtzahl aller Gefangenen und Verwahrten einerseits und speziell der U-Häftlinge andererseits unterschiedlich verlaufen.

So hat sich der bereits im Jahr 2004 (79.452 Gefangene) begonnene Rückgang der in den deutschen Justizvollzugsanstalten insgesamt untergebrachten Gefangenen und Verwahrten bis zum heutigen Tag in beeindruckender Weise fortgesetzt. Befanden sich am 30.11.2008 noch 72.259 Personen in deutschen Gefängnissen, waren es sechs Jahre später nur noch 61.872.⁶ Dies stellt allein in dieser Sechs-Jahres-Periode eine (im Übrigen stetige) Abnahme um immerhin knapp 15 Prozent dar. Entgegen der allgemeinen Tendenz ist allerdings bei den Untersuchungshäftlingen mittlerweile eine (leichte) Trendwende zu beobachten. Wurde hier im Jahr 2010 mit (nur) 10.781 Personen die Talsohle erreicht,⁷ ist seitdem bei den U-Häftlingen eine (leichte) kontinuierliche Zunahme um knapp 7 Prozent auf zuletzt (30.11.2014) 11.528 Insassen zu verzeichnen. Damit einhergehend hat sich auch der Anteil der U-Häftlinge an allen Gefangenen auf jetzt 18,6 Prozent erhöht.

3 Die Angaben bis zum Jahr 1979 sind der nach wie vor wichtigen Untersuchung von Michael *Gebauer*, Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen 1987, entnommen (dort Tabelle 2, S. 51).

4 Angaben von 1980 bis 2008 aus Heribert *Ostendorf*, Die Praxis des U-Haft Vollzugs – Daten und Fakten, NKP 4/2009, 126-131 (126 [Tabelle 2]).

5 Vgl. auch Jörg-Martin *Jehle*, Entwicklungen der Untersuchungshaft aus rechtstatsächlicher und rechtspolitischer Perspektive, in: Dölling/Götting/Meier/Verrel: Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, München 2010, S. 839-856 (840 f.).

6 Statistik Rechtspflege, Bestand der Gefangenen etc., Stichtag 30. November 2014, S. 5 und vorige Jahrgänge.

7 Auch wenn Christoph *Püschel* (Vermeidung von Untersuchungshaft, StraFo 2009, 134-141 [(135 f.)]) den Rückgang der U-Haft-Zahlen »maßgeblich« mit der Entwicklung der Rechtsprechung zur Akteneinsicht begründet, scheinen dafür am ehesten demographische Gründe verantwortlich zu sein.

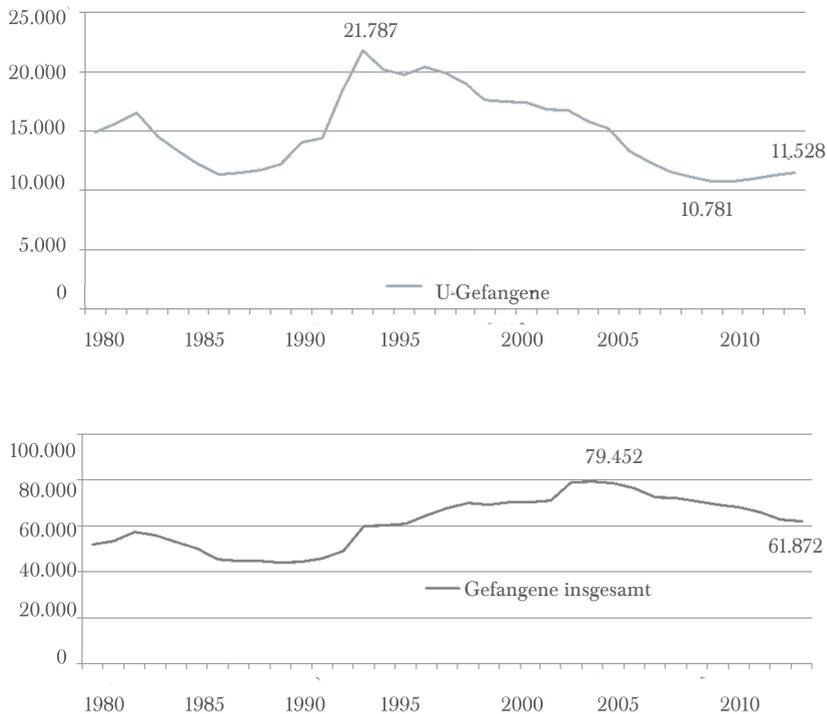


Abbildung 1: Gesamtzahl der U-Häftlinge sowie der Gefangenen insgesamt

Diese Zahl kann man einerseits im internationalen Vergleich bewerten, andererseits nach einzelnen Bundesländern differenzieren. Auch wenn im internationalen Kontext bei einer Bewertung der dazu aus den einzelnen Ländern gelieferten Ergebnisse aufgrund eines unterschiedlichen Verständnisses von Untersuchungshaft Vorsicht geboten ist,⁸ zeigt sich doch, dass Deutschland sowohl beim prozentualen Anteil der Untersuchungshaft- an allen Gefangenen und Verwahrten als auch bei der Zahl der Untersuchungshaftgefangenen pro 100.000 Einwohner besonders gut, weil niedrig, abschneidet. Dies lässt sich zum einen an den zuletzt für das Jahr 2013 vom Europarat herausgegebenen »Annual Penal Statistics: SPACE I – Prison Populations. Survey 2013« ablesen,⁹ zum anderen an der zweiten Auflage der

8 Vgl. dazu Christine *Morgenstern*, Untersuchungshaft in Europa: Probleme im Rechts(tatsachen)vergleich, *MschKrim* 94 (2011), 452-473.

9 Website <http://wp.unil.ch/space/2014/10/prison-population-rates-for-2014/> unter SPACE I 2013; die zuletzt für den Stichtag 1. September 2013 veröffentlichten Ergebnisse finden sich auf S. 99 unter Table 5.1. Alle hier und im Übrigen angegebenen Links waren am 26.05.2015 abrufbar.

von Roy *Walmsley* publizierten »World Pre-trial/Remand Imprisonment List« des »International Centre for Prison Studies (ICPS)«. Nach letzterer (Abbildung 2) weist Deutschland, etwa bezogen auf Westeuropa, hinter Liechtenstein (5) mit einem Wert von 14 Untersuchungshaftgefangenen pro 100.000 Einwohner die bei weitem günstigste Rate auf. Es verfügt damit über ähnlich niedrige Werte wie die skandinavischen Staaten (Finnland: 11, Schweden: 15, Norwegen: 21, Dänemark: 25), die sich traditionell durch insgesamt niedrige Gefangenraten auszeichnen. |¹⁰

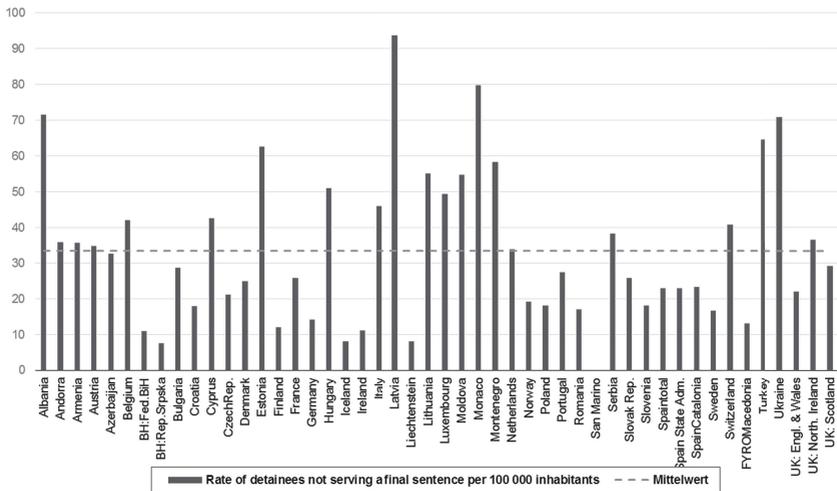


Abbildung 2: Haftraten im europäischen Vergleich

Nimmt man diese Angaben zum Vergleich, kann nicht mehr vorbehaltlos die Rede davon sein, dass Deutschland zu viele Personen zu lange in Untersuchungshaft steckt. |¹¹

Betrachtet man die prozentualen Anteile der U-Haft- an allen Gefangenen auf einer nationalen Ebene in den einzelnen Bundesländern (Abbildung 3), verfügten zuletzt (30.11.2014) neben Hamburg (24,9 %) tendenziell südliche

10 http://www.prisonstudies.org/sites/prisonstudies.org/files/resources/downloads/world_pre-trial_imprisonment_list_2nd_edition_1.pdf. Die Ergebnisse für Europa finden sich auf Table 4, S. 5 f.

11 Der Vorwurf, dass in Deutschland »zu viel, zu schnell und zu lange« verhaftet werde, ist übrigens nicht erst Anfang der 80er Jahre erhoben worden; vgl. dazu einen lesenswerten Artikel des legendären Spiegel-Redakteurs Gerhard *Mauz*, Heft 22/1965, in dem er im Hinblick auf das damals neue StPAG 1965 spöttisch bemerkt, dass sich die Legislative, »bewegt von der Klage, es werde zu viel, zu schnell und zu lange verhaftet«, entschlossen habe, »Tempo und Ausdauer auf der Rekordstrecke der deutschen Justiz zu drosseln.«

Bundesländer wie Bayern (24,7 %), Hessen (22,5 %) sowie Baden-Württemberg (22,1 %) über vergleichsweise große U-Haft-Populationen, während die entsprechenden Werte in den »neuen« Bundesländern Mecklenburg-Vorpommern (12,3 %), Thüringen (11,6 %) sowie Sachsen-Anhalt (nur 10,6 %) wesentlich niedriger ausfallen.¹²

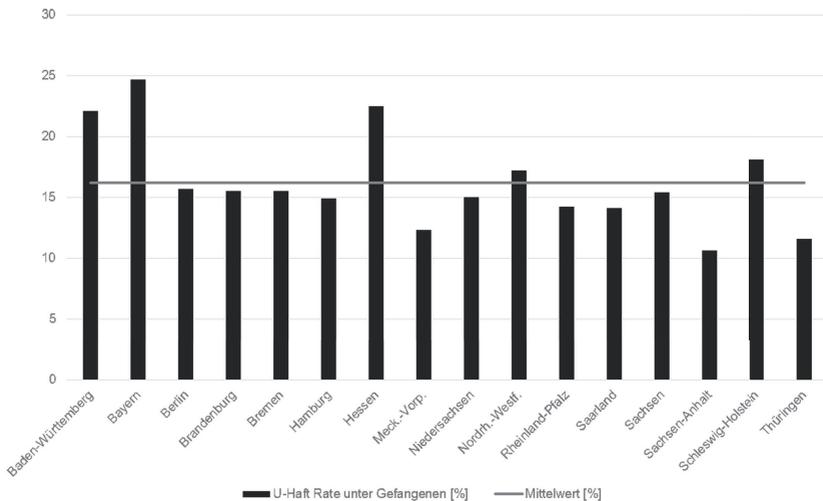


Abbildung 3: Haftraten nach Bundesländern

2. Deliktsbereiche und einzelne Delikte mit Anordnung von Untersuchungshaft

Die höchsten Haftraten (Tabelle 1) sind ausweislich der Strafverfolgungsstatistik mit 43,6 Prozent bei wegen Tötungsdelikten (§§ 211-222 StGB) Inhaftierten zu verzeichnen. Gegenüber dem Jahr 2007 (damals 12,9 %)¹³ weiter angestiegen ist der Anteil derjenigen eines qualifizierten Diebstahls (§§ 243 I 2 Nr. 2, 244 I Nr. 3 StGB) beschuldigten, in U-Haft einsitzenden Personen, der mit 17,1 Prozent noch deutlich über dem der Sexualstraftäter (§§ 174-184f StGB) mit 11,1 Prozent liegt. Nennenswerte höhere Anteile haben ebenfalls Raubstraftäter (§§ 249-255, 316a StGB) mit 24,5 Prozent sowie mit Abstrichen Straftäter nach dem BtMG (7,5 %).

¹² Statistik Rechtspflege, Bestand der Gefangenen etc., Stichtag 30. November 2014, S. 7 (eigene Prozentuierung); teilweise leicht unterschiedliche Vergleichswerte aus dem Jahr 2004 bei Ostendorf (o. Fn. 4), 128.

¹³ Vgl. Ostendorf (o. Fn. 4), 128 f. für »qualifizierten Diebstahl (§§ 243, 244 StGB)«.

Tabelle 1: In der StVerfStA im Jahr 2013 erfasste Personen nach der Deliktsstruktur |¹⁴

Delikte (in §§)	Erfasste Personen	Davon mit U-Haft
174-184f	8.576	950 (11,1%)
211-222	1.286	548 (43,6%)
223-231	114.524	2.435 (2,1%)
242-248c	174.527	8.385 (4,8%)
dar. 243 I 2 Nr. 1, 244 I Nr. 3	17.878	3.049 (17,1%)
249-255, 316a	12.067	2.956 (24,5%)
263-266b	195.515	1.901 (1,0%)
Verkehr	182.847	207 (0,1%)
BtMG	61.215	4.595 (7,5%)
Andere	199.732	3.158 (1,6%)
Gesamt	950.289	25.135 (2,6%)

Prüft man auf der Ebene der einzelnen Delikte, bei welchen Straftaten die U-Haft-Anteile über 50 Prozent liegen, kann man einerseits eine gewisse Systematik der Anordnung von Untersuchungshaft jenseits der überkommenen Haftgründe erkennen, kommt andererseits aber auch zu einigen überraschenden Ergebnissen. |¹⁵

Wenig verwunderlich ist, dass Untersuchungshaft in einem hohen Maße in Fällen angeordnet wird, in denen der Tod eines Menschen zu beklagen ist. So scheint bei Mord (§ 211 StGB) fast eher erklärungsbedürftig, dass im Jahr 2013 »nur« gegen 137 von 156 Personen (87,8 %) Untersuchungshaft angeordnet wurde. Besonders hoch sind die Untersuchungshaftraten auch bei versuchtem Mord (§§ 211, 22, 23 StGB) mit 84,2 Prozent (85 von 101 Personen), bei Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) mit 83,3 Prozent (bei fünf von nur sechs) sowie beim Totschlag (§§ 212, 213 StGB) mit 73,8 Prozent (321 von 435). Während das unerlaubte Abgeben etc. von Betäubungsmitteln mit Todesfolge (§ 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) mit 60,0 Prozent (drei von fünf) eher ein Randphänomen darstellt, ist die Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) mit 59,6 Prozent praktisch bedeutender (28 von 47).

14 Statistik Rechtspflege, Strafverfolgung 2013, Tabelle 6.1, S. 370 f. (eigene Prozentuierung).

15 Angaben für die Einzeldelikte ebenfalls aus Statistik Rechtspflege, Strafverfolgung 2013, Tabelle 6.1, S. 370 ff. (eigene Prozentuierung).

Eine Reihe weiterer Delikte, die hohe Anteile an Untersuchungshaftgefangenen aufweisen, ist dadurch charakterisiert, dass sie bandenmäßig begangen und im landläufigen Sinne der organisierten Kriminalität zugerechnet werden, die ihrerseits häufig durch eine internationale Begehungsweise gekennzeichnet ist.¹⁶ Dazu gehören etwa das bandenmäßige unerlaubte Handelreiben etc. mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30a Abs. 1 BtMG) mit der Anordnung von U-Haft bei 171 von 238 Personen (71,8 %), der schwere Bandendiebstahl (§ 244a StGB) mit 66,2 Prozent (659 von 995 Personen), das Einschleusen mit Todesfolge bzw. das gewerbs- und bandenmäßige Einschleusen nach § 97 AufenthG mit 56,3 Prozent (18 von 32) sowie die gewerbsmäßige Bandenhehlerei (§ 260a StGB) mit 50,9 Prozent (29 von 57).

Eine dritte Gruppe bilden verschiedene Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz, die sich in ihrem Strafraumen durch hohe Mindeststrafdrohungen von zwei (§ 30 BtMG) oder gar fünf Jahren (§ 30a BtMG) auszeichnen. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang das unerlaubte Handelreiben etc. mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unter Mitführung einer Schusswaffe oÄ (§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG) mit einem Anteil an U-Haft von 66,0 Prozent (225 von 341 Personen), die in der Praxis bedeutsame unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG) mit 59,4 Prozent (1291 von 2173) sowie die Bestimmung von Kindern und Jugendlichen durch Erwachsene mit Betäubungsmitteln unerlaubt Handel zu treiben etc. (§ 30a Abs. 2 Nr. 1 BtMG) mit 58,8 Prozent (20 von 34).

Bleibt eine letzte Gruppe mit unterschiedlichen Delikten, die ebenfalls durch Untersuchungshafttraten von über 50 Prozent charakterisiert ist. Beim erpresserischen Menschenraub (§ 239a StGB) mit einem Anteil von 74,1 Prozent (100 von 135 Personen), der besonders schweren Brandstiftung (§ 306b StGB) mit 58,5 Prozent (24 von 41) sowie dem Angriff auf den Luft- und Seeverkehr (§ 316c StGB) mit 50,0 Prozent (sieben von 14) dürften wiederum in erster Linie die hohen Mindeststrafdrohungen von fünf (bei § 239a StGB sowie bei § 316c StGB) und zwei Jahren (§ 306b StGB, dort verbunden mit der potentiellen Gefahr für Leib oder Leben von Menschen) für die häufigen Inhaftierungen verantwortlich sein. Beeindruckend hoch – und zumindest auf den ersten Blick wohl überraschend – fällt auch mit 73,8 Prozent (127 von 172) die U-Haft-Rate bei Straftaten nach § 152b StGB, der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion und Vordrucken für Euroschecks, aus. Hier wurde im Übrigen in allen Fällen der Haftgrund der Fluchtgefahr

¹⁶ Zur bandenmäßigen und internationalen Begehungsweise organisierter Kriminalität vgl. insbesondere Jörg *Kinzig*, Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität, Berlin 2004, S. 171 ff., 774.

bejaht. Dazu passt rechtstatsächlich, dass ausweislich des letzten vom Bundeskriminalamt herausgegebenen Bundeslagebild Zahlungskartenkriminalität die Tatverdächtigen bei der Manipulation von inländischen Geldautomaten fast ausschließlich aus Südosteuropa stammen.¹⁷ Schließlich wurde Untersuchungshaft noch in beiden Fällen der Bildung terroristischer Vereinigungen nach § 129a StGB sowie in einem von zwei Fällen von Straftaten nach dem Depotgesetz angeordnet.

3. Untersuchungshaft und die ihr folgende Sanktion

Delikte (in §§)	Abgeur- teilte	Freiheits/ Jugendstrafe ohne Bewährung	Freiheits/ Jugendstrafe mit Bewährung	Strafarrest, Geldstrafe, Zuchtmittel ,Erziehungs maßregeln, Maßregeln	Freispruch, Einstellung, Absehen von Strafe
174-184f	948	640 (67,5%)	214 (22,6%)	24 (2,5%)	70 (7,4%)
211-222	548	435 (79,4%)	10 (1,8%)	58 (10,6%)	45 (8,2%)
223-231	2.417	1.188 (49,2%)	840 (34,8%)	280 (11,6%)	109 (4,5%)
242-248c	8.360	3.701 (44,3%)	3.292 (39,4%)	1.193 (14,3%)	174 (2,1%)
dar. 243 I 2 Nr. 1, 244 I Nr. 3	3.038	1.538 (50,6%)	1.277 (42,0%)	161 (5,3%)	62 (2,0%)
249-255, 316a	2.939	2.016 (68,6%)	743 (25,3%)	77 (2,6%)	103 (3,5%)
263-266b	1.896	845 (44,6%)	760 (40,1%)	215 (11,3%)	76 (4,0%)
Verkehr	206	71 (34,5%)	68 (33,0%)	61 (29,6%)	6 (2,9%)
BtMG	4.586	2.732 (59,6%)	1.574 (34,3%)	209 (4,6%)	71 (1,5%)
andere	3.148	1.091 (34,7%)	1.385 (44,0%)	576 (18,3%)	96 (3,0%)
Gesamt	25.048	12.719 (50,8%)	8.886 (35,5%)	2.693 (10,8%)	750 (3,0%)

Tabelle 2: Abgeurteilte im Jahr 2013 mit Untersuchungshaft nach Art der Entscheidung

§ 112 Abs. 1 S. 2 StPO bestimmt über den ohnehin für strafrechtliche Eingriffe bedeutsamen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinaus explizit, dass Untersuchungshaft nicht angeordnet werden darf, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und

¹⁷ Bundeskriminalamt (Hrsg.), Bundeslagebild Zahlungskartenkriminalität 2013, Wiesbaden 2013, S. 9.

Sicherung außer Verhältnis steht. Vor diesem Hintergrund erscheint es angesichts des mit der Untersuchungshaft verbundenen intensiven Eingriffs überaus bedenklich, wenn fast die Hälfte derjenigen Abgeurteilten (49,2 %), die sich zuvor in Untersuchungshaft befanden, am Ende nicht einmal eine unbedingte Freiheitsstrafe zu verbüßen hat (vgl. Tabelle 2).¹⁸

Bei etwas mehr als einem Drittel (35,5 %) wird die Freiheits- oder Jugendstrafe zur Bewährung ausgesetzt; immerhin allein 2.000 U-Häftlingen (8,0 %) wurde (nur) eine Geldstrafe auferlegt, während sogar 3,0 Prozent freigesprochen oder sonst nicht verurteilt wurden.¹⁹ Dabei steigt der Anteil der Freiheitsstrafen mit dem Strafraumen bzw. der Deliktsschwere, von (nur) 34,5 Prozent unbedingten Freiheits-/Jugendstrafen bei den Verkehrsdelikten bis zu 79,4 Prozent bei den Tötungsdelikten nach den §§ 211-222 StGB.

Bemerkenswert ist, dass bei der Analyse einzelner Delikte eine Reihe von Straftaten zu verzeichnen ist, bei der nicht einmal der Anteil der Freiheitsstrafen – und zwar gleichgültig, ob zur Bewährung ausgesetzt oder nicht – an allen Sanktionen die 50-Prozent-Marke überschreitet.²⁰ Bezieht man nur Delikte mit zehn und mehr Personen in die Betrachtung ein, liegt der Anteil der Abgeurteilten mit Freiheitsstrafen an den mit Untersuchungshaft insgesamt beim Hausfriedensbruch (§§ 123, 124 StGB) mit 47,8 Prozent (elf von 23), bei der Beleidigung (§ 185 StGB) mit 49,2 Prozent (32 von 65), bei der fahrlässigen Körperverletzung außer im Straßenverkehr (§ 229 StGB) mit 50 Prozent (acht von 16), bei der Bedrohung (§ 241 StGB) mit ebenfalls 50 Prozent (elf von 22), beim Erschleichen von Leistungen (§ 265a StGB) mit 48,9 Prozent (86 von 176), bei der Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) mit 48,2 Prozent (27 von 56), bei Verkehrsdelikten ohne Trunkenheit mit Unfall mit 45,0 Prozent (neun von 20), beim unerlaubten Entfernen vom Unfallort (§ 142 StGB) mit 47,1 Prozent (acht von 17) sowie beim unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG) mit 47,4 Prozent (82 von 173) bei jeweils nicht mehr als 50 Prozent. Alle diese Straftaten haben gemeinsam, dass es sich bei ihnen um veritable Bagatelldelikte handelt. Auch wenn die in der Strafverfolgungsstatistik erfasste abgeurteilte Tat nicht mit derjenigen übereinstimmen muss, die dem Vorwurf im Haftbefehl zugrunde lag, stellt sich unverändert die Frage, ob Bagatelldelikte, die mit einem Strafraumen von maximal einem Jahr Freiheitsstrafe versehen sind, nicht

18 Statistik Rechtspflege, Strafverfolgung 2013, Tabelle 6.2, S. 404 f. (eigene Prozentuierung).

19 Zur Entwicklung der Freispruchraten vgl. Jörg *Kinzig*, Der Freispruch – eine Unbekannte des Kriminaljustizsystems, in: Boers/Feltes/Kinzig/Sherman/Streng/Trüg: *Kriminologie – Kriminalpolitik – Strafrecht*. Festschrift für Hans-Jürgen Kerner zum 70. Geburtstag, Tübingen 2013, S. 727-745.

20 Statistik Rechtspflege, Strafverfolgung 2013, Tabelle 6.2, S. 404 ff. (eigene Prozentuierung).

generell von der möglichen Anordnung einer Untersuchungshaft ausgenommen werden sollten (vgl. dagegen die jetzige Regelung in § 113 StPO).²¹

Eruiert man, welcher Haftgrund für diese vergleichsweise geringen Straftaten in der Strafverfolgungsstatistik hauptsächlich angeführt wird, ist dies – wenig überraschend – zu einem sehr hohen Prozentsatz derjenige der Fluchtgefahr. Sein Anteil betrug bei den in der Praxis relevantesten Straftaten Beleidigung (§ 185 StGB) 92,3 Prozent (60 von 65), bei der Leistungerschleichung (§ 265a StGB) 97,7 Prozent (173 von 177) und bei Straftaten nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG 94,2 Prozent (163 von 173).²²

Die Dauer der Untersuchungshaft wird in der Strafverfolgungsstatistik ebenfalls erfasst, wenn auch nur unterteilt in fünf grobe Kategorien, die von bis zu einem Monat Dauer bis zu mehr als einem Jahr reichen.

Tabelle 3: In der StVerfStA im Jahr 2013 erfasste Personen nach der Deliktsstruktur und der Dauer der Untersuchungshaft²³

Delikte (in §§)	Erfasste Personen mit U-Haft	< 1 Monat	1-3 Monate	3-6 Monate	6 M. bis 1 J.	> 1 Jahr
174-184f	950	130 (13,7%)	122 (12,8%)	278 (29,3%)	314 (33,1%)	106 (11,2%)
211-222	548	23 (4,2%)	21 (3,8%)	96 (17,5%)	204 (37,2%)	204 (37,2%)
223-231	2.435	656 (26,9%)	561 (23,0%)	675 (27,7%)	436 (17,9%)	107 (4,4%)
242-248c	8.385	2.205 (26,3%)	2.868 (34,2%)	2.263 (27,0%)	882 (10,5%)	167 (2,0%)
dar. 243 I 2 Nr. 1, 244 I Nr. 3	3.049	588 (19,3%)	981 (32,2%)	1.005 (33,0%)	410 (13,4%)	65 (2,1%)
249-255, 316a	2.956	500 (16,9%)	618 (20,9%)	992 (33,6%)	661 (22,4%)	185 (6,3%)
263-266b	1.901	559 (29,4%)	492 (25,9%)	491 (25,8%)	248 (13,0%)	111 (5,8%)
Verkehr	207	112 (54,1%)	30 (14,5%)	28 (13,5%)	25 (12,1%)	12 (5,8%)
BtMG	4.595	849 (18,5%)	742 (16,1%)	1.554 (33,8%)	1.182 (25,7%)	268 (5,8%)
Andere	3.158	892 (28,2%)	828 (26,2%)	833 (26,4%)	414 (13,1%)	191 (6,0%)
Gesamt	25.135	5.926 (23,6%)	6.282 (25,0%)	7.210 (28,7%)	4.366 (17,4%)	1.351 (5,4%)

Schaut man auf die Dauer der Untersuchungshaft bei allen erfassten Personen (Tabelle 3), zeigt sich, dass die jeweiligen Anteile bis zu einem U-Haft-Aufenthalt von einem halben Jahr Länge zunächst ansteigen (23,6 %: < unter ein Monat; 25,0 %: ein Monat bis drei Monate; 28,7 %: drei bis sechs Monate), um dann wieder abzunehmen (17,4 %: sechs Monate bis ein Jahr; 5,4 % über ein Jahr). Der bereits früher festgestellte Befund,²⁴ dass die Dauer der Untersuchungshaft insgesamt zu lang erscheint, bestätigt sich damit erneut. Unverändert knapp ein Viertel (zusammen 22,8 % aller U-Häftlinge) befinden sich mehr als sechs Monate in Untersuchungshaft und überschreiten damit die insoweit in § 121 Abs. 1 StPO normierte Ausnahmefrist. In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht bereits mehrfach festgestellt, dass eine nicht nur kurzfristige Überlastung eines Gerichts niemals Grund für die Anordnung der Haftfortdauer über sechs Monate hinaus sein kann und zwar selbst dann nicht, wenn sie auf einem Geschäftsanfall beruht, der sich trotz Ausschöpfung aller gerichtsorganisatorischen Mittel und Möglichkeiten nicht mehr innerhalb angemessener Fristen bewältigen lässt.²⁵

Erwartungsgemäß variiert die Dauer der Untersuchungshaft nach der Schwere der Delikte. Während zusammengenommen 49,9 Prozent der U-Häftlinge mit Straftaten nach §§ 223-231 StGB, 51,5 Prozent derjenigen mit qualifizierten Diebstahlsdelikten nach §§ 243 I 2 Nr. 1, 244 I Nr. 3 StGB, 54,4 Prozent derjenigen mit anderen Straftaten, 55,3 Prozent der Betrüger (§§ 263-266b StGB), 60,5 Prozent derjenigen mit Diebstahlsdelikten generell (§§ 242-248c StGB) und gar 68,6 Prozent der Verkehrsstrafäter weniger als drei Monate in Untersuchungshaft verbringen müssen, weisen nur 37,8 Prozent der Räuber (§§ 249-255, 316a StGB), 34,6 Prozent der Straftäter nach dem BtMG, 26,5 Prozent der Sexualstrafäter (§§ 174-184f StGB) und gar nur 8,0 Prozent der Totschläger (§§ 211-222 StGB) solche vergleichsweise kurzen Unterbringungszeiten auf.

Die Strafverfolgungsstatistik enthält auch eine Aufstellung darüber, wie sich das Verhältnis der Dauer der Untersuchungshaft zu der letztendlich ausgeworfenen Strafe bei verschiedenen Deliktsbereichen und einzelnen Straftaten verhält. In der folgenden Tabelle 4 wurden die Deliktsbereiche und

21 Dazu bereits *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 58 ff.

22 Bei der Beleidigung bestand überdies in sechs Fällen der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO), bei der Leistungerschleichung selbiger in drei Fällen und bei § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG sogar in 20 Fällen. Wohl nur durch eine Umdefinition, allenfalls durch eine fehlerhafte Rechtsanwendung, ist erklärlich, dass darüber hinaus bei § 265a StGB und bei § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG in je einem Fall der Haftgrund des § 112a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO registriert wurde.

23 Statistik Rechtspflege, Strafverfolgung 2013, Tabelle 6.1, S. 370 f. (eigene Prozentuierung).

24 Vgl. *Ostendorf* (o. Fn. 4), 130.

25 Zuletzt BVerfG StV 2015, 39 ff.; grundlegend BVerfGE 36, 264 (273 ff.).

Straftaten zusammengestellt, bei denen in mehr als 20 Prozent der Fälle die rechtskräftig festgesetzte Strafe kürzer als die Dauer der Untersuchungshaft ausfiel. |²⁶

Tabelle 4: In der Strafverfolgungsstatistik im Jahr 2013 erfasste Personen nach der Deliktsstruktur und dem Verhältnis der erkannten Strafe zur Dauer der Untersuchungshaft |²⁷

Delikte (in §§)	Erfasste Personen	U-Haft länger als erkannte Strafe	U-Haft kürzer als erkannte Strafe	U-Haft gleich wie erkannte Strafe
177 I	136	30 (22,1%)	106 (77,9%)	0
211-222	548	104 (19,0%)	444 (81,0%)	0
212, 213	321	70 (21,8%)	251 (78,2%)	0
306a	101	23 (22,8%)	78 (77,2%)	0
Gesamt	25.135	1.937 (7,7%)	23.134 (92,0%)	64 (0,3%)

Über alle Delikte hinweg fiel in 7,7 Prozent der Fälle die Untersuchungshaft länger als die erkannte Strafe aus. Straftaten, bei denen die Untersuchungshaft zu hohen Anteilen die Dauer der später verhängten Strafe überstieg, waren die schwere Brandstiftung (§ 306a StGB) mit 22,8 Prozent, wobei hier aber vergleichsweise und relativierend viele Maßregeln der Besserung und Sicherung zu verzeichnen waren sowie die sexuelle Nötigung nach § 177 I StGB (22,1 %) mit einer nicht unerheblichen Zahl an Freisprüchen. Recht hohe Anteile an Maßregeln der Besserung und Sicherung wie von Freisprüchen sind auch für die im Vergleich zur Strafe langen U-Haft-Zeiten bei den Tötungsdelikten (§§ 211-222 StGB) mit 19,0 Prozent sowie beim Totschlag (§§ 212, 213 StGB) mit 21,8 Prozent verantwortlich.

Die Strafverfolgungsstatistik weist zudem seit einigen Jahren die Haftgründe für die Anordnung der Untersuchungshaft im gesamten Deutschland aus. Dabei dominierte im Jahr 2013 unverändert der Haftgrund der Flucht oder Fluchtgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 und 2 StPO), der in 92,7 Prozent der Fälle zur Anordnung von Untersuchungshaft führte. |²⁸ An zweiter Stelle rangiert

²⁶ Einschränkung wurden nur solche Delikte aufgenommen, bei denen eine kritische Größe von 100 Verfahren mit Untersuchungshaft erreicht wurde.

²⁷ Statistik Rechtspflege, Strafverfolgung 2013, Tabelle 6.1, S. 370 ff. (eigene Prozentuierung); dabei gilt die erkannte Strafe auch bei alleinigen Maßnahmen, bei einem Freispruch etc. als kürzer; bei der Geldstrafe ist die Zahl der Tagessätze maßgebend (vgl. S. 403).

²⁸ Statistik Rechtspflege, Strafverfolgung 2013, Tabelle 6.1, S. 370 f. (eigene Prozentuierung). Da Mehrfachangaben möglich sind, addieren sich die Werte auf mehr als 100%.

die Verdunkelungsgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO) mit 7,6 Prozent vor der Wiederholungsgefahr mit zusammen 5,8 Prozent (darunter 1,3 % nach § 112a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO sowie 4,5% nach § 112a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO). Wenig relevant ist mit 1,5 Prozent der Haftgrund der Schwere der Tat des § 112 Abs. 3 StPO, so dass sich der noch im Jahr 2009 konstatierte Bedeutungsgewinn dieser Modalität nun nicht mehr feststellen lässt.²⁹

III. Kleine Analyse der neueren Rechtsprechung zur Untersuchungshaft und speziell zur Begründung der Fluchtgefahr

Die, wie eben gesehen, ungebrochen hohe Bedeutung des Haftgrunds der Fluchtgefahr für die Anordnung der Untersuchungshaft lässt es angezeigt erscheinen, sich mittels einer kleinen Analyse der neueren Rechtsprechung einen aktuellen Eindruck davon zu verschaffen, wie die Gerichte derzeit dieses wichtige Merkmal handhaben. Dazu wurde Mitte Februar 2015 in der Datenbank Juris nach Dokumenten der Jahre 2014 und 2015 mit dem Text »Fluchtgefahr« gesucht. Unter den auf diesem Weg ermittelten 176 Einträgen befanden sich 23, in denen sich Gerichte – vom Amtsgericht bis zum Bundesgerichtshof – mit diesem Haftgrund näher auseinandersetzen. Die bei der Durchsicht dieser Entscheidungen gewonnenen Eindrücke sollen im Folgenden wiedergegeben werden.

1. Maßstäbe der Rechtsprechung für die Ermittlung der Fluchtgefahr

Die Analyse der Rechtsprechung der letzten Monate zur Handhabung des Haftgrundes der Fluchtgefahr förderte zunächst zutage, dass der Weg, wie selbige festzustellen ist, bei weitem weniger klar ist, als man das bei einer zentralen Voraussetzung für eine tief in Freiheitsgrundrechte eingreifende prozessuale Zwangsmaßnahme erwarten würde.

Ruft man sich dazu einleitend den Gesetzestext in Erinnerung, definiert § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO als Fluchtgefahr die Gefahr, »dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde«. Die damit zu erstellende Prognose soll »bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles« vorgenommen werden. Einen Maßstab, wann eine solche Gefahr vorliegt, benennen jedoch beileibe nicht alle Gerichte. So finden sich in der letzten Zeit etwa Beschlüsse der Oberlandesgerichte aus Celle, Hamm und Köln, in denen ein entsprechender Obersatz fehlt und die Erwägungen zu diesem Haftgrund sogleich mit Überlegungen zu der einen Fluchtanreiz bildenden zu erwartenden Freiheitsstrafe beginnen.³⁰

²⁹ Vgl. *Ostendorf* (o. Fn. 4), 127.

³⁰ So OLG Celle B. v. 13.5.2014 – 1 Ws 216/14; OLG Hamm B. v. 26.6.2014 – 1 Ws 324/14; OLG Köln B. v. 21.7.2014 – 2 Ws 417/14.

In anderen Fällen und vergleichsweise häufig wird zur Bestimmung der besagten Voraussetzung mit einer Formulierung gearbeitet, nach der eine solche Fluchtgefahr bestehe, »wenn die Würdigung der Umstände des Falles es wahrscheinlicher macht, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entziehen, als dass er sich ihm zur Verfügung halten werde.«³¹ Diesen Maßstab mag man dahingehend interpretieren, dass eine Fluchtgefahr dann existiert, wenn im Sinne einer einfachen Wahrscheinlichkeitsrechnung mehr (als 50 %) dafür spricht, der Beschuldigte werde fliehen, als sich dem gegen ihn laufenden Strafverfahren zu stellen.

Einen davon abweichenden Maßstab scheint das Kammergericht Berlin zu vertreten, ohne dass die daraus resultierenden Konsequenzen vollumfänglich deutlich werden. So hält etwa der 1. Strafsenat in zwei Entscheidungen Fluchtgefahr unter Berufung auf die Kommentierung von *Hilger* im »Löwe/Rosenberg« dann für gegeben,

»wenn bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalles eine höhere Wahrscheinlichkeit für die Annahme spricht, der Beschuldigte werde sich zumindest für eine gewisse Zeit dem Strafverfahren entziehen, als für die Erwartung, er werde sich dem Verfahren zur Verfügung halten.«³²

Schaut man in die genannte Anmerkung in dem zitierten Kommentar, ist der dort favorisierte Wahrscheinlichkeitsmaßstab irritierenderweise wiederum leicht abweichend. Denn nach *Hilger* ist Fluchtgefahr dann gegeben,

»wenn aufgrund bestimmter Tatsachen [...] die hohe Wahrscheinlichkeit [...] besteht, der Täter werde sich – zumindest für eine gewisse Zeit – demjenigen Verfahren entziehen, in dem erwogen wird, die Untersuchungshaft anzuordnen.«³³

Wiederum etwas anders geht der 4. Strafsenat des Kammergerichts Berlin in einem weiteren Beschluss vor. Er betont in einer Entscheidung die generell für das Vorliegen aller Haftgründe von § 112 Abs. 2 StPO verlangten »bestimmten Tatsachen« und bringt diese in einen Zusammenhang mit der Begründung der Fluchtgefahr, indem er formuliert:

31 So zum Beispiel in den Entscheidungen BGH NJW 2014, 2372 (2373); OLG Koblenz B. v. 12.6.2014 – 1 HEs 9/14; KG B. v. 27.10.2014 – 2 Ws 360/14; KG B. v. 7.3.2014 – 4 Ws 21/14, teilweise unter expliziter Berufung auf Lutz Meyer-Goßner/Bertram Schmitt, Strafprozessordnung, 57. Aufl. München 2014, § 112 Rdnr. 17.

32 KG B. v. 21.8.2014 – 1 Ws 61/14 sowie KG B. v. 25.8.2014 – 1 Ws 66/14. Eine höhere Wahrscheinlichkeit halten auch Jürgen-Peter *Graf* im Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (7. Aufl., München 2013, § 112 Rdnr. 16) sowie Gerd *Pfeiffer* (Strafprozessordnung, 5. Aufl., München 2005, § 112 Rdnr. 6) für erforderlich.

33 Hans *Hilger*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. Berlin 2007, § 112 Rdnr. 32 mit weiterer Begründung in Rdnr. 25, in der er deutlich macht, dass für den zu vermeidenden Erfolg, also die Flucht, »eine hohe Wahrscheinlichkeit« zu fordern sei, »die stets deutlich höher sein muss als die, dass er ausbleibt.«

»Die Erwartung einer hohen, Fluchtanreiz bietenden Freiheitsstrafe nach allgemeinem Strafrecht ist eine ›bestimmte Tatsache‹ im Sinne des § 112 Abs. 2 StPO, für deren Vorliegen – soll die Haftanordnung darauf gestützt werden – eine hohe Wahrscheinlichkeit gegeben sein muss.«³⁴

Pointiert ließe sich formulieren, dass es in der gerichtlichen Praxis auf diese Feinheiten möglicherweise deswegen gar nicht so sehr ankommt, weil bisher keine Dogmatik des Untersuchungshaftrechts vorliegt, die Kriterien dafür liefern würde, wie eine solche Prognose der Fluchtgefahr genau vorzunehmen ist. Dafür schreibt der Gesetzgeber im Übrigen weder eine sachverständige Beratung vor noch existiert eine Haftentscheidungshilfe, wie sie etwa über §§ 72a, 38 Abs. 2 S. 3 JGG in Jugendstrafverfahren vorgesehen ist. So erfolgt die zu treffende Prognose durch die Gerichte regelmäßig wenig strukturiert und intuitiv. Statistische Verfahren, wie sie etwa bei Prognoseentscheidungen im Maßregelrecht oder bei Bewährungsfragen gebräuchlich sind,³⁵ sind bisher nicht entwickelt worden und stehen daher nicht zur Verfügung. Mag die Forderung richtig sein, dass bei der Prognoseentscheidung »jede schematische Beurteilung anhand genereller Maßstäbe, insbesondere die Annahme, dass bei einer Straferwartung in bestimmter Höhe stets oder nie ein bedeutsamer Fluchtanreiz bestehe, unzulässig« sei,³⁶ erschwert diese Flexibilität aber zugleich und zusätzlich eine richterliche Kontrolle.

2. Die zu erwartende Sanktion als überragendes Kriterium zur Begründung der Fluchtgefahr

Bereits im Gesetzestext des § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO (»bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles«) angelegt ist die Forderung, die Prognose aufgrund einer Gesamtwürdigung zu treffen. Dabei wird das Vorliegen einer Fluchtgefahr allenfalls ausnahmsweise mit dem konkreten Verhalten eines Beschuldigten vor oder nach der Tat oder gar konkreten Fluchtvorbereitungen begründet.³⁷ Finden sich Äußerungen in diese Richtung, erschöpfen sich diese zumeist in der Betonung von eine Flucht erleichternden »Kontakten« ins Ausland.³⁸

34 Bei der Entscheidung KG Berlin, B. v. 22.5.2014 – 4 Ws 48/14 handelt es sich im Übrigen um einen der seltenen Fälle, in dem ein Haftbefehl aufgehoben wird.

35 Vgl. etwa dazu Jörg *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. München 2014, § 56 Rdnr. 19 ff. Kritisch insoweit auch Martin *Rubbert*, Untersuchungshaft, Freiheitsentzug ohne Alternative? in: Materialheft 39. Strafverteidigertag, Lübeck, 6. bis 8. März 2015, S. 121-126.

36 So KG Berlin B. v. 27.10.2014 – 2 Ws 360/14 und B. v. 21.8.2014 – 1 Ws 61/14.

37 Gleiches ergab auch schon die Untersuchung von *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 235 f.

38 BGH B. v. 23.1.2014 – AK 25/13: Beschuldigte mit einer »Vielzahl von Kontakten ins Ausland«; KG B. v. 25.8.2014 – 1 Ws 66/14: Beschuldigter mit »vielfältige(n) geschäftliche(n) Kontakte(n) ins Ausland«; OLG Hamm B. v. 26.6.2014 – 1 Ws 324/14: bessere Fluchtmöglichkeit »aufgrund seiner Herkunft bestehenden Kontakte in den Libanon sowie auch verwandtschaftlicher Beziehungen in weitere Drittstaaten«; OLG Celle B. v. 13.5.2014 – 1 Ws 216/14: »Beschuldigte verfügt über wesentliche Kontakte ins außereuropäische Ausland«; OLG Stuttgart B. v. 4.2.2014 – 4 Ws 16/14: »vielfältige Kontakte innerhalb einer international operierenden Organisation«; vgl. demgegenüber KG B. v. 22.5.2014 – 4 Ws 48/14, wo der zu pauschale Verweis auf »Kontakte zu Verwandten in der Schweiz« gerügt wird.

Dies korrespondiert mit der oben getroffenen Feststellung, dass bandenmäßig begangene, mit einer internationalen Komponente versehene Delikte verstärkt zur Anordnung von Untersuchungshaft führen.

In die Gesamtwürdigung eingestellt werden sollen nach der Rechtsprechung neben der zu erwartenden Strafe etwa die »persönlichen Lebensverhältnisse und bisherigen Verhaltensweisen des Angeklagten«³⁹ oder weit umfassender

»die Persönlichkeit, die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben des Beschuldigten, die Art und Schwere der ihm vorgeworfenen Tat, das Verhalten des Beschuldigten im bisherigen Ermittlungsverfahren wie auch in früheren Strafverfahren, drohende negative oder soziale Folgen der vorgeworfenen Tat, aber auch allgemeine kriminalistische Erfahrungen und die Natur des verfahrensgegenständlichen Tatvorwurfs, soweit diese Rückschlüsse auf das Verhalten des Beschuldigten nahe legt.«⁴⁰

Trotz dieser Forderung nach einer – in der Rechtsprechung jedoch nur ausnahmsweise detailliert zu findenden – Gesamtwürdigung ist bei Durchsicht der Judikatur unverändert die zu erwartende Sanktion, in der Regel eine Freiheitsstrafe, der überragende Gesichtspunkt, der die Entscheidung über die Annahme von Fluchtgefahr präjudiziert. Die dabei gegebene Begründung fällt bisweilen sehr lakonisch aus. Als Beispiel dafür mag eine Entscheidung des 3. Strafsenats des BGH in einem Verfahren mit dem Vorwurf dienen, eine Beschuldigte habe sich nach § 129b StGB als Mitglied an einer terroristischen Vereinigung im Ausland beteiligt, deren Zwecke und Tätigkeit darauf gerichtet sei, Mord oder Totschlag zu begehen (vgl. § 129b Abs. 1 StGB i. V. m. § 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB). Hier genügt dem BGH zur Begründung der Fluchtgefahr ein einziger Satz, nämlich, dass die – nicht weiter spezifizierte – zu erwartende Strafe einen erheblichen Fluchtanreiz darstelle, »der es wahrscheinlicher macht, dass sich die Beschuldigte, die als langjähriges hochrangiges Mitglied einer international agierenden ausländischen terroristischen Vereinigung in der Lage war, eine Vielzahl von Kontakten ins Ausland zu knüpfen, sich dem Strafverfahren entziehen wird, als dass sie sich ihm stellt.«⁴¹ Ganz generell kann man sich bei Durchsicht der aktuellen Rechtsprechung nicht des Eindrucks erwehren, dass die Ergebnisse der – wenn auch vom Ende der 80er Jahren stammenden – Untersuchung

39 KG Berlin B. v. 27.10.2014 – 2 Ws 360/14.

40 KG Berlin B. v. 21.8.2014 – 1 Ws 61/14 und B. v. 25.8.2014 – 1 Ws 66/14.

41 BGH B v. 23.1.2014 – AK 25/13; ein Beispiel für eine sehr knappe Begründung auf der Ebene eines Amtsgerichts findet sich in der Entscheidung AG Frankfurt (Oder) B. v. 24.3.2014 – 45 Gs 48/14: »dass die Fluchtgefahr wesentlich unter anderem darauf gestützt wird, dass er mit Urteilen des beschließenden Gerichts vom 11.07.2012 und vom 27.11.2013 jeweils wegen Diebstahls zu Freiheitsstrafen ohne Bewährung verurteilt worden ist, was eine Freiheitsstrafe unter Gewährung von Bewährung im vorliegenden Verfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschließt, sondern vielmehr eine Freiheitsstrafe ohne Bewährung erwarten lässt.«

Gebauers unverändert Gültigkeit besitzen, wonach für die Begründung der Fluchtgefahr ein meist formelhafter Rückgriff auf einen bestimmten Merkmalskatalog erfolgt, bei dem sich die Annahme einer hohen Straferwartung als »besonders herausragend« erweist.⁴²

Wenig geklärt scheinen bei der zu erwartenden Strafe darüber hinaus zwei weitere Aspekte: Wie konkret muss die eine Flucht voraussichtlich fördernde Sanktion prognostiziert werden und existiert eine Bagatellgrenze, unter der eine Fluchtgefahr vernünftigerweise nicht mehr angenommen werden kann? Zu der erstgenannten Frage finden sich in der Kommentarliteratur im Wesentlichen nur Hinweise, dass auch die Frage der Anrechnung einer Untersuchungshaft nach § 51 StGB, einer Strafaussetzung nach § 56 StGB oder die einer Strafres-taussetzung nach § 57 StGB in die Erwägungen einzubeziehen seien.⁴³ Dem-entsprechend verzichten einige Beschwerdegerichte darauf, Ausführungen zur konkret zu erwartenden Sanktion unter Einschluss von Strafzumessungs-ge-sichtspunkten zu machen.⁴⁴ Dem stehen Entscheidungen gegenüber, die bei der Beurteilung der zu prognostizierenden Sanktion bereits in einem frühen Verfahrens-stadium umfangreiche Strafzumessungserwägungen vornehmen.⁴⁵

Dass auch eine geringe Straferwartung Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr nach sich ziehen kann, zeigt exemplarisch eine Entscheidung des OLG München. Hier genügt dem Senat die (angefochtene) Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von sieben Monaten wegen einer Straftat nach dem Aufent-haltsgesetz bei einer anzurechnenden Untersuchungshaft von zwei Mona-ten, um weiter den Haftgrund der Fluchtgefahr zu bejahen. Staatspolitisch verständlicher, aber gleichwohl fragwürdiger Hintergrund ist zu verhindern, dass der Beschuldigte »dem Aufruf seiner salafistischen Kontaktleute folgt und sich dschihadistischen Kämpfern in Syrien anschließt.«⁴⁶ Auch der 2. Strafsenat des Kammergerichts sieht in einer mit der Revision angefochtenen Gesamtfreiheitsstrafe von 18 Monaten bei anzurechnender Untersuchungshaft

42 Nach *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 234 ff. wurde die hohe Straferwartung in 347 der von ihm untersuch-ten Fälle (53,2%) zur Begründung der Fluchtgefahr herangezogen.

43 *Meyer-Gößner/Schmitt* (o. Fn. 31), § 112 Rdnr. 23; *LR/Hilger* (o. Fn. 33), § 112 Rdnr. 40.

44 OLG Hamm B. v. 26.6.2014 – 1 Ws 324/14 unter bloßem Hinweis auf eine empfindliche mehr-jährige vollstreckbare Freiheitsstrafe bei zu erwartendem Widerruf der Reststrafenaussetzung aus einer Vorverurteilung; deutlich pauschaler noch OLG Nürnberg B. v. 19.3.2014 – 2 Ws 98/14 mit der Erwartung, dass sich der Beschuldigte »aufgrund der zu erwartenden Freiheitsstrafe ... dem Verfahren durch Flucht entziehen wird« sowie BGH B. v. 23.1.2014 – AK 25/13, wonach die »zu erwartende Strafe einen erheblichen Fluchtanreiz« begründe.

45 Vgl. KG Berlin B v. 21.8.2014 – 1 Ws 61/14, das etwa auch »die verschuldeten Auswirkungen der Tat (§ 46 Abs. 2 StGB)« in seine Erwägungen einbezieht. Auch wenn von Hans *Dahs* (Apokryphe Haftgründe, in: Hanack/Rieß/Wendisch: Festschrift für Hans Dünnebieber zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, Berlin New York 1982, 227-237 [231 ff.]) eine solche Begründung als »ein fast als vermessen zu bezeichnendes Unterfangen« bezeichnet wird, scheint an dieser Notwendigkeit kein Weg vorbei zu führen.

von siebeneinhalb Monaten und möglicher weiterer Gesamtfreiheitsstrafe von elf Monaten ohne Diskussion einer etwaigen Strafrestaussetzung einen sogar »ganz erheblichen Fluchtanreiz«. |⁴⁷ Insoweit erweist sich die Straferwartung als ein vergleichsweise flexibel einsetzbares Kriterium zur Begründung einer Fluchtgefahr.

3. Weitere für die Beurteilung der Fluchtgefahr relevante Gesichtspunkte

Als nicht unproblematisch erscheint es, wenn das Fehlen sozialer Bindungen als entscheidender Gesichtspunkt für das Vorliegen von Fluchtgefahr angeführt wird. |⁴⁸ Das ist etwa in einer Entscheidung des OLG Koblenz |⁴⁹ ebenso der Fall wie in einem Beschluss des OLG München, |⁵⁰ der folgert, dass »angesichts des Fehlens von Wohnung, Arbeit und jeglicher sonstiger Bindungen im Inland mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass sich der Angeklagte dem weiteren Verfahren durch Flucht entziehen wird.« In der Regel thematisieren die Gerichte die fehlenden sozialen Bindungen erst nach dem Hinweis auf den aus der zu erwartenden Freiheitsstrafe resultierenden Fluchtanreiz. So heißt es dann zum Beispiel, dass diesem »keine beruflichen oder sozialen Bindungen von hinreichendem Gewicht« entgegenstünden. |⁵¹

In zwei Fällen wurden zwar familiäre Bindungen etwas eingehender diskutiert, aber ohne dass selbige zur Verneinung der Fluchtgefahr geführt hätten. So wurden einem Beschuldigten in einem Fall des OLG Koblenz zwar enge Beziehungen zu seiner Mutter und zu einer Frau attestiert, mit der er zwei kleine Kinder hatte. Dies wurde aber deswegen nicht für ausschlaggebend erachtet, weil er parallel über mehrere Jahre ein Verhältnis zu einer tatbeteiligten Zeugin gepflegt hatte. |⁵² Das OLG Celle wiederum sah in der Tatsache,

46 OLG München B v. 8.12.2014 – 2 Ws 1190/14; auch nach *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 237 schlossen Bagatelldelikte nicht die Annahme von Fluchtgefahr aus; zur Relevanz apokrypher Haftgründe vgl. ebenfalls *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 357 ff.

47 KG Berlin B v. 27.10.2014 – 2 Ws 360/14.

48 Dies monierte auch bereits *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 236: Auch nach seiner Untersuchung wurde das Fehlen von Gegenindikatoren häufig als Grundlage für die Annahme der Fluchtgefahr genommen.

49 OLG Koblenz B. v. 12.6.2014 – 1 HEs 9/14 mit dem Vorhalt, dass der Beschuldigte »über keine nennenswerten sozialen Bindungen« verfüge, »die ihn davon abhalten könnten, zumindest zu versuchen, sich dem Verfahren auf Dauer durch Untertauchen zu entziehen.«

50 OLG München B. v. 16.4.2014 – 2 Ws 352/14.

51 So etwa KG Berlin B. v. 25.8.2014 – 1 Ws 66/14; vergleichbare Begründungsmuster bei KG Berlin B. v. 27.10.2014 – 2 Ws 360/14; KG Berlin B. v. 21.8.2014 – 1 Ws 61/14; OLG Stuttgart B. v. 17.3.2014 – 2 HEs 145/12.

52 OLG Koblenz B. v. 12.6.2014 – 1 HEs 9/14.

dass eine Beschuldigte eine neunjährige Tochter zu betreuen hatte, ebenfalls keinen eine Flucht hindernden Grund, »da sie ihre Tochter ohne weiteres mitnehmen könnte.«⁵³

Die Fragwürdigkeit einer solchen Vorgehensweise bei der Erörterung flucht-hindernder Bindungen thematisierte auch der 4. Strafsenat des Kammergerichts, indem er in einer der seltenen, einen Haftbefehl aufhebenden Entscheidungen betonte, dass es nicht darauf ankomme, »ob bestimmte Gesichtspunkte einer (nach der Vorstellung der Generalstaatsanwaltschaft wohl bereits vorhandenen oder aus – vermeintlich – hoher Straferwartung ohne weiteres abgeleiteten) Fluchtgefahr entgegenstehen«, sondern diese »vielmehr zu begründen« seien.⁵⁴

IV. Die Aussetzung des Haftbefehls gegen Sicherheitsleistung

§ 116 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StPO sieht die Möglichkeit vor, den Haftbefehl gegen die Leistung einer angemessenen Sicherheit außer Vollzug zu setzen. Die genauen Modalitäten sind in § 116a StPO geregelt.

Die Datenlage zur Anwendungshäufigkeit dieser Maßnahme ist dünn: Bis heute bleibt die Studie von *Gebauer* aus dem Jahr 1987 die einzige empirische Arbeit, die sich dieser Frage annimmt. Danach erfolgte nur bei 11,8 Prozent der Außervollzugsetzungen eines Haftbefehls eine Sicherheitsleistung, die im Median bei 4.000 DM lag.⁵⁵

Püschel weist exemplarisch auf Zahlen des Amtsgerichts Köln hin: Dort gab es im Jahr 2005 nur 59 Kautionen, 2006 immerhin 75 Kautionen, 2007 wiederum nur 49. Das Verhältnis zur Anzahl der Haftbefehle bleibt bei diesen absoluten Zahlen verborgen; insgesamt scheint die Bedeutung der Stellung einer Kaution zur Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls in Deutschland eher gering zu sein.

Gegen die Sicherheitsleistung wird in der Literatur die negative Assoziation des »Freikaufens« angeführt.⁵⁶ Auch Gleichheitsgesichtspunkte werden

53 OLG Celle B. v. 13.5.2014 – 1 Ws 216/14.

54 KG Berlin B. v. 22.5.2014 – 4 Ws 48/14. Demgegenüber lautete die bis zum Jahr 1972 geltende Umschreibung der Fluchtgefahr in § 112 Abs. 1 Nr. 1 StPO noch wie folgt: »wenn bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Verhältnisse des Angeschuldigten und der Umstände, die einer Flucht entgegenstehen, die Befürchtung begründet ist, daß sich der Angeschuldigte dem Strafverfahren entziehen werde«; vgl. zur Geschichte der Fluchtgefahr auch Frank *Nobis*, Plädoyer zur Abschaffung des Haftgrundes der Fluchtgefahr, StraFo 2013, 318-324.

55 *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 253 ff.

56 Bernhard *Wankel* in: Kleinknecht/Müller/Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung, 61. EL (Juli 2011), Köln, § 116 Rdnr. 3.

ins Spiel gebracht, da es nur dem finanziell besser gestellten Beschuldigten möglich sei, eine Kaution zu leisten. Dagegen lässt sich aber argumentieren, dass die Höhe der Kaution – ebenso wie die der Geldstrafe – nach dem Vermögen des Beschuldigten zu bemessen ist.⁵⁷ Inwiefern die Leistung einer finanziellen Sicherheit tatsächlich geeignet ist, eine etwaige Fluchtgefahr zu reduzieren, lässt sich indes empirisch kaum beantworten.

In den Vereinigten Staaten ist dagegen die Kaution als Möglichkeit einer Haftvermeidung etabliert. Eine Untersuchung der 75 größten Counties ergab, dass auf Staatenebene 33 Prozent aller im Jahr 2006 wegen eines Verbrechens Verhafteten unter Leistung einer Kaution entlassen wurden. Weitere 25 Prozent wurden ohne oder gegen andere Ersatzmaßnahmen auf freien Fuß gesetzt. 42 Prozent blieben in Haft, größtenteils weil sie die Kaution nicht aufbringen konnten.⁵⁸ Jedenfalls auf Bundesebene steigt derzeit der Anteil an Beschuldigten in Untersuchungshaft jedoch wieder an. Hierfür wird eine wachsende Anzahl von Fällen mit Einwanderungsbezug verantwortlich gemacht.⁵⁹

Der Vergleich mit den USA erfordert es jedoch, sich die dortigen Verhältnisse genauer anzusehen. Das Kautionensystem ist in diesem Land in weitem Maße kommerzialisiert und privatisiert: Sogenannte »Bondsman« leisten gegen eine Gebühr die Kaution und setzen im Falle der Flucht des Beschuldigten als »Bounty Hunters« bezeichnete Kopfgeldjäger auf ihn an.⁶⁰ Selbst wenn eine ähnliche Entwicklung in Deutschland derzeit unwahrscheinlich scheint, können die hohen Aussetzungsraten der USA nicht uneingeschränkt als Vorbild dienen.

V. Die Aussetzung des Haftbefehls bei gleichzeitiger elektronischer Überwachung

Die Idee, die sogenannte »elektronische Fußfessel« zur Untersuchungshaftvermeidung einzusetzen, ist nicht neu: Schon im Jahr 1992 diskutierte der 59. Deutsche Juristentag über die elektronische Überwachung, die am ehesten

57 vgl. Hans-Ullrich Paeffgen in: Wolter, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, Band II, 4. Aufl. Köln 2010, § 116 Rdnr. 14 m.w.N.

58 U.S. Department of Justice Sourcebook of Criminal Justice Statistics, Tabelle 5.54:2006, abrufbar unter <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5552006.pdf>.

59 Thomas H. Cohen, Pretrial Detention and Misconduct in Federal Courts, 1955-2010, 2013, abrufbar unter <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/pdmfcd9510.pdf>.

60 Vgl. zur Ausgestaltung des kommerziellen Kautionensystems in den USA, zu dessen Geschichte und zu aktuellen Bestrebungen, dieses auf die Strafrestaussetzung zur Bewährung auszuweiten: Shadd Maruna/Dean Dabney/Volkan Topalli, Putting a price on prisoner release: The history of bail and a possible future of parole, *Punishment and Society* 2012, S. 314-337. Herzlichen Dank an Frau Dr. Christine Morgenstern für ihren Hinweis auf diesen lesenswerten Aufsatz.

im Bereich der Untersuchungshaft befürwortet wurde.^{|61} Im Jahr 1998 forderte die Vereinigung der Berliner Strafverteidiger – anlässlich eines geplanten neuen Strafvollzugsgesetzes, das einen elektronisch überwachten Vollzug der Freiheitsstrafe (nicht der U-Haft) vorsah –, die technischen und organisatorischen Möglichkeiten zu schaffen, als »weniger einschneidende Maßnahmen« die Beschuldigten elektronisch zu überwachen, anstatt sie zu inhaftieren.^{|62} Zehn Jahre später sprach sich der Strafrechtsausschuss des DAV für eine Erweiterung der in § 116 StPO genannten Auflagen um die sogenannte »elektronische Fußfessel« aus.^{|63}

Anknüpfungspunkt für eine Anwendung der »elektronischen Fußfessel« als Alternative zur Untersuchungshaft ist »de lege lata« die nicht abschließende Aufzählung (»namentlich«) möglicher Auflagen in § 116 Abs. 1 S. 2 StPO. Deutschlandweit wurde von dieser Möglichkeit bisher ausschließlich in Hessen Gebrauch gemacht.

1. Mögliche Formen der Umsetzung

Grundsätzlich lassen sich zwei mögliche Formen des Einsatzes der »elektronischen Fußfessel« zur Untersuchungshaftvermeidung ausmachen, wobei zumindest theoretisch auch eine Mischform denkbar ist: Vorstellbar ist zum einen ein elektronisch überwachter Hausarrest, der sich durch die Festlegung bestimmter An- und Abwesenheitszeiten (z.B. eine Abwesenheit für Arbeit) in der Wohnung auszeichnet, die überwacht werden. Möglich ist zum anderen eine elektronische Aufenthaltsüberwachung, bei der sich der Beschuldigte frei bewegen kann, jedoch seine Aufenthaltsdaten (meist mittels GPS) permanent erfasst werden.

Der elektronisch überwachte Hausarrest wird derzeit üblicherweise mittels sogenannter Radiofrequenz-Technik (RF-Technik) umgesetzt. Mit dieser Technik kann aber nur eine An- und Abwesenheit erfasst werden. Ist also

61 Vgl. insbesondere die Stellungnahmen von *Hilger* (mit Bedenken bzgl. eines Net-Widening O 144 f.) und die Entgegnung von *Dankert* (O 145), sowie zur letztendlich (mit 29 Ja-Stimmen, 36 Nein-Stimmen und zwei Enthaltungen) jedoch abgelehnten Beschlussfassung »Zu prüfen ist, ob sie [= elektronisch kontrollierte Anordnungen zum Aufenthalt] z.B. im Rahmen der Haftverschonung (§ 116 StPO) oder von Vollzugslockerungen nach dem StVollzG praktikabel und verhältnismäßig sind.« (O 191) in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Neunundfünfzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1992, Band II (Sitzungsberichte), München 1992.

62 Presseerklärung der Vereinigung Berliner Strafverteidiger e.V., Elektronische Fessel als Alternative zur Untersuchungshaft, abgedruckt in: Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Abgeordnetenhaus von Berlin (Hrsg.), Elektronische Fußfessel: My home is my prison?, 1998, S. 43.

63 DAV Stellungnahme Nr. 61/2008.

beispielsweise im Zeitplan eine Abwesenheit des Beschuldigten aus Gründen der Arbeit bis 18 Uhr hinterlegt, nutzt der Betreffende diese Zeit jedoch zur Flucht, wird seine Abwesenheit erst um 18 Uhr bemerkt. Auf diese Weise gelang in Hessen einem – wegen eines Tresordiebstahls beschuldigten – Salafisten medienwirksam die Flucht nach Syrien. |⁶⁴ Das Potential der RF-Technik zur Verhinderung einer Flucht ist also relativ gering. Dafür zeichnet sie sich durch eine entsprechend geringfügige Datenerhebung aus, auch wenn der einzuhaltende Zeitplan dem Beschuldigten einiges abverlangen kann.

Die elektronische Aufenthaltsüberwachung wird in Deutschland seit dem Jahr 2011 als Weisung im Rahmen der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 1 S. 1 Nr. 12 StGB) angewendet. Hierbei werden die Aufenthaltsdaten zwar rund um die Uhr erhoben, jedoch nicht fortlaufend eingesehen. |⁶⁵ Möglich ist beispielsweise die Einrichtung bestimmter Zonen (z.B. Wohnort oder »Bundesrepublik Deutschland«), bei deren Verlassen automatisiert ein Alarm in der Überwachungsstelle eingeht. Auch eine Manipulation am Gerät wird sofort bemerkt. Das bedeutet, dass diese Ausgestaltungsform zumindest tendenziell geeigneter ist, eine Fluchtgefahr zu reduzieren. Allerdings benötigt auch die Polizei Zeit, am zuletzt übermittelten Ort einzutreffen und von dort aus zu fahnden. So machte eine ehemalige Sicherungsverwahrte Schlagzeilen, die ihre »Fußfessel« abtrennte und zwei Wochen untertauchen konnte, bis sie einen Supermarkt in Brand steckte und daraufhin festgenommen wurde. |⁶⁶ Der im Vergleich zur RF-Technik höheren Sicherheit steht dabei ein bedeutend schwererer Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung gegenüber. Die GPS-Technik ist zudem deutlich teurer und wartungsintensiver: Der Beschuldigte muss das Gerät jeden Tag etwa zwei Stunden aufladen.

Prinzipiell denkbar ist drittens auch ein Hausarrest, der mittels GPS überwacht wird. Diese Variante wäre durch die Kombination aus permanenter Datenerhebung und einzuhaltendem Tagesplan jedoch überaus eingriffintensiv. |⁶⁷

64 vgl. <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/salafist-reist-trotz-elektronischer-fussfessel-nach-syrien-13207421.html>.

65 Im Rahmen der Führungsaufsicht ist die Datenerhebung und -verwendung in § 463a Abs. 4 StPO geregelt.

66 vgl. zur Berichterstattung nur <http://www.welt.de/vermischtes/article123440986/Schwerkriminalle-zerstoert-Fussfessel-und-legt-Feuer.html>.

67 Diesen Weg wählte jedoch Baden-Württemberg in seinem – mittlerweile eingestellten – Modellprojekt zur elektronischen Überwachung im Vollzug der Freiheitsstrafe; kritisch hierzu Gunda *Wißner*/Andreas *Schwedler*, Elektronische Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe in Baden-Württemberg – Ergebnisse der wissenschaftlichen Begleitforschung, *BewHi* 2013, 130-145 (143).

1. Rechtliche und praktische Probleme einer Anwendung des elektronisch überwachten Hausarrests »de lege lata«

a. Anwendbarkeit »de lege lata«

Die prinzipielle Zulässigkeit eines elektronisch überwachten Hausarrests nach geltender Rechtslage wird in der Literatur kaum angezweifelt.⁶⁸ Auch die (hessischen) Gerichte haben die Anwendung offenbar bislang nicht bemängelt; für ihre Zulässigkeit spricht insbesondere die Vereinbarkeit mit dem Wortlaut des § 116 Abs. 1 S. 2 StPO. Dagegen käme eine echte Aufenthaltüberwachung wohl nicht ohne eine spezialgesetzliche Regelung aus. Insbesondere müssten Fragen der Datenverwendung und des Datenschutzes (beispielsweise die Einhaltung von Löschfristen) geregelt werden.

b. »Elektronische Fußfessel« als milderer Mittel?

Für den Einsatz der »elektronischen Fußfessel« werden insbesondere die hohen Belastungen der Untersuchungshaft ins Feld geführt, die sich mit der elektronischen Überwachung als milderem Mittel vermeiden ließen. Auch wenn zweifellos für sich betrachtet kaum eine Maßnahme so umfassend in die Rechte des Betroffenen eingreift wie eine Inhaftierung, dürfen die Belastungen durch die elektronische Überwachung jedoch nicht übersehen werden, zumal die Anwendung nach geltender Rechtslage einige Schwierigkeiten mit sich bringt:

So stellt sich die Frage der Anrechenbarkeit der Zeit der elektronischen Überwachung auf eine später verhängte (Freiheits-)Strafe: Derzeit muss im Falle einer späteren Verurteilung damit gerechnet werden, dass diese Zeit in keiner Weise bei der zu verbüßenden Freiheitsstrafe in Ansatz gebracht wird.⁶⁹ Etwas anderes könnte gelten, wenn sie als »andere Freiheitsentziehung« gem. § 51 Abs. 1 S. 1 StGB verstanden würde. Hierfür lässt sich bei einem Hausarrest wohl eher argumentieren⁷⁰ als bei einer reinen Aufenthaltüberwachung. Bislang wird die »elektronische Fußfessel« zur Untersuchungshaftvermeidung ausschließlich in Hessen angewendet. Dort wurde den Beschuldigten, die später zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurden, keine Überwachungszeit angerechnet.⁷¹

68 Für das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung hingegen Heribert Ostendorf, Die »elektronische Fessel« - Wunderwaffe im »Kampf« gegen die Kriminalität, ZRP 1997, 473-476 (475).

69 Vgl. aber David *Herrmann* in Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafprozessordnung, Köln 2014, § 116 Rdnr. 22, der sich für eine Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung ausspricht.

70 So hat das LG Frankfurt (NJW 2001, 697) einen viermonatigen elektronisch überwachten Hausarrest als Freiheitsentziehung gewertet. Die Frage der Anrechenbarkeit stellte sich dort hingegen nicht, da es sich bei der Maßnahme um eine Bewährungsweisung handelte.

71 Markus *Mayer*, Modellprojekt elektronische Fußfessel, Studien zur Erprobung einer umstrittenen Maßnahme, Freiburg im Breisgau 2004, S. 352.

Ebenfalls im hessischen Modellprojekt wurde bei einigen Beschuldigten eine überlange Verfahrens- (und damit auch Überwachungs-)dauer festgestellt: Denn die Höchstfristen der §§ 121, 122a StPO gelten nicht, wenn der Haftbefehl außer Vollzug gesetzt ist. Damit werden in der Praxis Verfahren, bei denen der Beschuldigte in U-Haft sitzt, zügiger bearbeitet als jene, in denen »nur« eine elektronische Überwachung stattfindet.

Schließlich geht die Überwachung mit spezifischen Belastungen einher: Im Falle des Hausarrests ist dies insbesondere der einzuhaltende Zeitplan, der ganz erheblich in die Freiheitsrechte des Beschuldigten eingreift. Bei der elektronischen Aufenthaltsüberwachung kann sich der Beschuldigte zwar weiterhin frei bewegen, ist jedoch aufgrund der permanenten Erfassung seines Standorts und der hierfür erforderlichen GPS-Technik nicht nur in seiner informationellen Selbstbestimmung beeinträchtigt: Das regelmäßige Aufladen (etwa zwei Stunden pro Tag) kann zu Problemen bei der Arbeit führen, die Sichtbarkeit des großen Geräts kann stigmatisierend wirken, körperliche Beschwerden verursachen und bei alltäglichen Betätigungen wie beim Sport hinderlich sein.

Diese Einschränkungen mögen gegenüber einem völligen Freiheitsverlust auf unbestimmte Zeit unbedeutend wirken. Müssen diese Belastungen jedoch mangels ihrer Anrechenbarkeit zusätzlich zu einer späteren Freiheitsstrafe ertragen werden und zieht sich zudem das Verfahren in die Länge, so lässt sich die »Fußfessel« nicht mehr als milderes Mittel klassifizieren.

c. Net-Widening-Effekt

Die Sorge bezüglich eines sogenannten Net-Widening-Effekts, also der Ausweitung des Netzes sozialer Kontrolle, ist der wohl häufigste Kritikpunkt, der gegen eine elektronische Überwachung zur Vermeidung der Untersuchungshaft geäußert wird. So führt *Lammer* aus:

»Dem Umstand, dass der Hausarrest unter Einsatz der elektronischen Fußfessel auf den ersten Blick weniger belastend erscheint als die Inhaftierung in einer Untersuchungshaftanstalt, steht die begründete Befürchtung gegenüber, dass diese Maßnahme nicht zu mehr Haftverschonungen führen, sondern lediglich als weitere Maßnahme bei ohnehin haftverschonungsgerechten Fällen zur Anwendung kommen wird.«⁷²

⁷² Dirk *Lammer* in Krekeler/Löffelmann/Sommer, *AnwaltKommentar StPO*, 2. Aufl. Bochum 2010, § 116 Rdnr. 3.

2. Drei Beispiele für eine Umsetzung einer elektronischen Überwachung als Alternative zu einer Untersuchungshaft

Im Folgenden werden drei verschiedene Ansätze zur Umsetzung einer elektronischen Überwachung als Alternative zu einer Untersuchungshaft vorgestellt: Das hessische, das österreichische und das Schweizer Modell. Nachdem soeben die Schwierigkeiten einer Anwendung »de lege lata« behandelt wurden, kann unter anderem ein Blick ins benachbarte Ausland aufzeigen, wie eine entsprechende spezialgesetzliche Normierung aussehen könnte.

a. Hessen

Wie bereits erwähnt, wird die »elektronische Fußfessel« seit dem Jahr 2001 in Hessen (auch) zur Untersuchungshaftvermeidung eingesetzt. Das dortige Modellprojekt, das im Jahr 2007 auf sämtliche Landgerichtsbezirke ausgeweitet wurde, setzt den elektronisch überwachten Hausarrest hauptsächlich als Bewährungsweisung um. Die »elektronische Fußfessel« in Verbindung mit der Aussetzung eines Haftbefehls macht hingegen lediglich etwa ein Viertel aller Hausarrestfälle aus.

Die Anwendung wird ohne explizite Rechtsgrundlage auf § 116 Abs. 1 S. 2 StPO gestützt. Die Überwachung erfolgt mittels RF-Technik, welche die An- und Abwesenheit des Beschuldigten in seiner Wohnung in Übereinstimmung mit entsprechenden Zeitplänen kontrolliert. Für die Teilnahme am Modellprojekt ist nicht nur das Einverständnis des Überwachten, sondern auch das seiner Mitbewohner erforderlich. Das hessische Projekt wurde vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg evaluiert. Insgesamt fiel die Bewertung recht positiv aus, allerdings wurde gerade die Anwendungsalternative zur Untersuchungshaftvermeidung wegen besagter fehlender Anrechenbarkeit und einer langen Verfahrensdauer eher als kritisch beurteilt. Darin sieht *Mayer*, der Autor der Evaluation, eine Form von Net-Widening durch eine Intensivierung des Eingriffs.⁷³ Ob auch bei der Auswahl der Teilnehmer das Netz der Kontrolle ausgeweitet wurde, also Beschuldigte elektronisch überwacht wurden, deren Haftbefehle sonst ohne oder gegen mildere Auflagen außer Vollzug gesetzt worden wären, ließ sich mit seiner Studie nicht beantworten.⁷⁴

Insgesamt hat die »elektronische Fußfessel« trotz ihrer mittlerweile in Hessen 14-jährigen Tradition bisher zahlenmäßig nur eine geringe Relevanz: So

⁷³ *Mayer* (o. Fn. 71), S. 352.

⁷⁴ *Mayer* (o. Fn. 71), S. 179 f.

wurden bis Ende September 2014 insgesamt 1.275 Personen überwacht, darunter (nur) in 444 Fällen zur Vermeidung einer Untersuchungshaft.⁷⁵

b. Österreich

Die österreichische Strafprozessordnung sieht einen elektronisch überwachten Hausarrest seit dem Jahr 2010 vor. Er ersetzt jedoch nicht die Untersuchungshaft, sondern stellt eine Form des Vollzugs derselben dar. Als Konsequenz daraus gelten die dortigen Höchstfristen für die Untersuchungshaft weiter⁷⁶ und die Zeit der Überwachung wird 1:1 auf eine verhängte Strafe angerechnet. Die Maßnahme ist gem. § 173a öStPO nur zulässig, wenn kein »gelinderes Mittel« als Untersuchungshaft besteht, zugleich aber der Zweck der Haft auch durch diese Vollzugsform erreicht werden kann. Der Beschuldigte muss zudem der elektronischen Überwachung zustimmen und sich in »geordneten Lebensverhältnissen« befinden. Hierunter ist in jedem Fall die Existenz einer Unterkunft zu verstehen. Eine Beschäftigung soll jedoch nicht zwingend erforderlich sein, etwa wenn der Beschuldigte in Rente sei, Arbeitslosengeld erhalte oder über ein ausreichendes Vermögen verfüge.⁷⁷

Im Gegensatz zur Anwendung im Vollzug der Freiheitsstrafe wurde der Einsatz der »Fußfessel« im Vollzug der Untersuchungshaft in Österreich nicht in Modellprojekten erprobt.⁷⁸ Ihm kommt in der Praxis bislang keine Bedeutung zu⁷⁹

c. Schweiz

Die Schweizer Strafprozessordnung nennt in Art. 237 verschiedene Ersatzmaßnahmen, die an Stelle der Untersuchungshaft anzuordnen sind, wenn sie den gleichen Zweck wie die Haft erfüllen. Ihre Einhaltung kann gem. Art. 237 Abs. 3 chStPO elektronisch überwacht werden: »Das Gericht kann zur Überwachung solcher Ersatzmassnahmen den Einsatz technischer Geräte und deren feste Verbindung mit der zu überwachenden Person anordnen.« In Betracht kommt beispielsweise die Auflage, das Haus oder den Wohnort nicht zu verlassen. Die Schweiz setzt bislang RF-Technik ein, allerdings

75 <http://www.fr-online.de/kriminalitaet/elektronische-fussfessel-kontrolle-statt-haft,25733026,28735882.html>.

76 Auch die Überwachung darf somit nur ausnahmsweise sechs Monate überschreiten, vgl. § 178 öStPO sowie Gudrun *Hochmayr*, Elektronisch überwachter Hausarrest - Gegenwart und Zukunft in Deutschland und Österreich, NStZ 2013, 13-19 (17).

77 Gudrun *Hochmayr*, Elektronisch überwachter Hausarrest. Zur Regelung in Deutschland und Österreich, ZIS 2012, 536-544 (538).

78 *Hochmayr* (o. Fn. 76), 17.

79 Bis Dezember 2011 soll lediglich in fünf Fällen ein Einsatz zur Untersuchungs Haftvermeidung erfolgt sein, vgl. *Hochmayr* (o. Fn. 76), 17.

scheinen die technischen Voraussetzungen noch nicht in allen Kantonen geschaffen zu sein.^{|80} Es laufen indes schon Versuche zum Einsatz von GPS-Technik,^{|81} die möglicherweise die Akzeptanz erhöhen könnten.

VI. Fazit

Der in den 90er Jahren einsetzende und fast bis zuletzt anhaltende deutliche Rückgang der Untersuchungshaftzahlen zeigt Hand in Hand mit dem Vergleich der U-Haft-Praxis in anderen Staaten, dass bereits seit einiger Zeit nicht mehr vorbehaltlos die Rede davon sein kann, dass in Deutschland zu viel, zu schnell und zu lange verhaftet wird.

Dem steht nicht entgegen, dass eine Analyse der zur Untersuchungshaft in der Strafverfolgungsstatistik vorhandenen (begrenzten) Angaben^{|82} unverändert Schwachstellen – wenn nicht sogar Mängel der normativen Grundlagen – in der Praxis der Handhabung dieser tief in Freiheitsrechte eingreifenden strafprozessualen Zwangsmaßnahme offenbart. Als problematisch erscheint insbesondere, dass rund die Hälfte der Verfahren mit Untersuchungshaft nicht in eine eigentlich zu erwartende Freiheits- oder Jugendstrafe ohne Bewährung mündet. Daneben werfen die in der Statistik verzeichneten Bagatelldelikte mit Untersuchungshaft die Frage auf, ob dem in diesem Bereich besonders wichtigen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch die Gerichte hinreichend Rechnung getragen wird und/oder Delikte mit einer geringen Strafdrohung ganz generell von der Untersuchungshaft ausgenommen werden sollten.

Der seit langer Zeit überragend wichtige Haftgrund der Fluchtgefahr nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO legt es nahe, sich bei Reformbestrebungen vor allem auf diese Haftvoraussetzung zu konzentrieren. Die vereinzelt erhobene Forderung, diesen Haftgrund abzuschaffen,^{|83} erscheint schon angesichts des Umstandes, dass nach einer kürzlich erstellten Untersuchung alle Staaten der Europäischen Union diese Alternative vorsehen, wenig begründet und rechtspolitisch illusorisch.^{|84}

80 <http://www.nzz.ch/zuerich/breit-angelegter-versuch-mit-gps-fussfesseln-1.18299696>.

81 <http://bazonline.ch/basel/land/GPSFussfessel-statt-UHaft/story/26026078>, vgl. auch o. Fn. 80.

82 Als überzogen erscheint freilich die Feststellung in LR/*Hilger* (o. Fn. 33), Vor § 112 Rdnr. 69, dass die Strafverfolgungsstatistik keine »tiefergehende, einigermaßen verlässliche Analyse« ermögliche. Gleichwohl ist zu bedenken, dass darin die Fälle mit Anordnung von Untersuchungshaft unberücksichtigt bleiben, die nicht zur Aburteilung vor die Strafgerichte gelangen. Nach *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 140 bleiben bei Addition der Einstellungen und Freisprüche 10% der Verfahren mit Untersuchungshaft ohne Sanktion.

83 So *Nobis* (o. Fn. 54).

84 Vgl. Anton van *Kalmthout* (Hrsg.), Pre-trial detention in the European Union: an analysis of minimum standards in pre-trial detention and the grounds for regular review in the member states of the EU, Nijmegen 2009, S. 71 f.

Dazu, ob die Fluchtgefahr systematisch überschätzt wird, existieren keine empirischen Untersuchungen. Daten aus einer bereits älteren Studie deuten aber daraufhin, dass es auch bei der Prognose der Fluchtgefahr eine nicht zu unterschätzende Anzahl sogenannter »false positives« geben könnte.⁸⁵ Bedenkenswert ist in diesem Zusammenhang der Vorschlag, das Verhalten derjenigen Personen nachzuverfolgen, deren mit Fluchtgefahr begründeter Haftbefehl wegen eines Verstoßes gegen den Beschleunigungsgrundsatz aufgehoben wurde und die somit in Freiheit gelangten.⁸⁶

Eine Analyse kürzlich zur Untersuchungshaft ergangener Entscheidungen vermittelt angesichts einer insoweit fehlenden Dogmatik den Eindruck, dass die Prognose der Fluchtgefahr überwiegend nach einer wenig validen intuitiven Methode erfolgt. Dabei scheint weder über den erforderlichen Wahrscheinlichkeitsmaßstab zur Begründung der Fluchtgefahr, die Konkretisierungsanforderungen an die zu erwartende Strafe noch die in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkte und deren Wertigkeit Einigkeit zu bestehen.

Die »elektronische Fußfessel« kann dazu beitragen, Beschuldigte von der Untersuchungshaft zu verschonen. Sie wird allerdings eine Flucht nicht verhindern, sondern allenfalls die Fluchtgefahr minimieren. Statt einer Anwendung nach geltendem Recht wäre eine entsprechende Normierung in der StPO oder eine Vollzugslösung nach dem Vorbild Österreichs zu begrüßen. Geklärt werden müsste insbesondere die zulässige Dauer der Überwachung, die Verwendung der erhobenen Daten und die Anrechnung der Überwachungszeit im Falle der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe. Während eine Regelung im Bereich des Vollzugs viele Schwierigkeiten elegant lösen könnte, lässt die diesbezügliche jeweils eigene Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer eine Uneinheitlichkeit befürchten. Sofern Länder sich für eine Vollzugslösung entscheiden sollten, könnten sie auf die Infrastruktur der sogenannten Gemeinsamen Überwachungsstelle der Länder (GÜL) zurückgreifen, welche sowohl die bundesweite Überwachung im Rahmen der Führungsaufsicht, als auch die Kontrolle im hessischen Modellprojekt gewährleistet. Eine solche Übertragung neuer Aufgaben auf die GÜL sieht der entsprechende Staatsvertrag, den alle Bundesländer unterzeichnet haben, vor.⁸⁷

85 Vgl. *Gebauer* (o. Fn. 3), S. 275 ff., wonach von 181 Personen, bei denen der Haftbefehl außer Vollzug gesetzt wurde, nur 15 (8,3%) geflohen seien.

86 Martin *Rubbert*, Generalrevision, Freispruch 5/2014, 7 f.; ders. (o. Fn. 35), 122.

87 Art. 4 Staatsvertrag über die Einrichtung einer Gemeinsamen elektronischen Überwachungsstelle der Länder.

Auch nach dem Ende des 39. Strafverteidigertags bleibt der Einsatz der »Fußfessel« weiter im Gespräch: So will die im Juni 2015 in Stuttgart stattfindende Justizministerkonferenz über neue Anwendungsmöglichkeiten beraten: Hessen präferiert dabei einen Einsatz zum Opferschutz im Bereich der häuslichen Gewalt,⁸⁸ Mecklenburg-Vorpommern stattdessen die Überwachung von Fußballfans.⁸⁹

88 vgl. die Pressemitteilung unter <https://justizministerium.hessen.de/presse/pressemitteilung/positive-bilanz-fuer-gemeinsame-elektronische-ueberwachungsstelle-der>.

89 Vgl. die Pressemitteilung des Justizministeriums: http://www.regierung-mv.de/cms2/Regierungsportal_prod/Regierungsportal/de/jm/?pid=98530.

Reform des Untersuchungshaftrechts?

I.

Ich habe das Thema meines Vortrages so aufgefasst, dass von mir erwartet wird, verschiedene Vorschläge zu unterbreiten, mit denen die gesetzliche Regelung von Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft zugunsten der davon betroffenen Inhaftierten (oder dann auch nicht mehr Inhaftierten) geändert werden könnte. Das fällt mir nicht leicht. Nicht deswegen, weil ich die Reform der Untersuchungshaft für ein unwichtiges oder unattraktives Thema halte. Dass es sich hier um Freiheitsentziehung an unschuldigen Menschen handelt, die täglich in tausenden Fällen in Deutschland vollzogen wird, ist und bleibt ein schwer erträglicher Zustand.

Allerdings lässt ein Blick auf die Geschichte des Rechts – oder wenn Sie so wollen: des Unrechts – der Untersuchungshaft in den letzten 90 Jahren den Betrachter, jedenfalls mich, ziemlich ratlos zurück. Es entsteht nämlich der Eindruck, dass die Praxis von Anordnung und Vollzug der Untersuchungshaft sich gegen gesetzgeberische Reformen, auch solche die mit großen Hoffnungen seitens der Anwaltschaft verbunden waren, weitgehend resistent gezeigt hat.

Eher zufällig fiel mir vor kurzem ein Aufsatz von Werner *Sarstedt*, dem früheren Vorsitzenden des 5. (damals noch Berliner) Strafsenats des BGH, in die Hände mit der Überschrift »Reform der Untersuchungshaft«. Der Beitrag stammt aus dem Jahr 1963. Darin heißt es, gleich am Anfang:¹

»Wenn man [...] im zweiten Band der Juristischen Wochenschrift von 1925 liest, wie allgemein die Verteidiger damals glaubten, schier allem Übel werde gesteuert sein, sobald der Gesetzgeber nur erst einmal die mündliche Haftprüfung eingeführt haben werde, und wenn man sich jetzt die jahrzehntelangen Erfahrungen dieser Haftprüfung ansieht, die doch nur in einem kleinen Teil der Fälle zur Freilassung führt, in den meisten Fällen nur das Verfahren aufhält und damit die Untersuchungshaft verlängert:

¹ Werner *Sarstedt*, Reform der Untersuchungshaft, in ders. Rechtsstaat als Aufgabe, 1987, S. 120 ff.

Dann muss man der Bundesregierung dankbar sein, dass sie dem Beschuldigten das Recht geben wollte, auf die Haftprüfung zu verzichten (§ 118 c). Der Rechtsausschuss des Bundestages hat das, und dafür gebührt ihm erst recht Dank, dahin geändert, dass die Haftprüfung überhaupt nur noch auf Antrag stattfindet (§ 117 Abs. 1 StPO), abgesehen von einer praktisch bedeutungslosen Ausnahme (§ 117 Abs. 5a). Das ist für die einstmals gerade von den Rechtsanwälten so sehnlich herbeigewünschte Haftprüfung ein Begräbnis vierter Klasse, ohne Feierlichkeiten.«

Ich habe etwas tiefer geschürft und mir auch den Beitrag von *Alsberg*, auf den Sarstedt hier Bezug nimmt, aus der JW 1925 angesehen und festgestellt, dass dieser einigen von uns wohlbekannte Kollege, zweifellos eine große Autorität, in der Einführung einer mündlichen Haftprüfung geradezu die *conditio sine qua non* einer Reform des Untersuchungshaftrechts gesehen hat.² Eine »lebhaftete Befürwortung aus den Kreisen der Berliner Verteidiger« habe, so *Alsberg*, dieser Gedanke gefunden. Das Haftprüfungsverfahren mit dem Anspruch auf mündliche Verhandlung ist dann auch – durch die sog. Lex Höfle – 1925 eingeführt worden. Über die Erfahrungen, die damit gemacht wurden und werden, brauche ich Ihnen nichts Näheres zu erzählen. Es hat jedenfalls die großen Hoffnungen nicht erfüllt, die in es gesetzt wurden.

Nobis hat in einem Vortrag auf dem 37. Strafverteidigertag, Freiburg 2013, ein »Plädoyer zur Abschaffung des Haftgrundes der Fluchtgefahr«³ gehalten. In diesem Referat hat er Zahlen zur Entwicklung der Untersuchungshaftpopulation zusammengestellt. Sie sei, so führt er aus, von Anfang der 70er Jahre bis zum Anfang der 80er Jahre von etwa 12.000 auf etwa 17.000 Gefangene angestiegen. Eine Änderung des Gesetzes war dafür nach seiner – wohl zutreffenden Ansicht – nicht die Ursache, sondern, wie er – gleichfalls zutreffend – diagnostiziert, das »allgemeine kriminalpolitische Klima«. Das Klima hellte sich seit 1983 auf, so dass die Zahlen in den folgenden sechs Jahren, also bis 1989, um etwa 30 Prozent sanken. Auch in diesem Zeitraum hat es keine Reform des Untersuchungshaftrechts gegeben.

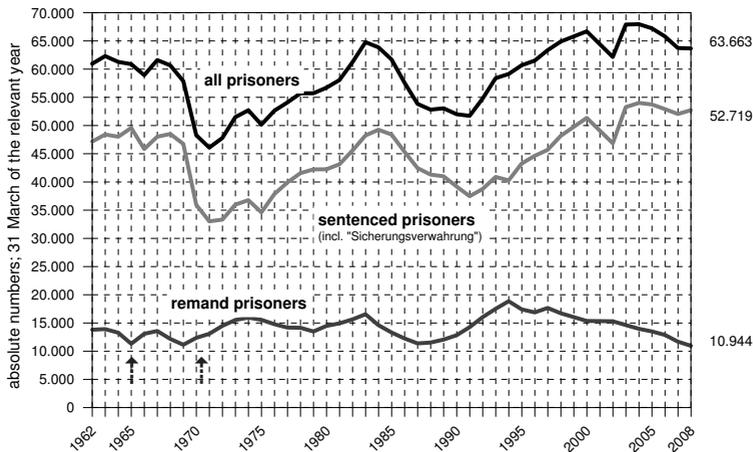
Nobis kommt also zu dem Ergebnis, dass sich die Praxis gegenüber Änderungen der einschlägigen prozessualen Normen resistent gezeigt habe. Das zeigt auch eine Grafik, die sich in einer im Auftrag der Europäischen Kommission von der Universität Tilburg durchgeführten Studie⁴ findet:

2 JW 1925, 1433 ff., 1437, Vortrag vor dem Berliner Anwaltsverein am 15.06.1925

3 *Nobis*, StraFo 2013, 318 ff.

4 An analysis of minimum standards in pre-trial detention and the grounds for regular review in the Member States of the EU' (JLS/D3/2007/01), hier zitiert nach einer vorläufigen Fassung, publiziert auf der website der ECBA, <http://www.ecba.org/extdocserv/projects/JusticeForum/Germany180309.pdf>, dort S.5 des Unterkapitels »Germany«.

Figure 1a: The prison population according to legal status (absolute numbers), 1962-2008: Old Federal States²⁶



Die in der Grafik sichtbaren Pfeile markieren die Zeitpunkte der beiden Änderungen des Untersuchungshaftrechts in den 60er und 70er Jahren des letzten Jahrhunderts:

- durch das StPÄG vom 19.12.1964 (BGBl. I, 1067). Seinerzeit erhielt § 112 Abs.2 in Nr. 2 den Wortlaut, dass ein Haftgrund bestehe, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen

...»bei Würdigung der Umstände des Einzelfalls, namentlich der Verhältnisse des Beschuldigten und der Umstände, die einer Flucht entgegenstehen, die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr)«.

- durch Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 7.8.1972 (BGBl. I, 1361). Nun wurde § 112 Abs.2 in Nr. 2 geändert in die Fassung, dass ein Haftgrund bestehe, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen

...»bei Würdigung der Umstände des Einzelfalls die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr)«.

Hintergrund dieser Kürzung des Gesetzeswortlautes war, dass sich eine Rechtsprechung aufgrund der Regelung des StPÄG 1964 etabliert hatte, durch die dem

»Nachweis eines festen Wohnsitzes bei der Beurteilung eines Haftfalles so großes Gewicht beigelegt wurde, dass beim Vorliegen eines festen Wohnsitzes in der Regel Fluchtgefahr verneint wurde.« (Bericht des Rechtsausschusses vom 19.6.1972, BT-Drs. VI/3561, S.2).

Das missfiel dem Rechtsausschuss des Bundestages. Die Neuregelung sollte dagegen klarstellen, dass alle Umstände des Einzelfalls gleichgewichtig Bedeutung haben könnten (a.a.O.).

Ein Blick auf die Grafik zeigt allerdings, dass der Versuch einer Einschränkung der Voraussetzungen von Fluchtgefahr (bekanntlich dem bei weitem am Häufigsten angenommenen Haftgrund) durch die Reform von 1964 zu keinem signifikanten Rückgang der U-Haftzahlen geführt hat. allenfalls die Gegen-»Reform« von 1972 hat den erwünschten Effekt erzielt: Die U-Haftzahlen stiegen an. Für die Auf- und Abwärtsbewegungen der folgenden Jahre lässt sich allerdings keine Erklärung aus gesetzgeberischen Aktivitäten auf dem Gebiet des U-Haft-Rechts finden.

Das trifft übrigens auch für die Entwicklung seit 1989 zu. Bis 1993 stiegen in den alten Bundesländern die Zahlen der Untersuchungsgefangenen von etwa 12.000 auf 18.800 an.⁵ Nach der Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes bewegten sie sich von 1997 (37.050) bis 1998 auf 40.860 um bis 2007 auf 26.793 abzusinken.⁶ 2013 lag die Zahl laut Statistischem Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 6.1., bei insgesamt 25.135.

Die Abweichungen zwischen den oben wiedergegebenen Zahlen für den Zeitraum bis 1993 im Verhältnis zu dem Zeitraum danach ergeben sich aus unterschiedlicher Zählung: Die erstgenannten Zahlen sind jeweils stichtagsbezogen, die anderen Zahlen geben die Gesamtzahl der Untersuchungsgefangenen im jeweiligen Jahreszeitraum wieder. Entscheidend ist mir die prozentuale Entwicklung.

Auch hier lässt sich die Entwicklung nicht aus Interventionen des Gesetzgebers erklären. Mir fällt insbesondere auf, dass nachhaltige Auswirkungen der Reform von 2009, insbesondere der Vorverlagerung des Zeitpunktes notwendiger Verteidigung auf den Beginn der Vollziehung der Untersuchungshaft (bzw. einstweiligen Unterbringung) nicht sichtbar werden. Die Reform hat entgegen den in der Anwaltschaft gehegten Erwartungen offenbar keinen relevanten Einfluss auf die Anzahl der Untersuchungsgefangenen gehabt. Das zeigt auch die Entwicklung der stichtagsbezogenen Zahlen.

Die Ursachen für den immerhin bemerkenswerten Rückgang von 41.000 im Jahr 1998 auf 25.000 im Jahr 2013 müssen also woanders gelegen haben. Untersuchungen, die dieser Frage nachgegangen sind und auf sie überzeugende

⁵ vgl. *Paeffgen*, 4.A., SK-StPO, vor § 112, Rn. 2c)

⁶ *Paeffgen* a.a.O.

Antworten gefunden haben, sind mir nicht bekannt. Am allgemeinen kriminalpolitischen Klima kann es nach meiner Wahrnehmung nicht gelegen haben. Man kann von 1998 bis 2013 keine Tendenzen zur Liberalisierung des Strafrechts, zur Zurückdrängung des Strafens erkennen. Möglich ist, dass sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere zum Beschleunigungsgrundsatz, hier ausgewirkt hat. Inwieweit andere – außerjustizielle – gesellschaftliche oder ökonomische Einflüsse eine Rolle gespielt haben, vermag ich nicht zu sagen. Aber nochmals: Die Reform des Untersuchungshaftrechts hat offenbar in dieser Hinsicht keine Verbesserung bewirkt.

II.

Wenn wir also Reformmöglichkeiten auf dem Gebiet des Untersuchungshaftrechts zum wiederholten Mal diskutieren, müssen wir uns über den begrenzten Nutzen solcher Reformen im Klaren sein, ganz abgesehen von den Realisierungschancen etwaiger Reformvorschläge.

Der Deutsche Anwaltverein hat im Jahr 2008 eine Stellungnahme zum seinerzeitigen Referentenentwurf für ein »Gesetz zur Überarbeitung des Untersuchungshaftrechts« vorgelegt.⁷ Das war der Referentenentwurf, aus dem schließlich das Gesetz vom 29.07.2009, in Kraft getreten am 01.01.2010, hervorgegangen ist. Von den Reformvorschlägen, die der DAV seinerzeit vorgelegt hat, sind einige Gesetz geworden. Die übrigen lassen sich nachlesen in der genannten Stellungnahme. Ich hatte im Vortrag einen – von ein paar weiterführenden Überlegungen umrankten – Überblick gegeben, verzichte in der schriftlichen Fassung aber darauf, da die seinerzeitigen – und weiterhin gültigen – Vorschläge des DAV a.a.O. dokumentiert sind.

III.

Soll eine Reform des Untersuchungshaftrechts zu einer spürbaren Änderung der Praxis bei Erlass und Aufrechterhaltung von Haftbefehlen führen, dann muss sie den Willen des Gesetzgebers (wenn er ihn hat) in plakativer Weise für alle Rechtsanwender radikal verdeutlichen. Hierzu ist es notwendig, das Regel-Ausnahme-Verhältnis von freiheitsbeschränkenden Maßnahmen i.S.d. § 116 StPO und Haft im Gesetz vom Kopf auf die Füße zu stellen. Schon jetzt gilt: Der Haftbefehl muss aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – ggf. schon bei seinem Erlass oder seiner Verkündung – außer Vollzug gesetzt werden, wenn der Zweck der Untersuchungshaft durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden kann.⁸

⁷ Stellungnahme Nr. 61/2008 des Deutschen Anwaltvereins durch den Strafrechtsausschuss
⁸ BVerfG NJW 1966, 243, 244; *Meyer-Goßner* StPO, 58.A., § 116 Rn.1; SSW/*Herrmann*, 2.A., § 116 Rn.1

Es ist dann aber inkonsequent, dass überhaupt ein Haftbefehl, der gar nicht vollstreckt werden soll, erlassen wird. Daher schlage ich ein zweistufiges Modell, bestehend aus dem Haftbefehl vorgelagerten freiheitsbeschränkenden Maßnahmen und dem Erlass des Haftbefehls als »ultima ratio« vor. Dabei werden die nach geltendem Recht bei (fort)bestehendem Haftbefehl im Falle seiner Außervollzugsetzung erteilten Auflagen zu »Freiheitsbeschränkungen zur Verfahrenssicherung«, die durch einen Haftbefehl ersetzt werden können, wenn ihnen gröblich zuwidergehandelt wird oder ein anderer der in § 112a Abs.2 genannten Umstände eintritt. Erscheinen Freiheitsbeschränkungen von vornherein aussichtslos, um die mit ihnen verfolgten Zwecke zu erreichen, kann sogleich Haftbefehl ergehen.

Es macht zwar für die von »freiheitsbeschränkenden Maßnahmen« Betroffenen praktisch keinen Unterschied, ob neben diesen Maßnahme ein außer Vollzug gesetzter Haftbefehl besteht oder lediglich für den Fall der Verletzung erteilter Auflagen oder aus andere in § 112a Abs.2 des Entwurfs genannten Gründen ein Haftbefehl droht, der dann auch zu vollstrecken ist. Der Charme des Vorschlags besteht darin, dass hierdurch im Gesetz hervorgehoben wird, dass in der Regel zunächst freiheitsbeschränkende Maßnahmen vorzunehmen sind, wenn ein Beschuldigter die Durchführung des Verfahrens gefährdet und dass seine Inhaftierung nur die Ausnahme sein darf. Das werden dann vielleicht mehr Staatsanwälte und Richter einsehen, als es jetzt der Fall ist.

IV.

Folgender Gesetzestext ist dazu denkbar:

§ 112 Freiheitsbeschränkungen zur Verfahrenssicherung

(1) Dem Beschuldigten können Freiheitsbeschränkungen auferlegt werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und Grund für die Beschränkung nach Abs.2 besteht.

(2) Grund für die Auferlegung von Freiheitsbeschränkungen besteht, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen

1. bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles, namentlich der Verhältnisse des Beschuldigten und der Umstände, die einer Flucht entgegenstehen, die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr).⁹ Diese Gefahr kann aus der zu erwartenden Strafe nur in besonders zu begründenden Einzelfällen entnommen werden.¹⁰

⁹ Der Vorschlag nimmt hier die in § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO i.d.F. des StPÄG 1964 enthaltene Formulierung wieder auf.

¹⁰ Diese Formulierung gibt die herrschende Rechtsansicht wieder, die aber in der Praxis immer wieder durch leerformelartige Wendungen hintertrieben wird. Es ist daher sinnvoll diesen Grundsatz mit Gesetzeskraft auszustatten.

2. das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde künftig
 - a) Beweismittel vernichten, verändern, beiseite schaffen, unterdrücken oder fälschen oder
 - b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder
 - c) andere zu solchem Verhalten veranlassen,
 und wenn deshalb die Gefahr droht, dass die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (Verdunkelungsgefahr).
- (3) Als Freiheitsbeschränkungen kommen für den Fall, dass sie wegen Fluchtgefahr angeordnet werden, namentlich in Betracht:
 1. Die Anweisung, sich zu bestimmten Zeiten bei dem Richter, der Strafverfolgungsbehörde oder einer von ihnen bestimmten Dienststelle zu melden,
 2. die Anweisung, den Wohn- oder Aufenthaltsort oder einen bestimmten Bereich nicht ohne Erlaubnis des Richters oder der Strafverfolgungsbehörde zu verlassen,
 3. die Anweisung, die Wohnung nur unter Aufsicht einer bestimmten Person zu verlassen,
 4. die Leistung einer angemessenen Sicherheit durch den Beschuldigten oder einen anderen,
 5. die Anordnung elektronischer Überwachung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten.
- (4) Als Freiheitsbeschränkung kommt für den Fall, dass sie wegen Verdunkelungsgefahr angeordnet wird, namentlich in Betracht:
 1. Die Anweisung, mit namentlich benannten Mitbeschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen keine Verbindung aufzunehmen,
 2. die Leistung einer angemessenen Sicherheit durch den Beschuldigten oder einen anderen.

§ 112a Haftbefehl

- (1) Die Anordnung von Freiheitsbeschränkungen unterbleibt, wenn sie von vorneherein als völlig ungeeignet zur Abwehr von Flucht- oder Verdunkelungsgefahr erscheinen. In diesem Fall erlässt der Richter einen Haftbefehl gegen den Beschuldigten.
- (2) Ein Haftbefehl wird auch dann erlassen, wenn
 1. der Beschuldigte flüchtig ist,
 2. der Beschuldigte den ihm nach § 112 Abs.3 oder Abs.4 erteilten freiheitsbeschränkenden Anweisungen gröblich zuwiderhandelt,
 3. der Beschuldigte Anstalten zur Flucht trifft, auf ordnungsgemäße Ladung ohne genügende Entschuldigung ausbleibt oder auf andere Weise zeigt, dass das in ihn gesetzte Vertrauen nicht gerechtfertigt war, oder

4. neu hervorgetretene Umstände zur Annahme der Voraussetzungen des Abs.1 zwingen.

§ 116 Übergang von Haft zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen

Der Richter ersetzt den Haftbefehl durch freiheitsbeschränkende Maßnahmen nach § 112 StPO, wenn die Erwartung hinreichend begründet ist, dass der Zweck der Haft auch durch sie erreicht werden kann.

Ute McKendry

Gute Besserung – der Jugendarrest als Allzweckwaffe?

Der Jugendarrest ist weiterhin ein hochumstrittenes Instrument im Kanon des JGG. Die Diskussion darüber will ich hier nicht darstellen, da sie bereits in vielen Publikationen (z. B. ZJJ, Zeitschrift des DVJJ e.V.) enthalten ist. Vielmehr werde ich die wesentlichen Grundlagen und tatsächlichen Gegebenheiten im Arrest in Deutschland und insbesondere am Beispiel der von mir geleiteten Jugendarrestabteilung (JAA) zusammenfassen.

Jugendarrest wird angeordnet gemäß §§ 11 Abs. 3, 13, 15 Abs. 3, 16, 16 a, 23 Abs.1 JGG und 98 OWiG. Bereits anhand dieser Vorschriften ist erkennbar, dass die Klientel sehr gemischt ist. Sie reicht von Schulabsenten bis hin zu Verurteilten wegen relativ schwerer Straftaten wie Raub, die unter Bewährung stehen. Die häufigsten Delikte sind Leistungerschleichung, Diebstahl in allen Formen und Körperverletzung. Es gibt eine erhebliche Schnittmenge aus Schulabsenten und Verurteilten.

Für die Vollstreckung sind §§ 11 Abs. 3, 15 Abs. 3 und 87 Abs. 3 JGG von besonderer Bedeutung. Wenn die Auflagen oder Weisungen noch vor Arrest erfüllt werden, sieht der Tatrichter von der Vollstreckung von Ungehorsamsarrest ab. Der Vollstreckungsleiter kann in jeder Lage des Verfahrens nach Anhörung des Tatrichters, der Staatsanwaltschaft und der Jugendgerichtshilfe von der Vollstreckung absehen, wenn die Einwirkung auf den Jugendlichen *mit den erzieherischen Mitteln des Arrests* nicht mehr erforderlich oder möglich ist. Die Vorschrift gilt für alle Arrestarten. In der Praxis kommen entweder von der Jugendgerichtshilfe, den Verurteilten selbst oder – selten – von Verteidigern Hinweise in diese Richtung. Dann wird die Prüfung der Voraussetzungen durchgeführt. Diese erfolgt vor und während des Arrestvollzuges.

Die rechtlichen Grundlagen für den Arrestvollzug finden sich in § 90 JGG und in der Jugendarrestvollzugsordnung von 1966, in der Fassung von 1976. In zahlreichen Bundesländern sind seit dem Jahr 2013 Jugendarrestvollzugsgesetze in Kraft getreten (wegen der Föderalismusreform ist das Ländersache), in den übrigen wird intensiv an den Gesetzgebungsvorhaben gearbeitet. Die Gesetze führen zu mehr Bewusstsein der Bedeutung von Jugendarrest, der oft ein Schattendasein geführt hat, was angesichts der Zahlen – immerhin werden

jährlich ca. 12.000 junge Menschen in den 33 deutschen Jugendarresteinrichtungen aufgenommen – nicht angemessen ist. Einige Bundesländer berichten von besserer personeller und sächlicher Ausstattung, insbesondere profitieren anscheinend die eigenständigen Jugendarrestanstalten von der neuen Gesetzeslage, die die erzieherische Ausrichtung in konkreten Maßnahmen verpflichtend macht. Aber bereits vor den Gesetzen war festzustellen, dass mit viel Eigeninitiative von Vollzugsleitern und –mitarbeitern eine »bunte« Arrestvollzugslandschaft entstanden ist, mit individuellen Konzepten und Projekten. Die Zeiten des »short, sharp, shock« sind lange vorbei.

Die Zahlen zum Jugendarrest sind seit Jahren rückläufig. Dies wird auch nicht durch den sogenannten Warnschussarrest, § 16 a JGG, der seit März 2013 in Kraft ist, ausgeglichen. Zwar steigt die Zahl der Verhängung dieser Arrestart an, aber ist weiterhin wie erwartet eher gering (mit Ausnahme der Situation in wenigen Bundesländern). Die vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebene Evaluation des Instruments läuft (verantwortlich: Kriminologisches Forschungsinstitut Niedersachsen und Frau Prof. Höynck, Kassel). Für diesen Arrest gilt eine kurze Verjährung (Vollzugsbeginn innerhalb 3 Monaten nach Rechtskraft, § 87 Abs. 4 S. 2 JGG).

Zur erzieherischen Arbeit in der JAA Regis-Breitungen

Grundlagen und Zahlen

Jährlich gehen ca. 650 - 700 Vollstreckungsersuchen für Jugendarrest beim AG Borna ein, ca. 350 bis 400 Arreste davon werden tatsächlich vollzogen. Die Differenz erklärt sich durch die Fälle, in denen das Absehen nach §§ 11 Abs. 3, 15 Abs. 3 JGG, 98 OWiG (durch den Tatrichter), das Absehen nach § 87 Abs. 3 JGG (durch den Vollstreckungsleiter) oder die Beendigung der Arrestvollstreckung wegen Vollstreckungsverbot oder Verjährung gemäß §§ 87 Abs. 4 JGG oder 34 OWiG (durch den Vollstreckungsleiter) erfolgt.

Das Alter der Klientel beträgt 14 - 16 Jahre zu 6,8 Prozent, 16 - unter 18 Jahre zu 34,6 Prozent und 18 Jahre und älter zu 58,6 Prozent (Zahlen aus 2014). Ca. 20 Prozent der eingegangenen Akten zeigen Urteilsarrest, ca. 80 Prozent Ungehorsamsarrest (davon ca. 30 Prozent Schulpflichtverletzung) als Arrestgrund, im Arrestvollzug ist die Situation dann etwas anders: Dort werden ca. 30 Prozent Urteilsarrest, 70 Prozent Ungehorsamsarrest vollstreckt.

Zur Arrestdauer: Ca. 20 Prozent Freizeit- und Kurzarrest, ca. 80 Prozent Dauerarrest, durchschnittliche Verweildauer: 14 Tage.

Lebensrealität der Arrestanten

Aus den Vollstreckungsheften und den Aufnahmegesprächen ergibt sich insgesamt ein Bild von großem Mangel an Integrationsvoraussetzungen. Es zeigen sich kumulativ Defizite in

- Erziehung, von frühester Kindheit an, und Bindung (weit überwiegend keine bis kaum stabile Bezugspersonen und viel Vaterlosigkeit)
- Ressourcen in Herkunftsfamilie
- Bildung und Ausbildung, auch kognitive Defizite; zunehmender Analphabetismus
- Selbstvertrauen, Vertrauen in andere Menschen und Institutionen
- Hoffnung und Träumen
- gesundheitlicher Hinsicht und Leistungsfähigkeit, nicht selten ernsthafte psychische Probleme

Viele der jungen Menschen verfügen über Psychiatrieerfahrung (ADHS, Suchtproblematik, Verhaltensauffälligkeiten anderer Art), Arrest bedeutet oft nicht die erste Erfahrung mit geschlossener Unterbringung. Ihr Leben ist geprägt vom Werteumbruch und von Leere im Alltag. Exzessiver Medienkonsum erfolgt als »Erziehungshilfe« und Kompensation.

Defizite wurden und werden häufig auch kompensiert mit Suchtmittelkonsum, dabei sind Alkohol und Cannabis am häufigsten, oft in Kombination mit anderen Drogen, z.B. CrystalMeth. Über 50 Prozent der Arrestanten haben die Droge Methylamphetamin bereits konsumiert oder sind abhängig. Die Droge wirkt kurzfristig leistungssteigernd, erhöht die Aggressivität und Risikobereitschaft, unterdrückt Hunger, Schmerz, Angst und wirkt euphorisierend. Die Konsumfolgen sind: Termineinhaltung wird äußerst schwierig, es sind nur kurze Gespräche möglich, es gibt Konzentrationsprobleme und hohen Suchtdruck, rasche Abhängigkeit, Antriebsarmut, Gereiztheit; körperlich: Nervenschädigung im Gehirn, Haut- und Zahnveränderungen, Infekte, Gewichtsverlust. Die Sucht ist schwer therapierbar. Die Abhängigkeit von CrystalMeth bedeutet im Arrest regelmäßig Arrestuntauglichkeit und daraus folgende Arrestunterbrechung, teils auch Absehen von weiterer Arrestvollstreckung.

Defizite wurden und werden auch häufig kompensiert mit sozial unerwünschtem Verhalten wie Schulabsentismus und Kriminalität. Die jungen Menschen sind selten als Ersttäter im Jugendarrest, sondern teils mit bereits verfestigten kriminogenen Verhaltensmustern, antisozialen und extremistischen Haltungen, mit hoher Risiko- und Gewaltbereitschaft, sogar mit Hafterfahrung. Ihr

Verhalten ist aufgrund der massiven Defizitlage gut erklärbar, viele sind frustriert, fühlen sich aufgegeben und geben sich auf, sind halt- und strukturlos.

Wie die Jugendlichen sich selbst sehen, wurde in einem kunsttherapeutischen Projekt mit Arrestanten im Jahr 2012 zusammengefasst und ist im langen Flur der JAA dokumentiert. Es geht um ihre Realität, Gedanken, Wünsche und Ziele. Das im Vortrag in Lübeck vorgestellte Projekt habe ich bereits an anderer Stelle beschrieben, ich erlaube mir darauf zu verweisen: »Jugend ohne Rettungsschirm – Herausforderungen annehmen!«, Dokumentation des 29. Deutschen Jugendgerichtstages vom 14. – 17.09.2013 in Nürnberg, Herausgeber: DVJJ e. V..

Konzept

Auf die jungen Menschen ist mit erzieherischen Mitteln Einfluss zu nehmen, es geht nicht um Strafe und Ahndung. Mit diesen Mitteln soll ihnen die Verantwortung für straf- und/oder ordnungswidriges Handeln bewusst gemacht werden. Sie brauchen v. a. Hilfsangebote zur Bewältigung der Schwierigkeiten, die zum Fehlverhalten geführt haben, um ein Leben ohne Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zu ermöglichen. Im Jugendarrest ist es wesentliche Aufgabe, die Defizite zu analysieren, Potentiale zu finden, Wege für ein anderes Leben aufzuzeigen und die dazu erforderlichen Informationen zu geben. Das ist auch in wenigen Wochen möglich und wird praktiziert.

Mit allen Arrestanten wird ein ausführliches Aufnahmegespräch geführt unter meiner und der Beteiligung von allen im Arrest tätigen Fachgruppen (Sozial- und Pädagogin, Psychologin, AVD). In diesem werden die konkrete Lebenssituation und der Handlungs- und Hilfebedarf gemeinsam mit dem Arrestanten erfasst und ausgewertet.

Zur Orientierung für den Alltag dienen Mittel wie Strukturen, Tages- und Wochenplan, Aufgaben, Konsequenzen, Sicherheit und Ordnung. Die Vermittlung in Maßnahmen, Schule, Nachbetreuung, Therapie u. v. m. ist Teil des Konzepts und geling immer wieder.

Es erfolgt kurzzeitpädagogische Intervention mit einer Mischung aus Einzel- und Gruppenmaßnahmen sowie Ruhezeiten mit Selbstbeschäftigung, mit Förderung, Zuwendung, Unterstützung, Anregung und auf Augenhöhe getroffenen Vereinbarungen; bei sozial inadäquatem Verhalten auch Kritik und ggf. Disziplinarmaßnahmen sowie im Einzelfall Strafanzeigen. Es wird stets Bezug genommen auf die individuellen Ressourcen zur Förderung der Motivation für die Veränderung und deren Nachhaltigkeit und die Kommunikation erfolgt mit deutlichen Worten und Sensibilität.

Erzieherische Angebote

In der sozialpädagogischen Betreuung werden *individuelle* Informationen über die spezifischen Angebote im Hilfesystem und Anlaufstellen für die Zeit nach dem Arrest vermittelt (erforderliches Übergangsmanagement) und es wird auch praktische Hilfe bei Anträgen, bei Wohnungs- und Ausbildungssuche, zur Schuldenberatung u.v.m. geleistet. Gruppenangebote sind auch erforderlich, da viele Arrestanten Gruppe als negativ wirkenden Kontext kennen (Gruppendynamik als ein kriminogener Faktor) und positives Teamwork erst kennenlernen müssen. Dies ist für die Integration in die Arbeitswelt wichtig.

Auch die psychologische Betreuung wird geleistet. Der Bedarf an Krisenintervention zur Verhinderung von Selbstverletzungen und Suizid, aber auch von Fremdaggression ist hoch. Angesichts der Suchtkomponente und Vorgeschichte der jungen Menschen (Psychiatrieerfahrung, Aggressivität, kaum Vorhandensein eigener Strategien zur Bewältigung schwieriger Lagen u. v. m.) und ihrer Ängste ist dies nachvollziehbar. Weiterhin besteht hoher Bedarf an fachlicher Intervention im Bereich der Suchtthemen. Im Arrest erfolgt »kalter Entzug« und Entgiftung. Dieser braucht ärztliche und auch psychologische Überwachung und Begleitung, Informationshilfe und Vermittlung in Fachkliniken. Die Aufnahme in das Justizvollzugskrankenhaus ist für Arrestanten rechtlich nicht zulässig, da sie nicht gemeinsam mit Gefangenen untergebracht werden dürfen, und scheidet damit als Alternative aus. Nicht selten wird der Verdacht der Kindeswohlgefährdung durch Sorgeberechtigte festgestellt, wenn die Defizitlage von Arrestanten analysiert ist. Dies führt zur Intervention bei Jugendämtern und Familiengerichten.

Die pädagogische Intervention ist erforderlich, um Potentiale zu analysieren und Ideen zur Berufsfindung, für eine *individuell passende* Maßnahme aufzuzeigen und generell zu motivieren, nicht aufzugeben. Regelmäßig sind junge Menschen im Arrest der Ansicht, für sie gebe es keine Chance mehr im System (!). Das sind häufig die, die in ihrem Umfeld nur HartzIV kennen und sich nichts zutrauen. Gerade unter den Arrestanten aus den Großstädten befinden sich ca. 80 – 90 Prozent, die nicht oder nicht regelmäßig ihrer Schulpflicht nachkommen oder nachgekommen sind. Schulverweigererprojekte führen bei der Arrestklientel nicht zu den gewünschten Ergebnissen, häufig werden auch Mehrfachabbrüche von Maßnahmen festgestellt. Nur ca. 10 - 20 Prozent der Arrestanten (die zu über 2/3 volljährig sind, also theoretisch einen Abschluss haben müssten) haben einen Schulabschluss, ca. 40 Prozent besuchten eine Förderschule ohne Abschluss. Die pädagogische Intervention ist aber auch erforderlich, da ein Anteil von ca. 1/3 noch berufs- oder schulpflichtig ist und damit in staatlicher Obhut im Arrest zumindest

eine Betreuung durch eine Lehrkraft braucht (mit Aufgaben, Nachhilfe etc.). In der JAA läuft seit Jahren ein Bildungsprojekt, in dem diese pädagogische Intervention stattfindet.

Weitere erzieherische Angebote sind: Suchtberatung (angeboten durch Blaues Kreuz, Impuls Leipzig und einen ehrenamtlichen Mitarbeiter), Schuldnerberatung, Kunsttherapie, Arbeit und Beschäftigung (auch außerhalb der JAA mit gemeinnütziger Arbeit in einem Lebenshilfeprojekt), Kommunikationstraining, Gesundheitsfürsorge und individuelle Angebote und Maßnahmen.

Es besteht (unterschiedlich intensiv) Kooperation mit Tatrichtern, Jugendgerichtshilfe (JGH), Allgemeiner Sozialdienst (ASD) und Familienrichtern, Staatsanwaltschaft, Verteidigern, Bewährungshilfe, Vereinen und Ehrenamtlichen, Sorgeberechtigten und Jobcenter, Arbeitsagentur, Bildungsagentur u.v.m.

Das Konzept wurde allen Jugendgerichtshelfern, Bewährungshelfern, Staatsanwaltschaften und Richtern im Zuständigkeitsbereich zugeleitet und wird in Veranstaltungen vorgestellt.

Wirksamkeit

Die – nicht differenzierten – Rückfallzahlen liegen bei ca. 70 Prozent. Dennoch zeigt die Praxis, dass der Arrest wirksam und für die Entwicklung förderlich sein kann.

Aus dem Feedback von Kooperationspartnern wie der Jugendgerichtshilfe ist bekannt, dass die Diagnostik der Problemlagen unter fachlicher Beteiligung der genannten Dienste sehr hilfreich ist für die weiteren Interventionen nach Arrest und es werden regelmäßig Erfolge gemeldet, z.B. über erfolgreiche, im Arrest eingeleitete Therapie (suchtspezifisch oder allgemein psychologisch), Ausbildung oder Loslösen aus negativem Umfeld (Familie und/oder Freundeskreis).

Die jungen Menschen sind oft wirklich dankbar für Klarheit, Unterstützung, Wegweisung, positive Verstärkung und für Erfolgserlebnisse. Sie lassen im Arrest tiefen Schmerz zu, gerade beim Thema Herkunftsfamilie und eigene Kinder, und erkennen mit zunehmender Entgiftung die Dimension der Suchtmittelproblematik.

Hypothetisch wirkungsfördernd wären raschere, individuelle Konsequenz im System auf Fehlverhalten, strukturelle Nachbetreuung unter Einbeziehung der Sorgeberechtigten, klare, einfach verständliche Zuständigkeiten im Hilfesystem ohne Hindernisse (wie falsch verstandener Datenschutz und

Formalismus); Transparenz und Qualitätszirkel sowie intensivere Kooperation ASD/JGH und FamG/JugG; durchgängige Betreuung und das Hamburger Modell im Bereich Schulpflichtverletzung mit zeitnaher Intervention.

Der Jugendarrest ist in der Vorstellung einiger Beteiligter eine Allzweckwaffe, eine Reparaturanstalt. Ich habe versucht, hier darzustellen, in welchen Bedingungen die Arbeit mit den jungen Menschen geschieht. Ich hoffe, es ist gelungen, aufzuzeigen, dass der Bedarf an Intervention so groß ist, dass er in wenigen Wochen nicht nachhaltig sein kann. Dennoch meine ich, dass die stationäre Form Vorteile birgt und ein förderlicher Schritt im Entwicklungsprozess der jungen Menschen sein kann, wenn Fachleute ein in Auswertung der Lebensrealität entwickeltes Konzept umsetzen und junge Menschen in anschließende Maßnahmen vermitteln. Ich will an dieser Stelle gern offenbaren, dass ich stets die Abschaffung von Jugendarrest befürwortet habe. Ich bin überzeugt, dass es alternative Maßnahmen an den Heimatorten geben muss, mit denen Freiheitsentziehung vermieden werden kann. Solange es aber den Arrest gibt, muss er so ausgestattet werden, dass eine erzieherische Arbeit und Vermittlung in Weiterbetreuung möglich ist. Die Kosten für alle in diesem Beitrag dargestellten Maßnahmen sind gering im Vergleich zu den Folgekosten bei nicht versuchter und nicht erfolgreicher Intervention, wenn deutlich höhere Kosten für Dauerarbeitslosigkeit, Inhaftierung, Psychiatricaufenthalte u.ä. entstehen. Jeder, bei dem eine Integration in die Gesellschaft gelingt, ist in jeder Hinsicht, auch volkswirtschaftlich ein großer Gewinn. Jeder einzelne der jungen Menschen ist den Einsatz wert!

Thesen zum Reformbedarf im JGG zur Diskussion beim Strafverteidigertag:

- Sprache aktualisieren und dem Erziehungsgedanken der Gegenwart anpassen (z.B. Begriffe wie Zuchtmittel, schädliche Neigungen abschaffen/ersetzen)
- Zwingende Qualifikation und Supervision auch für Jugendstaatsanwälte und –richter sowie Polizei
- Zwingende Formulierung § 34 Abs. 2 und 3 JGG
- Frühere und konsequente Intervention mit den Mitteln der Jugendhilfe
- Fristen für Erkenntnisverfahren (Erfahrungen mit FamFG-Fristen)
- Thesenpapier des Deutschen Jugendgerichtstags in Nürnberg 2013, z. B. drohender Arrest als Fall notwendiger Verteidigung

Resozialisierung und vorzeitige Haftentlassung

I. Resozialisierung und bedingte Entlassung

1. Das Vollzugsziel der Resozialisierung hat Verfassungsrang

Drei Jahre vor dem Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes am 01.01.1977 hatte das Bundesverfassungsgericht die Resozialisierung als »herausragendes Ziel« des Strafvollzuges eingestuft und fortan immer wieder betont, dass sich das Resozialisierungsgebot unmittelbar aus der Verfassung ableitet.¹ Das Resozialisierungsgebot bestimmt den gesamten Strafvollzug und ist für alle staatliche Gewalt verbindlich.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

Jeder Gefangene, gleich welcher Staatsangehörigkeit, hat einen grundrechtlichen Anspruch auf soziale Integration.

Die Resozialisierung dient zugleich der Sicherheit und dem Schutz der Allgemeinheit. Nur das intensive Bemühen um die soziale Integration des Gefangenen vermag wirksam vor Rückfalltaten zu schützen. Zwischen dem Integrationsziel des Vollzugs und dem Anliegen, die Allgemeinheit vor weiteren Straftaten zu schützen, besteht insoweit kein Gegensatz.

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, ein wirksames Resozialisierungskonzept zu entwickeln und den Strafvollzug vorrangig und konsequent darauf hin auszurichten. Dabei sind wissenschaftliche Erkenntnisse und Praxiserfahrungen sorgfältig auszuschöpfen, um insbesondere die Häufigkeit von Rückfalltaten senken zu können. Die erforderlichen personellen und sachlichen Ressourcen für den Resozialisierungsvollzug sind dauerhaft zu sichern.

¹ vgl. BVerfGE 35, 202 <235 f.>; 36, 174 <188>; 45, 187 <238 f.>; 64, 261 <276>; 74, 102 <122 f.>; 98, 169 <200 f.>

Eindeutige gesetzliche Vorgabe für die Gestaltung des Strafvollzugs und die Behandlung von erwachsenen Gefangenen ist das Resozialisierungsgebot in § 2 S. 1 StVollzG. Der in Satz 2 genannte Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten ist daneben als weitere Aufgabe des Vollzuges bezeichnet. Aus diesem vorrangigen Resozialisierungsgrundsatz folgen in § 3 StVollzG zunächst die abstrakten Grundsätze für die Gestaltung des Vollzuges, nämlich

- das Leben im Vollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen soweit wie möglich anzugleichen (Angleichungsgrundsatz),
- schädlichen Folgen des Freiheitsentzuges entgegenzuwirken (Gegensteuerungsgrundsatz),
- den Vollzug auszurichten als Hilfe für den Gefangenen, sich in das Leben in Freiheit einzugliedern (Integrationsgrundsatz).

Als ganz wesentliche konkrete Ableitungen aus diesen Gestaltungsgrundsätzen sind zu nennen:

- der offene Vollzug nach § 10 Abs. 1 StVollzG,
- die Lockerungen des Vollzuges nach § 11 Abs. 1 StVollzG (u.a. Ausführungen, Ausgänge und Freigang) sowie Urlaub nach § 13 Abs. 1 StVollzG,
- Entlassungsvorbereitung nach § 15 StVollzG (Verlegung in den offenen Vollzug sowie Sonderurlaub),
- die Verlegung des Gefangenen in eine Sozialtherapeutische Anstalt nach § 9 StVollzG.

Diese am Resozialisierungsgebot ausgerichteten, zumeist als Soll-Vorschriften gefassten Bestimmungen des Strafvollzugsgesetzes sind geltendes Recht und verlangen nach wie vor Beachtung, solange nicht die einzelnen Bundesländer neue, eigene Gesetze zur Regelung des Strafvollzuges in Kraft gesetzt haben (z.B. Hamburgisches Strafvollzugsgesetz vom 14.07.2009, in der Fassung vom 21.05.2013, Geltung ab 01.06.2013).

Die abgestufte Überleitung in Freiheit ist ein grundlegendes Prinzip des Resozialisierungsvollzuges.

Empfehlungen des Europarats vom 11.01.2006, gestützt auf die Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte:

Nr. 107.1 Strafgefangene sind frühzeitig vor der Entlassung durch Maßnahmen und spezielle Programme, die sie befähigen, den Übergang vom Leben in der JVA zu einem Leben ohne Straftaten in der Gesellschaft zu meistern, zu unterstützen.

Nr. 107.2 Insbesondere bei Gefangenen mit längeren Freiheitsstrafen ist

dafür zu sorgen, ihnen eine schrittweise Rückkehr in die Gesellschaft zu ermöglichen.

Nr. 107.3 Dieses Ziel kann durch ein in der JVA durchzuführendes Entlassungsvorbereitungsprogramm erreicht werden oder bedingter Entlassung unter Aufsicht in Verbindung mit wirksamer sozialer Unterstützung (Bewährungshilfe).

2. Entlassung und soziale Integration

Der Gesetzgeber hat durch den Integrationsgrundsatz bekräftigt (§ 3 Abs. 3 StVollzG), dass der gesamte Vollzug darauf auszurichten ist, dem Gefangenen zu helfen, nach der Entlassung zu einer (Re-)Integration in das Leben in Freiheit fähig zu sein.

Allerdings fallen die Entlassungsplanung und die Entlassungsentscheidung auseinander. Die Ablaufplanung obliegt der Vollzugsanstalt, die Entscheidung über die bedingte Entlassung liegt in der Regel bei der Strafvollstreckungskammer. Schon bei der Erstellung des Vollzugsplans müssen deshalb notwendige Maßnahmen zur Entlassungsvorbereitung festgelegt werden. Denn der Übergang in die Freiheit darf nicht abrupt erfolgen. Dies setzt voraus, dass die Anstalt nach Möglichkeit den voraussichtlichen faktischen Entlassungszeitpunkt abschätzt und die Zeit des Vollzugs dementsprechend plant. Wenn die Vollzugsplanung jedoch von vornherein auf »Endstrafe« abgestellt wird, wird der Gefangene nichts Nennenswertes, insbesondere auch keine Lockerungen, vorzuweisen haben.

3. Entlassungsarten

Die gerichtlich verhängte Freiheitsstrafe ist grundsätzlich vollständig zu verbüßen; eine bedingte Entlassung nach Teilverbüßung ist jedoch möglich.

Leider gibt es in Deutschland keine zuverlässigen Gesamtzahlen zur Praxis der Reststrafenaussetzung. Dem 2. Periodischen Sicherheitsbericht der Bundesministerien für Inneres und Justiz aus dem Jahre 2006 (PSB) ist zu entnehmen, dass die bedingte Entlassung »rechnerisch rund 30 Prozent aller Entlassungen in Freiheit« ausmacht, wobei die »Anteilswerte in den Ländern zwischen 17 Prozent und 45 Prozent schwanken« (PSB, S. 433). Bei Gefangenen, die eine längere Freiheitsstrafe verbüßen, sei die Quote der Aussetzung nach Teilverbüßung jedoch deutlich höher (PSB, S. 434). Der Kriminologe Professor Frieder *Dünkel* schätzt, dass ca. 60 Prozent der Gefangenen mit Freiheitsstrafen von über einem Jahr bedingt entlassen werden.²

² *Dünkel*, Rechtliche und rechtsvergleichende Probleme der bedingten Entlassung; Tagung am 21./22.10.2009

Hinter der Gesamtzahl der bedingten Entlassungen verbergen sich folgende Konstellationen. Dies wird im PSB für das Entlassungsjahr 1999 verdeutlicht (S. 434):

Entlassungen gemäß § 57 Abs. 1 StGB - 52 Prozent

Entlassungen gemäß § 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB (»Erstverbüßer«) - 4 Prozent

Entlassungen gemäß § 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB - 0,9 Prozent

Entlassungen gemäß § 57a StGB - 0,2 Prozent

Entlassungen gemäß § 35 BtMG - 17 Prozent

Entlassung gemäß § 88 JGG - 14 Prozent

Entlassung gemäß §§ 66, 67d StGB (Sicherungsverwahrte) - 0,1 Prozent

Entlassung im Wege der Gnade - 11 Prozent.

Auch die Hamburger Entlassungsstatistik ist nicht valide. Denn beim Straftende wird nicht unterschieden, ob es sich um Entlassungen aus der Straftat oder der Ersatzfreiheitsstrafe handelt. In Hamburger Vollzug befinden sich regelmäßig 100 sog. Ersatzfreiheitsstrafler, deren regelmäßige Verweildauer im Vollzug zwischen 30 und 60 Tagen liegt. Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass es sich bei der Mehrzahl der Entlassungen zur Endstrafe um Personen handelt, die eine Ersatzfreiheitsstrafe verbüßt haben.

Legt man die Zahlen des Jahres 2013 zugrunde, werden 71,6 Prozent Gefangene (einschließlich sog. Ersatzfreiheitsstrafler) zum Straftende entlassen und lediglich 18 Prozent gemäß § 57 Abs. 1 StGB zum Zweidrittelzeitpunkt. Meine Praxiserfahrung als Richter in einer Strafvollstreckungskammer lässt eher den Schluss zu, dass in Hamburg mindestens 50 Prozent der Strafgefangenen zum Zweidrittelzeitpunkt entlassen werden.

4. Strafvollstreckungskammer

Zuständig für die Entscheidung über eine Aussetzung des Straftendes zur Bewährung bei einer zeitigen und bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe sowie einer Maßregel nach §§ 63, 64, 66 StGB ist nach § 462a StPO die Strafvollstreckungskammer beim Landgericht.

Grundlage für die zu treffende Entscheidung ist die Stellungnahme der Vollzugsanstalt, natürlich auch die der Staatsanwaltschaft. Allerdings erschöpft sich deren Stellungnahme regelmäßig darin, dem Votum der Vollzugsanstalt zu folgen. Um es deutlich zu sagen, die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft hatte für mich aus diesem Grunde praktisch kaum Relevanz.

5. Strafaussetzung zur Bewährung nach § 57 Abs. 1 StGB

Eine Entlassung schon vor Ablauf der verhängten Strafdauer ermöglicht das Institut der Strafaussetzung zur Bewährung. Eine solche bedingte Entlassung

reduziert nicht nur die mit zunehmender Haftlänge sich vergrößernden Schwierigkeiten einer Wiedereingliederung. Sie gibt dem Gefangenen auch Anreize zur Mitwirkung an der Gestaltung seiner Behandlung und an der Erreichung des Vollzugsziels. Die durch die Entlassung sich anschließende Bewährungszeit – einschließlich der Möglichkeit eines Bewährungswiderrufs – übt auf den Betroffenen Druck aus, sich legal zu verhalten. Dabei kann ihm eine Unterstellung unter die Leitung und Aufsicht eines Bewährungshelfers Unterstützung bieten.

Eine Strafaussetzung zur Bewährung ist bei der zeitigen Freiheitsstrafe nach § 57 Abs. 1 StGB obligatorisch, wenn

- zwei Drittel der verhängten Strafe, mindestens jedoch zwei Monate verbüßt sind (§ 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB),
- eine günstige Sozialprognose vorliegt, d.h. eine Haftentlassung erfolgt nur, wenn dies »unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann« (§ 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB).

Mit dieser 1998 eingeführten Formel des § 57 StGB wollte der Gesetzgeber lediglich deutlicher als mit der vorherigen Formel »wenn verantwortet werden kann zu erproben, ob der Verurteilte außerhalb des Strafvollzuges keine Straftaten mehr begehen wird« hervorheben, dass Belange der öffentlichen Sicherheit, insbesondere des Opferschutzes, gegenüber dem Resozialisierungsanspruch des Gefangenen abgewogen werden müssen.

Diese Gesetzesänderung hatte lediglich klarstellende Funktion. Die Entlassungspraxis der Strafvollstreckungskammern hat sich dadurch nicht geändert. Die für die frühere »einfache« Verantwortungsklausel entwickelten Grundsätze gelten weiter:

Das Gesetz verlangt keine Gewähr für eine künftige Legalbewährung. Im Interesse der Resozialisierung ist ein gewisses (vertretbares) Risiko einzugehen.³ Die Ablehnung einer Strafaussetzung ist durch konkrete Tatsachen zu belegen, die das Risiko als unvertretbar erscheinen lassen. Auch bei schweren Gewalt- oder Sexualdelikten »vermag die bloß abstrakte Möglichkeit der zukünftigen Begehung rechtswidriger Taten die weitere Vollstreckung nicht zu rechtfertigen«.

Bei der Gesamtwürdigung sind vom Gericht nach § 57 Abs. 1 S. 2 StGB namentlich folgende Umstände zu berücksichtigen:

- die Persönlichkeit des Verurteilten,
- sein Vorleben,

3 BVerfG, NJW 1998, S. 2202

- die Umstände seiner Tat,
- das Gewicht des bei einem Rückfall bedrohten Rechtsguts,
- das Verhalten des Verurteilten im Vollzug,
- seine Lebensverhältnisse und
- die Wirkungen, die von der Aussetzung für ihn zu erwarten sind.

Schließlich muss der Verurteilte gemäß § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB in seine vorzeitige Entlassung einwilligen.

In der Praxis ist eine hohe Quote an Einwilligungsverweigerungen anzutreffen, insbesondere bei mehrfach vorbestraften, suchtmittelabhängigen Gefangenen, die eine kurze Freiheitsstrafe verbüßen, keine Therapiemotivation zeigen und sich bereits des Öfteren im Strafvollzug befunden haben. Dies trifft u.a. bei inhaftierten Frauen zu. In Hamburg haben ca. 80 Prozent der inhaftierten Frauen eine massive Drogenproblematik. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einer negativen Selbstaulesung.

Liegen die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Nr. 1 – 3 StGB vor, so ist der Gefangene vorzeitig aus der Strafhaft zu entlassen. Andere spezialpräventive Zwecke dürfen bei der Aussetzungsentscheidung keine Rolle spielen. Selbst bei schwersten Verbrechen (z.B. Sexual- bzw. Gewaltdelikte) dürfen der Gedanke des Schuldausgleichs, der Sühne oder der Verteidigung der Rechtsordnung keine Rolle spielen. Der Gesetzgeber hat diese Entscheidung bewusst getroffen, indem er es unterlassen hat, eine § 56 Abs. 3 StGB (»Verteidigung der Rechtsordnung«) vergleichbare Regelung im Rahmen des § 57 StGB einzuführen.

Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht eindeutig klargestellt:

Es »besteht Einigkeit darüber, dass die Schwere der Schuld, eine Sühne, und Gesichtspunkte der Generalprävention sowie die Verteidigung der Rechtsordnung nicht dazu führen dürfen, die Strafaussetzung zur Bewährung nach § 57 StGB zu verweigern.«⁴

Rechtsprechungsbeispiele:

a. Prüfungsmaßstab der Großen Strafkammer 7 des Landgerichts Hamburg

Bei der Prognoseentscheidung sind die Gefährlichkeit zu erwartender Taten einerseits und deren Wahrscheinlichkeit andererseits im Rahmen einer Abwägung zu berücksichtigen. Dabei setzt eine günstige Kriminalprognose keine Gewissheit künftiger Straffreiheit voraus (*Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 57 Rn. 12f.; *Schönke/Schröder-Stree/Kinzig*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 57 Rn. 14).

⁴ BVerfG, NStZ 1994, 53

Entscheidend ist vielmehr, ob unter Hinnahme eines vertretbaren Restrisikos eine realistische Chance im Sinne einer mit Tatsachen belegten überwiegenden Wahrscheinlichkeit besteht, dass der Verurteilte die kritische Probe bestehen wird (vgl. OLG Düsseldorf, NStZ 1999, 478; OLG Karlsruhe, StV 1993, 260; Schönke/Schröder-*Stree/Kinzig*, aaO, § 57 Rn. 14). An die Aussicht auf eine künftige Legalbewährung sind bei besonders gefährlichen Straftaten größere Anforderungen zu stellen als bei Straftaten geringer oder mittlerer Schwere (Schönke/Schröder-*Stree/Kinzig*, aaO, § 57 Rn. 15). Im Rahmen der zu treffenden Abwägung nimmt nach längerem Strafvollzug zudem in der Regel die Bedeutung der daraus gewonnenen Erkenntnisse über das Erreichen des Vollzugsziels zu (BVerfG, NJW 2000, 502 ff, 504; *Fischer*, aaO, § 57 Rn. 12f.; Schönke/Schröder-*Stree/Kinzig*, aaO, § 57 Rn. 16a).

b. Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 24.02.2012
(Az.: 3 Ws 33/12)

Zum persönlichen Eindruck bei der Prüfung der Sozialprognose (S. 5):

»Insbesondere kann an dieser Stelle auch der persönliche Eindruck, den sich sowohl die Vollzugsanstalt als auch die Kammer von der Ernsthaftigkeit des vom Verurteilten mitgeteilten Sinneswandel verschafft haben – und auf den die in der Anhörung nicht vertretene Staatsanwaltschaft verzichtet hat – nicht unberücksichtigt bleiben.«

Entlassung in die gleichen Lebensverhältnisse wie früher (S. 7):

»Im Übrigen kann dieser Argumentation der Staatsanwaltschaft auch aus grundsätzlichen Erwägungen nur sehr begrenzte Bedeutung beigemessen werden, weil danach die Möglichkeit erfolgreicher Resozialisierung durch die Strafhaft letztlich bereits im Ansatz verneint wird.«

c. Beschluss des Bundesverfassungsgericht vom 11.06.2002 – 2 BvR 461/02 – ZfStrVo 6/02, S. 372f.

Reststrafenaussetzung bei anhängigem Ausweisungsverfahren:

Zur Prüfung der konkreten Lage des Verurteilten ist das Gericht auch dann verpflichtet, wenn gegen Inhaftierten ein Ausweisungsverfahren anhängig ist. Nur wenn ein Missbrauch der Strafaussetzung mit Blick auf die drohende Abschiebung offensichtlich vorzusehen ist, erscheint verfassungsrechtlich ein Verzicht auf eine konkrete Begründung vertretbar. Strafhaft darf weder in rechtsstaatlich unzulässiger Weise zur Abschiebehaft umfunktioniert, noch der Strafvollzug für ausländische Gefangene zum bloßen »Verwahrvollzug« werden.

6. Entlassung nach der Verbüßung der Hälfte der zeitigen Freiheitsstrafe nach § 57 Abs. 2 StGB

Der Strafrest kann zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn

- es sich um einen Erstverbüßer handelt, dessen Freiheitsstrafe zwei Jahre

nicht übersteigt (§ 57 Abs. 2 Nr. 1 StGB) oder

- eine Gesamtwürdigung von Tat, Täterpersönlichkeit und seiner Entwicklung im Vollzug ergibt, dass besondere Umstände eine vorzeitige Entlassung ausnahmsweise rechtfertigen (§ 57 Abs. 2 Nr. 2 StGB).

Beispiele: fortgeschrittenes oder junges Lebensalter, schwere Erkrankung, persönliche Krisensituation, Handeltreiben mit sog. weicher Droge, rechtsstaatswidrige Verzögerung des Strafverfahrens, Schadenswiedergutmachung, Kronzeuge etc.

Bei beiden Alternativen der bedingten Entlassung nach Halbstrafenverbüßung müssen ferner die Kriterien des § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 erfüllt sein.

Prüfungsmaßstab der Großen Strafkammer 7 des Landgerichts Hamburg:

»Besondere Umstände sind dabei solche, die im Vergleich mit gewöhnlichen, durchschnittlichen, allgemeinen oder einfachen Milderungsgründen besonderes Gewicht besitzen und eine Strafaussetzung trotz des erheblichen Unrechts- und Schuldgehalts der Tat als nicht unangebracht und den vom Strafrecht geschützten Interessen nicht zuwiderlaufend erscheinen lassen (BGH NSTz 1986, 27, NSTz 1984, 360; OLG Frankfurt NSTz-RR 2002, 282). In die Würdigung können dabei auch Umstände einbezogen werden, die bereits bei der Strafzumessung berücksichtigt wurden (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 57 Rn. 29 m.w.N.). Die gewichtigen Milderungsgründe können sich auch aus einer Kumulation einfacher bzw. durchschnittlicher Gründe ergeben (vgl. BGH NSTz 1984, 360). Die Schwere der Tat steht der Annahme besonderer Umstände dabei nicht von vornherein entgegen, wie sich aus dem Fehlen einer Strafobergrenze ergibt (OLG Karlsruhe NSTz-RR 1997, 323). Nach längerem Vollzug gewinnen dabei Persönlichkeit und Entwicklung des Verurteilten im Vollzug zunehmendes Gewicht (OLG Karlsruhe NSTz-RR 1997, 323; OLG Stuttgart MDR 1993, 157). Schließlich kann auch von erheblichem Gewicht sein, dass es sich um bei einer Strafe von mehr als zwei Jahren um eine Erstverbüßung handelt (vgl. Fischer, StGB, 60. Aufl., § 57, Rn. 29).«

7. Aussetzung des Strafrests einer lebenslangen Freiheitsstrafe nach § 57a StGB

Neben einer günstigen Sozialprognose und Einwilligung in die Entlassung sind Voraussetzungen:

- Eine Mindestverbüßungsdauer von fünfzehn Jahren (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB).
- Es darf nicht die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung gebieten (§ 57a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB).

Beispiele besonders schwerer Schuld sind z.B. mehrere Mordtaten, Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale, erhebliches Leiden des Opfers, besondere Begleitumstände der Tat, wie eine übermäßig grausame, brutale Behandlung

oder die rücksichtslose Gefährdung weiterer Menschen bei einem Mordanschlag. Im Rahmen der Quantifizierung der besonderen Schuldschwere hat aber auch das positive Vollzugsverhalten Berücksichtigung zu finden.

8. Aussetzung für Untergebrachte im Maßregelvollzug nach §§ 63, 64, 66 StGB

Das Gericht setzt die weitere Vollstreckung zur Unterbringung zur Bewährung aus, wenn zu erwarten ist, dass der Untergebrachte außerhalb des Maßregelvollzuges keine rechtswidrigen Taten mehr begehen wird (§ 67d Abs. 2 StGB).

Es erklärt die Maßregel der Sicherungsverwahrung für erledigt, wenn zehn Jahre in der Unterbringung vollzogen wurden und nicht die Gefahr besteht, dass der Untergebrachte erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden (§ 67d Abs. 3 StGB).

9. Bedingte Entlassung aus dem Jugendstrafvollzug nach § 88 JGG

Das Gericht setzt die Vollstreckung eines Teils der Jugendstrafe – in der Regel mindestens 6 Monate – zur Bewährung aus, wenn dies im Hinblick auf die Entwicklung des Jugendlichen, auch unter Berücksichtigung der Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit, verantwortet werden kann (§ 88 Abs. 1 StGB).

10. Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG

Neben den Möglichkeiten einer Aussetzung des Strafrests zur Bewährung nach §§ 57 ff. StGB kennt das Gesetz als sonstige Form der vorzeitigen Entlassung im Bereich der Drogenkriminalität die Strafaussetzung im Rahmen der Zurückstellung der Strafvollstreckung (§ 36 BtMG).

11. Begnadigung

Eine bedingte Entlassung des Verurteilten kann schließlich im Wege der Begnadigung durch die verfassungsrechtlich vorgegebenen Inhaber der Gnadenkompetenz erfolgen. Eine gesetzlich eingeschränkte Gnadenkompetenz besteht nicht: Gnade ergeht vor Recht.

Gnadenerweise sollen jedoch nur subsidiär gehandhabt werden. Wenn der Gefangene sein Ziel, namentlich die vorzeitige Entlassung aus der Haft durch einen Antrag auf Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung erreichen kann, bleibt er auf diesen verwiesen.

II. Bedeutung von Prognosegutachten im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung

1. Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.01.1998

Kriminalpolitischer Hintergrund dieses Gesetzes war eine in Politik und Öffentlichkeit geführte Debatte über spektakuläre Fälle von Sexualmorden an Kindern; Einzelfälle, die sich in der Statistik des Bundeskriminalamtes nicht auswirkten. Aber die Kritik am Gesetzesaktionismus soll hier nicht interessieren.

Strafrechtlicher Kernpunkt dieses Gesetzes ist die materiell rechtliche Neuregelung der bedingten Entlassung in den §§ 57 Abs. 1 und 2, 57a, 67d Abs. 2 StGB, 88 JGG, flankiert durch die Verfahrensnormen der §§ 454 Abs. 2, 463 Abs. 3 StPO, die für Fallgruppen der Verurteilung (Verbrechen allgemein und bestimmte sexuelle Vergehen) eine sachverständige Begutachtung bei einer Strafe von mehr als 2 Jahren verlangen. Die Pflicht zur Begutachtung zielt auf den Ausschluss verdeckter Rückfallkriminalität. Das Gesetz ist jedoch zugleich die Antwort auf die Stimme des Volkes und ihres populistisch-politischen Echos, die den strikteren Umgang mit Gewalt- und Sexualstraftäter fordern. Der seinerzeitige Bundeskanzler Schröder gab die neue Marschrichtung für angeblich »nichttherapierbare Kinderschänder« vor, nämlich: Wegschließen – und zwar für immer!⁵ Was liegt da näher, als auf eine generell zurückhaltende Aussetzungspraxis der Strafvollstreckungskammern hinzuwirken: Ob dieses Kalkül aufgegangen ist?

Ein allgemeiner Trend, die Strafrestaussetzung zu verknappen, zur Endstrafe hin also, ist meines Erachtens bisher nicht festzustellen. Die Strafvollstreckungskammern haben die Umformulierung des § 57 Abs. 1 StGB, den Austausch der »Erprobungsklausel« gegen die zurückhaltendere Verantwortungsklausel schlichtweg ignoriert, sie haben keinen strengeren Beurteilungsmaßstab angelegt; wohl aus Routine, nicht aus Widerspruchsgeist.

Dass ein Prognosegutachten einzuholen ist, wenn das Gericht erwägt, eine lebenslange Freiheitsstrafe zur Bewährung auszusetzen, kann ich verstehen. Warum jedoch bei relativ kurzen Strafen ab zwei Jahren – es geht vielfach bei Zweidrittelentscheidungen nur noch um Monate – ebenfalls ein Gutachten eingeholt werden muss, ist kaum nachvollziehbar. Dies ist eine Verschleuderung von Ressourcen, vor allem wenn man bedenkt, wie schwierig es ist, kompetente Gutachter zu bekommen.

⁵ Bild am Sonntag vom 08.07.2001

Das Prognosegutachten ist ein Kind des Zeitgeistes, der dem unabhängigen Richter mit Misstrauen begegnet; es soll die richterliche Entscheidungsherrlichkeit entzaubern, mit dem Gutachter einen zusätzlichen Bedenkenträger einbauen und das Entlassungsverfahren komplexer und zeitaufwendiger machen. Dort, wo die Begutachtung auf Kritik der Verfahrensbeteiligten stößt, die mündliche Anhörung des Gutachters erforderlich wird, wird die Verweildauer im Vollzug allein durch Zeitablauf zunehmen.

2. Wer darf ein Prognosegutachten erstatten?

Bislang war es einhellige Meinung, dass Prognosegutachten sowohl durch Psychiater als auch Psychologen erstellt werden dürfen. Dies wurde jedoch durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 05.02.2004 – Az.: 2 BvR 2029/01 – in Zweifel gezogen worden:

»Nach sachverständiger Beratung hat der Richter eine eigenständige Prognose zu treffen, bei dem er dem ärztlichen Gutachten richterliche Kontrolle entgegensetzen hat... Diese Kontrolle hat sich nicht nur auf das Prognoseergebnis, sondern auf die Qualität der gesamten Prognosestellung zu beziehen. Dabei müssen die Gutachter, die für die Begutachtung maßgeblichen Einzelkriterien regelmäßig in einem sorgfältigen Verfahren erheben, das die Auswertung des Aktenmaterials, die eingehende Untersuchung des Probanden und die schriftliche Aufzeichnung des Gesprächsinhaltes umfasst und dessen Ergebnis von einem Facharzt mit psychiatrischer Ausbildung und Erfahrung gewichtet und in einem Gesamtzusammenhang eingestellt werden (vgl. Kröber, NStZ 1999, S. 593, 594 ff; Nedopil, Forensische Psychiatrie, 2. Aufl., S. 247).«

Diese Ansicht des Bundesverfassungsgerichts findet jedoch keine Grundlage im Gesetz. §§ 454 Abs.2, 463 Abs. 3 S. 3 StPO verpflichten lediglich zur Einholung eines Sachverständigengutachtens. Regelungen über die Fachrichtung enthält die Norm nicht. In der Rechtsprechung und Literatur wird diese Norm übereinstimmend dahingehend ausgelegt, dass nach dem Umständen des Einzelfalls zu entscheiden ist, welcher Sachverständiger geeignet ist.⁶ Die schematische Hinzuziehung eines Psychiaters wird als verfehlt angesehen. Auch der Gesetzgeber hat im Gesetzgebungsverfahren die Möglichkeit der Gutachtenerstattung durch kriminologisch erfahrene Psychologen gesehen.⁷

6 vgl. dazu Meyer-Goßner, 55. Aufl., § 454 Rn 37 mit Rechtsprechungsnachweisen

7 BT-Drucksache 8/3218, S. 9

8 Bundesverfassungsgericht vom 13.11.2005 – 2 BvR 792/05 und vom 25.11.2005 – 2 BvR 1142/05)

Zwischenzeitlich hat auch das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung revidiert. Die Auswahl des Gutachters obliege den Fachgerichten. Eine Festlegung auf eine bestimmte Fachrichtung sei durch das Bundesverfassungsgericht nicht erfolgt.⁸

3. Wann ist die Einholung eines Prognosegutachtens erforderlich?

- Ist eine vorzeitige Entlassung auf Bewährung von vornherein ausgeschlossen, braucht die Strafvollstreckungskammer für deren Versagung kein Prognosegutachten einholen (Beispiele: Verurteilter ist in Lockerungen erneut straffällig geworden, ein neues Strafverfahren ist anhängig, hat sich gegen jede Art der Behandlung gesperrt etc.).
- Wenn eine bedingte Entlassung nicht von vornherein auszuschließen ist, hat die Strafvollstreckungskammer gemäß § 454 Abs. 2 StPO allerdings ein Prognosegutachten einzuholen. Das bedeutet aber vielfach, dass es zu Verfahrensverzögerungen kommt. Der Grundsatz »schnelles Recht ist gutes Recht« stellt sich vor allem in der Strafvollstreckung und hat Verfassungsrang. Das Freiheitsgrundrecht verlangt, dass die Entscheidung über die Entlassung unverzüglich, also ohne Verfahrensverzögerungen getroffen wird.

In Hamburg besagen die »Regelungen der Abläufe von Entscheidungen zur Strafaussetzung zur Bewährung«, dass »Einzelfälle, für deren Entscheidungsfindung voraussichtlich ein Gutachten notwendig ist« fünf Monate vor der voraussichtlichen Entlassung der Strafvollstreckungskammer vorliegen müssen, die nach sofortiger Prüfung über die Einholung eines Gutachtens entscheidet.

- Wenn jedoch auszuschließen ist, dass »Gründe der öffentlichen Sicherheit einer vorzeitigen Entlassung des Verurteilten entgegenstehen«, ist eine Begutachtung entbehrlich.

§ 454 Abs. 2 StPO ist wie folgt zu interpretieren: Im breiten Spektrum der Prognosefälle werden an einem Ende die von vornherein aussichtslosen Fällen und am anderen Ende die »harmlosen« Fälle ausgesondert und von der Begutachtung befreit. Im großen Kernbereich zwischen diesen beiden Polen muss die Strafvollstreckungskammer jedoch seine Entscheidung nach der Einholung eines Gutachtens treffen.

So die Theorie; in der Hamburger Praxis holt die Strafvollstreckungskammer zur Vermeidung von Verzögerungen auch bei den sog. harmlosen Fällen regelmäßig ein Prognosegutachten ein, und zwar werden damit überwiegend Anstaltspsychologen beauftragt, die mit dem Fall im Strafvollzug

nicht befasst waren. Denn die Hamburger Staatsanwaltschaft stellt sich auf den Standpunkt, dass keine Fälle gebe, in denen ein Entlassungsrisiko völlig ausgeschlossen werden könne.

Der Gesetzgeber hat bei der Einführung des § 454 Abs. 2 StPO die Problematik, genügend geeignete Sachverständige zu finden, gesehen und deshalb von der Festlegung auf einen externen Sachverständigen abgesehen.

Verfahrenstechnisch bereitet dies keine Probleme. Nach der StPO steht es dem Richter frei, jeden mit Sachverstand Ausgestatteten als Gutachter zu verpflichten (§ 73 StPO); einen genereller Ablehnungsgrund wegen Pflichtkollision als Vollzugspsychologe steht nicht zur Verfügung (§ 74 StPO).

Aus meiner Sicht handelt es sich bei der Bestellung von Anstaltspsychologen als Prognosegutachter in sog. harmlosen Fällen um eine »reine Alibiveranstaltung«. Es liegt regelmäßig eine die Entlassung befürwortende Stellungnahme der Anstalt vor; der Verurteilte befindet sich seit längerer Zeit unbeanstandet im offenen Vollzug und geht einer Tätigkeit im Wege der Freigangs nach. Zudem verfügt er über intakte Sozialbeziehungen. In fast allen Gutachtenfällen wird durch die Anstaltspsychologen die günstige Sozialprognose des Justizvollzuges bestätigt. In Eilfällen – der Entlassungstermin wird in Kürze erreicht sein – kann eine mündliche Anhörung terminiert und der zuständige Anstaltspsychologe als Sachverständiger zur mündlichen Gutachtenerstattung dazu geladen werden.

Allgemein kann festgestellt werden, dass es – selbst in der Großstadt Hamburg – zu wenig geeignete Sachverständige zur Erstellung von Prognosegutachten gibt. Im Laufe der Zeit habe ich mir für alle erdenklichen Fallkonstellationen einen persönlichen Gutachterpool zusammengestellt. Dies hat natürlich auch zur Folge, dass ich in Kenntnis der Person des Gutachters und seiner fachlichen Ausrichtung in etwa prognostizieren kann, welches Ergebnis zu erwarten ist. Wird eine bedingte Entlassung für vertretbar gehalten, wird der Gutachter A genommen; soll die ungünstige Sozialprognose eher bestätigt werden, bietet sich der Gutachter B an. Das ist zwar überzeichnet, aber durchaus gängige Praxis, über die nicht offen gesprochen wird.

Der Sachverständige nimmt dem Richter zwar die rechtliche Entscheidung nicht ab, ob die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird oder nicht. Aber in der Praxis besteht zwischen dem gutachterlichen Ergebnis und der Entscheidung der Strafvollstreckungskammer überwiegend Übereinstimmung.

III. Nachgehende Überwachung und Hilfe im Rahmen der Reststrafenaussetzung

In den Fällen einer Strafaussetzung zur Bewährung kann die Strafvollstreckungskammer dem Betroffenen für die Dauer der Bewährungszeit (zwischen zwei und fünf Jahren; in der Praxis regelmäßig drei Jahre) Auflagen und Weisungen erteilen (§§ 57 Abs. 3 S. 1 bzw. 57a Abs. 3 S. 2 i.V.m. §§ 56b und 56c StGB). Hat der Gefangene mindestens ein Jahr seiner Strafe verbüßt, unterstellt ihn das Gericht für die Dauer oder für einen Teil der Bewährungszeit der Aufsicht und Leitung eines Bewährungshelfers (§ 57 Abs. 3 S. 2 StGB). Hierfür bedarf es eines möglichst vertrauensvollen Verhältnisses zwischen dem Bewährungshelfer und dem Klienten. Andererseits obliegt der Bewährungshilfe aber auch die Überwachung der auferlegten Auflagen, Weisungen etc. Der Bewährungshelfer hat dem Gericht in bestimmten Zeitabständen über die Lebensführung des Betroffenen zu berichten; grobe Verstöße müssen mitgeteilt werden (§ 56d Abs. 3 S. 2 u. 3 StGB).

Beispiel für Weisungen gemäß § 56c StGB bei der bedingten Entlassung eines drogenabhängigen Gefangenen:

Dem Verurteilten werden folgende Weisungen erteilt:

1. Er hat nach seiner Entlassung jede Änderung seiner Anschrift (aktuell: bei Romeo und Monika B.) umgehend der Bewährungshilfe und dem Gericht mitzuteilen.
2. Er hat geregelter Arbeit bzw. einer Ausbildung (Umschulung) nachzugehen. Im Falle der Erwerbslosigkeit hat er sich bei der zuständigen Arbeitsagentur zu melden. Jeden Wechsel seines Arbeitsplatzes oder Ausbildungsplatzes hat er umgehend der Bewährungshilfe mitzuteilen.
3. Dem Verurteilten wird mit seinem erklärten Einverständnis der Konsum von illegalen Drogen verboten. Er hat sich Kontrollen auf Drogenkonsum zu unterziehen, wenn diese vom Gericht angeordnet werden.
4. Er hat sich am 15.01.2013 zur Behandlung seiner Suchterkrankung in die Fachklinik für Drogenabhängige Schloss T... zu begeben und diese stationäre Maßnahme gemäß den therapeutischen Weisungen bis zum ordnungsgemäßen Abschluss durchzuführen. Antritt und Abschluss des Aufenthalts in der Fachklinik für Drogenabhängige Schloss T... hat er durch Bescheinigungen gegenüber dem Gericht und der Bewährungshilfe zu belegen. Der Fortgang der Therapie ist der Bewährungshilfe monatlich zu belegen.
- 5 Er hat Vorladungen des Gerichts und der Bewährungshilfe zu befolgen.

Der Verurteilte hat die ihn behandelnden Ärzte und Therapeuten sowie die mit der Nachsorge befassten Personen von ihrer Schweigepflicht gegenüber dem Gericht und der Bewährungshilfe entbunden.

1. Bewährungshilfe

Ein Bedarf für ambulante Hilfen in der einen oder anderen Form kann grundsätzlich bei jedem in Freiheit zu entlassenen Gefangenen auftreten. Besonders wichtig werden ambulante Hilfen jedoch für die zahlreichen Verurteilten, die mit massiven persönlichen und wirtschaftlichen Problemen behaftet sind und vor der Inhaftierung in sozial randständiger Lage gelebt haben. Bewährungshilfe dient vor allem bei langstrafigen Gefangenen dazu, die Verbindungen zu sozialen Netzwerken wiederherzustellen, die während der Haftzeit ausgedünnt oder gar gekappt gewesen waren. Es liegt auf der Hand, dass dieser Personenkreis ein Handicap hat, wenn es darum geht, sich nach der Entlassung aus dem Vollzug wieder in Freiheit zurechtzufinden, insbesondere sich mit Blick auf personale Beziehungen, Arbeit und Unterkunft zu stabilisieren. Nach allgemeiner Erfahrung sind besonders die ersten Monate in Freiheit für entlassene Gefangene besonders kritisch.

In der Praxis wird häufig festgestellt, dass die Entlassungsvorbereitung ungenügend ist und die Bewährungshilfe erst sehr spät über entlassene Gefangene informiert wird. Die während der Entlassungsphase auftretenden Probleme können nur durch eine systematisch betriebene koordinierte Zusammenarbeit von Strafvollzug und Bewährungshilfe bewältigt werden.

In Hamburg hat von 2009 bis 2010 eine Fachkommission das System der ambulanten und stationären Resozialisierung überprüft und Optimierungsvorschläge erarbeitet.⁹ U.a. wurde festgestellt, dass eine Zusammenarbeit zwischen Vollzug und Bewährungshilfe praktisch nicht stattfindet, obgleich das Hamburgische Strafvollzugsgesetz in § 16 die Justizvollzugsanstalten zu einer frühzeitigen Kontaktaufnahme mit der Bewährungshilfe verpflichtet. Der Erstkontakt der Entlassenen mit ihrem Bewährungshelfer fand in der Regel erst vier Wochen nach der Haftentlassung statt. Dem Entlassenen stand mithin in dieser besonders kritischen Phase kein professioneller Helfer zur Seite. Dieser Umstand war alarmierend! Die Fachkommission hat für Hamburg ein sehr problematisches »Entlassungsloch« festgestellt; eine Vernetzung des Strafvollzuges und der Bewährungshilfe während der Entlassungsphase fand nicht statt.

Aus diesem Grunde wurden als erste Maßnahme die Abläufe zur Vorbereitung von Entscheidungen zur Strafaussetzung und zur Beteiligung der Bewährungshilfe und zur Ausgestaltung der Führungsaufsicht zwischen dem Strafvollzug, den Strafvollstreckungskammern, der Staatsanwaltschaft und der Straffälligenhilfe schriftlich geregelt.

⁹ vgl. Abschlussbericht der Fachkommission vom 08.02.2010

Für Strafgefangene mit einer Freiheitsstrafe unter 2 Jahren (Entscheidungen gem. § 57 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, Nr. 1 StGB) sieht die Regelung beispielsweise wie folgt aus:

Eingang des Führungsberichtes der Anstalt mit Anlagen in der Staatsanwaltschaft und in der jeweiligen Strafvollstreckungskammer	8 Wochen vor der voraussichtlichen Entlassung
Übersendung des Führungsberichtes der Anstalt mit Anlagen, der Einwilligungserklärung und ggf. des Urteilstenors durch die Strafvollstreckungskammer an die Bewährungshilfe	umgehend
Benennung einer Bewährungshelferin bzw. eines Bewährungshelfers	innerhalb von 2 Wochen
Abgabe der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft an die Strafvollstreckungskammer	innerhalb einer Woche
Beschluss der Strafvollstreckungskammer	innerhalb von 4 Wochen
Eingang des rechtskräftigen Beschlusses der Strafvollstreckungskammer in der zentralen Eingangsstelle der Bewährungshilfe	4 Wochen vor der Entlassung.

Diese Vereinbarung ist wie gesagt ein erster Schritt in die richtige Richtung. Damit wird das organisatorische Nebeneinander von Entlassungsvorbereitung und Nachsorge nach der Haftentlassung noch nicht überwunden. Denn nach wie vor weigert sich die Bewährungshilfe mit dem Hinweis auf ihre defizitäre personelle Ausstattung, einem systematisierten Verfahren der Übergabe durch den Strafvollzug und Übernahme durch die Bewährungshilfe zuzustimmen. Zwischen der Anstalt und dem Bewährungshelfer besteht weiterhin keine verbindliche Kooperationsbeziehung; auch gegenwärtig findet eine Kontaktaufnahme des Bewährungshelfers zu dem Gefangenen vor der Haftentlassung regelmäßig nicht statt. Geregelt ist gegenwärtig nur, dass der entlassene Gefangene nunmehr einen frühen ersten Termin bei der Bewährungshilfe bekommt. Zudem hat der Gefangene nach der frühzeitigen Benennung eines Bewährungshelfers die Möglichkeit, diesen im Wege des Ausgangs aufsuchen, sofern er Vollzugslockerungen erhält.

Die Zusammenarbeit zwischen dem Strafvollzug und der Bewährungshilfe sollte meines Erachtens wie folgt aussehen:

- Die Bewährungshilfe wird zu Beginn der Entlassungsphase durch den Vollzug informiert.
- Sie wird in die Erarbeitung des Entlassungsplans einbezogen und bei der Umsetzung beteiligt.
- Die Übergabe an die Bewährungshilfe erfolgt nach Beschlussfassung der Strafvollstreckungskammer und der Entlassung des Gefangenen.

2. Freie Straffälligenhilfe

Ein wesentlicher Teil der praktischen Betreuung von entlassenen Straftätern wird neben der staatlichen Straffälligenhilfe (Bewährungs- und Gerichtshilfe) durch Vereine und Verbände der freien Straffälligenhilfe getragen, deren finanzielle Basis in vielen Regionen sehr schmal und strukturell ungesichert ist. In Hamburg ist beispielsweise der Hamburger Fürsorgeverein, der größte Straffälligenhilfeverein Hamburgs, ausschließlich auf Bußgelder angewiesen, um seine Arbeit zu finanzieren.

Die freie Straffälligenhilfe in Hamburg bietet namentlich folgenden Hilfen an:

- Beratung zur Entlassungsvorbereitung im Vollzug
- Arbeits- und Wohnraumvermittlung
- Schuldnerberatung, Entschuldungsvereinbarungen und Geldverwaltung
- Finanzielle Unterstützung und Sachleistungen
- Suchtberatung
- Therapievermittlung
- Familien- und Angehörigenarbeit
- Soziales Training
- Sozialtherapeutisch begleitetes Wohnen
- Freizeitgestaltung.

Strafentlassenenhilfe ist eine komplexe Aufgabe der Reintegration und Rehabilitation von Straftätern. Ohne die komplementären Hilfen und Dienstleistungen der staatlichen und freien Straffälligenhilfe würde die Wiedereingliederung vieler ehemaliger Gefangener nicht gelingen.

3. Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56f StGB

Das Gericht kann die Strafaussetzung zur Bewährung widerrufen, wenn der Verurteilte in der Bewährungszeit eine neue Straftat begeht und dadurch zeigt, dass sich die Erwartung, die der Strafaussetzung zugrunde lag, nicht erfüllt hat (§ 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB), oder wenn er gegen Weisungen oder Auflagen gröblich und beharrlich verstößt bzw. wenn er sich der Aufsicht und Leitung des Bewährungshelfers beharrlich entzieht und dadurch Anlass zu der Besorgnis gibt, dass er erneut Straftaten begehen wird (§ 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 StGB). Es kann jedoch von einem Widerruf absehen, wenn es ausreicht, weitere Auflagen oder Weisungen zu erteilen oder die Bewährungszeit zu verlängern (§ 56f Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 StGB).

Nicht jede neue Straftat führt zu einem Widerruf der Strafaussetzung, auch nicht jeder Auflagen- oder Weisungsverstoß. Denn die bei der Strafaussetzung nach § 56f StGB gehegte Erwartung richtet sich nicht auf eine ausnahmslose Strafflosigkeit des Verurteilten. Diese Erwartung ist zwar grundsätzlich durch jede neue Tat von nicht ganz unerheblichem Gewicht in Frage gestellt. Allerdings ist hieraus nicht abzuleiten, dass der Widerrufsbeschluss auf die neue Tat beschränken könnte, ohne die Prognosefrage ausdrücklich zu prüfen; denn der Widerruf dient nicht der Ahndung von Verfehlungen während der Bewährungszeit, sondern allein der Korrektur der ursprünglichen Prognose.¹⁰

Aus der Praxis der Hamburger Strafvollstreckungskammern kann berichtet werden, dass regelmäßig nur bei einer neuen erheblichen Straftat ein Widerruf in Betracht kommt. Zugleich wird bei der Widerrufsprüfung berücksichtigt, ob die neue Tat einschlägig ist (z.B. bei Gewalt-, Sexual- oder Drogendelikten). Auch bei mehreren – bei isolierter Betrachtung jeweils nicht ins Gewicht fallenden – Taten kann ein Widerruf erfolgen, wenn sie zusammengekommen nicht bedeutungslos sind. Bei Gelegenheits- oder Bagatelldelikten kann eine abweichende Bewertung veranlasst sein.

Außerdem kommt ein Widerruf in Betracht, wenn ein bedingt aus der Straftat entlassener Gefangener die ihm erteilte Weisung, eine stationäre Suchtentwöhnungstherapie bis zum ordnungsgemäßen Abschluss durchzuführen, abbricht und untertaucht. Allerdings besteht auch die Möglichkeit, zunächst einen Sicherungshaftbefehl gem. § 453c Abs. 1 StPO zu erlassen, um dem Verurteilten im Widerrufsverfahren die Chance einer erneuten Therapie zu ermöglichen.

¹⁰ Fischer, StGB, 60. Aufl., § 56f Rn. 8 sowie Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 29.12.2008 – Az.: 1 Ws 155/08

Wie gesagt, entscheidend für den Widerruf ist nicht ein Bewährungsverstoß, sondern bei dem Verurteilten muss positiv festgestellt werden, dass aktuell eine ungünstige Prognose für sein künftiges Legalverhalten vorliegt.

4. Wirkungsweise der bedingten Entlassung

Eine Evaluation der bedingten Entlassung ist in Deutschland anhand von amtlichen Daten nicht möglich. Es gibt keine allgemeine Bewährungsstatistik. Aus den Ergebnissen empirischer Untersuchungen lässt sich jedoch generell der Befund ableiten, dass die Strafaussetzung zur Bewährung ein sinnvolles Instrument zur spezialpräventiven Behandlung von Straftätern ist. Bedingt Entlassene werden nach erfolgreichem Durchstehen der Bewährungszeit in der dann folgenden (üblicherweise auf fünf Jahre bemessenen) Nacherhebungsphase im Vergleich zu Gefangenen, die ihre Strafe voll verbüßen, je nach Rückfalldefinition um 20 Prozent bis 40 Prozent weniger rückfällig.^{|¹¹}

Anhand der Bewährungshilfestatistik kann man die Unterstellungsfälle unter Bewährungsaufsicht danach unterscheiden, ob die Unterstellung durch Straferlass oder Widerruf abgeschlossen wurde. Die Bezugsgröße ist jeweils die Gesamtzahl der im Laufe des Berichtsjahres beendeten Unterstellungen. Gegenwärtig liegt die Erlassquote in Deutschland bei gut 70 Prozent.^{|¹²}

Auch die Bewährungshilfe für Erwachsene in Hamburg kann gute Erfolge vorweisen. Im Jahre 2013 hatte die Bewährungshilfe bei einer durchschnittlichen Fallbelastung von 86 Klienten pro Bewährungshelfer 82 Prozent der Unterstellungen erfolgreich beendet.^{|¹³}

V. Entlassung nach vollständiger Strafverbüßung und Kontrolle in Freiheit

Nach voller Verbüßung der verhängten Strafe kann der Strafgefangene normalerweise, rechtlich gesehen, als »freier Mann« die Anstalt verlassen. Allerdings kann u.a. bei Gefangenen, die bereits erheblich vorbestraft und chronisch im Kreislauf von Delinquenz und Strafe verfangen sind, die Führungsaufsicht angeordnet werden.

¹¹ PSB, S. 435 u.w.N.

¹² vgl. PSB S. 603

¹³ Antwort des Senats vom 21.01.2014 auf die Kleine Anfrage zur Situation der Bewährungshilfe in Hamburg – Bürgerschaftsdrucksache 20/10512

Die Rechtsgrundlagen der Führungsaufsicht sind in den §§ 68 bis 68g StGB geregelt. Durch die Führungsaufsicht soll die Lebensführung von entlassenen Gefangenen mit schlechter Sozialprognose beaufsichtigt werden. Sie ist als Maßregel der Besserung und Sicherung ausgestaltet. Es wird nicht nur ein Bewährungshelfer bestellt, sondern der entlassene Gefangene untersteht zusätzlich einer Aufsichtsstelle (§ 68a Abs. 1 StGB).

Von Führungsaufsicht sind u.a. betroffen:

- Straftäter, die zu einer Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren oder einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer in § 181b genannten Straftat verurteilt wurden und diese voll verbüßt haben (»Vollverbüßer«, § 68f StGB), In der Regel sind das Verurteilte, bei denen die Aussetzung einer Strafrestes zur Bewährung wegen ungünstiger Sozialprognose abgelehnt wurde.
- Untergebrachte gemäß §§ 63, 64 und 66 StGB, deren Unterbringung zur Bewährung ausgesetzt wurde (§ 67d Abs. 2 StGB).
- Sicherungsverwahrte, deren Unterbringung nach zehn Jahren für erledigt erklärt wurde (§ 67d Abs. 3 StGB).

Die Dauer der Führungsaufsicht beträgt mindestens zwei und höchstens fünf Jahre. Allerdings kann das Gericht in bestimmten Fällen die Höchstdauer auch überschreiten und eine unbefristete Führungsaufsicht anordnen (§ 68c Abs. 2 und 3 StGB) Praktisch relevant für eine unbefristete Führungsaufsicht ist insbesondere der Fall, dass sich nach der Aussetzung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die verurteilte Person andernfalls in einen Zustand nach §§ 20, 21 StGB gerät und dadurch eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Begehung weiterer rechtswidriger Taten zu befürchten ist. Dabei handelt es sich regelmäßig um Personen, die keine Krankheitseinsicht zeigen und die notwendige medikamentöse Behandlung ablehnen.

Seit 2010 gibt es in Hamburg das Konzept der täterorientierten Prävention (T.O.P.), das sog. Risikostrafäter im Blick hat. Dabei handelt es sich aus der Haft nach Vollverbüßung zu entlassene Gewalt- und Sexualstraftäter mit einem herausragenden Gefährdungspotential, die eine Strafe von mindestens drei Jahren zu verbüßen haben. Sechs Monate vor dem Entlassungstermin prüft die Anstalt, ob die Voraussetzungen für die Aufnahme in das TOP-Konzept vorliegen. Sodann hat ein Psychologe eine aktuelle Risikoeinschätzung zu erstellen. In einer von der Staatsanwaltschaft einberufenen Fallkonferenz wird abschließend geprüft, ob die Einstufung des Verurteilten als Risikostrafäter erfolgt. Die Staatsanwaltschaft stellt sodann einen Antrag

auf Ausgestaltung der Führungsaufsicht mit entsprechenden Weisungsvorschlägen bei der Strafvollstreckungskammer.

Wenn eine unter Führungsaufsicht stehende Person Weisungen nach § 68b Abs. 1 StGB nicht befolgt und dadurch der Zweck der Maßregel gefährdet wird, kann sie auf Antrag der Führungsaufsichtsstelle auch strafrechtlich verfolgt werden (§ 145a StGB).

Nach meinen Erfahrungen zeigt die Strafandrohung des § 145a StGB in der Praxis kaum Wirkung. Der unter Führungsaufsicht stehende Personenkreis – es sind überwiegend Vollverbüßer mit dissozialen Persönlichkeitsstörungen, psychiatrischen Krankheitsbildern und/oder massiven Suchtproblemen (sog. Chroniker) sowie eine geringe Anzahl von Entlassenen aus der Unterbringung nach §§ 63, 64, 66 StGB – lässt sich durch Strafandrohung nicht beeindrucken.

Die Führungsaufsicht in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung wird aus meiner Sicht ihrer Aufgabe als kriminalpolitisches Instrument des Öffentlichkeitschutzes und der Kriminalitätsrückfallgefährdung nur sehr unvollkommen gerecht. Sie ist in der Praxis mehr ein verwaltendes als ein helfendes Instrument. Die Strafvollstreckungskammern in Hamburg haben bereits 2003 die ersatzlose Abschaffung der Führungsaufsichtsstellen aus fachlichen und ökonomischen Gründen gefordert. Eine umfassende Resozialisierungshilfe für diesen Personenkreis kann durch die Bewährungshilfe entschieden effektiver erfolgen. Zudem besteht durch die Führungsaufsichtsstellen, die zum Teil beim Landgericht angesiedelt sind, und die Bewährungshilfe die Gefahr einer Doppelbetreuung. Da die Abschaffung der Führungsaufsichtsstellen gegenwärtig politisch nicht durchsetzbar ist, sollte zumindest die Verlagerung der Führungsaufsichtsstelle zur Bewährungshilfe erfolgen. In anderen Bundesländern wird das mit Erfolg und ressourcenschonend praktiziert. Wie gesagt, die Aufsichtsstelle verwaltet überwiegend Akten, die Bewährungshilfe leistet die übliche soziale Hilfe und Kontrolle wie für alle anderen Klienten auch, und das mit Erfolg.

Eine bundesweite Statistik zur Führungsaufsicht existiert nicht. Schätzungen bewegen sich zwischen 15.000 und 25.000 unterstellten Probanden der Führungsaufsicht. |¹⁴

14 Cornel, Kawamura-Reindl, Maelicke, Sonnen (Hrsg.), Resozialisierung, 3. Aufl., S. 197

V. Was muss der Strafvollzug leisten, um die Entscheidung über die vorzeitige Entlassung positiv zu beeinflussen?

Das Vollzugsgeschehen ist im idealtypischen Fall von Anfang an unter der Perspektive einer Entlassungsplanung zu gestalten. Denn nahezu alle Gefangenen werden, von extremen Ausnahmen abgesehen, eher früher als später in die Freiheit entlassen, sei es vorzeitig oder zur Endstrafe.

Die nach der Aufnahme des Gefangenen vom Gesetz vorgesehene Behandlungsuntersuchung hat sich auch auf solche Umstände zu erstrecken, die für seine planvolle Behandlung im Vollzug und seine Eingliederung nach der Entlassung notwendig sind. Der zu erstellende Vollzugsplan muss auch Angaben über notwendige Maßnahmen zur Entlassungsvorbereitung enthalten.

Wichtig ist, bei den Gefangenen die Mitwirkungsbereitschaft an ihrer sozialen Integration zu wecken und zu fördern. Allerdings darf es nicht darum gehen, allein die im Vollzug Angepassten zu fördern. Es muss auch und gerade um die Gefangenen gehen, die schwierig und vielleicht gefährlich sind. Überließe man sie unter den Bedingungen einer anregungsarmen Verwahrung sich selbst, dann würde das ihnen innewohnende Risiko vergrößert und allein nur auf die Zeit nach der Entlassung verlagert werden.

Der Strafvollzug hat auf eine sinnvolle individualisierte Behandlung von Gefangenen zu bieten, die von der Vermittlung lebenspraktischer Fähigkeiten durch soziales Training über Unterricht und Berufsausbildung sowie geregelter Arbeit bis zur Therapie reicht.

Für gefährliche und/oder wiederholt rückfällig gewordene Täter ist die Behandlung in der Sozialtherapeutischen Anstalt (§ 9 StVollzG) angezeigt. Zwar ist Therapie im Strafvollzug einerseits strukturbedingt schwierig, weil sie in Unfreiheit zu einem straffreien Leben in Freiheit befähigen soll. Andererseits ist sie aber für viele Strafgefangene unerlässlich, weil nur so eine günstige Sozialprognose erreichbar ist. Die Erprobung erzielter Lerngewinne ist unter den Bedingungen zunehmender Freiheit sicherzustellen.

Grundsätzlich sollte jeder Gefangene ein Anrecht auf Entlassung aus dem offenen Vollzug haben, sofern nicht konkrete Gründe vorliegen, die eine Flucht- oder Missbrauchsgefahr begründen.

In allen geeigneten Fällen sind Gefangene schon früh in Lockerungen zu erproben, so dass der Bezug zur Außenwelt aufrecht erhalten bleibt und ein positiver Empfangsraum für die Zeit nach der Entlassung erarbeitet werden kann. In möglichst vielen Fällen sollten Gefangene aus dem Freigang, d.h. im Besitz einer Arbeits- oder Ausbildungsstelle entlassen werden.

Zudem ist eine Unterkunft für eine bedingte Entlassung unerlässlich.

Vollzugslockerungen gelten regelmäßig als unverzichtbare Maßnahme für die Resozialisierung. In der Praxis der Strafvollstreckungskammern kommt ihnen zentrale Bedeutung für die Prognose des § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und S. 2 StGB zu.

Wenn die Anstalt Lockerungen jedoch ablehnt, ist es so gut wie unmöglich, diese per Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 109 StVollzG zu einer günstigeren Entscheidung zu verpflichten. Das beruht darauf, dass die Gewährung von Vollzugslockerungen in das Ermessen der Anstalt gestellt ist, sodass die Vollstreckungskammern nur in ganz seltenen Fällen bei einer Ermessenreduzierung »auf Null«, selbst eine Entscheidung treffen können. Das Gericht kann die Anstalt regelmäßig nur zu einer Neubescheidung, das heißt zu einer neuen Ermessensentscheidung verpflichten. Zudem hat die Rechtsprechung den Anstalten einen weiten Beurteilungsspielraum eingeräumt, der der gerichtlicher Nachprüfung entzogen ist. Weit überwiegend bleiben daher die Versuche von Gefangenen erfolglos, Lockerungen einzuklagen.

Beispielsfall für eine Ermessensreduzierung »auf Null«:

H. hatte eine langfristige Freiheitsstrafe u.a. wegen schwerer räuberischer Erpressung und wegen schweren Raubes zu verbüßen. Er befand sich 2004 14 Jahre unter den Bedingungen des geschlossenen Vollzuges ununterbrochen in Haft. Der Zweidrittelzeitpunkt war bereits am 14.06.2001 erreicht. Er ist verheiratet, sein Vollzugsverhalten ist beanstandungsfrei. H. beantragte seine Verlegung in den offenen Vollzug. Gegen die ablehnende Entscheidung der JVA Fuhlsbüttel legte er erfolglos Widerspruch ein. Die Strafvollstreckungskammer hob den Widerspruchsbescheid mit Beschluss vom 28.01.2003 auf und verpflichtete die JVA zur Neubescheidung. Außerdem wies die Kammer darauf hin, dass eine Erprobung unter Vollzugslockerungen im Hinblick auf den bereits verstrichenen 2/3-Zeitpunkt und die in diesem Zusammenhang relevante Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immer drängender werde. An der Vollzugssituation änderte sich gleichwohl nichts. Am 30.09.2003 gelangte auch die Anstaltspsychologin R. zu dem Ergebnis, das die Flucht- und Missbrauchsgefahr von H. im offenen Vollzug als gering einzuschätzen sei. Die JVA kann ihrer Verpflichtung zur Neubescheidung aber immer noch nicht nach. Ein Jahr später, am 16.02.2004 stellte H. schließlich einen Vornahmeantrag gem. § 113 StVollzG. H. wurde nach der Neustrukturierung der JVA Fuhlsbüttel sogar in die höchste Stufe, die sog. Bewährungsgruppe, eingestuft. Die JVA hat letztmalig im April 2004 Stellung genommen und geltend gemacht,

dass zur Einschätzung der Missbrauchsgefahr erneut ein Gutachten eingeholt werden müsse. Vier Prognosegutachten lagen bereits vor. Und die Anstaltspsychologin R. hatte sich – wie gesagt – für die Verlegung von H. in den offenen Vollzug plädiert.

Aufgrund dieses rechtsmissbräuchlichen Vorgehens der JVA hat das Landgericht Hamburg durch Beschluss vom 21.12.2004 (Az.: 607 Vollz 45/04) die Verpflichtung ausgesprochen, H. in den offenen Vollzug zu verlegen. Es ist hier von einer »Ermessensreduzierung auf Null« ausgegangen. Die Anstalt hat sich mit dieser Entscheidung nicht zufrieden gegeben; sie hat Rechtsbeschwerde eingelegt, die am 08.02.2005 vom Hanseatischen Oberlandesgericht – 3. Strafsenat – (Az.: 3 Vollz (Ws) 6/05) mit sehr deutlichen Worten als unzulässig verworfen worden ist. Ich zitiere:

»Zutreffend hat die Strafvollstreckungskammer darauf hingewiesen, dass gegenwärtig ein nicht hinnehmbares Entscheidungsvakuum besteht, da die JVA das »Ob« ihrer Entscheidung offenbar davon abhängig machen will, dass sich H. zu einer weiteren, mittlerweile fünften Begutachtung bereit erklärt.«

Die fehlende Zustimmung der Justizbehörde zur Verlegung von H. in den offenen Vollzug könne nur dann relevant sein, wenn diese auf eine sachbezogene Argumentation gestützt sei. Dies sei nicht der Fall.

Bei der Prüfung einer Ermessensreduzierung habe die Kammer zu Recht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darauf abgestellt, dass das Resozialisierungsinteresse eines Gefangenen mit fortschreitender Haftdauer immer stärker zu berücksichtigen sei. Soweit von der JVA vorgetragen werde, dass »auch eine geringe Flucht- oder Missbrauchsgefahr nicht in Kauf genommen werden dürfe«, würden die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Resozialisierungsgebots verkannt. Es sei zwar nicht zu verkennen, dass das Resozialisierungsgebot und der Schutz der Allgemeinheit in einem Spannungsverhältnis stünden. Dabei handele es sich jedoch nicht um einen unauflösbaren Widerspruch. Bereits der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass dem Schutz der Allgemeinheit durch eine gelungene Resozialisierung eines Strafgefangenen am besten Rechnung getragen werde. Vermeidbare Gefährdungen der Allgemeinheit können nicht nur durch eine zu frühzeitige Gewährung von Vollzugslockerungen entstehen, sondern auch durch unzureichende Resozialisierungsbemühungen der Vollzugsbehörden.

1. Stellungnahme der Anstalt zur bedingten Entlassung gemäß § 57 StGB

In Hamburg haben die Strafvollstreckungskammern eine Vorlage für die Stellungnahme der Anstalt nach § 57 StGB erarbeitet. Die Anstalten sind gehalten, sich an der entsprechenden Vorlage zu orientieren. Sie haben Aussagen

zum biographischen und zum kriminogenen Hintergrund der betroffenen Gefangenen zu machen. Die mitgeteilte Entlassungsanschrift muss überprüft sein. Sie sind mit dem Vollstreckungsblatt der Gefangenenpersonalakte, der Zustimmungserklärung der Verurteilten zur Entlassung und einer von ihnen unterzeichneten Einwilligungserklärung zur Datenverarbeitung für eine frühzeitige Benennung eines Bewährungshelfers – auch für den Fall, dass es nicht zu einer Aussetzung kommt – per Fax an die Staatsanwaltschaft und an die jeweils zuständige Strafvollstreckungskammer zu übersenden.

Die Stellungnahme der Anstalt hat u.a. zu enthalten:

- Vollzugsdaten (Festnahme/gestellt am, Halbstrafen- und Zweidritteltermin, Strafende)
- Erstverbüßer ja/nein
- evtl. zu erwartende Bewährungswiderrufe
- offener Vollzug
- Vollzugsverhalten
- beruflicher Hintergrund/Qualifikationen/Arbeitseinsatz in der Anstalt/Arbeitshaltung)
- ausländerrechtlicher Status
- Vollzugslockerungen (Ausgang, Urlaub Freigang)
- lebensgeschichtliche Daten (Familienstand, Kinder, soziale Situation)
- Straftathintergründe
- Delinquenzbearbeitung
- gesundheitliche Situation
- Suchtproblematik (Alkohol, illegale Drogen, Medikamente, nicht stoffgebundene Sucht)
- bereits durchgeführte Therapien
- Urinkontrollen in der Haft
- angezeigte Hilfsmaßnahmen/Therapie
- sozialer Empfangsraum
- finanzielle Situation nach der Entlassung
- Schuldenregulierung
- Bewährungshilfe ja/nein; Beiordnung bei Vorverbüßungen; Zusammenarbeit mit dem letztem Bewährungshelfer sinnvoll
- unterstützende Maßnahmen der freien Straffälligenhilfe

- Empfehlung für Weisungen und/oder Auflagen
- überprüfte Entlassungsanschrift
- weitere Anmerkungen (externe Gutachten bzw. psychologische Stellungnahmen der Anstalt sind als Anlage beifügen, Fahrerlaubnis entzogen etc.)
- prognostische Einschätzung und Votum.

Prognostische Relevanz haben vor allem die kriminelle Vergangenheit des Gefangenen, seine persönliche Entwicklung in der Anstalt, insbesondere die Erprobung in Vollzugslockerungen, sowie die berufliche und soziale Situation nach der Entlassung. Dabei darf jedoch das vollzugliche Verhalten allein weder in negativer Hinsicht (z.B. Disziplinarverfahren, mangelnde Mitarbeitsbereitschaft) noch in positiver Hinsicht (z.B. reibungslose Anpassung) überbewertet werden. Diese Erfahrung habe ich als Strafvollstreckungsrichter machen können.

2. Schlussbemerkung

Ich habe Ihnen einen Einblick in das Strafvollzugs- und das Strafvollstreckungsrecht gegeben, soweit dies für den Vollzug, die Reststrafenaussetzung und die nachfolgende Bewährungsaufsicht von Bedeutung ist.

Das Gebot der Resozialisierung verpflichtet dazu, vom ersten Tag der Vollstreckung an die Entlassung zu planen. Dieser Prozess wird von der Anstalt eingeleitet und draußen in möglichst integrativer Form fortgesetzt. Das nennt man heutzutage Übergangsmanagement (ÜGM).

Wenn Sie als Verteidiger die Rechte des Verurteilten während der Zeit des Strafvollzuges und danach wahrnehmen, sollten Sie Folgendes bedenken:

- Zu Beginn des Vollzuges: Die Behandlungsuntersuchung hat sich nicht nur die Behandlung des Verurteilten im Vollzug, sondern auch schon auf Umstände, die nach der Entlassung notwendig sind, zu erstrecken. Der Vollzugsplan muss notwendige Maßnahmen der Entlassungsvorbereitung enthalten.
- In der Phase vor der bedingten Entlassung ist auf die Verlegung in den offenen Vollzug, Vollzugslockerungen und insbesondere auf ein freies Beschäftigungsverhältnis außerhalb der Anstalt (Freigang) hinzuwirken.

Suchen Sie bei Meinungsverschiedenheiten über vollzugliche Maßnahmen möglichst das Gespräch mit der Anstalt, um einvernehmliche Lösungen zu erzielen. Hinter dem im Strafvollzugsverfahren ausgetragenen Streit stehen oft grundsätzliche Konflikte zwischen dem Gefangenen und der Anstalt. Vieles spricht für eine Mediation bei der Bearbeitung von Konflikten im Strafvollzug.

- Bei Problemen im Rahmen der Bewährungszeit sollten Sie immer eine mündliche Anhörung Ihres Mandanten und ggf. weiterer Beteiligter beantragen. Der persönliche Eindruck ist im Rahmen einer Konfliktlösung vielfach von entscheidender Bedeutung.

Gespräche zwischen Strafvollstreckungskammern, dem Gefangenen, Strafverteidiger und der Anstalt sind im Strafvollzugs- und Strafvollstreckungsverfahren nicht die Regel; sie führen jedoch in der Mehrzahl der Fälle – ohne große Zeitverzögerungen – zu einer einvernehmlichen Entscheidung im Sinne des Mandanten.

Hans-Ernst Böttcher

Der Lübecker Jurist Gustav Radbruch – aktueller denn je!^{*}

Oder: Gustav Radbruch – Rechtsphilosoph,
Strafrechtler, sozialdemokratischer Rechtspolitiker,
Schriftsteller, Freund Erich Mühsams

Ich bin dem Strafverteidigertag, den sie tragenden Vereinigungen und insbesondere Herrn Rechtsanwalt Mroß für die gastgebende schleswig-holsteinische Strafverteidigervereinigung dankbar, dass Sie mich eingeladen haben und dass ich hier über Gustav Radbruch sprechen darf. Das ist für mich eine große Ehre und eine große Freude zugleich.

Mit Freude und Erstaunen hatte ich schon Ende 1991, als ich bald nach meiner Wahl als Präsident des Landgerichts in Lübeck meinen ersten Vortrag über Gustav Radbruch halten durfte (»Tragik und Größe Gustav Radbruchs«; hierzu und zu weiterer Literatur zu Gustav Radbruch siehe die Hinweise am Ende), bei der Vorbereitung festgestellt, *welche* Bedeutung und Aktualität dieser Lübecker Jurist hat, der uns – leider – im Studium und auch in der oberflächlichen rechtspolitischen Tagesdiskussion mehr als Säulenheiliger denn als Mensch aus Fleisch und Blut, mehr als *Formel*-Lieferant und Theoretiker denn als weit über sein Fach hinaus nachdenkender (oder noch besser: nachdenklicher) Wissenschaftler und zugleich eingreifender Politiker und Praktiker dargestellt wird. Bemerkt habe ich auch sehr schnell, dass es sogar eine Verbindungslinie zwischen ihm und dem ebenfalls aus Lübeck stammenden Dichter und anarchistischen Politiker (wenn man das sagen kann) Erich Mühsam gibt.

Ich werde Ihnen zunächst (I.) Leben und Werk Gustav Radbruchs im Überblick vorstellen, sodann (II.) einen besonderen Akzent auf sein rechtspolitisches Wirken in der Weimarer Republik setzen und weiter (III.) an einigen Beispielen – wie es der Titel verspricht – auf seine Aktualität hinweisen. Ich werde Ihnen auch – insofern gehe ich über die mündliche Vortragsfassung hinaus – (IV.) die schon kurz angedeutete freundschaftliche Beziehung zwischen Gustav Radbruch und Erich Mühsam, diesen beiden vordergründig so unterschiedlichen Persönlichkeiten, schildern und hier hauptsächlich Gustav Radbruch selbst sprechen lassen. Sie werden dabei, wie auch bei an-

^{*} In Teilen erweiterte schriftliche Fassung des gleichnamigen Vortrages auf dem 39. Strafverteidigertag in Lübeck. Die Vortragsform ist beibehalten. Ich widme den Text Heinrich Hannover, meinem Ausbilder in der Referendar-Anwaltsstation und hoch geachteten Freund, in Dankbarkeit zu seinem 90. Geburtstag am 31. 10. 2015.

deren, mehr *fachlichen* Zitaten feststellen, dass Radbruch es durchaus auch verdient, als *Schriftsteller*, als ein Meister der Sprache (bei ihm übrigens nicht nur der deutschen, auch der französischen, englischen und italienischen sowie der lateinischen und griechischen), gesehen und gewürdigt zu werden – also in einer Reihe mit den Juristen Johann Wolfgang von Goethe, Franz Kafka, Kurt Tucholsky und Alexander Kluge um nur einige zu nennen.

Bei allem geht es mir darum, Ihnen – soweit das in der Kürze der Zeit möglich ist – zu zeigen, was die Mitte der Arbeit und des Lebens Gustav Radbruchs war: dazu beizutragen, nach allen historischen Erfahrungen (bei denen Gustav Radbruch immerhin Akteur und/oder Zeitzeuge war vom wilhelminischen Deutschen Reich über den ersten Weltkrieg, die nach der Revolution entstehende, schließlich scheiternde Weimarer Republik und das NS-Regime mit dem Zweiten Weltkrieg, mit Staatsterror und Völkermord, bis hin zur Entstehung der Bundesrepublik!) eine *Zivilisierung* der Gesellschaft im vielfachen Sinne des Wortes anzustreben; zur Umsetzung der Erkenntnis beizutragen, dass gesellschaftlicher Frieden nur durch Abbau von Ungleichheit und Ungerechtigkeit zu erreichen ist und dass vor allem Konflikte nur mit den friedlichen Mitteln des Rechts, auf keinen Fall durch Waffen und Krieg dauerhaft zu lösen sind. Und ihm war klar, dass dies hat er nicht nur im nationalen Maßstab zu denken und zu verwirklichen ist, sondern im Weltmaßstab.

Sie merken, wir sind mitten in der Realität und Aktualität!

I. Leben und Werk Gustav Radbruchs

Gustav Radbruch hat, Sie haben es schon gehört, von 1878 bis 1949 (genau: vom 21.11.1878 bis zum 23.11.1949) gelebt. Er ist also 71 Jahre alt geworden – sollen wir sagen »immerhin« oder »nur«? Heute kaum vorstellbar: Schon mit 25 Jahren, 1903, war er nach seinem Jurastudium und einer kurzen, dann »abgebrochenen« Referendarzeit nicht nur Doktor der Jurisprudenz, sondern habilitierter Privatdozent in Heidelberg. Er musste dann allerdings zwölf Jahre auf eine außerordentliche Professur (in Königsberg) warten und erst mit der Republik erhielt er 1919 vom preußischen Kultusminister einen Ruf auf eine ordentliche Professur in Kiel. Der Grund für die lange Wartezeit mag auch darin gelegen haben, dass Radbruch in Heidelberg weniger die konservativen, wilhelminischen Kreise frequentierte, sondern für die *Freisinnigen* kommunalpolitisch aktiv war und sich nach 1913, insbesondere unter dem Eindruck der Trauerfeier für August Bebel (zu der er nach Zürich reiste und über die er unter Pseudonym einen Artikel in der Heidelberger Lokalzeitung schrieb), der Sozialdemokratie annäherte.

Radbruch hatte in Heidelberg schon eine alsbald geschiedene Ehe hinter sich, in Königsberg lernte er seine spätere zweite Ehefrau Lydia kennen (übrigens eine Geschichte, die Fontane geschrieben haben könnte, wie man aus den Briefen Radbruchs an Lydia erahnen kann...), mit der er die Kinder Renate und Anselm haben wird. Beide Kinder haben sie früh verloren, Renate 1939 bei einem Ski-unfall in den Alpen, Anselm 1942 als Soldaten »im Rock des Mörders« (Brecht) vor Stalingrad. Das gehört zur *Tragik* Gustav Radbruchs. Zu seiner *Größe* gehört, dass er nicht nur ein tief denkender, weit über sein Fachgebiet hinaus belesener, faszinierend sprechender, besser als mancher Schriftsteller schreibender, von den Studenten gern gehörter und von Studenten und Fachkollegen gelesener Hochschullehrer war, der später dann (1926 bis 1933 und dann wieder 1945 bis 1949) in Heidelberg unterrichtet hat, außer Strafrecht vor allem Rechtsphilosophie. Radbruch war daneben auch geradezu ein – Junge und Alte ansprechender – Volkstribun, der 1920 bis 1924 auch Reichstagsabgeordneter für Kiel war, rechtspolitischer Sprecher der SPD-Fraktion und während dieser Zeit zweimal (von Oktober 1921 bis November 1922 und von August bis November 1923) Reichsjustizminister. Das scheinen kurze Spannen zu sein, aber was ist in der kurzen Zeit der Radbruchschen Ministerschaft alles ins Werk gesetzt worden! Um nur einiges zu nennen: Zugang der Frauen zu den juristischen Berufen und zum Schöffenamtsamt, Entgeltzahlung für Schöffenstätigkeit, soziale Veränderungen im Mietrecht, praktische Veränderungen im Strafvollzug, vorsichtige Einführung von Geldstrafen und – bei Freiheitsstrafen – der Strafaussetzung zur Bewährung. Anderes wurde Radbruchs Gedanken und Vorgaben entsprechend zwar weiter gedacht und konzipiert, aber in der Ersten Republik fehlte, wie wir heute wissen, der breite gesellschaftliche Konsens und damit die Gesetzgebungsreife. Ich nenne hier beispielhaft Gesetzesvorhaben, die dann – nicht von ungefähr zur Zeit der Großen Koalition und des Justizministers Heinemann – erst in der Zweiten Republik in den sechziger und z.T. auch erst in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts in einer informellen Großen Koalition verwirklicht wurden: Entwurf eines Strafgesetzbuches, die nähere und schließlich gesetzliche Regelung des Rechts des Strafvollzuges, Reform des Rechts der nichtehelichen Kinder, die Ehe- und Familienrechtsreform insgesamt.

Unbedingt erwähnenswert ist noch der persönliche Mut, den Gustav Radbruch, der Pazifist, den man dann doch noch zum Soldaten des Ersten Weltkrieges gemacht hatte, bei der Auseinandersetzung mit den aufständischen Militärs anlässlich des Kapp-Putsches 1920 in Kiel an der Seite der Gewerkschafts- und Parteiführer der Arbeiterbewegung gezeigt hat, und nicht nur bei der Gelegenheit. Er hat sich nie verbogen.

Auch nicht, als er von 1933 bis 1945 Lehrverbot hatte – jedenfalls in Deutschland. Publiziert hat er dann im westeuropäischen Ausland. In französischen, italienischen und anderen außerdeutschen Fachzeitschriften sind, meist nach Vorträgen, seine Arbeiten in der jeweiligen Landessprache erschienen, die ihn, wenn die Nazis sie gelesen hätten, den Kopf hätten kosten können, wenn er sich etwa gegen das – auch bei schnell »gewendeten« Professorenkollegen – en vogue befindliche, grausam exekutierte (exekutiert im vielfachen, auch wörtlichen Sinne!) autoritäre Strafrecht des »Dritten Reiches« wandte und sich nach wie vor für ein humanes, auf Resozialisierung zielendes, liberales Strafrecht einsetzte. Immerhin wussten es die neuen Herren, die den »Systemminister« natürlich doch argwöhnisch beobachteten, zu verhindern, dass er einen Ruf an die deutsche Universität Kowno (Kaunas) in Litauen annehmen konnte, was ihm jedenfalls wieder die Nähe der Studenten und den Austausch mit ihnen gebracht hätte. So gehört auch dieses »zur Stummheit verdammt Sein« mit zur Tragik Gustav Radbruchs.

1945 ist er dann von den Amerikanern in Heidelberg sofort wieder in seine akademischen Rechte eingesetzt worden und er hat es, schwer von Krankheit und seinem Schicksal gezeichnet, sehr genossen, nun wieder akademische Schülerinnen und Schüler und Gesprächspartner zu haben und in der Öffentlichkeit wirken zu können. Wie – im besten Sinne des Wortes – folgenreich das war, kann man z.B. an seiner Schülerin Helga Einsele sehen, die sich bekanntlich u.a. um den Strafvollzug in Frankfurt/Main sehr um eine Humanisierung des Strafvollzuges (soweit das geht) verdient gemacht hat. Auch seine politische Tätigkeit hat er wieder aufgenommen, zunächst so, wie er sie einst in Heidelberg begonnen hatte: auf der kommunalen Ebene. Er hat sich in Heidelberg zuerst einer christlichen politischen Gruppierung zugewandt, die später bei deren Gründung in der CDU aufging; alsbald hat er dann wieder zu »seiner« SPD zurückgefunden.

Glücklicherweise haben zwei seiner akademischen Schüler, Arthur Kaufmann und Günter Spendel, Gustav Radbruchs Gesamtwerk herausgegeben, eine Herkulesleistung!

II. Gustav Radbruchs Wirken als sozialdemokratischer Rechtspolitiker in der Weimarer Republik – oder: Gustav Radbruch: Justizminister und Justizkritiker

Gustav Radbruchs Verhältnis zur Weimarer *Justiz* ist ein durchaus kritisches, auch in seinen Ministerzeiten (1921/1922 und 1923). Es wird aber nicht ausbleiben, in meinem Vortrag auch auf die Weimarer »Justiz« einzugehen: Gemeint ist die gleichnamige Zeitschrift des Republikanischen Richterbundes,

jener kleinen Gruppe – 300 bis 400 Mitglieder ist wahrscheinlich zu hoch gegriffen, i. Ü. weniger von Richtern als von Anwälten, Abgeordneten, Verwaltungsjuristen –, die sich in der Weimarer Republik zur Demokratie und zum Verfassungsstaat bekannten, im Gegensatz zu dem weit größeren Teil ihrer Kollegen, insbesondere der Justizjuristen. Auf den Punkt gebracht, könnte man sagen: Radbruchs Verhältnis zur »Justiz« war ein sehr herzliches, zur realen Justiz ein sehr gespaltenes. Damit wären wir mitten in der gespaltenen Weimarer Republik.

Ehe ich aber dazu komme, dies auszuführen, gestatten Sie mir bitte ein Gedankenpiel. Die Weimarer Republik hat bekanntlich 14 Jahre gedauert. Egal ob man (mit der Verfassungsgebung) ab August 1919 oder ob man schon ab November 1918 bis 1933 rechnet, es sind ca. 14 Jahre, knapp oder gut 14 Jahre. Die Bundesrepublik Deutschland dauert jetzt je nachdem, ob man ab 1945 die Nachkriegszeit großzügiger Weise schon mit einrechnet oder ob man erst 1949 mit dem Grundgesetz beginnt, 70 oder 66 Jahre. Stellen Sie sich einmal vor, die Bundesrepublik Deutschland hätte nur 14 Jahre gedauert und ihr Ende wäre auf das Jahr 1959 oder 1963 zu datieren. Überlegen Sie bitte, wie man dann über die Justiz der bis dahin vergangenen Jahre in der Bundesrepublik Deutschland (mit all ihren verbliebenen Nazi-Richtern) sprechen würde. Sie können das für sich zu Hause weiter durchspielen.

Stellen Sie sich aber auch vor, die Weimarer Republik hätte 66 oder 70 Jahre gedauert (und würde dann wahrscheinlich bis heute dauern, wir wären dann also jetzt immer noch in der Weimarer Republik). Aber ich will bescheiden sein: 61 oder 65 Jahre, wir wären dann bei unserem imaginären Stichtag im Jahre 1985 oder 1989. Ein kurzer Ausflug in die *historische Wirklichkeit*: Wir hatten in der Bundesrepublik Deutschland 1985/1989, trotz Guillaume-Krise, Brandt-Rücktritts, des »deutschen Herbstes 1977«, einer dann langsam kriselnden Regierung Schmidt und auch nach dem Wechsel zur Regierung Kohl 1982/83 eine inzwischen einigermassen bestandskräftige Demokratie mit einer sich zu pluralisieren beginnenden Justiz. Und mit 1989 sind wir dann ja schon fast bei der – unerwarteten – Öffnung der Mauer mit der bald darauf folgenden Vereinigung der beiden deutschen Staaten 1990.

Aber halt! Sie müssten sich ja vorstellen, das alles hätte schon von 1918/1919 an gedauert, es wären eben ab dann 66 oder 70 Jahre an demokratischer Entwicklung vergangen.

Stellen Sie sich weiter vor (so wie in der Realität der Bundesrepublik ab 1971/72, leider aber nur als befristeter und dann abgebrochener Modellversuch), nach – je nachdem, wie man rechnet – 22 oder 26 Jahren Bundesrepublik, wäre in

der Weimarer Republik die *Juristenausbildungsreform* gekommen. Stellen sie sich also bitte eine *Weimarer Republik* vor, in der etwa 1941 oder 1945, aufbauend auf den Gedanken Gustav Radbruchs in seiner Rede »Ihr jungen Juristen!« von 1919, eine Juristenausbildungsreform stattgefunden hätte. Stellen Sie sich schließlich vor, diese dauerte an, und es wären nun längst, seit 1947 oder 1951, die demokratisch gesonnenen Juristen in die Justiz eingezogen.

Vielleicht wäre Gustav Radbruch sogar, anders als bei seiner historisch belegten Ablehnung 1928, in späteren Jahren dieser florierenden Republik noch einmal Justizminister geworden. Aber selbst wenn er bei seiner Weigerung geblieben wäre,- er hätte sicher vielfach indirekt wirken können und gewirkt. Ein Gedankenspiel, aber Sie wissen, so ist es nicht gekommen. Und nun also zur Justiz in der Weimarer Republik und zu Gustav Radbruch in dieser Zeit!

1. Gustav Radbruch – sozialdemokratischer Rechts- und Justizpolitiker

Es ist unter Radbruch-Kennern ein geflügeltes Wort, dass er sich mit seiner Reichtagsrede vom 25. Januar 1921 »zum Justizminister hinaufgeredet« habe. Die Rede ist nicht nur deshalb interessant, weil sie Radbruchs Fraktionskollegen sein besonderes Talent und seine besonderen Fähigkeiten entdecken ließ, wenn dies überhaupt noch nötig war. Nein, sie ist auch deshalb so wichtig, weil Radbruch sich hier über die Möglichkeiten und Grenzen eines Justizministers, insbesondere unter der Weimarer Verfassung, äußert. Ich will Gustav Radbruch an dieser wichtigen Stelle selbst sprechen lassen, so wie ich mich auch im Folgenden bemühen werde, möglichst häufig und möglichst intensiv Gustav Radbruch selbst zu Ihnen sprechen zu lassen. Denn er war ein wunderbarer Redner. Gewiss, auch in seinen *Schriften* wird dies deutlich. Aber ich glaube, dass Radbruchs eigentliche Wirkkraft im *gesprochenen Wort* gelegen hat; gegenüber den Studenten, das ist immer wieder betont worden, auf politischen Versammlungen und eben im Reichstag. Wir werden also davon ausgehen können, dass selbst Radbruchs wunderbar geschriebene Werke, manchmal auch Polemiken, nur ein matter Abglanz dessen sind, was er im Gespräch und im Vortrag gebracht hat. Aber mit der Reichtagsrede haben wir das gesprochene Wort *par excellence*. 25. Januar 1921:

»Meine Damen und Herren! Ich habe während der Rede des Herrn Reichsjustizministers denken müssen, der *Reichsjustizminister* hat es doch eigentlich unter allen seinen Kollegen am besten. Er trägt unsichtbar unter seinem Gehrock ein engmaschiges staatsrechtliches Panzerhemd, durch das es sehr schwer ist, zu seiner staatsrechtlichen Verantwortlichkeit durchzustoßen. Er ist zunächst einmal Gesetzgebungsminister ...« [hier füge ich ein: Radbruch hat es ausdrücklich abgelehnt, *preussischer* Justizminister zu werden. Dazu hat er gesagt, ‚dann wäre ich Justizverwaltungsminister gewesen‘. Er hat sich

für das *Reichs*justizministerium entschieden, das Gesetzgebungsministerium. HEBö] »... und teilt die Verantwortung für die Gesetze, die wir hier mit ihm schaffen, mit uns allen – er trägt die Verantwortung eigentlich nur für die Gesetze, die er nicht einbringt. Er ist sodann Minister für Gutachten und entfaltet in dieser Eigenschaft einen Einfluss, der ähnlich wie der Einfluss seines Kollegen, des Finanzministers, alle Ressorts durchdringt – aber die Verantwortung trägt der, der die Gutachten befolgt. Er ist schließlich gerade im Wesentlichen das nicht, was sein Name bedeutet, er ist nicht Minister für Justiz.« [Das ist in der Bundesrepublik genau so. Zusatz wiederum: HEBö] »Er ist ein Raphael ohne Arme [gemeint ist der Erzengel. Dto.], er hat außer der reichsgerichtlichen und der patentrechtlichen Rechtsprechung eine eigene Rechtsprechung nicht unter sich. Mit der Landesrechtsprechung ist er nur durch das Aufsichtsrecht des Reiches in sehr lockerer Weise verbunden und wenn man die Verantwortung für die Aufsicht geltend machen will, dann begegnet er uns in berechtigter Weise abwechselnd mit zwei Formeln; wenn das Verfahren noch schwebt, sagt er: ich darf in ein schwebendes Verfahren nicht eingreifen, und wenn das Verfahren zu Ende ist, sagt er: mir ist die Kritik an einem richterlichen Urteil versagt. Trotzdem dürfen wir uns nun auch in diesem Hause eine Justizdebatte nicht versagen, eine Justizdebatte, die aber wesentlich anders aussehen muss als diejenige in einem Landtag, die nicht dazu zu dienen hat, dem Justizminister einzelne Fälle zur Äußerung vorzulegen, sondern nur an einzelnen Beispielfällen den Geist unserer Justiz zu illustrieren, immer unter dem Gesichtspunkt, ob sich auf reichsgesetzlichem Wege Abhilfe schaffen lässt. Unter diesem Gesichtspunkt gedenke ich mich mit der deutschen Justiz zu befassen.«

Das hat er dann in dieser Rede getan, anlässlich einer Etatdebatte. Bekanntlich sind Etatdebatten immer *die* Gelegenheit für die Auseinandersetzung mit den Fachministern der einzelnen Ressorts. Mit der eben zitierten, von ihm selbst umrissenen Grundposition zu Inhalt und Grenzen der Verantwortlichkeit eines Justizministers für die Justiz selbst hatte es Gustav Radbruch übrigens nicht schwer, auch zu seiner späteren Ministerzeit, sich kritisch mit der Justiz zu befassen. Es mag für einen amtierenden Minister manchmal etwas schwerer sein, seine Grundsätze durchzuhalten. Aber auch insoweit ist Gustav Radbruch sicher ein gutes Vorbild.

Halten wir also den Radbruchschen Kerngedanken fest, den ich für absolut zutreffend halte: Man kann nicht einen Justizminister, schon gar nicht einen Reichsjustizminister [heute: Bundesjustizminister*in] dafür kritisieren oder gar ihn verantwortlich machen für das, was in der Justiz geschieht; es sei denn, er identifiziert sich mit dem kritikablen Geist der Justiz und/oder tut nichts für dessen Veränderung.

Ich will jetzt im Folgenden einige der Beispiele Radbruchscher Justizkritik bringen. Sie werden sehen, wo Radbruch, vor, während und nach seiner Ministerzeit, politisch gekämpft hat, wo er sich mit der Justiz der Weimarer

Republik auseinandergesetzt hat. Er hat dies übrigens selbst in einem Artikel für den Berliner »Tagesspiegel« noch einmal zusammengefasst, den die Zeitung zu Ehren Radbruchs zu seinem 70. Geburtstag am 21. November 1948 veröffentlichte.

Da war zunächst die Serie von Beleidigungen gegenüber republikanischen Amtsträgern, insbesondere Beleidigungen gegenüber Reichspräsident Friedrich Ebert. Besonders plastisch überliefert ist eine lange Kontroverse, die einen großen publizistischen Widerhall in der allgemeinen und in der Fachpresse fand. Ausgangspunkt sind ein Prozess und ein Urteil des Schöffengerichts Magdeburg. Hier hatte Radbruch Anlass zu kritisieren, dass offenbar der Geist der Justiz nicht der Geist der Republik, vielmehr der Geist der Monarchie sei. Der Angeklagte hatte Friedrich Ebert als Landesverräter bezeichnet. Warum? Weil Ebert gegen Ende des ersten Weltkrieges als Gewerkschaftssekretär – auch – während eines Munitionsarbeiterstreiks, sozusagen »dienstlich« tätig war. Er sei damit in der Heimat der kämpfenden Truppe in den Rücken gefallen. Sie hören ganz richtig die »Dolchstoßlegende« heraus. Wir lassen hier einmal beiseite, dass Ebert während des Streiks, seinen Grundpositionen entsprechend, eher abwiegelnd tätig war, was ihm, wie auch vielfach sonst, Kritik vom linken Flügel seiner Partei und insbesondere von abgespaltenen Genossinnen und Genossen eintrug.

Der Angeklagte, der Ebert als Landesverräter bezeichnet hatte, war nicht wegen *Verleumdung* verurteilt worden, sondern nur wegen *Formalbeleidigung* zu einer relativ niedrigen Geldstrafe. Und in dem Urteil ist *expressis verbis* festgeschrieben, es sei Landesverrat gewesen, was der spätere Reichspräsident der Republik getan habe. Das ist nun geradezu absurd, ein Staatsoberhaupt der Republik wegen eines Aktes, der in einer langen Kausalkette mit zur Entstehung eben dieser Republik geführt hat, aus nachträglicher Sicht noch nach den rechtlichen Maßstäben der Monarchie zu beurteilen. Wer so urteilt, verkennet zutiefst, dass mit der demokratischen und republikanischen Weimarer Verfassung die gesamte Rechtsordnung auf eine neue Grundlage gestellt und jedenfalls ihre Entstehungsgeschichte nunmehr nachträglich historisch und rechtlich legitimiert ist.

Das Urteil löste eine große öffentliche Kontroverse aus. Unter Juristen waren die Verteidiger Eberts und Kritiker des Urteils in der absoluten Minderheit. Radbruch hat mit Selbstverständlichkeit die Partei Eberts ergriffen und die Richter, die mit dem Herzen und dem Verstand noch nicht in der Republik angekommen waren, heftig kritisiert.

Mein zweites Beispiel ist mit dem Namen *Fechenbach* gekennzeichnet. Radbruch hat sich auch hier publizistisch geäußert, und zwar unter Ausnutzung

des gesamten Arsenal seiner Talente. Dazu gehörte auch die rein rechtswissenschaftlich-gutachterliche Äußerung. Wir bewegen uns auf dem weiten Feld des so genannten publizistischen Landesverrats. Fechenbach, der 1918/19 auch Privatsekretär des kurzzeitigen revolutionären bayerischen Ministerpräsidenten Eisner während der bayerischen Räterepublik gewesen war, hatte einem französischen Journalisten unter anderem Mitteilung gemacht über Verstöße der Reichswehr gegen den Versailler Vertrag. Bekanntlich war es nach dem Versailler Vertrag, der geltendes Gesetz in Deutschland war, der Reichswehr verboten, mehr als eine Stärke von 100.000 Mann zu haben, und es war dem Deutschen Reich verboten, andere als in dem Vertrag näher bestimmte Waffen, Fahrzeuge, Schiffe usw. zur Verfügung zu haben. Es ist heute ein historischer Gemeinplatz, dass dagegen permanent verstoßen wurde. Und ebenso permanent wurden nicht diejenigen juristisch und politisch zur Rechenschaft gezogen, die gegen eben diese Vorschriften geltenden Rechts verstießen, sondern diejenigen, die die Verstöße an die Öffentlichkeit brachten. Sie kennen dies Kapitel wegen der Verfolgung Carl von Ossietzky, die uns von Ingo Müller und vielen anderen ausführlich geschildert worden ist.

Ein drittes Beispiel, gegen Ende der Weimarer Republik, für Gustav Radbruchs öffentliche Kritik an der Justiz sind die Vorgänge um die so genannten *Boxheimer Dokumente*. Hier bestand Anlass zur Kritik daran, wie die Justiz mit den Urhebern eines hochverräterischen Unternehmens umging, nämlich äußerst lax. Die Verfasser dieser Dokumente, darunter ein später etwas bekannter gewordener »furchtbarer Jurist«, nämlich Dr. Werner Best, hatten regelrechte Putschpläne verfasst, Staatsstreichpläne, aus denen hervorging, wie die NSDAP nach einer siegreichen nationalsozialistischen Revolution mit dem staatlichen Gefüge umzugehen gedächte. Wir finden dort alles, wie es dann später, wenn nicht schlimmer, gekommen ist. Vorgesehen waren unter anderem die Internierung (wenn nicht mehr) der politischen Gegner und die Einführung eines Zwangsarbeitsdienstes. In dem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren wurde all dies unter den Teppich gekehrt mit der Begründung, das seien eher gedankliche Spiele, nicht jedoch ernstzunehmende Überlegungen, die im Übrigen auch keine Realisierungschance gehabt hätten.

Ein weiterer Anlass der Kritik demokratischer Kreise und Radbruchs persönlich an der Justiz der Weimarer Republik war der Prozess vor dem Reichsgericht gegen die Ulmer Reichswehroffiziere, in dem bekanntlich Hitler als Zeuge gehört wurde und den so genannten *Reinigungseid* schwor. Er sagte unter Eid aus, die NSDAP habe vor, nur mit legalen Mitteln an die Macht zu gelangen. Dann ließ er sich aber doch gehen und rief aus: »Wenn

es aber soweit ist, dann wird es einen Staatsgerichtshof anderer Art geben und dann werden Köpfe rollen.« Auch das hat man nicht gebührend ernst genommen. Ingo Müller hat (in seinem Standardwerk über die NS-Justiz samt ihrer Vor- und Nachgeschichte »Furchtbare Juristen«) geschildert, dass allein die Schilderung des *Auftretens* dieses Zeugen in dem Urteil sich wie eine Hymne liest und nicht wie eine sachliche Darstellung der Prozessgeschichte in einem Strafurteil.

Auch schon in die Schlussphase der Weimarer Republik fiel Radbruchs öffentliche Kritik an den schleppenden staatsanwaltlichen Ermittlungen in einem Verfahren in Oberschlesien, das unter dem Namen *Potempa-Morde* bekannt geworden ist. Schon kurz vor der so genannten Machtergreifung hatten SA-Leute in Oberschlesien politische Gegner bestialisch umgebracht. Es versteht sich, dass nach dem Beginn des Jahres 1933 ihnen Straffreiheit sicher war.

Hier muss ich auf eine signifikante Gegebenheit eingehen, die zum Teil auch in Radbruchs Ministerzeit fällt. Die politische Schlagseite der Weimarer Justiz, ihre Rechtslastigkeit wurde nämlich von aufmerksamen Beobachtern der Szene minutiös aufgelistet. Dabei hat sich besonders ein Kollege und persönlicher Freund Radbruchs, der Heidelberger Statistikprofessor *Gumbel*, hervor getan, der dann später nach Frankreich und in die USA emigrierte. Was für einen Statistiker nahe liegt: Gumbel führte Aufstellungen darüber, wie viele politische Morde es von Seiten der politischen Linken und von Seiten der politischen Rechten gegeben hat und wie dies jeweils und insgesamt von der Justiz verfolgt und geahndet wurde. Das ist im Einzelnen in den sechziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts von Elisabeth und Heinrich *Hannover* ausgezeichnet dokumentiert in dem Band »Politische Justiz 1918 bis 1933«. *Gumbel* kommt schon 1921 in einer Denkschrift »Zwei Jahre politischer Mord« zu dem Ergebnis, dass gut 300 politische Morde von rechts aktenkundig sind, aber mit geradezu läppischen Strafen enden, wenn es überhaupt zur Strafverfolgung kommt; dagegen gibt es eine geringe Anzahl, eben an zwei Händen abzuzählen, Morde von linker Seite. Dort trifft dann »die ganze Härte des Gesetzes« der Weimarer Justiz die Täter. Im Zusammenhang mit Gustav Radbruch ist das deshalb so interessant, weil Gumbel seinem Kollegen und Freund 1921 diese Denkschrift zugänglich gemacht hatte und Radbruch im Reichstag vom damaligen Justizminister Schiffer verlangt hatte, er möge dem nachgehen. Radbruch wurde dann selbst, wie wir bereits gehört haben, 1921 Justizminister und war es bis 1922, später noch einmal 1923. In der Tat hat *er* diesen skandalösen Sachverhalt von Amts wegen dann weiter verfolgt. Allerdings ist die Veröffentlichung der *Gumbelschen* Denkschrift sozusagen mit amtlichem Titelblatt unterblieben. Und die peinliche

Begründung, dies sei an den immensen mit einer eventuellen amtlichen *Veröffentlichung* verbundenen Kosten gescheitert, muss auch Gustav Radbruch zugerechnet werden. Gumbel hat dann Wege gefunden, seine Forschungen weiter zu vervollständigen. Er hat die Ergebnisse 1924, 1929 und dann noch einmal nach dem Krieg 1962 veröffentlicht.

Ich will schließlich noch einen anderen Beispielsfall nennen, aus dem Gustav Radbruchs kritische Position zur Justiz der Weimarer Republik besonders deutlich wird und bei dem es auch um die bewusste Verarbeitung eigenen Erlebens geht. Es geht um das Amnestiegesetz betreffend die Aufständischen während des Kapp-Putsches vom März 1920. Wir wissen und haben auch im Laufe des heutigen Tages schon gehört, dass Radbruch in eindrucksvoller Weise in Kiel den Aufständischen zusammen mit den streikenden Arbeitern und anderen republiktreuen Bürgern entgegengetreten ist; dass er auch unter Lebensgefahr zwischen den Fronten vermittelt hat, wo sonst womöglich großes Blutvergießen stattgefunden hätte. Ich will das, gestützt auf Radbruchs Erinnerungen, noch vertiefen: Gustav Radbruch war von den Putschisten in so genannte *Schutzhaft* genommen worden. In einer solchen Situation weiß man nicht, was unvermutet geschieht, ob womöglich die unerfahrenen und nervös gewordenen selbsternannten neuen Herren des Staates (oder vielmehr: ihre Handlanger) die Festgesetzten kurzerhand umbringen. Radbruch war auch in dieser Situation ganz Jurist. Er hat zunächst einmal die handwerklich äußerst schlechte Machart des so genannten Haftbefehls beanstandet, auf Grund dessen man ihn festgenommen hatte. Das hat ihm natürlich wenig genützt, mag aber Zeitgewinn und ihm innere Beruhigung gebracht haben. Er wusste eben, wovon er sprach. Und nun stand in dem vom Reichstag verabschiedeten, zuvor und danach heiß umkämpften Gesetz über die Amnestie, betreffend die Teilnehmer am Kapp-Putsch, dass von der Amnestie *Führer und Urheber* ausgenommen sein sollten. Und die Gerichte brachten es in ihrer Rechtsprechung fertig, auch etwa den Admiral von Levetzow, den Radbruch in Kiel selbst kennengelernt hatte – der war nämlich Chef der Marinestation Ostsee, und er hatte in vorderster Reihe sich den Putschisten angeschlossen, war für alles verantwortlich, was in Kiel geschah – auch mit unter diese Amnestie fallen zu lassen.

Dies war für Gustav Radbruch zuviel. Er, der bei allem Kampfgeist an sich eine sehr friedliche Natur war, war empört und verbittert. Auch hier war wieder ein Feld, auf dem er sich in Form der Justizkritik gegen eine nicht vom Geist der Republik beseelte Justiz wenden konnte. Wie wir es am Anfang gehört haben: Grundsätzlicher Respekt vor der unabhängigen Justiz war die eine Sache, Kritik dort, wo die Richter, unter dem Talar versteckt, republikfeindliche Politik betrieben, eine andere.

Ich will aus Radbruchs Feder, aus den politischen Schriften der Weimarer Zeit, hier noch eine grundsätzliche Positionsbeschreibung zitieren: Die Resolution zur Rechtspflege vom Görlitzer Parteitag der SPD 1921, die er mit verfasst und auch später immer wieder im Wahlkampf und in der täglichen politischen Auseinandersetzung, auch im Reichstag, erläutert hat.

»Unter dem Schutze der richterlichen Unabhängigkeit hat sich in der deutschen Republik eine Justiz erhalten, die sich als ein obrigkeitsstaatlicher Fremdkörper im sozialen Volksstaat darstellt. Die Erbitterung weiterer Volkskreise über den Geist, welchen diese Justiz in fast allen politisch gefärbten Streitfällen bekundet, hat einen Grad erreicht, der tiefgreifende Maßnahmen zu deren Gesundung als unaufschiebbar erscheinen lässt. Es muss den Trägern der deutschen Rechtspflege zum Bewusstsein gebracht werden, dass nur der im Geiste der geltenden Rechtsordnung, im Geiste der sozialen und demokratischen Republik Recht zu finden vermag, der diesen Geist zum mindesten als eine geschichtliche Notwendigkeit innerlich bejaht. Für hasserfüllte Feinde unserer republikanischen Verfassung darf in der republikanischen Justiz keine Stätte sein.

Es ist die Pflicht der Justizministerien, durch sorgfältige Auslese des justizamtlichen Nachwuchses, durch tatkräftige Leitung und Sichtung der Staatsanwaltschaft wie der Erneuerung des Geistes in unserer Justiz Sorge zu tragen. Die juristische Ausbildung muss unter Berücksichtigung der wirtschafts- und sozialpolitischen Studien neu geordnet werden. Wie vom Reichsjustizminister die Urteile der Sondergerichte, so müssen von den Justizministern der Länder alle Urteile der anderen außerordentlichen Gerichte unter dem Gesichtspunkt möglicher Begnadigung einer Nachprüfung unterzogen werden.

Bei der kommenden Justizreform haben die Gerichte, welche sich das besondere Vertrauen weiterer Volkskreise erworben haben: die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte, als Vorbilder zu dienen wie in einem Zeitalter des Klassenkampfes wahrhaft unabhängige Gerichte auszugestalten sind. Die Strafgerichte aller Arten und Stufen sind mit Laienbeisitzern zu besetzen, die Schöffen und Geschworenen nach dem Grundsatz der Verhältniswahl zu wählen, die Zulassung der Frauen zu allen Justizämtern schleunigst durchzuführen.

Die seit Jahrzehnten vorbereitete Neuordnung des Strafrechts, des Strafzugs und des Strafverfahrens muss endlich zur Wirklichkeit werden, an die Stelle eines veralteten, auf Vergeltung und Abschreckung abzielenden Strafrechts muss ein auf Sicherung und Besserung, bei Jugendlichen auf Erziehung, gerichtetes soziales Strafrecht treten. Todesstrafe und Ehrverlust sind abzuschaffen, Arbeitskraft und Koalitionsrecht besonders zu schützen, die Abtreibungsstrafen durchgreifend einzuschränken, unser völlig rückständiges Ehescheidungsrecht muss schnellstens umgestaltet, die verfassungsmäßig vorgesehene Gleichstellung der unehelichen Kinder baldigst verwirklicht werden. Der Zivilprozess muss unter sozialen Gesichtspunkten neu geordnet werden, besonders durch Einführung des Güteverfahrens. Verzögert sich die Gesamtreform, so muss die Novellengesetzgebung eingreifen.

Achtung vor dem Recht und Vertrauen in die Rechtspflege sind Lebensbedürfnisse jedes Gemeinwesens, nur schnelle und durchgreifende Maßnahmen können sie retten.«

Nun könnte man hierzu bei oberflächlicher Betrachtung sagen, das sei ein rechtspolitischer »Gemischtwarenladen« von der Art, wie man es in schnell hingeworfenen und gefassten Resolutionen auf Parteitagungen oder in Wahlkampfprogrammen findet. Aber Sie werden gemerkt haben, dahinter stehen durchdachte Einzelkonzepte, die sich zu einem Ganzen fügen. Lassen Sie mich hier einen Gedanken nennen: Ich habe lange gemeint, es sei doch hoch bedauerlich, dass viele rechtspolitischen Projekte, die Radbruch und andere vorausschauende Gelehrte und Politiker in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts konzipiert haben, erst in den sechziger/siebziger Jahren, nämlich in der Bundesrepublik, umgesetzt worden sind. Möglicherweise kann man das auch ganz anders sehen: Es fehlte wohl damals bei aller Brillanz der Gedanken die *gesellschaftliche Reife* zur Umsetzung, oder auch – dies habe ich einmal in einem Gustav-Radbruch-Vortrag des Flensburger Historikers Uwe Danker gelernt – es fehlten die Bereitschaft, der Wille und die Fähigkeit zum Kompromiss, Grundvoraussetzung für die dauerhafte Tragfähigkeit einer demokratischen Gesellschaft. Die Strafrechtsreform, das Strafvollzugsgesetz, die Eherechtsreform sind, wie oben bereits angemerkt, schließlich in der Bundesrepublik Deutschland durchgesetzt worden zu Zeiten faktischer oder echter großer Koalitionen. Möglicherweise kann man solche radikalen Gesetzesreformen, die an Grundüberzeugungen der in der Gesellschaft vorhandenen unterschiedlichen gedanklichen Strömungen rühren, nur in einem ganz breiten gesellschaftlichen Konsens durchführen. Es bleibt allerdings festzuhalten: In der Zeit zwischen 1920 und 1930 stand das alles schon nahezu ausformuliert da, denken Sie außer an Gustav Radbruch etwa auch an Elisabeth *Selberts* Dissertation über »Ehezerrüttung als Scheidungsgrund«. Das ist vorweggenommen das Familienrecht von 1977.

Ein Thema hat schon vielfach durchgeschimmert oder wurde, wie eben, konkret angesprochen: die Ausbildung der Juristen. Sie lag Gustav Radbruch besonders am Herzen. Ich kann Ihnen nur die schon eingangs erwähnte, auch in der Gesamtausgabe enthaltene Schrift »Ihr jungen Juristen« von 1919 empfehlen. Sie finden dort Themen und Projekte, die auch heute diskutiert werden (oder besser: Diskussion verdient hätten). Natürlich lässt sich das alles nicht blind übertragen in das beginnende 21. Jahrhundert. Auch muss man manchmal über die Barrieren hinweg, die der holzschnittartige damalige Stil politischer Rhetorik, auch bei Gustav Radbruch, für den heutigen Leser aufbaut. Aber eine indirekte Bestätigung finden Radbruchs Gedanken

schon darin, dass wir sie in der – bedauerlicherweise nur sehr kurzlebigen – reformierten juristischen Ausbildung von 1972 bis Ende der achtziger Jahre des vorigen Jahrhunderts wiederfinden, ob nun in Augsburg und Konstanz, in Hannover und Bielefeld oder in Hamburg und Bremen. Und immerhin orientiert sich das »Reförmchen« der Juristenausbildung von 2003 – das sage ich hier besonders gern – jetzt auch mehr am Berufsbild des Anwalts, auch wenn die jungen Juristinnen und Juristen nach der Zweiten *Staatsprüfung* (!) immer noch die *Befähigung zum Richteramt* erwerben.

2. Die »Justiz« als Spiegel des Rechtslebens in der Weimarer Republik

Man kann über Gustav Radbruch und die Weimarer Justiz nicht sprechen, ohne auch noch etwas über die »Justiz« in der Weimarer Republik zu sagen. Ich hatte oben den Republikanischen Richterbund erwähnt. Dieser hat seit 1926 eine vorzügliche Zeitschrift mit Namen »Die Justiz« herausgegeben. Es ist gerade diese Zeitschrift, in der Radbruch in aller Regel seine kritischen Stellungnahmen zur Justiz abgegeben hat, übrigens gegenüber dem Reichsgericht etwas wohlwollender, aber durchaus auch mit Kritik, hier aber eher subtil. Nahezu in jedem Jahrgang der Zeitschrift, die bis März 1933 (!) erschienen ist, finden Sie Beiträge von ihm. So etwa auch 1926/27, als der Reichsgerichtspräsident Simons in München vor den versammelten Justizjuristen eine Rede gehalten hatte, die nur unzureichend dokumentiert ist und nach der kursierte, Simons habe gesagt: Sozialdemokraten könne man nicht Richter werden lassen, sie würden nur den Klassenkampf in die Gerichte einführen. Das stellte sich dann nachher etwas anders dar, jedenfalls aus Simons Feder. Sie können es nachlesen. Radbruch hat nämlich mit ihm eine öffentliche Korrespondenz geführt, und das Medium hierzu war die »Justiz«. Die Zeitschrift begann 1926 zu erscheinen und machte, wie wir heute sagen würden, mit einem *Editorial* auf, das für uns deshalb interessant ist, weil hier Radbruchs Wort *vom Geist der Justiz* noch einmal durchdekliniert wird. Die Herausgeber dieser Zeitschrift waren, außer Gustav Radbruch, der Strafrechtler Wolfgang Mittermaier, der Arbeitsrechtler Sinzheimer und dann vor allem Wilhelm Kroner, der Motor des republikanischen Richterbundes, der unter großen Aufständen von Kollegen Richter am Preußischen Oberverwaltungsgericht in Berlin wurde und dessen Todesort Theresienstadt heißt. Dort schreiben also die Herausgeber 1926, unter der Überschrift »Was wir wollen« ihre programmierte Eröffnungsbotschaft. Und das brachte ihm prompt eine Replik in der Deutschen Richterzeitung ein »Was wir nicht wollen«. Also schon das Auftauchen einer Gruppe von Richtern, die nun einmal im besten Sinne des Wortes auf dem Boden der Weimarer Verfassung stand und die sagt »Was wir wollen«, ruft diese Abwehr hervor. Die Herausgeber sagen,

»es darf nicht sein, dass die Handhabung des Rechts in dieser formalen Tätigkeit sich erschöpft. Es gibt nicht nur eine Technik, es gibt auch einen Geist des Rechts. Die Anwendung des Rechts ist nicht nur ein logisches Verfahren. Die Anwendung des Rechts ist auch Ausdruck einer *Gesinnung*, welche die Norm auslegt und den Tatbestand aus dem Tatsachenstoff formt. Das Volk kann nur an die Macht des Rechtes glauben, wenn das Recht in dem Geiste gehandhabt wird, in dem es geschaffen worden ist und lebendig erhalten werden soll. Ein wichtiges Element dieses Geistes ist die *Staatsgesinnung*. Es ist kein Zweifel, dass ein großer Teil der Angriffe auf die Rechtspflege zurückgeht auf den Widerspruch zwischen dem neugewordenen Staat und einer Rechtspflege, welche die Einstellung für den Staat von gestern vielfach noch nicht überwinden konnte oder wollte. Eine Rechtsordnung muss von ihren obersten Grundsätzen bis herab zu ihren besonderen Anwendungen eines Geistes sein. In einem republikanischen und demokratischen Deutschland kann auch die Rechtspflege nur demokratischen und republikanischen Geistes sein. Sie verfällt sonst in einen Gegensatz zu dem obersten aller Auslegungsgrundsätze, dass nämlich in jeder Einzelfrage das Gesetz im Geiste der ganzen Rechtsordnung auszulegen ist. Es ist ein unerträglicher Zustand, dass sich oft richterliche Gesinnung bewusst oder unbewusst nach einem Geiste richtet, der nicht der Geist des heutigen Rechtes ist. Ein solcher Zustand führt zu den drückendsten Belastungen des Rechtsempfindens, indem durch gewandte Technik die Worte des Rechts dazu gebraucht werden, um in der Form des Rechts dem Unrecht zu huldigen.«

Sie kennen den meistens formelhaft geführten Streit aus der Nachkriegszeit, ob sich Gustav Radbruch nun vom Positivismus ab- und dem Naturrecht zugewandt habe. Ich kann hier nur auf die letzten zwei Zeilen des soeben zitierten *Editorials* verweisen, in dem Sie schon genau den Ausgangspunkt für das finden, was Gustav Radbruch dann in seinem berühmt gewordenen Aufsatz »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht« in der *Süddeutschen Juristenzeitung* 1946 näher beschreibt und das sich am besten mit der Formulierung beschreiben lässt, dass Radbruch *die Akzente anders gesetzt hat* (Hans-Peter Schneider). So ist es. Und selbst bei dem kräftigen Wort aus der *Rechtsphilosophie*:

»Wir verachten den Pfarrer, der gegen seine Überzeugung predigt, aber wir verehren den Richter, der sich durch sein widerstrebendes Rechtsgefühl in seiner Gesetzestreue nicht beirren lässt«,

ist hinzuzudenken, was die republikanischen Richter hier im ersten Heft der Zeitschrift »Justiz« geschrieben haben: Jegliche Gesetzesanwendung vollzieht sich vor dem Hintergrund einer demokratischen und republikanischen Verfassung. Und vor allem: Es gibt den Gleichheitssatz als unumstößliche Größe. Radbruch hat das immer betont – und sich übrigens ausdrücklich auf Friedrich Ebert bezogen –, wie elementar der Satz ist, dass »für alles, was Menschenantlitz trägt«, gleiches Recht gilt. Gustav Radbruch brauchte nicht erst nach 1945 zu betonen: Ein Recht, das den Gleichheitssatz leugnet und die Menschen in *wertes* und *unwertes* Leben einteilt, das ist kein Recht.

In der Zeitschrift »Die Justiz« hat sich Radbruch auch besonders – hier wieder zugleich ganz Staatsrechtslehrer – mit einer Variante der schon genannten politischen Morde und der fragwürdigen juristischen Begründung für Freisprüche oder niedrige Bestrafung der Mörder auseinandergesetzt. Es geht um die sogenannten Feme-Morde. Die Anhänger der politischen Rechtsgruppierungen, manchmal regelrechte Geheimbünde, maßten sich an, die Gesetzmäßigkeit selbst in die Hand zu nehmen. Sie hielten den Staat als solchen für verrottet, weil sie seinen Gründungsakt, die Revolution von 1918, nicht akzeptierten. Es fanden sich dann Richter, die zu Konstruktionen griffen wie Notwehr oder Nothilfe zu Gunsten des Staates. Die Ausgangspunkte berühren sich mit den Fällen, die ich oben unter dem Stichwort »publizistischer Landesverrat« angedeutet hatte. Die Rechtsradikalen hielten sich nämlich auch für »berechtigt«, als *wahre Hüter des Staatsinteresses*, diejenigen Menschen zur Rechenschaft zu ziehen, die solche Verfassungsbrüche, wie ich sie oben geschildert habe (geheime Waffenlager, verbotene Ausbildung von Reservisten, verbotene Waffengattungen, Flugzeuge oder Schiffstypen) offenkundig gemacht oder auch nur dem zur Kontrolle der Exekutive berufenen Parlament zur Kenntnis gebracht hatten. Radbruch hat sich nach allen Regeln juristischer Kunst dagegen ausgesprochen, derartige juristisch unwissenschaftliche und überdies demokratiefeindliche Auslegungskunststücke zu akzeptieren. Diese Mischung aus juristischer und staatsmännischer Argumentation, vom Stil ganz zu schweigen, beherrschte wohl nur er.

Nicht nur der Eröffnungsartikel der »Justiz« von 1926 ist ein Dokument der Zeitgeschichte im Sinne einer demokratischen Justiz. Ebenso beachtlich ist der Schluss der letzten Ausgabe der »Chronik«, die in der »Justiz« zunächst Hugo Sinzheimer und später Ernst Fraenkel regelmäßig schrieben. Fraenkel formuliert am 25. Februar 1933 (!):

Die demokratische Opposition führt den Kampf um ihre Existenz unter dem Ruf nach Freiheit. Sie kämpft aber nicht nur um die Freiheit, sie kämpft auch um das Recht. Die demokratischen Kräfte Deutschlands hoffen, dass die Justiz ein Bollwerk gegen die Unterhöhlung des Rechts in Deutschland ist. Die Justiz sollte aber auch wissen, dass sie in ihrem Abwehrkampf gegen die Versuche einer Beeinträchtigung der Stellung des Richters im Staatsleben einst auf die Unterstützung der Kreise rechnen darf, denen heute der nationale Charakter abgesprochen wird.

Noch immer beginnt das Lieblingslied der nichtbolschewistischen deutschen Arbeiterschaft mit dem anspornenden Ruf:

*Wohlan, wer Recht und Freiheit achtet,
zu unserer Fahne steht zu Hauf!*

III. Die Aktualität Gustav Radbruchs

Wollte ich es mir einfach machen, könnte ich zweierlein sagen. Zum einen: Die Aktualität Gustav Radbruchs ergibt sich schon daraus, dass wir über ihn immer noch viel zu wenig wissen. Zwar haben wir mit der Gesamtausgabe seiner Werke, wie kaum zu einem großen Juristen sonst, eine Fundgrube (fast aller) seiner verstreuten Werke auffindbar und gesammelt vorliegen. Aber was wissen wir wirklich über den *ganzen Menschen* Gustav Radbruch?

Zum zweiten: Schon in den vorangegangenen Passagen über die Weimarer Republik sprang doch wohl schon die Aktualität Gustav Radbruchs ins Auge!

Aber benennen wir doch einige Themenbereiche, die seine Aktualität zeigen; sei es indem sich in der, wenn auch zum Teil sehr späten Verwirklichung der Erfolg seiner Ideen und Taten zeigt; sei es, dass die Aktualität sich darin zeigt, dass seine Ideen noch *Desiderata* sind.

1. Weltrechtsordnung und internationale Strafgerichtshöfe

Als erstes will ich hier Gustav Radbruchs Eintreten für eine Weltrechtsordnung und darin auch für *Internationale Strafgerichtshöfe* nennen. Während die meisten seiner Professorenkollegen, die ehemaligen Nazis zumal, über den Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess und die Folgeprozess (aus durchsichtigen Gründen) nur verächtlich als »Siegerjustiz« sprachen, gehörte Gustav Radbruch zu den wenigen deutschen Juristen, die sich klar und eindeutig für diesen Versuch der Ahndung der Kriegs- und Völkermordverbrechen durch ein Internationales Tribunal aussprachen. Das geschah ganz früh in Aufsätzen von 1945 bis 1947. In der direkten Nachfolge der Gedanken Radbruchs und der Nürnberger Prozesse stehen die Internationalen Ad-hoc-Gerichtshöfe, etwa für Ex-Jugoslawien, für Ruanda und für Kambodscha und natürlich insbesondere jetzt der Ständige Internationale Strafgerichtshof in den Haag.

Mit dem Verweis auf Radbruchs Gedanken, die die Grundlagen zu einer Weltfriedensordnung oder Weltrechtskultur sein könnten, hat übrigens jüngst in der NJW (in seinem Editorial zu Heft 4/2015) der hier auf dem Strafverteidigertag anwesende Kollege und Radbruch-Kenner Hanno *Durth* den Maßstab zur Kennzeichnung der von den USA in Guantanamo angewandten Folter-Methoden geliefert.

2. Radbruch als Strafrechtsreformer und Förderer der Gleichstellung der Frauen

Aus dem *nationalen* Strafrecht und (Gerichts-) Verfassungsrecht will ich zwei ganz unterschiedliche Beispiele nennen.

a. Gustav Radbruch als Gegner der Todesstrafe

Radbruch war immer ein strikter Gegner der Todesstrafe und hat darunter gelitten, dass deren Abschaffung nicht schon in der Weimarer Republik Gesetzeswirklichkeit geworden ist.

Umso mehr war es ihm eine Genugtuung, dass der Parlamentarische Rat lakonisch, als Reaktion auf das – ich scheue dieses Bild nicht – Waten im Blut der Richter und Henker 1933 bis 1945 – als Artikel 102 in das Grundgesetz eingefügt hat: »Die Todesstrafe ist abgeschafft.« Ich hoffe, Sie können sich alle vorstellen, was eine Rechtsordnung *ohne* Todesstrafe von einer solchen unterscheidet, die die Todesstrafe kennt. Ich habe es als deutscher Richter im Austausch in Japan 2005 erlebt, wie allein das Vorhandensein dieser Strafandrohung (und damit für Richter die denkbare Möglichkeit sie aussprechen zu müssen; für das Staatsoberhaupt oder – so in Japan – den Justizminister die denkbare, regelmäßig reale Möglichkeit, über ein Gnadengesuch, also darüber entscheiden zu müssen, ob die Strafe *vollstreckt* wird) die gesamte Rechtsordnung, wie Radbruch es einmal ausgedrückt hat, *mit Blut durchtränkt*. Dieser Fortschritt, den wir – nach allem! – in Deutschland haben, ist nicht hoch genug Wert zu schätzen, auch um Gustav Radbruchs willen!

Denken Sie daran, dass die Abschaffung der Todesstrafe in Frankreich erst 1981 erfolgte, vor allem auf Betreiben des großen Justizministers Robert Badinter. Staatspräsident Mitterand hatte aus seiner Zeit als Innenminister zur Zeit des Algerienkrieges durchaus Blut an seinen Händen.

Wie aktuell die Wirkungsgeschichte Gustav Radbruchs als Gegner der Todesstrafe ist, erhellt auch Folgendes: Der kurzzeitige Bundespräsident Wulf hat bei der Verabschiedung des Bundesverfassungsrichters Broß in Karlsruhe dessen Prinzipientreue gerühmt: Broß – als Richter am Bundesgerichtshof vor zwölf Jahren übrigens auf die »Quote« der CDU/CSU zum Bundesverfassungsrichter gewählt – als Freund des Grundgesetzes und insbesondere überzeugter Gegner der Todesstrafe, sei so konsequent, dass er – ob als Tourist oder offiziell – nicht in Länder reise, die noch die Todesstrafe kennen; also auch nicht in die USA ...

Nota bene: Es soll hier angemerkt werden – insoweit gehen wir noch einmal zurück in die Weimarer Republik –, dass Gustav Radbruchs eigene Tätigkeit als Minister gerade zum Thema Todesstrafe von Widersprüchen geprägt war. Volkmar *Schöneburg* (zuvor und heute Rechtsanwalt, von November 2009 bis Dezember 2013 für die Partei Die Linke Landesjustizminister in Brandenburg, seit 2014 Landtagsabgeordneter) als Herausgeber des Bandes »Reichstagsreden« der Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe stellt hierzu in seiner Einleitung fest:

»Am 24. Juni 1922 wird Walter Rathenau, seines Zeichens Reichsaußenminister, wegen seiner ‚Erfüllungspolitik‘ durch rechtsradikale Mitglieder der berüchtigten ‚Organisation Consul‘ des Korvettenkapitäns Erhardt ermordet. Joseph Wirth hält am 25. Juni eine leidenschaftliche Rede vor dem Reichstag, in der er ausführt: «Da steht der Feind, der sein Gift in die Wunden des Volkes träufelt. – Da steht der Feind – und darüber ist kein Zweifel: dieser Feind steht rechts!» Im Anschluss wurden am 26. und 29. Juni 1922 zwei ‚Verordnungen zum Schutze der Republik‘ erlassen. Alle drei Gesetzgebungsakte trugen die Unterschrift Radbruchs, obwohl sie rechtsstaatlich mehr als bedenklich waren. Gleichzeitig zur Gesetzgebungsarbeit zum ‚Schutze der Republik‘ schrieb Radbruch an seinem StGB-Entwurf, aus dem er die mit Blutgeruch und Rachegeist gehaftete Todesstrafe als Fremdkörper verbannte. Er artikuliert für die Sozialdemokratie, dass die Abschaffung der Todesstrafe, im Ausnahmezustand wie in normalen Zeiten, nach wie vor an der Spitze der strafrechtlichen Forderungen stehe. Aber die zweite Verordnung und das Republikenschutzgesetz (RSG) drohten jeweils die Todesstrafe schon für entfernte Gefährdungs- und Vorbereitungshandlungen an. Die Verordnung sah diese Strafe bereits für die wissentliche Teilnahme an einer Vereinigung, deren Ziel die Tötung eines amtierenden oder früheren Ministers ist, vor. § 1 des Gesetzes sanktionierte nicht nur den politischen Mord mit der Todesstrafe, sondern auch die Teilnahme an einer Vereinigung oder Verabredung, zu deren Bestrebungen es gehört, Mitglieder einer republikanischen Regierung des Reiches oder eines Landes durch den Tod zu beseitigen, wenn in Verfolgung dieser Bestrebungen eine Tötung nur versucht worden ist. Zu einem viel späteren Zeitpunkt [*Schöneburg* bezieht sich hier wohl auf die DDR; HEBö] wurde daraus verhängnisvoll geschlossen, dass es gerade eine Erfahrung aus der Weimarer Republik sei, in Zeiten des zugespitzten Klassenkampfes weit gefasste Tatbestände zu formulieren. Von den Fachkollegen erntete Radbruch für dieses ‚Zugeständnis‘ beißende Kritik. ‚Wie man sieht, ist es leichter, politische Parteiprogramme aufzustellen als danach verantwortlich zu handeln.‘ Aber weder damalige noch heutige Erklärungen für dieses Verhalten können restlos überzeugen.«

Greift hier *Schöneburg* zu kurz? Genaueres, Differenzierteres kann man der luziden, bei Winfried Hassemer geschriebenen Frankfurter Dissertation des oben bereits zitierten Kollegen Hanno *Durth* »Der Kampf gegen des Unrecht – Gustav Radbruchs Theorie eines Kulturverfassungsrechts« entnehmen. *Durth* bringt es auf den Punkt: Radbruch als nicht nur grundsätzlicher, sondern auch »an sich« *absoluter* Gegner der Todesstrafe steht in den zeitweilig bürgerkriegsartigen Situationen der Weimarer Republik als Realpolitiker vor einem Dilemma. Er sucht nun – ganz er selbst – für die von ihm *contre-coeur* konsentierten Fälle der Androhung der Todesstrafe eine theoretisch konsistente Lösung. Diese beschreibt *Durth*.¹

1 Hanno Durth, »Der Kampf gegen des Unrecht – Gustav Radbruchs Theorie eines Kulturverfassungsrechts, Berlin 2001, S. 107 bis 110, wie durchgängig in der Arbeit mit einer Fülle von Belegen, zumeist aus der Feder Radbruchs

»Radbruch lehnt die Todesstrafe *grundsätzlich* ab und sieht in ihr eine Schicksalsfrage des Strafgesetzbuches. Sie ist für ihn ein Überbleibsel überholter Strafrechtskultur und steht mit dem restlichen modernen Strafrecht in keinem Zusammenhang mehr. Hinzu kommt, dass in der funktional-differenzierten Gesellschaft kein Zweck zu denken ist, der es rechtfertigt, das Axiom der Anerkennung des anderen zu verletzen: mit der Todesstrafe würde sich die funktional-differenzierte Gesellschaft selbst verneinen. Benötigte die stratifizierte Gesellschaft die Todesstrafe noch zur Festlegung von Inklusion und Exklusion, so kann sie für die funktionale nur eine selbstzerstörerische sein.

Trotzdem findet sich Radbruch in seinem Leben *dreimal* mit dem Einzug der Todesstrafe in das Strafrecht ab; war sogar an zwei Stellen maßgeblich an deren Einführung beteiligt. Zum *einen* ist dies der Fall bei der Republikschutzgesetzgebung, zum *anderen* in seinem Entwurf [scil.: eines Strafgesetzbuches]. Radbruch stellt in beiden Fällen eine Rangfolge der Sanktionen auf: Wenn ein staatliches Sanktionssystem meint, nicht ohne die Todesstrafe auskommen zu müssen, dann hat sie auch ihr höchstes Rechtsgut zu schützen – den Bestand des Staates selbst. Letztendlich stemmt er sich – *drittens* – nicht gegen die Hinrichtung der Nürnberger Kriegsverbrecher. Radbruch meint in Cesare Beccaria enien Verbündeten zu finden: die Todesstrafe ist für beide die *ultima ratio* eines Staates, der unterzugehen droht. Man könne sich nach Beccaria bei der Begründung der Todesstrafe nicht auf Recht, sondern nur auf Macht berufen, »dass sie nur als eine Maßregel des inneren Krieges, also nach unserer Ausdrucksweise als eine Ausnahmemäßnahme betrachtet werden könne.

Am Institut der Todesstrafe vollzieht sich der Kampf zwischen den Gesellschaftsformen. Die hierarchische Form sieht in ihr ein Mittel wie jedes andere, die Herrschaft des Staates zu beweisen. Sie kann juristisch nach politischen Zweckmäßigkeitsüberlegungen beliebig eingesetzt werden. Dies verbietet sich für die pluralistische Gesellschaftsform. Für sie ist kein Zweck denkbar, der die Einführung der Todesstrafe rechtfertigt. Allein im Bürgerkrieg, um den Erhalt des Staats Willen, kann sie als ein Machtmittel - nicht jedoch als ein Mittel des Rechts – eingesetzt werden. Die Todesstrafe ist ein vorstaatlicher und vorrechtlicher Akt, der politisch den Staat ermöglicht, der dann erst durch Recht gezähmt werden kann. Die Todesstrafe entscheidet für Radbruch eine rechtlich indifferente Machtfrage. Soweit jedoch eine staatliche Ordnung existiert, wird die Todesstrafe zum Unrecht, da der vorstaatliche Zustand nicht mehr existiert und sie im Gegenzug die pluralistischen Bedingungen des Staates untergräbt.«

Dazu muss ergänzend und erklärend gesagt werden, dass die Todesstrafe im »E Radbruch«² StGB nicht vorkommt, dass sie aber über seinen § 2 II 2 i.V.m. Art. 48 WRV mit reflektiert wird.

Ob man nun *Schöneburg* doch Recht gibt (in dem Sinne, dass es sich um eine *Rationalisierung* handelt, die Radbruch da vornimmt) oder ob man *Durth* folgt, der das Dilemma als aufgelöst ansieht und Radbruchs Versuch der Versöhnung seiner grundsätzlichen Gegnerschaft zur Todesstrafe mit der - jedenfalls implizit akzeptierten - Anwendung derselben im Falle der Bedrohung des demokratischen Staates in seiner Existenz für vereinbar hält und diese Haltung sogar als Beleg für eine Konsistenz Radbruchs in Theorie und Praxis auch zu dieser schwierigen Frage ansieht: Es bleibt festzuhalten, dass Gustav Radbruch als einer der geistigen Väter der Abschaffung der Todesstrafe ohne Wenn und Aber in Art. 102 GG anzusehen ist und dass er dessen Aufnahme ins Grundgesetz, wie diese Verfassung insgesamt, mit großer Genugtuung gesehen hat.

b. Gustav Radbruchs Beitrag zur Gleichstellung der Frauen in der Justiz und zur Demokratisierung des Schöffenamtes.

Das zweite Beispiel ist von wesentlich friedlicherer Art: Gustav Radbruch hat 1922, wie oben schon kurz angemerkt, zwei Gesetze erfolgreich auf den parlamentarischen Weg gebracht, die bis heute gewährleisten (jedenfalls sollen), dass die Rechtsprechung der Strafgerichte wirklich (oder bescheidener gesagt, jedenfalls in einem gewissen Sinne) »Im Namen des Volkes!« erfolgt (wie es ja bei der Verkündung und im Eingang eines jeden Urteils heißt): Das Gesetz über die Zulassung der Frauen zu den juristischen Berufen und zum Schöffenamte und das Gesetz über die Entgeltzahlung für das Schöffenamte.

Das erste Gesetz war der erste, der *normative* Schritt zur Verwirklichung der Gleichberechtigung der Frauen auf dem Gebiet der Rechtspflege, ob im Beruf oder im Ehrenamte. Heute wird der zweite Schritt getan: gestützt auf Art. 3 II 2 GG, die *tatsächliche* Gleichstellung: So geht z. B. der Anteil der (Berufs-) Richterinnen und Staatsanwältinnen in Richtung 40 Prozent, während er Anfang der achtziger Jahre noch nahe bei zehn Prozent lag. Man bedenke dabei: Nach den Radbruchschen Reformen von 1922 hatten 1933 erst wenige Juristinnen Eingang in die juristischen Berufe und insbesondere ins Richteramt gefunden. Die Nationalsozialisten verhinderten erst de facto und dann de jure ein Anwachsen der Quote und sorgten vielmehr für ein Ausscheiden fast aller Juristinnen aus der Profession. Der Frauenanteil musste dann nach 1945 erst langsam wieder hochwachsen. Bei den Einstellungen und daher

² Entwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch [Entwurf Radbruch], EntADStGB

bei den jüngeren Jahrgängen in der Justiz liegt er heute eher über als bei 50 Prozent. Aber was war das für eine Überzeugungsarbeit und welcher mühsamer Prozess, bis auch *der letzte Personalreferent* (!) und *der letzte Gerichtspräsident* (!) überzeugt waren, dass die Verwirklichung des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG), die – wie wir heute sagen – Gleichstellung nichts als eine von der Verfassung gebotene Selbstverständlichkeit und auch eine Notwendigkeit zur Herstellung gesellschaftlicher Pluralität in der Justiz ist. Und für Gustav Radbruch war das schon 1922 eine Selbstverständlichkeit.

Nicht anders die gesicherte Entgeltzahlung: Nur so konnte der Weg bereitet werden, dass nicht mehr nur die Kommerzienräte und die Gutsherren sich leisten konnten, als Schöffen zu amtieren, sondern dass alle Schichten der Bevölkerung zum Zuge kamen. Damit Sie nicht denken, ich verwechselte (»typisch juristisch«) das Gesetz schon mit der Wirklichkeit: Gewiss kommt es auch heute noch vor, dass die Schöffenbänke nicht den Querschnitt der Bevölkerung widerspiegeln oder dass einzelne Arbeitnehmer Schwierigkeiten bekommen, wenn sie ihr Schöffenamts wahrnehmen. Das bleibt selbstverständlich als – nie endende – Tagesaufgabe, hier das Gesetz im Radbruchschen Sinne der Gleichberechtigung und der Pluralität zur Wirklichkeit werden zu lassen.

c. Noch einmal: Gustav Radbruch und die Reform der Juristenausbildung

Sie wissen, dass Ausbildung und Prüfung der Juristen noch heute nicht viel anders als vor 100 Jahren laufen: In einem – inzwischen überdies ziemlich verschulten – Studium lernen die angehenden Juristen die Systematik des Rechts, bestimmte Standard-Rechtsgebiete, eine Methode der Gesetzesanwendung und auslegung, viele von Obergerichten entschiedene Fälle als Präjudizien; das Ganze fast ausschließlich national, heute ein wenig garniert mit Europa- und internationalem Recht; nach wie vor der Schwerpunkt auf den »klassischen« Rechtsgebieten Zivilrecht, Strafrecht und (allgemeines) Öffentliches Recht; kaum oder wenig Sprachen; trotz entsprechender zarter Ansätze in den Ausbildungs- und Prüfungsordnungen kaum Bezüge zur Geschichte und den Grundlagen des Rechts und zur Anwendungspraxis, zur mündlichen und schriftlichen Kommunikation und zu Formen der nicht oder nicht ausschließlich rechtlich determinierten Streitschlichtung, zu »modernerem«, die Lebenswelt prägenden wie Arbeits- und Sozialrecht, aber auch Verbraucherschutzrecht, insbesondere Mietrecht, wie Wirtschafts- und Bankrecht; dies alles jedenfalls im universitären Teil der Ausbildung. In der zweiten Phase der Ausbildung, der Referendarzeit, liegt der Akzent auf der Praxis. Geprüft werden die Juristen nach wie vor in zwei *Staatsexamina*, d. h. auch im ersten Examen dominiert von (zumeist im Staatsdienst stehenden) Praktikern.

Ich habe oben bereits angemerkt, dass schon Gustav Radbruch zu allem ganz andere Vorstellungen hatte, die er vor allem in einem Vortrag von 1921 »Ihr jungen Juristen!« formuliert hat. Sozial relevante Rechtsgebiete sollten mehr und frühzeitig in der Ausbildung vorkommen, die Trennung in »theoretisches« Universitätsstudium und praxisorientierte Referendarzeit sollte überwunden werden, die jungen Juristen sollten lernen, woher das Recht kommt und wohin bestimmte Auslegungen und Entscheidungen führen, die Enge des nationalen Horizontes sollte überwunden werden, vor allem aber sollten sie lernen, dass Rechtsnormen, so wichtig die *Rechtssicherheit* ist, nicht ein abstraktes Gebilde, unabhängig von der Staatsform, sind, sondern dass die jungen Juristen den Wert des *demokratischen* Rechtsstaates vermittelt bekommen und schätzen lernen sollten. Die Juristen sollten, so Gustav Radbruch wörtlich, sich als eine *große Liga für Menschenrechte* begreifen.

Das ist genau die Botschaft des Grundgesetzes (siehe Artikel 1 Absatz 3: »Die nachfolgenden Grundrechte binden [sinngemäß: alle Staatsgewalten, also auch alle Rechtsanwender] als unmittelbar geltendes Recht.«

Das müsste folgerichtig auch die Leitlinie der gesamten Juristenausbildung sein. Aber, um es noch einmal zu sagen: In diese Richtung hat es in den Jahren von 1972 bis ca. 1985 (allerdings nur in Modellversuchen) Anläufe gegeben, ein kleines »Reförmchen« auch 2003; aber insgesamt haben wir heute fast wieder und nach wie vor den Zustand, der Gustav Radbruch Anlass zur Kritik gegeben hat.

d. Rechtskunde als Teil der staatsbürgerlichen Bildung

Gustav Radbruch war (nicht nur als großer Freund und Förderer des Volkshochschulwesens, insbesondere mit seinem Freund Hermann Heller zusammen in Kiel) überzeugt, dass man, um die damals immer wieder beklagte »Klassenjustiz«, um die Entfremdung zwischen Justiz und Volk zu überwinden, aber vor allem, um dem Einzelnen die Wahrnehmung seiner Rechte zu ermöglichen, früh anfangen müsse, den Menschen Kenntnisse der Bedeutung des Rechts, seiner Grundlagen und Inhalte zu vermitteln (also der Verfassung, des historischen und völkerrechtlichen Hintergrundes der eigenen Rechtsordnung, darüber hinaus und vor allem aber auch höchst praktische Kenntnisse auf den Rechtsgebieten, die im Leben jedes Menschen eine Rolle spielen); nicht, um die Menschen zu »Mini-Juristen« zu machen oder um das individuelle und gesellschaftliche Leben zu »juridifizieren«, vielmehr um den Einzelnen in Stand zu setzen, seine Rolle als Staatsbürger ebenso wie als individueller Teilnehmer am Recht verantwortungsvoll wahrzunehmen.

Dieser Gedanke, der in den Schulen (und zwar nicht nur in den Gymnasien!) und Volkshochschulen umgesetzt werden müsste, vielleicht beginnend

in verständlicher Weise schon in der vorschulischen Erziehung, ist Ende der sechziger/Anfang der siebziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts von Pädagogen und Juristen aufgegriffen worden, bis hin zu einer eigens dafür geschaffenen Zeitschrift »Recht und Gesellschaft«. Und interessanterweise ist auch – das gehört deshalb nicht nur hierher, sondern auch in den vorigen Abschnitt 3 zur Juristenausbildung – das beste Einführungs-Lehrbuch für angehende Juristen, »Rechtswissenschaft« von *Wiethölter* und *Denninger*, ursprünglich geschrieben worden als Begleitbuch zu der volkshochschulartigen Serie »Funkkolleg« des Hessischen Rundfunks.

Also: Auch auf dem Gebiet der Rechtskunde als Teil der politischen Bildung ist eigentlich alles noch und wieder so unbeackert, wie es Gustav Radbruch vorgefunden und kritisiert hat.

e. Strafaussetzung zur Bewährung auch bei Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren

Wir sind hier auf einem Strafverteidigertag und da ist es auch beim »Historischen Vortrag« angebracht, in die Niederungen der Alltagspraxis herabzusteigen, erst recht wenn es um die *Aktualität* Gustav Radbruchs geht!

Wie wäre es, wenn der Strafverteidigertag eines *der* Themen Radbruchs aufgriffe und sich dafür einsetzte, dass der Gesetzgeber die absolute Obergrenze für die *Strafaussetzung zur Bewährung*, die heute bei zwei Jahren liegt (§ 56 II StGB), heraufgesetzt? Schon die Erhöhung auf *drei* Jahre, wie sie z.B. schon vor Jahren Ulrich Vultejus vorgeschlagen hat, könnte eine beachtliche Verminderung der Population der Strafvollzugsanstalten bewirken.

f. Ausschöpfen des § 46 und § 47 StGB

Bleiben wir bei den praktischen Reformvorschlägen im Sinne Gustav Radbruchs: War der vorige Vorschlag einer, der sich am Ende (einer Kampagne) an den *Gesetzgeber* richtet, so wäre der nun folgende Vorschlag schon durch eine reflektierte und veränderte *Praxis* (natürlich auch und vielleicht vor allem der Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Richterinnen und Richter, aber gewiss auch der Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger) zu verwirklichen. Ich spreche von der praktischen Handhabung des § 46 StGB, der bekanntlich in seinem Absatz 1 zunächst in Satz 1 die Schuld als Ausgangspunkt (wörtlich: *Grundlage*) für die Zumessung der Strafe benennt und dann in seinem Satz 2 weiter sagt: »Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.« Das könnte in *jedem* Plädoyer, in *jeder* Urteilsbegründung virulent gemacht werden! Und auch die »Checkliste« des Absatzes 2 für die Strafzumessung im Einzelnen

könnte viel mehr, als es täglich in den Gerichtssälen geschieht, zur Bemessung der (dann hoffentlich im Sinne des Abs. 1 Satz 2 positiv wirkungsvollen... Strafe) eingesetzt werden. Schon in die (universitäre und praktische *Juristen- ausbildung* gehört hinein: *Auch Strafzumessung ist Gesetzesanwendung!* Was hören wir stattdessen oft in der Praxis der (Begründung der) Strafzumessung? Gesichtspunkte (oder soll ich sagen: *Sprechblasen?*) wie z.B. »Kriminelle Energie«, von denen in Abs. 2 nichts zu lesen ist. Und insgesamt wird einmal *der Daumen hochgehalten* und/oder man lehnt sich an *Taxen* an.

Und – dies spreche ich hier nur kurz an: Wie könnten auch die »ansteckungsgeneigten« kurzen Freiheitsstrafen vermieden (und – um einmal etwas mehr Klartext zu reden – die Knäste weiter entvölkert) werden? Ganz einfach: Wenn – dem Wortlaut, dem Willen des Gesetzgebers und dem Sinn des § 47 StGB entsprechend, kurze Freiheitsstrafen (= solche unter sechs Monaten) wirklich nur verhängt werden, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung [was immer das ist; HEBö] *unerlässlich* machen. Hier wird, wage ich aus Erfahrung zu behaupten, immer noch viel zu wenig *subsumiert* (in dem Sinne, dass die *Unerlässlichkeit verneint* wird) und dafür gesorgt, dass die Ausnahme, dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, wirklich Ausnahme bleibt.

g. Verfassungstag/Tag des Grundgesetzes

In der Weimarer Republik gab es eine Tradition, zu deren Begründung und Förderung Gustav Radbruch nach Kräften beigetragen hat: den 11. August als *Verfassungstag* zu feiern, als Tag der Weimarer Reichsverfassung, als Tag der Vergewisserung der Demokraten – wie wissen, leider zu wenig und mit der Unterstützung zu weniger. Radbruch selbst ist, wie wir in der Gesamtausgabe seiner Werke im Wortlaut nachlesen können, häufig als Redner aufgetreten. Warum nicht diese Tradition aufnehmen?

In Lübeck ist dies in der Weise geschehen, dass an einem besonderen Ort, nämlich in der Stadt-, Kultur- und Universitätskirche St. Petri, seit 2010 Jahr für Jahr der Tag der Verabschiedung des Grundgesetzes (23. Mai 1949) als Verfassungstag gefeiert wird. Gesprochen haben seitdem Brun-Otto Bryde, Joachim Perels, Lerke Osterloh, Felix Welti, Dieter Deiseroth und Tanjev Schultz zu Fragen des – so will ich es nennen – *angewandten Verfassungsrechts*, des gelebten demokratischen Rechtsstaats.

Wenn ich ehrlich bin, haben wir Lübecker diese »neue Tradition«, die gewiss ganz im Sinne Gustav Radbruchs ist, sogar einer Initiative aus der kleineren Nachbarstadt Eutin abgeschaut: Dort hat der *Arbeitskreis 27. Januar* schon vor

2010 nicht nur aus Anlass des Tages, den der Name benennt (Tag der Befreiung des Konzentrationslagers Auschwitz 1945) Vorträge, Ausstellungen u.a. veranstaltet, sondern auch zum 23. Mai, dem *Tag des Grundgesetzes*.

Könnte das nicht übergreifen auf viele Städte, in denen die Praktiker des demokratischen Rechtsstaates wirken? Gerade Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger?

IV. Gustav Radbruch und Erich Mühsam

Woher kannten sich die beiden? Sie entstammten, der Kaufmannssohn Gustav Radbruch und der Apothekersohn Erich Mühsam, in Lübeck derselben Klasse, beide Väter spielten auch – hanseatisch traditionsgemäß – in der lokalen Politik eine aktive Rolle. Dabei muss man bedenken, dass die Republik Lübeck immerhin damals ein kleiner Staat des deutschen Reiches war. Gustav Radbruch und Erich Mühsam kannten und schätzten einander als Mitschüler des Katharineums, des traditionsreichen altsprachlichen Gymnasiums.

Die Verbindung reißt auch nicht nach Mühsams frühzeitigem Verlassen der Schule ab. Verlassen der Schule aus Gründen, die ich Ihnen gleich noch einmal aus der Feder Gustav Radbruchs benennen werde. Sie reißt nicht ab zwischen dem »Primus-Typen« Radbruch und dem »Schulabbrecher« Mühsam, zwischen dem an die friedenssichernde Macht des Rechts glaubenden und dafür eintretenden Sozialdemokraten Radbruch und dem den radikalen Weg suchenden Anarchisten Mühsam. Sie reißt auch nicht ab zwischen dem nach Beteiligung an der Münchner Räteregierung zu Festungshaft verurteilten Mühsam und dem Reichstagsabgeordneten und Reichsjustizminister Radbruch. Dazu einige Originaläußerungen Radbruchs:

Am 5. Januar 1904 schreibt Radbruch (von Heidelberg aus) an Hermann Kantorowicz:

»Mein Freund Mühsam hat seinen ersten Gedichtband erscheinen lassen, der besser ist, als ich erwartete. Sehen Sie ihn sich doch einmal an. Sie sehen: ich bin leicht geneigt zu loben.«

In Radbruchs unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg verfassten Autobiographie »Der innere Weg« heißt es:

»[...] ein Menschenbild ganz anderer Art darf in dieser Darstellung nicht fehlen: Erich Mühsam, der später bekannt gewordene Edelanarchist und Dichter, dazu erfolgreichster Schüttelreimer, bis er in dieser Kunstform durch Benno Papentrigk-Anton Kippenberg noch überboten wurde. (Von Schüttelreimern lies am meisten, die, die soviel wie Mühsam leisten.) <Du baust

Häuser, du Banause? Na bau se.» «Wie könnt Cassirers Saal bestehn, tät ihn nicht Herr Fritz Stahl besehn.») Er war mein Mitschüler, nicht mein Kon-Abiturient, denn er musste aus zwingenden Gründen die Lübecker Schule vorher verlassen. Er hatte in dem sozialdemokratischen Lübecker Volksboten eine Festrede unseres Direktors Schubring mit beißenden Glossen veröffentlicht. Er wurde Apotheker wie sein Vater, dann dichtender Bohémien, der der »Neuen Gemeinschaft« der Brüder Hart zeitweise nicht fern stand, und ein radikaler Politiker, der bemüht war, das kluge Wort des Franzosen zuschanden zu machen, dass man für irgend jemanden immer noch ein Reaktionär sei – für ihn selbst waren noch die Kommunisten Reaktionäre, er strebte nach einer unüberbietbaren Flankenstellung links von ihnen. In meiner Berliner (scil.: Studien-) Zeit war er zeitweise ohne Wohnung, brachte die Nächte im Café des Westens zu und klopfte fast allmorgendlich um sechs an meine Tür, um sich auszuschlafen, einmal, nachdem er einem frierenden Bettler seinen ganzen Mantel abgetreten und damit sogar die Caritas des heiligen Martin übertroffen hatte, der nur den halben Mantel als Almosen gab. Eines Morgens traf ich ihn mit einem schwer betrunkenen deutschen Dichter. Er erklärte sich unfähig, des Unglücklichen weiterhin allein zu warten, der sich an jeder Destille nur mit Mühe vorbeischleppen ließ, und wir nahmen den heftig Schwankenden in die Mitte [...]«

Und weiter:

»Erich Mühsam [...] bin ich in späteren Lebensabschnitten immer wieder begegnet. So besuchte ich ihn während seiner fünfjährigen Festungshaft in Niederschönefeld, die er wegen seiner Beteiligung an der Münchener Räterepublik im Jahre 1919 verbüßte. Er ist nach 1933 in neuer Gefangenschaft ums Leben gekommen. Ich habe seine politischen Ansichten nie geteilt oder auch nur ernst genommen, wohl aber den unbeugsamen Mut geachtet, mit dem er sie vertrat.«

Mühsam war 1919 zu 15 Jahren verurteilt worden, ist aber dann 1924 amnestiert worden. Radbruch sah sich einem politischen Kesseltreiben ausgesetzt, als bekannt wurde, dass er sich für Mühsam eingesetzt und den Freund in der Haft besucht hatte (Wir finden das übrigens verschlüsselt beschrieben in Lion *Feuchtwangers* Roman »Erfolg«). Vor dem Reichstag erklärt er in der Sitzung vom 16. August 1920 in Zusammenhang mit Umfang und Tragweite geplanter Amnestien:

»[...] scheint es mir keinen hervorragenden Grad des Selbstvertrauens auf Seiten der bayrischen Regierung zu bedeuten, dass sie mit Erich Mühsam und seinesgleichen nicht fertig werden zu können meint, wenn sie in die Freiheit entlassen werden.«

In einem Interview mit der Zeitschrift »Die Glocke«³ antwortet er auf die Frage »Was meinen sie zu den Angriffen, die sofort bei Ihrem Amtsantritt gegen *Ihre Person* gerichtet wurden?«:

»Dass Beschimpfungen mir nicht erspart bleiben würden, darüber war ich mir von Anfang an klar. Wer ein solches Amt antritt, der rückt damit in die ›Drecklinie‹ ein. Aber dass es sich meine Gegner so leicht machen würden, das habe ich allerdings nicht geglaubt. Mein Programm ist seit langem bekannt. Ich habe es zweimal dargelegt in meinem Vorarbeiten zum Parteiprogramm, ferner in meiner am 25. Januar 1921 gehaltenen Reichstagsrede und in meiner Görlitzer Rede [scil.: auf dem Parteitag]. Trotzdem schreibt die gegnerische Presse jetzt, ich wolle die Unabhängigkeit der Richter beschränken, sie durch Parteisekretäre ersetzen, ich träte für die Volkswahl der Richter ein. Man erklärt den *Reichsjustizminister* für jeden Rechtsempfindens bar, weil der – *preußische* Justizminister zwei Mörder benadigt hat. Man verlangt von mir, dass ich meine Freunde ausschließlich bei den Deutschnationalen suche, und wirft mir vor, dass ich die Person von der Sache trenne, dass ich *Erich Mühsam* in Erinnerung an unsere gemeinsame Zeit am Lübecker Katharineum auch in schwerer Zeit die Treue halte, dass ich *Ernst Toller* menschlich und künstlerisch hochschätze. All das berührt mich nicht.«

Welche Standfestigkeit für den Freund, welche (ich scheue das Wort in diesem Zusammenhang nicht) *Treue!*

In der Vossischen Zeitung veröffentliche Radbruch besonders gern. Hier erschien am 15.7.1928, gewissermaßen als *hommage* an Erich Mühsam zu dessen 50. Geburtstag, die Rezension »Annotation zu ‚Sammlung 1898 – 1928‘, Erich Mühsams Gedichte«:

»Der fünfzigste Geburtstag hat Anlaß gegeben zu dieser Sammlung von Dichtung und Prosa aus dreißig Jahren (Erschienen bei J. M. Spaeth, Berlin). Weiß unsere Jugend, die (außer etwa George) kaum noch Gedichte liest, was uns Jungen die vielstimmige Lyrik jener Tage bedeutete? In diesem Bande wird jene Zeit in vielfachem Wiederhall und gleichgestimmten Tönen noch einmal lebendig. Der Anfang ist Bohème, Weltschmerz und Liebe. Merkwürdig wenig Naturstimmung. Im Hintergrund wagt sich schon gleichnishafte Weisheit vor, heitere oder bittere Weisheit, Weisheit in der Art des gepflegten Weisen Wilhelm Busch, der den Sang vom ›Toten Kater‹ – eine Perle – selber gedichtet haben könnte. Aus der Zeit der Elf Scharfrichter tragikomische Trauerballaden im Moritaten-Tone Scharfentmeyers. Dann neue, starke Töne: Krieg, Revolution, Gefangenschaft, Grabgesang für große Tote: ›Die Dichtkunst ist nichts als eine meiner Waffen im Kampf.‹ Vor der krassen Ungerechtigkeit dieser Gesellschaftsordnung geht der eine ›still seines Weges, liebt Leben und Liebe und dichtet Schönheit in die Menschen, die ihn verhungern lassen‹ – so *Peter Hille*, der Unvergessliche, dem Mühsam in diesem Buche einen schönen Denkstein setzt – der andere wird auch in seiner Lyrik zum revolutionären Kämpfer – so Erich Mühsam. Vieles von dem, was er mit Herweghschem Schwung oder mit brutaler Nacktheit des Wortes und gallbitterem Humor sagt, ist Kampf – Dichtung von der Art, die in proletarischen Herzen Widerhall weckt. Dass das Lied vom Revoluzzer, im Zivilstand Lampenputzer, ›der

deutschen Sozialdemokratie gewidmet‘ ist, beeinträchtigt die Erheiterung über diese Parodie des Revolutionsphilisters nur in unerheblichem Maße. Denn man gesteht es dem Dichter gern zu, dass er mit seinen Gesängen revolutionären Hohnes und Hasses ganz in seinem Recht ist – nämlich in seinem *Künstlerrecht*: verantwortungsvolle Vernunft ist nun einmal lyrischer Formung nicht so leicht fähig wie rücksichtsloser Revolutionarismus. Freilich ist Eignung zur Lyrik noch kein historisches Werturteil. Dieser revolutionäre Lyriker ist übrigens durchaus kein Revolutionär der lyrischen Form. ‚Mein Sang tönt nicht nach letzter ästhetischer Mode.‘ Man freut sich vielmehr immer wieder der zwangslosen und dennoch erarbeiteten Sauberkeit in der dichterischen Gestaltung auch krassester Stoffe.«

So (hart und liebevoll) kritisiert ein Freund. Und man bedenke: Hier bespricht im Feuilleton einer der großen Berliner Zeitungen der Heidelberger Strafrechtsordinarius und ehemalige sozialdemokratische Reichsjustizminister den Lyrikband eines Anarchisten und ehemaligen politischen Gefangenen.

Sie waren und blieben sich, trotz aller äußeren (und inneren) Unterschiede so nahe. Es verbanden sie die radikale Achtung vor den Rechten des Individuums, das Eintreten für die Schwachen, die Abkehr von der politischen Heimat ihrer Elternhäuser. Es verbindet sie, von heute aus gesehen, die Dummheit und die Wut, mit der die Nationalsozialisten sie verfolgten, den einen am Leben, den anderen beraubten sie »nur« an der Ausübung seiner Fähigkeiten und Rechte. Indem sie ihn mundtot machten. Und sie nahmen ihm – nach dem tragischen Lawinentod der Tochter Renate – den Sohn Anselm, der in Hitlers Angriffskrieg als Soldat vor Stalingrad starb.

In der Vossischen Zeitung hat Gustav Radbruch 1928 nicht nur Mühsams Gedichtsammlung rezensiert, sondern auch (in der Ausgabe vom 20.10.) die »Kriegsbriefe gefallener Studenten« – des (damals noch nicht so genannten Ersten) Weltkrieges. Wie wir dem Editionsbericht zum Band »Literatur- und kunsthistorische Schriften« der Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe entnehmen können, finden sich in dem Band »Kriegsbriefe gefallener Studenten 1939 – 1945« auch Briefe von Radbruchs Sohn Anselm (1918–1942).

V. Tragik, Größe und Aktualität Gustav Radbruchs

Der frühe Tod der geliebten Kinder gehört zur Tragik Gustav Radbruchs ebenso wie der Umstand, dass er von 1933 bis 1945 am öffentlichen Wirken im Sinne der Aufklärung verhindert war, und die Tatsache, dass seine durchdachten, humanen rechtspolitischen Konzepte, wenn überhaupt, erst sehr spät und/oder allenfalls teilweise umgesetzt wurden, auch dass er wohl bei näherer Betrachtung akademisch immer ein Außenseiter war und blieb.

Zu seiner Größe gehört, dass ohne sein Denken und Wirken, seinen Mut und seine Verzweiflung wir auf dem Weg in einen demokratischen Rechtsstaat Bundesrepublik Deutschland und in eine friedlichere, vom Recht regierte Welt noch nicht einmal da wären, wo wir jetzt stehen.

Gustav Radbruch ist von beispielloser Aktualität.

Literatur zum Weiterlesen:

Hans-Ernst *Böttcher*, Tragik und Größe Gustav Radbruchs, in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1994, S. 81 ff.

Ders., Zur Aktualität Gustav Radbruchs, in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1998, S. 91 ff.

Ders., Gustav Radbruch und die Weimarer Republik, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2005, S. 361 ff. (zuvor schon in einem Tagungsbericht der Friedrich-Ebert-Stiftung anlässlich des vollständigen Erscheinens der Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe, Berlin 2005).

Ders., Gustav Radbruch (Vortrag zu Radbruchs Todestag am 23.11.2010 in Lübeck), in: Schleswig-Holsteinische Anzeigen 2011, S. 80 ff.

Ders., Frieden durch Recht in einer Welt voller Krieg? In: Erich-Mühsam-Gesellschaft (Hrsg.), Sich fügen heißt lügen – Leben zwischen Gewalt und Widerstand (Schriften der Erich-Mühsam-Gesellschaft, Heft 36), Lübeck 2011, S. 21 ff.

(Die vorstehend benannten Versuche des Verfassers über Gustav Radbruch sind in gewisser Weise ein Spiegel seiner Beschäftigung mit diesem seit Beginn seiner beruflichen Tätigkeit in Lübeck 1991 und nehmen vielfach aufeinander Bezug. Der hier dokumentierte Vortrag auf dem 39. Strafverteidigertag 2015 in Lübeck baut auf alle und insbesondere auf den in der Schriftenreihe der Erich-Mühsam-Gesellschaft erschienenen Text von 2011 auf)

Hans-Peter *Schneider*, Gustav Radbruch (1878 – 1949), Rechtsphilosoph zwischen Wissenschaft und Politik, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare Juristen – Eine andere Tradition, Baden-Baden (Nomos) 1988, S. 295 ff.

Ingo *Müller*, Gesetzliches Recht und übergesetzliches Unrecht. Gustav Radbruch und die Kontinuität der deutschen Staatsrechtslehre, in: Leviathan 1979, S. 308 ff.

Hanno *Durth*, Der Kampf gegen das Unrecht – Gustav Radbruchs Theorie eines Kulturverfassungsrechts, Baden-Baden (Nomos) 2001

Nathalie *Le Bouedec*, Gustav Radbruch. Un Juriste de Gauche sous la République de Weimar, Québec (Les Presses de l'Université Laval) 2011

Die Justiz, Zeitschrift für die Erneuerung des Deutschen Rechtswesens. Zugleich Organ des Republikanischen Richterbundes. In Verbindung mit Wolfgang Mittermaier/Gustav Radbruch/Hugo Sinzheimer (später: Karl Renner)

herausgegeben von Wilhelm Kroner, Bd. I bis VIII, Berlin-Grunewald (Dr. Walther Rothschild) 1925 bis 1933

Gustav *Radbruch*, Gesamtausgabe, hrsg. von Arthur Kaufmann (fortgeführt von Günther Spindel), Bd. I bis XX, Heidelberg (C. F. Müller) 1987 bis 2005.

Ergebnisse der Arbeitsgruppen des 39. Strafverteidigertages

AG 1: Ermittlungsverfahren

Das Ermittlungsverfahren gewinnt über die stetige Ausweitung des Transfers von Beweisergebnissen in die Hauptverhandlung immer größere Bedeutung. Die Hauptverhandlung verkümmert zunehmend zur weitgehend unkritischen Reproduktion des Ermittlungsverfahrens, das so gut wie keiner Kontrolle durch die Verteidigung unterliegt. Insoweit besteht zum Schutz der Rechte der Beschuldigten auch aus verfassungsrechtlichen Gründen die unbedingte Notwendigkeit, Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren optimal zu dokumentieren. Hierfür ist die umfassende audiovisuelle Dokumentation von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen verpflichtend in die Beweiserhebungsvorschriften der Strafprozessordnung einzufügen. Den Ermittlungsbehörden müssen ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt werden, damit entsprechende Möglichkeiten im Sinne des verfassungsrechtlichen Gebots bestmöglicher Sachaufklärung auch in der Hauptverhandlung voll ausgeschöpft werden. Damit würde die Hauptverhandlung um die oft zeitintensive Auseinandersetzung um das Zustandekommen defizitärer Protokolle entschlackt. Die verpflichtende audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen darf aber nicht dazu führen, dass die Ausübung des Konfrontationsrechts in der Hauptverhandlung in irgendeiner Art und Weise eingeschränkt wird.

AG 2: Hauptverhandlung I

Unmittelbarkeit, Beweisaufnahme, Revision

Der Bundestag hat bereits 1964 die Einrichtung einer Großen Strafverfahrensrechtskommission angeregt. Nach 50 Jahren ist das BMJ dieser Anregung endlich gefolgt und hat eine Expertenkommission für eine StPO-Reform berufen. Einen wesentlichen Impuls für die aktuelle Reformdiskussion haben die Alternativentwürfe Ermittlungsverfahren und Beweisaufnahme gesetzt, die insoweit zu begrüßen sind. Eine Gesamtreform des Strafverfahrens ist längst überfällig. Dabei ist zu beachten, dass Änderungen im Hauptverfahren Auswirkungen sowohl auf das Ermittlungsverfahren als auch auf das Revisionsverfahren haben.

Verschiedene Entwicklungen der letzten Jahre haben zum Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung geführt. Demgegenüber gewährleistet das Unmittelbarkeitsprinzip die bestmögliche Sachaufklärung und ebenso die Verteidigungsrechte des Beschuldigten im Lichte der Unschuldsvermutung.

Der Strafverteidigertag wendet sich gegen Bestrebungen, das Unmittelbarkeitsprinzip in Frage zu stellen. Dieses ist verknüpft mit dem Konfrontationsrecht, d.h. der Möglichkeit des Beschuldigten, Belastungszeugen unmittelbar zu befragen. Es ist an der Zeit, diese Vorgabe aus Art. 6 Abs. 3 d EMRK in das deutsche Strafverfahrensrecht zu implementieren.

Die Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren ist zwingend geboten, darf aber nicht dazu führen, das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Vorrangs der persönlichen Vernehmung vor Surrogaten umzukehren. Dieses ergibt sich auch aus der verfassungsrechtlich gebotenen Aufklärungspflicht.

Ungeachtet dessen sind die Regelungen der §§ 250 ff. StPO (Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Vernehmung) dringend reformbedürftig, weil sie in sich widersprüchlich, unverständlich und unübersichtlich sind. Das Ziel muss sein, die hierdurch in den letzten Jahren vorgenommenen Einschränkungen des Unmittelbarkeitsprinzips zu revidieren.

Zur Reform des Strafverfahrens gehört selbstverständlich auch eine Reform des Revisionsrechts, die ebenfalls überfällig ist. Die starre Beschränkung der Begründungsfrist des § 345 Abs. 1 StPO muss ersetzt werden durch eine Frist, die sich an Umfang und Dauer des Hauptverfahrens orientiert, evtl. in Anlehnung an die Urteilsabsetzungsfrist des § 275 Abs. 1 StPO. Für die Entscheidung des Revisionsgerichts sollte wieder die Regel gelten, dass über die Revision des Angeklagten aufgrund einer Hauptverhandlung entschieden wird. Auch wenn ausnahmsweise durch Beschluss entschieden werden kann, bedarf die Verwerfung der Revision im Regelfall einer Begründung durch das Gericht.

AG 3: Hauptverhandlung II

Grundlagen der Hauptverhandlung

Das Thema des diesjährigen Strafverteidigertages lautet: »Reform oder Reformchen?«. Ziel dieses Strafverteidigertages ist es, in die Zukunft zu schauen und mit eigenen Vorschlägen für wirkliche Reformen der Strafprozessordnung in die Offensive zu kommen.

Die Arbeitsgruppe 3 »Grundlagen der Hauptverhandlung« hat sich mit Reformvorschlägen zum Zwischenverfahren und der Hauptverhandlung befasst.

Grundlage des Hauptverfahrens nach der heutigen StPO ist zunächst der Eröffnungsbeschluss des Gerichts. Ein seit langem kritizierter Missstand ist, dass die Bewertung der Ermittlungsakte sowie das dadurch gewonnene Prognoseurteil des Tatrichters im Eröffnungsbeschluss, zu einer Festlegung des Tatrichters im Hinblick auf die Verurteilungswahrscheinlichkeit («Schuldhypothese») führt, die empirisch durch zahlreiche Studien festgestellt wurde.

Aus den empirischen Befunden lassen sich nach Auffassung des Referenten Kai *Guthke* folgende Forderungen ableiten:

- Vermeidung einer Hypothesenbildung beim Eröffnungsrichter, indem dieser den hinreichenden Tatverdacht nicht prüft (s. Art. 329 StPO der Schweiz);
- die Eröffnungsentscheidung sollte einem anderen Richter oder Spruchkörper obliegen, als demjenigen, der die Hauptverhandlung durchführt;
- frühestmögliche Einbindung der Verteidigung schon im Ermittlungsverfahren und die Einführung eines seitens der Verteidigung zu beantragenden mündlichen Zwischenprüfungstermins.

Kontrovers diskutiert wurde mit der Referentin Prof. Velten über die Einführung eines formellen Schuldinterlokuts, also die Teilung der Hauptverhandlung in ein Erkenntnisverfahren, in dem über Schuld und Unschuld Beweis erhoben wird und ein sog. Bestrafungsverfahren, in dem nach Feststellung der Schuld die Strafzumessungsgesichtspunkte erörtert werden.

Die Referenten Frau Prof. *Velten* und Prof. Dr. *Meyer* berichteten, dass die Einführung eines fakultativen Schuldinterlokuts in die Prozessordnungen der Schweiz und Österreich zu keiner nennenswerten Veränderung der Verfahrenswirklichkeit geführt hat.

Einbezogen wurden seitens des Referenten Prof. Dr. *Meyer* die Fragen:

- Wäre in einer so veränderten Durchführung des Strafverfahrens eigentlich noch Platz für einen gesetzlich geregelten »Deal«?
- Wenn ja, an welcher Stelle könnte die Absprachepraxis in das neu zu gestaltende Zwischenverfahren oder eine Hauptverhandlung mit Schuldinterlokut integriert werden?
- Führt eine Stärkung des Zwischenverfahrens letztlich zu einer Entwertung der Hauptverhandlung, und damit des Unmittelbarkeitsgrundsatzes?

Die Stärkung von Verfahrens- und Beteiligungsrechten des Beschuldigten steht und fällt mit der frühzeitigen Waffengleichheit der Verteidigung durch Akteneinsicht, Anwesenheitsrechte bei Beweiserhebungen, um einem »Priming-Effekt« zu Lasten des Mandanten effektiv entgegen wirken zu können.

Ob dies durch eine Stärkung des Zwischenverfahrens oder die Einführung eines formellen Schuldinterlokuts, welches auf Antrag der Verteidigung zwingend zu einer Zweiteilung der Hauptverhandlung führt, effektiv umgesetzt werden kann, sollte weiter diskutiert werden.

Staatliche Ressourcen oder fiskalische Erwägungen dürfen hierbei nicht im Mittelpunkt stehen. Der Staat muss die bestmögliche, rechtsstaatliche Durchführung des Strafverfahrens unter Wahrung aller Verteidigungsrechte sicherstellen.

Der Referent Dr. *Tophinke* wies in diesem Zusammenhang darauf hin, dass hierzu auch eine verbesserte Richterausbildung im Hinblick auf Kenntnisse der Grundlagen der Aussagepsychologie und eine Qualitätskontrolle richterlicher Arbeit gehören sollte. Kostenerwägungen dürfen hier keine Rolle spielen.

AG 4: Dokumentationspflicht im Strafverfahren – Warum nicht?

Arbeitsgruppe 4 beantragt, dass das Plenum des 39. Strafverteidigtages folgende Forderungen an den Gesetzgeber beschließt:

1. Der 39. Strafverteidigtage fordert eine zwingende audiovisuelle Dokumentation sämtlicher Vernehmungen im Ermittlungsverfahren. Dieses gilt ausdrücklich auch für ohnehin gesetzwidrige informatorische Vor- und Zwischengespräche. Eine Transkription kann daneben erfolgen.
2. Vorschlägen, die so gewonnenen Aufzeichnungen als Surrogat – entgegen dem Unmittelbarkeitsgrundsatz – in die Hauptverhandlung zu transferieren, wird entgegengetreten.
3. Der 39. Strafverteidigtage fordert den Gesetzgeber auf, die bereits vorhandenen Möglichkeiten, die gesamte Hauptverhandlung auf Tonträger aufzunehmen, zur gesetzlichen Pflicht zu machen. Die Tonaufzeichnungen sind Staatsanwalt und Verteidigung am Ende des jeweiligen Hauptverhandlungstages auf Antrag zugänglich zu machen.
4. Der Bundesgerichtshof wird aufgefordert, das von der Rechtsprechung selbst geschaffene Rekonstruktionsverbot aufzugeben und seine Rechtsprechung an den gesetzlichen Auftrag anzupassen, nämlich der Herstellung materieller Gerechtigkeit zu dienen.

AG 5: Revision des U-Haft-Rechts (zzgl. Thesenpapier)

1. Untersuchungshaft wird häufig mit der unbegründeten Annahme des Haftgrundes der Fluchtgefahr angeordnet, denn in der Praxis ersetzen Vermutungen allzu oft die vom Gesetz geforderten bestimmten Tatsachen.
2. Untersuchungshaftentscheidungen erfolgen häufig wenig reflektiert, auch wegen eines hohen Zeitdrucks, aufgrund einer nur intuitiven Prognose. Um dem entgegen zu wirken, sollte einerseits eine regelmäßige Supervision jedenfalls für die mit Haftentscheidungen berufenen Richter stattfinden und andererseits ein deutliches Signal von einer Änderung der gesetzlichen Grundlagen ausgehen.
3. Das Recht der Untersuchungshaft bedarf daher einer grundlegenden Reform, die das Verhältnis von Haftbefehl und Haftverschonung vom Kopf auf die Füße stellt und die deutlich macht, dass die Freiheitsentziehung nur in streng begrenzten Ausnahmefällen zulässig ist. (Ein konkreter Formulierungsvorschlag für eine Neuregelung liegt an.)
4. Alternativen zur Untersuchungshaft (z.B. elektronische Fußfessel) sind zu erweitern.
5. Die Praxis des Vollzuges von Untersuchungshaft wird dem Regel-Ausnahmemechanismus des § 119 StPO nicht gerecht. Danach sind Beschränkungen der Kommunikation des Untersuchungsgefangenen nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig. Die Anwaltschaft ist aufgefordert, dem entgegen zu wirken.
6. Art. 5 Abs. 5 EMRK bietet über die Möglichkeiten des StrEG hinaus ein geeignetes Instrument, Schadensersatz für rechtswidrig erlittene Untersuchungshaft geltend zu machen. Die Anwaltschaft wird aufgerufen, sich dieses Mittels zu bedienen. Dies wird ein wichtiger Baustein zur Durchsetzung einer rechtsstaatlichen Untersuchungshaftpraxis sein.

Anlage zu Thesenpapier der AG 5: Alternativentwurf Freiheitsentziehung zur Sicherung des Strafverfahrens

§ 112 Freiheitsbeschränkungen zur Verfahrenssicherung

(1) Dem Beschuldigten können Freiheitsbeschränkungen auferlegt werden, wenn er der Tat dringend verdächtig ist und Grund für die Beschränkung nach Abs.2 besteht.

(2) Grund für die Auferlegung von Freiheitsbeschränkungen besteht, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen

1. bei Würdigung der Umstände des Einzelfalles, namentlich der Verhältnisse des Beschuldigten und der Umstände, die einer Flucht entgegenstehen, die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde (Fluchtgefahr). Diese Gefahr kann aus der zu erwartenden Strafe nur in besonders zu begründenden Einzelfällen entnommen werden.
2. das Verhalten des Beschuldigten den dringenden Verdacht begründet, er werde künftig
 - a) Beweismittel vernichten, verändern, beiseite schaffen, unterdrücken oder fälschen oder
 - b) auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige in unlauterer Weise einwirken oder
 - c) andere zu solchem Verhalten veranlassen,
 und wenn deshalb die Gefahr droht, daß die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (Verdunkelungsgefahr).

(3) Als Freiheitsbeschränkungen kommen für den Fall, dass sie wegen Fluchtgefahr angeordnet werden, namentlich in Betracht:

1. Die Anweisung, sich zu bestimmten Zeiten bei dem Richter, der Strafverfolgungsbehörde oder einer von ihnen bestimmten Dienststelle zu melden,
2. die Anweisung, den Wohn- oder Aufenthaltsort oder einen bestimmten Bereich nicht ohne Erlaubnis des Richters oder der Strafverfolgungsbehörde zu verlassen,
3. die Anweisung, die Wohnung nur unter Aufsicht einer bestimmten Person zu verlassen,
4. die Leistung einer angemessenen Sicherheit durch den Beschuldigten oder einen anderen,
5. die Anordnung elektronischer Überwachung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten.

(4) Als Freiheitsbeschränkung kommt für den Fall, dass sie wegen Verdunkelungsgefahr angeordnet wird, namentlich in Betracht:

1. Die Anweisung, mit Mitbeschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen keine Verbindung aufzunehmen,
2. die Leistung einer angemessenen Sicherheit durch den Beschuldigten oder einen anderen.

§ 112a Haftbefehl

(1) Die Anordnung von Freiheitsbeschränkungen unterbleibt, wenn sie von vorneherein als völlig ungeeignet zur Abwehr von Flucht- oder Verdunkelungsgefahr erscheinen. In diesem Fall erlässt der Richter einen Haftbefehl gegen den Beschuldigten.

(2) Ein Haftbefehl wird auch dann erlassen, wenn

1. der Beschuldigte flüchtig ist,
2. der Beschuldigte den ihm nach § 112 Abs.3 oder Abs.4 erteilten freiheitsbeschränkenden Anweisungen gröblich zuwiderhandelt,
3. der Beschuldigte Anstalten zur Flucht trifft, auf ordnungsgemäße Ladung ohne genügende Entschuldigung ausbleibt oder sich auf andere Weise zeigt, dass das in ihn gesetzte Vertrauen nicht gerechtfertigt war, oder
4. neu hervorgetretene Umstände zur Annahme der Voraussetzungen des Abs.1 zwingen.

§ 116 Übergang von Haft zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen

Der Richter ersetzt den Haftbefehl durch freiheitsbeschränkende Maßnahmen nach § 112 StPO, wenn die Erwartung hinreichend begründet ist, dass der Zweck der Haft auch durch sie erreicht werden kann.

AG 6 Jugendstrafrecht »Wer nicht hören will ...«

Der Jugendarrest bleibt eines der problematischsten Elemente des Jugendstrafrechts. Aus pädagogischer und aus kriminologischer Sicht sind positive Wirkungen des Jugendarrests nicht belegbar. Die aktuellen Rahmenbedingungen des Arrests sind defizitär. Der Strafverteidigertag fordert perspektivisch die Abschaffung der Zuchtmittelkategorie und des Jugendarrests. Dies gilt insbesondere für den Freizeit- und Kurzarrest, für den eine Legitimation selbst bei veränderten Rahmenbedingungen nicht besteht. Der sogenannte Warnschussarrest nach § 16 a JGG ist als Aufwertung dieses überkommenen Instruments des Freiheitsentzuges abzulehnen.

Es bestehen schon jetzt erhebliche Möglichkeiten eines verstärkten Gebrauchs von Arrestalternativen. Insbesondere die Zahl der Ungehorsamsarreste erscheint zu hoch und verweist auf Probleme bei der Auswahl und Durchführung ambulanter Maßnahmen. Mehrfachanordnungen von Jugendarrest werden abgelehnt. Der Strafverteidigertag tritt jedweder Sanktionierung von Schulversäumnissen mit dem Mittel des Jugendarrestes entgegen.

Unakzeptabel ist der in wenigen Bundesländern immer noch praktizierte Vollzug des Arrests in Räumen der Amtsgerichte als reiner Einschluss- und Verwahrarrest. Solange die Abschaffung des Jugendarrests politisch nicht umsetzbar ist, aber jährlich viele tausend junge Menschen davon betroffen sind, muss der Jugendarrest durch die Einführung bzw. den Ausbau kurzzeitpädagogischer Konzepte umgestaltet werden. Erforderlich ist insbesondere eine Vernetzung mit Jugendhilfe und anderen externen Institutionen.

Der Vollzug des Arrests ist nach außen zu öffnen. Dazu sind Besuchsmöglichkeiten zu eröffnen und Eltern oder andere Bezugspersonen in die Arrestgestaltung einzubeziehen. Die Teilnahme an Angeboten außerhalb der Anstalt ist zu fördern. Das im JGG normierte strikte Trennungsgebot zu anderen Einrichtungen des Justizvollzugs ist einzuhalten.

Ein angemessener Umgang mit jungen Menschen im Kontext des JGG erfordert ein hohes Maß an Qualifikation und Kooperation aller beteiligten Berufsgruppen. Jeder Fall drohenden Freiheitsentzuges ist ein Fall notwendiger Verteidigung.

Erkenntnisse aus Langzeituntersuchungen, insbesondere des DFG Forschungsprojekts zu Lebenslagen und Kriminalitätsentwicklung bei Duisburger Jugendlichen, zeigen auf, dass Verlaufspfade von Kriminalität Jugendlicher, unabhängig von Sanktionierungen, eher Kriminalitätsausstiegspfade als Rückfallpfade sind. Präventionshoffnungen auf die Mittel des Strafrechts außerhalb ambulanter Verfahrenserledigungen sind empirisch nicht belegbar. Frühe Kriminalität bedeutet keine persistente Kriminalität. Versuche der Einbindung in positive Peer-groups erweisen sich gegen jede Art von Exklusion als überlegen.

AG 7: Strafvollzug im Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit?

1. Fast alle Strafvollzugsgesetze enthalten als eigenständige Vollzugsaufgabe den Schutz der Allgemeinheit. Darunter wird nach herrschender Meinung die Verhinderung weiterer Straftaten während des Strafvollzuges verstanden (vgl. Beck-OK, Strafvollzug Bund/Gerhold, StVollZG, § 2 Rn. 10). Ein dauerhafter Schutz der Allgemeinheit kann allerdings nicht durch Gefängnismauern erreicht werden, sondern nur durch das Vollzugsziel der Resozialisierung. Die Formulierung »Schutz der Allgemeinheit« sollte deshalb aus sämtlichen Strafvollzugsgesetzen gestrichen werden.
2. Gefangene und die Gesellschaft haben einen Anspruch auf Resozialisierung während des Vollzuges, insbesondere aber auch nach Haftentlassung. Resozialisierung endet nicht an der Gefängnismauer. Mit einer Optimierung und Verzahnung aller ambulanten Maßnahmen könnten die Rückfallquoten weiter abgesenkt werden.
3. Ca. 10 Prozent der Inhaftierten verbüßen Ersatzfreiheitsstrafen, 20 Prozent eine kurze Freiheitsstrafe unter 6 Monaten - der moderne Behandlungsvollzug kann diese Gefangenen nicht sinnvoll resozialisieren. Für diese Straftäter mit leichter Kriminalität sind dringend ambulante Alternativen zu entwickeln.

4. Verschiedene Projekte des Übergangsmagements mit einer Verzahnung der anstaltsinternen Entlassungsvorbereitung und der Bewährungshilfe bzw. der Haftentlassenenhilfe haben nachgewiesen, dass so das »Entlassungsloch« vermieden und die hohen Rückfallraten insbesondere im ersten Jahr nach der Entlassung erheblich reduziert werden können. Hier sind alle Länder gefordert, ein leistungsfähiges Gesamtsystem der ambulanten und stationären Resozialisierung zu entwickeln und eine Finanzierung sicherzustellen.
5. Die weitgehend unverbindlichen Kooperationsregeln in den Strafvollzugsgesetzen der Länder reichen nicht aus, um ein solches System rechtlich, organisatorisch, finanziell und personell abzusichern. Zu begrüßen sind deshalb Initiativen für Landes-Resozialisierungsgesetze wie im Saarland, Niedersachsen, Hamburg und Thüringen.
6. Der Rechtsschutz von Gefangenen muss deutlich verbessert werden.
 - a) Dazu gehört zunächst ein Anspruch des Gefangenen selbst oder über seinen Verteidiger auf Einsicht in die Gefangenenpersonalakte.
 - b) Vollzugslockerungen haben sowohl für das Vollzugsziel als auch - insbesondere bei langen Freiheitsstrafen - für die im Aussetzungsverfahren durch das Gericht zu treffende Prognoseentscheidung zentrale Bedeutung. Damit unvereinbar ist es, die Gewährung von Vollzugslockerungen in das Ermessen der Justizvollzugsanstalt zu stellen. Sofern weder Flucht- noch Missbrauchsgefahr begründet werden kann, muss der Gefangene einen Anspruch auf Vollzugslockerungen haben. Nur so kann sichergestellt werden, dass Gefangene Vollzugslockerungen und damit ihren Anspruch auf vorzeitige Entlassung gerichtlich durchsetzen können.
 - c) Vorstellbar wäre eine Regelung analog § 119a StVollzG Bund.
7. Unabhängig vom Vorliegen einer positiven Prognose ist in den Strafvollzugsgesetzen ein Anspruch des Gefangenen auf Gewährung von Vollzugslockerungen spätestens 6 Monate vor Vollverbüßung zu verankern. Befürchtungen der Flucht oder des Missbrauchs haben bei einem Gefangenen, der kurz vor der Entlassung steht, zurückzustehen hinter dem Nutzen der Vollzugslockerungen für eine professionell begleitete Entlassungsvorbereitung inklusive einem ausgebauten Übergangsmangement und damit für die Verringerung von Rückfallrisiken.
8. Die Verbüßung der Freiheitsstrafe im offenen Vollzug ist auszubauen. Im offenen Vollzug können die besseren Resozialisierungserfolge erzielt werden. Offener Vollzug sollte der Regelvollzug sein.

AUTOREN

PROFESSOR DR. KARSTEN ALTENHAIN ist Dekan der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

HORST BECKER (VRiLG a.D.) war Vorsitzender Richter am Landgericht Hamburg und mit der Entlassungsprüfung von Strafgefangenen und Sicherungsverwahrten befasst.

HANS-ERNST BÖTTCHER war von 1991 bis 2009 Präsident des Landgerichts in Lübeck, seit 2015 ist er als Rechtsanwalt zugelassen. Böttcher ist Mitgründer (1998) und war bis 2010 Vorstandsmitglied des Vereins Forum Justizgeschichte – Vereinigung zur Erforschung und Darstellung der deutschen Rechts- und Justizgeschichte des 20. Jahrhunderts sowie 2012 und 2014 für das Forum Vorsitzender der Jury zur Verleihung des Richard-Schmid-Preises.

ANNE BRÄUCHLE ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen.

STEFAN CASPARI ist Vorsitzender Richter am Landgericht Dessau-Roßlau.

PRIV.-DOZ. DR. KEN ECKSTEIN ist Strafverteidiger und lehrt als Professurvertretung Strafrecht am Institut für Kriminalwissenschaften der Philipps Universität Marburg.

DR. RALF ESCHELBACH ist Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe.

GERALD GOECKE ist Strafverteidiger in Kiel.

KAI GUTHKE ist Strafverteidiger in Frankfurt/Main.

PROFESSOR DR. MATTHIAS JAHN lehrt Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. und ist Leiter der Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung

DR. IRIS-MARIA KILLINGER ist Strafverteidigerin in Hamburg.

PROFESSOR DR. JÖRG KINZIG ist Direktor des Instituts für Kriminologie der Universität Tübingen.

RALPH KNISPEL ist Oberstaatsanwalt in Berlin und Vorsitzender der Vereinigung Berliner Staatsanwälte (VBS).

PROFESSOR DR. STEFAN KÖNIG ist Strafverteidiger in Berlin.

UTE MCKENDRY ist Richterin am Amtsgericht Borna.

PROFESSOR DR. FRANK MEYER lehrt Strafrecht an der Universität Zürich und ist Strafverteidiger.

DR. ALI B. NOROUZI ist Strafverteidiger in Berlin.

DR. HABIL. HELMUT POLLÄHNE ist Strafverteidiger in Bremen.

CHRISTOF PÜSCHEL ist Strafverteidiger in Köln.

DR. WILHELM TOPHINKE ist Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie und regelmäßig als psychiatrischer Gutachter aktiv.

PROFESSOR DR. ENDRIK WILHELM ist Strafverteidiger in Dresden.

