


2024: A COURT ODYSSEY

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

Texte und Ergebnisse des 45. Strafverteidigtages



Interaktive PDF

 Links zu im Internet auffindbaren Quellen sind farbig gekennzeichnet.

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen

Band 45

Seit dem ersten Strafverteidigertag werden die Ergebnisse der Beratungen veröffentlicht. Diese »Ergebnisbände« sollen sukzessive digitalisiert und in elektronischer Form zugänglich gemacht werden, um sie allen Interessierten zur Verfügung zu stellen.

Ab Band 45 werden die Ergebnisse ausschließlich in elektronischer Form erscheinen – das spart Ressourcen und sichert einen unkomplizierten Zugang für alle Interessierten.

Die bislang digitalisierten Bände finden Sie unter:

<https://strafverteidigertag.de/2-schriftenreihe/>

Macht und Ohnmacht vor Gericht

45. Strafverteidigertag
Hamburg, 1. - 3. März 2024

Deutsche Bibliothek - CIP Einheitsaufnahme
Macht und Ohnmacht vor Gericht
Texte und Ergebnisse des 45. Strafverteidigertages
Hamburg, 1. - 3.3.2024
[Hrsg. v.d. Strafverteidigervereinigungen, Organisationsbüro]
Berlin 2025
Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen (SchrStVV), Band 45
Der vorliegende Band 45 der SchrStVV erscheint rein digital (als PDF und EPUB).

Alle Rechte vorbehalten.
Die Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen wird herausgegeben von den
Strafverteidigervereinigungen
Redaktion & Verlag Thomas Uwer | Organisationsbüro
Umschlagbild: organisationsbüro
Münchener Str. 16
10779 Berlin

Inhalt

- S. 9 Dr. Margarete Gräfin von Galen
MACHT UND OHNMACHT VOR GERICHT
- S. 51 Professor Dr. Jan Bockemühl
DOKUMENTATION DES ERMITTLUNGSVERFAHRENS
DIE SICHT DER VERTEIDIGUNG AM BEISPIEL DER ZEUGEN- UND
BESCHULDIGTENVERNEHMUNG
- S. 69 Dr. Yannic Hübner
DIE FAIRE FALLE IM RECHTSSTAAT?
- S. 81 Dr. Carolin Arnemann
DIE HERAUSFORDERUNG DER FEHLURTEILE
- S. 97 Professor Dr. Ralf Eschelbach
VOM REFORMIERTEN STRAFPROZESS ZUM FEHLURTEIL
- S. 113 Laura Farina Diederichs
DIE ENTSCHLÜSSELUNG VON FEHLURTEILEN
EINE AUSWERTUNG EMPIRISCHER UNTERSUCHUNGEN VON
STRAFGERICHTLICHEN FEHLURTEILEN
- S. 141 Regina Rick
DER FALL GENDITZKI
EIN BERICHT AUS DER PRAXIS
- S. 153 Anna Busl
KLIMA UND STRAFRECHT

- S. 177 Prof. Dr. Anja Schiemann
UMWELTSTRAFRECHT UND DIE NEUE EU-RICHTLINIE
BRAUCHEN WIR EINEN STRAFTATBESTAND DES ÖKOZIDS ODER EIN
›KLIMASTRAFRECHT‹?
- S. 199 Dr. Ulrich Leimenstoll
VERTEIDIGUNG IN UMWELTSTRAFSACHEN
- S. 229 Prof. Dr. iur. habil Helmut Pollähne
DER 64ER AUF ENTZUG
ZUR REFORM DER UNTERBRINGUNG IN EINER ENTZIEHUNGSANSTALT
- S. 251 Prof. Dr. med. Birgit Völlm, PhD MRCPsych DiplForPsych
KLINISCHE PERSPEKTIVEN AUF DEN (NEUEN) § 64 STGB
- S. 269 Inge Schulten
MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN IN DER
BETREUUNG VON SUCHTKRANKEN IN EINER
JUSTIZVOLLZUGSANSTALT
AM BEISPIEL DER BETREUUNG IN DER JUSTIZVOLLZUGSANSTALT LINGEN,
NIEDERSACHSEN
- S. 277 Dr. med. Friederike Höfer
§ 64 STGB-REFORM UND WAS NUN?
EIN BLICK IN DIE SCHWEIZ
- S. 291 Prof. Dr. Robert Esser
ZUSICHERUNGEN IM AUSLIEFERUNGSVERKEHR ALS
VERFASSUNGSRECHTLICHER PRÜFGEGENSTAND
- S. 315 Gabriele Heinecke
SPRACHE IST HERRSCHAFT
ZUR FUNKTION DER SPRACHE IN DER JUSTIZ
- S. 327 ANNEX: RECHTSPOLITISCHE THESEN DES 45. STRAFVERTEIDIGERTAGES
ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPEN

Dr. Margarete Gräfin von Galen

MACHT UND OHNMACHT VOR GERICHT

Meine Damen und Herren, liebe Kolleginnen und Kollegen,
liebe Alle,

Macht und Ohnmacht in der Strafgerichtsbarkeit ist das Thema des diesjährigen Strafverteidigertages. Macht und Ohnmacht vor Gericht – dürfen wir *überhaupt* noch darüber sprechen, wenn in anderen Regionen der Welt, ganz andere Dimensionen von Macht und Ohnmacht stattfinden? Müssen wir nicht dankbar sein, dass unsere Gerichtsgebäude keinen Bombenangriffen ausgesetzt sind, dass wir eine klare Verfassung haben, eine Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts, die zwar lange Zeit damit beschäftigt war, neue Tatbestände zu schaffen, Strafen zu erhöhen und prozessuale Sicherungen abzuschaffen, aber uns doch keine unendliche Präventivhaft beschert hat und in einem Gesetzgebungsverfahren im Frieden entsteht? Tote in der Wüste, Tote im Mittelmeer, Tote in der Ukraine, Vergewaltigungen, Entführungen und Tote in Israel, Tote in Gaza – ist es überflüssiger Luxus, in dieser Situation über Macht und Ohnmacht vor deutschen Gerichten zu sprechen?

In der Präambel der Europäischen Menschenrechtskonvention, bekennen sich die Unterzeichnerstaaten, von denen wir einen am 16.09.2022 verloren haben,¹ zu einem

»vom gleichen Geist *beseelt*[en]...gemeinsame[n] Erbe an politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit.«

Rechtsstaatlichkeit gehört auch zu den Gründungswerten der Europäischen Union, wie sie in Art. 2 des EU-Vertrages festgehalten sind.²

Auch wenn es schwer fällt – und ich gebe zu, es ist mir in der Vorbereitung auf den heutigen Abend schwergefallen –, wir, die wir das Privileg haben, im Luxus der Rechtsstaatlichkeit zu leben, müssen erst recht dafür eintreten, dass der Glaube an die Bedeutung der Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit erhalten bleibt und wir unsere Seele nicht verlieren.

Es lohnt sich, über das Thema des Strafverteidigertages nachzudenken.

Zunächst möchte ich mich aber bedanken, wie es auch die vielen Vorredner und sehr wenigen Vorrednerinnen dieses Abends getan haben, dass ich heute zu Ihnen sprechen darf. Auch mir ist es eine Ehre, hier zu stehen und den 45. Strafverteidigertag zu eröffnen. Tatsächlich bin ich in der Geschichte der Strafverteidigertage erst die dritte Frau, die an einem Freitagabend vor Ihnen steht. Dies ist Ausdruck einer anderen Geschichte von Macht und Ohnmacht, über die ich heute nicht sprechen werde – auch wenn sich manche Parallelen ziehen ließen.

1 Gemäß der [Entschließung des Ministerkomitees des Europarates vom 23.03.2022 – CM/Res\(2022\)3](#) – ist die Russische Föderation seit dem 16.09.2022 keine Hohe Vertragspartei der Europäischen Menschenrechtskonvention mehr.

2 Vgl. Art. 2 Satz 1 [EU-Vertrag](#).

I. RECHTSSTAATLICHKEIT UND VORBEUGUNG GEGEN MACHTMISSBRAUCH

Liebe Kollegen und Kolleginnen, die ›Europäische Kommission für Demokratie durch Recht‹ des Europarats, kurz Venedig Kommission, hat 2016 eine ›Rule of Law Checklist‹ verabschiedet.³ Mit dieser Checkliste hat die ›Venedig Kommission‹ fünf ›Benchmarks‹ entwickelt, die den Rechtsstaatsbegriff vereinheitlichen und länderübergreifend die Kernelemente der Rechtsstaatlichkeit beschreiben.

1. BENCHMARKS DER RECHTSSTAATLICHKEIT

Dies sind: Gesetzmäßigkeit, Rechtssicherheit, Gleichheit vor dem Recht und Diskriminierungsverbot, Zugang zur Justiz und – zu unserem heutigen Thema: »prevention of abuse of powers« – Vorbeugung oder Prävention gegen Machtmissbrauch.⁴

»Rechtsstaatlichkeit« braucht, so die Venedig Kommission, ein »enabling environment«, also »günstige Umstände«. Diese günstigen Umstände findet die Rechtsstaatlichkeit in den Menschenrechten und in der Demokratie. Die günstigen Umstände identifiziert die Venedig Kommission wie folgt:

- Beteiligung der Menschen am Entscheidungsprozess
- Schutz der Individuen vor willkürlichen und ausufernden Eingriffen in ihre Freiheiten
- Sicherung der Menschenwürde⁵

Um diese Bedingungen zu gewährleisten, braucht es, so die Venedig Kommission, zwei wesentliche Bedingungen:

- Begrenzung und unabhängige Überprüfung der Ausübung öffentlicher Macht
- Rechenschaftspflicht für diejenigen, die die öffentliche Gewalt ausüben⁶

3 Venedig-Kommission, [The Rule of Law Checklist vom 18.03.2016, CDL-AD\(2016\)007](#), S. 1; Die Rule of Law Checklist gibt es nicht in deutscher Sprache. Alle Zitate sind von der Verfasserin aus dem Englischen übersetzt.

4 Venedig-Kommission (Fn. 3), S. 5, Tz. 6.

5 Vgl. Venedig-Kommission (Fn. 3), S. 9, Tz. 33.

6 Venedig-Kommission (Fn. 3), S. 9, Tz. 33.

Damit sind wir beim Thema des heutigen Abends:

Prävention gegen Machtmissbrauch. Ich werde heute an einzelnen Beispielen untersuchen, inwiefern diese Bedingungen im Alltag des Strafverfahrens realisiert sind. Haben wir genügend Mechanismen zur Vorbeugung gegen Machtmissbrauch eingerichtet und sind sie wirksam?

Zunächst möchte ich einem Missverständnis vorbeugen. Wenn ich heute über Prävention gegen Machtmissbrauch spreche, dann geht es nicht um einen subjektiven Schuldvorwurf gegen diejenigen, die die Macht ausüben. Es geht um objektiven Machtmissbrauch, objektiv, wie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Willkür definiert wird. Nicht subjektive Willkür ist verfassungswidrig, sondern – so das Bundesverfassungsgericht – die objektive, tatsächliche Unangemessenheit einer Maßnahme im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, deren sie Herr werden soll. Willkür impliziert keinerlei Schuldvorwurf.⁷ Auch Machtmissbrauch ist objektiv zu definieren.

Prävention gegen Machtmissbrauch ist die Vorbeugung gegen objektiv möglichen Missbrauch der Macht.

2. WAS HEISST VORBEUGUNG?

Vorbeugung geschieht einerseits durch Regeln, die Machtmissbrauch verhindern sollen. Vorbeugung bedeutet aber auch die unabhängige und effektive Kontrolle im Nachhinein, d.h. die Kontrolle der gebrauchten Macht. In den Fällen von fehlerhaftem Gebrauch der Macht hat die Kontrolle zwei Funktionen:

Die eine ist die Korrektur des Machtgebrauchs im Einzelfall. Die andere Funktion möchte ich als »positive Generalprävention« bezeichnen. Entscheidungen, die Machtmissbrauch feststellen, wirken als positive Generalprävention für zukünftiges Handeln der mit Macht ausgestatteten Akteure.

Hinzu kommt idealerweise die Rechenschaft. Rechenschaft ist die Übernahme von Verantwortung für Handlungen in Ausübung der Macht. Auch die Verantwortungsübernahme hat zwei Funktio-

⁷ BVerfG, Beschl. v. 31.07.2023 – 2 BvR 1014/21 Tz. 32.

nen: Die Kompensation für den Einzelnen und Annäherung an die Gerechtigkeit im Einzelfall. Aber auch die generalpräventive Wirkung wenn aus der Entscheidung im Einzelfall deutlich wird, dass der Missbrauch von Macht rechenschaftspflichtig ist.

Die Frage des Abends ist: Wie gut sind wir bei der Vorbeugung aufgestellt? Was braucht es, damit unsere Gesellschaft der Aufgabe – Schutz der Demokratie durch Schutz des Rechtsstaats durch Prävention gegen Machtmissbrauch – gerecht wird. Haben wir genug Prävention gegen Machtmissbrauch?

Diese Frage hängt eng mit der Frage zusammen, wie die Macht verteilt ist. Für den Strafprozess möchte ich mich heute auf die drei Verfahrensbeteiligten Staatsanwaltschaft, Gericht und Beschuldigte und ihre Verteidiger konzentrieren.

II. DIE MACHT DER STAATSANWALTSCHAFT

Da ist zunächst die Macht der Staatsanwaltschaft. In Deutschland gehört die Staatsanwaltschaft zur Exekutive.⁸ Sie ist nicht – wie in manchen anderen Ländern der EU⁹ – unabhängig.¹⁰ Strukturell haben wir in Deutschland also die klassische Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Judikatur. Akte der Staatsanwaltschaft sind justiziabel und unterliegen der Überprüfung durch unabhängige Gerichte. Dennoch liegt die Macht nicht allein bei den Gerichten. Auch die Staatsanwaltschaft hat eine erhebliche Macht, die nicht durch die Judikatur gebremst wird.

Bei der Staatsanwaltschaft sind zwei verschiedene Arten von Macht zu unterscheiden: Die faktische Macht und die gesetzliche Macht.

8 LR-StPO/*Kühne*, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. J Rn. 55.

9 Nähere Informationen in deutscher Sprache zu den Staatsanwaltschaften der EU-Mitgliedstaaten finden sich unter: https://e-justice.europa.eu/29/DE/types_of_legal_professions#tocHeader2 (zuletzt abgerufen am 28.05.2024).

10 Vgl. LR-StPO/*Kühne* (Fn. 8), Einl. Abschn. J Rn. 56: Die Staatsanwaltschaft untersteht als Justizbehörde dem Justizministerium.

1. DIE FAKTISCHE MACHT

Nicht zu unterschätzen ist die faktische Macht, die sich aus der tatsächlichen Nähe zu den Gerichten ergibt. Staatsanwälte und Staatsanwältinnen arbeiten im gleichen Gebäude wie die Gerichte, sie essen in der gleichen Kantine zu Mittag, sie unterliegen den gleichen Beurteilungsregeln. Sie werden vom gleichen Arbeitgeber bezahlt. Die Inneneinrichtung der Gerichtssäle ist häufig so gestaltet, dass nur die Staatsanwaltschaft mit dem Gericht buchstäblich auf Augenhöhe sitzt. Hinzu kommt die Platzierung der Staatsanwaltschaft auf der Fensterseite, d.h. im Lichteinfall, während die Verteidigerinnen im Gegenlicht sitzen. Aus diesem Setting folgt ein Schulterchluss der Justizfamilie, der zwar gelegentlich Risse haben kann, aber doch – von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen – ein niemals ganz zu beseitigendes Hindernis darstellt.

Durch diese faktische Nähe versagt die Gewaltenteilung. Richtern und Richterinnen fällt es emotional schwer, Entscheidungen zu treffen, die den Wünschen der Staatsanwaltschaft entgegenstehen. Richter sehnen sich nach Harmonie mit der Staatsanwaltschaft und fühlen sich wohler, wenn die Staatsanwaltschaft mit dem Ergebnis, zu dem die Richter kommen, einverstanden ist.

Bei den Ermittlungsmaßnahmen stellen wir fest: Statt richterlicher Kontrolle herrscht blindes Vertrauen. Beschlussentwürfe der Staatsanwaltschaften werden einschließlich redaktioneller Fehler unterschrieben.¹¹ Untersuchungen des Max-Planck-Instituts und von *Backes* und *Gusy* ergaben 2003 eine Ablehnungsquote von 0,4 oder 0,3 Prozent der staatsanwaltschaftlichen Anträge bei TKÜ-Maßnahmen.¹² *Backes* und *Gusy* zufolge übernahmen die Ermittlungsrichter in einem Drittel der Fälle die Anträge der Staatsanwaltschaft wörtlich.¹³ Lag dem Antrag ein Beschlussentwurf bei, unterschrieben die Ermittlungsrichter diesen immer und nahmen in 92,3 Prozent keine

11 *Backes/Gusy*, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung, Bielefelder Rechtsstudien Band 17, 2003, S. 47, 124.

12 *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, 100b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003, S. 177; *Backes/Gusy* (Fn. 11), S. 123.

13 *Backes/Gusy* (Fn. 11), S. 48.

Änderungen vor.¹⁴ Die Wissenschaft scheint sich mit diesem Zustand abgefunden zu haben – jedenfalls hat sich 20 Jahre später nichts Wesentliches geändert und aktuelle Untersuchungen sind nicht ersichtlich.

Wir stellen also fest, in dem Näheverhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Gerichten herrscht eine ungeteilte Macht des Faktischen. Die Kontrolle ist normativ vorhanden. Faktisch aber versagt sie. Wenn man so will, eine Abwandlung von Jellineks »normativer Kraft des Faktischen«:¹⁵ Das Faktische macht die Normen wirkungslos. Prävention gegen Machtmissbrauch kraft normativer Kontrolle findet nicht statt.

Und wie das Bundesverfassungsgericht vor zehn Jahren in der Entscheidung zu den Verfahrensabsprachen festgestellt hat, dieser Zustand ist auch verfassungswidrig, denn »im Rechtsstaat des Grundgesetzes (bestimmt) das Recht die Praxis und nicht die Praxis das Recht«.¹⁶

2. DIE GESETZLICHE MACHT

Ein weiterer wichtiger Faktor für die Beurteilung der Macht der Staatsanwaltschaft ist die gesetzlich begründete Macht. Die Staatsanwaltschaft hat zwar nicht die Macht, letzte Entscheidungen zu treffen. Theoretisch ist mit der Zuständigkeit der Gerichte für alle letzten Entscheidungen Prävention durch gerichtliche Kontrolle gewährleistet, auch wenn diese praktisch, wie ich gerade beschrieben habe, nicht ausreichend wirksam ist.

Die gesetzlich vorgesehene Macht der Staatsanwaltschaft besteht – abgesehen von der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen, die keinen Richtervorbehalt haben – in der Initiativmacht: Die Staatsanwaltschaft leitet ein, sie beantragt, sie klagt an, sie wird aber niemals entscheiden. Diese Initiativmacht ist besonders gefährlich, weil die Position der Staatsanwaltschaft ohne Verantwortung ausgestattet ist.

¹⁴ *Backes/Gusy* (Fn. 11), S. 47.

¹⁵ *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 339.

¹⁶ *BVerfG, Urt. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10*, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 Tz. 119.

Die Tätigkeit in einer Position, niemals für die allerletzte Entscheidung verantwortlich zu sein, kann an Staatsanwälten und Staatsanwältinnen nicht spurlos vorübergehen. Ich denke, dass diese institutionelle und gesetzlich angelegte ›Verantwortungslosigkeit‹ zu leichtfertigem Handeln verleitet. Leichtfertig insofern, als Zweifel keinen Platz haben und die in § 160 Abs. 2 StPO vorgesehene Objektivität nicht gelebt wird.

Gegen diese Initiativmacht und deren Auswirkungen gibt es praktisch keine Kontrolle und damit auch keine Vorbeugung gegen einen Missbrauch dieser Macht.

a) Die Entscheidung über den Anfangsverdacht

Das fängt an mit der Hoheit der Entscheidung über den Anfangsverdacht. Die Annahme eines Anfangsverdachts gemäß § 152 Abs. 2 StPO unterliegt keiner gerichtlichen Kontrolle. § 23 GVG ist nach h. M. nicht anwendbar, weil Aufklärung und Verfolgung von Straftaten keine Justizverwaltungsakte, sondern Prozesshandlungen sind.¹⁷ In der StPO ist ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nicht vorgesehen. Amtshafungsansprüche – ich komme dazu noch im Einzelnen – sind ebenfalls praktisch ausgeschlossen. Die Rechtsprechung räumt der Staatsanwaltschaft einen sehr weiten Ermessensspielraum ein und billigt sogar »subjektive, nicht näher verifizierbare Wertungen« des abwägenden Staatsanwalts.¹⁸

Vor diesem Hintergrund bewegt sich der Beginn von Ermittlungen weitgehend im rechtsfreien Raum. Die verbreitete Praxis, bei Eingang einer Strafanzeige ohne weitere Prüfung ein Aktenzeichen zuzuteilen und damit ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, steht im Widerspruch zu § 152 Abs. 2 StPO.¹⁹ Dort wird als Voraussetzung

¹⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 12.07.1984 – 1 Vas 68/84 – Wolters Kluwer Tz. 11 mwN; BVerfG, Beschl. v. 02.10.2003 – 2 BvR 660/03 Tz. 4; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO/Schmitt, 67. Aufl. 2024, EGGVG, § 23 Rn. 9 mwN; LRStPO/Mavany, 27. Aufl. 2020, § 152 Rn. 49 mwN; MüKo-StPO/Peters 2. Auflage 2024, § 152 Rn. 54; a.A. für einen Rechtsbehelf: Jahn FS Strauda 335 ff.; MüKo-StPO/Köbel/Ibold, 2. Auflage 2024, § 160, Rn. 56; LRStPO/Erb, 27. Auflage 2018, § 160, Rn. 72 mwN; SK-StPO/Wohlers/Deiters, 5. Auflage 2016, § 160 Rn. 79 mwN.

¹⁸ BGH, Urt. v. 21.04.1988 – III ZR 255/86 – Wolters Kluwer Rn. 22.

¹⁹ LR-StPO/Erb, 27. Aufl. 2018, vor § 158 Rn. 19; KK-StPO/Weingarten, 9. Aufl. 2023, § 158 Rn. 1.

bekanntlich das Vorliegen zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte gefordert und nicht der Eingang einer Strafanzeige. Eine Vorprüfung des Verdachts in einem AR-Verfahren kommt allenfalls Prominenten zugute.²⁰

Nach Aufnahme der Ermittlungen hat die Staatsanwaltschaft im weiteren Verfahren die Macht, das Strafverfahren zu gestalten: Durch die zwingenden Antragsvoraussetzungen für die gerichtlichen Entscheidungen im achten Abschnitt der StPO, für den Haftbefehl, für die Gestaltung der Untersuchungshaftbedingungen nach § 119 StPO. Sie hat die Befugnis, Einstellungsentscheidungen selbst zu treffen, beim Gericht zu initiieren oder zu betragen. Sie entscheidet über die Erhebung der Anklage und schließlich stellt sie den Antrag nach § 349 Abs.2 StPO, die Revision als offensichtlich unbegründet zu verwerfen.

Bei alledem droht Machtmissbrauch und es stellt sich die Frage nach der Prävention. Prävention liegt auch hier theoretisch in der Mitwirkungs- und Letztentscheidungsbefugnis der Gerichte. Praktisch sind wir aber auch hier in der Justizfamilie.

b) Amtshaftung und Kollegialgerichts Richtlinie

Wie wir wissen, kann die Staatsanwaltschaft mit den einzelnen Verfahrensschritten viel Schaden anrichten: psychischer Art, für Beschuldigte und deren Familien, aber auch materieller Art. Die gesetzlich vorgesehene Prävention durch die zuständigen Gerichte ist nur bedingt wirksam. Was ist, wenn die Gerichte falsch entscheiden und die Ursache auf rechtswidriges Handeln der Staatsanwaltschaft zurückzuführen ist? Was ist, wenn die Gerichte das Vorhaben der Staatsanwaltschaft – z.B. eine rechtswidrige Anklage – stoppen, der Angeschuldigte aber bis dahin psychisch und materiell gelitten hat? Gibt es dagegen Prävention?

Wenn man das deutsche Amtshaftungsrecht anschaut, muss man sagen: Nein, gegen rechtswidriges Handeln der Staatsanwaltschaft gibt es keine ausreichende Prävention. Zwar könnte § 839 Abs. 1 BGB eine Grundlage sein, Schadensersatzansprüche für fahrlässige

²⁰ Vgl. LR-StPO/*Erb* (Fn.19), vor § 158 Rn. 19 spricht von »schonungsbedürftigen Personen«.

Amtspflichtverletzungen der Staatsanwaltschaft durchzusetzen. Zivilrechtsurteile, mit denen Schmerzensgeld und Schadensersatz für rechtswidriges Handeln der Staatsanwaltschaft zugesprochen wird, würden im Einzelfall helfen, aber auch für alle Staatsanwaltschaften generalpräventiv wirken.

Diese Anspruchsgrundlage wird aber von der Kollegialgerichts-Richtlinie des BGH weitgehend ausgebremst.

Nach der Kollegialgerichts-Richtlinie trifft den Amtsträger in der Regel kein Verschulden, wenn ein mit mehreren Berufsrichtern besetztes Gericht die Amtstätigkeit als rechtmäßig angesehen hat. Dahinter steht die Idee,

»dass von einem Beamten eine bessere Rechtseinsicht als von einem mit mehreren Rechtskundigen besetzten Kollegialgericht regelmäßig nicht erwartet und verlangt werden kann.«²¹

Einzig Voraussetzung ist, dass das Kollegialgericht eine »sorgfältige Prüfung« vorgenommen hat.²² Eine Ausnahme von dieser Regel erlaubt der BGH nur, wenn das Gericht von falschen oder unzureichenden Tatsachen ausgegangen ist, wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt oder eine gesetzliche Bestimmung »handgreiflich falsch« ausgelegt hat.²³

Diese ›Richtlinie‹ bezieht sich einerseits auf Gerichtsentscheidungen in dem Verfahren, in dem die rechtswidrige Amtshandlung begangen worden ist. Sobald also ein Landgericht in einem Strafverfahren eine von der Staatsanwaltschaft beantragte Maßnahme für rechtmäßig befunden hat, ist ein Amtshaftungsanspruch gegen die handelnde Staatsanwaltschaft praktisch nicht mehr durchsetzbar.

Die ›Richtlinie‹ gilt aber auch für den Instanzenzug des zivilrechtlichen Schadensersatzverfahrens. Wenn in diesem Instanzenzug ein Kollegialgericht die Entscheidung der Beamtin für objektiv rechtmäßig befunden, also die Klage abgewiesen hat, soll nach BGH im weiteren Instanzenzug eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung nicht mehr in Betracht kommen.²⁴

21 BGH Urt. v. 09.07.2020 – III ZR 245/18 Tz. 17.

22 BGH Urt. v. 09.07.2020 – III ZR 245/18 Tz. 17.

23 BGH Urt. v. 09.07.2020 – III ZR 245/18 Tz. 17 m. Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung.

24 Vgl. BGH Urt. v. 09.07.2020 – III ZR 245/18 Tz. 16; GrünebergBGB/Sprau (Fn.25), § 839 Rn. 53.

Verfahren wegen Amtshaftungsansprüchen sind in erster Instanz ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich vor dem Landgericht zu führen²⁵ und in diesen Verfahren wird grundsätzlich in Kammerbesetzung entschieden.²⁶ Bei Amtshaftungsansprüchen ist also in der Regel in erster Instanz ein Kollegialgericht mit der Sache befasst. Wenn dieses Gericht die Amtshandlung für rechtmäßig befindet, ohne einen groben Fehler zu machen, ist diese Rechtsansicht für den weiteren Instanzenzug verbindlich.

Diese Rechtsprechung ist praktisch ein Freibrief für die Staatsanwaltschaft. Sie ist das Gegenteil von Prävention gegen Machtmissbrauch und – so meine ich – in dreifacher Hinsicht verfassungswidrig.

Diese Rechtsprechung bricht mit der Gewaltenteilung. Der BGH scheut sich nicht, seine Rechtsprechung als ›Richtlinie‹ zu bezeichnen. Richtlinien kennen wir im deutschen Recht als interne Verwaltungsvorschriften für die Exekutive.²⁷ Der BGH kann keine Richtlinie schaffen und damit die Anwendung von § 839 BGB für die Gerichte modifizieren. Das überschreitet die gerichtlichen Kompetenzen.

Außerdem verstößt die Richtlinie gegen die Rechtsweggarantie in Art. 19 Abs. 4 GG.

Das gilt, wenn eine Kammerentscheidung aus dem Strafverfahren vorliegt, wonach die beanstandete Amtshandlung der Staatsanwaltschaft rechtmäßig war und das Zivilgericht nach der Richtlinie an diese Entscheidung gebunden ist. In dieser Anwendung nimmt die ›Richtlinie‹ dem Betroffenen den kompletten Zivilrechtsweg. Schon die erste Instanz darf nicht mehr eigenständig entscheiden.

Aber auch wenn nur der Instanzenzug beschnitten wird, verstößt diese Praxis gegen Art. 19 Abs. 4 GG. Zwar garantiert Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich nicht den Instanzenzug.²⁸ Wenn aber das Prozessgesetz einen Instanzenzug vorsieht, ist dieser Instanzenzug der von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Rechtsweg.²⁹ Das Gericht darf ein

25 § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG.

26 § 348 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 lit. k) ZPO.

27 Z.B. die [Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren](#) (RiStBV).

28 Dürig/Herzog/Scholz-GG/*Schmidt-Aßmann*, 92. EL Stand: 08/2020, Art. 19 Abs. 4 Rn. 179.

29 [BVerfG, Beschl. v. 18.06.2019 – 1 BvR 587/17](#) Tz. 27; aA Dürig/Herzog/Scholz/*Schmidt-Aßmann* (Fn. 28), GG, Art. 19 Abs. 4 Rn. 179a.

von der Verfahrensordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer ›leer laufen‹ lassen.³⁰

Mit der Kollegialgerichts-Richtlinie tut der BGH genau dies – er lässt den Instanzenzug leer laufen, wenn die erstinstanzliche Entscheidung für die weiteren Instanzen bindend ist.

Darüber hinaus verletzt die Richtlinie das Recht des Klägers auf den gesetzlichen Richter, wenn das Zivilgericht an eine Kollegialgerichtsentscheidung im Strafverfahren gebunden wird. Dafür gibt es keine gesetzliche Grundlage.

Soweit ersichtlich hat die Kollegialgerichts Richtlinie bislang nicht dem Bundesverfassungsgericht vorgelegen und der Gang zum Bundesverfassungsgerichts erfordert von den Betroffenen auch einen langen Atem. Wer nach Klageabweisung durch das Landgericht beim OLG angekommen ist, wird sich lieber vergleichen, als sehenden Auges in die Aufhebung durch den BGH zu gehen.

Das ist Machtmissbrauch, liebe Kolleginnen und Kollegen, und Prävention durch das Bundesverfassungsgericht ist nicht in Sicht.

c) Keine Prävention gegen lange Verfahren

Ein anderes Problem bei der Staatsanwaltschaft ist Macht durch Untätigkeit oder Verlängerung des Verfahrens durch sinnlose Ermittlungsmaßnahmen – also Macht durch Fortführung des Ermittlungsverfahrens, obwohl es nach § 170 Abs.2 StPO einstellungsreif ist. Natürlich gibt es auch unangemessene Verzögerungen, wenn das Ermittlungsverfahren mit einer Anklageerhebung endet. Ich denke, das ist zahlenmäßig aber nicht so ein Problem, wie die Verzögerung vor der Einstellungsentscheidung.

Die Einstellungsentscheidung nach § 170 Abs. 2 StPO ist keine Ermessensentscheidung, sondern Rechtsanwendung mit Beurteilungsspielraum.³¹ Obwohl weitgehend anerkannt ist, dass aus einer Verzögerung der Einstellungsentscheidung Amtshaftungsansprüche

30 BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07 Tz. 68.

31 BGH, Urt. v. 21.04.1988 – III ZR 255/86 – Wolters Kluwer Tz. 18, 21, 23; BGH, Urt. v. 18.06.1970 – III ZR 95/68 = NJW 1970, 1543 (1544).

erwachsen können,³² tut sich an der Stelle nichts. Es gibt *eine* veröffentlichte BGH-Entscheidung, mit der Schadensersatz wegen Fortführung des Ermittlungsverfahrens über einen konkreten Tag hinaus zugesprochen wurde und die stammt aus dem Jahr 1988.³³ *Graalmann-Scheerer*, ehemalige Generalstaatsanwältin in Bremen, beklagt bei Löwe-Rosenberg die Rechtlosigkeit des von einem offenen Ermittlungsverfahren belasteten Beschuldigten und kritisiert die Verfahrensdauer von über einem Jahr;³⁴ bei großen Wirtschaftsstrafverfahren, aber auch in anderen Sachen ist das nichts.

Peter Riess hat bereits 1995 den Vorschlag gemacht, ein gerichtliches Einstellungserzwingungsverfahren beim Oberlandesgericht zu schaffen. In seinem Beitrag in der Festschrift für *Geerds* skizziert er ein an die Haftkontrolle nach § 121 StPO angelehntes Verfahren, in dem ab einer bestimmten Dauer des Ermittlungsverfahrens eine begleitende gerichtliche Kontrolle stattfindet. Das OLG prüft in regelmäßigen Abständen, ob der Umfang oder die Schwierigkeit der Ermittlungen (oder andere wichtige Gründe) einer Abschlussscheidung der Staatsanwaltschaft entgegenstehen. Das OLG kann die Staatsanwaltschaft dazu verpflichten, das Verfahren einzustellen.³⁵ Wie Sie wissen, blieb dieser Vorschlag beim Gesetzgeber unerhört.

Man könnte denken, durch die Einführung von § 198 GVG Ende 2011 wäre ein Instrument geschaffen worden, das nicht nur eine angemessene Entschädigung für die unangemessene Dauer von Gerichtsverfahren ermöglicht, sondern auch Präventionswirkung gegen überlange Ermittlungsverfahren entfaltet. Das ist aber offensichtlich nicht so.

Die §§ 198 ff. GVG wurden durch das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren eingeführt und sind seit dem 03.12.2011 in Kraft.³⁶

32 BGH, Urt. v. 21.04.1988 – III ZR 255/86 – Wolters Kluwer; KK-StPO/*Diemer*, § 152 Rn. 14; MüKo-StPO/*Kölbl/Nefzeler*, § 170 Rn. 35.

33 BGH, Urt. v. 21.04.1988 – III ZR 255/86 – Wolters Kluwer Tz. 36.

34 LR-StPO/*Graalmann-Scheerer*, § 170 Rn. 12.

35 *Riess* FS *Geerds*, 1995, S. 501 (516 f.).

36 Art. 24 des Gesetzes über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011, *BGBl. 2011 I Nr. 60, S. 2302* (2312).

Schon die Zögerlichkeit des deutschen Gesetzgebers bis zur Verabschiedung dieses Gesetzes zeigt, wie unbeliebt das Anliegen ist, die Betroffenen vor langen Verfahren zu schützen. Seit dem Urteil des EGMR in der Sache *Kudla gegen Polen* im Oktober 2000 war klar, dass Art. 13 EMRK einen nationalen Rechtsbehelf garantiert, mit dem der Betroffene die Verletzung des Rechts aus Art. 6 Abs. 1 EMRK, über eine Streitigkeit innerhalb angemessener Frist zu entscheiden, geltend machen kann.³⁷ Als Reaktion auf *Kudla gegen Polen*, gab es fünf Jahre später, im Jahr 2005, in Deutschland den Referentenentwurf eines Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Rechts auf ein zügiges Verfahren, das Untätigkeitsbeschwerdegesetz.³⁸ Obwohl Deutschland 2006 wegen unzureichender Rechtsschutzmöglichkeiten gegen überlange Verfahren verurteilt wurde,³⁹ wurde der Referentenentwurf im Jahr 2007 verworfen.⁴⁰ Trotz mehrerer weiterer Verurteilungen Deutschlands wegen überlanger Verfahrensdauer geschah erstmal wieder nichts.⁴¹

Bis schließlich der EGMR im September 2010 ein sogenanntes Piloturteil gegen Deutschland traf, in dem er die Untätigkeit Deutschlands deutlich kritisierte und eine Frist von einem Jahr setzte, den gebotenen Rechtsbehelf zu schaffen.⁴² Zu diesem Zeitpunkt waren 55 Verfahren wegen langer Verfahrensdauer gegen Deutschland anhängig.⁴³ In dem Piloturteil weist der EGMR ausdrücklich darauf hin, dass das Rechtsmittel nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch effektiv im Sinne von Art. 13 EMRK sein müsse.⁴⁴ Effektiv in diesem Sinne heißt in erster Linie Prävention gegen eine Verzögerung, oder Beendigung der bereits eingetretenen Verzögerung.⁴⁵ Erst an zweiter Stelle steht ein angemessener Schadensersatz. Prävention sieht der

37 EGMR, Urt. v. 26.10.2000 – 3021/96 – *Kudla v. Polen* Tz. 156.

38 Geschäftszeichen des Bundesministeriums der Justiz R A 3 – 3100/28-1-R1 607/2005.

39 EGMR, Urt. v. 08.06.2006 – 75529/01 – *Sürmeli v. Deutschland*.

40 EGMR, Urt. v. 02.09.2010 – 46344/06 – *Rumpf v. Deutschland* Tz. 33.

41 Vgl. EGMR, Urt. v. 02.09.2010 – 46344/06 – *Rumpf v. Deutschland* Tz. 64 f., 68, 72; vgl. *Steinbeiß-Winkelmann*, ZRP 2010, 205.

42 EGMR, Urt. v. 02.09.2010 – 46344/06 – *Rumpf v. Deutschland* Tz. 61 f., 73.

43 EGMR, Urt. v. 02.09.2010 – 46344/06 – *Rumpf v. Deutschland* Tz. 69.

44 EGMR, Urt. v. 02.09.2010 – 46344/06 – *Rumpf v. Deutschland* Tz. 73.

45 EGMR, Urt. v. 08.06.2006 – 75529/01 – *Sürmeli v. Deutschland* Tz. 99.

EGMR am ehesten gewährleistet, wenn das Rechtsmittel selbst geeignet ist, das Verfahren zu beschleunigen.⁴⁶

Nichts von dem, was der EGMR auf der ersten Stufe für erforderlich hält, finden wir in § 198 GVG. Danach gibt es die Möglichkeit, die lange Verfahrensdauer erst zu rügen⁴⁷ und später auf Entschädigung zu klagen.⁴⁸ Der Anspruch ist verschuldensunabhängig, das ist aber auch der einzige Vorteil im Vergleich zum Amtshaftungsanspruch.⁴⁹

Ansonsten sind die Regeln der §§ 198 ff. GVG als Schutz gegen überlange Ermittlungsverfahren vollkommen unzureichend. Die Verzögerungsrüge ist zwingend erforderlich, um später Schadenersatz geltend machen zu können,⁵⁰ darüber hinaus bewirkt sie aber nichts. Insbesondere hat sie keinerlei Mechanismus, die Ermittlungen zu beschleunigen.⁵¹ Insbesondere das ›Drohpotential‹ eines späteren Schadensersatzanspruchs geht gegen Null.

Nach meiner Erfahrung – die sich insoweit auf das Land Berlin beschränkt – ist es relativ einfach, sich außergerichtlich mit dem Land auf den gesetzlichen Regelsatz von 100 € pro Monat der Verzögerung zu vergleichen. Aber wenn man mehr haben will, stellt sich für die Betroffenen die Kostenfrage. Die Entschädigung ist bei den Oberlandesgerichten geltend zu machen⁵² und es gilt die Zivilprozessordnung für Verfahren vor den Landgerichten.⁵³ Das bedeutet Anwaltszwang⁵⁴ und Darlegungslast für die ehemaligen Beschuldigten.⁵⁵ Die wenigsten Betroffenen können oder wollen es sich leisten, im Anschluss an das Strafverfahren noch einen aufwendigen Zivilprozess vor dem OLG zu führen.

46 EGMR, Urt. v. 08.06.2006 – 75529/01 – *Sürmeli v. Deutschland* Tz. 100.

47 Sogenannte Verzögerungsrüge gemäß § 198 Abs. 3 Satz 1 GVG.

48 § 198 Abs. 5 GVG.

49 Vgl. BT-Drs. 17/3802, S. 19; KK-StPO/*Barthe*, GVG, § 198 Rn. 2b, 2c.

50 § 198 Abs. 3 Satz 1 GVG.

51 MüKo-StPO/*Kreicker*, 1. Aufl. 2018, GVG, § 198 Rn. 9.

52 § 201 Abs. 1 Satz 1 GVG.

53 Gemäß § 201 Abs. 2 Satz 1 GVG.

54 Gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

55 Vgl. KG Berlin, Urt. v. 18.02.2020 – 7 EK 6/19 – juris Tz. 6; OLG Frankfurt, Beschl. v. 13.09.2012 – 4 EntV 7/12 Tz. 7.

Was der EGMR sich vorgestellt hat, ist mit der Lösung in § 198 GVG nicht umgesetzt. Das hat der EGMR auch bereits für ein deutsches Kindschaftsverfahren festgestellt. In einer Entscheidung, bei der es um die Verletzung von Art. 8 EMRK ging, befand der EGMR, dass die Verzögerungsrüge nach § 198 GVG nicht geeignet ist, eine hinreichend beschleunigende Wirkung auf das laufende Verfahren auszuüben. Wobei der EGMR speziell darauf abgestellt hat, dass ein Verfahren wegen Verletzung von Art. 8 EMRK besonderer Beschleunigung bedarf.⁵⁶ Auf dieses Urteil hat Deutschland im Jahr 2016 mit der Einführung einer Beschleunigungsbeschwerde für Kindschaftsverfahren reagiert, mit der unmittelbar die Beschleunigung des Verfahrens veranlasst werden kann.⁵⁷ Für das Strafverfahren fehlt ein solches Rechtsmittel.

Wenn man bedenkt, dass das Strafverfahren besondere Belastungen für die Betroffenen mit sich bringt, bin ich überzeugt, dass der EGMR die wirkungslose Verzögerungsrüge auch für das Strafverfahren als nicht ausreichend beanstanden würde. Alternativ könnte auch der Gesetzgeber darauf kommen, hier nachzubessern – die Rechtsprechung des EGMR gäbe dazu Veranlassung.

d) Fazit

Mein Fazit ist:

Was das Handeln der Staatsanwaltschaft angeht, fehlen uns ausreichende Mittel gegen Machtmissbrauch. Die Strafgerichte bieten keine ausreichende Kontrolle. Die Kollegialgerichts-Richtlinie vermittelt den Beamten der Staatsanwaltschaft die weitgehende Sicherheit, für fahrlässig schuldhaftes Handeln nicht in Anspruch genommen zu werden. Wird die rechtzeitige Einstellung des Verfahrens versäumt, gibt es ebenfalls keine Konsequenzen, deren Erwartung die Staatsanwaltschaft antreiben könnte.

⁵⁶ EGMR, Urteil v. 02.12.2014 – 62198/11 – *Kuppinger v. Deutschland* Tz. 140.

⁵⁷ BT-Drs. 18/9092, S. 15; vgl. § 155b Abs. 2 Satz 2 FamFG.

III. DIE MACHT DER GERICHTE

Aber, liebe Kolleginnen und Kollegen, – diese Macht der Staatsanwaltschaft unterscheidet sich deutlich von der Macht der Gerichte und des einzelnen Richters und der Richterin. Außer beim Antrag auf Aufhebung eines Haftbefehls vor Erhebung der öffentlichen Klage⁵⁸ hat die Staatsanwaltschaft nicht die Macht, in letzter Instanz zu entscheiden.

Die Einstellungsentscheidungen nach Opportunitätsgesichtspunkten sind – von geringfügigen Vergehen abgesehen⁵⁹ – von der Zustimmung der Gerichte abhängig.⁶⁰ Selbst Einstellungen nach § 170 Abs. 2 StPO unterliegen in den Fällen, wo es Geschädigte gibt, der gerichtlichen Kontrolle im Klageerzwingungsverfahren.⁶¹

Bevor ich mich der Macht der Gerichte zuwende und frage, was Vorbeugung in diesem Fall bedeuten kann, möchte ich zunächst ein Missverständnis ansprechen und ausräumen. Es ist das Missverständnis bei Richtern und Richterinnen, der Einsatz der Anwaltschaft für rechtsstaatliche Sicherungen im Strafprozess werde von persönlichem Misstrauen gegen Richter und Richterinnen geleitet. Jüngstes Beispiel ist die aktuelle Diskussion um das Gesetzesvorhaben zur Dokumentation der Hauptverhandlung. So meinte der ehemalige Vorsitzende Richter am Landgericht Ravensburg, jetzt Bundestagsabgeordneter der CDU/CSU Fraktion, Herr Müller, zu dem Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz: Das gesetzgeberische Handeln »erklärt sich nur mit einem unbegründeten Misstrauen in die Arbeit und die Qualität der Strafjustiz«.⁶²

Vorbeugung gegen Machtmissbrauch als ›Benchmark‹ für die Rechtsstaatlichkeit setzt Misstrauen gegen den Gebrauch der Macht voraus. Das Misstrauen, das Herr Müller zurecht erkennt, aber falsch eingeordnet hat, kann gar nicht »unbegründet« sein. Es ist das Misstrauen, das der Rechtsstaat braucht. Es ist das Misstrauen, das erforderlich

58 Gemäß § 120 Abs. 3 Satz 1 StPO.

59 Vgl. § 153 Abs. 1 Satz 2 StPO.

60 § 153 Abs. 1 Satz 1, § 153a Abs. 1 Satz 1 StPO.

61 Gemäß § 172 Abs. 2 bis 4 StPO.

62 Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht der 138. Sitzung vom 17.11.2023, [Plenarprotokoll 20/138](#), S. 17561.

ist, um die verfahrensrechtlichen und notwendigen – wie das Bundesverfassungsgericht formuliert – »Vorkehrungen«⁶³ zur Sicherung der Grundrechte der Beschuldigten im Strafprozess einzurichten.

Ich bin immer wieder erstaunt, dass dieses Misstrauensargument ausgerechnet von den Richtern und Richterinnen gezogen wird und frage mich, ob da ein schlechtes Gewissen mitschwingt. Denn für persönliches Misstrauen gibt es keine Veranlassung. Richter und Richterinnen sind durch den Richtereid auf die Ausübung ihres Amtes eingeschworen.⁶⁴ Damit sind für die individuelle Tätigkeit erst einmal die Weichen gegen jede Art von Machtmissbrauch gestellt.

Es sollte aber jedem Richter und jeder Richterin einleuchten, dass diese Weiche nicht die Einzige sein kann, die der Rechtsstaat benötigt, um den Zug auf der Strecke zu halten. Auch Richterinnen sollten den Einsatz von weiteren Weichen begrüßen. Im Strafprozess sind es »die Förmlichkeiten des Verfahrens«, die gewährleisten – ich zitiere *Wohlers*

»dass die mit der Durchführung des Strafverfahrens einhergehende staatliche Machtausübung nicht ausufert, sondern in bestimmten, als akzeptabel eingestuften Grenzen gehalten...«

wird.⁶⁵ Kurz und nochmal mit den Worten von *Wohlers*: »Grundrechtsschutz durch Verfahren«.⁶⁶

Wenn künstliche Intelligenz an die Stelle der Richter und Richterinnen gesetzt würde, wären die gleichen Verfahrenssicherungen notwendig, um Rechtssicherheit zu gewährleisten und Machtmissbrauch vorzubeugen.

Richter und Richterinnen haben Macht und üben Macht aus. Damit ist – denklogisch – auch Missbrauch der Macht möglich. Vorbeugung im Sinne der Venedig Kommission heißt, beim Einräumen von Macht den Missbrauch mitzudenken.⁶⁷ Für den Gesetzgeber bedeutet dies: Jede Machtposition ist mit einer Präventionsposition zu flankieren.

63 BVerfG, Urt. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 Tz. 107.

64 Richtereid gemäß § 38 Abs. 1 DRiG.

65 SK-StPO/*Wohlers*, 5. Aufl. 2018, Einl. Rn. 5.

66 SK-StPO/*Wohlers*, Einl. Rn. 5.

67 Vgl. Venedig-Kommission (Fn. 3), S. 17, Tz 65 f.

Mit Misstrauen in die Fähigkeiten einer bestimmte Berufsgruppe hat das nichts zu tun.

Gestatten Sie mir einen kleinen Ausflug in meine persönliche Erfahrung als Richterin des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin. Diese Erfahrung lässt mich sicher sagen: Bei der gesetzlichen Gestaltung von richterlichen Befugnissen braucht es Flanken, denn die Macht ist beim Gericht und nur beim Gericht. Für mich war es eine ungeheure Erfahrung, mich als Richterin plötzlich in der Machtposition zu befinden, entscheiden zu dürfen und das Recht zu haben, einfach zu sagen: So ist es.

Das ist ein vollkommen anderes Setting als die Strafverteidigung: Kein Werben um die eigene Rechtsauffassung, keine psychologischen oder taktischen Überlegungen, wie überzeuge ich Gericht und Staatsanwaltschaft davon, meinen Argumenten zu folgen. Einfach verbindlich feststellen: So ist es. Das ist absolute Macht – jedenfalls in der letzten Instanz –, über die niemand anderer verfügt.

Vor Gericht handeln nach heutigem Verständnis nur Subjekte, das gilt für die Beschuldigten, aber auch für Zeugen und natürlich auch für die Staatsanwaltschaft. Aber Macht haben nur die Richter und Richterinnen.

Was das bedeutet, hat Henrik Ibsen auf den Punkt gebracht, wenn er Johanna im ›Volksfeind‹ sagen lässt: »Was nützt das Recht ohne die Macht?«⁶⁸

1. DIE SORGE VOR DEM MACHTVERLUST

Um richterliche Macht geht es auch bei der Auseinandersetzung um die Einführung der Dokumentation der Hauptverhandlung.

Der Deutsche Bundestag hat am 17.11.2023 den vom Justizministerium vorgelegten Gesetzesentwurf zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung (Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz- DokHVG) mit den Stimmen der Regierungskoalition und der Fraktion der Linken verabschiedet.⁶⁹ Herzstück dieses Gesetzes ist die Audiodokumentation des gesprochenen Wortes in

⁶⁸ *Henrik Ibsen*, Ein Volksfeind, 2. Aufzug, 9. Auftritt, Leipzig, Reclam Nr. 1702

⁶⁹ Deutscher Bundestag (Fn.62), S. 17561.

der Hauptverhandlung vor den Land- und Oberlandesgerichten.⁷⁰

Ziel des Gesetzes ist es, eine zuverlässige objektive Dokumentation des Inhalts der Hauptverhandlung herzustellen und es den Verfahrensbeteiligten zu ermöglichen, sich auf das Geschehen in der Hauptverhandlung und weniger auf die eigene Mitschrift zu konzentrieren. Außerdem sollen Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Gesagten anhand der Dokumentation einfach geklärt werden können.⁷¹ Der Gesetzgeber ordnet den Entwurf zurecht als Beitrag zur Förderung der Rechtsstaatlichkeit ein:

Der Entwurf leiste »einen Beitrag zur Erreichung von Nachhaltigkeitsziel 16 der Agenda 2030 der Vereinten Nationen, das die Förderung der Rechtsstaatlichkeit, den Aufbau leistungsfähiger, rechenschaftspflichtiger und transparenter Institutionen und die bedarfsorientierte, inklusive Entscheidungsfindung auf allen Ebenen verlangt.«⁷²

Das Schicksal dieses Gesetzes hängt zurzeit in der Schwebe, nachdem der Bundesrat den Vermittlungsausschuss angerufen und dort eine grundlegende Überarbeitung verlangt hat.⁷³ Vor Verabschiedung des Gesetzes durch den Bundestag hatte der Rechtsausschuss des Bundesrates – besetzt mit den 16 Justizministern und -ministerinnen – sogar empfohlen, von dem Gesetz gänzlich Abstand zu nehmen und alles beim Alten zu lassen.⁷⁴

Warum sind Richter und Richterinnen dagegen? Die einzige schlüssige Antwort auf diese Frage ist: Sie fürchten den Machtverlust.

Zurzeit haben Richter und Richterinnen die Hoheit über das in der Hauptverhandlung gesprochene Wort. Sie schreiben nach bestem Wissen und Gewissen mit und auf der Grundlage dieser Mitschriften sprechen sie das Urteil. Die Mitschriften sind geheim. Sie stehen den Verfahrensbeteiligten nicht zur Einsicht zur Verfügung.⁷⁵ Oberlan-

⁷⁰ Vgl. § 271 Abs. 2 des RegE DokHVG, **BT-Drs. 20/8096**, S. 8.

⁷¹ RegE DokHVG, **BT-Drs. 20/8096**, S. 1.

⁷² RegE DokHVG, **BT-Drs. 20/8096**, S. 1 f.

⁷³ **BT-Drs. 20/9878**, S. 1.

⁷⁴ **BR-Drs. 227/1/23**, S. 1.

⁷⁵ Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 05.08.2004 – 2 Ws 200/04 – Wolters Kluwer Tz. 11; LR-StPO/*Jahn*, 27. Aufl. 2021, § 147 Rn. 33; KK-StPO/*Willnow*, § 147 Rn. 8.

desgerichte nehmen teilweise das gesprochene Wort in der Hauptverhandlung auf – aber nur für eigene Zwecke.⁷⁶ Auch diese Aufnahmen sind geheim und nicht Gegenstand der Akteneinsicht.⁷⁷

Misst man diese Praxis an den Kriterien der Venedig Kommission und an dem Nachhaltigkeitsziel der vereinten Nationen, kann man nur feststellen: Diese Praxis widerspricht allem, was dort für die Rechtsstaatlichkeit für erforderlich gehalten wird. Kontrolle und Rechenschaft über den Inhalt der Mitschriften fehlen. Die Mitschriften sind null transparent. Die Verweigerung des Zugangs zu den Aufnahmen der Oberlandesgerichte ist das Gegenteil von Beteiligung.

Die aktuelle Praxis vermittelt den Richtern eine Machtposition, die in keiner Weise von Sicherungen gegen Missbrauch flankiert ist.

Mit einer Abschaffung dieses Systems und einer objektiven Dokumentation, die allen Verfahrensbeteiligten zugänglich ist, wird diese Machtposition beseitigt. Wenn die Richterschaft sich gegen eine solche rechtsstaatliche Errungenschaft einsetzt, kämpft sie für den Machterhalt. Sie kämpft gegen den Verlust der Macht, der mit der Abschaffung der Maßgeblichkeit der eigenen Mitschriften verbunden ist. Deutlich wird diese Verlustangst am Schlusswort des bereits erwähnten ehemaligen Strafkammervorsitzenden Müller, der sein Bedauern über den Machtverlust im Bundestag wie folgt ausgedrückt hat:

»Ein Schlussgedanke sei aus meiner mehr als zwei Jahrzehnten strafrichterlicher Praxis noch erlaubt: Das Streben nach der objektiven Wahrheit wohnt jedem Strafprozess inne. Am Ende ist es aber die rein subjektive Überzeugungsbildung des erkennenden Richters, die zu einer Verurteilung führt. An der können Sie Gott sei Dank nicht rütteln.«⁷⁸

Dass Verlustangst kein guter Ratgeber ist, zeigt sich an den Argumenten, die aus der Richterschaft kommen. Es lässt sich kaum verbergen, dass die Argumente vorgeschoben sind.

76 Vgl. OLG Düsseldorf, Hauptverhandlungsprotokoll vom 05.06.2013 – III-5 StS 2/13, S. 5 (nicht veröffentlicht); für Landgerichte: OLG Bremen, Beschl. v. 10.01.2007 – Ws 233-234/06 = StV 2007, 177; OLG Koblenz, Beschl. v. 25.09.1987 – 1 Ws 554/87 = NStZ 1988, 42.

77 LR-StPO/Krauß, GVG, 27. Aufl. 2022, § 169 Rn. 98.

78 Deutscher Bundestag (Fn.62), S. 17561.

a) »Mehraufwand«

Da ist das Argument des Mehraufwands:

Die Richterschaft befürchtet, die Arbeit mit einer digitalen Aufnahme oder einem automatisch hergestellten Transkript führe zu Mehraufwand im Vergleich zur Arbeit mit der traditionellen Mitschrift.⁷⁹ Würde die Richterschaft das Anliegen der rechtsstaatlich gebotenen Transparenz und Beteiligung anerkennen, würden sie zumindest das Angebot machen, ihre Mitschriften den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung zu stellen. Wer wirklich glaubt, die digitale Aufnahme bedeute einen Nachteil für die Arbeitsabläufe, wer wirklich glaubt, die richterliche Mitschrift sei der digitalen Aufnahme überlegen, könnte als Alternative vorschlagen, dass die richterlichen Mitschriften den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung gestellt werden. Damit wäre zwar das gesetzgeberische Ziel, Meinungsverschiedenheiten über das, was gesagt wurde, objektiv zu klären nicht erreicht. Aber immerhin wären unterschiedliche Wahrnehmungen für alle Beteiligten offengelegt.

b) »Gefahr für die Wahrheitsfindung«

Ein weiteres Argument sind angebliche »Gefahren für die Wahrheitsfindung«.⁸⁰ Es wird behauptet, Zeugen und Angeklagte würden durch die Aufnahme eingeschüchtert. Sie würden in ihrer Aussagefähigkeit und Aussagebereitschaft beeinflusst.⁸¹ Tatsächlich ist es so, dass niemand damit rechnet, die eigenen Äußerungen würden nicht dokumentiert. Ich verfüge über keine statistischen Erhebungen, habe aber eine Menge Gespräche geführt. Ich habe niemanden gesprochen, der oder die wusste, dass Zeugenaussagen und Äußerungen anderer Personen in der Hauptverhandlung nicht dokumentiert werden. Niemand rechnet mit einer solchen Praxis und jeder und jede ist erst überrascht und dann – bei dem Gedanken, was das bedeutet – entsetzt zu hören, dass nichts dokumentiert wird.

⁷⁹ Vgl. [Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung \(DokHVG\)](#), BT-Drs. 20/8096, Nr. 24/23, Oktober 2023, S. 14.

⁸⁰ Vgl. [Deutscher Richterbund](#) (Fn. 79), S. 10.

⁸¹ Vgl. [Deutscher Richterbund](#) (Fn. 79), S. 8.

c) »Gefahr für den Opferschutz«

Mindestens ebenso un schlüssig ist das Argument, der Opferschutz werde beeinträchtigt, weil die Gefahr drohe, dass die Aufzeichnung an Dritte weitergegeben werde.⁸² Bei diesem Argument habe ich nie verstanden, weshalb die Richter nicht gleich die Abschaffung der Akteneinsicht fordern. Im deutschen Strafprozess kann man davon ausgehen, dass zentrale Zeugen im Ermittlungsverfahren aussagen und eine umfassend dokumentierte Aussage aus dem Ermittlungsverfahren zur Verfügung steht, bevor ihre Aussage in der Hauptverhandlung dokumentiert wird. Weshalb für die Aussage in der Hauptverhandlung eine andere Gefahr der Weitergabe bestehen soll, als für die Aussage im Ermittlungsverfahren erschließt sich nicht.

d) Schlusslicht in Europa

Realitätsfern ist es auch, wenn der Deutsche Richterbund leugnet, dass wir mit unserem System des nicht vorhandenen Wortprotokolls Schlusslicht in Europa sind.⁸³ Tatsächlich sind wir – zusammen mit Belgien – das Schlusslicht. Alle anderen EU-Mitgliedstaaten haben irgendeine Form der Dokumentation der Inhalte der strafrechtlichen Hauptverhandlung und diese Praxis geht auch über die EU-Staaten hinaus. Die Dokumentation erfolgt zwar nicht überall digital, aber es gibt jedenfalls Inhaltsprotokolle.⁸⁴

Die Richterschaft meint, unser System sei anders als in den anderen europäischen Staaten und daher können man das nicht gleichsetzen.⁸⁵ Auch dieses Argument ist fadenscheinig.

In allen EU-Staaten geht es um Tatsachenermittlung in einer Strafsache; ohne Tatsachenermittlung kann in keinem EU-Land ein Strafurteil gefällt werden. Ob es ein oder zwei Tatsacheninstanzen gibt, eine Rechtskontrolle oder weniger Unmittelbarkeit als bei uns und wie auch immer das Gesagte in ein Urteil einfließt, eine Frage stellt sich immer gleich: Verzichten wir darauf zu dokumentieren, was die Beteiligten Personen sagen und verlassen wir uns auf unsere

82 Vgl. [Deutscher Richterbund](#) (Fn. 79), S. 3.

83 Vgl. [Deutscher Richterbund](#) (Fn. 79), S. 2.

84 Vgl. *von Galen* StraFo 2019, 309 (311 ff.).

85 [Deutscher Richterbund](#) (Fn. 79), S. 22.

Erinnerung oder dokumentieren wir? Die anderen EU-Staaten dokumentieren, Deutschland und Belgien nicht.⁸⁶

d) Technik

Ebenso wenig realitätsnah ist die angebliche Sorge der Richterschaft vor technischen Problemen bei der digitalen Aufzeichnung.⁸⁷ Auch hier ist auf die vielen EU-Länder zu verweisen, die mit digitalen Aufnahmen arbeiten.⁸⁸ Auch dort sprechen die Menschen Dialekt, auch dort wird durcheinandergesprochen, auch dort wird genuschelt. Diese Länder zeichnen digital auf und haben keine Probleme.

e) Fazit

Liebe Kolleginnen und Kollegen, die Argumente der Richterschaft sind vorgeschoben. Sie erinnern mich an die Diskussion, als Mitte des 19. Jahrhunderts der Wechsel vom geheimen Inquisitionsprozess zur öffentlichen Hauptverhandlung vorbereitet wurde. Auch damals sollte etwas öffentlich werden, was bislang geheim war. Damals war die ganze Gerichtsverhandlung geheim, heute sind es nur noch die Mitschriften der Richter und die Tonaufnahmen der Oberlandesgerichte.

Es ist frappierend, wie gut sich die Diskussionen damals und heute übereinanderlegen lassen. Auch damals schauten die Befürworter der Reform aufs Ausland – Frankreich, Italien, der Angelsächsische Raum – wo die öffentliche mündliche Verhandlung Praxis war, und stellten die Frage, weshalb das nicht auch in Deutschland funktionieren sollte.⁸⁹ Die Gegner machten sich Sorgen um das Erscheinungsbild der Richter, hielten die Öffentlichkeit für zu ungebildet, um an der Rechtsfindung zuhörend teilzunehmen und befürchteten, dass Zeugen und Angeklagte von der Öffentlichkeit eingeschüchtert werden könnten.⁹⁰

⁸⁶ Vgl. *von Galen* StraFo 2019, 309 (316).

⁸⁷ Vgl. *Piechazek* Wortprotokoll der 69. – öffentlichen – Sitzung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 11.10.2023, Protokoll-Nr. 20/69, S. 14.

⁸⁸ Vgl. *von Galen* StraFo 2019, 309 (311 ff.).

⁸⁹ Vgl. *Mittermaier* Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen dargestellt und nach den Forderungen des Rechts und der Zweckmäßigkeit mit Rücksicht auf die Erfahrungen der verschiedenen Länder, 1845, S. 333 ff., 351, 357.

⁹⁰ Vgl. *Mittermaier* (Fn.89), S. 337, 350.

Wenn die Dokumentation der Hauptverhandlung scheitert, liebe Kolleginnen und Kollegen, erhält sich eine Machtposition, die rechtsstaatlich abgeschafft gehört. Die Dokumentation der Hauptverhandlung ist ein Thema der Rechtsstaatlichkeit.

Das sieht jedenfalls auch die EU-Kommission so. Seit vier Jahren legt Justizkommissar Didier Reynders jeweils für das vorausgegangene Jahr einen Rechtsstaatsbericht vor.⁹¹ Im Rechtsstaatsbericht 2023 wird das aktuelle Gesetzgebungsvorhaben im Länderbericht für Deutschland als rechtsstaatliche Reform beschrieben.⁹² Wenn das Vorhaben scheitert, werden wir dies als Rückschritt im nächsten Rechtsstaatsbericht wiederfinden. Die fehlende Dokumentation der Hauptverhandlung ist offensichtlich ein Defizit bei der Vorbeugung gegen Machtmissbrauch im deutschen Strafprozess.

Meine Damen und Herren, ich verlasse die Dokumentation der Hauptverhandlung.

2. GENÜGEND Vorbeugung?

Die Dokumentation der Hauptverhandlung ist nicht das einzige Kriterium, an dem die Vorbeugung gegen die Macht der Gerichte zu messen ist. Es gibt weitere Gradmesser, die ich auf ihre Eignung zur Prävention gegen Machtmissbrauch untersuchen möchte.

(1) Qualität

Da ist zunächst die Qualität.

(a) Qualität nach Zahlen

Die EU-Kommission beurteilt die Qualität der Justizsysteme unter anderem anhand der finanziellen Ausstattung.⁹³ Qualität hat

⁹¹ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2023 vom 05.07.2023, COM(2023) 800 final, S. 1.

⁹² Europäische Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2023, Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland vom 05.07.2023, SWD(2023) 805 final, S. 1, 10 f..

⁹³ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – EU-Justizbarometer 2023 vom 08.06.2023, Com(2023) 309 final, S. 43 f., 62.

ihren Preis und es ist sicherlich richtig, davon auszugehen, dass die finanzielle Ausstattung Einfluss auf die Qualität von gerichtlichen Entscheidungen hat.

Betrachtet man das von der EU-Kommission jährlich herausgegebene Justizbarometer, sieht man, dass Deutschland bei der finanziellen Ausstattung der Justiz nicht gut aufgestellt ist. Zwar steht Deutschland bei den Ausgaben für die Gerichte pro Einwohner mit großem Abstand vor den anderen Ländern an zweiter Stelle hinter Luxemburg.⁹⁴ Andere Betrachtungen kommen aber zu dem Ergebnis, dass Deutschland viel zu wenig für seine Richter und Staatsanwälte ausgibt. Bei der Berechnung, wieviel Prozent des Bruttoinlandsprodukts für die Justiz ausgegeben werden, steht Deutschland hinter Bulgarien, Polen, Slowenien, Litauen, Kroatien und Rumänien nur an siebter Stelle.⁹⁵

Extrem schlecht schneidet Deutschland ab bei der Betrachtung des Verhältnisses der Jahresgehälter von Richtern und Staatsanwälten zum durchschnittlichen Bruttojahresgehalt im jeweiligen Mitgliedsstaat. Hier steht Deutschland tatsächlich bei den Einstiegsgehältern unter 24 EU-Mitgliedsstaaten – für Irland, Estland und Österreich gibt es keine Daten – an letzter Stelle. In keinem anderen Mitgliedsstaat der 24 evaluierten Staaten werden so geringe Einstiegsgehälter im Vergleich zum örtlichen Durchschnittsgehalt bezahlt wie in Deutschland. Soweit die Gehälter der Richter und Staatsanwälte an den jeweiligen höchsten Gerichten untersucht wurden, teilt sich Deutschland den letzten Platz mit Luxemburg, liegt aber auch dort weit abgeschlagen im Verhältnis zu den anderen untersuchten Mitgliedsstaaten.⁹⁶

Dieser Befund ist erschreckend und gibt Anlass zur Sorge wie unser Rechtsstaat an dieser zentralen Stelle aufgestellt ist. Das sieht die Kommission genauso. Seit zwei Jahren fordert die Kommission in ihrem Rechtsstaatsbericht Deutschland dazu auf, für eine bessere Bezahlung von Richtern und Staatsanwälten zu sorgen.⁹⁷

94 Europäische Kommission (Fn. 93), S. 43

95 Europäische Kommission (Fn. 93), S. 44.

96 Europäische Kommission (Fn. 93), S. 45.

97 Europäische Kommission (Fn. 93), S. 3.

Wir entsprechen nicht den europäischen Standards. Wenn uns das schon bei der Dokumentation der Hauptverhandlung nicht beeindruckt, dann aber doch bitte wenigstens an dieser Stelle.

Schließlich möchte ich Ihnen auch eine weitere Zahl nicht vorenthalten, und zwar die Erhebung, wieviel weibliche Richterinnen an den höchsten Gerichten tätig sind, und zwar für die Jahre 2020 bis 2022. Auch hier schneidet Deutschland nicht gut ab. Im Jahr 2022 liegt Deutschland an 15. Stelle.⁹⁸ Die Antwort auf die Frage, ob das auch etwas mit Qualität zu tun hat, überlasse ich Ihnen. Die Kommission erfasst auch diese Statistik unter »Qualität«.⁹⁹

Das Resultat aus dem Justizbarometer ist jedenfalls eindeutig. Deutschland vernachlässigt wichtige Qualitätskriterien.

(b) Fehlerkultur

Ein weiteres Mittel zur Herstellung und Sicherung von Qualität wäre eine Fehlerkultur.

»Als Fehlerkultur bezeichnet man die Art und Weise, wie ein ›soziales System‹ – eine Institution, eine Gruppe, eine Familie, ein Staat – mit Fehlern umgeht. Es geht insbesondere darum, welche (institutionellen) Rahmenbedingungen und welche Gepflogenheiten bestehen, aufgetretene Fehler aufzudecken, die daraus resultierenden Schäden zu begrenzen, sie zu analysieren, um daraus zu lernen und entsprechende (etwa institutionelle) Konsequenzen zu ziehen.«¹⁰⁰

Eine solche Fehlerkultur haben wir für die Rechtsprechung in Deutschland nicht.

Eine Evaluation von Gerichtsentscheidungen findet nicht statt. Abgesehen von einzelnen Projekten aus dem universitären Bereich gibt es keine institutionelle Evaluation von Gerichtsentscheidungen und keine regelmäßigen Untersuchungen der Qualität von Entscheidungen. Einen nationalen Rechtsstaatsbericht gibt es nicht. Ein strukturiertes Feedback für Richterinnen und Richter gibt es ebenfalls nicht.

98 Europäische Kommission (Fn. 93), S. 46.

99 Europäische Kommission (Fn. 93), S. 46, 62.

100 *Riesenhuber* IWRZ 2018, 243.

Wie wichtig sachverständige Untersuchungen für die Qualitätskontrolle sein können, lässt die mittlerweile zehn Jahre alte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Praxis der Verständigung erahnen. Das Bundesverfassungsgericht hatte eine Untersuchung in Auftrag gegeben und das Ergebnis war, dass etwa die Hälfte der befragten Richter sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben des Verständigungsgesetzes hielt.¹⁰¹

Sicherlich gibt es eine Qualitätskontrolle in den Instanzenzügen und die Entscheidungen der Oberlandesgerichte und des BGH lassen Rückschlüsse auf die Qualität der Entscheidungen der unteren Instanzen zu. Dies ersetzt aber nicht eine wissenschaftliche Auswertung und Befragungen von Rechtsuchenden und Richterinnen und Staatsanwälten.

Dies zeigt sich beispielsweise beim Umgang mit Befangenheitsanträgen:

Obwohl die Frage der Befangenheit von Richtern und Richterinnen die zentrale verfassungsrechtliche Garantie des gesetzlichen Richters aus Art. 101 GG berührt – das Bundesverfassungsgericht hat dies gerade noch einmal in dem Fall der Wiederaufnahme nach Verurteilung durch einen befangenen Richter deutlich herausgearbeitet¹⁰² – wird der Umgang mit Befangenheitsanträgen nicht evaluiert. Es gibt keine Untersuchung, wie mit Befangenheitsanträgen umgegangen wird.

Wenn man höchstrichterliche Entscheidungen, die die Ablehnung von Befangenheitsanträgen beanstanden, liest, hat man oft den Eindruck, dass im Instanzenzug alle Sicherungen versagt haben. Insbesondere scheint es fast ausgeschlossen, in der Tatsacheninstanz, wo die Entscheidung über die Ablehnung von der gleichen Ebene wie der abgelehnte Richter getroffen wird,¹⁰³ eine Befangenheit erfolgreich zu rügen. Das gilt selbst für so drastische Fälle, wie der Vorsitzende mit einem T-Shirt mit dem Aufdruck »Wir geben Ihrer Zukunft ein Zuhause: JVA«¹⁰⁴ oder der Vorsitzende, der sich laufend abfällig und in negativen Klischees über Albaner geäußert

101 BVerfG, Urt. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 Tz. 48 f.

102 BVerfG, Beschl. v. 04.12.2023 – 2 BvR 1699/22.

103 Vgl. §§ 26a Abs. 2 Satz 1, 27 Abs. 1 StPO.

104 BGH, Beschl. v. 12.01.2016 – 3 StR 482/15.

hatte.¹⁰⁵

Fehlerkultur kann nicht durch gerichtliche Kontrolle und Obergerichtliche Entscheidungen ersetzt werden. Im Gegenteil, wenn man sieht, dass die Strafsenate sich darüber streiten, ob es bei der Aufhebung von tatrichterlichen Entscheidungen darum geht, die Instanzrichter zu »sanktionieren« oder nicht,¹⁰⁶ zeigt sich allein an dieser Wortwahl, dass die obergerichtliche Urteilstkontrolle nicht den Raum schafft, wo unbefangener Umgang mit Fehlern stattfinden kann.

Auch die vom BGH veröffentlichte Statistik über die Ergebnisse der Revisionen beim BGH lässt befürchten, dass die Offenheit für Fehlerkultur deutlich unterentwickelt ist.¹⁰⁷ Wenn man bedenkt, dass nach einer Verabredung zwischen der Generalbundesanwaltschaft und den Generalstaatsanwälten alle Revisionen der Staatsanwaltschaft, die nicht zurückgenommen werden, mündlich verhandelt werden,¹⁰⁸ kann man erahnen, wie wenige Angeklagten-Revisionen nur noch in der mündlichen Verhandlung ankommen. Eine Untersuchung von Qualität bleibt wissenschaftlichen Initiativen überlassen und nur daher wissen wir auch um die minimale Erfolgsquote von Verfahrensrügen. Einer Untersuchung von *Nack* zufolge, hatte die Verfahrensrüge im Jahr 1994 eine Erfolgsquote von 0,92 Prozent¹⁰⁹. Nach *Basdorf* lag der Anteil der auf die Verfahrensrüge hin aufgehobenen Urteile in den Jahren 2015 bis 2018 bei sechs bis sieben Prozent und im Jahr 2019 bei vier Prozent.¹¹⁰ Danach liegt der Anteil der erfolgreichen Verfahrensrügen an den Urteilsaufhebungen noch deutlich unter den Zahlen von *Nack*.¹¹¹

Unser Revisionsrecht ist Ausdruck fehlender Fehlerkultur. Wesentlicher Pfeiler des Revisionsrechts ist es, Verfahrensfehler, die in

105 BGH, Urt. v. 02.03.2004 – 1 StR 574/03.

106 Vgl. BGH, Beschl. v. 22.08.2006 – 1 StR 293/06 Tz. 13; Beschl. v. 15.06.2004 – 3 StR 368/02, 3 StR 415/02.

107 Bundesgerichtshof, Übersicht über den Geschäftsgang bei den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes im Jahre 2023, Jahresstatistik, S. 3.

108 MüKo-StPO/*Knauer/Kudlich*, 1. Aufl. 2019, § 349 Rn. 17.

109 *Nack* NStZ 1997, 153 (159).

110 *Basdorf* NStZ 2022, 399 (400).

111 *Nack* NStZ 1997, 153 (155); *Basdorf* NStZ 2022, 399 (400).

der Tatsacheninstanz gemacht werden, durch Präklusionsregeln von der Überprüfung durch das Revisionsgericht auszuschließen.

Präklusionsregeln haben im Laufe der Jahre ständig zugenommen. Rügepräklusion, Widerspruchslösung, allmähliche Beseitigung der Besetzungsrüge, Zurückdrängung des Befangenenrechts, zweigleisige Beruhensprüfung, Rekonstruktionsverbot – alles ist darauf angelegt, Fehler, die in der Tatsacheninstanz gemacht werden, von einer Überprüfung auszuschließen.

Befragungen in der Justiz zum Umgang mit eigenen Fehlern gibt es nicht.

Man hört Anekdoten:

Eine Richterin, die nach 15 Jahren Beurlaubung wegen Kinderbetreuung wieder ins Berufsleben eingestiegen ist, möchte einer Anhörungsrüge stattgeben und erkundigt sich bei den Kollegen, welche Schritte sie da zu gehen hat. Als Antwort wird ihr gesagt, »Du willst einer Anhörungsrüge stattgeben? Das machen wir nie.« Aus neun Jahren Tätigkeit als Verfassungsrichterin kann ich berichten, erfolgreiche Anhörungsrügen gibt es praktisch nicht – ein klarer Fall von fehlender Fehlerkultur.

Ein junger Richter kommt neu in eine Strafkammer und fragt die Kollegen, was sie denken, wie hoch ihre Fehlerquote ist. Er erntet erstaunte Blicke und die Antwort ist: Natürlich Null.

Letztes Beispiel:

Eine erfahrene Staatsanwältin, die wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte ermittelt, sagt einer jungen Verteidigerin, die sich um Einstellung des Verfahrens bemüht: »In 35 Jahren Berufserfahrung habe ich keine rechtswidrige Vollstreckungshandlung gesehen.«

In diese Reihe passt auch die Argumentation des Deutschen Richterbundes zur fehlenden Erforderlichkeit einer Dokumentation der Hauptverhandlung. In der Stellungnahme an den deutschen Bundestag heißt es:

»Zwar unterstellt die Entwurfsbegründung nicht, dass die Gerichte in der Vergangenheit bei ihrer Überzeugungsbildung Inhalte von Zeugenaussagen zugrunde gelegt hätten, welche von den tatsächlichen Angaben in der Hauptverhandlung abgewichen wären. Andererseits aber werden auch keine Fälle aus der Praxis benannt,

die als Referenzbeispiele für die Notwendigkeit einer audiovisuellen Dokumentation der Hauptverhandlung dienen könnten, insbesondere keine empirischen Belege für eine Diskrepanz zwischen Urteilsfeststellungen und Zeugenaussagen im Strafprozess.«¹¹²

Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir brauchen eine Fehlerkultur bei den Gerichten. Ich halte es für richtig, wenn der gesetzliche Richter nicht auf Personen beschränkt ist, die alles richtig machen, denn niemand macht alles richtig. Die Rechtsprechung, wonach die Mitwirkung an rechtswidrigen Gerichtsentscheidungen nicht die Befangenheit begründen kann¹¹³ und Befangenheit nur bei Willkür in Betracht kommt,¹¹⁴ halte ich grundsätzlich für richtig.

Wenn wir – rechtsstaatlich richtig – den unabhängigen Richtern und Richterinnen zugestehen, Fehler zu machen, kann Vorbeugung gegen objektiven Machtmissbrauch nur darin bestehen, dass eine Fehlerkultur gelebt wird.

Auch die Beurteilungen der Richter und Richterinnen helfen nicht weiter. Wer Karriere machen will, muss sich von Vorgesetzten beurteilen lassen und es liegt auf der Hand, dass damit genau der Effekt verbunden ist, den Tucholsky treffend beschrieben hat:

»Die Gruppe wählt sich hinzu, wer sich dem Gruppengeist anpasst – immer adäquate, niemals heterogene Elemente. Das fängt bei der Justizprüfungskommission an, und mit dem feinen Siebe der Personalreferenten geht's weiter. Das Resultat ist dieser Richterstand.«¹¹⁵

Liebe Kolleginnen und Kollegen, wir brauchen ihn, den Richterstand. Er ist Teil des Rechtsstaats, aber wir müssen ihn bilden und gerecht bezahlen, damit er seine herausfordernden Aufgaben erfüllen kann.

(c) Transparenz

Teil der Qualitätskontrolle ist auch Transparenz. Ein Kriterium für Qualität im Justizbarometer der EU-Kommission ist der Online-Zugang zu Entscheidungen für die allgemeine Öffentlichkeit. Auch

112 Deutscher Richterbund (Fn. 82), S. 21.

113 BGH, Beschl. v. 08.05.2014 – 1 StR 726/13 Tz. 12.

114 BGH, Beschl. v. 19.04.2018 – 3 StR 23/18 Tz. 7.

115 *Enzmann-Kraiker/Maack/Siems*, Kurt Tucholsky Gesamtausgabe, Bd. 9: Texte 1927, 1998, S. 313.

hier liegt Deutschland nur im Mittelfeld, nämlich auf Platz 13 aller EU-Mitgliedstaaten.¹¹⁶

Dieser Befund lässt Zweifel aufkommen, ob die deutschen Gerichte sich ihrer Veröffentlichungspflicht bewusst sind und dieser in ausreichendem Maße nachkommen. Das Bundesverfassungsgericht hat eindeutig festgestellt,

»dass aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot und dem Grundsatz der Gewaltenteilung grundsätzlich eine Rechtspflicht zur Publikation veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen folgt.«¹¹⁷

Nach einer Studie von Hanjo Hamann, die 2021 veröffentlicht wurde, werden in Deutschland weniger als ein Prozent aller Gerichtsentscheidungen veröffentlicht.¹¹⁸ Eine Arbeitsgruppe zur Modernisierung der Zivilverfahren hat sich mit der geringen Veröffentlichungsquote befasst. Als Gründe für die geringe Veröffentlichungsquote werden neben Arbeitsbelastung auch die Sorge der Richter und Richterinnen, sich Kritik auszusetzen, genannt.¹¹⁹

Was die Arbeitsbelastung angeht, ist nicht zu leugnen, dass die Anonymisierung Aufwand bedeutet. Daran darf aber in einem Rechtsstaat die Transparenz nicht scheitern. Eine kritische Auseinandersetzung mit den Ergebnissen der Justiz gehört dazu.

(2) Unabhängigkeit

Weiteres wichtiges Kriterium der Prävention gegen Machtmissbrauch ist die Unabhängigkeit der Gerichte. Was es für den Rechtsstaat bedeutet, wenn die Gerichte nicht mehr unabhängig sind, hat uns Polen vor Augen geführt.

In der Rezension des Buchs von Heinrich Hannover und Elisabeth Hannover-Drück ›Politische Justiz 1918 – 1933‹ äußert sich Peter Alexis Albrecht zur Unabhängigkeit der Justiz und schreibt:

¹¹⁶ Europäische Kommission (Fn. 92), S. 57 f.

¹¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.09.2015 – 1 BvR 857/15 Tz. 20.

¹¹⁸ Hamann JZ 2021, 656 (658).

¹¹⁹ Arbeitsgruppe ›Modernisierung des Zivilprozesses‹, Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier, https://www.justiz.bayern.de/media/images/behorden-und-gerichte/oberlandesgerichte/nuernberg/diskussionspapier_ag_modernisierung.pdf (zuletzt abgerufen am 27.05.2024), S. 70.

»...was heute – gerade in Deutschland – insbesondere fehlt, ist die Unabhängigkeit der Justiz als institutionell gesicherte Dritte Gewalt.«¹²⁰

Ich sehe das etwas anders. Ich denke, dass wir in Deutschland bei der Unabhängigkeit nicht so schlecht aufgestellt sind.

Viele meinen, für die Unabhängigkeit der Gerichte seien unabhängige Justizräte erforderlich.¹²¹ Ich habe meine Zweifel, ob das wirklich hilft. Zwar ist die Ernennung der Richter bei uns politisch aufgehängt und auch die Exekutive ist mit Vorschlagsrechten beteiligt.

Wir haben Richterwahlausschüsse, die von den Parteien der Landesparlamente besetzt werden,¹²² unsere Bundesrichter werden nach politischem Proporz besetzt.¹²³ Die meisten Landesverfassungsrichter werden mit Zweidrittelmehrheit der Parlamente gewählt.¹²⁴ Im europäischen Kontext wird kritisiert, dass wir keine unabhängigen Justizräte haben.¹²⁵ Das sind unabhängige Gremien, die für die Richterbesetzung zuständig sind.¹²⁶ Aber wenn man genauer hinschaut, ändert auch die Institution der unabhängigen Justizräte nichts. Auch diese müssen wiederum von jemandem besetzt werden.

Meines Erachtens ist für die Unabhängigkeit entscheidend, dass die Richter, wenn sie einmal in das Amt gewählt worden sind, bei der Ausübung ihrer Tätigkeit unabhängig sind und an dieser Stelle sind wir nach meiner Wahrnehmung gut aufgestellt. Zwar behindert das Beurteilungswesen die völlige Unabhängigkeit. Ansonsten können

120 Albrecht <https://www.cajewitz-stiftung.de/wp-content/uploads/2020/04/Hannover-Endfassung.30.4.pdf> (zuletzt abgerufen am 27.05.2024), S. 3.

121 Vgl. EuGH, Urt. v. 02.03.2021 – C-824/18 – Wolters Kluwer Tz. 123-125; Europarat, Allegations of politically motivated abuses of the criminal justice system in Council of Europe member states, Entschließung vom 30.09.2009, 1685 (2009), S. 2; Europarat, Judges: independence, efficiency and responsibilities, Empfehlung CM/Rec(2010)12 vom 17.11.2010, S. 25, Tz. 36; Europäische Kommission (Fn. 94), S. 5.

122 Z.B. im Land Berlin gemäß § 12 Abs. 1 RiGBln.

123 Vgl. §§ 2, 3, 5 Abs. 1 RiWG.

124 So in den Ländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.

125 Vgl. Europarat (Fn. 127), Entschließung 1685 (2009), S. 3 f.

126 Vgl. Europarat (Fn. 127), Empfehlung CM/Rec(2010)12, S. 10, Tz. 26; S. 12, Tz. 46 f.

wir aber davon ausgehen, dass politische Einflussnahmen auf Entscheidungen in Deutschland eher die Ausnahme sind. Dieses Bild spiegelt sich auch in den Ergebnissen des Europäischen Justizbarometers zur Unabhängigkeit der Gerichte und Richter. Bei der Frage, wie die Öffentlichkeit die richterliche Unabhängigkeit wahrnimmt, liegt Deutschland an vierter Stelle nach Finnland, Dänemark und Österreich.¹²⁷ Bei der Beantwortung der gleichen Frage durch Unternehmen liegt Deutschland an siebter Stelle.¹²⁸

Ich komme zum Ende meine Betrachtungen über die Richtermacht und das Fazit ist nicht überraschend: Es fehlen Flanken, die zur Begrenzung von Richtermacht erforderlich wären.

IV. DER GESETZGEBER

Ich möchte in dem Zusammenhang auch einen Blick auf den Gesetzgeber werfen, den man natürlich nicht aus der Verantwortung lassen kann.

Als ein Beispiel für den Abbau von Sicherheiten möchte ich kurz einen Blick auf das seit der Reform 2017 viel diskutierte Einziehungsrecht werfen. Beispiellos sind hier die Sicherungen gegen Machtmissbrauch abgebaut worden, und zwar sowohl in verfahrensrechtlicher als auch in materiell rechtlicher Hinsicht. Verfahrensrechtlich wurde die bis zur Reform geltende Stufenregelung in § 111 b Abs. 3 StPO abgeschafft.¹²⁹ Nach alter Fassung musste die Vermögenssicherung nach sechs Monaten aufgehoben werden, wenn nicht dringende Gründe, also ein im Vergleich zum Anfangsverdacht deutlich erhöhter Verdachtsgrad, vorlagen.¹³⁰ Seit der Reform reicht auch auf Dauer ein Anfangsverdacht.¹³¹

Von Anwaltsseite war seinerzeit vergeblich gefordert worden, wenigstens den dringenden Tatverdacht als Voraussetzung für die Si-

¹²⁷ Europäische Kommission (Fn.92), S. 66.

¹²⁸ Europäische Kommission (Fn. 92), S. 68.

¹²⁹ Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017, **BGBI. 2017 I Nr. 22, S. 872 (879)**.

¹³⁰ § 111b Abs. 3 Satz 2 StPO a.F.; LR-StPO/Johann, 26. Aufl. 2014, § 111b a.F. Rn. 39.

¹³¹ LR-StPO/Johann, 27. Aufl. 2019, § 111b Entstehungsgeschichte.

cherung zu erhalten.¹³² Zwar gilt weiterhin der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz,¹³³ der aber ein dehnbarer Begriff ist. Mit dieser Lösung hat der Gesetzgeber die Macht vollständig in die Hände der Gerichte gelegt. Arreste über viele Jahre sind üblich geworden; aus dem vorläufigen Sicherungsmittel ist eine faktisch endgültige Sicherung bis zur Entscheidung in der Hauptsache geworden.

Aber auch materiellrechtlich hat die Reform im Extremfall Auswirkungen, die ich nur als Piraterie bezeichnen kann. Nach alter Rechtslage war der Verfall ausgeschlossen, wenn Ansprüche von Verletzten bestanden.¹³⁴ Infolgedessen war im Bereich der Vermögensdelikte die staatliche Abschöpfung deliktisch erlangter Vermögenswerte faktisch nicht möglich.¹³⁵ Auch bei Steuerdelikten schied der Verfall regelmäßig aus.¹³⁶ Diese Rechtslage hat der Gesetzgeber ersatzlos gestrichen.¹³⁷ Soweit am Ende eines Verfahrens der Einziehungsbetrag an den Verletzten ausgekehrt wird und der Verletzte seinen Anspruch in Höhe des Einziehungsbetrags geltend macht, ist das nicht zu beanstanden.

Zu Verwerfungen führt die Reform aber dann, wenn das Strafgericht einen Einziehungsbetrag feststellt, der vom Verletzten gar nicht geltend gemacht wird. Insbesondere bei Verfahren wegen Steuerhinterziehung ist es kein theoretisches Problem, dass das Strafgericht Steuerhinterziehung annimmt, während die Finanzgerichtsbarkeit zu dem Ergebnis kommt, dass eine Steuerschuld nicht besteht. In diesem Fall fällt der Einziehungsbetrag nach § 75 Abs. 1 S. 2 StGB an den Staat.

Mit Gerechtigkeit hat das nichts mehr zu tun und der Gesetzgeber muss sich nicht wundern, wenn Bürger und Bürgerinnen das Vertrauen in den Rechtsstaat verlieren.

132 Stellungnahme Nr. 30/2016 des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Strafrecht, Zivilrecht, Insolvenzrecht und Bank- und Kapitalmarktrecht zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz – Entwurf eines Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, S. 24.

133 BT-Drs. 18/9525, S. 49, 75.

134 § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB a.F..

135 BT-Drs. 18/9525, S. 46.

136 BGH, Beschl. v. 28.11.2000 – 5 StR 371/00; *Madauß* NZWiSt 2018, 28, 32.

137 BT-Drs. 18/9525, S. 2, 49.

Damit schließe ich das Kapitel über die Macht ab und – meine Damen und Herrn, es wird Sie nicht überraschen - die Antwort auf die Frage des Abends: Haben wir genug Vorbeugung gegen Machtmissbrauch, ist leider ›Nein‹.

V. OHNMACHT

Der Vortrag neigt sich dem Ende zu und ich komme zur Ohnmacht. Ein Platz am Ende des Vortrags, den die Ohnmacht offensichtlich verdient hat.

Von den Akteuren, deren Macht und Ohnmacht ich heute beleuchte, bleibt nur noch eine Gruppe übrig, die Beschuldigten, die Angeklagten und ihre Verteidiger und Verteidigerinnen. Um im Bild von Ibsen zu bleiben, Beschuldigte und Ihre Verteidiger haben Rechte, Macht haben sie nicht. Sie sind ohne Macht.

Die Rechte beschränken sich darauf, Anträge zu stellen, Stellungnahmen abzugeben, mit anderen Worten: zu sprechen und zu schreiben. Alles immer gegen einen gewissen Widerstand der Mächtigen.

Was hat es für Bemühungen gekostet, dass Opening Statement in die Strafprozessordnung zu bringen und dann auch nur in einer abgespeckten Form.¹³⁸ Selbst wenn Anträge erfolgreich sind, sind sie es nicht, weil doch ein bisschen Macht besteht, sondern allein deshalb, weil das zuständige Gericht seine Macht gebraucht.

Das gilt z.B. auch für eine so spektakuläre Ohnmachtssituation, wie sie Gegenstand einer Revisionsentscheidung des BGH war: Nach 45 Tagen Hauptverhandlung und der Verkündung von Beschlüssen im Umfang von rund 160 Seiten, mit denen Beweisanträge der Verteidigung abgelehnt wurden, wurde den Verteidigern keine Zeit zur Vorbereitung für ihr Plädoyer gegeben.¹³⁹ Das war Machtmissbrauch des Gerichts und pure Ohnmacht der Verteidiger. Der Revision wurde auf die Verfahrensrüge stattgegeben: Aber nicht, weil in der Revisionsrüge die Macht lag, sondern weil der BGH seine Macht entscheidend ausgeübt hat.

¹³⁸ Vgl. § 243 Abs. 5 Satz 3 und 4 StPO.

¹³⁹ BGH, Beschl. v. 24.01.2023 – 3 StR 80/22.

1. DIE NICHT VERTEIDIGTEN ANGEKLAGTEN

Zunächst möchte ich den Blick auf die Ohnmächtigsten lenken und das sind die nicht verteidigten Angeklagten bei den Amtsgerichten. Da Deutschland im Gegensatz zu allen anderen EU-Ländern keine Prozesskostenhilfe in Strafsachen vorsieht, sind die Ärmsten der Armen, wenn sie sich geringfügige Vergehen zu Schulden kommen lassen, darauf angewiesen, sich selbst zu verteidigen. Nach einer noch nicht veröffentlichten Studie, die mir Professor Matthias Jahn von der Goethe Universität Frankfurt freundlicherweise zur Verfügung gestellt hat, ist die Zahl der Angeklagten, die ohne Verteidiger oder Verteidigerin vor Gericht stehen, erschreckend hoch. Zwar hat die Umsetzung der Prozesskostenhilferichtlinie der Europäischen Union¹⁴⁰ seit 2020 dafür gesorgt, dass mehr Angeklagte verteidigt sind als vor der Neuregelung.

Aber immer noch sind es zu viele, die unverteidigt vor dem Amtsgerichten erscheinen. Gegenstand der Studie waren alle Verfahren, die jeweils in einem Jahr vor den Amtsgerichten verhandelt wurden. Während im Jahr 2010 noch knapp 50 Prozent der Angeklagten keinen Verteidiger hatten, waren es im Jahr 2021 immer noch 31,44 Prozent.

Dass es für Strafverfahren keine Prozesskostenhilfe gibt, halte ich für verfassungswidrig. In allen anderen Verfahrensordnungen haben wir Prozesskostenhilfe, um Rechtsschutzgleichheit zu gewährleisten.¹⁴¹ Wenn so viele Angeklagte unverteidigt sind, entspricht das nicht den Anforderungen an Rechtsschutzgleichheit, wie sie das Bundesverfassungsgericht definiert hat.¹⁴²

Diese Menschen, die keinen Verteidiger bezahlen können, ohne Beistand vor Gericht zu schicken, ist eine gesetzgeberische Entscheidung, die dem Machtmissbrauch Vorschub leistet.

140 Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls.

141 Vgl. § 114 ff. ZPO, § 76 FamFG, § 11a ArbGG, § 166 VwGO, § 142 FGO, § 73a SGG.

142 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 28.10.2019 – 2 BvR 1813/18 Tz. 24.

2. ANGEKLAGTE OHNE DEUTSCHE SPRACHE

Eine weitere Gruppe, die ohnmächtiger ist als andere, sind die Angeklagten, die die deutsche Sprache nicht sprechen. Sie sind auf eine Übersetzung in der Hauptverhandlung angewiesen. Solange wir nicht auf die perfekte Übersetzung durch KI zurückgreifen können, haben wir das Problem der schlechten und ungenauen Übersetzungen.

Leider ändert auch das Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz an dieser Situation nichts, obwohl das ohne weiteres möglich wäre. § 273 Abs. 3 des Entwurfs lautet:

»Für die Tonaufzeichnung und ihre Transkription sind nur Äußerungen in deutscher Sprache maßgeblich.«¹⁴³

Die Gesetzesbegründung stellt dazu eindeutig klar,

»dass insbesondere im Fall der Dolmetschung in der Hauptverhandlung nur die Übersetzung in die deutsche Sprache aufgezeichnet und transkribiert werden muss«.¹⁴⁴

Diese Einschränkung widerspricht den Nachhaltigkeitszielen von Transparenz und Inklusion. Sie widerspricht auch dem Auftrag aus der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren. Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, mit konkreten Maßnahmen eine ausreichende Qualität von Dolmetschleistungen zu gewährleisten¹⁴⁵. Wenn nicht in deutscher Sprache gesprochene Zeugenaussagen oder Einlassungen von Angeklagten überhaupt nicht aufgenommen werden, ist jegliche Qualitätskontrolle ausgeschlossen. Das Gericht begibt sich in die Hände der Dolmetscher und Dolmetscherinnen, ohne eine eigene Qualitätskontrolle durchführen zu können. Insbesondere wenn es auf den Wortlaut von Äußerungen ankommt, wie z.B. in Aussage-gegen-Aussage Konstellationen oder wenn die Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen infrage steht, kann es im Einzelfall für die Entscheidung über Schuld oder Unschuld darauf ankommen, ob eine Übersetzung korrekt ist oder nicht.

143 BT-Drs. 20/8096, S. 9.

144 BT-Drs. 20/8096 S. 27.

145 Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen im Strafverfahren.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist es möglich, eine unzureichende Übersetzung revisionsrechtlich zu überprüfen. Eine unzureichende Dolmetscherleistung kann einen relativen Revisionsgrund (§ 337 StPO) darstellen.¹⁴⁶ Mit dieser Rechtsprechung passt es nicht zusammen, wenn nunmehr die Fremdsprache von der Dokumentation der Hauptverhandlung ausgenommen wird.

Diese Benachteiligung von Personen, die nicht die deutsche Sprache sprechen, ist nicht zu rechtfertigen.

3. VERTEIDIGERINNEN

Zum Schluss komme ich zu den Verteidigern und Verteidigerinnen.

Auch sie sind weitgehend ohne Macht. Wie wenig Macht die Anwaltschaft in Deutschland hat, zeigt sich in den Entschlüssen des Bundesrates zum Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz. Der Rechtsausschuss des Bundesrates hat zwei Empfehlungen zu dem Gesetz abgegeben. Die erste Empfehlung, vor Verabschiedung des Gesetzes im Bundestag, lautete von dem Gesetz gänzlich Abstand zu nehmen.¹⁴⁷ Diese Empfehlung stützt sich darauf, dass Gerichte und Staatsanwaltschaften einhellig der Auffassung sind, dass sie das Gesetz nicht benötigen.¹⁴⁸ Die Befürwortung des Gesetzes durch die Anwaltschaft ist dem Bundesrat keine Erwähnung wert. In der zweiten Empfehlung nach Verabschiedung des Gesetzes im Bundestag, das Gesetz an den Vermittlungsausschuss zu überweisen, wird darauf hingewiesen, der Gesetzesentwurf stoße »auf (...) einhellig ablehnende Kritik in der justiziellen Praxis«.¹⁴⁹ Damit bescheinigt der Rechtsausschuss des Bundesrats, der mit den 16 Justizministern- und Ministerinnen besetzt ist, der Anwaltschaft, dass sie nicht zur justiziellen Praxis zu gehört.

Das ist auf europäischer Ebene glücklicherweise anders. Nach Anfangsschwierigkeiten hat die Anwaltschaft ihren Platz im jährlichen Rechtsstaatsbericht, und zwar als Teil der Justizsysteme.¹⁵⁰ Diesem

146 BGH, Beschl. v. 08.08.2017 – 1 StR 671/16 Tz. 7.

147 BR-Drs. 227/1/23, S. 1.

148 BR-Drs. 227/1/23, S. 2.

149 BR-Drs. 603/1/23, S. 2.

150 Europäische Kommission (Fn. 91), S. 11.

anderen – ich würde sagen, faireren - Verständnis von der Anwaltschaft entsprechend finden sich in einzelnen europäischen Gesetzesvorhaben auch Rechte für die Verteidigung, die weiter gehen könnten als unser Strafprozessrecht dies zurzeit vorsieht. So sieht die sog. EEvidence Verordnung vor, dass auch Verdächtige und Beschuldigte oder Verteidiger den Erlass einer Europäischen Herausgabe- oder Sicherungsanordnung beantragen können.¹⁵¹ Das Gleiche findet sich in der Europäischen Ermittlungsanordnung. Dort ist geregelt, dass Verdächtige, Beschuldigte und ihre Anwälte eine Europäische Ermittlungsanordnung beantragen können.¹⁵² Beide Regelungen gehen davon aus, dass diese Befugnisse in nationales Strafprozessrecht umgesetzt werden und die Rechte dann im nationalen Verfahren ausgeübt werden können.

Die Europäische Ermittlungsanordnung ist bereits umgesetzt,¹⁵³ aber zum Recht der Beschuldigten, eine Europäische Ermittlungsanordnung zu beantragen, finden Sie in der StPO kein Wort. Der Deutsche Gesetzgeber war der Meinung, einer ausdrücklichen Umsetzung bedürfe es nicht. Das Antragsrecht ergebe sich aus dem Beweisantragsrecht in § 136, dem Antragsrecht in § 166 und dem Beweisantragsrecht in § 244 StPO.¹⁵⁴ Ich halte das für vollkommen defizitär. Der StPO lässt sich an keiner Stelle entnehmen, dass die Möglichkeit besteht, eine Europäische Ermittlungsanordnung zu beantragen, und was die Voraussetzungen sind.

Mit dieser Haltung gegenüber der Europäischen Umsetzungsverpflichtung missbraucht der Deutsche Gesetzgeber seine Macht.

Der Europäische Gesetzgeber öffnet die Tore für Verteidigungsrechte und Deutschland unternimmt alles, um möglichst niemanden hereinzulassen. So zuletzt auch mit der defizitären Umsetzung der

151 Art. 1 Abs. 2 der [Verordnung \(EU\) 2023/1543 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2023 über die Europäische Herausgabe- und Europäische Sicherungsanordnungen und Europäische Beweismittel in Strafverfahren und für die Vollstreckung von Freiheitsstrafen nach Strafverfahren](#).

152 Art. 1 Abs. 3 der [Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen](#).

153 Vgl. [Viertes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 05.01.2017, BGBl. 2017 I Nr. 2, S. 31](#).

154 [BT-Drs. 18/9757](#), S. 21.

Prozesskostenhilferichtlinie¹⁵⁵ – wir werden sehen, ob sich das unter dem aktuellen Justizminister noch einmal ändern wird.

Was heißt das für die Praxis der Strafverteidigung?

Adorno hat in den *Minima Moralia*, bezogen auf Äußerungen von Emigranten, die vor dem deutschen Faschismus geflohen waren, festgestellt:

»Die fast unlösbare Aufgabe besteht darin, weder von der Macht der anderen noch von der eigenen Ohnmacht sich dumm machen zu lassen.«¹⁵⁶

Liebe Kollegen und Kolleginnen, auch als ohnmächtige Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen sind wir natürlich nicht in einer ähnlichen Situation wie diese Emigranten. Wir erleben fremde Macht und eigene Ohnmacht, aber das Gefälle zwischen Macht und Ohnmacht ist nicht so groß, dass unsere Aufgabe unlösbar wäre. Wir sind die Hüter der Prävention gegen den Machtmissbrauch der Anderen. Wir dürfen keine Macht haben, wenn wir unsere Rolle in der Prävention ausfüllen wollen. Vorbeugung gegen Machtmissbrauch erfordert eine unabhängige Anwaltschaft, die mit Rechten ausgestattet ist, nicht aber mit Macht. Die Gerichte haben die Macht, ihre Aufgabe kann es nicht sein, sich vor sich selbst zu schützen. Das muss die Anwaltschaft leisten und das leisten die Strafverteidiger und Strafverteidigerinnen.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich möchte mit einem Ausblick von Gustav Radbruch schließen.

Gustav Radbruch schreibt im August 1946:

»Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist, und einen Rechtsstaat wieder aufzubauen, der beiden Gedanken nach Möglichkeit Genüge zu tun hat. Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken

155 Vgl. [Richtlinie \(EU\) 2016/191 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls, umgesetzt durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10.12.2019, BGBl. 2019 I Nr. 46, S. 2128.](#)

156 *Adorno Minima Moralia*, Frankfurt 1969, S. 67

und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie ist gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern.«¹⁵⁷

Liebe Kolleginnen, liebe Alle,

Ob mächtig oder ohnmächtig, wir haben die Möglichkeiten, das rechtsstaatliche Erbe zu verteidigen, jeder und jede an seiner und ihrer Stelle.

¹⁵⁷ *Radbruch* Süddeutsche Juristenzeitung 1946, 105 (108).

Professor Dr. Jan Bockemühl

DOKUMENTATION DES ERMITTLUNGS- VERFAHRENS

DIE SICHT DER VERTEIDIGUNG AM BEISPIEL DER ZEUGEN- UND BESCHULDIGTENVERNEHMUNG*

Die Reform des Ermittlungsverfahrens stand auf zahlreichen Strafverteidigertagen auf der Agenda. Dabei ging es um die unterschiedlichsten Aspekte des Ermittlungsverfahrens. Teilhabe der Verteidigung im Ermittlungsverfahren, Dokumentation der Beweisgewinnung im Ermittlungsverfahren waren hier ebenso im Focus wie die Frage des Transfers von im Ermittlungsverfahren gewonnenen Beweisergebnisse in die Hauptverhandlung.

Auf dem 39. Strafverteidigertag in Lübeck im Jahr 2015 referierten *Gerald Goecke*,¹ *Ralf Eschelbach*,² *Ralph Knispel*³ und *Matthias Jahn*.⁴

* Der Beitrag ist bereits erschienen in StV2025,74 ff.

1 *Goecke, Wahrnehmungsherrschaft über die Beweiserhebung und das Recht auf ein faires Verfahren*, in: *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.]: Welche Reform braucht das Strafverfahren, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 9 ff.

2 *Eschelbach, Reform des Ermittlungsverfahrens*, in: *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.]: Welche Reform braucht das Strafverfahren, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 37 ff.

3 *Knispel, Reform im Ermittlungsverfahren*, in: *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.]: Welche Reform braucht das Strafverfahren, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 53 ff.

4 *Jahn, Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme*, in: *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.]: Welche Reform braucht das Strafverfahren, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 63 ff.

In Frankfurt am Main auf dem 40. Strafverteidigertag widmete sich *Reinhold Schlothauer*⁵ der Reform des Ermittlungsverfahrens, *Robert Esser* nahm auf dem 42. Strafverteidigertag in Münster ebenfalls die Reform des Ermittlungsverfahrens⁶ in den Blick.

Der 44. Strafverteidigertag forderte in seinen rechtspolitischen Thesen eine verpflichtende, vollständige Dokumentation des Ermittlungsverfahrens.⁷

Nunmehr also erneut der Blick auf das Ermittlungsverfahren; der »Rechtspolitische Kreis Schwanenwerder«⁸ hatte sich Ende November 2023 mit dem Thema eingehend befasst.

Bevor wir uns dem Thema der Reform, genauer der Dokumentation des Ermittlungsverfahrens näher widmen, möchte ich zunächst kurz einen historischen Blick auf die Geschichte bzw. die *Entwicklung des Protokolls* werfen (I.) um dann die *Protokollierungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren de lege lata* (II.) zu skizzieren. Anschließend werde ich die *Reformüberlegungen* (III.) kurz darstellen. Anschließend werden einige *Fehlerquellen (...) für falsche Urteile* (IV.) aufgezeigt bevor die »untersuchende Vernehmung« als Schritt in die richtige Richtung (V.) vorgestellt wird. Abschließend werde ich mich dem Thema der *audiovisuellen Dokumentation* widmen und dafür plädieren, dass eine bessere Dokumentation der Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren allerdings *nicht um den »Preis« des Transfers* in die Hauptverhandlung (VI.) erkämpft werden darf.

5 *Schlothauer, Reform des Ermittlungsverfahrens*, in: *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.]: Bild und Selbstbild der Strafverteidigung, Texte und Ergebnisse des 40. Strafverteidigertages Frankfurt am Main, 59 ff.

6 *Esser, Nach der Reform ist vor der Reform. Ein Blick auf das Ermittlungsverfahren*, in: *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.]: Räume der Unfreiheit, Texte und Ergebnisse des 42. Strafverteidigertages Münster, 479 ff.

7 <https://strafverteidigertag.de/wp-content/uploads/2023/05/thesen-44.pdf>

8 An dem *Rechtspolitischen Kreis Schwanenwerder* nehmen auf Einladung des Organisationsbüros Strafverteidiger*innen sowie Vertreter*innen der Strafrechtswissenschaft und anderer Disziplinen teil, um verbandsübergreifend und interdisziplinär aktuelle Fragen der Strafrechtspolitik zu diskutieren.

I. ENTWICKLUNG DES PROTOKOLLS

Das Protokoll ist bereits seit dem Altertum bekannt. Bildliche, aber auch figürliche Darstellungen des mit dem Protokoll untrennbar verbundenen Amt des »Schreibers« belegen dies.⁹ Eine der wohl berühmtesten figürlichen Darstellungen ist die des sog. »Sitzenden Schreibers« aus dem Alten Ägypten um ca. 2650 v. Chr., welche im Louvre zu besichtigen ist.¹⁰

Die Bezeichnung Protokoll geht auf das mittellateinische »protocollum« und das wiederum auf das byzantinische »prōtókollon« zurück, welches sich aus »prōtos« (»der Erste«) und »kólla« (»Leim«) zusammensetzt.¹¹ Dabei stellte das Protokoll das an eine Papyrusrolle angeleimte erste Blatt dar, auf dem u.a. Informationen zur Autorenschaft standen. Es stellte zunächst also so eine Art Titelei im heutigen Sinne dar. Die Bezeichnung als »Protokoll« vom Titelblatt wandelte sich in der Folge über das Inhaltsverzeichnis und schlussendlich auf das gesamte Schriftstück.¹²

In der Strafprozesskultur kam der Niederschrift dessen, was gesagt wurde bereits zu Zeiten der Carolina eine besondere Bedeutung zu.¹³

II. PROTOKOLLIERUNGSMÖGLICHKEITEN IM ERMITTLUNGSVERFAHREN DE LEGE LATA

§§ 168, 168a StPO schreibt die Erstellung eines Protokolls über jede *richterliche Untersuchungshandlung* zwingend vor (arg. »ist«). Nach § 168a Abs. 1 S. 1 StPO soll dem Protokoll zu entnehmen sein, »ob die wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens beachtet« wurden. Nach h.M. soll auch bei der Protokollierung der Vernehmungen lediglich

9 Vgl. hierzu u.a. *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, 18 m.w.N.

10 *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, 18.

11 *Leitner*, Videotechnik im Strafverfahren, 2012, 18.

12 *Reichling*, Die vollständige Protokollierung in der Hauptverhandlung in Strafsachen gem. § 273 Abs. 3 StPO, 26.

13 Vgl. hierzu *Bockemühl*/Gierhake/Müller/Walter [Hrsg.] Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg, 2015, 54; *Bockemühl Defizite im deutschen Strafprozess* in: *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.]: Der Schrei nach Strafe, Texte und Ergebnisse des 41. Strafverteidertages Bremen, 101 f.

das »Ergebnis der Vernehmung« geschuldet sein.¹⁴

Bei *Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft* und die *Polizei* ist die Fertigung eines Protokolls grundsätzlich optional (arg. »soll«); in der Praxis ist die Fertigung eines Protokolls die Regel.¹⁵ Allerdings ist auch hier ein *Wortprotokoll* nicht vorgesehen. Dies wird § 168b Abs. 1 StPO entnommen, wonach lediglich »das Ergebnis (...) aktenkundig zu machen« ist.

Wird aber ein Protokoll erstellt, so ist dieses in der Praxis zu meist unzureichend und im internationalen Vergleich schlicht mangelhaft. Dieses ist darin begründet, dass (fast) ausnahmslos keine wortwörtliche Transkription des Gesagten erfolgt. Die Protokolle, in denen sich ausnahmslos der Wortschatz des Vernehmungsbeamten wiederfindet, in denen die gestellten Fragen nicht transkribiert sind und es (lediglich) heißt: »Auf Frage:...«, sind Legion.

Noch unzureichender sind Protokolle von Vernehmungen, bei denen Personen vernommen werden, die der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig sind. Hier findet sich regelmäßig zu Beginn der Vernehmung der Hinweis »Der Beschuldigte ist der deutschen Sprache nicht mächtig. Die Vernehmung wird in der Sprache XY geführt«. Anschließend findet sich das gewohnte »Frage-Antwort-System« in deutscher Sprache wieder. Eine Transkription der übersetzten Frage und eine Niederschreibung der in der fremden Sprache gegebenen Antwort der vernommenen Person finden ausnahmslos nicht statt. Damit ist aber in der Folge eine spätere Kontrolle, ob richtig übersetzt worden ist nicht mehr möglich. Der Übersetzer oder Dolmetscher scheidet offenkundig für die nachträgliche Kontrolle aus, ebenso der Vernehmungsbeamte.

Im internationalen Vergleich erhellt sich sofort, dass diese Art der deutschen Protokollierung unzureichend ist. Vernehmungen z.B. vor dem International Criminal Court (ICC) sind in dieser Hinsicht vorbildlich. Dort finden sich verschriftlichte Interviews, die den Gang der Vernehmung lückenlos dokumentieren. Die jeweilige Frage wird niedergeschrieben. Diese Frage wird dann in der jeweiligen Sprache

¹⁴ Vgl. nur Meyer-Goßner/*Schmitt* Strafprozessordnung, 67. Aufl. 2024, § 168a Rn 4.

¹⁵ Meyer-Goßner/*Schmitt* Strafprozessordnung, 66. Aufl., 2024, § 168b Rn 2.

(z.B. Kinyarwanda) der vernommenen Person fixiert, ebenso die Antwort. Anschließend findet sich die Antwort in der übersetzten Fassung. Diese transparente Transkription mag zeitaufwendig sein, allerdings wird es in der Regel keinen ›Streit‹ geben, was gesagt worden ist. Übersetzungsfehler können nachträglich noch ausgemacht und korrigiert werden. Die Vorteile liegen auf der Hand!

Die audiovisuelle Aufzeichnung von *Zeugenaussagen* ist bei polizeilichen (§§ 163 Abs. 3 S. 1, 58a Abs. 1 S. 1 StPO), staatsanwaltschaftlichen (§§ 161a Abs. 1 S. 2, 58a Abs. 1 S. 1 StPO) und bei richterlichen (§ 58a Abs. 1 S. 1 StPO) *Zeugenvernehmungen* zulässig.¹⁶ Da die audiovisuelle Aufzeichnung neben (!) – nicht anstelle – des Protokolls erfolgen »kann«,¹⁷ wird von der Möglichkeit in der Praxis selten Gebrauch gemacht.

Seit November 2013 ist auch die audiovisuelle Aufzeichnung der *Beschuldigtenvernehmung* zulässig. Für die staatsanwaltschaftlichen und polizeiliche *Beschuldigtenvernehmung* ergibt sich das aus §§ 163a Abs. 1 S. 2, 58a Abs. 1 S. 1 StPO, für richterliche *Vernehmung* auf Antrag der Staatsanwaltschaft (!) aus §§ 163a, 162, 58 Abs. 1 S. 1 StPO.¹⁸ Nunmehr stellt § 136 Abs. 4 S. 1 StPO auch unmissverständlich klar, dass *Vernehmungen* generell audiovisuell aufgezeichnet werden können.¹⁹ In den Fällen des § 136 Abs. 4 S. 2 ist die Aufzeichnung der *Vernehmung* grundsätzlich in Bild und Ton aufzunehmen. Dieses soll vor allem der Wahrheitsfindung dienen, da eine Videoaufzeichnung den Gang der *Vernehmung* zuverlässiger wiedergibt als ein Inhaltsprotokoll.²⁰ Auch insofern ist die Videodokumentation neben der Transkription vorgesehen.

16 Vgl. hierzu nur *Eisenberg* Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. 2017, Rn 1311.

17 Vgl. hierzu *Altenhain Dokumentation im Ermittlungsverfahren – warum eigentlich nicht?* in: Strafverteidigervereinigungen [Hrsg.] Tagungsband 39. Strafverteidigertag, S. 181, 182.

18 Hierzu *Altenhain Dokumentation im Ermittlungsverfahren – warum eigentlich nicht?* in: Strafverteidigervereinigungen [Hrsg.] Tagungsband 39. Strafverteidigertag, S. 181, 182.

19 Meyer-Goßner/*Schmitt*, Strafprozessordnung, 67. Aufl. 2024, § 136 Rn 19a.

20 Meyer-Goßner/*Schmitt*, Strafprozessordnung, 67. Aufl. 2024, § 136 Rn 19a; vgl. zudem BT-Drs. 18/11277, 22.

III. REFORMÜBERLEGUNGEN

1. FORDERUNG NACH MECHANISCHER DOKUMENTATION VON ZEUGEN- UND BESCHULDIGTENVERNEHMUNGEN IN DEN 1930ER JAHREN

Eine erste ›Reformüberlegung‹ möchte ich vorstellen. Bereits in den 1930er Jahren war die Protokollierung als massive Fehlerquelle bei Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen offenbar. In einem Beitrag von Landgerichtsdirektor *Hugo Braune* in der *Juristischen Wochenschrift* aus dem Jahr 1933 heißt es insofern wie folgt:²¹

»Die Versuche zielen darauf ab, die Vernehmung eines Beschuldigten oder eines Zeugen vor dem Mikrophon aufzunehmen, sie auf Walzen zu übertragen, um sie jederzeit und beliebig oft wortgetreu zu wiederholen zu können. Mit einem Schlage scheinen jetzt alle die vielen Erörterungen überflüssig geworden zu sein, auf welche Weise man bei Vernehmungen von Zeugen und Beschuldigten die Fehlerquellen ausschalten kann, die sich in den sogenannten Stilprotokollen, d.h. die vom Vernehmenden diktieren Protokolle, trotz aller Aufmerksamkeit und Vorsicht einschleichen können (...).«

Aus der propagierten »Förderung der Vernehmungstechnik durch mechanische Protokolle« wurde leider nichts. Auch in der Folge wurde weiterhin ›klassisch protokolliert‹. Die Definitionshoheit über das Protokoll hatte immer der Vernehmungsbeamte. Eine objektive Dokumentation der Ermittlungsereignisse im Vorverfahren fand nicht statt. Mangels objektiver und objektivierbarer Dokumentation war eine wirkliche Kontrolle der verfassten Ermittlungsergebnisse nicht möglich.²²

²¹ *Braune*, Förderung der Vernehmungstechnik durch mechanische Protokolle?, *Juristische Wochenschrift* 1933, 411 ff.

²² Dabei versteht es sich von selbst, dass der die Protokollende verfassende Vernehmungsbeamte als objektives (!) »Beweismittel« ausscheidet! Nichtsdestotrotz wird nach wie vor der Vernehmungsbeamte gehört, wie die Vernehmungsprotokolle zustande gekommen sind. Nunmehr ist ggfs. ein Verteidiger zugegen. Das Anwesenheitsrecht des Verteidigers ist erst »kürzlich« eingeführt worden; Vlg. insofern LR/*Erb*, StPO, 27. Aufl. 2018, § 163a Rn. 98.

2. EXPERTENKOMMISSION

Auf eine Vereinbarung im Rahmen des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode hin wurde vom Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz *Heiko Maas* im Juli 2014 die »Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des Jugendstrafverfahrens« einberufen. Der Expertenkommission gehörten Vertreter der Wissenschaft und der juristischen Praxis sowie Experten aus den Landesjustizverwaltungen, dem Bundesministerium des Innern und dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz an. Die Expertenkommission hat alle Verfahrensabschnitte des Strafverfahrens – vom Ermittlungsverfahren bis zur Strafvollstreckung – daraufhin untersucht, inwieweit sie unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher Grundsätze in ihrer heutigen strukturellen Ausgestaltung den Anforderungen an ein effektives, praxistaugliches und modernes Strafverfahren noch entsprechen. Juli 2014 bis September 2015 hat sich die Expertenkommission zu acht Sitzungen im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zusammgefunden. In sieben weiteren jeweils zweitägigen Arbeitssitzungen hat die Expertenkommission die Fragestellungen anhand von schriftlichen Gutachten ihrer Mitglieder beraten. Auf der Grundlage ihrer Beratungen hat die Expertenkommission die in diesem Bericht dargestellten Empfehlungen formuliert und begründet.

Der Abschlussbericht²³ nebst der beiden Anlagenbänden²⁴ wurde am 13. Oktober 2015 vorgestellt.²⁵

Die Expertenkommission hatte sich mit sämtlichen Verfahrensstadien des Strafverfahrens beschäftigt. Für das Ermittlungsverfahren u. a. mit dem Thema der »regelmäßigen audiovisuellen Aufzeichnung von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen bei schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage«.

23 https://krimpub.krimz.de/frontdoor/deliver/index/docId/188/file/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf.

24 Anlagenband 1 (Gutachten): https://krimpub.krimz.de/frontdoor/deliver/index/docId/188/file/Anlage_1_StPO_Kommission.pdf; Anlagenband 2 (Protokolle): https://krimpub.krimz.de/frontdoor/deliver/index/docId/188/file/Anlage_2_StPO_Kommission.pdf.

25 <https://www.jura.uni-frankfurt.de/58653451/192Anlage2.pdf?>

Die Expertenkommission hat in ihrem Bericht unter dem Topos »Optimierung der Wahrheitsfindung durch Dokumentation; Transparenz und Kommunikation« folgende Ergebnisse für das uns hier interessierende Thema festgehalten:²⁶

»Aus Sicht der Expertenkommission kann der Prozess der Wahrheitsfindung namentlich durch den verstärkten Einsatz moderner audiovisueller Dokumentationstechniken im Ermittlungsverfahren effektiver gestaltet werden (vgl. Empfehlung 4).

Die Vorgaben der Strafprozessordnung zur Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen entsprechen nicht dem Stand und den Möglichkeiten der Technik des 21. Jahrhunderts. Das Gesetz enthält für das Ermittlungsverfahren lediglich den Hinweis, dass Zeugenvernehmung audiovisuell aufgezeichnet werden ›können‹ und unter bestimmten Umständen davon Gebrauch gemacht werden ›soll‹ (§ 58a Absatz 1 StPO). Auch für die audiovisuelle Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen sieht das Gesetz lediglich eine ›Kann‹-Vorschrift vor (§ 163a Absatz 1 Satz 2 i.V.m. § 58a Absatz 1 Satz 1 StPO). In der Praxis wird von diesen Aufzeichnungsmöglichkeiten bislang nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Das Potential, das die bestehenden technischen Möglichkeiten der audiovisuellen Aufzeichnung für den Prozess der Wahrheitsfindung im Strafverfahren bieten, ist damit nach Ansicht der Expertenkommission nicht ausgeschöpft.«

Die Überlegungen der Expertenkommission betreffend einer verbesserten Dokumentation der Vernehmungen im Ermittlungsverfahren wurden durch die Verbände durchweg positiv aufgenommen und befürwortet.²⁷

3. KOALITIONSVERTRAG

Die Regierungsparteien haben diese Überlegungen der Expertenkommission in ihrem Koalitionsvertrag²⁸ aufgenommen. Hier heißt

²⁶ Bericht der Expertenkommission, Seite 2 f.

²⁷ Vgl. insofern nur Stellungnahme des Strafrechtsausschusses (Strauda) der BRAK Nr. 24/2016; https://www.brak.de/fileadmin/05_zur_rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2016/august/stellungnahme-der-brak-2016-24.pdf.

²⁸ https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf.

es zum Thema Justiz wie folgt:²⁹

»Wir machen Strafprozesse noch effektiver, schneller, moderner und praxistauglicher, ohne die Rechte der Beschuldigten und deren Verteidigung zu beschneiden. *Vernehmungen und Hauptverhandlung müssen in Bild und Ton aufgezeichnet werden.* Unter anderem regeln wir die Verständigung im Strafverfahren einschließlich möglicher Gespräche über die Verfahrensgestaltung und das grundsätzliche Verbot der Tatprovokation. Gerichtsentscheidungen sollen grundsätzlich in anonymisierter Form in einer Datenbank öffentlich und maschinenlesbar verfügbar sein. Wir stellen die Verteidigung der Beschuldigten mit Beginn der ersten Vernehmung sicher.«

Ein Referentenentwurf des BMJ oder gar ein Regierungsentwurf zum Thema Dokumentation des Ermittlungsverfahrens liegt derzeit nicht vor. Es bleibt abzuwarten, ob dieses Vorhaben in dieser Legislatur noch angegangen werden wird.³⁰

IV. FEHLERQUELLEN – FALSCHER GESTÄNDNISSE ALS URSACHE FALSCHER URTEILE

Spektakuläre Wiederaufnahmeverfahren haben in den letzten Jahren evident die Fehlbarkeit der Strafjustiz offenbart. Fälle wie ›Harry Wörz‹, ›Bauer Rupp‹, ›Ulvi K.‹ und ›Gustl Mollath‹ sind hier nur pars pro toto zu nennen.³¹

Die Gründe für solche katastrophalen Fehlerurteile sind mannigfaltig und dennoch fehlt eine aktuelle, umfassende Untersuchung; eine Fehlerquellenanalyse wird immer wider angemahnt. Seit den

29 Koalitionsvertrag, Seite 85; https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf.

30 Angesichts der Erfahrungen mit dem *Gesetz zur Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung*, auch einer beabsichtigten Regelung des Koalitionsvertrages, ist es eher zu bezweifeln, dass ein Versuch einer Regelung in dieser Legislaturperiode gestartet wird.

31 Literarisch wurden diese Fälle auch publik: *Darmstadt*, Der Richter und sein Opfer. Wenn die Justiz sich irrt, 2013; *Ritzer/Przybilla*, Die Affäre Mollath. Der Mann, der zu viel wusste, 2013; *Jung/Lemmer*, Der Fall Peggy. Die Geschichte eines Skandals, 2013; *Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes. Ein Justizirrtum und seine Folgen, 2007, *Strate*, Der Fall Mollath. Vom Versagen der Justiz und Psychiatrie, 2014; vgl. auch *Otto*, Das Lexikon der Justizirrtümer – Skandalöse Fälle, unschuldige Opfer, hartnäckige Ermittler, 2003.

Abhandlungen von *Max Alsberg*³², *Max Hirschberg*³³, und *Karl Peters*³⁴ fehlt eine aktuelle, systematische Untersuchung zu den Ursachen von Fehlerurteilen in der heutigen Zeit.³⁵

Allerdings sind die ausgemachten Fehlerquellen ausnahmslos nicht wirklich neu. Die Fehlerquellenanalyse zeigt, dass die Ergebnisse älteren Untersuchungen nach wie vor ›aktuell‹ sind.³⁶ Falsche Geständnisse³⁷ und falsche Zeugenaussagen³⁸ sind nach wie vor gravierende Anknüpfungspunkte für Fehlerurteile.

Ein erschreckendes Beispiel für den ›Kampf um das Geständnis‹ bietet der Fall ›Bauer Rupp‹.³⁹ Dieser Fall eignet sich deswegen so vorzüglich die »Vernehmungsmethode Wahnsinn«⁴⁰ zu beobachten, weil die für den Fall zuständigen Ermittler die Vernehmungen bei der ›Tatortrekonstruktion‹ per Video dokumentiert hatten. Ähnlich wie bei der in den Vereinigten Staaten üblichen, sogenannten Reid-Methode,

»wurden die Beschuldigten systematisch an den Rand des Wahnsinns gebracht, mit Provokationen, Versprechungen, Lügen, falscher Kumpanei. Das Ziel der Ermittler ist auch nach dieser Methode, ihre Hypothese von der Schuld des Gegenüber zu bestätigen (...).«⁴¹

Die Ermittler wollten offensichtlich diese von ihnen als »vorbildlich« erkannte Ermittlungsmethode beispielhaft dokumentieren. Es

32 *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913.

33 *Hirschberg*, Das Fehlerurteil im Strafprozeß, 1960.

34 *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß, Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Band 1 (1970), Band 2 (1972), Band 3 (1974).

35 Mit der von *Jörg Kinzig* betreute Dissertation von *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlerurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht?, 2018, liegt eine weitere »Untersuchung der vielfältigen Ursachen von Fehlerurteilen im Strafprozess und den Möglichkeiten ihrer Vermeidung« – so der Untertitel der Monographie – vor.

36 *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlerurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht?, 2018, 200 ff.

37 *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlerurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht?, 2018, 247 ff.

38 *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlerurteil – Systemimmanenz oder vermeidbares Unrecht?, 2018, 258 ff.

39 *Darnstädt*, Der Richter und sein Opfer. Wenn die Justiz sich irrt, 2013, 94 ff.

40 So *Darnstädt*, Der Richter und sein Opfer. Wenn die Justiz sich irrt, 2013, 102 ff.

41 *Darnstädt*, Der Richter und sein Opfer. Wenn die Justiz sich irrt, 2013, 104 f.

gibt dazu eine hochinteressante Video-Dokumentation mit dem Titel »Im Zweifel gegen die Angeklagten – Ein bayerischer Justizskandal.«⁴²

Das Landgericht Ingolstadt verurteilte die vier Angeklagten u.a. aufgrund der ›Geständnisse‹ im Ermittlungsverfahren. Erst ein Zufall, nämlich der Fund der unversehrten Leiche, belegte, dass sämtliche ›Geständnisse‹ falsch gewesen sind.

Der Grund für derartige falsche Geständnisse liegt nach Auffassung nicht nur des Essener Kommunikationswissenschaftlers *Jo Reichertz* darin begründet, dass das

»Ja, ich war´s« bei diesen aggressiven Vernehmungen von beiden Seiten des Frage-und-Antwort-Spiels als Erlösung empfunden wird: Für den Frager, weil es seinen Ruf als erfolgreicher Vernehmer mehrt, für den Beschuldigten, weil er seine Würde als ›vernünftiger‹ Mensch bewahren kann, der konstruktiv mitarbeitet am gemeinsamen Projekt, der Suche nach der Wahrheit.«⁴³

Auch *Max Guyll* hat dieses Phänomen wunderbar beschrieben:⁴⁴

»Stellen Sie sich vor, Sie werden wegen Mordes verhaftet, sind aber in Wirklichkeit unschuldig. Ihnen werden Ihre Rechte vorgelesen und Ihnen wird gesagt: »Alles, was Sie sagen, kann und wird vor Gericht gegen Sie verwendet werden.« Dann werden Sie gefragt, ob Sie bereit sind, mit der Polizei zu sprechen. Weil du unschuldig bist, hast du nichts zu verbergen. Sie verzichten also auf Ihre Rechte und fangen an zu reden. Auch wenn Sie es wahrscheinlich nicht glauben, könnte diese Entscheidung eine Kette von Ereignissen auslösen, die dazu führt, dass Sie fälschlicherweise den Mord gestehen, obwohl Sie völlig unschuldig sind. Unter den verurteilten Gefangenen, deren Unschuld später durch DNA-Tests bewiesen wurde, hatte jeder Sechste bei der polizeilichen Vernehmung die Tat fälschlicherweise gestanden. Die Menschen unterschätzen die Macht polizeilicher Verhöre, die dazu führen können, dass sie falsche Geständnisse machen.

Meine Kollegin Stephanie Madon und ich versuchten zu verstehen, warum Unschuldige so bereit zur Kooperation sein könn-

42 <https://www.spiegel.de/video/reportage-rudolph-rupp-video-99010137.html>

43 Zitiert nach *Darmstadt*, Der Richter und sein Opfer. Wenn die Justiz sich irrt, 2013, 103.

44 *Guyll*, Psychology of False Confessions; <https://archive.las.iastate.edu/2013/11/13/max-guyll-discusses-the-psychology-of-false-confessions/>

ten. In unserer Forschung haben wir eine Situation geschaffen, in der einige Menschen dazu gebracht wurden, ein geringfügiges akademisches Vergehen zu begehen, andere jedoch nicht. Einige Menschen waren also schuldig und andere unschuldig. Anschließend beschuldigten wir alle, sowohl die Schuldigen als auch die Unschuldigen, und maßen gleichzeitig ihren Blutdruck, um ihren Stress einzuschätzen. Der Blutdruck der Unschuldigen stieg weniger stark an als der Blutdruck der Schuldigen, was darauf hindeutet, dass die Unschuldigen weniger Stress verspürten und weniger Angst hatten, wenn sie angeklagt wurden. Und je weniger Angst Sie verspüren, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass Sie Selbstschutzmaßnahmen ergreifen, wie zum Beispiel Ihr Recht auf Schweigen geltend machen oder einen Anwalt einschalten. Und am Ende gaben 43 Prozent der unschuldigen Menschen in unserer Studie fälschlicherweise zu, die Straftat begangen zu haben, obwohl sie es nicht taten. Und in unserer Studie haben wir die Leute nur ein paar Minuten lang verhört, aber echte Polizeiverhöre können stundenlang dauern. Unschuldige Menschen glauben möglicherweise, dass der einzige Weg, dem Verhör zu entkommen, darin besteht, aufzugeben und zu gestehen. Es kann so sein, als würde man stundenlang mit jemandem streiten; Du erreichst einen Punkt, an dem du bereit bist, alles zu sagen, nur damit es aufhört.«

Ein wirklich erschreckendes Bild deutscher Strafprozesswirklichkeit. Nachdem bekanntlich die Weichen im Strafprozess im Ermittlungsverfahren gestellt werden,⁴⁵ ist die Rechtspolitik aufgefordert diese Missstände zu beseitigen! Eine valide Dokumentation des Ermittlungsverfahrens, insbesondere eine verlässliche audio-visuelle Dokumentation von Zeuge- und Beschuldigtenvernehmungen ist unabdingbar.

Ein ebenso erschreckendes Bild liefert die Justiz im Umgang mit entsprechenden Versuchen der Beseitigung von solchen Justizskandalen! Im Wiederaufnahmeverfahren im Fall ›Bauer Rupp‹ hatte das zuständige Wiederaufnahmegericht beim LG Landshut zunächst nach dem Motto ›tot ist tot‹ die Wiederaufnahme des Verfahrens ab-

⁴⁵ Vgl. nur *Bockemühl* in: *Bockemühl* [Hrsg.], Handbuch Strafrecht, 9. Aufl. 2024, Kapitel 2 Rd. 1 m.w.N.

gelehnt.⁴⁶ Erst das OLG München hat dem Antrag auf Zulassung der Wiederaufnahme stattgegeben. Das Thema soll an dieser Stelle allerdings nicht weiter beleuchtet werden.

V. »UNTERSUCHENDE VERNEHMUNGEN« ALS SCHRITT IN DIE RICHTIGE RICHTUNG

Es wurde bereits ausgeführt, dass eine neuere, evidenzbasierte Untersuchung von Fehlerurteilen nicht vorliegt.⁴⁷ Auch eine umfangreiche, systematische Studie darüber, ob und in welchem Ausmaß polizeiliche Vernehmungsbeamte bestimmte Techniken oder Taktiken anwenden, fehlt in Deutschland. Es gibt die bereits skizzierten Einzelfälle.⁴⁸ Daraus zeigt sich, dass manipulative, suggestive und druckausübende Taktiken der Vernehmung gelehrt, befürwortet und angewendet werden. Derartige Vernehmungstaktiken zeichnen sich aus durch:

- beziehungsbezogene Faktoren zur Manipulation der Befragten (»helfender Freund«, Ratschläge, die die Rechte der Befragten und die Rolle der Verteidigung beeinträchtigen)
- suggestive Vorgehensweisen, um den Vernehmungsprozess zu dominieren (z.B. Fragewiederholungen oder inhaltliche Vorgaben)
- druckausübenden Vorgehensweisen, um die gewünschten Antworten zu erhalten (z.B. Unterbrechungen, Drohungen etc.)

Insofern führen *May/Fahsing/Milne* aus:⁴⁹

»(...) derartige manipulativen, suggestiven und druckausübenden Vernehmungen können zu Falschaussagen von Zeugen und Beschuldigten führen, die wiederum Ermittlungen fehlleiten und in Justizirrtümern münden können«

46 Vgl. hierzu: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/getoeteter-bauer-das-raetsel-des-rudolf-rupp-a-724080.html>

47 S.o. unter IV.

48 Vgl. hierzu die Reportage des SPIEGEL: <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/getoeteter-bauer-das-raetsel-des-rudolf-rupp-a-724080.html>

49 May/Fahsing/Milne, Die untersuchende Vernehmung von Zeug*innen und Beschuldigten – ein internationaler forschungsbasierter und praxiserprobter Vernehmungsansatz, in: Staller/Zaiser/Koerner [Hrsg.], Handbuch der Polizeipsychologie, 2023, 717 ff.

Als Hauptproblem wird zudem ausgemacht, dass wesentliche Grundprinzipien des deutschen Strafprozesses von den Vernehmenden nicht beherzigt werden.

»Wenn die Polizei die ethischen und grundlegenden Prinzipien der Strafjustiz wie die Unschuldsvermutung und das Aussageverweigerungsrecht nicht respektiert, gefährdet sie die Grundlagen der Rechtsstaatlichkeit und die Prinzipien eines fairen Verfahrens.«⁵⁰

Aus der Wissenschaft wird insofern ein Umdenken bei der Vernehmungspraxis in deutschen Polizeirevieren gefordert.

Die »untersuchende Vernehmung« wird als Alternative propagiert. Hierbei werden die Ergebnisse und Erkenntnisse aus einem anderen Bereich verwertet und umgesetzt. Der »Bericht des Sonderberichterstatters über Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe«⁵¹ vom 1. Februar 2013 durch Juan E. Mendéz führt zu mindestens zwei leitenden Prinzipien für eine faire, rechtsstaatliche Vernehmung:⁵²

Prinzip 1: Führe Vernehmungen in einer ethischen, forschungsbasierten und respektvollen Weise durch

Prinzip 2: Gehe offen in Vernehmungen und untersuche alle möglichen Erklärungen

Bezogen auf Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen bedingen diese beiden sogenannten *Mendéz-Prinzipien* (»Prinzipien zu effektiven Vernehmungen für Ermittlungen und Informationssammlungen«)⁵³ eine neue Vernehmungstechnik, die sogenannte »untersuchende Ver-

50 *May/Fahsing/Milne*, Die untersuchende Vernehmung von Zeug*innen und Beschuldigten – ein internationaler forschungsbasierter und praxiserprobter Vernehmungsansatz, in: Staller/Zaiser/Koerner [Hrsg.], Handbuch der Polizeipsychologie, 2023, 717 ff.

51 UN-Dok. A/HCR/22/53 vom 1. Februar 2013; der Bericht ist unter <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/publikationen/detail/information-anlaesslich-der-deutschen-uebersetzung-des-berichts-des-sonderberichterstatters-ueber-folter> herunter zu laden.

52 *May/Fahsing/Milne*, Die untersuchende Vernehmung von Zeug*innen und Beschuldigten – ein internationaler forschungsbasierter und praxiserprobter Vernehmungsansatz, in: Staller/Zaiser/Koerner [Hrsg.], Handbuch der Polizeipsychologie, 2023, 717 ff.; die Mendéz-Prinzipien können hier heruntergeladen werden https://www.apr.ch/sites/default/files/publications/apr_PoEI_EN_11.pdf

53 Die Prinzipien für eine untersuchende Vernehmung können in englischer Sprache heruntergeladen werden https://www.apr.ch/sites/default/files/publications/apr_PoEI_EN_11.pdf; eine Übersetzung in deutscher Sprache liegt (noch) nicht vor.

nehmung«, die sich durch folgende vier Elemente auszeichnet:⁵⁴

1. Aufstellen von alternativen Hypothesen
2. Phasenweise Strukturierung der Vernehmung
3. Maximale Verwendung produktiver Fragen und Aufforderungen
4. Vernehmungen sind audio(visuell) aufzunehmen

Aufzeichnungen sämtlicher Vernehmungen sichern die Transparenz des Vernehmungsprozesses und minimieren dadurch Streitereien hierüber im gerichtlichen Kontext. Audio- und Videoaufzeichnungen sind aus wissenschaftlicher Sicht als *Mindestanforderungen* für eine professionelle Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten anzusehen.⁵⁵

Werden die dargestellten *Mendéz-Prinzipien* nicht im Strafprozess eingehalten, so ist ein *Beweisverwendungsverbot* zu fordern.⁵⁶

VI. AUDIOVISUELLE DOKUMENTATION – NICHT UM DEN »PREIS« DES TRANSFERS

Eine vollständige, verlässliche Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen ist nicht nur unabdingbar in den Augen der Aussagepsychologie, sondern wird auch durch die Strafrechtswissenschaft diskutiert.⁵⁷ Vorschläge gehen allerdings dahin, dass in den Fällen,

⁵⁴ *May/Fahsing/Milne*, Die untersuchende Vernehmung von Zeug*innen und Beschuldigten – ein internationaler forschungsbasierter und praxiserprobter Vernehmungsansatz, in: Staller/Zaiser/Koerner [Hrsg.], Handbuch der Polizeipsychologie, 2023, 717 ff.

⁵⁵ So auch mit ausführlicher Begründung *May/Fahsing/Milne*, Die untersuchende Vernehmung von Zeug*innen und Beschuldigten – ein internationaler forschungsbasierter und praxiserprobter Vernehmungsansatz, in: Staller/Zaiser/Koerner [Hrsg.], Handbuch der Polizeipsychologie, 2023, 717 ff.

⁵⁶ Die Einhaltung der Mendéz-Prinzipien ist – nachdem tragende Eckpfeiler eines Rechtsstaats betroffen sind – derart essentiell, dass nur ein Verwendungsverbot als Rechtsfolge in Betracht kommt. An dieser Stelle sei ein historischer Exkurs erlaubt: Ein solches Verwendungsverbot kannte in Art. 20 CCC bereits die Constitutio Carolina Criminalis; lagen die Voraussetzung für die ›Vernehmungstechnik‹ der ›peinlichen Befragung‹ nicht vor, so waren die Ergebnisse unwertbar und dem Betroffenen stand sogar Schadensersatz zu, vgl. hierzu *Bockemühl*, Meistbegünstigung bei ›kontaminierten‹ Beweismitteln, in: Strafverteidigervereinigungen [Hrsg.], 23. Strafverteidigertag in Bremen, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 2000, Seiten 161, 162.

⁵⁷ *Jahn*, Der Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung nach dem Modell des AE-Beweisaufnahme, in: *Strafverteidigervereinigungen* [Hrsg.]: Welche Reform braucht das Strafverfahren, Texte und Ergebnisse des 39. Strafverteidigertages Lübeck, 63 ff.

in denen die Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren (audio)visuell erhoben wird, ein Transfer in die Hauptverhandlung zulässig sei.

Hier ist allerdings Vorsicht geboten!

Ein Blick in die Strafrechtswirklichkeit in ein deutschsprachiges Land, welches diese Transfer-Lösung seit geraumer Zeit praktiziert, offenbart die Krux eines Transfers. Mit einem solchen Transfer würde das, das deutsche Strafverfahren tragende, Unmittelbarkeitsprinzip zugunsten einer beschränkten Unmittelbarkeit aufgegeben. Wagen wir also einen Blick in die Schweiz:

In der Schweiz regelt Art. 350 chStPO

- (1) Das Gericht ist an den in der Anklage umschriebenen Sachverhalt, nicht aber an die darin vorgenommene rechtliche Würdigung gebunden.
- (2) Es berücksichtigt die im Vorverfahren und im Hauptverfahren erhobenen Beweise.

Franz Riklin führt im Kommentar der Schweizerischen Strafprozessordnung dazu aus:⁵⁸

»Gemäss Abs. 2 erfolgt die Urteilsbildung des Gerichts gestützt auf die Hauptverhandlung und die Auswertung der Akten (d.h. die im Vorverfahren und im Hauptverfahren erhobenen Beweise). Damit wird bestätigt, dass das Unmittelbarkeitsprinzip nur beschränkt Geltung hat (StPO Art 343). (...)«

Art. 343 chStPO regelt die sogenannte »Beweisabnahme«. Nur in engen Grenzen wird eine »neue« oder »ergänzte« Beweiserhebung in der Hauptverhandlung zugelassen.

Art. 343 chStPO - Beweisabnahme

- (1) Das Gericht erhebt neue und ergänzt unvollständig erhobene Beweise.
- (2) Es erhebt im Vorverfahren nicht ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals.
- (3) Es erhebt im Vorverfahren ordnungsgemäss erhobene Beweise nochmals, sofern die unmittelbare Kenntnis des Beweismittels für die Urteilsfällung notwendig erscheint.

⁵⁸ *Riklin*, Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Art. 350 Rd. 3.

In der Regel sind im schweizerischen Strafprozess bereits im Ermittlungsverfahren die ›Würfel gefallen‹.

Anlässlich des 12. Dreiländerforums *Strafverteidigung* Mitte September 2023 in Arenenberg wurde im ›Länder-Pavillon‹ der Schweiz die Frage diskutiert, inwiefern Verteidigungsstrategien anders entworfen oder angepasst werden müssen, wenn die Hauptverhandlung nicht oder nur beschränkt unmittelbar ausgestaltet ist. Es offenbarte sich in der Diskussion, dass in der Schweiz die umfassende Beteiligung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren und die Dokumentation offenbar nur um den Preis der ›Entleerung der strafgerichtlichen Hauptverhandlung‹ erlangt wurde.

Die Diskussion ist hier sicherlich noch am Anfang. Allerdings sollte die *Unmittelbarkeit* und die *Mündlichkeit* weiterhin die strafgerichtliche Hauptverhandlung prägen.⁵⁹ Verlässliche Dokumentation dient der Qualitätssicherung und (auch) der Qualitätskontrolle⁶⁰ und damit der Wahrheitsfindung im Strafprozess. Um den ›Preis des Transfers‹ wäre diese allerdings ›zu teuer erkaufte‹.

59 *Bockemühl*, Festschrift für v. Heintschel-Heinegg, 2015, 51, 54 f.

60 So schon *Braune*, Förderung der Vernehmungstechnik durch mechanische Protokolle?, Juristische Wochenschrift 1933, 411 ff. im Jahr 1933!

Dr. Yannic Hübner

DIE FAIRE FALLE IM RECHTSSTAAT?¹

Der durch den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom 19. Dezember 2023 in Gang gesetzte Gesetzgebungsprozess bedeutet eine historische Chance, die »Falle im Rechtsstaat«² endlich in rechtsstaatlich geordnete Bahnen zu lenken.

Das Wort ›endlich‹ verdient deshalb Hervorhebung, weil das Ermittlungsinstrument keine unbedeutende Historie aufzuweisen hat.³ Es findet seinen Ursprung im absolutistischen Frankreich. Die französische Gendarmerie unterhielt damals – wie übrigens auch später, während und nach der Französischen Revolution unter verschiedenen Regimen – ein weitverzweigtes Netz geheimer Agenten, das dabei helfen sollte, unliebsame politische Gegner aus dem Weg zu räumen. Auch die Tatprovokation – der Einsatz sogenannter agents provocateurs – etablierte sich damals als probates Mittel, um dem Staat einen scheinbar legitimen Anlass zur Festnahme und Bestrafung der verleiteten Täter zu schaffen. Im 19. Jahrhundert, mit Übernahme der französischen Staatsverwaltung, griffen diese Ermittlungstechniken dann auch in den deutschen Partikularstaaten Raum und fanden in der Demagogenverfolgung sogleich einen ersten Höhepunkt. Interessant ist,

1 Referat auf dem 45. Strafverteidigertag von 1. bis 3. März 2024 in Hamburg. Die Vortragsform wurde beibehalten.

2 Titel des von Lüderssen bei Suhrkamp herausgegeben Sammelbandes ›V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, Frankfurt am Main 1985.

3 Eingehend zur Historie Hübner, Rechtsstaatswidrig, aber straflos?, S. 17–20 m.w.N.

dass preußische Ministerialverfügungen und -erlasse aus dieser Zeit durchaus auf eine programmatische Ablehnung der Deliktsprovokationen hinweisen.⁴ Auch das Reichsgericht führt in einer Entscheidung aus dem Januar 1912 aus, dass der Einsatz »mit dem Ansehen der Behörden der Strafrechtspflege unvereinbar« sei.⁵ Ob dies allerdings tatsächlich dem polizeilichen Vorgehen in der Praxis auch Abbruch tat, kann bezweifelt werden.

Spätestens das Aufkommen der sogenannten Organisierten Kriminalität in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts verhalf der Ermittlungstechnik endgültig zum Durchbruch. Heute gelten der VP-Einsatz und die Tatprovokation insbesondere im Bereich der Drogenkriminalität als *unverzichtbar*, um Fortschritte in der Überführung professionell agierender Milieus zu erzielen.⁶ Auch von Seiten des Bundesverfassungsgerichts wird den Strafverfolgungsorganen attestiert, dass sie bei der Bekämpfung des Rauschgifthandels nicht ohne den Einsatz sogenannter V-Leute auskämen, um ihrem Auftrag zur rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten gerecht werden zu können und eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten.⁷ Es lässt sich also nicht bloß ein veränderter Einsatzschwerpunkt feststellen - vom politischen Strafrecht hin zur sogenannten Organisierten Kriminalität und insbesondere zur Drogenkriminalität -, sondern zugleich auch ein Wandel in der programmatischen Einstellung zum Thema: von grundsätzlicher Ablehnung hin zu großer Beliebtheit.

Und der dahinterstehende kriminalistische Reiz ist klar: Gerade beim Betäubungsmittelhandel handelt es sich um eine opferlose, konsensuale Kriminalitätsform, die weder Geschädigte hinterlässt noch Strafanzeigen hervorbringt und deren Akteure sich durch beson-

4 Vgl. die Verfügungen des preußischen Innenministers vom 12.11.1880 und vom 12.09.1880, Ministerialerlasse des Preußischen Ministeriums des Innern vom 09.04.1913, vom 18.09.1918 und vom 06.01.1921, zit. nach *Schwarzburg*, CILIP 1984, 35 (39); dazu auch *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (217).

5 *RG* bei *Kohlbrausch*, ZStW 33 (1913), 694 (694); vgl. *OG Zürich*, DStrZ 1920, 121.

6 Vgl. LK-StGB/*Schünemann*, § 26, Rn. 64 m.w.V. (»unumgänglich und nicht missbilligenswert«); zuletzt Deutscher Richterbund, Stellungnahme 2/24 aus dem Januar 2024, abrufbar auf der Webseite des BMJ unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_V-Personen.html.

7 Vgl. *BVerfGE* 57, 250 (284).

dere Schutzmechanismen gegen Infiltrierung von außen schützen.⁸ Das klassische, an konkrete Tatsachen anknüpfende Ermittlungsprogramm der StPO stößt hier an seine Grenzen. Um Fortschritte bei den Ermittlungen zu erzielen und Einblicke in gefestigte Strukturen zu erlangen, gehen die Behörden also dazu über, sich durch Observation, Kontrolle, heimliche Telefonüberwachungen, Kronzeugen und eben durch die Zusammenarbeit mit V-Leuten und durch die Verleitung zu Straftaten gewissermaßen »auf die Suche nach der Kriminalität« zu begeben.

Bruce Hay, Strafrechtswissenschaftler in Harvard, zog einen passenden Vergleich des Lockspitzeinsatzes mit dem Fangen von Mäusen: Anstatt die Wände einzureißen, hinter denen sie sich verbergen, sei es weitaus einfacher und effizienter, mit Ködern bestückte Fallen aufzustellen, um die Mäuse zu erwischen.⁹ Nicht umsonst trägt auch der 1985 von Klaus Lüderssen bei Suhrkamp herausgegebene Sammelband zum VP-Einsatz den Titel »V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat«.¹⁰

Die aktuelle Rechtslage ohne gesetzliche Regelung ist eines Rechtsstaats unwürdig. Der Einsatz von V-Personen zählt zu den eingriffsintensivsten Maßnahmen des Staates. Eine gesetzliche Regelung halte ich bereits aus Gründen des Gesetzesvorbehalts und der Wesentlichkeitstheorie für verfassungsrechtlich zwingend erforderlich.¹¹

Es stellt sich die Frage, ob der vorliegende Referentenentwurf des BMJ in der Lage ist, eine »faire Falle im Rechtsstaat« zu implementieren.

Meines Erachtens geht der Entwurf in die richtige Richtung. Stellenweise geht er nicht weit genug und zum Teil lässt er Probleme aus der Praxis weiterhin ungelöst. Dies möchte ich im Folgenden anhand von vier wesentlichen Punkten des Referentenentwurfs verdeutlichen. Zunächst widme ich mich dem vorgesehenen Richtervorbehalt (§ 110b Absatz 3 StPO-E) als Schlüsselvoraussetzung zur Schaffung

8 BGHSt 32, 115 (120); BT-Drs. 12/989, S. 21; zum kriminalistischen Bedürfnis Hübner, Rechtsstaatswidrig, aber straflos?, S. 27–29 m.w.V.

9 Hay, Harvard Law School Discussion Paper 441/2003, S. 13 f.

10 Lüderssen (Hrsg.), V-Leute. Die Falle im Rechtsstaat, Frankfurt am Main 1985.

11 Näher Jahn/Gazeas/Hübner, StV 2023, 414 ff.

von Transparenz (sogleich unter I.), nehme sodann die Regelungen zur Einsatzdauer und die Frage der Vergütung von V-Personen in den Blick (sogleich unter II.), um anschließend den vorgesehenen Umgang mit Vertrauenspersonen als Zeugen und ihrer Aussage in der Hauptverhandlung zu beleuchten (sogleich unter III.). Zuletzt nehme ich mir die in der Entwurfsbegründung angelegte Unterscheidung zwischen unzulässigen und rechtsstaatswidrigen Tatprovokationen vor (sogleich unter IV.).

I. RICHTERVORBEHALT ALS SCHLÜSSELVORAUSSETZUNG ZUR SCHAFFUNG VON TRANSPARENZ

Als Verteidiger in Strafverfahren, in welchen Vertrauenspersonen eine Rolle spielen, bedeutet es oftmals einen ersten Erfolg, herauszufinden, dass überhaupt eine VP involviert war. Denn in den Akten findet man dazu nicht selten: nichts. Weder ein Vernehmungsprotokoll noch ein polizeilicher Vermerk zum Einsatz. Wenn es gut läuft, sind es gerüchteweise Informationen des Mandanten oder die eigene Intuition, die dann erst im Rahmen der Beweisaufnahme den Einsatz offenbar werden lassen. Wenn es schlecht läuft, wird der Einsatz nie offenbar.

Der vorgesehene Richtervorbehalt ändert diesen untragbaren Zustand fundamental. Mit ihm wird der VP-Einsatz aus der dunklen, ermittlungsimernen Heimlichkeit über eine gerichtliche Kontrolle hin zur transparenten Nachvollziehbarkeit der Verfahrensbeteiligten in die Akten gezogen.

Ungeachtet dessen trägt der Richtervorbehalt den mit dem Einsatz verbundenen schwerwiegenden Grundrechtseingriffen Rechnung und ist insofern zwingend notwendig.¹²

Im Einzelnen sieht der Entwurf in § 110 Absatz 3 Satz 1-4 StPO-E zunächst einen ›klassischen‹ Richtervorbehalt mit Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug vor. Besonderes Augenmerk verdient jedoch die vorgesehene polizeiliche Notkompetenz in Satz 3

¹² Eingehend *Hübner*, Rechtsstaatswidrig, aber straflos?, S. 140-144.

der Vorschrift, wenn die Entscheidung der Staatsanwaltschaft nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. Angesichts des grundsätzlichen Risikos einer extensiven beziehungsweise missbräuchlichen Handhabung des Einsatzes und in Anbetracht der grundrechtlichen Relevanz des VP-Einsatzes bereitet eine solche polizeiliche Notkompetenz Bedenken. Insbesondere weil eine Eilbedürftigkeit des VP-Einsatzes nach seiner kriminalistischen Rechtfertigung zur Aufdeckung gefestigter Strukturen eher fernliegt. Ein überraschendes, plötzlich entstehendes Bedürfnis nach dem Einsatz einer VP dürfte eine seltene Ausnahme bilden. Und selbst dann dürfte ein Rückgriff auf die Eildienste der Staatsanwaltschaft das geeignete Mittel darstellen, um entsprechenden Situationen angemessen Rechnung zu tragen.

Interessant und grundsätzlich zu begrüßen sind zudem die in den Sätzen 8 und 9 von § 110b Absatz 3 StPO-E enthaltenen Vorgaben zur Begründung der Anordnung, welche durch das Informationsrecht aus Absatz 10 flankiert werden. Irritation stiften hier jedoch die im Einzelfall »insbesondere« anzugebenden Abwägungsgesichtspunkte der (1.) verdachtsbegründenden Tatsachen und (2.) wesentlichen Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitserwägungen.

Zu fordern ist ebenso eine Prüfung der Subsidiarität, das Nichtvorliegen der Ausschlussgründe aus Absatz 6 sowie die Zuverlässigkeitsbeurteilung aus Absatz 7.

Mit dem Vorbehalt richterlicher Zustimmung darf es außerdem bei der Schaffung von Transparenz nicht sein Bewenden haben: Zurecht sieht Absatz 7 Satz 3 vor, dass die Zuverlässigkeit der VP fortlaufend zu überprüfen ist. Darüber hinaus ist aber eine engmaschige Überwachungspflicht des Einsatzes durch die Staatsanwaltschaft erforderlich, um eine faire und ordnungsgemäße Durchführung sicherzustellen. Das dürfte bereits aus der Leitungsaufgabe und umfassenden Verantwortlichkeit der Staatsanwaltschaft für das Verfahren folgen und könnte etwa durch die Etablierung eines regelmäßigen internen Revisions- und Kontrollverfahrens sichergestellt werden. Zumindest klarstellend würde ein solcher Satz dem Gesetzentwurf gut zu Gesicht stehen.

Der fehlende Informationszugang zu Erkenntnissen über die VP führt zu einer strukturellen Schwächung der Verteidigungsrechte und damit zu einem enormen rechtsstaatlichen Defizit. Neben dem Richtervorbehalt ist deshalb die Protokollierungspflicht in Absatz 5 ausdrücklich zu begrüßen. Dies muss darüber hinaus jedoch mit einem entsprechenden Akteneinsichtsrecht der Verteidigung flankiert werden. Da Absatz 5 auch Einschränkungen zum Identitätsschutz der VP vorsieht, ist hier eine unzumutbare Gefährdung ausgeschlossen. Eine Praxisferne der Protokollierungspflicht vermag ich dabei nicht zu erkennen – die Vorstellung, dass ein Führungsbeamter zur Protokollierung der VP mit Laptop oder Notizblock gegenüber sitzen muss, dürfte heute überholt sein. Eine aktenkundige Dokumentation des Einsatzes und ein Akteneinsichtsrecht der Verteidigung bilden folglich weitere Eckpfeiler zur Schaffung von Transparenz.

II. DEFIZITÄRER SCHUTZ VOR DEN GEFAHREN FINANZIELLER REIZE DER V-PERSONEN

Zum Schutz vor den Gefahren finanzieller Reize der V-Personen möchte ich mit der vorgesehenen Einsatzzeit und der Entlohnung im Allgemeinen zwei Aspekte des Einsatzes adressieren.

§ 110b Absatz 6 Nummer 1 Buchstabe c) StPO-E sieht vor, dass eine Person nicht als Vertrauensperson eingesetzt werden darf, wenn »die Geld- und Sachzuwendungen für den Einsatz auf Dauer ihre wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellen.« Es ist richtig, dass somit ein finanzielles Abhängigkeitsverhältnis vermieden werden soll, damit die V-Person ihrer Tätigkeit keine verfahrensfremde Zwecke, etwa hinsichtlich der Dauer des Einsatzes, zugrunde legt. Die Verfasser des Entwurfs sehen die Gefahren finanzieller Anreize und diese Regelung ist zu begrüßen.

Bedauerlicherweise wird diese Erwägung aber nicht konsequent umgesetzt, denn es fehlt eine effektive zeitliche Begrenzung der Einsatzmöglichkeit. Im Einzelnen soll nämlich gemäß § 110b Absatz 6 Nummer 2 Buchstabe a) StPO-E eine Person nur dann nicht als Vertrauensperson eingesetzt werden, wenn »ihre kumulative aktive Einsatzzeit als Vertrauensperson insgesamt mehr als 10 Jahre beträgt.«

Dass eine V-Person indes erst nach einer kumulativen aktiven Einsatzzeit von 10 Jahren nicht mehr herangezogen werden soll (aber kann), stellt bei näherem Hinsehen kein echtes Begrenzungskriterium dar. Denn es sollen nur die aktiven Zeiten gezählt werden, also letztlich die Arbeitstage oder gar -stunden. Mit der Regelung könnte eine V-Person folglich mühelos 20 oder 30 Jahre im Einsatz geführt werden, was gerade nicht Sinn der Sache ist.

Als zweiten Aspekt bleibt der Entwurf schuldig, die Art und Weise der Vergütung von V-Personen generell und die Dokumentation der Vergütung zu regeln. Der Bundesgerichtshof hat insoweit unterstrichen, dass die Entlohnung der Vertrauensperson im Rahmen der gebotenen Beweiswürdigung von immenser Bedeutung ist.¹³ Dennoch bleibt es nach dem Entwurf denkbar, dass neben einer regelmäßigen Aufwandsentschädigung auch eine Art Erfolgsprovision für die Aufdeckung von Straftaten, für gelungene Festnahmen oder für sicher gestellte Drogenmengen gezahlt wird. Es sollte im Gesetz klargelegt werden, wie die Dokumentation der gezahlten Löhne erfolgen soll und wie die Verfahrensbeteiligten Zugang zu diesen Informationen erhalten. Das fordert auch der DAV in seiner Stellungnahme.¹⁴

III. REGELUNG ZUM UMGANG MIT V-PERSONEN ALS ZEUGEN IM STRAFPROZESS

Die Frage des Umgangs mit Vertrauenspersonen als Zeugen im Strafprozess betrifft unmittelbar das Spannungsverhältnis zwischen Identitätsschutz der VP einerseits und dem in Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe d) EMRK statuierten Konfrontationsrecht der Verteidigung sowie der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme andererseits.

Zur gegenwärtigen Verfahrenspraxis ist unbefriedigend zu konstatieren, dass in der Regel – rechtlich kaum überwindbare – Sperreklärungen entsprechend § 96 StPO ausgesprochen werden und

13 BGH NStZ 2014, 277 (281): »Der Senat weist darauf hin, dass Höhe und Erfolgsbezogenheit des jeweiligen Honorars im Rahmen der gebotenen umfassenden Beweiswürdigung für die Bewertung des Motivs der Vertrauensperson, mit den Ermittlungsbehörden zusammenzuarbeiten, relevant sein und entscheidungserhebliche Bedeutung erlangen kann.«

14 DAV, RS-Nr. 14/24, [Stellungnahme 01/24](#) vom 23. Januar 2024.

eingesetzte Vertrauenspersonen, zentrale Belastungszeugen für das Verfahren, nur selten vernommen werden können, geschweige denn den Gerichtssaal betreten. Und dies trotz der grundsätzlichen Möglichkeiten, etwa die Öffentlichkeit und den Angeklagten aus dem Sitzungssaal zu entfernen oder auf die in § 247a StPO vorgesehene audiovisuelle Vernehmung unter Verfremdung zurückzugreifen. Hinzu tritt häufig die tatsächliche Besonderheit, dass die VP dem Angeklagten und dessen Umfeld ohnehin bekannt ist und an deren Klarnamen oder Privatadresse auch kaum ein Interesse besteht.

In der Konsequenz kommt es in der Praxis – als Beweissurrogat – allenfalls zur Vernehmung der eingesetzten VP-Führungsbeamten, die sich in bedenklicher Regelmäßigkeit darauf verschränken, pauschal die Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit der VP zu unterstreichen und auf vergangene Einsätze hinweisen, bei denen sich sämtliche Informationen der VP als wahr erwiesen hätten.

Dass das nicht der Weisheit letzter Schluss sein kann, wird gegenwärtig in BtM-Verfahren im Raum Frankfurt in tragischer Weise offenbar. Nachdem ein 34-jähriger V-Mann der hessischen Polizei 2022 mit zwei Kopfschüssen tot in Marbella aufgefunden wurde,¹⁵ ergibt sich in derzeit anhängigen Hauptverhandlungen die perfide Situation, dass der Identitätsschutz des verstorbenen V-Manns weitgehend zurücktritt und die als Zeugen vernommenen Führungsbeamten zu weitaus umfangreicheren Angaben verpflichtet werden als üblich. Neben erheblichen strafrechtlichen Vorbelastungen der VP und ihrem über verschiedene Ermittlungskomplexe hinweg gespannten Einsatznetz wurde in der Folge etwa offenbar, dass sie selbst – neben ihrer VP-Tätigkeit – im großen Stile Drogentransporte organisiert haben soll. Das sind zentrale Aspekte bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben, die ohne den tragischen Tod wohl niemals offenbar geworden wären.

Ich komme vor diesem Hintergrund auf den zur Diskussion stehenden Referentenentwurf zurück. Dort ist mit § 69 Absatz 4 StPO-E nunmehr ein Auskunftsverweigerungsrecht besonders gefährdeter Zeugen auf Fragen vorgesehen, die Rückschlüsse auf ihre Identität

¹⁵ Vgl. dazu <https://www.tagesschau.de/investigativ/ndr-wdr/drogenkriminalitaet-v-mann-mord-verdaechtiger-100.html>.

zuließen. Die Gesetzesbegründung führt dazu aus, dass die Vorschrift auch dem Interesse des Beschuldigten beziehungsweise Angeklagten dient. Wörtlich heißt es auf Seite 17 des Entwurfs:

»Die Vorschrift dient auch dem Zweck, dass der gefährdete Zeuge überhaupt vernommen werden kann und nicht auf Beweissurrogate zurückgegriffen werden muss. Mit der Regelung soll insoweit auch dem Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO) Rechnung getragen werden. Im Falle eines Verdeckten Ermittlers oder einer V-Person würde andernfalls entsprechend § 96 StPO nur durch vollständige Sperrung ein Schutz des Zeugen vor Enttarnung erreicht.«

Das Auskunftsverweigerungsrecht dient also als Werkzeug für die Vernehmung unter Identitätsschutz. Ergänzt werden die Regelungen zur Zeugenstellung in der Hauptverhandlung durch § 110b Absatz 10 Sätze 2 und 3 StPO-E, die Ausnahmen von der Vertraulichkeit vorsehen. Die Gesetzesbegründung merkt dazu an, dass es bei dem Grundsatz, wonach im Strafverfahren eine V-Person als Zeuge in der Hauptverhandlung nach Maßgabe des § 96 StPO durch die oberste Dienstbehörde gesperrt werden kann, bleibt. Das beabsichtigte Engagement für den Unmittelbarkeitsgrundsatz wirkt nach alledem blass und läuft Gefahr, dass das Gesetz am Ende, wenn es in der Hauptverhandlung darauf ankommt, Steine statt Brot für die Verteidigung bedeutet.

Bei allen guten Vorsätzen fehlt im Gesetzestext weiterhin ein unmissverständliches Bekenntnis dazu, dass die V-Person vor Gericht persönlich zu vernehmen ist und dass dies mit den in der StPO vorhandenen und zusätzlich geschaffenen Schutzinstrumenten von Zeugen auch regelmäßig möglich sein wird. Wünschenswert wäre etwa ein Leitsatz, der folgendes zum Ausdruck bringt: »In der Hauptverhandlung ist die Vertrauensperson zu vernehmen, soweit über ihre Angaben Beweis erhoben werden soll.«¹⁶ Dass in Einzelfällen auch weiterhin Sperrerkklärungen eine Berechtigung haben, ist freilich anzuerkennen. Eine solche grundsätzliche Pflicht zur Vernehmung und die bestehenden Möglichkeiten zum Schutz wären dann jedoch bei

16 So der von *Jahn/Gazeas/Hübner*, StV 2023, 414 ff. vorgeschlagene § 110g Absatz 3 S. 1 StPO-E.

der Entscheidung einer obersten Dienstbehörde nach § 96 StPO zu beachten.

Zu den Einzelheiten des Entwurfs meine ich speziell, dass die Gefährdung von erheblichen Vermögenswerten der VP oder sogar einer dritten Person als Ausschlussgrund zu weit geht. Bei Lichte betrachtet bedeutet dies, dass selbst die Gefahr, dass das E-Bike der Partnerin einer VP durch Vandalismus beschädigt wird, die Voraussetzung dieses Ausschlussgrundes erfüllen könnte. Bei der Regelung zum Umgang mit V-Personen als Zeugen gibt es also Nachbesserungsbedarf. Es besteht die Gefahr, dass die noblen Verlautbarungen der Gesetzbe-gründung in der Praxis zum bloßen Lippenbekenntnis verkommen könnten und defacto keine Stärkung des Konfrontationsrechts und der Wahrheitsfindung erreicht wird.

IV. KEINE DIFFERENZIERUNG BEI RECHTSSTAATSWIDRIGER TATPROVOKATION

Schließlich ist klarzustellen, dass es bei Fällen rechtsstaatswidri-ger Tatprovokation keinen Bereich »einfacher Grenzüberschreitung« geben kann, der die überholte Strafzumessungslösung wieder zur An-wendung brächte.

Präzise führt der Referentenentwurf auf Seite 40 aus:

»Neben dem zulässigen Verleiten zu einer Straftat sind Fälle ei-ner unzulässigen Tatprovokation denkbar, die aber noch nicht die Schwelle der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation erreichen. Eine unzulässige Tatprovokation kann – wie bereits bisher in der Rechtsprechung anerkannt – abhängig von den Umständen des Einzelfalls etwa im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung (§ 46 Absatz 1 StGB) berücksichtigt werden.«

Dem ist in dieser Präzision zuzustimmen. Hierunter können etwa formale Verstöße gegen Zuständigkeitsregeln, mangelhafte staatsan-waltliche Kontrolle oder unwesentliche Fehler bei der Anordnung der Maßnahme fallen. Derartige unerhebliche Fehler wirken sich bei der rechtlichen Konsequenz nicht nennenswert aus und sind eben-so zu bewerten wie rundum zulässige Tatmotivierungen.¹⁷ Diese sind

¹⁷ *Hübner*, Rechtsstaatswidrig, aber straflos?, S. 147 f.

wegen der Verringerung von Handlungs- und Erfolgsunwert bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, haben aber nichts mit der überholten ›Strafzumessungslösung‹ zu tun.

Zu weit geht es, vorschnell darauf zu schließen, der Entwurf enthalte in der Rechtsfolge rechtsstaatswidriger Tatprovokation eine ›begrüßenswerte Zweiteilung‹ zwischen Verfahrenshindernis bei schwerwiegenden Fällen und unterhalb dessen der Strafzumessungslösung. Eine derartige Zweiteilung innerhalb rechtsstaatswidriger Tatprovokationen, im Sinne von: schwerwiegend rechtsstaatswidrig und nur ein bisschen rechtsstaatswidrig, ist weder in der Rechtsprechung noch im Referentenentwurf zu vernehmen.

Wird die Grenze des Rechts auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren überschritten, sei es schwerwiegend oder nur ein bisschen, dann muss daraus aus den überzeugenden Gründen des 2. Strafsenats ein Verfahrenshindernis folgen. Auch der 1. Senat formuliert in seiner Entscheidung vom Dezember 2021 nichts anderes. Öffnete man hingegen das Tor für einen kaum definierbaren Graubereich der Strafzumessungslösung, dann wären die Errungenschaften der letzten Jahre seit *Furcht* zunichte gemacht – mit der absehbaren Konsequenz neuerlicher Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland in der Zukunft. Um Missverständnissen in der Praxis vorzubeugen, bietet es sich an, in der Begründung klarzustellen, dass der Entwurf bei den referenzierten Fällen ›einfacher Unzulässigkeit‹ nur diese formalen Verstöße vor Augen haben kann.

V. RESÜMEE

Eine faire Falle im Rechtsstaat kann und wird es niemals geben. Das ist unmöglich.

Der vorgelegte Referentenentwurf des BMJ geht jedoch in die richtige Richtung und ist ausdrücklich zu begrüßen. Mit den angesprochenen Weichenstellungen wird die gesetzliche Regelung für mehr Rechtssicherheit sorgen, die Situation des Beschuldigten und Angeklagten verbessern und das klaffende Unrecht in der gegenwärtigen Praxis spürbar ausgleichen.

Dr. Carolin Arnemann

DIE HERAUSFORDERUNG DER FEHLURTEILE

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich freue mich, dass sich der Strafverteidigertag dem Thema Fehlerurteile und Wiederaufnahmerecht einmal mehr annimmt. Beim 16. Strafverteidigertag in Hamburg referierten *Rieß* und *Stern* noch vor drei Zuhörern. An einer anlässlich des 34. Strafverteidigertags initiierten Arbeitsgruppe zum Wiederaufnahmerecht nahmen immerhin 10 von 600 anwesenden Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern teil.¹ Umso mehr freue ich mich, dass Sie heute hier sind und wir dieses spannende Thema gemeinsam beleuchten können.

Zuletzt lenkte der ›Badewannenmord‹, das Verfahren gegen Manfred Genditzki, den Fokus der Öffentlichkeit auf Fehlerurteile. Blickt man zurück, stehen Fehlerurteile, ihre Entstehung, ihre Korrektur und die Frage ihrer Verhinderung immer wieder im öffentlichen Interesse. Namen wie Rudi Rupp, Gustl Mollath, Horst Arnold, Ulvi Kulaç gelten als Synonyme für Justizversagen. Dass es zu Justizirrtümern und Fehlerurteilen kommt, dürfte also inzwischen unbestritten sein. Zumindest bei denjenigen, die die Augen nicht davor verschließen. Einzig die Justiz setzt sich mit dieser Thematik vollkommen unzureichend auseinander. Tatsächlich aber sollten die immer wieder bekannt gewordenen Einzelfälle endlich Anlass sein, die Fehlerurteilsforschung zu forcieren, strukturelle Defizite in der Strafjustiz zu eruieren und korrigieren.

¹ MAH Strafverteidigung-*Strate* § 27/8 mit Fn. 17.

Aber um was geht es eigentlich?

I. FEHLURTEILE UND IHRE URSACHEN

Schon der Begriff des Fehlurteils ist gar nicht so einfach zu bestimmen. Zuweilen wird der Begriff des Justizirrtums synonym verwendet. Für mich ist ein Fehlurteil ein Urteil, das vom Standpunkt der materiellen Gerechtigkeit aus falsch ist ohne dass diese falsche Entscheidung auf zwingenden formellen Vorschriften (z.B. in dubio-Grundsatz) beruht.²

1. FEHLERQUELLEN

Wie entstehen Fehlurteile? Was können wir in der Literatur zu den Gründen, zu Fehlerquellen im Strafverfahren finden?

Schon 1911 setzte sich der Berliner Strafverteidiger *Sello* mit Fehlerquellen auseinander. Die wohl bis heute umfassendste Fehlurteilsforschung führte *Peters* zwischen 1970 und 1974. Er stellte fest, dass Fehlurteile meist auf menschlichem Versagen eines oder mehrerer Verfahrensbeteiligter beruhen. Besonders häufig wurden dabei Fehler im Ermittlungsverfahren beklagt, die sich dann zwangsläufig auf den weiteren Verlauf eines Verfahrens auswirkten.³ Zum gleichen Ergebnis gelangte auch *Kiwit*, nach dessen Feststellungen sich die Gründe eines Fehlurteils nicht vollständig anhand des Aktenmaterials nachvollziehen lassen, sondern der Ausgang eines Verfahrens auch von subjektiven Wahrnehmungen geprägt werde.⁴ Schließlich geht *Hanack* davon aus, dass Fehlerquellen insbesondere menschliches Versagen der verschiedenen Beteiligten, unglückliche Zufälle und mangelndes kriminalistischen Wissens sind.⁵

² *Lange*, Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren, S. 5 und *Theobald*, Barrieren im strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahren, S. 9.

³ *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß II, S. 299 ff. Wobei lt. *Peters* menschliches Versagen in allen Verfahrensabschnitten festzustellen sei. Die präjudizierende Wirkung des Ermittlungsverfahrens wird bereits seit Langem reklamiert, vgl. *Neuhaus* StV 2015, 185, 186.

⁴ *Kiwit*, Fehlurteile im Strafrecht, S. 1.

⁵ *Hanack* JZ 1973, 393.

Deutlich wird immer wieder, dass Zeugen das fehleranfälligste Beweismittel im Strafprozess sind.⁶ Die Überschätzung des Personalbeweises gegenüber dem Realbeweis dürfte damit Quelle vieler Fehlerurteile sein.⁷

Die Gründe für Fehlerurteile können also vielschichtig sein. Dabei sind Beweismittel an sich als Fehlerquellen vom Prozess der Beweisgewinnung und Beweiswürdigung zu trennen.⁸ Auf Letztere möchte ich Ihr Augenmerk lenken.

2. GRÜNDE FÜR FEHLURTEILE

Wie wirken sich die Verfahrensgestaltungen unseres Prozessrechts auf die Entstehung von Fehlerurteilen aus? Oder provoziert unser Prozessrecht sie etwa erst?

Nähert man sich dem Problem, wird schon auf den ersten Blick klar, wie sehr verfahrensbezogene Defizite Fehlerurteile verursachen. Sie sind jedem Verfahrensstadium immanent. Etwa durch:

- einseitig geführte Ermittlungen,
- Beweismittelverluste durch unterlassene Nachforschungen, oder die unsachgemäße Sicherung von Sachbeweismitteln,
- dem ausgedehnten Schutz der Rechte eines potenziellen Opfers durch staatliche Maßnahmen und Gesetze⁹, und
- die Aktenkenntnis Nebenklageberechtigter durch anwaltliche Beistände¹⁰.
- Bei länger andauernden Verfahren stellt sich – und das wissen wir alle – die mangelhafte Dokumentation der Hauptverhandlung wohl mit als eines der elementarsten Probleme dar.¹¹

Natürlich können Fehlerquellen, die ihren Ursprung im Strafverfahren selbst haben, auch bereits im Ermittlungsverfahren gründen. Geschehen hier Fehler, z.B. in Form einseitig geführter Ermittlungen,

6 MAH Strafverteidigung-Strate § 27/45.

7 *Hirschberg*, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 1930, 395, 401.

8 *Velten* StraFo 2015, 354, 355.

9 *Jehle* FPPK 2013, 220, 222; *Schwenn*, Fehlerurteile und ihre Ursachen, StV 2010, 705, 706.

10 *Schwenn*, Fehlerurteile und ihre Ursachen, StV 2010, 705, 708.

11 *Schwenn*, a.O. (Fn. 10), 706.

hat der Betroffene selbst naturgemäß selten Einfluss auf diese. Gerade die Versäumnisse in diesem frühen Verfahrensstadium wirken sich aber entscheidend auf den späteren Verlauf des Verfahrens aus (bspw. indem aus fehlerbehafteten polizeilichen Vernehmungen Vorhalte an Zeugen in der Hauptverhandlung gemacht werden). Der Fehler sich also fortsetzt. Seine Beseitigung scheint dann kaum mehr möglich, was u.a. daran liegen kann, dass Sachbeweise nicht mehr vorhanden sind.¹²

Durch den Übergang vom Ermittlungs- ins Zwischenverfahren perpetuiert sich der Fehler dann durch Bestätigung in Zwischenentscheidungen. Wir haben also den Schuldigen: die Gerichte!? Ganz so einfach ist es natürlich nicht.

Reflektiert man die schon vorhin angesprochenen wissenschaftlichen Abhandlungen, hat bereits die Untersuchung von *Kiwit* bestätigt, dass *vor allem* Gerichte Fehlurteile zu verantworten haben. Etwa, wenn sie nicht vorurteilsfrei geurteilt haben¹³ oder die Zuverlässigkeit und Glaubwürdigkeit von Zeugen nicht ausreichend überprüft wurde.

Aber keine Sorge, *Kiwit* hat auch die übrigen Verfahrensbeteiligten in die Pflicht genommen: dabei soll die Verantwortung der Staatsanwaltschaft für Fehlurteile nahezu vergleichbar mit der Verantwortung der Verteidigung sein¹⁴ und insbesondere in ungenügenden bzw. einseitigen Ermittlungen liegen.¹⁵ Zeichnet sich der Verteidiger verantwortlich, liegt das nach der Untersuchung *Kiwits* in erster Linie an einer unzureichenden Beschäftigung mit dem Verfahren im Vorfeld oder fehlerhaftem Verhalten in der Hauptverhandlung.¹⁶

Klar ist aber auch: In der öffentlichen Wahrnehmung ist eine richterliche Fehlentscheidung stets von den Strafverfolgungsbehörden zu verantworten, obliegt diesen doch die umfassende und objektive Aufklärung eines Sachverhalts.¹⁷

¹² Vgl. hierzu *Peters*, a.a.O. (Fn. 3), S. 195.

¹³ *Eschelbach*, Wiederaufnahmefragen, in: FS Stöckel, S. 203.

¹⁴ *Kiwit*, a.a.O. (Fn. 4), S. 123 ff.

¹⁵ *Kiwit*, a.a.O. (Fn. 4), S. 142.

¹⁶ *Kiwit*, a.a.O. (Fn. 4), S. 148.

¹⁷ *Peters*, a.a.O. (Fn. 3), S. 39, 517.

Und trotzdem: Das Finden eines richtigen Urteils liegt in der Verantwortung sämtlicher Prozessbeteiligten.¹⁸

II. STRUKTURDEFIZITE DES STRAFVERFAHRENS

Wie angekündigt möchte ich den Fokus aber darauf richten, inwieweit unsere geltende Prozessordnung Fehlurteile beeinflusst.

1. FEHLER IM ERMITTLUNGSVERFAHREN

Ein fehlerfreies Urteil setzt voraus, dass Beweise v.a. im Ermittlungsverfahren korrekt erhoben und bewertet werden. Denn Fehlerquellen, die im Ermittlungsverfahren wurzeln, sind für den weiteren Fortgang des Verfahrens von elementarer Bedeutung und können im Hauptverfahren nicht mehr zwangsläufig neutralisiert werden. Das sprach ich bereits an. Die hier liegenden potentiellen Fehlerquellen bedürfen daher besonderer Beachtung¹⁹:

Ermittlungen dürfen dafür weder verfrüht erfolgen, um die Überführung des Täters zu vereiteln, noch zu spät einsetzen. Nachforschungen dürfen nicht unterlassen werden, um Beweismittelverluste zu verhindern.²⁰ Die Beweismöglichkeiten zur Erforschung des tatsächlichen Geschehens sind umfassend auszuschöpfen²¹, Sachbeweismittel lege artis zu sichern. Dabei haben sich die Ermittlungsbehörden auf zulässige Vernehmungstechniken und Beweismethoden zu beschränken²² und auf eine möglichst umfassende und authentische Protokollierung von Aussagen zu achten.²³

2. FEHLER IM ZWISCHENVERFAHREN

Für im Ermittlungsverfahren begangene Fehler kann nicht genug sensibilisiert werden. Aber auch der weitere Verfahrensgang bürgt Fehlerquellen:

¹⁸ *Kiwit*, a.a.O. (Fn. 4), S. 123 ff.

¹⁹ *Neuhaus*, Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren aus Verteidigersicht, StV 2015, 185, 186; *Peters* in FS-Mezger, S. 495; *Velten*, Fehlerquellen im Hauptverfahren StraFo 2015, 354, 355.

²⁰ *Lange*, a.a.O. (Fn. 2), S. 17 ff.; *Peters*, a.a.O. (Fn. 3), S. 196 ff.

²¹ *Kaspar/Arnemann* R&P 2016, 58, 59; *Lange*, a.a.O. (Fn. 2), S. 24, 26; *Peters*, a.a.O. (Fn. 3), S. 200 ff.

²² *Peters*, a.a.O. (Fn. 3), S. 209.

²³ *Lange*, Fa.a.O. (Fn. 2), S. 83 ff. Vgl. hierzu auch Nr. 45 Abs. 2 RiStBV.

Das Zwischenverfahren wirkt unscheinbar. Unbedeutend. Tatsächlich aber ist aber auch dieser Verfahrensabschnitt für den Fortgang des Verfahrens elementar und wird regelmäßig von der Verteidigung vernachlässigt. Hier wird der in der Hauptsache zuständige Richter erstmals mit dem Verfahrensstoff konfrontiert. Wohlgermerkt aber im Regelfall nur dargestellt und aufbereitet durch die Ermittlungsbehörden. Und auf dieser Grundlage bildet sich das Gericht über das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts eine Meinung. Dass sich damit Fehler des Ermittlungsverfahrens schon an dieser Stelle perpetuieren, ist zwangsläufige Folge.

Das leuchtet ein: die Wahrheitsfindung leidet, wenn sich Gerichte auf die Vorarbeit der Staatsanwaltschaften verlassen, wobei die faktische Herrin des Ermittlungsverfahrens nicht die Staatsanwaltschaft, sondern ohnehin die Polizei ist. Bei deren Arbeit steht aber eine schnelle Tataufklärung im Vordergrund. Damit werden Verdachtshypothesen überbetont und das weitere Verfahren orientiert sich am so zusammengetragenen Aktenmaterial.²⁴

3. FEHLER IM HAUPTVERFAHREN

Wie neutral sind Richter dann in der Hauptverhandlung, wenn das Verfahrensrecht diese Neutralität nicht absichert, sondern sie gerade durch ihre Rolle und Zuständigkeit schon vor der Hauptverhandlung (sprich: im Zwischenverfahren) zu einem Organ der Strafverfolgung macht? Der Richter im Strafprozess ist anders als im Zivilprozess kein Schiedsrichter. Er leitet das Verfahren, entscheidet über Beweiserhebungen, befragt den Angeklagten und die Zeugen.

Die Hauptverhandlung hat – man ist geneigt zu sagen: trotzdem – das Ziel, die materielle Wahrheit zu ermitteln und die persönliche Schuld des Angeklagten festzustellen.

Und die tatsächlichen Umstände würden verkannt, wenn stets nur einem Prozessbeteiligten ein Fehlurteil vorgeworfen würde, denn nicht selten beruht eine Fehlentscheidung auf dem Fehlverhalten mehrerer.²⁵ Um es deutlich zu sagen: Nach der Rechtsprechung des BGH ist es auch die Aufgabe der Verteidigung, Fehlentscheidungen entgegenzuwirken.

²⁴ Bock/*Eschelbach*/Geipel/Hettinger/Röschke/Wille GA 2013, 328.

²⁵ *Kiwit*, a.a.O. (Fn. 4), S. 161.

»Der mit der Prozessführung betraute Rechtsanwalt ist mit Rücksicht auf das auch bei Richtern nur unvollkommene menschliche Erkenntnisvermögen und die niemals auszuschließende Möglichkeit eines Irrtums *verpflichtet*, nach Kräften dem Aufkommen von Irrtümern und Versehen des Gerichts entgegenzuwirken (...).«²⁶

In der Hauptverhandlung obliegt es daher auch der Verteidigung, alle für den Angeklagten sprechenden Umstände zu präsentieren und einzubringen. Dazu gehört insbesondere die eingehende Auseinandersetzung mit dem Mandanten ebenso wie die umfassende Rechtsprüfung. Selbstverständlich muss der Verteidiger durch entsprechende Anträge, wie bspw. auf Erholung eines psychiatrischen und aussagepsychologischen Gutachtens oder durch die Selbstladung eines Zeugen oder Sachverständigen entlastende Umstände in das Verfahren einbringen.²⁷ Dass das gerade bei Amtsgerichten als exotisch gilt, wissen wir alle.

Hier setzt sich allerdings das Problem des Ermittlungs- und Zwischenverfahrens fort: Der schon im Zwischenverfahren mit dem Verfahrensstoff betraute Richter wird sicher dazu neigen, seine auf Aktenbasis getroffene Meinung, mit der er die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen hat, zu bestätigen. Dazu kommt das Problem der »kognitiven Dissonanz«. ²⁸ Und für das Ob und Wie einer Beweis-erhebung ist in erster Linie ohnehin der Vorsitzende zuständig.²⁹

Im theoretischen Idealfall muss das Gericht sämtliche Umstände gewissenhaft und objektiv prüfen und sich seine Überzeugung unvoreingenommen bilden. Der zur Entscheidung berufene Richter muss sich vom Perseveranzeffekt³⁰ lösen und frei vom polizeilich

26 BGH NJW 2010, 73, 74.

27 Schwenn, a.a.O. (Fn. 10), 709.

28 Dies bedeutet, dass vom ersten Eindruck abweichende Erkenntnisse, als störend empfunden, der Entscheidungsfindung nicht zugrunde gelegt würden, vgl. *Schünemann* StV 2000, 159, 160.

29 *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozeß, S. 106 ff.

30 *Schünemann* StV 2000, 159, 165. Der Perseveranzeffekt beschreibt, dass der Betrachter oftmals kaum in der Lage ist, sich vom ersten Eindruck frei zu machen. Gerade im Strafprozess sollten die Würfel jedoch weder im Ermittlungs- noch im Zwischenverfahren, sondern erst in der Hauptverhandlung fallen. Das Wiederaufnahmegesetz muss sich zudem von der Prämisse befreien, dass ein bereits höchstrichterlich bestätigtes Urteil richtig sein muss. Dies gilt insbesondere für die Revisionsinstanz, die mangels effektiver Möglichkeit der Beweiskontrolle keine Richtigkeitsgarantie liefern kann.

bestimmten Akteninhalt eine Entscheidung treffen. Dabei dürfen an die richterliche Überzeugungsbildung auch nicht zu geringe Anforderungen gestellt werden – das Gericht hat den Sachverhalt umfassend aufzuklären, um sich eine für die Verurteilung ausreichende Überzeugung zu verschaffen.³¹ Es muss sich nicht nur von öffentlichem oder politischem Druck lösen, sondern auch von dem Vorurteil, welches es mit Erlass des Eröffnungsbeschlusses offenbart hat.³² Zugleich darf nicht die Unschuldsvermutung zugunsten des Opferschutzes ausgehöhlt werden.³³ Und schließlich ist das Gericht der Urteilsabfassung gehalten, Zweifel an der Schuld des Angeklagten darzulegen, um eine Überprüfung des Urteils in der Rechtsmittelinstanz zu ermöglichen.

Die anerkannte Überlastung der Justiz³⁴ tut ihr übriges. Das Pensum wird trotz Überlastung durch die Gerichte irgendwie bewältigt.

Unter all dem muss die Ermittlung der materiellen Wahrheit leiden.

Warum versagt das Strafverfahrensrecht? Die Grundsätze der Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Kontradiktorietät, richterlichen Neutralität und des Unmittelbarkeitsgrundsatzes haben sich doch seit 1877 als Errungenschaften des reformierten Strafprozesses bewährt?

31 *Kiwit*, a.a.O. (Fn. 4), S. 166 f. führt weiter aus, dass auch Beweise nicht erhoben bzw. verwertet wurden. Das Gericht müsse aber alle Beweismöglichkeiten ausschöpfen. Dazu seien in den von ihm untersuchten Verfahren Fehlerurteile dadurch entstanden, dass Zeugen nicht auf ihre Glaubwürdigkeit hin überprüft worden seien. *Kiwit* fordert daher, für jeden Zeugen im Strafprozess Strafregisterauszüge anzufordern (a.a.O.). Ein weiterer Grund für Fehlerurteile bestehe darin, dass das Gericht durch die Aktenkenntnis bereits ein Vorurteil gefällig habe und deshalb keine freie Überzeugung mehr bilden könne. *Kiwit* fordert daher die Einführung einer Pflicht zur Darstellung des Sachverhalts aus Sicht des Beschuldigten im Zwischenverfahren, damit das Gericht bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens auch seine Perspektive kenne (a.a.O., S. 177). Dieser Forderung steht jedoch bereits die Selbstbelastungsfreiheit entgegen.

32 *Schwenn*, a.a.O. (Fn. 10), 706.

33 Zu denken ist hier insbesondere an Konstellationen, in denen (v.a. bei Verfahrensabsprachen) eine Reviktimisierung des Opfers dadurch verhindert werden soll, dass der Angeklagte sich geständig einlässt. Vor dem Druck einer mehrjährigen Freiheitsstrafe bei Vernehmung des Opfers fühlt sich u.U. auch ein Unschuldiger zu einem falschen Geständnis genötigt, vgl. *Schwenn*, a.a.O. (Fn. 10). Der Tatverdächtige im Fall Peggy Knobloch, Ulvi Kulac, wurde etwa allein 900 Stunden von der Soko II verhört, vgl. <http://www.fnp.de/lokales/frankfurt/Anwalt-vonUlvi-Kula%E7-Manchmal-zweifle-ich-am-Rechtsstaat;art675,852198> (zuletzt aufgerufen am 09.06.2014).

34 *Judex*, Irrtümer der Strafjustiz, S. 183.

Das wird klar, wenn man sich die Reformen der Strafprozessordnung in den letzten Jahren und Jahrzehnten genauer betrachtet – und die Tendenz, die sie zeichnen:

- Der Zeitpunkt für die Geltendmachung von Befangenheitsgründen wurde mit § 25 StPO vorverlegt. Der Referentenentwurf spricht hier von Störpotential durch Unterbrechungsanträge zum Abfassen eines Befangenheitsantrags.
- Ein Besetzungseinwand ist seit 2019 binnen Wochenfrist zu erheben, § 222b StPO.
- Die Erscheinspflicht für Zeugen bei der Polizei, wenn die Staatsanwaltschaft die Vernehmung beauftragt hat, wurde mit § 163 Abs. 3-7 StPO zur Effektivierung des Ermittlungsverfahrens eingeführt, führte jedoch faktisch zu einer weiteren Kompetenzverlagerung bei den Ermittlungsbehörden.
- Die Einführung des § 136 Abs. 4 S. 1 StPO durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens ermöglicht nun die fakultative Videoaufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen.³⁵ Diese Möglichkeit wird in der Praxis kaum genutzt, obwohl die manuelle Protokollierung von Vernehmungen fehleranfälliger ist.
- Mit dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren aus dem Jahr 2009 (VerstStVfÄndG) soll eine Verfahrensverständigung ein Geständnis zum Inhalt haben. Schon das BVerfG stellt erhöhte Anforderungen an die Überprüfung dieses Geständnisses. Es sei kritisch zu überprüfen. Aber wie ist das mit der gleichzeitig erstrebten Verfahrensvereinfachung in Einklang zu bringen?³⁶
- Nur der Vorsitzende befragt mit § 241a StPO Zeugen unter 18 (früher: unter 16) Jahren.
- Mit § 247 StPO ist die Verweisung des Angeklagten aus dem Sitzungssaal möglich bei Personen unter 18 (früher: unter 16) Jahren.

³⁵ *Singelnstein/Derin*, Das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens, NJW 2017, 2646, 2649

³⁶ *Knauer*, Die Entscheidung des BVerfG zur strafprozessualen Verständigung, NSTZ 2013, S. 433, 435

- Gem. § 255a StPO kann die Vernehmung eines unter 18-jährigen Zeugen durch die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung ersetzt werden.
- Beweisanträge bedürfen der Darlegung der Konnexität, § 244 Abs. 3 StPO (Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens 2019). Damit einher geht allerdings die Gefahr, dass die Verteidigungsrechte des Beschuldigten wesentlich eingeschränkt werden, wenn er lediglich für möglich gehaltene oder vermutete Tatsachen unter Beweis stellen möchte. Gerade diese Möglichkeit ist für die Verteidigung aber wesentlich, um die fehlende Partizipation an der Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren zu kompensieren³⁷ und aktiv die Beweisaufnahme mitzugestalten. Zumal der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren kaum die Möglichkeit hat, Einfluss auf dieses zu nehmen; er hat grundsätzlich kein Recht auf Teilhabe an Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren. Allein die Ermittlungsbehörden entscheiden, welche Beweise erhoben werden, in welcher Reihenfolge und wie. Es ist der Verteidigung natürlich unbenommen, eigene Ermittlungen durchführen, diese sind aber fast immer mit erheblichen Kosten verbunden.³⁸
- Mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens aus dem Jahr 2017 (ÜbwrÄndG) ermöglicht § 244 Abs. 6 StPO die Fristenlösung für Beweisanträge.
- Durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (ÜbwrÄndG) ist mit §§ 251, 256 StPO die Verlesung von Geständnissen und ärztlichen Unterlagen vereinfacht worden. Während in der Vergangenheit etwa bei schweren Verletzungen nicht ohne weiteres die Verlesung möglich war, besteht diese Möglichkeit jetzt unabhängig vom Tatvorwurf. Damit wird der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht unwesentlich beschränkt.³⁹

³⁷ von Schlieffen: Stellungnahme der Strafverteidigervereinigung zum Referentenentwurf für ein ›Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens‹, 2019, S. 7

³⁸ von Schlieffen, a.a.O. (Fn. 37), S. 3ff.

³⁹ Singelstein/Derin, a.a.O. (Fn. 35), 2651

Dazu kommen – hier beschränke ich mich auf Schlagworte: die Widerspruchslösung, die Möglichkeit zur Versagung von Akteneinsicht gem. § 147 Abs. 4 StPO, eine fehlende zweite Tatsacheninstanz oder dass Beweisverwertungsverbote praktisch im Ermessen des Gerichts stehen.

Nach meinem Dafürhalten stellen sich insbesondere folgende drei Errungenschaften des modernen Strafprozesses als Quellen für Fehlurteile heraus:

- Kronzeugenaussagen⁴⁰, die in Erwartung eigener Vorteile getätigt werden,
- das Strafbefehlsverfahren, das getreu dem Motto Masse statt Klasse Strafverfahren abschließt und
- Verständigungen i.S.d. § 257c StPO, die rasche Verfahrensabschlüsse auf Kosten der materiellen Wahrheit ermöglichen.⁴¹

Der Strafprozess wird damit zunehmend von Effektivität angetrieben, die zu Lasten der Erforschung der materiellen Wahrheit geht. Zugleich wurden einerseits die staatlichen Eingriffsbefugnisse in den letzten Jahren kontinuierlich erweitert, während andererseits keine ausreichende Kompensation durch Stärkung der Verteidigungsrechte stattfand. So hat die Polizei im Ermittlungsverfahren einen weitaus größeren Einfluss auf das Verfahren, als es der Beschuldigte oder dessen Verteidigung hat.⁴²

III. DEFIZITE IM WIEDERAUFNAHMERECHT

Ist ein Fehlurteil entstanden, soll der Instanzenzug seine Korrektur ermöglichen. Dass das nicht immer funktioniert, belegen aber die eingangs genannten prominenten Fallbeispiele. Dann soll das Wiederaufnahmeverfahren der Rechtsbehelf sein, der rehabilitiert und die Fehlentscheidung korrigiert.

40 *Geipel*, in: Miebach/Hohmann, Wiederaufnahme in Strafsachen, Teil A, Rz. 163 ff.; *Hirschberg*, a.a.O. (Fn. 29), S. 16.

41 *Schwenn*, a.a.O. (Fn. 10), 710.

42 *von Schlieffen*, a.a.O. (Fn. 37), S. 2

1. ALLGEMEINE PROBLEME

Aber auch das Wiederaufnahmerecht ist de lege lata defizitär und kein Heilsbringer der materiellen Einzelfallgerechtigkeit.

Nach dem gesetzgeberischen Willen dient das Wiederaufnahmerecht der Korrektur der tatsächlichen Urteilsfeststellungen, wenn diese sich nachträglich als falsch herausstellen. Mit der Möglichkeit der Wiederaufnahme soll im reformierten Strafprozess die Einzelfallgerechtigkeit wiederhergestellt werden; sie ist zugleich Ersatz für die fehlende Berufungsinstanz in erstinstanzlich vor Landgerichten geführten Verfahren. Für den Betroffenen soll die Wiederaufnahme eine Rehabilitation ermöglichen.

Der heutige Rechtszustand entspricht im Wesentlichen dem vom 1879 und ist geprägt von dem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis der materiellen Gerechtigkeit einerseits sowie dem Prinzip der Rechtssicherheit andererseits.

Was die Anzahl eingereicherter Wiederaufnahmeanträge betrifft, ist diese bezogen auf die Gesamtzahl erledigter Verfahren nahezu verschwindend. Statistiken über den Erfolg oder Verlauf von Wiederaufnahmeanträgen gibt es nicht. Aus dem bekannten Zahlenwerk wird jedoch ersichtlich, dass weit mehr Anträge gegen landgerichtliche Urteile gestellt werden. Während insgesamt schätzungsweise circa jedes 400. Verfahren im Wege der Wiederaufnahme angegriffen wird, ist dies bei landgerichtlichen Verfahren bei jedem 67. der Fall. Dies kann naheliegenderweise auf das Fehlen einer zweiten Tatsacheninstanz zurückgeführt werden. Die Behandlung des Wiederaufnahmerechts in Justiz und Wissenschaft belegt damit: das Wiederaufnahmerecht ist faktisch tot.

Warum ist das so?

Das Wiederaufnahmeverfahren ist mehrstufig aufgebaut. Dem Aditionsverfahren (Zulässigkeitsprüfung) folgt das Probationsverfahren (Begründetheitsprüfung) und erst nach dessen Abschluss folgt die Erneuerungshauptverhandlung. Das Betreiben eines Wiederaufnahmeverfahrens ist nur bei Vorliegen der gesetzlich abschließend geregelten Wiederaufnahmegründe möglich, wobei neue Beweismittel oder Tatsachen nur bei der Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurteilten in § 359 Nr. 5 StPO zur Wiederaufnahme führen können.

Bereits die Mehrstufigkeit des Verfahrens führt dazu, dass sich das Verfahren vom Antrag bis zu einer (rechtskräftigen) Entscheidung hinzieht. Dem Antragsteller obliegen dabei sämtliche Darlegungs- und Beweislasten, obwohl er im Gegensatz zu den staatlichen Stellen auch in diesem Verfahrensstadium über keinerlei Zwangsbefugnisse verfügt und zumeist nicht die finanziellen Möglichkeiten hat, Experten und Sachverständige für entscheidende kriminalistische Fragestellungen beauftragen zu können.

Die eigentliche Hürde des Verfahrens ist dabei die Zulässigkeits- hürde, die faktisch einer Begründetheitsprüfung entspricht. Ohne mündliches Verfahren. Mit verfassungsrechtlich unbeanstandeter Möglichkeit der Gerichte, Beweise vor deren Erhebung aufgrund der schriftlichen Urteilsgründe antizipiert zu würdigen. Aus meiner Sicht ein grundlegendes Problem. Das der Struktur des Strafprozesses elementar widerspricht.

Der Schwerpunkt der Prüfung liegt also im Aditionsverfahren. Hinzu kommt, dass der genaue Prüfungsmaßstab und -umfang (insbesondere der Geeignetheit, §§ 359 Nr. 5, 368 StPO) nicht gesetzlich definiert ist. Nur so wurde die Zulässigkeit das, was sie jetzt ist: ein unpassierbares Nadelöhr für die Wiederaufnahmegesuche.

Auch der Prüfungsstandpunkt wirft Fragen auf. So ist anerkannt, dass das Wiederaufnahmegericht das Antragsvorbringen vom Standpunkt des Ausgangsgerichts beurteilen soll – und das, ohne verlässliche Dokumentation der Hauptverhandlung.

Stellt sich die Frage, ob das Wiederaufnahmerecht unzureichend ist, oder ob es ›nur‹ falsch angewendet wird. Von Seiten der Praktiker habe ich im Rahmen meiner empirischen Forschung immer wieder gehört, dass das Problem der Wiederaufnahme ein praktisches Problem ist. In *jedem* Gespräch wurde eine fehlende Fehlerkultur beklagt; Richter könnten sich nicht vorstellen, Fehler zu machen und würden diese dann unter den Mantel der Kollegialität kehren. Und sind wir ehrlich: welches Interesse sollte ein Wiederaufnahmegericht auch haben, ein Verfahren wiederaufzunehmen, schafft es sich doch damit selbst erst die Arbeit an den Hals...

Meines Erachtens scheitern Wiederaufnahmeverfahren nicht nur an den gesetzlich hohen Hürden, sondern vor allem an den hohen richterrechtlich entwickelten Hürden (Verbrauch des Vorbringens, Spiegelbildtheorie, erweiterte Darlegungslasten). Sie ermöglichen den Wiederaufnahmegerichten, erfolgsversprechende Anträge abzublocken.

Auch die 2015 eingesetzte Expertenkommission erkannte offenbar, dass die Schwäche des Wiederaufnahmerechts in den zu hohen Zulässigkeitsanforderungen liegt. Diskutiert hat die Expertenkommission deshalb u.a., ob die Ermittlungsbehörden verpflichtet werden sollten, den Angeklagten bei seinen Wiederaufnahmebemühungen zu unterstützen. Auch wurde diskutiert, im Rahmen einer grundlegenden Reform die Zulässigkeit der Beweisantizipation im Aditionsverfahren zu überdenken.

Die Erwägungen wurden letztlich nicht weiter verfolgt, da die Expertenkommission nicht überzeugt war, dass das geltende Recht der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten tatsächlich Defizite aufweise.

2. WEITERE PROBLEME

Ein zentrales Problem im Wiederaufnahmerecht ist damit die praktische Handhabung, die Einstellung der Justiz gegenüber Wiederaufnahmeanträgen, die sie zumeist als querulatorischen Irrsinn wahrzunehmen scheinen.

Aber auch auf Verteidigungsseite scheint die Kenntnis im Bereich des Wiederaufnahmerechts, der einschlägigen Rechtsprechung v.a. aber in den entsprechenden Komplementärwissenschaften verbesserungsfähig zu sein. Es obliegt hier dem Engagement des Einzelnen, welche Anstrengungen er zur Beschaffung des Wiederaufnahmemaaterials (also im Wesentlichen der neuen Tatsachen und Beweismittel) betreibt.

3. REFORMVORSCHLÄGE

Was könnte der Gesetzgeber im Rahmen des Wiederaufnahmerechts dann tun, um es effektiver zu gestalten? Ich möchte mich auf drei wesentliche Forderungen beschränken:

- Den *Prüfungsmaßstab* in § 359 Nr. 5 StPO ändern (wenn nicht auszuschließen ist...).
- Begriffe des Wiederaufnahmerechts definieren (z.B. Neuheit).
- Auskunftspflichten der Staatsanwaltschaft normieren.

IV. RESUMÉE

Man ist geneigt, nach dem Gesetzgeber zu rufen, um der Entwicklung nach Effektivierung des Strafverfahrens entgegenzuwirken um Fehlurteilen vorzubeugen. Dabei muss aber klar sein: Fehler wie psychologische Mechanismen, falsche Wahrnehmungen und eine damit einhergehende fehlerhafte Beweiswürdigung kann das Strafprozessrecht nicht verhindern.

Hinzu kommt, dass Gerichte zur Wahrheitsfindung nicht qualifiziert sind. Mangels entsprechender Ausbildung im Bereich der Beweiswürdigung, fällen die Gerichte Verdachtsurteile, die auf Wahrscheinlichkeiten beruhen.⁴³ In der Tat: die juristische Ausbildung beschäftigt sich aktuell quasi gar nicht mit der Frage, wie eigentlich der Sachverhalt, der juristisch subsumiert wird, ermittelt wird. Oder frei nach Nietzsche: Wahrheit ist, was dafür gehalten wird.

Was lässt sich ändern? Denkt man fundamental, wäre hilfreich, Verhandlungsleitung und -entscheidung zu trennen. Der Verteidigung im Ermittlungsverfahren eine stärkere Rolle zuzugestehen. Oder aber die Informationen der Ermittlungsbehörden dem erkennenden Gericht zunächst vorzuenthalten.

Elementar erscheint mir aber in jedem Fall, dass für die wirklichkeitstreuere Ermittlung des Sachverhalts für alle Verfahrensbeteiligten Kenntnisse jenseits des eigenen fachlichen Horizonts voraussetzt. In den Komplementärwissenschaften der Kriminaltechnik, angewandten Kriminologie⁴⁴ und Kriminalistik einerseits, andererseits in

⁴³ Bock/*Eschelbach*/Geipel/Hettinger/Röschke/Wille GA 2013, 328, 332.

⁴⁴ So auch *Geipel*, a.a.O. (Fn. 40), S. 203.

der allgemeinen Rechtsmedizin und forensischen Psychiatrie, insbesondere aber der Aussagepsychologie.⁴⁵ Denn nur so ist Wahrheit das, was belastbar und mit eigener Sachkunde ermittelt wurde.

Zu guter Letzt ist es die Pflicht des Rechtsstaats, effektive Instrumente zur Prüfung und Korrektur einer gerichtlichen (Fehl-)Entscheidung zu gewähren. Den Rechtsmittelgerichten kommt eine entscheidende Funktion bei der Vermeidung von Fehlerurteilen zu – allen voran ihnen obliegt, Fehlentscheidungen zu korrigieren. Diese Aufgabe kann nicht den Wiederaufnahmegerichten allein aufgebürdet werden.

Und auch Wissenschaft und Politik sind gehalten, sich dem Thema anzunehmen: Um Fehlentscheidungen für die Zukunft zu vermeiden, müssen Fehlerquellen eruiert und erkannte Fehlentscheidungen aufgearbeitet werden. Denn die Aufklärung der Ursachen von Fehlentscheidungen muss im Interesse des Rechtsstaates sein, um das eigene Ansehen nicht dauerhaft zu schädigen. Wie jede Institution ist auch die Justiz auf das Vertrauen angewiesen, das ihr entgegengebracht wird. Vertrauen kann aber nur entstehen, wo Fehler aufgearbeitet und der Frage nach dem Warum effektiv nachgegangen wird. Da die letzte durch *Peters* initiierte fundierte Auseinandersetzung mit Fehlerquellen im Strafprozess bereits über 50 Jahre zurückliegt, besteht aufgrund geänderter Fehlerquellen (bspw. durch die Möglichkeit der Verfahrensabsprache gem. § 257c StPO) dringender Handlungsbedarf. Der deutsche Forschungsstand zu Fehlerurteilen ist im Vergleich zum internationalen Ausland wie etwa China, Norwegen oder der Schweiz, defizitär. An der Spitze der Fehlerurteilsforschung stehen die USA, deren Strafurteile nach dortigen Schätzungen eine Fehlerquote von drei bis fünf Prozent aufweisen.⁴⁶

Eine umfassende wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Fehlleistungen der Justiz hat das Potential, eine Fehlerkultur innerhalb der Justiz zu etablieren und damit in der justiziellen Praxis Veränderungen zu säen. Denn wie die Fehlerurteilsforschung zeigt: die verliehene Macht reduziert die Kritikfähigkeit. Dem gilt es, Einhalt zu gebieten.

⁴⁵ Zustimmend *Geipel, Geipel*, a.a.O. (Fn. 40), S. 203; *Judex*, a.a.O. (fn. 34), S. 169 ff. Auch *Peters* (2015) reklamiert die fehlende Ausbildung diesbezüglich, a.a.O. (Fn. 19), S. 477.

⁴⁶ *Dunkel/Kemme* NK 2016, 138, 147 f.

Professor Dr. Ralf Eschelbach

VOM REFORMIERTEN STRAFPROZESS ZUM FEHLURTEIL

Das Rechtsschutzsystem der Strafprozessordnung steht nach dem Gesetzestext der §§ 261, 267, 312, 337, 359 StPO im Kern noch auf dem Stand des Jahres 1877, als das Gesetz in Kraft trat. In der Sache hat sich aber, was als Fehlerquelle meist übergangen wird, auch die Gerichtsorganisation drastisch verändert. Außerdem wurden die Regeln über die Tatsachenfeststellung, deren Begründung im Urteil und deren Kontrolle ohne Gesetzesänderung durch Richterrecht massiv modifiziert, dies um den Preis der Eliminierung von Verfahrensrügen durch übermäßige Zulässigkeitsanforderungen. Rechtliche und verfahrenspsychologische Zusammenhänge blieben dabei zum Teil unbeachtet, weshalb das Rechtsschutzsystem gegen sachlich fehlerhafte Strafurteile defizitär bleibt. Erkenntnisse um den Umgang mit Wiederaufnahmeanträgen¹ zeigen erst recht einen Widerwillen gegen eine nachträgliche Fehlerkorrektur, obwohl das Wiederaufnahmeverfahren ursprünglich ein Teilersatz für die im höheren Rechtszug fehlende Berufungsinstanz sein sollte.

1 L. Leitmeier, HRRS 2024, 197 ff.; zur Reformbedürftigkeit Arnemann, NK 2023, 46 ff.

I. SUKZESSIVE VERÄNDERUNGEN DER GERICHTSORGANISATION

Ursprünglich sollte das Verfahren nach der Reichsstrafprozessordnung vor allem der Überwindung von Fehlentwicklungen des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses aus der Zeit des Absolutismus dienen; denn der Inquisitionsprozess war nicht-öffentlich, bei der Urteilsfindung anhand der Akten nicht mündlich, er sah keine klare Trennung von Ankläger und Richter vor und er folgte gesetzlichen Beweisregeln. Auf ein Geständnis, gleich wie es zustande gekommen war, vor der Aufklärung auch noch durch Folter, und ohne Rücksicht auf Einzelheiten seines Inhalts, hatte stets eine Verurteilung zu erfolgen. Ohne Geständnis waren für eine Verurteilung, von den als Ersatz für den Wegfall der Folter etablierten Verdachtsstrafen abgesehen,² mindestens zwei einwandfreie Zeugen erforderlich: »Durch zweier Zeugen Mund wird allerwegs die Wahrheit kund«.³

Der reformierte Strafprozess der 1879 in Kraft getretenen Reichsstrafprozessordnung ist demgegenüber gekennzeichnet durch die Trennung von Ankläger und Richter, durch mündliche und öffentliche Verhandlungen mit unmittelbarer Beweisaufnahme durch das Gericht und durch die Freiheit der richterlichen Beweismwürdigung von Beweisregeln (§ 261 StPO) bei Entbehrlichkeit einer obligatorischen Urteilsbegründung zur Beweismwürdigung (§ 267 Abs. 1 S. 2 StPO). Letzteres ist übrigens in § 286 Abs. 1 S. 2 ZPO für den Zivilprozess anders geregelt, wo gegebenenfalls nach einer Stufenabstimmung im Kollegialgericht die Entscheidungselemente gesondert festgestellt werden, was für den Strafprozess, der schließlich auch für die bis 1922 bestehenden Geschworenengerichte galt, nicht vorgesehen ist.

An dieser Gesetzeslage hat sich bis heute nichts geändert. Daran ist aber zu erkennen, dass das Rechtsschutzsystem des Strafprozessrechts eng mit den gerichtsverfassungsrechtlichen Regeln zusammen hängt, die laufend durch Notstands- oder Spargesetze geändert wur-

2 *Eb. Schmidt*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 185 ff.

3 *Goethe*, Faust, Erster Teil, Der Nachbarin Haus; *Carl Werner Müller*, Der »zweite Beweis« als Wahrheitskriterium, Hermes Bd. 127/4 (1999), S. 493 ff.

den. Dies wiederum ist auch verfahrenspsychologisch von großer Bedeutung, weil es um die Machtverhältnisse im Strafprozess geht.⁴

II. VERFAHRENSPSYCHOLOGISCHE EFFEKTE

Kognitive Dissonanz beschreibt das unangenehme Gefühl, wenn zwei Kognitionen nicht miteinander vereinbar sind. Sie kann unter anderem dann entstehen, wenn Erwartungen nicht erfüllt werden. Die Lehre von der kognitiven Dissonanz⁵ besagt, dass ein Streben nach innerem Gleichgewicht, wenn zwei Kognitionen nicht miteinander vereinbar sind, praktisch bei allen Menschen bewirkt, dass konsonante Informationen gezielt gesucht, verstärkt wahrgenommen und gespeichert, überbewertet oder durch weitere Informationen verstärkt werden, während dissonante Informationen nicht gesucht, nicht wahrgenommen, nicht gespeichert, unterbewertet oder konterkariert werden. Nach Entscheidungen ist kognitive Dissonanz besonders stark und sie ist um so stärker, je gravierender die Folgen sind, die der Einzelne sich selbst gegenüber zu rechtfertigen sucht, indem er dissonante Informationen minimiert. Dissonanzreduktionen erfolgen auch durch Autoritätsgläubigkeit.⁶ Im Strafverfahren zeigen sich Perseveranz-, Inertia- und Schulterschlusseffekte.⁷ Ausübung von Macht und Fehlen negativer Rückkopplungen führen zu übermäßiger Selbstgewissheit.⁸ ›Schnelles Denken‹ wird ›langsamem Denken‹ vorgezogen, obwohl letzteres weit überlegen ist.⁹

Ein Entscheidungsautismus ist auch in Gruppenentscheidungen anzutreffen.¹⁰ Diese sind nicht unbedingt besser als individuelle Voten, sondern führen wegen Harmoniebedürfnis und Loyalitätsdruck sogar zu sozialer Unterstützung, ferner zur Meinungsanpassung, be-

4 *Velten*, StraFo 2015, 354 ff. und GA 2015, 387 ff.

5 *Festinger*, Theorie der kognitiven Dissonanz, 1978, Nachdruck 2012.

6 *Milgram*, Das Milgram-Experiment, dt. 20. Aufl.

7 *Schünemann*, StV 2000, 159 ff.; s.a. *Eschelbach*, GA 2019, 593 ff.; *Krehl*, in: Bertheau/Beulke/Jahn/Müller-Jacobsen/Schmidt-Leonardy (Hrsg.), Strafrecht und Strafverteidigung in Geschichte, Praxis und Politik, Festschrift für Ignor, 2023, S. 609, 622 ff.

8 *Velten*, GA 2015, 387, 395 ff.

9 *Kahneman*, Schnelles Denken, langsames Denken, dt. 13. Aufl.

10 *Schulz-Hardt*, Realitätsflucht in Entscheidungsprozessen, 1997.

sonders bei einer Abschottung der Gruppe, im Strafverfahren insbesondere durch das Beratungsgeheimnis, und durch Meinungsführerschaft, etwa des Vorsitzenden im Kollegialgericht. Die Gruppenmehrheit tendiert zu weiterer Selbstüberschätzung. Es herrscht ein Konformitäts- und Rechtfertigungsdruck auf Dissentierende. Schon der Verdacht einer Straftat kann auf kognitiver Dissonanz beruhen.¹¹ Der Eröffnungsbeschluss des Tatgerichts am Ende des Zwischenverfahrens bejaht oft rasch einen hinreichenden Tatverdacht¹² unter anschließender Beibehaltung der Zuständigkeit der (Berufs-) Richter für das Hauptverfahren.¹³ Die Dominanz der Berufsrichter gegenüber den später ins Quorum eintretenden Schöffen und die Dominanz von dienstälteren und erfahrenen Vorsitzenden gegenüber jüngeren, weniger erfahrenen und im Beurteilungswesen partiell abhängigen Beisitzern kann sich dissonanztheoretisch negativ auswirken. Auch deshalb ist die Gerichtsorganisation ein wichtiger Faktor für die Richtigkeitsgewähr strafgerichtlicher Entscheidungen. Das wird praktisch ab Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze zunehmend vernachlässigt.

III. PERSONELLE AUSDÜNNUNG DER SPRUCHKÖRPER ALS FEHLERQUELL

Das Gerichtsverfassungsgesetz von 1879 sah in erster Instanz Schöffengerichte für die leichte Kriminalität, große Strafkammern mit fünf Berufsrichtern für mittlere und schwere, Schwurgerichte mit zwölf Geschworenen und drei Berufsrichtern für Kapitalverbrechen vor. Strafrichter als Einzelrichter gab es nicht und die Spruchkörper für die mittlere, schwere und schwerste Kriminalität waren breit aufgestellt und einheitlich besetzt, entweder mit Berufsrichtern oder mit Laien, aber nicht mit beiden. Die Reichsregierung wurde nach dem verlorenen ersten Weltkrieg und der verheerenden Inflation durch ein Ermächtigungsgesetz¹⁴ befugt, »die Maßnahmen zu treffen, die

11 *Raske*, Wie bei polizeilichen Ermittlungen ein falscher Tatverdacht entsteht, 2012.

12 *Henckel*, StraFo 2024, 2, 3.

13 *Guthke*, Die (strukturelle) Voreingenommenheit des Strafrichters - Zur Reform des Zwischenverfahrens, 39. Strafverteidigertag, 2015, S. 153 ff.

14 Ermächtigungsgesetz vom 8.12.1923, RGBl. I S. 1179, s. https://de.wikisource.org/wiki/Erm%C3%A4chtigungsgesetz_Vom_8._Dezember_1923

sie im Hinblick auf die Not von Volk und Reich für erforderlich und dringend hält«. Auf dieser Grundlage entstand 1924 die Emminger-Verordnung.¹⁵ Sie brachte die Einführung von Einzelrichtern und erweiterten Schöffengerichten¹⁶ bei gleichzeitiger Abschaffung der großen Strafkammern und die Einführung von Schwurgerichten mit drei Berufsrichtern und sechs Schöffen. Durch die 3. Notverordnung¹⁷ im Jahr 1931 wurden die erweiterten Schöffengerichte wieder abgeschafft und stattdessen Große Strafkammern eingeführt. Diese Strafgerichtsverfassung wurde nach dem inakzeptablen Zwischenstand im Dritten Reich durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit¹⁸ übernommen. Es gab also für die mittlere und schwere Kriminalität mit Ausnahme der Schwurgerichtssachen nur entweder erweiterte Schöffengerichte oder große Strafkammern.

Durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz¹⁹ erfolgte jedoch 1953 eine Wiedereinführung der erweiterten Schöffengerichte neben großen Strafkammern. Das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts²⁰ reduzierte im Jahr 1974 die Besetzung der Schwurgerichtskammern auf drei Berufsrichter und zwei Schöffen, also auf dieselbe Besetzung wie bei den allgemeinen großen Strafkammern. Letztere wurden durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege²¹ 1993 fakultativ mit zwei Berufsrichtern und zwei Schöffen besetzt, also auf die Stärke der weiterhin gesetzlich vorgesehenen erweiterten Schöffengerichte reduziert. Eine plausible Abgrenzung der Zuständigkeit von erweiterten Schöffengerichten oder großen Strafkammern in reduzierter Besetzung anhand des Umfangs der Sachen existiert nicht.²²

15 *Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege vom 4.1.1924, RGBl I, S. 15.*

16 *Nassif, Das erweiterte Schöffengericht, 2009, S. 13.*

17 *3. Notverordnung vom 6.10.1931, RGBl I, S. 537, 563, zur Gültigkeit RG, Urt. vom 2.6.1932 – II 336/32, RGSSt 66, 255 ff.*

18 *Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12.09.1950, BGBl. 1950 S. 455.*

19 *Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 6.8.1953, BGBl I S. 735.*

20 *Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 14.11.1974, BGBl. I S. 3393.*

21 *Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.01.1993, BGBl. I S. 50.*

22 *BeckOK-GVG/Eschelbach, § 29 Rn. 7.4.*

Ursprünglich war eine breite Richterbank in Strafsachen der mittleren, schweren und schwersten Kriminalität als Qualitätskriterium vorgesehen. Deren einheitliche Besetzung entweder mit Berufsrichtern oder Geschworenen hatte ein verfahrenspsychologisch einheitliches Stimmgewicht zur Folge, das sich von der heute vielfach wahrnehmbaren Meinungsführerschaft des mit Verhandlungsleitung und seinem Vorrang bei den auch zu konfirmatorischem Hypothesentesten²³ genutzten Fragen und Vorhalten dominierenden Vorsitzenden in heutigen Strafkammern in ebenso gemischter wie reduzierter Besetzung unterscheidet. Es bestand keine Urteilsbegründungspflicht hinsichtlich der Beweisgrundlagen des Urteils (s. § 267 Abs. 1 S. 2 StPO), da nach einer Totalabstimmung, die insbesondere für das Geschworenengericht alternativlos war, keine mit der erforderlichen Mehrheit beschlossenen Beweisgründe zu formulieren waren. Danach fand praktisch im ersten Jahrhundert seit Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung keine Revisionskontrolle der Beweiswürdigung statt, wie sie heute unter der Flagge der erweiterten Revision üblich ist. Das zentrale Mittel zur Herbeiführung einer Urteilsbegründung waren Verfahrensrügen, die ohne eng definierte Begründungsanforderungen und ohne Präklusionsregeln heutiger Prägung mit einiger Aussicht auf Erfolg erhoben werden konnten. Sukzessive folgte ein Personalabbau ohne Rücksicht auf dessen Bedeutung für die Unterscheidung von zwei verschiedenen Instanzenzügen und ohne Rücksicht auf die Bedeutung breit und möglichst homogen aufgestellter Spruchkörper der jeweils ersten Instanz. Die Einführung von Mischspruchkörpern aus Berufsrichtern und Laien auf der Ebene der Strafkammern oder Schwurgerichte und die Reduktion der Zahl der Schöffen in den Schwurgerichtskammern beachtete nicht die Bedeutung der Laienbeteiligung als »Garanten der Unmittelbarkeit«²⁴ bei gleichzeitiger Meinungsführerschaft der akten- und rechtskundigen Berufsrichter. Die Mitwirkung von Schöffen wurde dadurch zunehmend entwertet.²⁵

²³ Oswald/Wyler in: Barton/Dubelaar/Kölbl/Lindemann (Hrsg.), »Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit«, 2018, S. 103, 109.

²⁴ Börner, StraFo 2012, 434 ff.

²⁵ Dem *Verf.* ist nach Ende seiner Dienstzeit als Richter kein Fall in Erinnerung, bei dem die Mitwirkung von Schöffen in einer großen Strafkammer für das Entscheidungsergebnis ausschlaggebend gewesen wäre. Bei Schöffengerichten oder kleinen Strafkammern mag das wegen der dortigen Überzahl anders sein.

Sie spielen bei der Absetzung des schriftlichen Urteils, das zentraler Gegenstand der Revisionskontrolle ist, überhaupt keine Rolle.

IV. RICHTERRECHT ZUR ERWEITERTEN REVISION ALS ERSATZ FÜR GESETZGEBUNG

Anstelle einer umfassenden Gesetzesreform im Bereich des Strafgerichtsverfassungs- und Strafprozessrechts oder jedenfalls einer Rechtsmittelreform änderte der Bundesgerichtshof die Lage durch ein Richterrecht über die »erweiterte Revision« in Strafsachen. Verfahrensrügen wurden etwa zeitgleich sukzessive durch Anhebung der Begründungsanforderungen²⁶ und zunehmende Anwendung von formellen oder informellen Präklusionen nahezu eliminiert.²⁷ Im Gegenzug erfolgte eine Verrechtlichung der Beweiswürdigung, die einer »erweiterten Revision« aufgrund von Sachrügen unterworfen wurde. Danach wird ohne Rücksicht auf das Vorhandensein oder Fehlen einer Erläuterung der Sachbeschwerde durch die Revisionsbegründung mit zunehmender Intensität das schriftliche Urteil²⁸ vom Revisionsgericht überprüft, allerdings wird, zugleich mit der These der Unzulässigkeit einer revisionsgerichtlichen Rekonstruktion der tatrichterlichen Hauptverhandlung,²⁹ »urteilsfremden« Einwänden der Beschwerdeführer der Erfolg versagt. Fehlerurteile lassen sich auch durch die erweiterte Revision nicht verhindern.³⁰ Nicht revisibel³¹ sind auch am Urteilstext erkennbare Dissonanzreduktionen durch Überbewertung der verdachtskonformen Indizien und Unterbewertung der dissonanten Beweisinhalte; denn die falsche Ausrichtung der Bewertungsakte ist kein Rechtsfehler. Das Phänomen des »falschen Films«³² gehört in

26 NK-StPO/*Eschelbach*, 2024, § 344 Rn. 157 ff. m.w.N.

27 *Schletz*, Die erweiterte Revision in Strafsachen. Untersuchung eines Rechtsmittels und seiner Bedeutung im heutigen Strafverfahren, 2020, S. 321 ff.

28 Zu Möglichkeiten und Leistungsgrenzen der revisionsgerichtlichen Urteilskontrolle *Schäfer*, StV 1995, 147 ff.

29 **BGH**, **Beschl. v. 3.9.1997 - 5 StR 237/97**, BGHSt 43, 212, 213 und ständig.

30 *Fischer*, Warum lässt das Revisionsrecht Fehlerurteile zu? in: Barton/Dubelaar/Köbel/Lindemann (Hrsg.), »Vom hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit« - Fehlerurteile im Strafprozess, 2018, S. 253 ff.

31 Allgemein zu irrevisiblen Bereichen *Schletz* a.a.O. S. 460 ff.

32 *Schletz* a.a.O. S. 546 ff. m.w.N.

diesen Kontext. Dasselbe gilt für die Einschätzung von »Realkennzeichen« bei jeder Aussageninhaltsanalyse nach den Vorgaben für die aussagepsychologische Beurteilung; auch dabei handelt es sich um gutachterliche und richterliche Wertungsakte, die als solche revisionsrechtlich zur Tatfrage gehören und keine Rechtsfrage beantworten. Das Revisionsgericht kann nur prüfen, ob rechtliche Vorgaben, einschließlich eventueller psychologischer Erfahrungssätze, beachtet wurden, aber nicht wie, also mit welchem Resultat, das Tatgericht die in diesem Zusammenhang vorgenommenen Wertungen getroffen hat. Die »erweiterte Revision« hat daher zwar Verbesserungen der Urteilkontrolle gegenüber derjenigen nach einer rein intuitiven Vorgehensweise des Tatgerichts erbracht. Sie stößt aber rasch wieder an Leistungsgrenzen, die sich gegebenenfalls auch zum Nachteil von Beschwerdeführern auswirken können. Tatrichter fühlen sich nach einer Revisionsverwerfung bestätigt. Wiederaufnahmerichter verstärken ihre kognitive Dissonanz gegenüber Wiederaufnahmegründen propter nova, weil die vorangegangene Revisionsverwerfung die Überzeugung von der Richtigkeit des Sachurteils des Erstgerichts verstärkt.

Das Richterrecht zur erweiterten Revision begegnet nach allem wegen seiner Abweichung vom Gesetz, insbesondere bei § 261 und § 267 Abs. 1 S. 2 StPO, einem Legitimationsproblem, zumal sie nicht nur – insoweit ohne Grundrechtsrelevanz – zugunsten von Angeklagten wirkt, sondern auch bei Revisionen zum Nachteil des Angeklagten angewendet wird. Fatal wirkt die zur prozessökonomischen Kompensation erfolgte Eliminierung von Verfahrensrügen, weil eine Verfahrenspraxis ohne effektive Kontrolle ausufert. Das lehrt die jahrzehntelang unbeanstandet gebliebene Urteilsabsprachepraxis.

V. NEGATIVE FOLGEN DER ERWEITERTEN REVISION

1. ÄNDERUNGEN DER PRAXIS IN STREITIGEN VERFAHREN

Der Preis für die Einführung einer erweiterten Revision aufgrund der Sachrüge besteht auch in einer erheblichen Verunsicherung von Tatrüchtern und Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der Möglichkeiten zur Urteils Kassation. Da die Urteilsgründe bestimmend sind, werden sie entsprechend gestaltet. Verteidiger verzichten oft auf die aufwändige und kaum Erfolg versprechende Erhebung von Verfahrensrügen, weil es problematisch ist, den Mandanten nach einer Revisionsverwerfung zu erklären, warum sie nicht nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO zulässige Rügen formuliert hatten. Die Urteilstkontrolle aufgrund der problemlos allgemein zu erhebenden Sachrüge kann dagegen als ausreichend bezeichnet werden. Erfolg verspricht sie aber keineswegs gegenüber jedem auch sachlich fehlerhaften Urteil.

Zum einen besteht die Möglichkeit, dass dissonante Umstände im schriftlichen Urteil - bewusst oder unbewusst - derart weggelassen werden, dass die revisionsgerichtliche Kontrolle keine Darstellungs- und Erörterungslücke erkennen kann. Geschickte Berichterstatter können die Revision gegen das eigene Urteil auf diese Weise leer laufen lassen.³³

Eine andere Gegenbewegung von tatrüchternlichen Urteilsverfassern zur Abwehr der erweiterten Revision mit der Sachrüge besteht darin, dass Urteilsgründe derart mit allen greifbaren Informationen gespickt werden, dass keine Darstellungslücke möglich erscheint. In der jüngeren Praxis der Strafkammern ist es üblich geworden, alle Informationen, die Gegenstand der Hauptverhandlung waren, in Feststellungen einfließen zu lassen und danach alle Feststellungen schrittweise mit Beweisgründen zu erklären. Das geschieht einerseits zur Vermeidung jeder denkbaren Lücke, es führt andererseits zur Auflösung einer erkennbaren Schwerpunktbildung bei den materiell rechtlich wesentlichen Aspekten. Der rechtsstaatliche Schaden besteht zunächst in einer unökonomischen Prozessführung ohne echten

33 Zu »versteckten Rechtsverstößen« *Wilhelm*, ZStW 2005, 143 ff.

Qualitätsgewinn durch Einführung eines Großteils des Akteninhalts in die Hauptverhandlung, um schon die Möglichkeit einer Aufklärungslücke zu eliminieren. Sodann wird jede Darstellungs- oder Erörterungslücke ausgeschlossen, indem im schriftlichen Urteil alles Eingeführte in den Feststellungen und Beweisgründen schrittweise abgehandelt wird. Das führt zu einem erheblichen Mehraufwand für Tatrichter bei der Urteilsabfassung und zu einem Mehraufwand für die Revisionsgerichte bei immer intensiverer Prüfdichte schon aufgrund allgemein erhobener Sachrügen. Für die Verfahrensbeteiligten ist der mögliche Erfolg einer Revision danach aber weiter unkalkulierbar. Beschwerdeführer können sich praktisch darauf beschränken, die allgemeine Sachrüge zu erheben. Tatrichter müssen danach mit einem maximalen Energieeinsatz ihre schriftliche Urteilsabfassung vorantreiben und Revisionsrichter haben in enorm ausführlichen Urteilsgründen nach Rechtsfehlern zu suchen. Als potenzielle Fehlerurteilsquelle taucht dann eine relative Vernachlässigung wesentlicher Umstände infolge einer übermäßigen Befassung auch mit noch so unwesentlichen Informationen auf.

Beispielhaft betont der Bundesgerichtshof:

»Allerdings offenbaren die Urteilsgründe ein Fehlverständnis des Landgerichts über den Bedeutungsgehalt von § 267 Abs. 1 bis 3 StPO. Nach den gesetzlichen Vorgaben ist in den Urteilsgründen das Beweisergebnis im Rahmen einer strukturierten, verstandesmäßig einsichtigen Darstellung soweit zu erörtern, wie es für die Entscheidung von Bedeutung ist ... Die Beweiswürdigung soll keine umfassende Dokumentation der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung enthalten Die Abfassung des Urteils setzt eine wertende Vorauswahl zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem durch das Tatgericht voraus Es ist daher verfehlt, dass das Landgericht die verschriftete Audiovernehmung der Nebenklägerin bei der Polizei und deren Explorationsgespräche mit der aussagepsychologischen Sachverständigen auf insgesamt über 240 Seiten in Gänze in die Urteilsgründe hineinkopiert hat«³⁴

Das deutet darauf hin, dass die Praxis der erweiterten Revision ihren Zenit überschritten hat.

34 BGH, Beschluss vom 11. April 2023 – 4 StR 497/22, NStZ-RR 2023, 256, dortige Zitate weggelassen.

2. ZEITWEILIGE UMGEHUNG DER ERWEITERTEN REVISION DURCH URTEILSABSPRACHEN

Schließlich hat die Verunsicherung der Tatrichter infolge der Unklarheit der Anforderungen an Urteilsbegründungen durch die Maßstäbe zur erweiterten Revision auch zeitlich parallel zur Praxis der Urteilsabsprachen geführt. Der Zusammenhang zwischen den Verunsicherungen der Praxis durch die Unkalkulierbarkeit der Aussichten einer erweiterten Revision und der Entwicklung informeller Urteilsabsprachen liegt auf der Hand, auch wenn er im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Verständigungsgesetz bei dessen Ursachenanalyse³⁵ übergangen wurde.

Informelle Absprachen führten schon aufgrund von schlanken Geständnissen als angeblich genügendem Beweis zur Verurteilung, ohne rechtlich beanstandet zu werden. Es galt nämlich vor Etablierung eines Richterrechts für Urteilsabsprachen der Satz:

»Dass der Angeklagte den Anklagevorwurf nur pauschal eingeräumt hatte, musste das Gericht nicht daran hindern, dem Geständnis Glauben zu schenken und seine Feststellungen darauf zu gründen.«³⁶

Abgesichert wurden zahlreiche Urteile danach durch Rechtsmittelverzicht als Geschäftsgrundlage; dies führte zum partiellen Leerlaufen der Revision. Der rechtsstaatliche Schaden dieser Entwicklung bestand in einer Ruinierung des Berufsethos, die durch das Richterrecht des Bundesgerichtshofs³⁷ der Jahre 1997 und 2005 nicht behoben wurde und unter der Geltung des 2009 erlassenen Verständigungsgesetzes³⁸ sowie dessen Verdeutlichung durch das diesbezügliche Urteil des Bundesverfassungsgerichts³⁹ im Jahre 2013 erst langsam wieder Konturen erhält. Was jahrzehntelang fehlerhaft gehandhabt wurde, ist nicht durch einen Federstreich des Gesetzgebers oder der höchst-

35 BVerfG, *Urt. vom 19.3.2013 - 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11*, BVerfGE 133, 168, 171 f.

36 BGH, *Urt. v. 10. Juni 1998 - 2 StR 156/98*, BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 31.

37 Zur Einführung einer Sonderverfahrensordnung für Urteilsabsprachen aufgrund einer Strafmaßrevision mit der Sachrüge BGH, *Urt. vom 28.8.1997 - 4 StR 240/97*, BGHSt 43, 195, 203 ff.; danach BGH, *Beschl. vom 3.3.2005 - GSSt 1/04*, BGHSt 50, 40, 48 ff.

38 Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009, *BGBI I S. 2353*.

39 BVerfG, *Urt. vom 19.3.2013 - 2 BvR 2628, 2883/10, 2155/11*, BVerfGE 133, 168, 203 ff.

richterlichen Rechtsprechung sofort zu beheben. Latent übergangenes Problem bleibt die Tatsache, dass Schöffen entweder nicht mitwirken können oder über den Aktenbefund instruiert⁴⁰ und damit als »Garanten der Unmittelbarkeit« obsolet werden.⁴¹

VI. PROBLEMATISCHE VERWISSENSCHAFTLICHUNG DER BEWEISWÜRDIGUNG

Eine Facette der erweiterten Revision besteht in der Handhabung der Konstellationen, in denen ›Aussage gegen Aussage‹ steht.⁴² Diese spielt insbesondere in Sexualstrafverfahren eine besondere Rolle und birgt gerade dort Fehlrurteilsrisiken.⁴³ Nach der klassischen zwei-Zeugen-Regel war in einer solchen Lage eine Verurteilung nicht möglich.⁴⁴ Auch um den Wegfall dieser Vorsichtsregel zu kompensieren, wurde die Aussagepsychologie aktiviert. Methodengeleitete Aussageninhaltsanalysen durch Realkennzeichenbewertungen werden danach von aussagepsychologischen Sachverständigen unternommen, um der einzig belastenden Zeugenaussage genug Bedeutung beizumessen, damit trotz des numerischen non liquet doch eine Verurteilung des die Tat bestreitenden oder schweigenden Angeklagten rechtsstaatlich begründbar erscheint.

Problematisch bleibt dabei von vornherein, dass kein ›Realkennzeichen‹ für sich genommen validiert ist; nur die Gesamtschau ergibt ab einem – unklaren – Kipp-Punkt der Überwindung der Nullhypothese nach Meinung der Rechtsprechung⁴⁵ ein Bild, das die Treffer-

40 BGH, Urt. v. 17.1.2024 – 2 StR 459/22, NStZ-RR 2024, 156, 158.

41 Iberl/Kinzig, Die Rolle der Schöffen bei Absprachen im Strafprozess. Ergebnisse einer Befragung von knapp 9.000 Laienrichtern, 2023.

42 Hohoff, Rechtliche Anforderungen an Beweiserhebung und Beweiswürdigung in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess - juristische, aussagepsychologische und psychiatrische Aspekte, 5. Band, 2022, S. 11 ff.

43 Schwenn, StV 2010, 705 ff.

44 Sancinetti, Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip, in: Freund/Murmasn/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Frisch, 2013, S. 1233 ff.

45 BGH, Urt. vom 30.7.1998 - 1 StR 618/99, BGHSt 45, 164, 168.

quote bei Verurteilungen erhöht, allerdings entgegen einer intuitiven Erwartung keine gleichsam wissenschaftlich unterlegte Richtigkeitsgarantie ergibt. Kognitive Dissonanz kann auch zu Überbewertung von so genannten Realkennzeichen und Unterbewertung von Lügensignalen führen, besonders, wenn Richter ohne Einholung eines Gutachtens selbst die Methode anwenden. Verwissenschaftlichung der Beweiswürdigung führt daher bisweilen zu einer bloßen Scheingewissheit.⁴⁶ Einen genaueren Beweismaßstab für rechtsstaatlich akzeptable Verurteilungen und den dafür ›rechtsgenügenden Beweis‹ in ›Aussage gegen Aussage‹-Konstellationen hat die Rechtsprechung aber bisher nicht entwickelt.⁴⁷

Zieht ein Tatgericht keinen Sachverständigen hinzu, ist es an sich nach dem Grundsatz der Freiheit der Beweiswürdigung von starren Beweisregeln nicht an Methodenvorgaben gebunden, die nach der Rechtsprechung⁴⁸ zu wissenschaftlichen Anforderungen an ein entsprechendes Sachverständigengutachten aufzustellen sind. Dann entsteht allerdings ein strukturelles Legitimationsdefizit, das in der Praxis dadurch überwunden werden kann, dass die Tatrichter selbst eine methodengeleitete Aussageninhaltsanalyse vornehmen. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass Tatrichter im Allgemeinen genügend eigene Sachkunde besitzen, um diesen Anforderungen gerecht zu werden. Empirische Nachprüfung ergibt indes, dass dies fragwürdig bleibt. Die universitäre Ausbildung umfasst praktisch keine auf die Praxis des Strafverfahrens bezogenen Elemente, jedenfalls keine Veranstaltungen, die sich auf Aussagepsychologie beziehen.⁴⁹ Im juristischen Vorbereitungsdienst wird in der Strafrechtsstation kaum mehr als ein Praktikum dargeboten und die Wahlstationen sind meist auch nicht auf eine besondere Vertiefung der spezifischen Kenntnisse in Vernehmungslehre, Gedächtnispsychologie und Aussagepsychologie bezogen.⁵⁰ Fort- und Weiterbildungsangebote bestehen nicht in ausreichendem Maß oder werden auch von Praktikern nur

46 Zu weiteren Bedenken gegen die Tauglichkeit der Methode *Makepeace*, ZIS 2021, 489 ff. m.w.N.

47 *Haustein*, Zu den Entscheidungsnormen bei Aussage gegen Aussage, 2017, S. 119 ff.

48 BGH, Urt. vom 30.7.1999 - 1 StR 618/98, BGHSt 45, 164, 167 ff.

49 *Hagiel*, Zu den Erwartungen an die ›ureigene‹ Aufgabe von Tatrichter:innen, 2024, S. 406 ff.

50 *Hagiel* a.a.O. S. 412 ff.

sehr begrenzt wahrgenommen.⁵¹ Insgesamt fehlt nach der empirischen Untersuchung ein plausibler Grund zu der Annahme, dass Berufsrichter in der Rolle als Strafrichter mehr als Laien dazu geeignet sind, eine methodengeleitete Aussageninhaltsanalyse selbst vorzunehmen oder eine solche durch einen aussagepsychologischen Sachverständigen sachgerecht zu überprüfen und zu billigen oder zu kritisieren. Des Rätsels Lösung, warum sie dies gleichwohl vielfach tun, findet sich im ›learning by doing‹. Erfahrene Strafrichter haben eine Vielzahl von aussagepsychologischen Sachverständigengutachten wahrgenommen, so dass sie sich irgendwann zu entsprechenden Ausführungen selbst in der Lage sehen. Das setzt allerdings voraus, dass ein solches Training als Mitglied einer großen Strafkammer unter einer Supervision durch erfahrene Kollegen ermöglicht wird. Große Strafkammern hatten dazu früher praktisch auch eine Rolle von Schulschiffen gespielt, in denen erfahrene Vorsitzende, einzelne erfahrene Beisitzer und anzulernende Neulinge ein Team bildeten. Es genügt schließlich, wenn ein Richter ausreichende Sachkunde besitzt, die er in der Urteilsberatung an andere Spruchkörpermitglieder vermitteln kann.⁵² Besetzungsreduktionen und entsprechender Personalabbau auch in den Geschäftsverteilungsplänen haben diese Rolle verdorben. Danach bleibt die Annahme richtig, dass Strafrichter vielfach den Erwartungen an die Leistungsfähigkeit bei der Inhaltsanalyse von Zeugenaussagen als wesentlichem Element der Beweiswürdigung nicht gerecht werden können.⁵³

Rein praktisch ergibt sich überdies das Problem, dass ohne genau dokumentierte Aussageinhalte ein Nachvollziehen mündlicher Darlegungen nicht sinnvoll möglich ist. Die Überwindung einer Legitimationslücke für Verurteilungen in der besonders prekären ›Aussage gegen Aussage‹-Konstellation beruht also zumindest partiell auf Fiktionen.

51 *Hagiel* a.a.O. S. 420 ff.

52 *Hagiel* a.a.O. S. 333.

53 *Hagiel* a.a.O. S. 485 ff.

VII. FOLGERUNGEN

Aus dem Gesagten ergibt sich Folgendes:

Die Gerichtsorganisation ist de lege ferenda neu zu gestalten, da ökonomisierte Richter in allzu stark reduzierten Spruchkörpern keine guten Richter sind. Sie forcieren auch eine Prozessführung nach Aktenlage, die nicht notwendigerweise die Feststellung der materiellen Wahrheit garantiert und das strafprozessuale Gewaltenteilungssystem nach der Idee des reformierten Strafprozesses faktisch aufhebt.⁵⁴

Die absolute Mehrzahl der Verfahren wird von den Amtsgerichten erledigt, deren weniger schulmäßige Prozessführung partiell durch die Existenz einer zweiten Tatsacheninstanz kompensiert wird. Große Strafkammern, welche die wenigsten, aber schwersten oder am schwersten wiegenden Verfahren zu bewältigen haben, hatten bisher wegen der Defizite der Juristenausbildung für die Praxis der Strafjustiz faktisch Ausbildungsfunktionen mit zu erfüllen, was nach Besetzungsreduktionen kaum noch realisierbar ist. Sie sollten hinsichtlich der Zahl der Berufsrichter so verstärkt werden, dass die Bezeichnung als große Strafkammern wieder plausibel ist. Eine Schöffenbeteiligung ist dort für Zwecke der Richtigkeitsgewähr und Ermöglichung einer Revisionskontrolle praktisch obsolet und kann entfallen.

Eine Dokumentation der Beweisaufnahme hat nicht im schriftlichen Urteil stattzufinden, sondern in der Hauptverhandlung.⁵⁵ Nur so ist der revisionsgerichtliche Rechtsschutz gegen fehlerhafte tatrichterliche Urteile effektiv zu gestalten.

Die schützenden Formen des Strafverfahrens sind durch Reaktivierung der Verfahrensrügen zu stärken, was auch bei einer Neusortierung von Sach- und Verfahrensrügen⁵⁶ geboten erscheint.

Gesetz und Praxis bei der Beweiswürdigung und der Sachdarstellung im schriftlichen Urteil (§ 261, § 267 Abs. 1 S. 2 StPO) sind wieder aneinander anzugleichen.

⁵⁴ Sommer, StraFo 2022, 262 ff.

⁵⁵ Zum Referentenentwurf eines „Gesetzes zur digitalen Dokumentation der strafgerichtlichen Hauptverhandlung“: Basar/Heinelt, KriPoZ 2023, 23 ff.; Beukelmann, StV 2023, 719 ff.; Erhard, ZRP 2023, 12 ff.; Valerius, GA 2023, 319 ff.

⁵⁶ Mosbacher, StraFo 2021, 312 ff.

Erforderlich ist schließlich eine deutlich bessere Ausbildung aller Beteiligten in den Bereichen des Strafprozessrechts, der Vernehmungslehre, der Gedächtnis- und Aussagepsychologie und der Kriminalistik, da die Expertise in der Praxis oft ungenügend ist.

Laura Farina Diederichs*

DIE ENTSCHLÜSSELUNG VON FEHLURTEILEN

EINE AUSWERTUNG EMPIRISCHER UNTERSUCHUNGEN VON STRAFGERICHTLICHEN FEHLURTEILEN

Die Ursachen für Fehlerurteile¹ sind vielfältig und komplex. Sie reichen von fehlerhaften Beweisen, wie falschen Zeugenaussagen oder forensischen Fehlern, über Urteilsheuristiken bis hin zu individuellem Fehlverhalten. Eine differenzierte Untersuchung dieser Fehlerquellen ist von entscheidender Bedeutung. Zwar können die durch ein Fehlerurteil verursachten Schäden dadurch nicht ungeschehen gemacht werden, doch ist ein tiefgehendes Verständnis der zugrunde liegenden Faktoren unerlässlich, um wirksame Strategien zur Fehlervermeidung im deutschen Strafverfahren zu entwickeln.

Neben der Analyse strafprozessualer Strukturdefizite kann vor allem die empirische Rechtsforschung², unter Einbeziehung anderer Disziplinen, einen entscheidenden Beitrag zu der Entschlüsselung von Fehlerquellen leisten. In jüngerer Zeit wurden verschiedene Studien veröffentlicht, die trotz begrenzter Datenbasis wertvolle Hinweise auf potenzielle Fehlerquellen geben. Drei dieser Studien konzentrieren sich auf Aktenanalysen, welche die Grundlage der nachfolgenden Diskussion bilden.³

* Die Autorin ist Vorstandsmitglied des Vereins *Fehlerurteil und Wiederaufnahme e.V.* Mein besonderer Dank gilt Paulina Frank und Paul Hoffmann für ihre wertvollen Anmerkungen.

1 Nach der hier zugrunde gelegten Definition handelt es sich bei einem Fehlerurteil um ein Urteil, das aus dem Blickwinkel der materiellen Gerechtigkeit als falsch gilt und dessen Fehlentscheidung nicht auf zwingenden formellen Vorschriften basiert (vgl. *Lange*, Fehlerquellen im Ermittlungsverfahren, 1980, S. 5); ausführlich zu den verschiedenen Begriffsinterpretationen und ihren Auswirkungen, *Barton*, FS Eisenberg, S. 15, 17ff.; *Kölbel/Puschke/Singelstein* GA 2019, 129, 130f.

2 Instruktiv zu dem Begriff *Hamann*, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014, S. 16.

3 Ausführlich hierzu unter A.I.1.

Der folgende Beitrag fasst die wesentlichen Ergebnisse dieser Studien zusammen und beleuchtet, welche Ansätze für eine effektive Strafverteidigung daraus abgeleitet werden können. Einzelheiten der Fälle werden beleuchtet, wobei interdisziplinäre Erkenntnisse gezielt eingebunden werden. Erfahrungen aus anderen Ländern, insbesondere aus den USA, liefern darüber hinaus wertvolle Impulse, auch wenn sie aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen nicht unmittelbar übertragbar sind.⁴ Abschließend wird erörtert, wie die institutionalisierte Bekämpfung von Fehlerurteilen in Deutschland, etwa durch das ›Projekt: Fehlerurteil und Wiederaufnahme‹,⁵ zur Vermeidung von Fehlerurteilen beitragen kann.

I. ÜBERBLICK ÜBER DEN FORSCHUNGSSTAND

Die Tradition der Fehlerurteilsforschung reicht in Deutschland weit zurück. Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts widmeten sich namhafte Juristen dieser Fragestellung.⁶ Die wohl prägendste empirische Untersuchung zu Fehlerquellen stammt von *Peters*⁷, der 1.115 erfolgreiche Wiederaufnahmeverfahren zugunsten und zuungunsten von Betroffenen zwischen 1951 und 1964 im Bereich des damaligen Bundesgebiets untersuchte. Seine Mitarbeiterin *Lange* analysierte im Anschluss das Datenmaterial auf Fehlerquellen im Bereich der Polizei.⁸ In beinahe denselben Zeitraum fällt die Untersuchung *Kiwits*⁹, der sich ebenfalls ausschließlich erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren widmete, jedoch örtlich beschränkt auf den Oberlandesgerichtsbe-

4 Die rechtlichen und strukturellen Rahmenbedingungen in den USA und Deutschland weisen erhebliche Unterschiede auf, was sich auch in der jeweiligen Anfälligkeit für Fehlerurteile widerspiegelt. Jedenfalls zeigen die bislang vorhandenen Studien aus Deutschland, aber auch anderen europäischen Ländern, abweichende Fehlerschwerpunkte (instruktiv *Köbel/Puschke/Singelstein* (Fn. 1), 140f).

5 www.wiederaufnahme.com; s. ferner *König*, FS Barton, S. 57, <https://www.rak-berlin.de/kammerton/ausgaben/ausgabe/ausgabe-06-2023/fragen-an-ra-prof-stefan-koenig/>; *König*, <https://www.zeit.de/2022/48/projekt-fehlerurteil-und-wiederaufnahme-innocence-project-unschuld>. Für sämtliche Webseiten gilt: zuletzt abgerufen am 15. September 2024.

6 Zu nennen sind hier *Sello*, Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen, 1911; *Alsbey*, Justizirrtümer und Wiederaufnahme, 1913; sowie *Hirschberg*, Das Fehlerurteil im Strafprozess, 1930; näher hierzu auch Püschel StraFo 2015, 269.

7 *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß Bd. 1 u. 2, 1970, 1972.

8 *Lange* (Fn. 1).

9 *Kiwit*, Fehlerurteile im Strafrecht, 1965.

zirk Hamm. *Schöneborn* veröffentlichte schließlich 1980 eine Untersuchung, die erstmals auch erfolglose Wiederaufnahmeanträge in den Blick nahm.¹⁰

Im Anschluss daran fehlte es in Deutschland lange Zeit an empirischen Untersuchungen zu Fehlerurteilen.¹¹ Das ändert sich derzeit, wohl auch beeinflusst durch die Entwicklungen in anderen Ländern, allen voran den USA. Dort hat das 1992 gegründete ›Innocence Project‹¹² eine ganze Bewegung ausgelöst, die bislang zu 3.588 Entlastungen führte.¹³ In den USA gibt es 59 verschiedene Wiederaufnahmeprojekte¹⁴, die dem weltweit agierenden ›Innocence Network‹¹⁵ angehören. Hinzu kommen einige¹⁶ Einheiten der Staatsanwaltschaft,¹⁷ die sich der Aufarbeitung potenziell falscher Verurteilungen widmen. Die praktische Arbeit wird von zahlreichen wissenschaftlichen Publikationen begleitet, die Fehlerquellen und das Wiederaufnahmerecht umfassend beleuchten.¹⁸

Inzwischen gewinnt die Aufarbeitung von Fehlerurteilen aber auch in Deutschland zunehmend an Dynamik. 2020 wurde das erste deutsche Wiederaufnahmeprojekt, das ›Projekt: Fehlerurteil und

10 *Schöneborn*, Strafprozessuale Wiederaufnahmeproblematik, 1980; s. hierzu auch *Bliesener et al.*, MschrKrim 2023, 147, 148.

11 So auch *Böhme*, Das strafgerichtliche Fehlerurteil, 2018, S. 23; *Dunkel*, Fehlentscheidungen in der Justiz, 2018, S. 169.

12 <https://innocenceproject.org/>.

13 <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx>; zu alledem vgl. auch *König* (Fn. 5), S. 59ff

14 <https://innocencenetwork.org/directory>. Das Netzwerk umfasst insgesamt 71 Organisationen.

15 Ebd.

16 Es ist schwierig, eine genaue Zahl der tatsächlich aktiven Einheiten anzugeben. Das *National Registry of Exonerations* verzeichnet insgesamt 101 solcher Einheiten, von denen 51 mindestens eine *Exoneration* zu verzeichnen haben (<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Conviction-Integrity-Units.aspx>). In vielen Bundesstaaten werden die leitenden Staatsanwälte, die *District Attorneys*, aber gewählt, was Fragen aufwirft, ob die Einrichtung solcher Einheiten möglicherweise hauptsächlich aus politischen Gründen erfolgt. Experten schätzen die tatsächliche Anzahl der operierenden Einheiten eher auf etwa 20.

17 Allgemein zu *Conviction Integrity Units*: *Clausing* NStZ 2020, 644; *Momsen/Diederichs* StV 2021, 466.

18 Nicht ganz unkritisch: *Gould/Leo*, Journal of Criminal Law and Criminology 2010, 825. Für einen Einstieg eignen sich insbesondere die Ausarbeitung von *Brandon L. Garrett*, *Convicting the Innocent*, 2011 sowie die Berichte auf der Webseite des *National Registry of Exonerations*, die unter ›Reports‹ abrufbar sind.

Wiederaufnahme¹⁹ gegründet, und empirische Studien beschäftigen sich intensiv mit den Ursachen von Fehlerquellen²⁰ oder Defiziten des Wiederaufnahmeverfahrens²¹. Drei Studien haben Fehlerquellen gezielt durch Aktenanalysen von Wiederaufnahmeverfahren erforscht:

1. VORSTELLUNG DER JÜNGSTEN AKTENANALYSEN

Den Anfang machte die Kriminologische Zentralstelle, die seit 2017 in mehreren Veröffentlichungen die Ergebnisse einer von *Leuschner* teils in Kooperation mit anderen Universitäten und Wissenschaftlern²² durchgeführten Studie publizierte.²³ Die Studie fokussiert sich vorrangig auf die Rehabilitation und Entschädigung von zu Unrecht inhaftierten Personen. *Leuschner et al.* untersuchten hierzu 29 Verfahren mit insgesamt 31 Betroffenen, bei denen es nach einer zwischen 1990 und 2016 verbüßten Freiheitsstrafe und einem erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren in 32 Fällen zu einem Freispruch kam.²⁴ Für die Einordnung ist relevant, dass ausschließlich erfolgreiche Wiederaufnahmen zugunsten der Beschuldigten bei eher schwerer Kriminalität erfasst sind.²⁵

Im Jahr darauf folgte *Dunkel* mit einer explorativen Aktenanalyse, die sie in ihrer Dissertation veröffentlichte. *Dunkel* untersuchte 48 erfolgreiche und nicht erfolgreiche Wiederaufnahmeverfahren aus Hamburg im Zeitraum von 2003 bis 2015.²⁶ Hiervon waren 25 Wie-

19 S. die in Fn. 5 getätigte Quellenangaben. Das Projekt ist seit 2021 als gemeinnütziger Verein organisiert.

20 S. etwa die Dissertation von *Böhme* (Fn. 11). Aufschlussreich sind auch Fallanalysen wie die zu den Fällen Rupp und Genditzki (vgl. *Gubi-Kelm et al.*, Archiv für Kriminologie 2003, 101; dies., Archiv für Kriminologie 2004, 30).

21 *Arnemann*, Defizite der Wiederaufnahme in Strafsachen, 2019.

22 Hier und im Folgenden wird das generische Maskulinum verwendet; damit sollen alle Geschlechter gleichermaßen einbezogen sein.

23 *Leuschner*, Kriminologische Welt in Bewegung 2018, 497; *Leuschner/Rettenberger/Dessecker*, Crime & Delinquency 2019, 687; s. ferner *Hoffmann/Leuschner*, Rehabilitation und Entschädigung nach Vollstreckung einer Freiheitsstrafe und erfolgreicher Wiederaufnahme, 2017; s. ferner *dies.*, NK 2016, 155.

24 Vgl. *Leuschner* (Fn. 23), 499f.; *Hoffmann/Leuschner* (Fn. 23), S. 22, 34; s.a. *Bliesener et al.* (Fn. 10), 149. Die Untersuchung beschränkte sich auf Verurteilungen der Bundesrepublik Deutschland.

25 *Leuschner/Rettenberger/Dessecker* (Fn. 23), 697.

26 *Dunkel* (Fn. 11), S. 169 ff.

deraufnahmeverfahren zugunsten von Verurteilten erfolgreich; 15 führten zu einem Freispruch.²⁷

Die jüngste Untersuchung stammt von einem Verbundprojekt des Kriminologischen Forschungsinstituts Niedersachsen (unter der Leitung von *Bliesener*), des Lehrstuhls für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Medienrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (unter der Leitung von *Altenhain*) sowie der Psychologischen Hochschule Berlin, Professur für Rechtspsychologie (unter der Leitung von *Volbert*).²⁸ In diesem Projekt wurden 512 erfolgreiche und nicht erfolgreiche Wiederaufnahmeverfahren, sowohl zugunsten als auch zuungunsten von Betroffenen, aus den Jahren 2013 bis 2015 aus 14 Bundesländern qualitativ und quantitativ ausgewertet.²⁹ Dabei wurden 205 Fehler bei einer rechtskräftigen Entscheidung im Ausgangsverfahren ermittelt.³⁰

2. DIE EUROPÄISCHE DATENBANK: EUREX

Keine Aktenanalyse, aber dennoch eine relevante Initiative, ist das ›European Registry of Exonerations‹ (kurz: *EUREX*).³¹ Es handelt sich dabei um eine Datenbank, die in Anlehnung an das ›National Registry of Exonerations‹ aus den USA Informationen zu bekannten Entlastungen unschuldiger Personen in Europa sammelt. Ihr langfristiges Ziel ist es, Aufschluss darüber zu geben, wie häufig und aus welchen Gründen Fehlurteile in Europa vorkommen und welche Konsequenzen dies für die Betroffenen hat. Derzeit wird die im Januar 2024 gelaunchte Webseite vornehmlich durch Informationen von

27 Ebd., S. 188 (Tab. 33).

28 *Altenhain/Bliesener/Volbert*, Fehler und Wiederaufnahme im Strafverfahren, 2024; s.a. *Bliesener et al.* (Fn. 10).

29 S. nur *Altenhain/Bliesener/Volbert* (Fn. 28), S. 19.

30 Das Verbundprojekt legt in derselben Publikation unterschiedliche Kriterien zur Bestimmung eines Fehlers zugrunde: Während die Düsseldorfer Juristen einen Fehler darin sehen, dass eine abschließende, rechtskräftige Entscheidung des Ausgangsverfahrens mit dem Schuldspruch, Strafmaß oder Freispruch nicht hätte ergehen dürfen, *Penther/Altenhain*, in: *Altenhain/Bliesener/Volbert* (Fn. 28), S. 57, erfassen die Berliner Psychologinnen auch solche Verfahren, die nach einer Wiederaufnahme zugunsten der Verurteilten gemäß §§ 153, 153a StPO eingestellt wurden, da in diesen Fällen zumindest die ursprüngliche Verurteilung aufgehoben wurde, *Otzipka/Leve/Volbert*, in: *Altenhain/Bliesener/Volbert* (Fn. 28), S. 137. Diese Ausarbeitung stützt sich auf den von Juristen verwendeten Fehlerbegriff.

31 <https://www.registryofexonerations.eu/>.

Verteidigern und Presseberichten gespeist, weshalb die Daten nicht repräsentativ sind. Dennoch liefern die 132 erfassten Fälle aus 18 Ländern bereits jetzt wertvolle Erkenntnisse

II. VORTEILE UND GRENZEN DER ANALYSE

Die Auswertung von umfangreichem Aktenmaterial ermöglicht eine präzise Erschließung einzelner Fehlerquellen. Sie bietet insbesondere den Vorteil, dass die identifizierten Fehler gerichtlich bestätigt sind; dadurch erhalten die Daten eine hohe Verlässlichkeit.³² Bei der Untersuchung der Studien sollte man sich jedoch stets ihrer Grenzen bewusst sein, die sowohl mit den vorhandenen Daten als auch mit der methodischen Herangehensweise einhergehen:

(a) Unzureichende Datenbasis

Besonders problematisch ist die defizitäre Datenlage. Es fehlt an einer systematischen Erfassung und Auswertung von Wiederaufnahmeverfahren auf staatlicher Ebene. Das Statistische Bundesamt zählt zwar die Anzahl der in Deutschland gestellten Wiederaufnahmeanträge. Allerdings berichten die verschiedenen Projekte von erheblichen Schwierigkeiten beim Zugang zu staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregistern und der Beschaffung von Akten.³³ Das Verbundprojekt stellte etwa fest, dass 519³⁴ der 1103 bezogenen Akten, also fast die Hälfte, fälschlicherweise als Wiederaufnahmeverfahren deklariert waren.³⁵ Mit 512 Fallakten bietet die Studie dennoch die mit Abstand größte Datenbasis unter den aktuellen Untersuchungen, wenngleich die absolute Fallzahl überschaubar bleibt. Die empirische Grundlage der anderen Untersuchungen ist deutlich kleiner.

32 Vgl. auch *Leuschner* (Fn. 23), 499. Die Auswertung dokumentierter Entlastungsentscheidungen wird auch als Helffeldmethode bezeichnet, vgl. *Kölbel/Puschke/Singelnstein* (Fn. 1), 132.

33 *Neumann/Bliesener* (Fn. 36), S. 24; *Bliesener et al.* (Fn. 10), 148; *Leuschner* (Fn. 23), 500; *Dunkel* (Fn. 11), S. 170; vgl. bereits *Peters* Bd. I (Fn. 7), S. 9; *Kiwit* (Fn. 9), S. 1 ff.; *Schöneborn* (Fn.10), S. 125.

34 Weitere Fälle mussten aufgrund von anderen Kriterien, etwa des Untersuchungszeitraums ausgeschlossen werden.

35 *Bliesener et al.* (Fn. 10), 150; *Dunkel* beschreibt überdies, dass während ihrer Recherche im Statistischen Bundesamt Unklarheit darüber herrschte, ob die dort vorhandenen Zahlen sämtliche eingegangenen Wiederaufnahmeanträge umfassten oder nur solche, die als zulässig und begründet erachtet wurden, *Dunkel* (Fn. 26) S. 156.

a) Nicht erfasste Fehlerurteile

Ferner darf man sich nicht der Illusion hingeben, allein durch erfolgreiche Wiederaufnahmeverfahren sämtliche Fehlerurteile erfasst zu haben.³⁶ Die Ablehnung eines Wiederaufnahmeantrags bedeutet nicht zwangsläufig, dass die ursprüngliche Verurteilung korrekt war. Erfahrene Juristen zweifeln daran, dass das Wiederaufnahmeverfahren eine wirksame Option zur Beseitigung von Fehlerurteilen bietet, die trotz aller im Strafprozessrecht vorgesehenen Schutzmechanismen und Rechtsmittel entstanden sind.³⁷ So scheitern Anträge häufig schon an den Zulässigkeitsanforderungen des § 366 Abs. 2 StPO³⁸ oder jedenfalls am Numerus Clausus des § 359 StPO. Der *Mixed-Methods*-Ansatz des Verbundprojekts, der qualitative und quantitative Elemente vereint, ist zwar geeignet, um selbst bei abgelehnten Wiederaufnahmeanträgen auf Fehlerurteile zu stoßen.³⁹ Jedoch besteht weiterhin die Möglichkeit, dass bestimmte Einflussfaktoren übersehen werden.⁴⁰ Darüber hinaus bleiben Fehlerurteile außen vor, die aufgrund der hohen formalen und rechtlichen Hürden eines Wiederaufnahmeverfahrens gar nicht erst angefochten werden.

(b) Unterschiedliche Entscheidungsregeln

Der nun folgende Versuch, die Ergebnisse der Studien zu vergleichen, stößt darüber hinaus auf Schwierigkeiten, da die präsentierten Studien auf unterschiedlichen Entscheidungsregeln beruhen. So unterscheiden sich die Auswahl der verwendeten Daten⁴¹, die Bewertungskriterien für das Vorliegen eines Fehlers⁴² und die Kategorien

36 Neumann/Bliesener, in: Altenhain/Bliesener/Volbert (Fn. 28), S. 21f.; Böhme (Fn. 11), S. 134.

37 So König, FS Leitner, im Erscheinen; vgl. auch Eschelbach/Geipel/Hettinger/Meller/Wille, GA 2018, 238, 239.

38 In der Verbundstudie machten solche Verfahren einen Anteil von immerhin 27 % aus; Kilian/Altenhain, in: Altenhain/Bliesener/Volbert (Fn. 28), S. 268 (138 v. 512).

39 Vgl. Neumann/Bliesener (Fn. 36), S. 22.

40 Vgl. zu Fehlern, die sich nicht nachteilig auf die Tatsachengrundlage des Urteils auswirken, Kölbl/Puschke/Singelnstein (Fn. 1), 144.

41 Das Verbundprojekt unterscheidet beispielsweise nicht grundsätzlich zwischen Verfahren zugunsten oder zulasten der Betroffenen. Da aber nur 14 Verfahren zuungunsten von Personen in den Daten vorhanden waren, ist dieser Punkt vernachlässigbar, vgl. Bliesener/Neumann (Fn. 36), S. 43.

42 S. Fn. 30.

zur Fehlerklassifikation.⁴³ Gerade Letzteres erschwert einen aussagekräftigen Vergleich der Studienergebnisse.

III. DIE ERGEBNISSE DER UNTERSUCHUNGEN UND IHRE EINORDNUNG

Trotz der unterschiedlichen Entscheidungsregeln gibt es thematische Schnittmengen: So behandeln alle drei Studien die unerkannte Schuldunfähigkeit als Fehlerkategorie. Auch werden falsche Aussagen und fehlerhafte Sachverständigengutachten in den Studien als potenzielle Fehlerquellen thematisiert. Darüber hinaus setzen die Studien aber unterschiedliche Akzente: Das Verbundprojekt gliedert seine Untersuchung nach verschiedenen Fehlernebenen, nämlich der Tatbestandserfüllung, der Schuld sowie weiteren Fehlern in den Bereichen der Prozessvoraussetzungen, Rechtsfolgen und ähnlichen Aspekten. *Leuschner* rückt hingegen den Indizienprozess in den Vordergrund⁴⁴, während *Dunkel* sich auf den fehlerhaften Sachbeweis konzentriert⁴⁵. Der Einteilung des Verbundprojekts wurde weitestgehend gefolgt, da sie auf der umfangreichsten Datenbasis beruht. Trotz einiger Unklarheiten konnten die meisten Ergebnisse mithilfe ergänzender Informationen sinnvoll entlang dieser Struktur eingeordnet werden.

1. FEHLER AUF TATBESTANDSEBENE

Mit 38 % bilden Fehler auf Tatbestandsebene die größte vom Verbundprojekt identifizierte Fehlergruppe.⁴⁶ Ähnlich verhält es sich bei *Dunkel*, wo etwa ein Drittel der Fälle tatbestandliches Verhalten betrifft.⁴⁷ Dass dieser Anteil bei unter 50 % liegt, ist bemerkenswert, da Fehlerurteile vorrangig mit tatbestandlichen Fehlern assoziiert wer-

43 So können falsche Aussagen entweder pauschal erfasst oder nach Akteuren und der Frage, ob sie bewusst oder unbewusst gemacht wurden, unterschieden werden.

44 *Leuschner* (Fn. 23), 501.

45 *Dunkel* (Fn. 26), S. 191.

46 *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 59 (78 v. 205); *Bliesener et al.* (Fn. 10), 156.

47 Acht von 25 Fällen entfallen auf den fehlerhaften Sachbeweis, *Dunkel* (Fn. 26), S. 191.

den.⁴⁸ Demgegenüber beruhte in 71,9 % der Fälle der Kriminologischen Zentralstelle das Fehlurteil auf dem Nichtvorliegen tatbestandlichen Handelns⁴⁹, was vermutlich auf das abweichende Studiendesign mit Fokus auf inhaftierte Personen zurückzuführen ist.

(a) Falsche Zeugenaussagen und Fehlidentifikationen

Zeugenaussagen gelten gemeinhin als unzuverlässig.⁵⁰ Dazu zeigen Studien, dass selbst erfahrene Polizeibeamte und Richter in Testreihen beim Erkennen von Lügen kaum über die Zufallsquote von 50 % hinauskommen.⁵¹ Angesichts dessen überrascht es wenig, dass falsche Zeugenaussagen in zwei der drei Untersuchungen als Fehlerquelle identifiziert wurden, wobei sie in einer besonders signifikant ins Gewicht fielen. So weist die Verbundstudie auf, dass 7,3 % der festgestellten Fehler⁵² – und mithin 19 % der Fehler auf Tatbestandesebene⁵³ – auf falsche Zeugenaussagen zurückzuführen sind. Bei der Kriminologischen Zentralstelle basierte sogar mehr als die Hälfte der Verfahren auf fehlerhaften Aussagen von Zeugen.⁵⁴ Im Gegensatz dazu spielten falsche Aussagen in der Untersuchung von *Dunkel* keine Rolle, was sie unter anderem auf die kleine Stichprobengröße zurückführt.⁵⁵

In den von *Leuschner et al.* untersuchten Akten traten falsche Zeugenaussagen überwiegend im Zusammenhang mit Vorwürfen von Sexualstraftaten auf, bei denen die Aussage der vermeintlich geschädigten

48 So auch *Bliesener et al.* (Fn. 10), 156. In knapp zwei Dritteln der erfolglosen Wiederaufnahmeverfahren des Verbundprojekts bestritten die Verurteilten die Tat, *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 158.

49 Vgl. *Hoffmann/Leuschner* (Fn. 23), S. 34 (23 v. 32).

50 *Nestler JA* 2017, 10 unter Berufung auf *Hussel Kriminalistik* 2011, 114: »Als Zeuge ist der Mensch eine Fehlkonstruktion«.

51 *Neuhaus/Artkämper/Weise*, *Kriminaltechnik und Beweisführung im Strafverfahren*, 2. Auflage 2024, Rn. 510 unter Verweis auf psychologische Fachliteratur.

52 *Bliesener et al.* (Fn. 10), 156, geben an, dass 22 Fehlurteile auf falschen Aussagen beruhen. *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 178, erwähnen, dass es sich bei 7 Aussagen der Stichprobe um falsche Geständnisse handelt. Somit ergeben sich 15 falsche Zeugenaussagen, wobei nicht vollständig auszuschließen ist, dass in einem Fall beide Fehlerquellen zusammenfallen.

53 15 v. 79; wobei in drei Fällen eine Fehlidentifikation vorlag, vgl. *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 170.

54 *Leuschner* (Fn. 23), 501 (17 v. 31). In zwei dieser Fälle (= 6,5 % der Fälle) lag eine falsche Augenzeugenidentifikationen vor, ebd., 506.

55 *Dunkel* (Fn. 26), S. 204.

Person das einzige Beweismittel war.⁵⁶ Auch in den *EUREX*-Fällen ist der Großteil der Falschaussagen im Bereich des Sexualstrafrechts vertortet.⁵⁷ In der Verbundstudie hingegen waren die Deliktkategorien heterogen verteilt.⁵⁸ Dennoch zeigte sich auch hier, dass in mehr als der Hälfte der Fälle die Falschaussage von der vermeintlich geschädigten Person stammte.⁵⁹

In keinem der Fälle des Verbundprojekts wurde eine aussagepsychologische Begutachtung zur Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Aussagen in Auftrag gegeben; ein entsprechender Antrag der Verteidigung wurde in einem Fall abgelehnt. Besonders bemerkenswert ist hierbei, dass die Akten keine klaren Hinweise auf problematische Aspekte enthielten, die eine solche Begutachtung zwingend erforderlich gemacht hätten.⁶⁰ Der Erfolg der Wiederaufnahmeverfahren hing vielmehr häufig vom Hinzutreten einer neuen Aussage ab.⁶¹ Auffällig ist aber, dass in der Mehrzahl der Fälle, in denen das Urteil auf einer falschen Aussage beruhte, die gerichtliche Auseinandersetzung mit diesen Aussagen sehr oberflächlich blieb – insbesondere bei Strafbefehlen fand eine vertiefte Prüfung häufig gar nicht statt.⁶² In den von *Leuschner et al.* untersuchten Verfahren hingegen war die fehlerhafte Gutachtenerstellung ein zentraler Faktor und trug in mehr als der Hälfte der Falschbeschuldigungen zu einer fehlerhaften Würdigung der Aussage bei.⁶³ Dies hängt vermutlich damit zusammen, dass bei Sexualdelikten aussagepsychologische Glaubwürdigkeitsgutachten häufiger eingeholt werden als sonst üblich.⁶⁴

Als Untergruppe der falschen Zeugenaussagen trat die Fehlidentifikation durch Zeugen in beiden Studien nur vereinzelt auf: In der Untersuchung von *Leuschner et al.* lag sie bei 6,2 % der Freisprüche

⁵⁶ *Leuschner/Rettenberger/Dessecker* (Fn. 23), 703.

⁵⁷ 60 % (12 v. 20).

⁵⁸ *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 139.

⁵⁹ Ebd., S. 158 (10 v. 18).

⁶⁰ Ebd.

⁶¹ Ebd., S. 160f.

⁶² Ebd., S. 158.

⁶³ *Leuschner* (Fn. 23), 506.

⁶⁴ Vgl. *Hilgert* NJW 2016, 985.

vor⁶⁵, während sie im Verbundprojekt lediglich 1,4 %⁶⁶ der Gesamtfehler ausmachte. Die sorgfältige Falldokumentation legt aber nahe, dass bereits erforschte Fehler bei Identifikationsverfahren auch in Deutschland eine relevante Rolle spielen. So identifizierten in einem Fall zwei miteinander verwandte Zeugen, die vermutlich gleichzeitig die Lichtbildvorlage betrachteten, den Verurteilten – obwohl empirische Studien zeigen, dass Zeugen, und insbesondere Verwandte, die bei der Identifikation in Kontakt stehen, einander unbewusst beeinflussen und dadurch die Genauigkeit der Identifikation verringern können (sog. Co-Witness-Effekt).⁶⁷ In einem weiteren Fall wurde der Verurteilte zunächst anhand eines Phantombilds erkannt und später durch eine Wahllichtbildvorlage mit computergenerierten Vergleichsbildern als Täter identifiziert. Auch hierzu gibt es Studien, die zeigen, dass Phantombilder oft ungenau sind und die Beteiligung von Zeugen an ihrer Erstellung die Identifikationsleistung zusätzlich beeinträchtigt.⁶⁸ Zwar fehlen Studien zum Unterschied in der Identifikationsleistung zwischen computergenerierten und herkömmlichen Bildern. Doch auch wird vermutet, dass computergenerierte Bilder die Identifikationsleistung negativ beeinflussen.⁶⁹ Schließlich gab es noch einen Fall, in dem der Verurteilte die einzige Person in der Wahllichtbildvorlage mit den markanten Gesichtspiercings war, die der Zeuge zuvor beschrieben hatte.⁷⁰

Während der Bundesgerichtshof 1999 wissenschaftlich fundierte Kriterien für die Beurteilung von Glaubwürdigkeitsgutachten festgelegt hat⁷¹, fehlen bis heute klare, forschungsbasierte Richtlinien für Identifikationsverfahren. Zwar gibt es die Vorgabe, dass Wahllichtbildvorlagen mindestens acht Bilder umfassen und idealerweise nacheinander (sequenziell) präsentiert werden sollten, um die Zuverlässigkeit

65 *Leuschner* (Fn. 23), 506 (2 v. 32).

66 *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 170 (3 v. 205).

67 *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 171 ff., 173 unter Verweis auf Hope/Ost/Gabbert/Healey/Lenton, *Acta Psychologica* 127 (2008), S. 476, 479ff.

68 Ebd., S. 175 m.w.N.

69 Ebd.

70 Ebd., S. 176f. m.w.N.

71 *BGH, Urt. v. 30.07.1999 – 1 StR 618/98*. Über die Hälfte des von *Leuschner et al.* untersuchten Zeitraums liegt vor dieser Entscheidung.

der Identifikation zu erhöhen.⁷² Ein umfassender wissenschaftlicher Ansatz wurde dagegen bislang nicht umgesetzt. Eine interessante Perspektive bietet hier eine US-amerikanische Entscheidung des New Jersey Supreme Courts (*State v. Henderson*) aus dem Jahr 2011, die detaillierte Kriterien zur Identifikationssicherheit vorgibt.⁷³ Zu den zentralen Aspekten der Entscheidung gehören die ›blinde‹ Durchführung von Identifikationen, bei der die Person, die die Gegenüberstellung leitet, den Verdächtigen nicht kennt, um unbeabsichtigte Beeinflussungen zu vermeiden. Darüber hinaus sollten Zeugen informiert werden, dass der Verdächtige möglicherweise nicht in der Auswahl enthalten ist, um Fehlidentifikationen zu minimieren. Wichtig sei außerdem, dass alle Vergleichspersonen einer Gegenüberstellung dem Verdächtigen ähneln, um die Zuverlässigkeit der Identifikation zu gewährleisten. Und schließlich sollte nach der Identifikation keine Rückmeldung gegeben werden, um das Vertrauen der Zeugen in ihre Aussage nicht künstlich zu stärken.

(b) Falsches Geständnis

Neben falschen Aussagen durch Zeugen treten in den Fallakten auch immer wieder falsche Geständnisse auf. Sie machen in den Daten des Verbundprojekts 3,4 % der festgestellten Fehler aus.⁷⁴ *Leuschner et al.* identifizierten fünf falsche Geständnisse, was einem Anteil von 15,6 % entspricht.⁷⁵ Im Vergleich dazu verzeichnet EUREX sogar einen Anteil von 36,4 %.⁷⁶

Interessanterweise hat die Forschung über falsche Geständnisse gerade durch bekannte Wiederaufnahmefälle Aufwind erfahren.⁷⁷ Es wird dabei zwischen drei Haupttypen falscher Geständnisse unter-

72 S. nur *BGH, Beschl. v. 09.11.2011 – 1 StR 524/11*; *Bartel*, MüKo-StPO, 2. Aufl. 2024, § 261 Rn. 280.

73 *State v. Henderson*, 208 N.J. 208, 27 A.3d 872 (N.J. 2011); vgl. <https://innocenceproject.org/policies/eyewitness-identification-reform-in-new-jersey-2011/>; so schon *Conen*, Stellungnahme zur *BT Drucksache 18/9534*, 2016, S. 3. Der US Supreme Court hingegen ermöglicht suggestive Augenzeugenidentifikationen, wenn sie als hinreichend zuverlässig eingestuft werden, *Manson v. Brathwaite*, 432 U.S. 98 (1977); s. hierzu *Garrett* (Fn. 18) S. 53 f., 63 ff.

74 *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 178.

75 *Leuschner* (Fn. 23), 505.

76 12 v. 33.

77 *Volbert/May* R&P 2016, 4 unter Hinweis auf die Guildford Four und Birmingham Six in Großbritannien und die Central Park Five in den USA.

schieden: freiwillige falsche Geständnisse, die ohne äußeren Druck abgelegt werden; durch Vernehmungsdruck ausgelöste Geständnisse, wo Befragungstress ein Geständnis erzeugt; und internalisierte falsche Geständnisse, bei denen die Person durch suggestive Befragungstechniken überzeugt wird, die Tat begangen zu haben.⁷⁸ Freiwillige falsche Geständnisse können aus unterschiedlichen Motiven entstehen, etwa aus dem Bedürfnis nach Aufmerksamkeit, Selbstbestrafung, einer gestörten Realitätswahrnehmung, dem Wunsch, den eigentlichen Täter zu schützen oder um von einer schwereren Tat abzulenken.⁷⁹ Vernehmungsinduzierte falsche Geständnisse resultieren oft aus einer Kombination von personenspezifischer Vulnerabilität (jugendliches Alter, intellektuelle Beeinträchtigungen, psychische Erkrankungen oder die Intoxikation bzw. der Entzugszustand des Beschuldigten) und unangemessenen Vernehmungsmethoden, wie Minimierungs- und Maximierungstechniken, anhaltendem Befragungsdruk sowie langer Vernehmungsdauer.⁸⁰ Internalisierte falsche Geständnisse wiederum basieren auf ähnlichen Prozessen wie die Entstehung von Pseudoerinnerungen in falschen Zeugenaussagen.⁸¹

Die verschiedenen Ursachen finden sich in den aktuellen Untersuchungen wieder: Die Fälle des Verbundprojekts betreffen überwiegend freiwillige falsche Geständnisse bei minderschwerer Kriminalität, vor allem solche nach § 142 StGB und § 21 StVG. Die Aussagen waren hier von Motiven wie finanzieller Not, dem Schutz eines anderen Täters, Liebe und Loyalität sowie dem Streben nach Zugehörigkeit geprägt. In einem Fall wurde eine starke Alkoholisierung als Risikofaktor festgestellt. Lediglich einmal kam es zu einem vernehmungsinduzierten Geständnis, das im Rahmen einer Absprache nach § 257c StPO abgegeben wurde. Hier gaben die Mitangeklagten im Nachhinein an, der Verurteilte habe das falsche Geständnis unter Druck abgelegt, um

78 *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 180 unter Verweis auf *Kassin/Gudjonsson*, *Psychological Science in the Public Interest* 2004, 49.

79 Ebd.

80 S. nur *Volbert*, FS Barton S. 629, 631; dies., FPPK 2013, 230, 231 ff.; speziell zu minimierenden und maximierenden Vernehmungstaktiken *Schneider/May* FPPK 2021, 355.

81 *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 180 unter Verweis auf *Henkel/Coffman*, *Applied Cognitive Psychology*, 2004, 567 (568 ff.); *Ost/Costall/Bull*, *The Journal of Forensic Psychiatry* 2001, 549 (557 f.); *Volbert*, FPPK 2013, 230, 233 f.; zur Entstehung von Pseudoerinnerungen s. etwa *Geipel/Renzikowski*, *Verteidigung bei Sexualdelikten*, 1. Aufl. 2022, Teil 6 Rn. 373ff.

eine hohe Haftstrafe zu vermeiden. Zudem habe die Richterin ihm fälschlicherweise zugesichert, dass seine Bewährung nicht widerrufen werde.⁸² In der Studie von *Leuschner et al.* trat eine bekannte Ursache für Fehlurteile besonders hervor: In vier von fünf Fällen hatten die Geständigen eine geistige Behinderung.⁸³ Ähnliche Ursachen finden sich auch in der EUREX-Fallsammlung: Dort gibt es Fälle, in denen Betroffenen seitens der Justiz Vorteile wie mildere Strafen⁸⁴ oder die Entlassung aus der Untersuchungshaft⁸⁵ in Aussicht gestellt wurden. Auch hier gab eine Person ein falsches Geständnis ab, um eine nahe-stehende Person zu schützen.⁸⁶ Vernehmungsinduzierte Geständnisse traten wiederum häufig bei vulnerablen Personen auf, die aufgrund psychischer Labilität oder kognitiver Beeinträchtigungen besonders anfällig für starken Vernehmungsdruck waren.⁸⁷

Interessant ist darüber hinaus eine Beobachtung *Volberts*, die bemerkt, dass es in bekannten deutschen Wiederaufnahmeverfahren, in denen falsche Geständnisse abgelegt worden waren, zum Zeitpunkt der polizeilichen Vernehmung häufig keine Leiche gab, sodass die genauen Umstände der Tat entsprechend ungewiss blieben.⁸⁸ Sie sieht ein erhebliches Gefahrenmoment darin, dass es bei unklarem Tathergang kaum Informationen gibt, die geeignet sind, die Verdachtshypothese zu erschüttern. In Abwesenheit entlastender Beweise bleibe der Tatverdacht häufig bestehen, selbst wenn die vorhandenen Informationen sowohl die Schuld- als auch die Unschuldshypothese stützen. Besonders anfällig seien Fälle, bei denen die Tatvorwürfe lange zurückliegen und sich zeitlich nicht mehr exakt lokalisieren lassen, keine Zeugen existieren oder die genauen Umstände der Tat aus anderen Gründen im Unklaren bleiben.⁸⁹

82 Zu alldem *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 178 ff.

83 *Leuschner/Rettenberger/Dessecker* (Fn. 23), 699f.

84 Fall der Eheleute Lubitz.

85 Fall Boehmann.

86 Fall Kauffmann.

87 Fall Holger Gensmer, Fall Ulvi Kulac und Fall Dirk K.

88 *Volbert* Fn (Fn. 80) S. 630 unter Verweis auf Fälle Rupp, Ulvi Kulac., Wolfgang Sch. und »Pascal«.

89 Ebd., S. 629ff.

(c) Fehlerhafter Sachverständigenbeweis

In den USA machen fehlerhaft angewendete forensische Beweise einen ganz erheblichen Teil der Fehlerurteile aus. Das ›Innocence Project‹ berichtet, dass mehr als die Hälfte ihrer Fälle auf der fehlerhaften Erhebung oder Einordnung forensischer Beweise beruhen.⁹⁰ Und auch in Deutschland gibt es Anhaltspunkte, dass der fehlerhafte Sachverständigenbeweis zur Entstehung falscher Verurteilungen beiträgt. Schon bei *Peters* bildeten Sachverständigengutachten mit 6,6 % eine nennenswerte Fehlergruppe.⁹¹ Bei *Leuschner* machen sie mit 37,5 % einen beträchtlichen Anteil aus⁹², wobei sie stets in Kombination mit anderen Fehlerquellen auftraten.⁹³ In der Aktenanalyse des Verbundprojekts konnte der fehlerhafte Sachverständigenbeweis dagegen nicht als Fehler identifiziert werden⁹⁴, obwohl 9,4 % der erfolglosen Anträge in diese Stoßrichtung zielten.⁹⁵

Die Diskrepanz in den Daten kann verschiedene Ursachen haben. Vermutlich bedeutet sie, dass die vorhandene Datengrundlage zu klein ist. Ein weiterer Erklärungsansatz könnte darin bestehen, dass ein Wiederaufnahmeverfahren nur schwer auf den fehlerhaften Sachverständigenbeweis gestützt werden kann, da die rechtlichen Anforderungen hier besonders hoch sind.⁹⁶ War bereits ein Sachverständiger beteiligt, hat ein Wiederaufnahmeantrag in Anlehnung an § 244 Abs. 4 S. 2 StPO nur Erfolg, wenn die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft ist, das Erstgutachten auf unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen beruht, Widersprüche aufweist oder der neue Sachverständige über überlegene Forschungsmittel verfügt.⁹⁷

90 <https://innocenceproject.org/misapplication-of-forensic-science/>.

91 Vgl. die Zusammenstellung bei *Böhme* (Fn. 11), S. 162 unter Verweis auf *Peters* Bd. I (Fn. 7), S. 521ff. und *Peters* Bd. II (Fn. 7), S. 357 f.

92 *Leuschner* (Fn. 23), 506 (12 v. 32).

93 *Leuschner/Rettenberger/Dessecker* (Fn. 23), 701: In acht Fällen gemeinsam mit falschen Beschuldigungen, in drei Fällen mit fehlender Schuldfähigkeit und in einem Fall mit einer fehlerhaften Zeugenaussage.

94 Vgl. *Bliesener et al.* (Fn. 10).

95 *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 120 (Tab. D9, 29 v. 309).

96 So auch *König* (Fn. 37).

97 Schuster, LR-StPO, 27. Aufl. 2022, § 359 Rn. 152 m. Nachw. aus der Rspr; s.a. *König* (Fn. 37), der fachkundig darauf hinweist, dass eine Wiederaufnahme auf Grundlage von § 359 Nr. 2 StPO faktisch ausgeschlossen ist.

Leuschner weist darauf hin, dass in ihrer Studie fast immer schwerwiegende methodische Mängel im ursprünglichen Gutachten festgestellt wurden.⁹⁸ Eine weitere Hürde sind die horrenden Kosten für die Einholung eines neuen Sachverständigengutachtens. Diese werden jedoch gemäß § 46 Abs. 3 RVG erstattet, wenn die Voraussetzungen für die Bestellung eines Verteidigers zur Vorbereitung des Wiedernahmeverfahrens nach § 364b Abs. 1 StPO zumindest festgestellt worden sind.⁹⁹

Der Einfluss von Sachverständigen im Strafverfahren wächst mit der zunehmenden Komplexität der Sachverhalte und der Spezialisierung wissenschaftlicher Disziplinen erheblich; Sachverständigengutachten sind dabei oft von entscheidender Bedeutung für den Verfahrensausgang.¹⁰⁰ Problematisch ist unter anderem, dass viele Sachverständige finanziell von ihren Auftraggebern, den Gerichten oder der Staatsanwaltschaft, abhängig sind.¹⁰¹ Dies erfordert einen umsichtigen Umgang mit dem Sachverständigenbeweis. Juristen fehlt jedoch oft die wissenschaftliche Expertise, um methodische Schwächen in Gutachten selbst bei eingehender Auseinandersetzung zu erkennen.¹⁰² Auch hier mangelt es zumeist an präzisen Vorgaben für die methodische Überprüfung wissenschaftlicher Gutachten durch die Rechtsprechung.¹⁰³ Praktikabel bleibt in solchen Fällen lediglich die sorgfältige Prüfung der Reputation des Sachverständigen sowie die Überprüfung des Gutachtens auf Plausibilität, erkennbare Widersprüche sowie Verstöße gegen Denkgesetze.¹⁰⁴

Ein nützlicher Referenzpunkt ist in diesem Zusammenhang der vom US Supreme Court entwickelte *Daubert*-Test¹⁰⁵, der sicherstellen soll, dass wissenschaftliche Beweise auf einer zuverlässigen methodischen Grundlage basieren. Dieser Test umfasst fünf zentrale Kriteri-

⁹⁸ *Leuschner* (Fn. 23), 506.

⁹⁹ *Schuster*, LR-StPO, 27. Aufl. 2022, § 364b Rn. 4.

¹⁰⁰ *Detter* NStZ 1998, 57; *Krause*, LR-StPO, 27. Aufl. 2017, Vor § 72.

¹⁰¹ *Leuschner/Rettenberger/Dessecker* (Fn. 23), 700; in dem Sinne schon *Barton* StV 1983, 73, 77.

¹⁰² Vgl. *Erb*, ZStW 2009, 882, 881.

¹⁰³ Vgl. Fn. 71.

¹⁰⁴ Ebd., 888.

¹⁰⁵ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

en: Erstens muss die Methode überprüfbar sein, das heißt, sie muss empirisch getestet und potenziell widerlegt werden können. Zweitens sollte die Methode bereits einem Peer-Review-Verfahren unterzogen worden sein, bei dem die Methode in Fachzeitschriften veröffentlicht und von anderen Experten begutachtet wurde. Drittens muss die Fehlerrate bekannt oder berechenbar sein. Viertens müssen klare methodische Standards existieren, nach denen die Methode durchgeführt wird. Und schließlich ist die Akzeptanz in der wissenschaftlichen Gemeinschaft von Bedeutung.¹⁰⁶

(d) Ermittlungsdefizite

Im Verbundprojekt entfallen die meisten tatbestandlichen Fehlerquellen auf Ermittlungsfehlern.¹⁰⁷ 27,8 % aller festgestellten Fehler und 72 % der tatbestandlichen Fehler sind auf unzureichende Ermittlungen und fehlerhafte Überprüfungen objektiv überprüfbarer Informationen zurückzuführen.¹⁰⁸ Solche Fehler betreffen häufig weder komplexe Sachverhalte noch schwierige Zeugenaussagen.¹⁰⁹

Der Vergleich dieser Fehlergruppe mit den Kategorien der anderen Studien gestaltet sich jedoch als schwierig. Am ehesten lassen sich Parallelen zu *Dunkels* Untersuchung ziehen, in der in 30 % der Fälle ein fehlerhafter oder fehlender Sachbeweis festgestellt wurde.¹¹⁰ Bei *Leuschner* betreffen dagegen 19,4 % der Fälle Indizienprozesse, in denen weder Geständnisse noch eindeutig belastende Beweismittel – einschließlich Urkunden – vorlagen.¹¹¹ Dass bei *Leuschner* damit eher offensichtliche Ermittlungsfehler nicht auftreten, lässt sich wohl dadurch erklären, dass – wie sogleich gezeigt wird – die Ermittlungsfehler der Verbundstudie nahezu ausschließlich im Strafbefehlsverfahren vorkommen.

106 Es sei darauf hingewiesen, dass der Daubert-Test und die darauf basierende Norm in den USA häufig nicht konsequent angewendet werden, s. *Garrett/Fabricant, Fordham Law Review*, 2018, 86(4), S. 1559.

107 Diese Fehlergruppe wird in der Verbundstudie nicht als solche zusammengefasst, sondern stattdessen in Einzelkategorien wie Personenverwechslungen, das Verkennen der erforderlichen Fahrerlaubnis, der Fahrzeugversicherung oder des Fahrzeugtickets unterteilt. Sie impliziert auch nicht zwangsläufig ein Verschulden der Ermittlungsbehörden, wengleich die Fehler in der Regel leicht hätten entdeckt werden können.

108 *Bliesener et al.* (Fn. 10), 156f. (57 v. 205 bzw. 79, Tab. 9).

109 Ebd.

110 *Dunkel* S. 190f. (8 v. 25, Tab. 36).

111 Vgl. *Leuschner* (Fn. 23), 501f.

In der Verbundstudie entfielen 9,8 % der Gesamtfehler auf Personenverwechslungen, wobei in zwölf Verfahren falsche Identitätsangaben des tatsächlichen Täters zur Verwechslung führten und in acht Fällen interne Fehler der Strafverfolgungsbehörden die Ursache waren.¹¹² In allen diesen Fällen lag ein rechtskräftiger Strafbefehl vor, was zur Folge hatte, dass Fehler, die bei einer genaueren Überprüfung hätten entdeckt und vermieden werden können, unbemerkt blieben.¹¹³ Neben den Risiken eines übermäßigen Einsatzes des Strafbefehlsverfahrens zeigt sich hier die Bedeutung einer präzisen Identitätsüberprüfung des Beschuldigten. Die bloße mündliche Beschreibung einer Person kann eine Gegenüberstellung oder Wahllichtbildvorlage jedenfalls nicht ersetzen.¹¹⁴

Mit 7,3 % aller festgestellten Fehler ist der Anteil an fehlerhaften Verurteilungen wegen Fahrens ohne Fahrerlaubnis bemerkenswert hoch.¹¹⁵ Diese Fehler beruhen oft auf Missverständnissen hinsichtlich der Fahrzeugklassen, ausländischer Führerscheine oder auf fehlerhaften Datenbankeinträgen.¹¹⁶ In nahezu allen Fällen ging den Fehlern auch hier ein Strafbefehlsverfahren voraus. Einige dieser Fehler waren jedoch so beschaffen, dass sie auch in einer Hauptverhandlung nicht zwangsläufig aufgedeckt worden wären.¹¹⁷ Ähnliche Fehlannahmen wurden bei Verurteilungen nach § 6 PflVG beobachtet, bei denen fälschlicherweise davon ausgegangen wurde, dass keine Haftpflichtversicherung vorlag. Auch im Bereich der Leistungerschleichung nach § 265a StGB führten vermeidbare Fehler, wie das Nichtvorzeigen eines Fahrscheins, zu falschen Verurteilungen. Im Aufenthaltsrecht resultierten Fehler häufig aus Missverständnissen über die Herkunft der betroffenen Person.¹¹⁸

112 *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 62ff. (20 v. 205).

113 Ebd., S. 68f.

114 Ebd., S. 69f.

115 Ebd., S. 70 (15 v. 205).

116 Ebd., S. 71ff.; *Bliesener et al.* (Fn. 10), 156f.

117 *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 81.

118 *Bliesener et al.* (Fn. 10), 157.

2. UNERKANNTE SCHULDUNFÄHIGKEIT

32,2 % der von der Verbundstudie identifizierten Fehler betreffen die Schuldebene, wobei 30,2 % auf die Verkennung von § 20 StGB zurückzuführen sind.¹¹⁹ Die unerkannte Schuldunfähigkeit stellt damit die größte Einzelkategorie unter den festgestellten Fehlern dar. Auch in den anderen Studien nimmt die Verkennung der Schuldunfähigkeit einen bedeutenden Anteil der erfolgreichen Wiederaufnahmefälle ein. In der Untersuchung der Kriminologischen Zentralstelle liegt dieser Anteil bei etwa einem Viertel der Fälle und somit geringfügig niedriger.¹²⁰ In *Dunkels* Untersuchung zeigt sich hingegen ein deutlich höherer Wert: In knapp der Hälfte der erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren¹²¹ und in etwa zwei Dritteln der Fälle, in denen der Täter letztlich freigesprochen wurde¹²², lag eine unerkannte Schuldunfähigkeit vor.

Eine mögliche Erklärung für den hohen Anteil in *Dunkels* Untersuchung könnte darin liegen, dass 56 % der von ihr analysierten Fälle auf einem Strafbefehl basieren.¹²³ Dies ist bei der Untersuchung der Kriminologischen Zentralstelle naturgemäß anders, da die Inhaftierung der Betroffenen vorausgesetzt wurde. Die Daten des Verbundprojekt stützen diese Annahme: In 77 % der erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren wegen unerkannter Schuldunfähigkeit erging im Ausgangsverfahren ein rechtskräftiger Strafbefehl.¹²⁴ Strafbefehlsverfahren waren zudem fast immer die Ursache dafür, dass sich das erkennende Gericht in 68,9 % der Fälle keinen persönlichen Eindruck vom Verurteilten verschaffte.¹²⁵ Das Fehlen persönlicher Kontakte

119 *Bliesener et al.* (Fn. 10), 157 (Tab. 10).

120 *Leuschner* (Fn. 23), 501 f. (8. v. 2, Tab. 1); diese Ergebnisse entsprechen dabei etwa den Daten von *Peters* und *Kiwit*, vgl. *Dunkel* (Fn. 26), S. 203 unter Verweis auf *Peters* Bd. I (Fn. 7), S. 521 ff.; *Kiwit* (Fn. 9), S. 82 ff.

121 *Dunkel* (Fn. 26), S. 191 (12. v. 25, Tab. 36).

122 *Dunkel* (Fn. 26), S. 191f. (12 v. 15, Tab. 37), S. 202.

123 *Dunkel* (Fn. 26), S. 180. Vgl. außerdem *Kemme/Dunkel* StV 2020, 52 Hier hat *Dunkel* gemeinsam mit *Kemme* den Ausgang von Fällen psychisch Gestörter untersucht. Wenn dem Ausgangsverfahren ein Strafbefehl zugrunde lag, endeten 64,3 % der Wiederaufnahmeverfahren mit einem Freispruch, während nur 28,6 % erfolglos blieben. Bei Urteilen i.e.S. hingegen lag die Freispruchquote bei 15,4 %, während 61,5 % erfolglos verliefen.

124 *Otzipka/Leve/Völbert* (Fn. 30), S. 203 (60 von 74).

125 Ebd., S. 221, 254, 327 (51 von 74).

scheint damit eine wesentliche Ursache dafür zu sein, dass psychische Auffälligkeiten, die eine Überprüfung der Schuldfähigkeit notwendig gemacht hätten, oft unbemerkt bleiben. *Dunkel* beobachtet darüber hinaus, dass bei psychisch erkrankten Personen, etwa bei Schizophrenie oder Depression, die Einspruchsfrist gegen Strafbefehle häufig ungenutzt verstrich, da die Betroffenen oft nicht in der Lage waren, ihre Post rechtzeitig zu bearbeiten.¹²⁶

Mangelnder Kontakt war jedoch nicht der einzige Grund dafür, dass die Schuldunfähigkeit häufig unbemerkt blieb. Die Daten des Verbundprojekts offenbaren weiter, dass in etwa der Hälfte der wegen unerkannter Schuldunfähigkeit aufgehobenen Verurteilungen eine mündliche Beschuldigtenvernehmung stattgefunden hatte und in einem Viertel dieser Verfahren zumindest Hinweise auf gravierende psychische Auffälligkeiten erkennbar waren.¹²⁷ Diese Anzeichen hätten sich beispielsweise aus dem Vorliegen einer gesetzlichen Betreuung¹²⁸ oder durch Eintragungen im Bundeszentralregister ergeben.¹²⁹ Dennoch wurde in lediglich 9,5 % der erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren die Schuldfähigkeit im Ausgangsverfahren überhaupt thematisiert. Und nur in einem einzigen Fall wurde ein Sachverständigengutachten eingeholt.¹³⁰ Dies deutet darauf hin, dass die Problematik der unerkannten Schuldunfähigkeit in erster Linie auf das Versäumnis einer angemessenen Überprüfung zurückzuführen ist.¹³¹

Für Verteidiger bedeutet dies, besonders aufmerksam auf Anzeichen einer etwaigen Schuldunfähigkeit bei Mandanten zu achten. Fehlklassifikationen treten besonders häufig bei Erkrankungen aus dem schizophrener Formenkreis auf.¹³² Mit Blick auf ein mögliches Wiederaufnahmeverfahren erscheint es zudem ratsam, potenziell schuldunfähige Mandanten nach früheren Verurteilungen zu fragen.

126 *Dunkel* (Fn. 26), S. 202 f.

127 Ebd., S. 208, 211 (Tab. F3), 254 (35 von 74).

128 Ebd., S. 215, 256.

129 Ebd., S. 220; s. ferner ebd. S. 226.

130 In diesem Fall passte ein Sachverständiger seine ursprüngliche Einschätzung auf Basis neuer Informationen an, weshalb die Autorinnen diesen Fall nicht als einen des fehlerhaften Sachverständigenbeweises werten, vgl. ebd., S. 255.

131 Ebd., S. 234 (Tab. F6), 254f.

132 Ebd., S. 212; *Bliesener* et al. (Fn. 10), 157.

Schließlich konnte die Untersuchung der Verbundstudie zeigen, dass die Justiz bei späteren Hinweisen auf das Vorliegen einer Schuldunfähigkeit einem Wiederaufnahmeverfahren eher offen gegenübersteht.¹³³

3. SONSTIGE FEHLER

Auf der letzten Fehlerebene fasst die Verbundstudie verschiedene Fehler zusammen, die nicht dem klassischen dreigliedrigen Deliktaufbau zugeordnet werden können. Mit einem Anteil von 28,8 % machen diese Fehler ebenfalls einen signifikanten Teil aus.¹³⁴

Die größte Gruppe der festgestellten Fehler bildet mit 15,1 % die fehlerhafte Gesamtstrafenbildung.¹³⁵ Bemerkenswert ist, dass *Penther* und *Altenhain* die tatsächliche Anzahl der Fehlentscheidungen als noch höher einschätzen und dies überzeugend mit Uneinigkeiten über die Anwendbarkeit des Wiederaufnahmerechts begründen.¹³⁶ Meist entsprachen die vorhandenen Daten der Sichtweise des Gerichts, wobei Fehler häufig auf einen veralteten Bundeszentralregisterauszug zurückzuführen waren. Dies führte in mindestens sieben Fällen dazu, dass auch die Verteidigung die fehlerhaft verhängte Strafe beantragt hatte.¹³⁷ In einigen Fällen passten die vorhandenen Informationen dagegen nicht zur gerichtlichen Würdigung.¹³⁸ Diese Subsumtionsirrtümer beruhten regelmäßig auf Unachtsamkeiten und Flüchtigkeitsfehlern.¹³⁹ Das Zäsurprinzip war in diesen Fällen besonders anfällig für Verstöße.¹⁴⁰ In vier Fällen wurde die fehlerhafte Einbeziehung der Gesamtstrafe außerdem im Rahmen einer Verständigung nach § 257c StPO vereinbart.¹⁴¹

133 S. nur *Otzipka/Leve/Volbert* (Fn. 30), S. 255.

134 *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 91 ff. (59 v. 205, Tab. D4).

135 Ebd., 31 v. 205.

136 *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 92 ff.

137 Ebd., S. 103.

138 Ebd., S. 98f.

139 Ebd., S. 100.

140 Ebd., S. 101.

141 Ebd., S. 101.

Ebenfalls von Bedeutung ist der Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung, der in 6,8 % der vom Verbundprojekt identifizierten Fälle festgestellt wurde. Diese Fehlerquelle trat fast ausschließlich bei Strafbefehlen auf.¹⁴² Auch bei *Dunkel* machten Doppelverurteilungen 12 % der erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren aus.¹⁴³

Eine weitere Untergruppe bilden Verurteilungen trotz Strafklageverbrauchs nach § 153a StPO, die 5,4 % der Fehler ausmachten.¹⁴⁴ Die Ursache hierfür war regelmäßig, dass das Gericht nicht über die Erfüllung der Auflagen informiert war – teils wegen Versäumnissen des Beschuldigten, teils ohne sein Verschulden. Auch hier waren fast ausschließlich Strafbefehlsverfahren betroffen.¹⁴⁵

4. DIE ART DER ABSCHLUSSENTSCHEIDUNG ALS FAKTOR

In der Darstellung der Fehlerkategorien wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die Art der Abschlussentscheidung erheblichen Einfluss auf die Fehleranfälligkeit eines Urteils haben kann. Dies lässt sich insbesondere anhand der Zahlen des Verbundprojekts belegen: Hier führten bei Strafbefehlen und abgekürzten Urteilen etwa die Hälfte der Wiederaufnahmeverfahren zu einer Abänderung des Schuldspruchs.¹⁴⁶ Bei allen weiteren Verurteilungen liegt die Erfolgsquote bei lediglich 13,7 %.¹⁴⁷ Spiegelbildlich beruhten 66,8 %¹⁴⁸ der festgestellten Fehler auf einem rechtskräftigen Strafbefehl. Berücksichtigt man, dass von den verbleibenden 66 Verfahren 28 auf Fehler bei der Gesamtstrafenbildung zurückzuführen sind, wird die Fehleranfälligkeit des Strafbefehlsverfahrens umso deutlicher.¹⁴⁹ Die Untersuchung *Dunkels* gelangt ebenfalls zu einer erhöhten Fehleranfälligkeit im Strafbefehlsverfahren.¹⁵⁰

¹⁴² *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 91 (14 v. 205, Tab. D4).

¹⁴³ *Dunkel* (Fn. 26), S. 190.

¹⁴⁴ *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 91 (11 v. 205, Tab. D4).

¹⁴⁵ *Penther/Altenhain* (Fn. 30), S. 115f.

¹⁴⁶ Von den Wiederaufnahmeverfahren nach Strafbefehlen führten 52,7 % zu einer Urteilsänderung; bei abgekürzten Urteilen lag die Erfolgsquote bei 49,4 %.

¹⁴⁷ *Neumann/Bliesener* (Fn. 36), S. 49, *Bliesener* et al. (Fn. 10), 150.

¹⁴⁸ *Bliesener* et al. (Fn. 10), 157 (137 v. 205).

¹⁴⁹ Ebd., 157f.

¹⁵⁰ *Dunkel* (Fn. 26), S. 199, 204; s.a. *Kemme/Dunkel* StV 2020, 52, 54.

Die Autoren des Verbundprojekts betonen, dass sich aus ihren Ergebnissen nicht ableiten lässt, dass sämtliche Fehler zweifelsfrei vermieden worden wären, hätte eine ordentliche Hauptverhandlung stattgefunden. Einige Irrtümer beruhten auf Rechtsfehlern, die auch durch eine Hauptverhandlung nicht zwangsläufig korrigiert worden wären. Gleichzeitig betonen sie, dass zwei zentrale Merkmale des Strafbefehlsverfahrens die Entstehung der Fehlerurteile in vielen Fällen begünstigten: die oberflächliche Ermittlung und Sachverhaltsprüfung durch die staatlichen Akteure sowie die fehlende Mitwirkung des Beschuldigten. Insgesamt wird deutlich, dass Strafbefehlsverfahren häufig mit einer verkürzten Sachverhaltsaufklärung einhergehen, was Fehlentscheidungen begünstigt.¹⁵¹

In Fällen, in denen eine Hauptverhandlung durchgeführt wurde, einschließlich des Rechtsmittelverfahrens, zeigt sich, dass die Anzahl der Fehlerurteile deutlich geringer ist als erwartet.¹⁵² Ohne das Schicksal und Leid eines zu Unrecht Verurteilten in irgendeiner Weise schmälern zu wollen, kann dieser Befund zunächst als positiv gewertet werden. Zum Vergleich: In den USA wird auf Basis der Daten des ›Innocence Projects‹ eine Fehlerurteilsquote von 0,5 bis 1,0 %, teilweise sogar bis zu 5 %, vermutet.¹⁵³ Auch in Deutschland gehen Fachleute von einer ähnlich hohen Quote aus.¹⁵⁴ Umso bemerkenswerter ist, dass die Ergebnisse des Verbundprojekts diesen Annahmen im Hinblick auf umfangreichere Verfahren widersprechen. Hinzu kommt, dass die qualitative Untersuchung – entgegen der ursprünglichen Arbeitshypothese – nur wenige Fälle identifizierte, in denen Fehler nicht bereits durch ein Wiederaufnahmeverfahren korrigiert worden waren.¹⁵⁵ Die-

151 *Bliesener et al.* (Fn. 10), 158; *Altenhain/Bliesener/Volbert* (Fn. 28), S. 329.

152 Anders verhält es sich bei *Leuschner et al.*, die unter Inhaftierten eine deutliche Überrepräsentation schwerer Straftaten feststellen: nahezu 40 % Sexualdelikte und über 25 % Tötungsdelikte. Die Autoren erklären dies teils durch intensivere Bemühungen, höhere Strafen anzufechten, und teils durch die stärkere Erinnerungswirkung schwerwiegender Delikte bei der Datenerhebung, *Leuschner/Rettenberger/Dessecker* (Fn. 24), 702.

153 *Köbel/Puschke/Singelstein* (Fn. 1), 137 mit Nachweisen aus der US-amerikanischen Literatur.

154 *Eschelbach*, BeckOK-StPO, 2. Ed. 1.7.2024, § 261 Rn. 75.5 schätzt die Fehlerurteilsquote nach Abzug eines Sicherheitsabschlags im zweistelligen Prozentbereich; deutlich zurückhaltender dagegen etwa *Köbel/Puschke/Singelstein* (Fn. 1), 134, 142, unter Verweis auf die Ergebnisse anderer europäischer Länder.

155 *Ebd.*, S. 135f.

ser Befund steht in Widerspruch zu den häufig geäußerten Bedenken, die strengen rechtlichen Hürden machten Wiederaufnahmeverfahren weitgehend erfolglos.¹⁵⁶

Die Diskrepanz zwischen den Ergebnissen der Aktenanalysen, insbesondere der Verbundstudie, aber auch von *Dunkel*, und den Einschätzungen von Fachleuten wirft dabei grundlegende Fragen auf. Um ein umfassenderes Verständnis von der Fehleranfälligkeit des Strafverfahrens gewinnen zu können, ist eine breitere Datengrundlage unerlässlich. Eine präzise Erhebung durch das Statistische Bundesamt wäre hierbei ein erster notwendiger Schritt; jedoch reicht sie nicht aus, um bislang unentdeckte und nicht angefochtene Fehlurteile aufzudecken und die strukturellen Schwächen des Systems zu identifizieren.

IV. DIE BEDEUTUNG DER INSTITUTIONELLEN FEHLURTEILSBEKÄMPFUNG

Eine weitere notwendige Maßnahme ist der gezielte Ausbau von Unterstützungsangeboten, damit Betroffene überhaupt eine realistische Möglichkeit haben, ein Wiederaufnahmeverfahren erfolgreich zu beschreiten. Der Wiederaufnahmeantrag nach § 359 Nr. 5 StPO erfordert die Beibringung konkreter neuer Tatsachen oder Beweismittel, die oft nur durch aufwändige und kostspielige Ermittlungen beschafft werden können. Zusätzlich werden kompetente Verteidiger benötigt, deren Kosten viele Betroffene nicht tragen können. Zwar ermöglicht § 364b Abs. 1 StPO die Bestellung eines Verteidigers bereits für die Vorbereitung des Wiederaufnahmeverfahrens, jedoch ist die Vergütung im Rahmen der gesetzlichen Regelungen für Anwälte in der Praxis kaum attraktiv, was die Verfügbarkeit qualifizierter Verteidiger weiter einschränkt.¹⁵⁷ All dies stellt insbesondere für Inhaftierte ohne finanzielle Mittel eine nahezu unüberwindbare Hürde dar.

¹⁵⁶ Vgl. die Ergebnisse der durch das Verbundprojekt ebenfalls durchgeführten Experteninterviews, *Leve/Otzipka/Volbert*, MschrKrim 2022, 113, 122; s.a. *Eschelbach/Geipel/Hettinger/Meller/Wille* (Fn. 37), 239: Erfolgsquote von unter 1 %.

¹⁵⁷ *Schönmehl/Kiel*, JA 2024, 566, 570.

Ohne geeignete Strukturen sind die Chancen auf eine erfolgreiche Wiederaufnahme gering und Fehlerquellen bleiben unerkannt. Das Wiederaufnahmeverfahren ist kein Routineverfahren, weshalb übergeordnete Institutionen mit Expertenwissen erforderlich sind, die den Beteiligten beratend zur Seite stehen.¹⁵⁸ Verschiedene Ansätze liefern vielversprechende Lösungen: Vorbildhaft ist etwa die britische ›Criminal Cases Review Commission‹ (CCRC), die als unabhängige Kommission Anträge prüft, Urteile aufheben und Fälle zur Neuverhandlung zurückverweisen kann.¹⁵⁹ Die CCRC verfügt über eigene Ermittlungsbefugnisse, was Antragsteller erheblich entlastet.¹⁶⁰ Denkbar wären auch spezialisierte Einheiten der Staatsanwaltschaft nach US-amerikanischem Vorbild¹⁶¹ oder jedenfalls eine staatsanwaltliche Ermittlungspflicht in Wiederaufnahmeverfahren. Bereits 1973 gab es hierzu einen Gesetzesentwurf, der jedoch mit der Begründung zurückgestellt wurde, dass zusätzliche Untersuchungen zum Wiederaufnahmerecht erforderlich seien¹⁶² – aus heutiger Sicht ein Paradoxon, da eine staatliche Ermittlungspflicht dazu beitragen könnte, Fehlerurteile effektiver zu bekämpfen und damit eine fundiertere Basis für weiterführende Erkenntnisse zu schaffen.

In den USA führte vor allem zivilgesellschaftliches Engagement von Journalisten, Anwälten und NGOs zu einem Umdenken.¹⁶³ Das Beispiel des ›Innocence Projects‹ zeigt eindrucksvoll, wie solche Initiativen das Justizsystem nachhaltig beeinflussen können. Der Erfolg des Projekts basierte ursprünglich jedoch auf der breiten Verfügbarkeit von DNA-Beweisen und der Sicherung von Spuren, die zum Zeit-

158 *Dunkel* (Fn. 26), S. 198; vgl. auch *Leve/Otzipka/Volbert* (Fn. 156) 124.

159 Mittlerweile existieren vergleichbare Institutionen auch in Schottland, Norwegen, dem US-Bundesstaat North Carolina und Neuseeland. In Kanada steht die Einrichtung einer Wiederaufnahmekommission kurz bevor (*Schwarze/Vaudlet* NK 2023, 11).

160 Ebd., 15f.

161 Vgl. hierzu bereits Fn. 17.

162 BT-Drucks. 7/551, S. 146; hierzu auch *König* (Fn. 5), S. 57.

163 In den USA hängt der Umgang mit Wiederaufnahmeverfahren stark von der Region und den beteiligten Akteuren ab. Auch dort verhindern konservative Strömungen den Erfolg von Wiederaufnahmeverfahren und unterstützen sogar die Vollstreckung der Todesstrafe, wenn ernsthafte Zweifel an der Verurteilung bestehen, siehe zuletzt die Fälle von Marcellus Williams (<https://innocenceproject.org/cases/marcellus-williams/>) und Robert Roberson (<https://innocenceproject.org/petitions/call-on-gov-abbott-to-stop-robert-robersons-execution/>), jeweils abgerufen am 16.10.2024.

punkt der ursprünglichen Gerichtsverhandlung noch nicht auswertbar waren.¹⁶⁴ Dies ermöglichte es, Fälle neu aufzurollen – Bedingungen, die in Deutschland so nicht bestehen.

Hierzulande erschweren strenge Wiederaufnahmevoraussetzungen¹⁶⁵ sowie restriktive Beweissicherungspraktiken ähnliche Durchbrüche. Dennoch gibt es auch in Deutschland Hoffnung: Seit 2020 existiert das ›Projekt: Fehlurteil und Wiederaufnahme‹, das sich der Bekämpfung und Erforschung von Fehlurteilen verschrieben hat. Jede Person, die der Auffassung ist, zu Unrecht verurteilt worden zu sein, kann sich kostenfrei an den gemeinnützigen Verein wenden. Für eine erste Einschätzung genügt die Einsendung eines ausgefüllten Fragebogens sowie der schriftlichen Urteilsgründe. Auf dieser Grundlage prüft das Projekt, ob Anhaltspunkte für ein Fehlurteil und weitere Ermittlungen bestehen. Ist dies der Fall, werden alle relevanten Tatsachen und Beweise umfassend anhand der gesamten Akte geprüft. Gegebenenfalls werden neue Ermittlungen durchgeführt oder Sachverständigengutachten eingeholt. Sollte ein Wiederaufnahmegrund ermittelt werden, unterstützt der Verein die Antragstellung und begleitet den Fall durch sämtliche Instanzen. Der Verein möchte außerdem das Bewusstsein für Fehlurteile in der Gesellschaft stärken und fördert die Ausbildung von Studierenden und Verteidigern, indem er mit Universitäten im Rahmen von so genannten ›Law Clinics‹¹⁶⁶ kooperiert und Fortbildungen für Rechtsanwälte anbietet.

V. FAZIT

Die empirische Forschung zu Fehlerquellen im Strafverfahren hat in den letzten Jahren beachtliche Fortschritte gemacht. Dennoch bleibt sie aufgrund der begrenzten Datenlage unvollständig und führt gelegentlich zu widersprüchlichen Ergebnissen. Dass bestimmte Fehler in den Studien nur selten erwähnt werden, sollte daher nicht zwangsläufig als Hinweis auf ihre Unbedeutendheit verstanden werden. Zudem fehlen weiterhin zuverlässige Daten zur Prävalenz von Fehlurteilen.

¹⁶⁴ Vgl. auch *Leuschner/Rettenberger/Dessecker* (Fn. 23), 702.

¹⁶⁵ Eine umfassende Analyse bietet *Armann* (Fn. 21).

¹⁶⁶ Zu den kooperierenden Law Clinics siehe: <https://www.wiederaufnahme.com/universitaet/anbindung>.

Insbesondere bei Urteilen, die nach einer Hauptverhandlung und dem Gang durch die Instanzen ergangen sind, besteht weiterhin großer Forschungsbedarf. Vertiefende Untersuchungen könnten helfen, die Dynamik dieser Verfahren genauer zu verstehen, systemische Schwächen aufzudecken und wichtige Einblicke in die Entstehungsbedingungen von Fehlurteilen zu gewinnen. Zudem wäre es wünschenswert, wenn zukünftige Studien eine bessere Vergleichbarkeit der Ergebnisse gewährleisten würden.

Die bisherigen Untersuchungen bieten dennoch wertvolle Erkenntnisse und zeigen deutliche Tendenzen: Auffällig ist, dass Fehler besonders häufig dort entstehen, wo Verfahren verkürzt und Ermittlungen oberflächlich geführt werden. Zudem kristallisieren sich die nicht erkannte Schuldunfähigkeit, Personenverwechslungen sowie die fehlerhafte Gesamtstrafenbildung als zentrale Ursachen von Fehlurteilen heraus. Auch falsche Zeugenaussagen sind als ernstzunehmende Fehlerquelle in Betracht zu ziehen. Oft entstehen Fehlurteile durch das Zusammenwirken mehrerer Fehlerquellen.¹⁶⁷

Für eine effektive Strafverteidigung ist es daher entscheidend, potenzielle Fehlerquellen kontinuierlich im Blick zu behalten und die Erkenntnisse der interdisziplinären Forschung in die Praxis zu integrieren. Ein gesteigertes Bewusstsein für diese Fehlerursachen ermöglicht es, frühzeitig gezielte Verteidigungsstrategien zu entwickeln und so Fehlurteile zu verhindern. Auch im Wiederaufnahmeverfahren können auf diese Weise Fehler präziser erkannt und eingeordnet werden.

Langfristig sind eine verlässliche Datenbasis und Reformen unerlässlich. Solange jedoch eine ausgeprägte Fehlerkultur im Justizsystem nicht vollständig verankert ist, bleibt das System auf gesellschaftliches Engagement angewiesen. Besonders gefordert ist hierbei die Strafverteidigung, die durch entsprechenden Einsatz maßgeblich zur Vermeidung und Korrektur von Fehlurteilen beitragen kann.

167 Vgl. *Leuschner/Rettenberger/Dessecker* (Fn. 23), 697.

Regina Rick

DER FALL GENDITZKI

EIN BERICHT AUS DER PRAXIS -

Der Fall Genditzki dürfte hinlänglich bekannt sein. Herr Genditzki war zweimal von dem Landgericht München II zu lebenslanger Haft wegen Mordes verurteilt worden, weil er eine alte Dame, Frau K., um die er sich viele Jahre lang aufopferungsvoll gekümmert hatte, nach einem - von der Justiz erfundenen Streit ertränkt haben sollte. Das 2. Urteil hatte der BGH gehalten.

Am 12. August 2022 ordnete das Landgericht München I, nachdem seine zunächst ablehnende Entscheidung von dem Oberlandesgericht München aufgehoben worden war, die Wiederaufnahme des Verfahrens sowie die Freilassung von Herrn Genditzki an. Einen neuen Haftbefehl erließ es mangels dringenden Tatverdachts nicht.

Nach erneuter Hauptverhandlung sprach das Landgericht München I Herrn Genditzki am 7.7.2023 wegen erwiesener Unschuld frei. Die Vorsitzende sprach von einer Kumulation von Fehlleistungen und davon, dass »sämtliche Kontrollmechanismen der Justiz versagt« hätten.

Welche Kontrollmechanismen?

Wir leben einen Strafprozess, in welchem selbst gravierende Dokumentationsmängel nicht sanktioniert werden. Wir leben ein System, in welchem ein Mensch zu lebenslanger Haft verurteilt wird, ohne dass ein Wort von dem, was Zeugen oder Sachverständige sagen, im Protokoll steht und schaffen darin Urteile, welche von den Revisionsgerichten oftmals ohne ein Wort der Begründung gehalten werden. Eine irgendwie geartete wirksame Kontrolle findet nicht statt. Erst Recht nicht kann man von einem »Mechanismus« einer solchen Kontrolle sprechen,

I. SCHRÖDINGERS KATZE

Wir Juristen werden so ausgebildet – oder man möchte fast sagen: ›erzogen‹ –, dass es egal ist, zu welchem Ergebnis wir kommen; wir dürfen es uns quasi aussuchen, nur gut begründen müssen wir es. Anders als in anderen Rechtsgebieten, wo es vermehrt auf Wertungen ankommt, zeitigt diese Denkweise im Strafprozess indes nicht zuverlässig richtige Ergebnisse. Denn: entweder der Angeklagte war ´s oder er war ´s nicht. Entweder Herr Genditzki hat Frau K. ertränkt oder nicht. Es sei denn, man hält es mit der Quantenphysik und Schrödingers Katze. Und genau das scheint hier der Fall gewesen zu sein: Man hat jemanden verurteilt, gegen den nichts sprach und damit eine Realität geschaffen, die es nie gab.

Und dann hat man das Urteil ›revisionsfest‹ gemacht; ein unsäglichlicher Ausdruck, weil er impliziert, dass ein Urteil ruhig falsch sein darf, aber halten muss es halt.

Die Münchner Strafjustiz hat dieses ganze Desaster später damit gerechtfertigt, dass der BGH das Urteil gehalten hat. Es sei dahingestellt, ob es ein Qualitätsmerkmal eines Urteils ist, wenn der BGH es hält, denn der hält viel, wenn der Tag lang ist.

II. AUSSCHLUSS EINES STURZGESCHEHENS

Conditio sine qua non für die Anklage – und die späteren Verurteilungen – war der Ausschluss eines Sturzgeschehens. Dieser wurde damit begründet, dass Frau K. nach Ansicht des Gerichts nur in die Endposition gelangt sein könne, in der sie aufgefunden wurde, wenn sie rechts von der Badewanne gestanden hätte (anderenfalls hätte sie hinter der Tür gestanden, was das Gericht ausgeschlossen hatte) und weil die beiden Kopfschwartenhämatome, die der Rechtsmediziner Prof. K. vom Rechtsmedizinischen Institut der Ludwig-Maximilians-Universität München gefunden – und denen er zunächst, und zwar solange bis er von der Polizei zur ›Tatortbesichtigung‹ geladen wurde, keinerlei Bedeutung zugemessen hatte – nicht von einem einzigen Sturz in die Badewanne kommen könnten.

Beide Herrn Genditzki zu lebenslanger Freiheitsstrafe wegen Mordes verurteilenden Urteile sind um diese Feststellung herum gebastelt. Alle anderen Feststellungen sind nur colorandi causa:

- dass die 87Jährige multimorbide Frau Kortüm mit ellenlanger Sturz-Vorgeschichte an diesem Tag nicht gestürzt sein konnte, u.a. weil die Sturzneigung wenige Wochen vor ihrem Tod »nachgelassen« habe;
- dass sie niemals Wasser in ihre eigene Badewanne gelassen hätte;
- dass Herr Genditzki sich auffällig verhalten habe, weil er ungefragt von Frau K. geschenkten Schmuck zurückgegeben und einen Kassenzettel präsentiert habe;
- aus irgendwelchen angeblichen Widersprüchen in den Vernehmungen, wie zum Beispiel, dass er nicht mehr gewusst hat, ob er ein- oder zweimal beim Hausarzt angerufen hat (wer weiß nach zehn Wochen noch, wie oft er gewählt hat, wenn er jemanden nicht erreicht hat?).

Einer der größten Mängel im deutschen Strafprozess ist die fehlende Pflicht zur vollständigen Dokumentation der Ermittlungen. Mängel in der Dokumentation werden bekanntlich nicht sanktioniert. Der § 136 Abs. 4 StPO, die sogenannte »Lex Rupp« gilt bis heute soweit ersichtlich lediglich als Ordnungsvorschrift. Zudem wird die Vorschrift systematisch umgangen, etwa indem der Verdächtige so lange im Zeugenstatus belassen wird, bis man etwa durch selektives Protokollieren der »Zeugenvernehmungen« genügend Material gegen ihn gesammelt hat, ohne offenbaren zu müssen, wie die jeweilige Aussage zustande gekommen ist.

Im Fall Genditzki gab es mehrere – aus ermittlungstaktischen Gründen – nicht protokollierte Vorgespräche, eines davon viereinhalb Stunden lang. Die Meinung der Vorsitzenden in der erneuerten Hauptverhandlung hierzu: »da zieht ´s mir die Schuhe aus«.

Ein weiteres gravierendes Problem sind die Sachverständigen, die sich oftmals mehr als Verurteilungsgehilfen denn als Vermittler bei den Verfahrensbeteiligten nicht vorhandener Sachkunde sehen.

Die Urteile gegen Herrn Genditzki waren nur möglich, weil ein Gutachter der Rechtsmedizin München sein Gutachten den Erwartungen der Strafverfolgungsbehörden angepasst hat. Er hat – nachdem er im Obduktionsprotokoll noch von einem Sturzgeschehen ohne Fremdeinwirkung ausgegangen war – seine Ansicht geändert, nachdem er von der Polizei zur Tatortbesichtigung geladen worden und ihm spätestens dort offensichtlich vermittelt worden war, dass der Hausmeister verdächtig sei.

III. GRIMM 'S MÄRCHEN

Aber nicht nur das Verhalten der Münchner Rechtsmedizin war skandalös, sondern auch das der Strafjustiz.

Angeklagt war Herr Genditzki, weil er jahrelang Geld der Frau Kortüm unterschlagen haben soll. Um ihren Todeszeitpunkt herum hatte er an einen Freund 8.000 Euro Schulden zurück gezahlt. Im ersten Verfahren konnte Herr Genditzki die Herkunft dieser 8.000 Euro eindeutig belegen: Er hatte ein Motorrad verkauft und er hatte Renovierungsarbeiten bei diversen Bewohnern der Wohnanlage durchgeführt, für die er zum Teil bar bezahlt worden war. Für die Unterschlagungen gab es keinen einzigen Hinweis; im Gegenteil: es zeigte sich, dass Frau Kortüm ihre Finanzen sehr genau im Blick hatte, jede kleinste Ausgabe notierte und es ihr von daher nicht verborgen geblieben wäre, wenn Geld gefehlt hätte.

Daraufhin gefiel sich der Staatsanwalt darin, im Plädoyer (!) einen gänzlich neuen Geschehensablauf zu präsentieren: Frau Kortüm habe gewollt, dass Herr Genditzki nachmittags nochmal mit seiner Familie zum Kaffeetrinken komme; er habe verneint, weil er noch seine eigene Mutter im Krankenhaus besuchen wollte – was er tatsächlich auch getan hatte an diesem Nachmittag. Sie sei darüber erbost gewesen, es sei zum Streit gekommen, er habe sie zweimal mit einem harten Gegenstand geschlagen oder gegen einen solchen geschubst und sie – um dies zu verdecken – in der Badewanne ertränkt.

Dieser Streit ist eine Erfindung der Justiz; für ihn gibt es nicht den leisesten Anhaltspunkt: Es gibt keine Zeugenaussagen, keine entsprechende Einlassung von Herrn Genditzki. Nichts. Und trotzdem wurde er genau wegen dieses erfundenen Geschehensablaufs verurteilt.

Der BGH hob die Verurteilung auf eine Revision von Professor Widmaier wegen des hinweislosen Auswechselns der Bezugstat, mithin wegen eines Verstoßes gegen § 265 StPO, zwar auf und verwies die Sache an eine andere Kammer des LG München II. Die aber fällte das gleiche Urteil wieder und diesmal wurde es rechtskräftig.

IV. ZEITSCHIENE

Hätte jemand beim BGH das Urteil genau gelesen, so wäre es möglicherweise bereits auf die Sachrüge aufgehoben worden. Herr Genditzki hätte die ihm vorgeworfenen Handlungen in der Kürze der ihm zur Verfügung stehenden Zeit kaum ausführen können. So soll er Frau K. – nachdem es zu dem erfundenen Streit gekommen sein sollte – niedergeschlagen, es dann bereit und zweimal um 14:57 Uhr den Hausarzt angerufen haben, um Hilfe zu holen, es sich dann aber anders überlegt und wieder aufgelegt haben. Dann soll er die 74 Kilogramm schwere bewusstlose oder bewusstseinsgetrübte Frau K. durch einen engen Flur ins Badezimmer geschleppt, sie in die Badewanne gehievt, Wasser eingelassen (und zwar so viel, dass er ihre Atemöffnungen untertauchen konnte) und sie dann vier bis fünf Minuten unter Wasser gedrückt haben, bis sie ertrank. Danach soll er den Gehstock geholt und neben die Wanne gelegt, die Pantoffeln von Frau K. vor der Wanne platziert sowie danach den Schlüssel von außen ins Türschloss gesteckt haben. Um 15:09 Uhr hatte er, nachdem er die Wohnung verlassen hatte, von unterwegs dem Pflegedienst auf den Anrufbeantworter gesprochen und mitgeteilt, dass Frau K. wieder zu Hause ist.

Das bedeutet: Schon nach dem Urteil hätte er das alles in elf Minuten bewerkstelligen müssen, und zwar ohne Spuren zu hinterlassen. Denn es wurden weder DNA Spuren von Herrn Genditzki im Bad, an der Leiche oder an der Kleidung von Frau K. gefunden noch Schleifspuren an ihren Socken oder sonst irgendein Hinweis auf ein Kampfgeschehen geschweige denn eine Tatwaffe. Im Gegenteil wurde im gesamten Bad und an den Armaturen nur weibliche DNA und DNA von Frau Kortüm gefunden, übrigens auch an ihrem Gehstock. (Das entsprechende Gutachten war allerdings in den Akten nicht enthalten, es fand sich lediglich ein Hinweis darauf in den Spurenakten,

die aber seinerzeit nicht Teil der der Verteidigung zur Verfügung gestellten Akten waren).

Nachdem mehr als 11 Jahre nach der rechtskräftigen Verurteilung von Herrn Genditzki in der erneuerten Hauptverhandlung endlich die noch bei der Polizei befindlichen Akten beigezogen worden waren, in denen sich die seinerzeit erhalten rückwirkenden Verbindungsdaten des Mobiltelefons von Herrn Genditzki befanden, die nie zuvor ein Richter oder Verteidiger gesehen hatte, stellte sich der Herr Genditzki für die angebliche Tat zur Verfügung stehende Zeitraum als noch kürzer dar. Er hatte sich nämlich mit dem Pflegedienst bereits um 15:07 Uhr über die Auskunft verbinden lassen, so dass er für die ihm vorgeworfenen Handlungen sämtlich nurmehr neun Minuten zur Verfügung gehabt hätte. Elf Minuten wären schon sehr sportlich gewesen, aber neun Minuten sind hochprofessionell. Das schafft nicht einmal ein russischer Auftragskiller.

V. AKTEN-AYATOLLAH

Leider ist es keine Seltenheit, dass entlastende Aktenteile oder Aservate verschwinden. Genauso wenig wie es ein Zufall war, dass die entlastenden Verbindungsdaten 15 Jahre lang in den ›Polizeiakten‹ bei der Kripo Rosenheim schlummerten, kann es kein Zufall gewesen sein, dass die Uhr, die Frau K. getragen hatte, nie mehr aufgetaucht ist. Deren letzte Spur ist ein Aktenvermerk des Inhalts, dass sie der Leiche um 21:25 Uhr abgenommen und auf den Waschbeckenrand gelegt wurde. Die Wohnung war danach versiegelt worden, mithin hatte nur die Polizei Zugang. Die Uhr, die nicht wasserdicht war, wäre stehen geblieben, als Frau K. ins Wasser geriet. Sie hätte mithin die ungefähre Todeszeit angezeigt. Herr Genditzki hätte niemals verurteilt werden können.

Ein gravierender Fall der Unterdrückung entlastender Beweismittel fand auch im Fall des im Jahr 2001 verschwundenen Bauern Rupp statt. Dessen Familie war zu zum Teil langjährigen Haftstrafen verurteilt worden, weil sie das Familienoberhaupt mit einem Zimmererhammer erschlagen, zerstückelt und an die Hunde verfüttert worden haben sollen. Der Bauer war acht Jahre nach seinem Verschwinden zwar tot, aber im Übrigen völlig unversehrt am Steuer seines Merce-

des sitzend aus der Donau geborgen worden. Seine zwei, zum Zeitpunkt seines Verschwindens 14 und 15 Jahre alten Töchter hatten zwei Jahre lang Tagebücher geschrieben, aus denen sich eindeutig ergab, dass sie nicht wussten, was mit dem Vater geschehen war. Diese Tagebuchaufzeichnungen waren bei der Durchsuchung auch sicher gestellt, dann aber in Beiakten von abgetrennten Verfahren ehemals Mitbeschuldigter verschoben worden, wo sie nichts zu suchen hatten und wo sie von der Verteidigung erst im Zuge der Wiederaufnahmebemühungen gefunden wurden.

Die Verteidigung ist angesichts solcher Vorkommnisse gut beraten, im Zweifel davon auszugehen, dass ihm entlastende Beweismittel von den Ermittlungsbehörden vorenthalten werden. Meist werden diese Beweismittel nicht vernichtet, sondern nur an Orte oder in Akten verschoben, wo sie für die Verteidigung nicht ohne Weiteres aufgefunden werden. Diese sollte sich daher stets um Einsicht in sämtliche Beiakten, Akten abgetrennter Verfahren und die Asservate bemühen.

VI. NATURWISSENSCHAFTEN UND WIEDERAUFNAHME

Um im Fall Genditzki eine Wiederaufnahme durchzusetzen, mussten die oben beschriebenen wesentlichen Feststellungen des Urteils – nämlich, dass Frau K. nur in die Endposition, in welcher sie aufgefunden wurde, gelangt sein könne, wenn sie rechts von der Badewanne gestanden hätte, sowie dass die beiden Kopfschwartenhämatome nicht von einem einzigen Sturz in die Badewanne kommen könnten – in Frage gestellt werden. Der richterlichen Überzeugung (§ 261 StPO) konnte im vorliegenden Fall nur durch eine Führung des Gegenbeweises mit Hilfe der Physik und der Mathematik begegnet werden.

1. COMPUTERSIMULATION

Zum einen wurde ein Computersimulationsgutachten bei Herrn Professor Syn Schmitt, Leiter des SIM-Tec Instituts an der Universität Stuttgart, erholt. Hierzu war zunächst die Rekonstruktion der Person der Frau K., sodann die Rekonstruktion der Umgebung und

danach die Simulation, Variation und Animation sowie die Messung der Kontakte der Person mit der Umgebung erforderlich.

Die Person der Frau K. wurde anhand des Obduktionsberichts in Größe und Gewicht rekonstruiert. Hinzugefügt wurde auch die sogenannte »Schwabbelmasse«, welche das gesamte Weichteilgewebe repräsentiert. Weiterhin wurden Körperkontaktpunkte erstellt, wobei der Fokus auf den im Obduktionsbericht beschriebenen Kontaktstellen am Kopf (Kopfschwartenhämatome) lag.

Dass Menschmodell zur Repräsentation der Frau K. umfasste zuletzt 36 Körper, die die Knochen- und Weichteile repräsentierten, 30 Gelenke und 36 zusammengefasste Muskeln, die über ein künstliches Nervensystem angesteuert werden konnten.

Ein wesentlicher Faktor bei der Rekonstruktion der Umgebung war die Modellierung der Badewanne, bei der insbesondere die für die Berechnung des Kontakts zwischen dem Modell und der Badewanne auch die Reibung zwischen Haut und anderen Stoffen beachtet werden musste (sogenannter Reibungskoeffizient).

Die Simulation, Variation und Animation umfasste die geeignete Wahl von Anfangsbedingungen, die Einstellung des numerischen Integrators, die Simulation der Bewegungskontrolle, eine Variation der Anfangsbedingungen abhängig von den erzielten Ergebnissen und eine Animation und Darstellung der Ergebnisse.

Die Messung der Kontakte mit der Umgebung gab in mehreren Simulationen zwei wesentliche Krafteinwirkungen, welche gemäß am später eingeholten rechtsmedizinischen Gutachten von Herrn Professor Püschel, (ehem.) Leiter des Rechtsmedizinischen Instituts des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf geeignet waren, die aufgefundenen Kopfschwartenhämatome zu erklären.

Zusammengefasst zeigten die Ergebnisse der Computersimulationen, dass eine Person mit dem Körperbau von Frau K. in der Mitte vor der Badewanne stehend unter kurzfristigem Ausfall der muskulären Kontrolle in die Badewanne stürzen kann, dass sie in der Endposition liegen bleiben kann, in der sie aufgefunden wurde, sowie dass Kontaktkräfte auf die gesetzten Kontaktpunkte wirken, die geeignet sind, die aufgefundenen Kopfschwartenhämatome hervorzurufen.

2. LEICHENLIEGEZEIT

Das Gericht war davon ausgegangen, dass eine Eingrenzung des Todeszeitpunkts aus rechtsmedizinischer Sicht nicht möglich sei, weil die zum Todeszeitpunkt herrschende Wassertemperatur nicht feststellbar sei. Diese Auffassung schien auf den ersten Blick nachvollziehbar: Denn als die Pflegekraft Frau K. gegen 18:30 Uhr regungslos in der Badewanne vorfand, lief das Wasser (ob warm oder kalt wusste sie nicht) in die Badewanne und über den Überlauf wieder ab. Die Pflegekraft drehte darauf hin das Wasser ab (hob aber nicht Frau K. oder ihren Kopf aus dem Wasser). Erst um 21:05 Uhr (laut Ermittlungsakte) bzw. um 21:15 Uhr (laut Urteil) wurde die Wassertemperatur gemessen, die Leichtemperatur erst um 21:50 Uhr. Die Raumtemperatur war zu keinem Zeitpunkt gemessen worden; hierzu war nur bekannt, dass die Heizung auf Stufe 5 stand und es in dem Badezimmer sehr warm war.

Tatsächlich handelte es sich in erster Linie um eine thermodynamische, nicht um eine rechtsmedizinische Fragestellung. Das Abkühlverhalten des Wassers, mithin die Wassertemperatur zum Auffindezeitpunkt, ließ sich mittels einer einfachen physikalischen Gleichung auf den Auffindezeitpunkt zurückrechnen. Da Wasser gleicher Temperatur nachgelaufen war, war die Umgebungstemperatur der Leiche zum Todeszeitpunkt bekannt. Da im Wiederaufnahmeverfahren der Grundsatz in dubio pro reo nicht (uneingeschränkt) gilt, war es notwendig, eine Zuungunstenbetrachtung vorzunehmen und somit die Parameter dergestalt zu setzen, dass das Ergebnis auch bei für Herrn Genditzki ungünstigsten Ausgangsbedingungen Bestand hatte. Auf die konkrete Darstellung der Formeln und Ergebnisse der Probemessungen wird hier verzichtet. Gesagt sei aber, dass sich die Bandbreite der Ergebnisse in einem relativ engen Rahmen bewegte. Die Wassertemperatur zum Todeszeitpunkt betrug zwischen $26,5^{\circ}\text{C}$ und $29,8^{\circ}\text{C}$.

Mit dieser Umgebungstemperatur war es sodann möglich, die Leichenliegezeit zu berechnen. Beauftragt wurde das Rechtsmedizinische Institut an dem Universitätsklinikum Jena unter der Leitung von Frau Professorin Dr. Gitta Mall. Dort wird neben der allseits bekannten empirischen Henßge-Methode zur temperaturgestützten Berechnung der Leichenliegezeit die sogenannte Finite-Elemente-Methode angewendet.

Es handelt sich um ein im Jahr 2002 entwickeltes Verfahren zur temperaturgestützten Todeszeitrückrechnung, welches ein speziell hierfür erstelltes Computermodell zur Simulation physikalischer Mechanismen der Leichenabkühlung verwendet. Auf die Darstellung der komplizierten Formeln und Gleichungen wird hier verzichtet. Die Anwendung beider Methoden führte – in Zusammenschau mit den nichttemperaturgestützten Methoden, wie Leichenstarre, Wegdrückbarkeit der Leichenflecke und Waschhautbildung – zu der Erkenntnis, dass Frau K. erst zu einem Zeitpunkt verstorben war, als Herr Genditzki die Wohnung längst verlassen hatte.

3. NEURORADIOLOGIE

Ergänzend wurde noch das Gutachten eines Facharztes für Neuro radiologie eingeholt, der anhand der vorhandenen zu Lebzeiten der Frau K. gefertigten CT-Aufnahmen ihres Gehirns dort Spuren fand, welche durchaus auf eine – von dem erkennenden Gericht seinerzeit verneinten – Sturzneigung schließen ließen.

4. ZEUGIN

Schließlich meldete sich aufgrund der umfangreichen Berichterstattung in den Medien noch eine Zeugin, die bestätigen konnte, dass es bereits in der Vergangenheit ein regelrechter Spleen von Frau K. gewesen war, Wäsche in der Badewanne voreinzuweichen.

5. ADITION – PROBATION – ERNEUERTE HAUPTVERHANDLUNG – FREISPRUCH

Das Landgericht München I lehnte den Antrag auf Zulassung der Wiederaufnahme gleichwohl ab, dies im Wesentlichen mit der sinn gemäßen Begründung, dass die Feststellung, dass Frau Kortüm niemals Wasser in ihre eigene Badewanne gelassen hätte, durch die neue Zeugin nicht erschüttert worden sei (»Gewohnheiten könnten sich ändern«) und man sich deshalb die Gutachter auch nicht anhören müsse.

Dieser Argumentation mochte sich das Oberlandesgericht München nicht anschließen und es kam zu den nichtöffentlichen Probationsanhörungen, zu denen insgesamt acht Gutachter geladen waren, die sich im Wesentlichen alle einig waren.

Aus meiner Wahrnehmung waren die Würfel am 3. Tag der Probationsanhörungen zugunsten von Herrn Genditzki gefallen: Der seitens des Landgerichts München I selbst ausgewählte und beauftragte Gutachter, Professor Bajanowski, (ehemaliger) Leiter des Rechtsmedizinischen Instituts des Universitätsklinikums Essen, äußerte, dass es keinen Fall auf der ganzen Welt gebe, in dem sich die Leichenflecken nach sechs Stunden noch haben wegdrücken lassen (wie es hier der Fall war). Nach dieser Aussage wurde es totenstill im Saal und in den Köpfen der Richter breitete sich die Erkenntnis aus, dass vor ihnen ein Mann saß, der 13 Jahre lang zu Unrecht in Haft gesessen hatte.

Am 7.7.2023 wurde Herr Genditzki dann nach 17tägiger Hauptverhandlung wegen erwiesener Unschuld freigesprochen.

Bei der Urteilsverkündung hat gefühlt das halbe Strafjustizzentrum geweint: Die Kinder vom Herrn Genditzki haben geschluchzt. Die Zuschauer haben geweint. Der Pressesprecher der Justiz und auch einige Journalisten, die vor dem Strafjustizgebäude berichteten, haben mit den Tränen gekämpft. Und auch der Vorsitzenden Richter ist am Ende der Urteilsverkündung, als sie sich an Herrn Genditzki wandte und sinngemäß sagte: »Herr Genditzki: Es tut uns unendlich leid, dass Sie Ihre Kinder nicht haben aufwachsen sehen, dass Sie Ihre Mutter nicht beerdigen konnten...«, die Stimme gebrochen.

Es hat zwar lange gedauert, aber am Ende hat der Rechtsstaat funktioniert.

Anna Busl

KLIMA UND STRAFRECHT

I. DIE ›KRISE‹

Die Verfahrensweise und die Resultate der wissenschaftliche Klimaforschung sind generell unangefochten. Die physikalischen Prozesse in der Atmosphäre zeigen zweifelsfrei:

»Bleiben schnelle und drastische Emissionssenkungen aus, beschleunigt sich der Klimawandel weiter – und dann wird auch Deutschland Ende des Jahrhunderts vor Schwierigkeiten stehen, die kaum noch zu bewältigen sein werden.«¹

Und: Sie sind berechenbar.

»Die Grundidee der Wetter- wie auch der Klimamodellierung ist simpel: Kennt man erstens den Ausgangszustand der Atmosphäre und kennt man zweitens die physikalischen Prozesse, die in der Atmosphäre ablaufen, dann kann man drittens die künftige Entwicklung berechnen.«²

Das sind Tatsachen, wissenschaftliche Erkenntnisse; das ist also *allgemeinkundig*.

Gegensteuerung ist deshalb das Gebot der Stunde, und zwar nicht irgendwo und irgendwann, sondern hier und jetzt – dies wagt, zumeist auch im Gerichtssaal, keiner zu bestreiten. Dennoch: Auch in der Strafgerichtsbarkeit scheint diese Erkenntnis immer noch nicht überall Benchmark zu sein.

1 Reimer/Staud, Deutschland 2050, Kiepenheuer & Witsch 2023, S.18

2 Ebenda, S. 23

Landgericht Mönchengladbach, Januar 2024:

»...Nun ist unbestritten, dass die Klimaveränderungen Schadensereignisse, wie etwa Dürren, Fluten, Stürme oder Brände wahrscheinlicher machen. Wann und wo ein solches Schadensereignis auftritt, ist jedoch völlig ungewiss und unvorhersehbar. Dasselbe gilt für Gesundheitsschäden *aufgrund von Emissionen*....«³

Ich werde mich hiermit nicht länger aufhalten, das halte ich hier nicht für nötig. Aber es zeigt doch deutlich die Ignoranz des ein oder anderen auch höheren Gerichts gegenüber wissenschaftlichen Erkenntnissen und nicht zu leugnender Krise.

Mag sich die Strafverteidigung mit dergleichen beschwichtigenden Urteilen immer wieder konfrontiert sehen, so kann wohl insgesamt der Strafgerichtsbarkeit dennoch konzidiert werden, dass von ihr zumindest dem Wort nach die Diagnose der Klimaforschung und Gegenmaßnahmen *generell* als notwendig und richtig akzeptiert werden.

Aber: So generell die Krise anerkannt werden mag, Krisen drängen per Begriff – κρίσις⁴ – auf Beurteilung, auf Auseinandersetzung, auf Zuspitzung, auf: Entscheidung. Auf Entscheidung nicht in einem wissenschaftlichen Dissens, sondern auf Entscheidung in einem sozialen Dissens: Die Ursache liegt auf der Hand. Es handelt sich eben um keinen wissenschaftlichen Dissens, sondern um einen sozialen Dissens, damit um einen politischen, und also um eine Machtfrage (weshalb der Begriff ›Klassenkampf‹ auf einer der Folien meines Vordrners, LOStA Arnold Keller, ganz passend war).

Der Fakt der Klimakrise evoziert notwendig eine soziale Bewegung, nicht nur, aber eben auch die der Klimabewegung, die sich notwendig auch gegen eine Ordnung des ›alles wie bisher‹ stellt – mal mehr mal weniger weit, mal radikaler, mal weniger radikal. Über deren Aktivitäten muss entschieden werden, wird entschieden in zahlreichen Gerichtssälen.

3 LG Mönchengladbach, Urteil vom 12.01.2024, 30 NBs-721 Js 70/22-46/23

4 κρίσις krisis – ursprünglich ›Meinung‹, ›Beurteilung‹, ›Entscheidung‹ – später im Sinne von ›Zuspitzung‹ verwendet, das zum altgriechischen Verb krinein führt, welches »trennen« und »(unter-)scheiden« bedeutet.

Die Entscheidung der Strafgerichtsbarkeit im Umgang mit Klimaaktivisten ist in der Hauptseite einseitig, einseitig repressiv.

Einseitig in der rechtlichen Erörterung und Bewertung: durch extensive Anwendung von Straftatbeständen. Sie entfernt sich dadurch von einem demokratischen, damit auch bestimmten, begrenzten und ultima ratio – Strafrecht, trifft eine einseitige Abwägung zugunsten der Verteidigung des staatlichen Gewaltenmonopols, und trägt dadurch unweigerlich dazu bei, dieses zu erweitern, zulasten demokratischer Rechte.

Die Entscheidungen der Strafgerichtsbarkeit legen offen, dass aus Sorge vor ›Unordnung‹ und ›Krise‹ die Ausnahme die Regel, der Ruf nach dem sich verteidigenden Staat einschließlich entsprechenden Strafverschärfungsvorschlägen lauter wird⁵, und bei der Abwägung von Verfassungsgütern einseitig, und zwar letztlich zugunsten des Eigentums und des nicht verfassungsrechtlich geschützten, aber dennoch als solchen behandelten ›Rechtsguts‹ der Sicherheit der bestehenden ›Ordnung‹, entschieden wird.

Das Recht wird dadurch *offensichtlich* zum Instrument der Sicherung bestehender Verhältnisse – *die Verhältnisse aber rufen geradezu nach Änderung.*

5 Vorschläge dieser Art gibt es nicht selten: Die Unionsfraktion hat sich in ihrem Antrag vom 8.11.2022 angesichts der Klimaproteste, die u.a. als »radikaler und aggressiver Protest, der kriminelle Mittel nicht scheut und dabei auch Leib und Leben von Menschen gefährdet«, beschrieben werden, für Strafschärfungen als »konsequente Antwort des Rechtsstaats«, um »dieser sich immer weiter steigern den Radikalisierung entschieden Einhalt zu gebieten«, ausgesprochen ([Drucksache 20/4310](#))
Oder: CDU-Bundestagsabgeordneter Christoph de Vries (CDU) in der ›Welt‹: »Eine Organisation, die systematisch Straftaten plant und begeht und dabei auch nicht vor Gewaltdelikten, Bedrohungen und Nötigungen unserer Verfassungsorgane zurückschreckt, ist ein Fall für den Verfassungsschutz.« Er halte »eine Beobachtung mit nachrichtendienstlichen Mitteln für geboten«. Der CSU-Abgeordnete Alexander Hoffmann erklärte, innerhalb der Gruppe würden »Ideen wie eine Notstandsgesetzgebung, das völlige Ausschalten politischer Instanzen und deren Entscheidungen sowie die Umverteilung von Eigentum« diskutiert. »Dies zielt eindeutig auf die Beseitigung der verfassungsgemäßen Ordnung ab« (Die Welt, 26.05.2023)

II. ERSTE VORSCHLÄGE FÜR EINE DER KRISE ANGEMESSENE STRAFVERTEIDIGUNG

»Seit eh und je streiten wir Juristen uns um Begriffe.«⁶ Begriffe, rechtliche Begriffe, sind nicht neutral, sind auch nicht ›definiert‹ für alle Zeiten. Begriffe, und was hierunter verstanden wird, sind Ausdruck von Anschauungen über tatsächliche Verhältnisse. Begriffe ohne Anschauung sind leer, Anschauung ohne Begriff ist blind, formulierte Kant einmal. Um es einfach zu sagen: Wahrnehmung und Begriffe sind nicht zu trennen.

Um Begriffe zu streiten, offenzulegen, dass die Wahrnehmung der Krise durch die Strafgerichtsbarkeit im Sinne einer einseitigen Parteinahme für die Staatlichkeit und die Manifestation bestehender Ordnung gegen den Schutz *vor dem Staat* begriffen wird; diesem Streit nicht aus dem Weg zu gehen, ist notwendig. Denn dieser einseitigen Tendenz der Monopolisierung von Staatsgewalt muss mit der demokratischen Offenheit für die Notwendigkeit der Reflexion und damit der Veränderung von Begriffen entgegengesteuert werden.

Und: Eine Lanze dafür zu brechen, dass nicht jedes Geschehen auf den Straßen sofort die Frage staatlicher Verbote und strafrechtlicher Verfolgung evozieren darf – denn das bedroht demokratisches Recht.

Oder wie es ein lesenswerter Aufruf in der FAZ ausdrückte:

»... Zu erinnern ist daran: Der Schutz der Freiheitsgrundrechte und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz drängen zur Begrenzung staatlichen Strafens auf das absolut Notwendige ... Aus dieser Sicht ist nicht nur Gesetzgebungsprojekten, die der weiteren Kriminalisierung von grundrechtsorientiertem zivilgesellschaftlichem Engagement dienen, mit Skepsis zu begegnen. Auch bei der Gesetzesauslegung sollte der Raum für eine verfassungsrechtlich orientierte, restriktive Interpretation genutzt werden ... Ob das Blockieren einer Straße durch ›Festkleben‹ tatsächlich die Anwendung von ›Gewalt‹ darstellt und ob die Tat tatsächlich ›verwerflich‹ ist – beides verlangt der Nötigungstatbestand

⁶ *Ingeborg Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, Vandenhoeck & Ruprecht 2023, 5. Auflage, S. 27

des § 240 StGB –, ist alles andere als ausgemacht. ... Die ›Verwerflichkeit‹ des Handelns setzt wiederum eine differenzierende Auseinandersetzung mit den Umständen des Einzelfalls voraus. Dass das eigentliche Ziel der Blockierenden hierbei bedeutungslos sei, ist schon bei den bislang strafrechtlich ›durchentschiedenen‹ Fällen von *politischer Dissidenz verfassungsrechtlich zweifelhaft. Für Klimaproteste, die die Regierung im Kern lediglich an den von ihr selbst anerkannten Verpflichtungen festhält und einfordert, was auch das Bundesverfassungsgericht mit großer Dringlichkeit angemahnt hat, gilt dies erst recht. Dass die* allermeisten Strafgerichte sich derzeit noch weigern, diese rechtliche Frage ernst zu nehmen und die Verfassungsbezüge von sogenannten Fernzielen in die juristische Bewertung einzubeziehen, ist beklagenswert – und muss nicht so bleiben. ... Natürlich kann man über Strafrecht reden. Aber dann sollten wir auch darüber reden, welche Antwort die Rechtsordnung auf all die Externalitäten gibt, die unser Lebens- und Wirtschaftsstil in anderen Weltregionen erzeugt. Dann lasst uns auch darüber reden, wie sie bei Versagen politischer Funktionsträger in zentralen zukunftsichernden Politikfeldern reagiert. Lasst uns schließlich darüber reden, wieso sie ein Migrationsregime konstituiert, das das Sterben von Tausenden einkalkuliert. Vielleicht entsteht dann so etwas wie ein Störgefühl. Vielleicht schwindet dann die Selbstgewissheit, mit der man derzeit das Strafrecht gegen Protest und politische Aktion installiert. Deren Kriminalisierung löst keines der drängenden Probleme unserer Zeit.«⁷

1. DER BEGRIFF DER ›GEWALT‹

Im Zentrum der Debatte um Begriffe steht im vorliegenden Zusammenhang der Begriff der Gewalt. Zunächst einmal kurz, da es durchaus der Klärung dienlich ist, ein historischer Rückblick:

Die Entstehung des Gewaltmonopols des Staates ging einher mit der Zurückdrängung der privaten Gewalt des ›jeder gegen jeden‹ – kurz: mit staatlichem Strafrecht als Verbot von privater Gewalt, mit

⁷ Warum es falsch ist, Klimaprotest und Seenotrettung zu kriminalisieren von Daria Bayer, Boris Burghardt, Julia Geneuss, Katrin Höffler, Florian Jeßberger, Johannes Kaspar, Ralf Köbel, Tobias Reinbacher, Tobias Singelstein, Lucia Sommerer, FAZ, 29.11.2023

Zurückdrängung des ›bewaffneten Haufens‹⁸. Juristisch definiert wurde ›Gewalt‹ schließlich durch das Reichsgericht in den 80er Jahren des vorvorletzten Jahrhunderts als »jede Einwirkung auf den Körper eines anderen«. Dabei begriff das Reichsgericht die Einwirkung tatsächlich ausschließlich physisch, der Körper musste betroffen sein; zwar wurde auch die mittelbare Einwirkung als ›Gewalt‹ angesehen - in einem konkret entschiedenen Fall das Einsperren eines Menschen. Aber von einer Ausweitung des Gewaltbegriffs bis hin zum psychischen Zwang oder der Entwicklung einer sog. Zweiten-Reihe-Rechtsprechung war man noch weit entfernt.

Die (politische) Ausweitung der Rechtsprechung, bezogen auf den Gewaltbegriff in neuerer Zeit, beginnt in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts - und, wie es nicht anders sein kann, aufgrund eines Geschehens, mit dem sich die Justiz auseinandersetzen hatte, denn ohne tatsächliches Geschehen gibt es bekanntlich keine Rechtsprechung. In dieser Entscheidung von 1955 führte der BGH aus:

»...dann können Demonstrationen und Streiks keineswegs als ›typische Mittel der Gewaltlosigkeit‹ angesehen werden. Jeder Streik stellt eine aktive Kraftentfaltung dar und ist auch als solche gedacht. Mit ihr braucht zwar nicht notwendig eine Zwangswirkung erstrebt und erzielt zu werden, jedoch kann dies sehr wohl der Fall sein. ... Ein örtlich begrenzter oder auf einen bestimmten, nicht lebenswichtigen Industrie- oder Berufszweig beschränkter Streik wird regelmäßig keine Gewalt gegenüber den Verfassungsorganen des Bundes darstellen, und zwar auch dann nicht, wenn sie dadurch zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden sollen; denn eine Zwangswirkung wird auf diese Weise nicht erzielt werden können. Anders aber steht es mit dem Massen- oder Generalstreik. In einem stark industrialisierten und dicht besiedelten Land wie der Bundesrepublik setzt die Versorgung der Bevölkerung mit den lebensnotwendigen Gütern und Diensten ein reibungsloses Ineinandergreifen der vielfältigsten Einrichtungen, Betriebe und Tätigkeiten voraus. Werden wesentliche Teile dieses komplizierten Mechanismus in erheblichem Umfang und für geraume Zeit stillgelegt oder tritt gar, wie beim Generalstreik, eine Lähmung des gesamten öffentlichen und wirtschaftlichen Le-

8 Vgl. *Uwe Wesel*, *Recht und Gewalt*, Kursbuchverlag 1989, 1. Auflage, S. 6

bens ein, so wird auch das ordnungsgemäße Funktionieren des Staatsapparates unmöglich und es müssen sich zwangsläufig chaotische Zustände herausbilden. Wenn in der Bevölkerung durch Massendemonstrationen zugleich Unruhe, Angst und Empörung hervorgerufen werden, dann kann der Fall eintreten, daß sich Regierung und Volksvertretung nicht mehr als Herr der Lage fühlen und daher gezwungen sehen, vor den gegen sie kämpfenden gegnerischen Kräften zu kapitulieren, um der Bevölkerung weitere und noch schwerere Leiden und Schädigungen zu ersparen. Daß dies die Folge einer Zwangswirkung wäre, kann nicht ernstlich bezweifelt werden, wenn man bedenkt, daß es die wichtigste Aufgabe von Regierung und Volksvertretung ist, für das Wohl des Volkes zu sorgen. Ihre Mitglieder müssen es als einen auch auf sie persönlich ausgeübten Zwang empfinden, wenn ein für die Bevölkerung unerträglicher Zustand der Auflösung jeder Ordnung eintritt, dem sie nicht mehr wirksam begegnen können.«⁹

Wieso zitiere ich dies so ausführlich? Weil hierin, in einer Entscheidung der 50er Jahre, einer Entscheidung, die noch nicht die Brokdorf-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, oder die Mutlangen-Entscheidungen kannte, deutlich wird, was bis heute durch die Urteile und Entscheidungen zur Frage der ›Gewalt‹ durchscheint: Eine äußerst restriktive, wenn nicht gar anti-demokratische Auffassung der kollektiven Meinungsfreiheit, der Versammlungsfreiheit, in jedem Fall gegenteilige zu der Auffassung einer Versammlungsfreiheit als »ursprünglich-ungebändigtes Stück Demokratie«, wie das Bundesverfassungsgericht die Versammlungsfreiheit in der Brokdorf-Entscheidung¹⁰ bezeichnete. Stattdessen drückt diese BGH-Entscheidung von 1955 ein Verständnis einer extensiven Auslegung des Begriffs der ›Gewalt‹ aus. Denn durch die Abstrahierung des ›wirkenden Zwangs‹ vom unmittelbaren Angriff auf das körperliche Individuum, wird ein Gewaltbegriff gesetzt, der die staatliche Funktionsfähigkeit als absolut gegenüber Widerspruch und ›ungebändigtem‹ Ausüben von Grundfreiheiten setzt.

Die sog. Läßle-Entscheidung, also die Ausweitung der Gewalt in die psychische Sphäre, folgt demselben Muster. Oder, wie es Uwe

9 BGH, Urteil vom 4.6.1955 - St E 1/52

10 BVerfGE 69, 315, 347

Wesel etwas süffisant ausdrückte:

»Ein weiter Weg der Gewalt, nicht wahr, vom bewaffneten Heer des Mittelalters bis zu den lila Halstüchern der Friedensbewegung.« Und: »Und man fragt sich natürlich, was den Ausschlag gibt in die eine oder andere Richtung. Die Antwort liegt nahe, dass es politische Gründe sind, bewusst oder unbewusst.«¹¹

Den weiteren Gang der Rechtsprechung, die »Korrektur« des psychischen Gewaltbegriffs bis hin zur sog. »Zweite-Reihe-Rechtsprechung« des BGH, brauche ich hier nicht weiter auszuführen.

Dass aber anscheinend unhinterfragt jede Blockade, Sitzblockade, aber auch weitere, letztlich kreative Aktionen von Klimaaktivisten, wie das Abseilen von Brücken, ohne tatsächliche Einwirkung auf den Straßenverkehr, unwidersprochen unter den ›Gewaltbegriff‹ subsumiert werden, mal mittels des Konstrukts des Tatmittlers, mal ohne, setzt genau diese hinter der Entwicklung der Auslegung des Gewaltbegriffs stehende Wertung des Bestands der staatlichen Ordnung zulasten der Meinungs- und Versammlungsfreiheit fort, bis hin zu der Frage, wie weit der Begriff ›Gewalt‹ überhaupt noch ein eigenes Tatbestandsmerkmal darstellt, oder – anders formuliert: Dass die Strafbarkeit der Nötigung nicht mehr auf ›Gewalt‹ begrenzt wird, vielmehr ›Zwang‹ bereits strafbar *ist*:

»Man stellt nur noch ab auf die Zwangswirkung bei demjenigen, den man zu einem bestimmten Verhalten zwingen will, also hier: anhalten, nicht weiterfahren. ... Nun ist aber die Nötigung oder der Zwang alleine nicht strafbar. Es gibt viele Situationen in unserem Leben, in denen wir gezwungen oder genötigt werden, etwas zu tun oder zu unterlassen, was wir an sich tun oder lassen wollen... Als Nötigung ist das nur strafbar, wenn es mit Gewalt geschieht. Der Zwang alleine ist nicht strafbar. Im Gesetz steht: Zwingen *mit* Gewalt.«¹²

Eine freiheitliche Auslegung des Gewaltbegriffs muss sich aber die Frage gefallen lassen, inwieweit die Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit tatsächlich ›Gewalt‹ ist:

¹¹ Uwe Wesel, ebenda, S. 9, S. 11

¹² Uwe Wesel, ebenda, S. 11

- bei Sitzblockaden: Ist das wirklich *physisch wirkender Zwang*, wo doch letztlich nicht auf den Körper des anderen physisch eingewirkt wird, sondern wenn überhaupt auf die *Möglichkeit* der Fortbewegung, nämlich auf die motorisierte Fortbewegung?¹³ Der Mensch kann jederzeit aussteigen, wie die ein oder andere, seltene, auch richterliche Auffassung durchaus mal ironisch, aber doch korrekt ausführt,
- bei sich von Brücken hängenden Aktivisten, wenn die Polizei als mittelbares Werkzeug der Aktivisten konstruiert wird, die durch die Sperrung der Fahrbahn erneut in zweiter Reihe physisch wirkt, obwohl diese als eigenständige, mit Ermessen handelnde Dritte dazwischentritt,
- erst recht bei dem Begriff der ›Gewalt‹ im Rahmen von § 113 Abs. 1 StGB, wenn nun immer häufiger bei entsprechender physischer Befestigung am Boden oder an Sachen, durch Rohre etc., ›Gewalt‹ bejaht wird, konstruiert als ›vorweggenommene‹ Gewalt gegen die zu erwartende Vollstreckungshandlung, weil der Polizeibeamte sich ggf. mehr oder weniger physisch anstrengen muss, die Befestigung zu lösen.

In diesem Zusammenhang verweise ich auf die erst kürzlich zu Recht ergangene Entscheidung aus Hamburg, AG Hamburg Hamburg, zur »vorweggenommenen Gewalt« im Rahmen des § 113 Abs. 1 StGB, die sich kritisch-historisch insbesondere auch mit der Entscheidung des BGH vom 15.11.1962 auseinandersetzt:

»Der BGH argumentiert damit, dass das Ergebnis der ›Gerechtigkeit‹ entspreche. Es sei nicht einzusehen, warum der vorbereitete, also geplante Widerstand anders behandelt werden soll als der nicht vorbereitete, der erst im Augenblick der Amtshandlung beginnt. Der vorbereitete Widerstand, der oft wirksamer und deshalb mindestens ebenso strafwürdig sei wie der nicht vorbereitete, müsste bei gegenteiliger Entscheidung zur Strafflosigkeit führen. Dieses Ergebnis wäre auch in rechtspolitischer Hinsicht unerfreulich. ... Eine Kommentierung und Auseinandersetzung der Entscheidung des BGH erfolgt nicht – auch nicht im Urteil des KG

¹³ Entsprechend heißt es in der sog. Zweite-Reihe-Rechtsprechung auch lediglich »die *beabsichtigte* Fortbewegung«

Berlin –, was nicht nur angesichts des Datums der Entscheidung und Tatsache verwundert, dass es in eben jener Entscheidung auch zu einer Verurteilung wegen Unzucht mit Männern kam. ... Folgeschwer ist, dass der BGH – ebenso wie das OLG Stuttgart oder das LG Berlin (siehe kritisch dazu auch Schmidt, KlimR 2023, 210) - es unterlässt, sich mit dem verfassungsrechtlich verankerten (strafrechtlichen) Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG auseinanderzusetzen und eine Differenzierung zwischen dem Gewaltbegriff des § 240 StGB und § 113 StGB vorzunehmen...«¹⁴

Es ist bezeichnend, dass in anderen Ländern – mir ist da bekannt eine Entscheidung aus Großbritannien –, der Begriff der »Gewalt«, – »violence« – in keinen Zusammenhang mit einer prima facie gewaltlosen Blockade gebracht wird, sondern ausschließlich der Begriff der »Störung« verwendet wird.¹⁵

Kurz: Die Frage des Begriffs der »Gewalt« ist nicht ausdiskutiert: Die Inanspruchnahme eines Grundrechts, – der Versammlungsfreiheit –, ohne dass ein unfriedlicher Verlauf erfolgt ist, stellt keine Gewalt dar.

»Eine Versammlung verliert den Schutz des Art. 8 GG grundsätzlich bei kollektiver Unfriedlichkeit. Unfriedlich ist danach eine Versammlung, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden, nicht aber schon, wenn es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen (vgl. BVerfGE 73, 206 <248>; 87, 399 <406>; 104, 92 <106>).«¹⁶

Behinderungen Dritter sind *Behinderungen*, nicht per se Gewalt. Sich nicht wie beabsichtigt in einem Auto fortbewegen zu können, mag unschön sein, aber keine Gewalt. Die derzeitige Auslegung des Begriffs der »Gewalt«, wie sie vermeintlich ausdiskutiert ist, ist keine Gewalt.

14 AG Hamburg, Beschluss vom 26.01.2024, 627a Cs 258/23

15 Vgl. z.B. *Director of Public Prosecutions v. Ziegler & Ors* (Rev1) [2021] UKSC 23 (25. Juni 2021)

16 Vgl. nur BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 07. März 2011-1 BvR 388/05

2. DER BEGRIFF DER »VERWERFLICHKEIT« UND DIE FRAGE DER »FERNZIELE«

Für eine kritische Sichtung gelten auch hier hinreichend bekannte Denkprinzipien: Es bedarf einer wertenden Gesamtbetrachtung des Nötigungsmittels und des Nötigungszwecks, die zueinander in Relation zu setzen sind (sog. »Zweck-Mittel-Relation«), so dass die Verwerflichkeit nicht allein nach dem eingesetzten Mittel oder dem angestrebten Zweck zu beurteilen ist,¹⁷ und insofern wissen wir: Entscheidende Anknüpfungspunkte sind u.a. Dauer und Intensität der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit eines blockierten Transports, aber auch der Sachbezug zwischen den in ihrer Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigten Personen und dem Protestgegenstand¹⁸ – und stets die Frage danach, ob und wieweit der Schutz der Grundrechte, insbesondere der Versammlungsfreiheit, zu reichen hat. Für diese Abwägung gibt es kein Rechenschema, und keine exakte Formel. Und so gibt es inzwischen eine Bandbreite an Entscheidungen, bei denen wenige Minuten einer Straßenblockade als noch hinnehmbar, »sozial verträglich«, angesehen werden, bis zu denjenigen Urteilen, bei denen bereits wenige Minuten als »verwerflich« bewertet werden. Und: Die eine Entscheidung sieht durchaus einen Sachbezug – schließlich geht es um alle, und eben auch um die betroffenen Autofahrer –, die andere sieht das Argument der Instrumentalisierung als entscheidend an, weil »gezielt und nicht nur als Folge einer Demonstration zwangsläufig-unbeabsichtigt betroffene Dritte ... so zu einem Objekt der Meinungsäußerung des Angeklagten und seiner Mittäter instrumentalisiert«¹⁹ würden. Immer wieder gebetsmühlenartig wird jedoch in beinahe jeder Entscheidung wiederholt, dass die sogenannten »Fernziele«, der Klimaschutz, nicht zu berücksichtigen sind. Warum eigentlich nicht?

Auch hier ein kurzer Rückblick: Eine grundlegende Entscheidung, auf die sich teils namentlich, mindestens jedoch inhaltlich in den meisten Entscheidungen berufen wird, ist eine Entscheidung des

17 Vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 26.07.1990 - 1 BvR 237/88

18 vgl. u.a. BVerfGE, Beschluss vom 07.03.2011 - 1 BvR 388/05 -, 1

19 Vgl. z.B. LG Berlin, Urteil vom 18.01.2023, 518 Ns 31/22

BGH aus dem Jahr 1988, eine Entscheidung, die letztlich – aus meiner Sicht – offen die rechtspolitische Tendenz ausspricht, warum derart entschieden wurde:

»Es darf nicht übersehen werden, daß von dem Mittel der Sitzblockade zur Durchsetzung ›gemeinwohlorientierter‹ Ziele bisher nur eine kleine Minderheit Gebrauch macht. Die Verneinung der Verwerflichkeit und damit der Rechtswidrigkeit im strafrechtlichen Bereich würde Hemmungen, der eigenen politischen Überzeugung durch Behinderungen des öffentlichen Verkehrs Nachdruck zu verschaffen, weitgehend beseitigen und die jeweiligen Gegner zu gleichartigen oder gar nachhaltigeren Aktionen ermutigen. Wollte man derartige Formen der politischen Auseinandersetzung als ›rechtmäßig‹ ansehen, solange nicht ›erschwerende Umstände (z. B. Behinderung von Krankentransporten, Einkesseln Dritter oder andere besonders intensive Behinderungen) hinzutreten‹ (BVerfGE 73, 206, 259), *so könnte dies die Schleusen für schwerwiegende Beeinträchtigungen des inneren Friedens öffnen*. Es liegt jedoch im hohen Maße im Allgemeininteresse, daß Auseinandersetzungen über hochpolitische Streitfragen frei von Gewalt bleiben. Dieses Ziel läßt sich nur erreichen, wenn die Grenzen zwischen den erlaubten Mitteln des Meinungskampfes und strafrechtlich relevanten Mißbräuchen des Demonstrationsrechts klar und unmißverständlich festgelegt bleiben und die Rechtsprechung an dem verfassungsgerechtlich (BVerfGE 73, 206, 250, 252) gebilligten Grundsatz festhält, daß niemand das Recht zu gezielten und bezweckten Verkehrsbehinderungen durch Sitzblockaden hat und es *kein Fernziel geben darf, das die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts Dritter und ihre Benutzung als Instrument zur Erzwingung öffentlicher Aufmerksamkeit für politische Ziele rechtfertigt. Die Friedenssicherungspflicht des Staates, die zur Unterbindung derartiger Zwangsmittel auch nach der Auffassung des BVerfG das Recht zu strafrechtlichen Sanktionen einschließt*, verbietet deshalb die Berücksichtigung irgendwelcher Fernziele im Rahmen der Verwerflichkeitsprüfung nach § 240 II StGB.«²⁰

Hinter dem heute so häufig gehörten Satz in den entsprechenden Entscheidungen, dass die Fernziele der sich Versammelnden keine Berücksichtigung finden dürften, findet sich also letztlich erneut dies wieder: Die Sorge vor einer Strafbarkeitslücke, die klare Entscheidung

²⁰ BGH, *Beschluß vom 05.05.1988 - 1 StR 5/88* (AG Münsingen, LG Tübingen, OLG Stuttgart)

für staatliche Ordnung – gegen ›ungebändigte‹ Demokratie.

Absurd-erstaunlich wird die Abwägung in den heutigen Entscheidungen insofern, als in beinahe allen Entscheidungen gänzlich unberücksichtigt bleibt, dass es gerade der Staat selbst ist, der fortlaufend die ihm auferlegten Verpflichtungen zur Abwendung der drastischsten Folgen der Klimakrise verletzt.

Und nebenbei: Um die Sorge zu entkräften, in der Bundesrepublik herrschte ab morgen Chaos pur, würden Sitzblockaden nicht mehr als ›gewalttätig‹ angesehen werden, lohnt erneut ein Blick in andere Länder, in denen die Berücksichtigung der Fernziele zur rechtlichen Praxis gehört. Aus meiner Sicht heißt dies: Es gibt keinen rechtlichen Grund, Fernziele nicht zu berücksichtigen. Es gibt keinen rechtlichen Grund, dass diese aus der Verwerflichkeitsprüfung auszunehmen wären.

3. DIE BEGRIFFE »NOTSTAND« UND »WIDERSTAND«

Das Prinzip, das die gesamte Diskussionsrichtung dieser Problematik vielleicht vorherrschend bestimmt, ist die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Widerstands. Für Kant gab es eine klare Antwort: Widerstand ist ein Widerspruch in sich: Wenn der Widerstand des Volkes erlaubt wäre, enthielte die oberste Gesetzgebung eine Bestimmung in sich, nicht die oberste zu sein.²¹

Einen solch apodiktischen Standpunkt würden wohl die meisten, die sich nach heutigem Verständnis von Demokratie als Demokraten bezeichnen, ablehnen, aber... Wie weit sind wir tatsächlich von dieser apodiktischen Aussage entfernt? Ich fürchte nicht so weit. Zumindest

21 »Der Grund der Pflicht des Volks, einen, selbst den für unerträglich ausgegebenen Mißbrauch der obersten Gewalt dennoch zu ertragen, liegt darin: daß sein Widerstand wider die höchste Gesetzgebung selbst niemals anders, als gesetzwidrig, ja als die ganze gesetzliche Verfassung zernichtend gedacht werden muß. Denn, um zu demselben befugt zu sein, müßte ein öffentliches Gesetz vorhanden sein, welches diesen Widerstand des Volks erlaubte, d.i. die oberste Gesetzgebung enthielte eine Bestimmung in sich, nicht die oberste zu sein, und das Volk, als Untertan, in einem und demselben Urteile zum Souverän über den zu machen, dem es untertänig ist; welches sich widerspricht und wovon der Widerspruch durch die Frage alsbald in die Augen fällt: wer denn in diesem Streit zwischen Volk und Souverän Richter sein sollte (denn es sind rechtlich betrachtet doch immer zwei verschiedene moralische Personen); wo sich dann zeigt, daß das erstere es in seiner eigenen Sache sein will.« Kant, MdS, Allgemeine Anmerkung von den rechtlichen Wirkungen aus der Natur des bürgerlichen Vereins, A

scheint sowohl den Entscheidungen, die sich mit der Frage des rechtfertigenden Notstands gem. § 34 StGB auseinandersetzen, als auch denen, die sich mit Art. 20 Abs. 4 GG auseinandersetzen, wiederum letztlich die Wertung zugrunde zu liegen, dass das Zulassen des Sich-Berufens auf den rechtfertigenden Notstand, oder auf Art. 20 Abs. 4 GG, oder auf den »zivilen Ungehorsam« als Widerstandsrecht ›light‹ letztlich »systemsprengend«²² – und das darf nicht sein! - sein würde.

Konkret:

In den meisten Entscheidungen finden sich Auseinandersetzungen darüber, ob die Handlung »angemessen« war, teils bereits zu der Frage, ob sie »geeignet« war.

So erfreulich in diesem Zusammenhang die Entscheidung des OLG Schleswig hinsichtlich der grundsätzlichen Ausführung ist, dass auch ein einzelner Beitrag bereits zur Klimarettung geeignet sein kann, ist, mag er auch noch so klein sein, so wenig wird dieser Gedanke der *Möglichkeiten* des einzelnen tatsächlich zu Ende gedacht. Spätestens mit den Ausführungen, dass

»keine Berücksichtigung ... dagegen Handlungen finden (können), durch die die Minderung der CO₂-Emissionen erst mittelbar durch politische Einflussnahme und gesetzliche Änderungen erreicht wird. Zum Zeitpunkt der Tat muss vielmehr ein kausaler Wirkungszusammenhang zwischen der Notstandshandlung und der CO₂-Reduktion vorliegen. ... Vielmehr können diese Formen der Proteste zu einer politischen Polarisierung führen, durch die der sachliche politische Diskurs von ideologischen und emotionalen Aspekten überlagert wird. In einem polarisierten Umfeld könnten politische Entscheidungsträger zögern, ambitionierte Klimaschutzmaßnahmen zu unterstützen, da sie politischen Widerstand oder negative Reaktionen befürchten. Ein Wirkungszusammenhang zwischen den Protesten und der CO₂-Reduktion bleibt jedenfalls rein spekulativ und könnte sich sogar hinderlich in Bezug auf die Durchsetzung klimaschützender Maßnahmen auswirken. Proteste, die Straftatbestände erfüllen und die Rechte Dritter verletzen, sind also nicht geeignet i. S. d. § 34 StGB.«²³,

²² So der Strafrechtsprofessor *Kubiciel*, Universität Augsburg, vgl. SZ 19. April 2023

²³ OLG Schleswig, Urteil vom 09.08.2023, 1 ORs 4 Ss 7 /23

wird auch hier auf den gedanklichen Inhalt einer bereits zu Beginn der 60er Jahre geprägten Rechtsprechung rekurriert, ob bewusst oder unbewusst. In dieser Entscheidung des BGH²⁴, die sich auf das damals noch nicht kodifizierte Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG und die Frage bezog, welche Widerstandshandlung eines Wehrmachtssoldaten geeignet war, legte der BGH dar, dass das Widerstandsrecht auf Handlungen zu beschränken ist,

»die nach den Erfolgsaussichten als ein ernsthafter und sinnvoller Versuch gewertet werden können, den bestehenden Unrechtszustand zu beseitigen und in Bezug auf dessen Übel eine allgemeine Wende zum Besseren herbeizuführen.«²⁵

In Bezug auf die Handlung des Wehrmachtssoldaten, u.a. Desertation, verneinte der BGH die Geeignetheit, da hierdurch keine Wende zum Besseren erfolgen hätte können. Denken wir dies zu Ende: Damit wird das Recht auf Widerstand *äußerst* begrenzt, und zwar begrenzt nach den Möglichkeiten, unabhängig von der Frage, zu prüfen, welche Möglichkeiten der einzelne hat. In der Auseinandersetzung um die Reichweite des Widerstandsrechts wurde daher zu Recht scharf darauf hingewiesen, dass das Widerstandsrecht dadurch letztlich staatlichen Instanzen vorbehalten bleibt: Herbert von Borch hat in seinem Buch ›Obrigkeit und Widerstand‹ eine solche Rechtspraxis scharf als anti-demokratisch markiert:

»...was hier juristisch ausgedrückt ist, heißt sozialstrukturell, dass nur ganz bestimmte Gruppen in der Lage sind, Widerstand gegen die unrechtmäßige Herrschaftsausübung erfolgreich zu leisten. ... Moralisch erlaubter, wie auch effektiver Widerstand kann nicht vom einzelnen, sondern nur von beamteten Instanzen, die dem tyrannischen Machtzentrum gleich stehen, geleistet werden.«²⁶

Dieser anti-demokratische Gedanke setzt sich aus meiner Sicht fort in der entsprechenden Rechtsprechung zur »Angemessenheit«:

»... weil dem Angeklagten zum Erreichen seines Ziels mildere Mittel zur Verfügung standen und er nicht eine Straftat hätte begehen

24 BGH, NJW 1962, S. 195 ff.,

25 ebenda

26 *Herbert von Borch*, *Obrigkeit und Widerstand: Zur politischen Soziologie des Beamtentums*, J.C.Mohr (Paul Siebeck), 1954

müssen. Als milderer Mittel zur Einwirkung auf den politischen Meinungsbildungsprozess hätte er beispielsweise hierauf bezogene Grundrechte, nämlich Art. 5 GG (Meinungsfreiheit), Art. 8 (Versammlungsfreiheit), Art. 17 GG (Petitionsrecht) ausüben, bzw. von der Möglichkeit des Art. 21 GG (Freiheit der Bildung politischer Parteien) Gebrauch machen können ...«²⁷,

bzw. bezogen auf Art. 20 Abs. 4 GG, wiederum sehr deutlich:

»Niemand ist berechtigt, in die Rechte anderer einzugreifen, um auf diese Weise die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu erregen und eigenen Auffassungen Geltung zu verschaffen ... Dies ergibt sich bereits aus Art. 20 Abs. 4 GG. Denn durch die Beschränkung des Rechts zum Widerstand auf eine Situation, in der die grundgesetzliche Ordnung der Bundesrepublik im Ganzen bedroht ist, besteht im Umkehrschluss eine Friedenspflicht zu allen anderen Zeiten. Wer auf den politischen Meinungsbildungsprozess einwirken möchte, kann dies daher in Wahrnehmung seiner Grundrechte Art. 5 GG (Meinungsfreiheit), Art. 8 GG (Versammlungsfreiheit), Art. 17 GG (Petitionsrecht) und Art. 21 Abs. 1 GG (Freiheit der Bildung politischer Parteien), nicht aber durch die Begehung von Straftaten tun. Würde die Rechtsordnung insoweit einen Rechtfertigungsgrund akzeptieren, der allein auf der Überzeugung des Handelnden von der Überlegenheit seiner eigenen Ansicht beruht, so liefe dies auf eine grundsätzliche Legalisierung von Straftaten zur Erreichung politischer Ziele hinaus, wodurch eine Selbstaufgabe von Demokratie und Rechtsfrieden durch die Rechtsordnung selbst verbunden wäre und die mit den Grundsätzen der freiheitlichen demokratischen Rechtsordnung schlechthin unverträglich ist (BGHSt. a.a.O.; LK-Rönnau a.a.O).«²⁸

bzw. bezogen auf »zivilen Ungehorsam«:

»Anstatt für die eigene Meinung auf legale Weise um eine Mehrheit zu werben, setzt derjenige, der zivilen Ungehorsam leistet, die Überlegenheit der eigenen Ansicht voraus und leitet dadurch das Recht ab, diese auch mit illegalen Mitteln durchsetzen zu dürfen. Die Annahme einer Rechtfertigung würde bedeuten, ein solches Recht tatsächlich zuzugestehen und damit der Ansicht einer Minderheit ein höheres Gewicht zuzubilligen als der im Rah-

27 BayObLG, Beschluss vom 21.04.2023, 205 StRR 63/23

28 OLG Celle, Beschluss vom 29 Juli 2022, 2 Ss 91/22

men des demokratischen Willensbildungsprozesses entstandenen Entscheidung der Mehrheit. Dies verstieße nicht nur gegen Art. 3 Abs. 3 Grundgesetz der die Bevorzugung einer aktiv geltend gemachten politischen Anschauung ausdrücklich verbietet, sondern stellt der durch den Verzicht auf die Durchsetzung der Mehrheitsregel auch eine Selbstaufgabe von Demokratie und Rechtsfrieden durch die Rechtsordnung dar.«²⁹

Neben der immer wieder durch die Strafverteidigung angemahnten Feststellung, dass es sich hier um einen Zirkelschluss handelt – ohne die Verwirklichung eines objektiven Tatbestands bedarf es nun einmal keiner Prüfung eines Notstands oder gar des Widerstandsrechts – bestätigt sich auch hierin ein grundlegendes Verständnis von Staatlichkeit, deren Absicherung, ob unbewusst oder bewusst, umfassend strafrechtlich geschützt werden muss, während die Ausübung der Grundrechte marginalisiert wird und das Zulassen eines weiten, nicht durch den Begriff der »Gewalt« wiederum eingegrenzten bzw. aufgehobenen Inhalts der Ausübung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit entgegenstünde, und daher nicht sein »darf«.

Auch hier mag eine Anleihe aus der Auseinandersetzung um das Widerstandsrecht diesen Punkt pointieren. Fritz Bauer führte hinsichtlich des Widerstandsrechts aus:

»Nach dem nazistischen Zusammenbruch wurde allen Bürgern ohne Ausnahme ein Widerstandsrecht zugebilligt; von Einschränkungen war nicht die Rede. ... Im Zeichen der für die Bundesrepublik charakteristischen Rechtsentwicklung kamen jedoch bald katholisierende Tendenzen zum Zug ... Im Hintergrund steht die völlig unbegründete Angst vor Revoluzzertum, Anarchie und ungezügelm Tyrannenmord. In Wahrheit bedarf es keinerlei besonderer Beschränkungen eines Widerstandsrechts. Widerstand ist zu allen Zeiten und unter allen Himmelsstrichen lebensgefährlich gewesen. Die meisten Widerstandskämpfer haben ihr Vorhaben mit dem Tode bezahlt und haben das Risiko gekannt. Eine Inflation von Widerstandskämpfern ist nicht zu erwarten...«³⁰

29 BayObLG, Beschluss vom 21.04.2023, 205 StRR 63/23

30 Fritz Bauer. Das Widerstandsrecht des kleinen Mannes. In: Fritz Bauer. Kleine Schriften. Frankfurt am Main 2018, Seite 882–888

Zugegeben: Wenn auch die Klimaaktivisten oder die sog. Letzte Generation nicht mit den Widerstandskämpfern gegen Hitler und die Nazis gleichgesetzt werden können, so trifft doch zu, dass die Angst vor einer Massenbewegung von Klimaschützern begründet ist und deshalb daraus eine Einschränkung des Widerstandsrechts abgeleitet werden dürfte. Das heißt aber: Aus Sorge vor ›Unordnung‹, aus Angst vor ›Systemsprengung‹ wird die Wahrnehmung von Rechten verkürzt, für nicht einschlägig bewertet. Wie weit sind wir also von Kants Diktum entfernt?

Und: Noch einmal ist daran zu erinnern, dass der Staat selbst es ist, der die notwendigen Ziele des Klimaschutzes nicht einhält, dieser trotz Klima-Notstands besteht geltendes Recht verletzt?

Kurz: Eine demokratische Auslegung des rechtfertigenden Notstands erkennt die Versammlungsfreiheit an und schmälert deren Anwendungsbereich nicht durch einen Zirkelschluss. Sie erkennt auch die Notwendigkeit der Ausübung durch eine *Minderheit* an, wie diese bereits in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung einst hervorgehoben wurde:

»Große Verbände, finanzstarke Geldgeber oder Massenmedien können beträchtliche Einflüsse ausüben, während sich der Staatsbürger eher als ohnmächtig erlebt. In einer Gesellschaft, in welcher der direkte Zugang zu den Medien und die Chance, sich durch sie zu äußern, auf wenige beschränkt ist, verbleibt dem Einzelnen neben seiner organisierten Mitwirkung in Parteien und Verbänden im allgemeinen nur eine kollektive Einflussnahme durch Inanspruchnahme der Versammlungsfreiheit für Demonstrationen. Die ungehinderte Ausübung des Freiheitsrechts wirkt nicht nur dem Bewusstsein politischer Ohnmacht und gefährlichen Tendenzen zur Staatsverdrossenheit entgegen. Sie liegt letztlich auch deshalb im wohlverstandenen Gemeinwohlinteresse, weil sich im Kräfteparallelogramm der politischen Willensbildung im Allgemeinen erst dann eine relativ richtige Resultante herausbilden kann, wenn alle Vektoren einigermaßen kräftig entwickelt sind. ...Demonstrativer Protest kann insbesondere notwendig werden, wenn die Repräsentativorgane mögliche Missstände und Fehlentwicklungen nicht oder nicht rechtzeitig erkennen oder aus Rücksichtnahme auf andere Interessen hinnehmen (vgl. auch BVerfGE 28, 191 [202]). In der Literatur wird die stabilisierende Funktion

der Versammlungsfreiheit für das repräsentative System zutreffend dahin beschrieben, sie gestatte Unzufriedenen, Unmut und Kritik öffentlich vorzubringen und abzuarbeiten, und fungiere als notwendige Bedingung eines politischen Frühwarnsystems, das Störpotentiale anzeige, Integrationsdefizite sichtbar und damit auch Kurskorrekturen der offiziellen Politik möglich mache (Blanke/Sterzel, a.a.O. [69]).³¹

4. DER BEGRIFF DER KRIMINELLEN VEREINIGUNG

Geht es bei dem Komplex Gewalt um Begrifflichkeit, deren Debatte, wie ja eingangs schon hervorgehoben, ureigene juristische Aufgabe ist, so zielt die Anschuldigung, bei den Klimaaktivisten handele es sich um eine kriminelle Vereinigung, von vorneherein mehr auf populistische politische Rhetorik ab, ein Bemühen um eine differenzierte Bewertung ist nicht beabsichtigt³². Hier zeigt sich die extensive Anwendung des Strafrechts gegen Klimaaktivisten wohl derzeit am plakativsten und ich reiße sie hier nur kurz an:

Nicht erst der Verzicht auf eine Handlung, bereits die Strafbarkeit der – vermeintlichen – Zugehörigkeit ist eine Entgrenzung, die zu Recht scharf kritisiert bzw. abgelehnt wird.³³ Aber auch hier mag eine Entscheidung aus den 70er Jahren nahelegen, warum ich davon spreche, dass es letztlich auch hier um die Absicherung der staatlichen Ordnung geht, mit dem Mittel des Strafrechts auf notwendigerweise entstehende soziale Bewegungen zu reagieren, - in diesem Fall auf die zahlreichen Hausbesetzungen, als Antwort auf Leerstand und Wohnungslosigkeit:

»...Daß die Begehung von Straftaten nicht der Endzweck der Vereinigung war, ist unerheblich. Es genügt, wenn die Tätigkeit einer Vereinigung auf die Begehung strafbarer Handlungen als Mittel zu irgendeinem Zweck gerichtet ist (BGH, Urteil v. 1. 9. 1954 – 6

31 BVerfGE 69, S. 315 ff (346) - Brokdorf

32 Vgl. nur bereits zitierten Antrag der CDU-Fraktion

33 Es sollte erwähnt werden, dass die deutsche Justiz sich immer geweigert hat, die SS oder Einsatzgruppen als kriminelle Vereinigungen im Sinne des § 129 des StGB zu behandeln, deren Mitgliedschaft eben allein schon strafbar ist, ohne dass dem einzelnen nachgewiesen werden müsste, dass er noch andere Straftaten begangen, also selbst getötet oder Beihilfe dazu geleistet hat. »Das ist angesichts der Ermordung von sechs Millionen Juden und einer großen Zahl anderer Opfer sicherlich eine beachtliche juristische Leistung. Sie wird nun dadurch ergänzt, dass zunehmend Hausbesetzer nach dieser Vorschrift verfolgt werden.« (Uwe Wesel, ebenda, S. 114)

StR 40/54 – bei Wagner, GoldA 1960, 231); denn die Strafwürdigkeit eines auf die Begehung künftiger Straftaten gerichteten Zusammenschlusses folgt aus der offenen Rechtsfeindschaft der die Vereinsfreiheit mißbrauchenden Mitglieder und Helfer der Vereinigung, die sich in kollektiver Form über Ordnungsnormen des Strafrechts hinwegsetzen.«³⁴

Es ist bemerkenswert: Es wird auch hier – zulasten der Betroffenen – erneut nicht auf »Fernziele« abgestellt, sondern eben auf die »Mittel«. Und es geht erneut um die »Verteidigung der herrschenden Ordnung«, einer Ordnung aber, dies sei noch einmal erwähnt, die nicht durch die Aktivisten gestört wird, sondern durch den Fakt der Klimakrise und die Passivität der Regierung diesbezüglich.

Deutlich insofern das Landgericht München: Dieses sieht in den Taten eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Der gesellschaftliche Diskurs werde durch illegitime Mittel verletzt, wenn eine Gruppierung versuche, sich - gegebenenfalls moralisch überhöhend - über die rechtsstaatliche Ordnung und die konsentierten Formen der demokratischen Abläufe zu stellen. Straftaten seien kein Mittel der freiheitlichen, demokratischen, rechtsstaatlichen Diskussion, sondern Ausdruck krimineller Energie.³⁵

Dass in (vermeintlicher) Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses 2008/841/JI eine bedenkliche Erweiterung des § 129 StGB erfolgte³⁶, bedarf insofern einmal mehr der Betonung, als die jetzt geltende Ausweitung selbst sowohl über die europarechtlichen Vorgaben als auch die in der Gesetzesbegründung genannten Grenzen hinausgeht. Es liegt eigentlich auf der Hand, welches Ziel mit dem Rahmenbeschluss verfolgt wird:

»...die, um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln.«³⁷

34 BGH NJW 1975, 985

35 LG München, Beschluss vom 16.11.2023, 2 Qs 14/23

36 Sowohl hinsichtlich des Strafrahmens als auch im Hinblick auf die Nicht-Einfügung der materiellen Ziele

37 Rahmenbeschluss 2008/841/JI des Rates vom 24.10.2008

In der hiesigen Umsetzung wurde das Ziel der Vereinigung jedoch unbestimmt formuliert – und wird in der Folge abstrahierend von jeglichen Zielen nunmehr auf politische Bewegungen angewandt. Back to the roots des Kaiserreichs, dem § 129 RStGB, und der Strafbarkeit ›staatsfeindlicher Verbindungen‹?

Als Fazit hier ist deshalb mindestens angebracht: Begrenzung des Tatbestands des § 129 StGB im Sinne des Rahmenbeschlusses.

III. FORMELLES RECHT

Es könnte gemutmaßt werden, dass zum Schluss pro domo geredet wird. Diese Spitze sei um der ›Sache‹ wegen hingenommen.

Gewichtiger ist aber: Die Erweiterung des materiellen Rechts geht (wie immer?) einher mit Einschränkungen im formellen Recht und weist damit erst recht in die Richtung von Maßnahmen, die offen oder versteckt demokratisches Recht erodieren lassen können:

Am eindrücklichsten zeigen dies die Versuche, Verfahren gegen Klimaaktivisten im ›beschleunigten Verfahren‹ abzuurteilen, – ›Wer morgens auf der Straße klebt, soll abends vor einem Richter stehen‹ – was zu Recht gescheitert ist. Aber allein der Vorstoß zeigt erneut, wie groß die Bereitschaft ist, auch grundlegendes formales Recht, das Verfassungsrecht ist (!), zugunsten von strafrechtlicher ›Lösung‹ vorhandener sozialer Bewegungen aufzuheben, mindestens zu verkürzen. Zu Recht wurde dieser Vorstoß, zumal bei Schaffung von Sonderzuständigkeiten, als Versuch bezeichnet, Ausnahmegerichte zu schaffen, die jedoch nach Art. 101 GG aus rechtsstaatlichen sowie nicht zuletzt rechtshistorischen Gründen unzulässig sind, da sie eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter darstellen. Gebannt ist diese Gefahr nicht.

Verkürzt wird das formale Recht aber auch hierdurch: Durch die formelhafte, fast schon automatisierte Ablehnung von Beweisanträgen als »bedeutungslos«, um die Klimakrise aus dem Gerichtssaal zu verbannen – von der rühmlichen Ausnahme des ein oder anderen Gerichts spreche ich hier nicht. Letztlich wird hierdurch, und in Verbindung mit der Argumentation der Subsidiarität, s.o., die Auseinandersetzung mit den tatsächlichen Entwicklungen, mit der die Recht-

sprechung umgehen muss, und die die Grundlage für die Rechtsprechung überhaupt ist, jedoch vermieden – und damit zumeist auch die Auseinandersetzung mit der tatsächlichen Berücksichtigung der Inhalte und Gedanken des Menschen, der auf der Anklagebank sitzt.

Dass Pflichtverteidigung dabei keineswegs eine quantité negligible ist, aber in den seltensten Fällen eine derartige Beiordnung erfolgt, setzt diese Liste fort – obwohl und in Ansehung dessen, dass die Obergerichte mit den hier angerissenen, und noch weiteren Fragen Seiten füllen. Einfachheit der Sach- und Rechtslage? Naja. Oder um es mit Peter Sloterdijk zu sagen, ein gewiss unverdächtiger Zeuge: »Menschenrechte beginnen als Rechte auf einen Anwalt; sie schützen zunächst jene, die noch nicht für sich selber reden können.«³⁸ So einfach ist die Sach- und Rechtslage.

IV. KONSEQUENZEN

Zurück zum Anfang: Dort war von Krise die Rede. Das Verbum, das diesem Substantiv zugrunde liegt, ist $\kappa\rho\iota\nu\epsilon\iota\nu$ und bedeutet ›unterscheiden‹ . Es gilt nun, aufgrund der jüngsten Erfahrungen, mit markigen Worten mancher Politiker noch intensiver auf einen differenzierenden Gebrauch von Begriffen wie ›Gewalt‹ oder ›Verwerflichkeit‹ zu beharren, wenn nötig auch mit Penetranz.

Und, was mir als spezifisch wichtige Lehre aus den Prozessen gegen ›Klimaaktivisten‹ erscheint, ist, dass künftig ein noch kritischerer Umgang mit dem Argument der Mehrheit vs. Minderheit erforderlich ist. Dieses stets als demokratisches Grundprinzip wiederholte Denkschema ist nicht hinreichend, wenn es um eine weltweite Krise geht, die (noch) aufhaltbar ist, gegen die jedoch staatlicherseits nichts oder zu wenig getan wird, trotz Verpflichtung. Ein $\text{›autoritärer Legalismus‹}$ (Habermas) ist da gewiss nicht ein zureichendes Rezept. Verschrieben wir uns diesem, träfe unseren Berufsstand zurecht das Verdikt des französischen Soziologen Bourdieu, wir seien $\text{›die Juristen-Türhüter der kollektiven Heuchelei.‹}$ Und deutlicher gesagt:

38 DER SPIEGEL 35/2004

Wir leben in Zeiten gravierender Krise – die *allgemeinkundig* ist. Diese Krise bedarf einer Antwort. Die Antwort der Strafgerichtsbarkeit habe ich skizziert.

Als Strafverteidiger ist unsere Antwort: In dem Wissen, dass Recht Instrument zur Absicherung von Herrschaft ist - genau dies offenzulegen und damit für eine demokratischere Anwendung zu streiten.

Prof. Dr. Anja Schiemann

UMWELTSTRAFRECHT UND DIE NEUE EU-RICHTLINIE

BRAUCHEN WIR EINEN
STRAFTATBESTAND DES ÖKOZIDS
ODER EIN ›KLIMASTRAFRECHT‹?

I. EINLEITUNG

Die letzte große Reform des europäischen Umweltstrafrechts erfolgte 2008 durch die Richtlinie 2008/99/EG über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt.¹ Drei Jahre später wurde diese Richtlinie durch das 45. Strafrechtsänderungsgesetz in Deutschland umgesetzt.² Die Umsetzung führte in vielen Bereichen zu Strafbarkeitserweiterungen und Verschärfungen.³ Die intendierte wirkungsmächtige Bekämpfung der Umweltkriminalität ist damit aber leider nicht einhergegangen. Vielmehr scheint es so zu sein, dass zwar mit Vehemenz die Klimaaktivisten einer strafverfahrensrechtlichen Verfolgung zugeführt werden, nicht aber Umweltsünder.

1 **Richtlinie 2008/99/EG** vom 19.11.2008, Amtsblatt der Europäischen Union, L 328/28 ff. vom 6.12.2008.

2 In Kraft getreten sind die Änderungen im StGB am 14.12.2011, im BNatSchG und BJagdG am 13.6.2012.

3 Vgl. ausf. zu den einzelnen Modifikationen *Szesny/Görtz*, ZUR 2012, 405; *Heger*, HRRS 2012, 211.

Die bekannt gewordenen Fälle aller Umweltstraftaten sind im Zeitraum von 2010 und 2020 um drei Prozent gesunken, auch die aufgeklärten Fälle der Tatverdächtigen haben sich in diesem Zeitraum um zwölf bzw. zehn Prozent reduziert.⁴ Im Jahr 2020 waren die meisten Umweltstraftaten Straftaten nach dem Tierschutzgesetz, nämlich 38 Prozent. Straftaten des unerlaubten Umgangs mit Abfällen⁵ hatten einen Anteil von 36 Prozent und Gewässerverunreinigungen von zwölf Prozent. Insgesamt umfassten diese drei Straftaten 2020 einen Anteil von 86 Prozent aller Umweltstraftaten.⁶

Die Dunkelziffer wird als erheblich oder hoch eingeschätzt, valide Daten zum Dunkelfeld gibt es zur Umweltkriminalität aber bisher nicht.⁷ Auch ist die Frage der generellen Verfolgbarkeit nicht trivial. Zwar wurde das deutsche Strafrecht im Detail an die Vorgaben der EU-Umweltstrafrechtsrichtlinie aus dem Jahr 2008 angepasst. Jedoch blieb seine Grundstruktur unverändert. Primär finden sich die Umweldelikte im 29. Abschnitt des StGB aber auch in anderen Umweltgesetzen im Nebenstrafrecht, hierzu zählen neben dem bereits genannten Tierschutzgesetz auch das Bundesnaturschutzgesetz und das Abfallverbringungsgesetz. Umweltkriminalität kann nach deutschem Recht jedoch nur dann verfolgt werden, wenn verwaltungsrechtliche Normen und Verwaltungsakte nicht eingehalten werden. Diese sog. Verwaltungsrechtsakzessorietät des Umweltstrafrechts führt dazu, dass umweltstrafrechtliche Normen häufig nicht anwendbar sind. Daher begeht auch der vorsätzlich die Umwelt schädigende Anlagenbetreiber keine Straftat, sofern er sich vorher die entsprechende behördliche Genehmigung geholt hat.

Neben diesen dogmatischen Besonderheiten ist ein Vollzugsdefizit im Bereich des Umweltstrafrechts auszumachen. Als Faktoren werden hier das Fehlen der nötigen technischen Expertise, eine fehlende Spezialisierung von Strafvollzugsbehörden, die mangelhafte personelle Ausstattung von Umweltbehörden sowie Kapazitätsengpässe

4 Umweltbundesamt, Umweldelikte 2021. Auswertung von Statistiken, 98/2023, S. 29, abrufbar unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/11850/publikationen/98_2023_texte_umweldelikte_2021.pdf (zuletzt abgerufen am 9.2.2024).

5 Außer solche nach § 326 Abs. 2 StGB).

6 Umweltbundesamt, aaO, S. 31

7 Umweltbundesamt, aaO, S. 28.

für Kontrolltätigkeiten genannt.⁸ Momentan beginnt in Deutschland aber gerade in Bezug auf die fehlende Spezialisierung ein Gegenlenken. So wurde im November letzten Jahres eine neue Zentralstelle für die Verfolgung der Umweltkriminalität in NRW eröffnet und auch andere Bundesländer haben spezielle Schwerpunktstaatsanwaltschaften eingerichtet.⁹

Auch die EU hat weiteren Handlungsbedarf gesehen und den Vorschlag einer EU-Umweltstrafrechtsrichtlinie erarbeitet. Daneben zeigen vielfältige Aktivitäten, dass die Umweltkriminalität vom Nischenthema, insbesondere auch durch internationale Organisationen, ins Problembewusstsein gerückt und Handlungsbedarf ausgemacht wurde. So setzte eine Resolution der Generalversammlung aus dem Jahr 2020 mit der Forderung nach stärkerer Zusammenarbeit im Bereich der Umweltkriminalität ein wichtiges Zeichen.¹⁰ Schon vier Jahre zuvor hatten die Vereinten Nationen einen Strategiebericht über Umwelt, Frieden und Sicherheit vorgelegt und festgestellt, dass Umweltkriminalität die viertgrößte kriminelle Aktivität der Welt darstelle, der Schaden im Hellfeld auf bis zu 258 Milliarden Euro geschätzt werden könne und das Schadenspotential jedes Jahr um fünf bis sieben Prozent zunehmen könne.¹¹ Eurojust bestätigte diese Ergebnisse im Januar 2021 und bemängelte zudem die eben schon beschriebene Durchsetzungsschwäche der strafrechtlichen Umwelttatbestände. Denn die effektive Verfolgung erfordere aufgrund der Verwaltungsakzessorietät in der Praxis sowohl Fachwissen im Verwaltungs- bzw. Umweltrecht als auch im Strafrecht.¹²

8 Umweltbundesamt, S. 24. Vgl. Auch *Gerstetter et. al* 2019, S. 131 ff.

9 S. *Püschel*, *Newsdienst Compliance* 2023, 410431.

10 Resolution vom 23.10.2020, A/RES/75/10, S. 4, abrufbar unter: <https://www.un.org/Depts/german/gv-75/band1/ar75010.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.2.2024).

11 Vgl. UN/Interpol, *The Rise of Environmental Crime* 2016, S. 4 ff.

12 S. *Eurojust, Report on Eurojust's Casework on Environmental Crime, January 2021*, S. 3 ff.

II. DER VORSCHLAG DER EU-UMWELTSTRAFRECHTSRICHTLINIE

1. HINTERGRUND

Um den Schutz der Umwelt voranzutreiben, hat die EU-Kommission im Dezember 2021 den Entwurf einer neuen EU-Umweltstrafrichtlinie vorgelegt. Man ist sich auf EU-Ebene einig, dass zum Schutz der Umwelt umfassendere Normen zur Sanktionierung von Umweltkriminalität erforderlich sind. Ziel ist es, den Umweltschutz wirksamer zu gestalten, indem die Mitgliedstaaten verpflichtend weitergehende strafrechtliche Maßnahmen ergreifen, als das bisher der Fall ist. So wurden in allen Mitgliedstaaten repressive Durchsetzungslücken und ein Anstieg der Umweltkriminalität festgestellt.¹³

Der Richtlinienvorschlag macht es sich daher zur Aufgabe, bestehende Straftatbestände zu überarbeiten und neue Umweltstraftaten einzuführen. Unterhändler von Rat und Europäischem Parlament haben Ende des Jahres 2023 eine Einigung des Rats und des Europäischen Parlaments dahingehend erzielt, u.a. die Zahl der Straftatbestände des europäischen Umweltstrafrechts zu erhöhen und quasi zu verdoppeln.¹⁴ Der gefundene Kompromiss muss nun noch von beiden Organen bestätigt werden, um anschließend das förmliche Gesetzgebungsverfahren zu durchlaufen. Sobald die Richtlinie in Kraft getreten ist, haben sie die Mitgliedsstaaten innerhalb von zwei Jahren umzusetzen (Art. 28, 24 der Richtlinie). Neben der Ausweitung der Strafbarkeit werden weitreichende Regelungen zu Rechtsfolgen – insbesondere auch zu Rechtsfolgen für juristische Personen – Verfahrensfragen und Strafverfolgungsressourcen getroffen.¹⁵

¹³ *Bewertungsbericht zur Evaluierung der Richtlinie 2008/99/EG*, S. 32.

¹⁴ Von 9 auf 18 nach der Pressemitteilung vom 16.11.2023, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2023/11/16/environmental-crime-council-and-european-parliament-reach-provisional-agreement-on-new-eu-law/> (zuletzt abgerufen am 11.2.2024); von 10 auf 19 *Busch*, *wistra* 2024, R 8 (R 9).

¹⁵ *Busch*, *wistra* 2022, R 8; weitergehend sogar später *Busch*, *wistra* 2024, R 8, es werde »kriminalpolitisches Neuland betreten«.

2. ÜBERSICHT ÜBER DIE STRAFTATBESTÄNDE

Wie schon bisher müssen unter bestimmten Voraussetzungen die folgenden Handlungen unter Strafe gestellt werden:

- Luft-, Boden- und Wasserverschmutzung
- Umgang mit Abfällen
- Meeresverschmutzung durch Schiffe
- Errichten, Betreiben und Abbau von umweltgefährdenden Anlagen
- Umgang mit radioaktivem Material
- Beeinträchtigung geschützter Pflanzen- und Tierarten
- Schädigung geschützter Gebiete und
- Umgang mit ozonabbauenden Stoffen.

Das deutsche Strafrecht hat entsprechende Normierungen im Gewässer- und Bodenschutzstrafrecht, im Abfallstrafrecht, im Immissionsschutzstrafrecht, Atomstrafrecht, Gefahrstoffstrafrecht und Naturschutzstrafrecht schon integriert und durch die 1. Umweltschutzrichtlinie aus dem Jahr 2008 ausgebaut.

Darüber hinaus listet Art. 3 des neuen Richtlinienvorschlags in Abs. 1 lit. a bis r alle Handlungen auf, die zukünftig als schwere Verstöße gegen das Umweltrecht und insofern als Umweltstraftaten von den Mitgliedsstaaten zu ahnden sind:

- Inverkehrbringen von umweltschädigenden Erzeugnissen
- Umgang mit gefährlichen Stoffen
- Durchführung von Vorhaben ohne erforderliche Genehmigung
- Recycling von Schiffen
- Entnahme von Boden- und Grundwasser
- Inverkehrbringen von illegal geschlagenen Hölzern
- Einbringen von invasiven Arten
- Die Herstellung, das Inverkehrbringen, die Einfuhr, Ausfuhr, Verwendung, Abgabe oder Freisetzung ozonabbauender Stoffe oder fluoriertes Treibhausgas

Gerade letzteres erfasst genau die Handlungen, die unter den Begriff des Klimastrafrechts zu verstehen sind. Insofern werden auch erschwerende Umstände erfasst, z.B., wenn die Straftat die Zerstörung

oder einen irreversiblen oder dauerhaften erheblichen Schaden eines Ökosystems verursacht. Auch bei dem wichtigen Tatbestand der Boden-, Wasser- und Luftverschmutzung ist als erfasste Folge neben der Gefährdung bspw. von Menschen, Tieren oder Luftqualität die Gefährdung eines Ökosystems dazugekommen. Nach der gängigen Definition in der Biodiversitätskonvention ist ein Ökosystem ein »dynamischer Komplex von Gemeinschaften aus Pflanzen, Tieren und Mikroorganismen sowie deren nicht lebender Umwelt, die als funktionelle Einheit in Wechselwirkung stehen«.¹⁶

Inwiefern unser deutsches materielles Strafrecht weiter angepasst werden muss, bedarf einer dezidierten Überprüfung in der Zukunft. Schon jetzt hat aber der Kompromissvorschlag zwischen Rat und Europäischem Parlament zu einer Reduzierung des strafrechtlichen Schutzes geführt. So hatte auch der deutsche Bundesrat den in Art. 3 Abs. 2 lit. b EU-Richtlinie-E vorgesehenen Straftatbestand kritisiert, nach dem strafbar sein sollte, wer ein Erzeugnis zumindest grob fahrlässig in den Verkehr gebracht hat, dessen »Verwendung in größerem Umfang unter Verstoß gegen ein Verbot oder eine andere Anforderung« erhebliche Schäden an Menschen oder Umwelt verursachen kann. Auch wenn diese Regelung ersichtlich auf die Diesel-Fälle und Verstöße gegen Verbote der Verwendung von Abschaltvorrichtungen abzielte, sollte die Strafbarkeit nach dem Kommissionsvorschlag auch dann greifen, wenn es ohne Vermittlung durch ein Umweltmedium zu Gesundheitsschäden kommt oder kommen kann. Dann wäre diese Regelung weit über das Umweltstrafrecht und sogar die Produktverantwortlichkeit nach deutschem Recht hinausgegangen, da eine bloße Gefährdung von Leib und Leben in diesen Fällen aktuell nicht pönalisiert ist. Daher wäre denkbar gewesen, auch verunreinigte Lebensmittel unter die Norm zu subsumieren.¹⁷ Nach dem nun gefundenen Kompromiss ist dies nicht mehr der Fall, da der Straftatbestand nunmehr ein Umweltmedium voraussetzt, also ein Einbringen in Boden, Luft oder Wasser.

¹⁶ Übereinkommen über die Biologische Vielfalt, AS 1995, 1408; deutsche Übersetzung abrufbar unter: <https://www.bfn.de/abkommen-richtlinie/uebereinkommen-ueber-die-biologische-vielfalt-cbd> (zuletzt abgerufen am 12.2.2024).

¹⁷ *Busch, wistra* 2024, R 8 (R 9).

Dennoch ist positiv hervorzuheben, dass das strafbare Verhalten im Umweltbereich durch die Anzahl der Delikte erweitert wird. Hinzu kommt, dass in Art. 4 Abs. 2 des Richtlinienvorschlags erstmals die Versuchsstrafbarkeit bei einer Vielzahl der Delikte gefordert wird. Auch wenn im deutschen Umweltstrafrecht schon für zahlreiche Delikte die Versuchsstrafbarkeit normiert ist, ist das doch längst nicht für alle Straftatbestände vorgesehen. Daneben fordert der Richtlinienvorschlag für diverse Handlungen nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei grober Fahrlässigkeit eine Pönalisierung. Auch hier wird sich Anpassungsbedarf zeigen.

3. VERWALTUNGSAKZESSORIETÄT

Die Schwierigkeiten im Umweltstrafrecht werden auch nach Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht erhalten bleiben. Denn auch nach dem Kommissionsvorschlag sollen sämtliche Straftatbestände der Richtlinie rechtswidriges Verhalten voraussetzen. Insofern bleibt die Verwaltungsakzessorietät bestehen und einem autonomen Straftatbestand des Ökozids wurde eine Absage erteilt. Vielmehr soll der Ökozid nicht als Grundtatbestand, sondern als erschwerender Umstand in den Mitgliedstaaten eingeführt werden. Art. 8b der EU-Richtlinie sieht einen erschwerenden Umstand vor, wenn die Straftat die Zerstörung oder einen irreversiblen oder dauerhaften erheblichen Schaden in ein Ökosystem verursacht. In den Erwägungsgründen des Richtlinienvorschlags wird explizit darauf hingewiesen, dass auch Fälle von Ökozid als erschwerender Umstand anzusehen sind.¹⁸

III. STRAFBARKEIT DES ÖKOZIDS

Was genau ist Ökozid? Der Begriff wurde bereits 1970 geprägt, als die meisten noch gar nicht über Klimaschutz nachgedacht haben. Verwendet wurde er auf der Conference on War and National Responsibility in Washington DC von dem amerikanischen Biologen Arthur Gaston. Er identifizierte die entlaubende Wirkung einer Chemikalie, die weiterentwickelt wurde und unter dem Namen »Agent Orange« durch das US-Militär im Vietnamkrieg nicht nur Menschen

¹⁸ KOM (2021) 851, S. 24.

gesundheitlich schwer bis tödlich schädigte, sondern auch die Flora und Fauna massiv zerstörte. Gaston war nun der erste, der die massive Schädigung und Zerstörung von Ökosystemen als Ökozid bezeichnete.¹⁹ Vietnam, durch den Einsatz von Agent Orange direkt betroffen, nahm bereits 1990 den Ökozid in sein Strafgesetzbuch auf (Art. 278). Es folgten andere Länder, zuletzt Frankreich 2021, in einigen weiteren Ländern ist die Aufnahme derzeit im Gespräch.²⁰

Dabei ist der Begriff wegen seiner Parallelität zum ›Genozid‹ durchaus umstritten und sieht sich dem latenten Vorwurf eines Relativismus ausgesetzt.²¹ Die Parallele ist aus Gründen der Sichtbarkeit durchaus gewollt. Es wird aber zu Recht auf die Problematik hingewiesen, dass charakteristisches Merkmal des Genozids die Zerstörungsabsicht ist, was den Völkermord zum schwerwiegendsten Verbrechen des Völkerrechts macht. Bei Taten gegen die Umwelt geht es dagegen den Tätern typischerweise nicht primär darum, die Umwelt zu zerstören. Vielmehr genügt, dass der Täter um die wahrscheinlichen Konsequenzen seiner Handlung für die Umwelt weiß – eine spezifische Zerstörungsabsicht wird gerade nicht verlangt, so dass der Vergleich zum Völkermord unangebracht und moralisch aufgeladen ist.²²

1. INTERNATIONALE ENTWICKLUNGEN

Neben dem EU-Richtlinienvorschlag gibt es auch Entwicklungen auf internationaler Ebene. So schlug bereits 2010 die Umweltschützerin Polly Higgins vor, das Römische Statut um den Straftatbestand des Ökozids zu erweitern und definierte Ökozid als die weitreichende Schädigung, Zerstörung oder den Verlust von Ökosystemen eines bestimmten Territoriums, sei es durch menschliches Handeln oder durch andere Ursachen in einem solchen Ausmaß, dass die friedliche Nutzung durch die Bewohner dieses Territoriums stark beeinträchtigt

19 Vgl. zur historischen Entwicklung Zierler, *The Invention of Ecocide*, 2011.

20 Vgl. *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 f., so in Brasilien und Argentinien. Auch einige EU-Länder prüfen die Aufnahme des Ökozids in ihr StGB, bspw. Finnland, Spanien, Schweden.

21 So *von Maltitz*, in: Tagungsband, Fußnote 3.

22 So auch *Bock*, ZRP 2021, 187.

wird.²³ Die unmittelbar vom Klimawandel betroffenen Staaten Vanuatu und die Malediven gaben auf der 18. Sitzung der Versammlung der Vertragsstaaten des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs im Dezember 2019 eine offizielle Erklärung ab, in der sie dazu aufforderten, die Aufnahme eines Verbrechens des Ökozids in das Statut ernsthaft zu prüfen.

2021 wurde dann von dem auf Initiative der Stop Ecocide Foundation²⁴ eingesetzten unabhängigen Expertengremium ein konkreter Vorschlag zur Ausgestaltung des Ökozid-Tatbestands entwickelt, um die Einführung im Rom-Statut voranzutreiben. Ökozid wurde hier definiert als rechtswidrige oder willkürliche Handlungen, die mit dem Wissen begangen werden, dass eine erhebliche Wahrscheinlichkeit schwerer und entweder weitreichender oder langfristiger Schäden für die Umwelt bestehen, die durch diese Handlungen verursacht werden.²⁵ Diese Definition ist sehr weitreichend und führt zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit, da bereits die Schaffung einer Gefahr kriminalisiert wird. Diese wurde – unter Hinweis auf die dem Völkerrecht, EU-Recht und den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zugrunde liegenden Justizgrundrechten und das Bestimmtheitsgebot – als zweifelhaft und rechtlich bedenklich angesehen.²⁶ So wird kritisiert, dass eine Anknüpfung an unbestimmte, kumulative Handlungen, die auch bei Vorliegen einer behördlichen Genehmigung zu einer Strafbarkeit führen, nicht nur die Rechtsunsicherheit verstärken, sondern gar zu einer Demontage der Abschreckungswirkung beitragen würden.²⁷

Von der ›Promise Institute Working Group on the use of International Criminal Law to protect the environment‹ (UCLA) wurde 2021 eine abweichende Definition vorgeschlagen. Ökozide sind danach

23 Vgl. *Higgins/Short/South*, Protecting the planet: a proposal for a Law of ecocide. Crime Law Soc Change (2013) Vol. 59, S. 257.

24 Gegründet 2019, homepage: <https://www.stopecocide.de/stop-ecocide-foundation> (zuletzt abgerufen am 15.2.2024).

25 Die Legaldefinition ist abrufbar unter: <https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d1e6e604fae2201d03407f/1624368879048/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+rev+6.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.2.2024).

26 *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (216).

27 *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (216); *Wagner*, Zfistw 2022, 488.

eine Reihe von – enumerativ – aufgezählten umweltschädigenden Verhaltensweisen, wenn sie mit dem Wissen vollbracht werden, dass sie wahrscheinlich weit verbreitete, langfristige und schwere Schäden an der Umwelt herbeiführen.²⁸

2. EU-VORSCHLAG ZUR STRAFBARKEIT DES ÖKOZIDS

Wie bereits oben beschrieben, geht der Richtlinienvorschlag einen anderen Weg und möchte keinen eigenständigen Straftatbestand des Ökozids etablieren, sondern diesen lediglich als »erschwerenden Umstand« einführen. Das führt zu der misslichen Lage, dass es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, ob diese erschwerenden Umstände als Qualifikationstatbestand oder als Element der Strafzumessung verstanden werden²⁹ – hier wird es – sofern die Richtlinie tatsächlich in Kraft tritt und umgesetzt werden muss – also zu Unterschieden in der konkreten Ausgestaltung in den Mitgliedsstaaten kommen.

Die deutsche Fassung zum Richtlinienvorschlag bestimmt in Art. 8 lit. b, dass die Straftat die Zerstörung oder einen irreversiblen oder dauerhaften erheblichen Schaden eines Ökosystems verursacht.³⁰ Vorausgesetzt wird also zunächst eine Straftat im Sinne der Richtlinie. Dies ist wiederum abhängig von der Frage, wann ein Verhalten gegen nationales oder Unionsrecht verstößt. Denn was im Rahmen von und unter den Bedingungen einer Genehmigung durch die zuständige Behörde eines Mitgliedsstaats getan wird, ist rechtmäßig. Anderes gilt nur, soweit die Genehmigung bspw. in betrügerischer Weise oder durch Bestechung erlangt wurde.³¹

3. ÖKOZID UND KLIMAWANDEL

Der Begriff des Ökozids umfasst auch Tathandlungen, die sich auf den Klimawandel auswirken, so dass dieser auch in den Erwägungsgründen des Richtlinienvorschlags berücksichtigt wird.³² Dage-

²⁸ Zitiert von *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (217).

²⁹ *Burger/Veljovic*, ZUR 2023, 156 (160); *Nakane*, ZfiStw 2024, 45 (47).

³⁰ Sie weicht also im Detail von der englischen Fassung ab, s. hierzu *Nakane*, ZfiStw 2024, 45 (47).

³¹ Vgl. auch *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (217).

³² KOM (2021) 851, S. 22 f.

gen werden im Richtlinienvorschlag an sich entsprechende Tathandlungen nicht ausdrücklich aufgeführt. Einzig Art. 3 Abs. 1 lit. d des Richtlinienvorschlags stellt einen Verstoß gegen Umweltverträglichkeitsprüfungen³³ unter Strafe und schützt somit indirekt auch das Klima.³⁴ Es stellt sich allerdings die Frage, ob der Richtlinienvorschlag ein wirksames Instrument zur Bekämpfung der Klimakrise sein kann.³⁵ Insofern ist es vor allem schwierig, Tatbestandsmerkmale für klimarelevante Handlungen zu formulieren und einen kausalen Zusammenhang nachzuweisen.

4. SANKTIONSMÖGLICHKEITEN

Auch wenn sich ein ›echter‹ Ökozidatbestand in dem Richtlinienvorschlag nicht durchsetzen konnte, so ist doch angesichts der bereits erwähnten ›Aufrüstung‹ der Umweltstraftatbestände mit einer stärkeren Fokussierung der europäischen Mitgliedstaaten auf die Bekämpfung von Umweltkriminalität zu rechnen. Dies macht der Richtlinienvorschlag auch deutlich. Denn nach Art. 16 müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass ihre für Umweltstraftaten zuständigen Behörden und Gerichte über ausreichend personelle und sachliche Ressourcen verfügen. Hinzu kommt die allgemeine Forderung nach der Prüfung des Bedarfs einer stärkeren Spezialisierung (Art. 20).³⁶ In Deutschland werden schon entsprechende Maßnahmen getroffen, wie bspw. die Gründung der Zentralstelle für die Verfolgung der Umweltkriminalität in NRW Ende 2023.

Als zweite Säule neben der Forderung nach Aufstockung der Ressourcen, wurden verschärfte Sanktionen in den Richtlinienvorschlag eingearbeitet. Neben den Vorgaben zu den klassischen Strafen, sieht Art. 5 Abs. 5 des Richtlinienvorschlags bspw. vor, dass der Täter dazu verpflichtet werden soll, den vorherigen Zustand der Umwelt innerhalb

33 Die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) ist ein umweltpolitisches Instrument der Umweltvorsorge mit dem Ziel, umweltrelevante Vorhaben vor ihrer Zulassung auf mögliche Umweltauswirkungen hin zu überprüfen. In der Regel ist sie beschränkt auf die Überprüfung der Auswirkungen auf die umweltbezogenen Schutzgüter. Ökonomische und soziale Folgen sind kein Bestandteil der UVP.

34 *Nakane*, ZfiStw 2024, 45 (47).

35 *Nakane*, aaO.

36 *Busch*, wistra 2024, R 8 (R11).

einer bestimmten Frist wiederherzustellen. Diese Maßnahme ähnelt der zivilrechtlichen Naturalrestitution, wie wir sie aus dem deutschen BGB kennen (§ 249 Abs. 1 BGB). Darüber hinaus sind weitreichende Maßnahmen wie der zeitweilige oder dauerhafte Ausschluss vom Zugang zu öffentlicher Finanzierung oder Ausschreibungsverfahren sowie das Verbot einer Kandidatur für öffentliche Ämter vorgesehen. Außerdem möglich sind nationale oder unionsweite Veröffentlichungen der gerichtlichen Verurteilung.

Neben natürlichen Personen sollen nach dem Richtlinienvorschlag auch juristische Personen in die strafrechtliche Haftung genommen werden. Neben der – auch natürliche Personen – treffenden Verpflichtung, den vorherigen Zustand der Umwelt wiederherzustellen, wird auch hier der zeitweilige Ausschluss vom Zugang öffentlicher Finanzierung oder sogar das ständige Verbot der Ausübung einer Geschäftstätigkeit sowie die Entziehung von Genehmigungen genannt (Art. 7 Abs. 2). Ob insofern in Deutschland die Diskussion um ein Unternehmensstrafrecht wieder aufflammt, bleibt abzuwarten. Schließlich können die entsprechenden Maßnahmen auch auf ordnungswidrigkeitenrechtlicher Ebene getroffen werden. Letztlich wird man aber nicht umhinkommen, sich zumindest Gedanken über ein Verbandssanktionengesetz 2.0 zu machen. Denn neben diesen Maßnahmen sieht der Richtlinienvorschlag die Möglichkeit vor, Unternehmen dazu zu verpflichten, Systeme zur Erfüllung der Sorgfaltspflicht einzurichten, um die Umweltstandards zu verbessern. Dies könnte Verpflichtungen zur Implementierung von Compliance-Management-Systemen im Bereich des Umweltstrafrechts nach sich ziehen – zumindest indirekt, wenn es im Fall der Fälle zu einer vergünstigenden Berücksichtigung bei der Bemessung der Höhe der Geldbuße durch die Gerichte kommt. Denn Art. 7 Abs. 4, 5 des ursprünglichen Richtlinienvorschlags sah vor, für bestimmte strafbare Handlungen nach Art. 3 ein Höchstmaß der Geldbuße für juristische Personen in Höhe von mindestens fünf bzw. drei Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes vorzusehen. Nach dem jetzt erzielten Kompromiss zwischen Rat und Europäischem Parlament sollen die Mitgliedstaaten aber anstatt dieser Höchstgrenzen nach Umsatz auch Höchstbeträge von 35 bzw. 40 Millionen Euro vorsehen können.

IV. VOM UMWELTSTRAFRECHT ZUM KLIMASTRAFRECHT IN DEUTSCHLAND

Auch wenn insgesamt der Vorstoß zu begrüßen ist, Umweldelikte härter und konsequenter EU-weit zu ahnden, so ist doch festzuhalten, dass aus dem Umweltstrafrecht kein Klimastrafrecht geworden ist. Dies schon deshalb nicht, weil es keinen echten Ökozidatbestand in der neuen EU-Richtlinie geben wird und insoweit die Mitgliedstaaten auch nicht dazu verpflichtet sind, einen solchen einzuführen. Gleichwohl hat Frankreich bereits 2021 einen entsprechenden Straftatbestand normiert. Danach macht sich strafbar, wer schwere und dauerhafte Schäden für die Gesundheit, die Flora, die Fauna oder die Qualität der Luft, des Bodens oder des Wassers verursacht (Art. 231-3 Code Penal). Bestraft wird allerdings nur vorsätzliches Handeln.

Wie steht es nun um ein Klimastrafrecht in Deutschland? Zwar ist der Klimawandel in aller Munde und das BVerfG hat 2021 in seiner Entscheidung Leitlinien herausgearbeitet, die zum Handeln auffordern. So verpflichtet das Grundgesetz unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen. Die Schonung zukünftiger Freiheit verlangt laut BVerfG auch, den Übergang zur Klimaneutralität rechtzeitig einzuleiten.³⁷ Was ist nun aber, wenn zivil- und umweltrechtliche Instrumente an dieser Stelle versagen? Muss dann nicht das Strafrecht – zwar als ultima ratio aber wegen mangelnder Effektivität von staatlichen Gegenlenkungsmaßnahmen quasi nolens volens – eingesetzt werden, um den Klimawandel zu verhindern oder zumindest abzumildern? Bislang kommt dem Strafrecht in Deutschland bei der Bekämpfung des Klimawandels keine entscheidende Rolle zu.

Wir wollen zunächst schauen, woran das liegt, bevor wir uns der Frage der Notwendigkeit strafbewehrter Verbote zuwenden. Dogmatische Schwierigkeiten tauchen zunächst bei der Zurechnung konkreter Folgen des Klimawandels zum klimaschädlichen Verhalten Einzelner auf. Auch angesichts der globalen Natur des Klimawandels erscheint das traditionell national ausgerichtete Strafrecht auf den ersten Blick

37 BVerfG, EnWZ 2021, 268.

machtlos. Denn obwohl der Klimawandel aus naturwissenschaftlicher Sicht unbestreitbar auf menschliches Verhalten zurückzuführen ist, so ist es doch kaum nachweisbar, dass die Klimafolgeschäden im Rahmen der normativen Zurechnung sich als ›Werk‹ eines konkreten Einzelnen darstellen.³⁸ Denn letztlich begründet erst die Kumulation aller Belastungen der Atmosphäre mit Treibhausgasen seit Beginn der Industrialisierung den globalen Klimawandel und dessen weitreichende, schädliche Folgen.³⁹

Dazu kommt der fatale Umstand, dass sich eine Gesellschaft offensichtlich nicht dazu durchringen kann, etwas zu bekämpfen, was für sie zumindest kurzfristig nützlich ist, um ihre Konkurrenzfähigkeit im globalen Wettbewerb aufrechtzuerhalten.⁴⁰ Inwieweit klimabelastendem Verhalten Einhalt geboten werden kann, ist aufgrund der sozialen Nützlichkeit nicht primär Aufgabe des Strafrechts, sondern des Verwaltungsrechts.⁴¹ Dem Strafrecht kommt nur eine ergänzende, verstärkende Funktion zu, so dass klimaschädliches Verhalten per se nicht pönalisiert wird, sondern nur dann, wenn es unter Überschreitung des verwaltungsrechtlich Erlaubten geschieht.⁴² Hier sind wir wieder bei der Verwaltungsakzessorietät, da das Klima so von vornherein nur in seiner Ausgestaltung durch das Verwaltungsrecht geschützt wird.⁴³ Insofern gibt es ein Klimastrafrecht faktisch (noch) nicht, sondern ein Umweltstrafrecht, dass dann ggf. auch das Klima schützt.

Satzger und *von Maltitz* haben nun in einem Aufsatz zwei Überlegungen angestellt, um Strafrecht und Klimaschutz zusammenzuführen, die ich kurz zusammengefasst werden sollen.

Dem Zurechnungseinwand könnte durch eine Neubetrachtung des Schutzgutes effektiv begegnet werden. Denn letztlich trägt in ihrer Kumulation jede einzelne Erhöhung der Treibhausgaskonzentration

38 So mit ausführlicher Begründung, auf die im Weiteren Bezug genommen wird *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (4).

39 *Frisch*, GA 2015, 427 (433).

40 So *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (6).

41 *Krell*, Umweltstrafrecht, 2017, S. 8.

42 *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (6).

43 Zu dieser Auffassung mit zahlreichen Hinweisen *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (7).

zur langfristigen Schädigung des Weltklimas bei. Insofern wird vorgeschlagen, die Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre an sich als rechtliches Schutzgut anzuerkennen.⁴⁴ Dieses neuartige Schutzgut hat durchaus Ähnlichkeit mit bekannten Schutzgütern. So ist Schutzgegenstand der Luftverunreinigung nach § 325 StGB die Luft, allerdings nicht im Sinne einer absoluten und von Schadstoffen unbelasteten Reinheit, sondern im Sinne einer relativen Reinheit.⁴⁵ Das Umweltstrafrecht schützt die Umweltmedien Boden, Gewässer, Luft unmittelbar. Die Atmosphäre ist nun nach Satzger/von Maltitz nicht ›nur‹ ein weiteres Umweltmedium, sondern diesen als Grundvoraussetzung des Ökosystems der Erde strukturell vorgelagert.⁴⁶ Die Besonderheit liegt in der globalen Natur des Klimawandels, denn anders als die Luftverschmutzung in einem räumlich begrenzten Bereich, in dem die Schadstoffzusammensetzung lokal festgestellt werden kann, geht es beim Klimastraftrecht ja quasi um jegliche Belastung der Atmosphäre. Ein tatbestandlicher ›Erfolg‹ eines Klimadelikts könnte also nicht an der durch den Klimawandel bedingten Folge gemessen werden, sondern an der Erhöhung der gemittelten Treibhausgaskonzentration, d.h. an der Herbeiführung des Klimawandels an sich. Eine solche Erhöhung kann dann gegeben sein, wenn zum Zeitpunkt der Tathandlung der Belastung der Atmosphäre nicht bereits eine adäquate Kompensation bereitgestellt wird. Satzger und von Maltitz schlagen daher zur Feststellung des tatbestandlichen Erfolgs eine Gesamtsaldierung von positiven und negativen Emissionen vor.⁴⁷ Wie dies technisch umsetzbar ist, müsste wohl naturwissenschaftlicher Sachverständigenexpertise vorbehalten bleiben.

Jedenfalls die beiden Autoren gehen davon aus, dass der Nachweis der Kausalität zwischen der Belastung der Atmosphäre durch den einzelnen und der Erhöhung der gemittelten Treibhausgaskonzentration relativ einfach zu erbringen sei, da jede unkompenzierte

44 Neben *Satzger/von Maltitz* vgl. *Much*, in: Kluth/Smeddinck, Umweltrecht – Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 2020, § 6 Rn. 4; *Halfmann*, in: Schilbach/Halfmann, Wissen, Wissenschaft und Global Commons, 2012, S. 133.

45 Fischer, StGB, 70. Aufl. 2023, § 325 Rn. 2.

46 *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (12).

47 *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (15).

Belastung der Atmosphäre für sich betrachtet erfolgskausal sei.⁴⁸ Wie im klassischen Umweltstrafrecht auch, ist aber gerade die danach zu prüfende objektive Zurechnung problematisch. Der Täter muss nämlich eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen haben, die sich im konkreten Erfolg realisiert hat.⁴⁹ Überspitzt gesprochen, kann nicht jede menschliche Verhaltensweise, die mit zum Klimawandel beiträgt, strafrechtlich geahndet werden. So ist die Fortbewegung mittels Autos zwar klimaschädlich. Sie aber in die Strafbarkeit zu überführen, würde eine Erheblichkeitsschwelle negieren, die zwingend notwendig ist, um dem Strafrecht als ultima ratio weiterhin gerecht zu werden. Diese Erheblichkeitsschwelle kann sich jedoch – darauf weisen auch Satzger und von Maltitz hin – im Laufe der Zeit und je nach Zuspitzung des anthropogenen Klimawandels verschieben.⁵⁰ Wenn Art. 20a GG den Staat zum Klimaschutz verpflichtet, der auch auf die Herstellung von Klimaneutralität abzielt, so kann eben in Zukunft ggf. auch die Notwendigkeit bestehen, die Stellschrauben zur Bekämpfung enger zu ziehen und mit dem scharfen Schwert des Strafrechts Handlungen zu pönalisieren, die wir jetzt als sozialadäquat betrachten. Verstehen Sie mich nicht falsch. Ich möchte keine Überkriminalisierung, ich weise nur daraufhin, dass es zu einem Nachjustieren auch des Strafrechts kommen kann und muss, wenn andere rechtliche Rahmenbedingungen wirkungslos bleiben. Dies führt aber sicher nicht zu einer Kriminalisierung des Autofahrens.

Kernproblematik wird aber auch – und insoweit widerspreche ich Satzger und von Maltitz – weiterhin die Zurechnungsfrage sein. Denn letztlich wird im Umweltstrafrecht und auch im Klimastrafrecht aufgrund der Verwaltungsakzessorietät sozial gebilligtes Verhalten festgeschrieben. D.h. was erlaubt ist, kann nicht strafbar sein. Dies führte dann auch dazu, dass einer Strafanzeige deutscher Juristen gegen die kohlefördernde und -verbrennende Firma RWE-Power wegen der Feinstaubemissionen und der klimabedingten Tragödien von der LOStAin in Essen eine Absage erteilt wurde, Zitat: »Es muss letztlich der politischen Willensbildung überlassen bleiben, welche Eingrif-

48 Satzger/von Maltitz, ZStW 2021, 1 (16).

49 Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 13 Rn. 46.

50 Satzger/von Maltitz, ZStW 2021, 1 (17).

fe in die Umwelt noch als normgerecht angesehen werden können und anzusehen sind...«. Und weiter wird darauf hingewiesen, dass »die Handelnden nach behördlicher Genehmigung der ausgeführten Tätigkeiten grundsätzlich schon kein rechtlich missbilligtes Risiko schaffen, das einer Sanktionierung mit den Mitteln des Strafrechts zugänglich wäre.«⁵¹

Als zweite Überlegung sprechen Satzger und von Maltitz das Gebot der Klimaneutralität an. Dieses wird von der Klimawissenschaft als ›das‹ weltweit zu erreichende Ziel zur Überwindung der Klimakrise betrachtet. Klimaneutralität bedeutet im Kern einen ausgeglichenen Zustand zwischen positiven und negativen Emissionen, so dass die Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre auf längere Zeit gesehen nicht erhöht wird.⁵² Das BVerfG sieht nun die in Art. 20a GG enthaltene Verpflichtung des Staats zu Klimaschutz auch darin, Klimaneutralität herzustellen.⁵³ Hinsichtlich der Reduktion der Treibhausgasemissionen versuchte man bislang mittels öffentlich-rechtlicher Steuerungsmechanismen wie bspw. durch die Besteuerung klimabelastenden Verhaltens und Emissionshandel gegenzusteuern. Durch das Europäische Emissionshandelssystem werden nationale wie auch branchenbasierte Budgets von Treibhausgasemissionen festgelegt, die u.a. in Form von Zertifikaten verteilt werden. Es gibt eine begrenzte Menge an Zertifikaten, die handelbar sind, so dass ein preisbildender Markt entsteht. Dabei wird die Obergrenze der zertifizierten und handelbaren Treibhausgasemissionen schrittweise gesenkt, was der Einhaltung von Klimaschutzzielen dienen soll.⁵⁴

Schauen wir aber auf die unkompensierte Nutzung fossiler Brennstoffe, die, obwohl klimaschädlich, immer noch sozialadäquates und auch gewolltes Handeln ist. Denkt man an die ›Netto-Null‹, d.h. einen ausgeglichenen Zustand zwischen positiven und negativen Emissionen, so läuft jedes unkompensierte positive Emittieren von Treibhausgasen der Klimaneutralität zuwider, so dass ein grundsätzliches Verbot jeglicher solcher unkompensierter Emissionen erforderlich

51 Brief der LOSa´ in Essen vom 7.7.2023 – 28 Js 391/18, zitiert über *Comes*, KlimR 2023, 361.

52 *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (20).

53 BVerfG, EnWZ 2021, 268.

54 *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (20); ausf. *Kreuter-Kirchhof*, EuZW 2017, 412 (413).

ist. Insofern fordern Satzger und von Maltitz die Umwandlung gegenwärtiger Reduktionsmechanismen in nachhaltige Kompensationsmechanismen.⁵⁵ Was hat das nun mit Strafrecht zu tun? Wenn man die Reduktionsmechanismen in eine Kompensationspflicht umwandeln würde, so würde ein Verstoß hiergegen, also bereits das unkompenzierte Emittieren ggf. eine Strafbarkeit auslösen können. Dann aber müsste man auch hier wieder Erheblichkeitsschwellen einbauen – denn auch wenn ich atme, produziere ich als Mensch Kohlendioxid ohne dies ausgleichen zu können und zwar je nach körperlicher Belastung zwischen 168 und 2040 Kilogramm pro Jahr.⁵⁶ Auch die Umwandlung in eine Kompensationspflicht allein hilft also nicht weiter.

Neben diesen zwei Überlegungen zur Zurechnung und Kompensationspflicht weisen Satzger und von Maltitz aber meines Erachtens zu Recht auf Schwierigkeiten im Strafanwendungsrecht hin. Denn strafanwendungsrechtliche Implikationen stellen sich – geht man von dem Konzept der Klimaneutralität aus – immer dann, wenn ein Staat bereits faktisch klimaneutral ist, Klimaneutralität aber weltweit noch nicht erreicht wurde. Denn dann stellt sich die Frage, ob der klimaneutrale Staat sein nationales Klimastrafrecht auch auf extraterritoriales Emissionsverhalten anwenden kann.⁵⁷ Stellt man, wie vorhin ausgeführt, als Schutzgut auf die global gemittelte Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre ab, so spricht dies für einen globalen Erfolgsort. Denn die Schädigung des Klimasystems tritt dann nicht nur im Luftraum des betroffenen Staatsterritoriums auf, sondern überall in der Erdatmosphäre. Dann aber wäre jeder Nationalstaat grundsätzlich auch berechtigt, nach dem strafanwendungsrechtlichen Territorialitätsprinzip auch jede unkompenzierte extraterritoriale Emission von Treibhausgasen zu bestrafen.⁵⁸ Allerdings sind dann Souveränitätskonflikte vorprogrammiert. Denn ein Staat hätte es in der Hand, nicht nur seine Klimaziele mit den Mitteln des Strafrechts in anderen Staaten durchzusetzen, sondern auch den Erheblichkeits-

⁵⁵ Satzger/von Maltitz, ZStW 2021, 1 (23).

⁵⁶ S. <https://www.co2online.de/service/klima-orakel/beitrag/wie-viel-co2-atmet-der-mensch-aus-8518/#:~:text=Je%20nach%20Körpergewicht%2C%20Körpermasse%20und,CO2%20pro%20Liter%20Luft>. (zuletzt abgerufen am 23.2.2024).

⁵⁷ Satzger/von Maltitz, GA 2023, 63 (69).

⁵⁸ aaO, S. 74.

grad strafbaren Verhaltens quasi einem anderen Staat aufzuoktroieren.⁵⁹ Insofern verbleiben erhebliche Zweifel an der Legitimität eines solchen weitreichenden Eingriffs in die staatliche Souveränität.⁶⁰ Daher machen Satzger und von Maltitz den Vorschlag, dass die globale Anwendung nationaler Klimastraftatbestände legitimerweise nur dann auf das Territorialitätsprinzip gestützt werden können, wenn die Nutzung des globalen Gutes der Atmosphäre bereits völkerrechtlich geregelt ist, d.h. die Staaten bereits verbindlich darauf verzichtet haben, das Emissionsverhalten auf ihrem Territorium frei zu gestalten.⁶¹ Einen solchen völkerrechtlich verbindlichen Verzicht auf die Ausübung staatlicher Souveränität sehen nun Satzger und von Maltitz in dem Pariser Abkommen, in dem sich die Internationale Gemeinschaft auf ein »deutlich unter 2 Grad« Ziel bzw. die Herstellung von Klimaneutralität in der zweiten Hälfte des 21. Jahrhunderts geeinigt hat.⁶² Zwar ist das Pariser Abkommen im Klimaschutzrecht ein wichtiger Baustein für die zunehmende Transnationalisierung des Rechts.⁶³ Doch abgesehen davon, dass wir von der zweiten Hälfte des 21. Jahrhunderts noch weit entfernt sind, wurde doch – insoweit vielfach kritisiert – auf eine völkerrechtliche Festlegung konkreter Reduktionsverpflichtungen verzichtet. Außerdem ist nichts dazu enthalten, wie die Ziele erreicht werden sollen, insbesondere fehlen Durchsetzungs- und Sanktionierungsinstrumente.⁶⁴ Insofern eignet sich das Paris-Abkommen meines Erachtens nicht dazu, als Verzicht auf die Ausübung staatlicher Souveränität in bzgl. auf das Klimastrafrecht verstanden zu werden.

59 In diesem Sinne auch *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (28).

60 So auch noch *Satzger/von Maltitz*, ZStW 2021, 1 (29).

61 *Satzger/von Maltitz*, GA 2023, 63 (77).

62 *Satzger/von Maltitz*, GA 2023, 63 (77).

63 *Franzius*, ZUR 2018, 515 (520).

64 *Franzius*, ZUR 2017, 515 (521).

V. FAZIT

Was bleibt also für den Ökozid? Die schon eingangs angesprochene Idee, den Ökozid im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zu verorten, scheint mir nicht zielführend. Von dogmatischen Unterschieden zu den darin normierten Völkerrechtsverbrechen einmal abgesehen, würde die Umsetzung doch mehrere Jahrzehnte betragen – man denke nur an die spätere Einführung des Art. 8bis und die Normierung des Verbrechens der Aggression. Daneben bleibt der generell dem Internationalen Strafgerichtshof anhaftende Vorwurf, bei Nichtvertragsstaaten ohnehin ein stumpfes Schwert mangels Verfolgbarkeit dort begangener Völkerrechtsverbrechen zu sein. China, Russland und die USA sind bspw. keine Vertragsstaaten. Dann hätte man aber immer den Vorwurf eines zwei Klassen Klimastrafrechts, dem man sich ganz leicht dadurch entziehen kann, indem man die Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs nicht anerkennt.

Also brauchen wir doch ein Ökozidtatbestand im Strafgesetzbuch, um zumindest unsere nationalen Ziele in Bezug auf die Klimaneutralität wirksamer durchsetzen zu können? Ich denke, der Vorschlag, bereits einen Verstoß gegen Kompensationspflichten in Bezug auf die Klimaneutralität als Straftatbestand zu normieren, würde deutlich zu weit gehen. Insofern scheint mir der von der EU-Umweltstrafrechtsrichtlinie eingeschlagene Weg ein – wenn auch ein zögerlicher – so doch richtiger und wichtiger Schritt in die richtige Richtung zu sein, den es weiter anzupassen gilt. Die deutsche Fassung zum Richtlinienvorschlag bestimmt wie bereits zitiert in Art. 8 lit. b, dass die Straftat die Zerstörung oder einen irreversiblen oder dauerhaften erheblichen Schaden eines Ökosystems verursacht.⁶⁵ D.h. der Ökozid wird nicht zum Auffangtatbestand,⁶⁶ sondern setzt eine Straftat voraus und bleibt somit dem Umweltstrafrecht und seinem Akzesessorietätsgedanken verhaftet. Dies erscheint auch angemessen, da eine losgelöste Strafbarkeit unabhängig von bereits pönalisierten Verhaltensweisen und behördlichen Genehmigungen erhebliche Rechtsun-

⁶⁵ Sie weicht also im Detail von der englischen Fassung ab, s. hierzu *Nakane*, ZfiStw 2024, 45 (47).

⁶⁶ So aber wohl *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (218).

sicherheiten zur Folge hätte⁶⁷ und zudem sicherlich einer kritischen Prüfung durch das BVerfG unterzogen würde. Man könnte aber überlegen, ob man neben bereits bestehenden Straftaten zumindest auch einen Handlungskatalog weiteren strafbaren Verhaltens schafft, der bei entsprechenden Schäden unter den Ökozidatbestand fällt. Soweit im Schrifttum gefordert wird, auf einen irreversiblen oder dauerhaften Schaden zu verzichten und auch das Merkmal der Erheblichkeit nicht zu streng auszulegen,⁶⁸ muss man differenzieren. Zuzustimmen ist sicherlich dem Gedanken, dass ein irreversibler oder dauerhafter Schaden nur schwer nachzuweisen ist, ein irreversibler vermutlich noch schwerer als ein dauerhafter. Zudem ist die Frage der kausalen Verursachung nicht trivial. An dieser Stelle könnte man jedoch meines Erachtens den Gedanken der Zurechnungsmodifizierung von Satzger und von Maltitz heranziehen und Zurechnungsmodelle für das Klimastrafrecht überdenken. Letztlich wird uns das Klimastrafrecht, wenn es denn kommt, vor diverse rechtsdogmatische Herausforderungen stellen.

Zudem wird das Klimastrafrecht stets im Wandel begriffen sein, je nachdem vor welchen Herausforderungen wir als Gesellschaft oder Weltengemeinschaft stehen. So kann auch die Erheblichkeitsschwelle, ab wann ein Schaden zu bejahen ist, je nach Dringlichkeit der Klimakrise höher oder niedriger bemessen sein. Insgesamt, so muss ich gestehen, bin ich in Sachen Klimastrafrecht in meinen Überlegungen noch ganz am Anfang, meine aber, dass unser klassisches Umweltstrafrecht den Kampf gegen den Klimawandel nicht gewinnen kann und wir das Klimastrafrecht neu denken müssen. Wie genau, da liegen erste Anregungen vor, die weiterzuentwickeln sind, um hier sowohl dem ultima ratio Gedanken des Strafrechts als auch den Herausforderungen der Bekämpfung des Klimawandels gerecht zu werden.

67 *Momsen/Süttmann*, ZRP 2023, 215 (217).

68 So Nakane, *ZfStw* 2024, 45 (56)

Dr. Ulrich Leimenstoll

VERTEIDIGUNG IN UMWELTSTRAFSACHEN

Aus den Charakteristika des Umweltstrafrechts ergeben sich besondere Anforderungen an die Verteidigung. Der nachfolgende, angesichts seines Umfangs naturgemäß nicht abschließende Vortrag soll ausgewählte Bereiche dieses breiten Themenspektrums näher beleuchten.

I. CHARAKTERISTIKA DES UMWELTSTRAFRECHTS

1. WEIT VERSTREUTE UND VIELSCHICHTIGE STRAF- UND BUSSGELDVORSCHRIFTEN

Durch das 18. StrÄndG wurden im Jahr 1980 zentrale Tatbestände des Umweltstrafrechts, die bis dahin im Nebenstrafrecht (insbes. im früheren AbfG, dem BImSchG und dem WHG) geregelt waren, weitestgehend in das StGB integriert und dort dem 29. Abschnitt zugeordnet (§§ 324 ff. StGB, Strafbestimmungen zum Schutz der Umwelt).¹ Außerdem wurden Straftatbestände des AtomG in das StGB eingefügt.² Mit der »strafrechtlichen Aufwertung« durch Integration in das Kernstrafrecht sollte der »sozialschädliche Charakter« der Umweltdelikte stärker in das Bewusstsein der Allgemeinheit gerückt werden.³

1 Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität v. 28.03.1980, BGBl. I, S. 373.

2 Näher dazu *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 2; Nr. 268 RiStBV verweist auf §§ 307 Abs. 2 - 4, 309 Abs. 3 u. 6, 310, 311, 312 StGB.

3 Vgl. BT-Drs. 8/2382, S. 1.

Neben den Regelungen des StGB findet sich nach wie vor eine nicht unerhebliche Anzahl von Strafvorschriften zum Schutz der Umwelt in anderen (Neben-)Gesetzen, wie etwa §§ 27 ff. ChemG, §§ 71, 71a BNatSchG, § 69 PflSchG oder §§ 40, 42 SprengG.⁴ Schließlich enthalten zahlreiche Umweltgesetze Bußgeldvorschriften, wie etwa § 62 BImSchG, § 26 BBodSchG, § 103 WHG, § 69 KrWG, § 26 ChemG, § 18 AbfVerbrG, § 69 BNatSchG oder § 68 PflSchG.⁵ Teilweise werden diese Ordnungswidrigkeitentatbestände inhaltlich (erst) auf der Ebene von Verordnungen mit Leben gefüllt, wie beispielsweise in § 13 GewAbfV i.V.m. § 69 Abs.1 Nr. 8 KrWG. Nr. 268 II 1 RiStBV verweist schließlich darauf, dass im Bereich des Umweltstrafrechts außerdem landesrechtliche Straf- und Bußgeldvorschriften von erheblicher Bedeutung sein können – wie beispielsweise § 17 LImSchG NRW der seinerseits wiederum teilweise auf Rechtsverordnungen, teilweise auf ordnungsbehördliche Verordnungen verweist.

Mit der Integration der wichtigsten Strafvorschriften ins StGB wurden diese nicht nur teilweise aus dem Zusammenhang mit anderen Straf- und Bußgeldtatbeständen gerissen, die im Nebenstrafrecht verblieben sind, sondern auch aus dem unmittelbaren Umfeld der Vorschriften herausgenommen, welche die blankettartigen Vorschriften der §§ 324 ff. StGB inhaltlich maßgeblich ausfüllen.⁶ Teilweise wird daher beklagt, dass sowohl die Erkennbarkeit als auch die Gesetzesbestimmtheit gelitten hätten.⁷ Derartige Bedenken greifen allerdings nicht durch, solange das Strafgesetz den Grund und das Ausmaß des strafbaren Verhaltens bestimmt und es der Verwaltung lediglich überlassen bleibt, das zu spezifizieren, was im Strafgesetz und der Ermächtigungsnorm bereits im Wesentlichen (durch den

4 Der Regelungsgegenstand des § 18a AbfVerbrG (Abfallverbringungsgesetz), der Teilbereiche der illegalen Verbringung von Abfällen (unter Verletzung europarechtlicher Vorgaben) unter Strafe stellt, war zwischenzeitlich (ab 2013) in den § 326 Abs. 2 StGB a.F. integriert, ist allerdings 2016 wieder in das Nebenstrafrecht »ausgelagert« worden, Gesetz zur Änderung abfallverbringungsrechtlicher Vorschriften v. 01.11.2016, **BGBI. I, S. 2452**.

5 Vgl. hierzu insbes. die Übersicht in **Nr. 268 RiStBV**.

6 Vgl. zur »Unübersichtlichkeit des Umweltstrafrechts« *Ransiek*, in: NK-StGB, 6. Aufl., Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 17; ähnlich *Lindemann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 11 Rn. 7.

7 *Kühl*, in: FS für Lackner, 1987, S. 815, 819 ff.; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 3.

Gesetzgeber) entschieden worden ist.⁸ So hat etwa das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1987 entschieden – das betrifft nicht nur die Frage der Unübersichtlichkeit, sondern insbesondere auch die inhaltliche Verwaltungsakzessorietät der Strafnormen [näher dazu unten] – der (damalige) § 327 Abs. 2 Nr. 1 StGB sei verfassungsgemäß, soweit der Betrieb einer genehmigungsbedürftigen Anlage ohne die nach dem BImSchG notwendige Genehmigung unter Strafe gestellt werde.⁹

2. ZUSTÄNDIGKEITEN UND BEHÖRDEN

Die Verfolgung von Umweltstraftaten und -ordnungswidrigkeiten gehört grundsätzlich zu den Aufgaben der Bundesländer. Beispielsweise Nordrhein-Westfalen hat kürzlich (Nov. 2023) bei der Staatsanwaltschaft in Dortmund eine ›Zentralstelle für die Verfolgung der Umweltkriminalität in Nordrhein-Westfalen‹ (ZeUK NRW) eingerichtet, also eine Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Umweltkriminalität. Zum Jahresbeginn 2024 hat beim LKA in Nordrhein-Westfalen eine sog. ›Vernetzungsstelle Umweltkriminalität‹ ihre Arbeit aufgenommen, welche die Akteure der Bekämpfung der Umweltkriminalität beraten und als Bindeglied zwischen den zuständigen Stellen fungieren soll. Dazu gehören u.a. das Landesamt für Natur-, Umwelt- und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (LANUV NRW), die Bezirksregierungen (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 2 ZustVU NRW: obere Umweltschutzbehörden), die Wasserschutzpolizei etc.¹⁰ Auch andere Länder haben ähnliche Strukturen geschaffen, um im Bereich der Umweltdelikte die Strafverfolgung zu forcieren.¹¹

Teilweise sehen einzelne Gesetze allerdings auch eine Zuständigkeit des Bundes vor. So ist etwa das Umweltbundesamt zustän-

8 BVerfGE 75, 329, 342; BVerfG NJW 1993, 1910; *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 8.

9 BVerfGE 75, 329, 342.

10 <https://polizei.nrw/presse/vernetzungsstelle-gegen-umweltkriminalitaet-geht-an-den-start-0>, abgerufen am 25.03.2024; allgemein etwa ZustVU NRW, in Kraft getreten am 31.03.2015 (GV. NRW. S. 268); zuletzt geändert durch Art. 21 des Gesetzes v. 01.02.2022 (GV. NRW. S. 122), in Kraft getreten am 19.02.2022.

11 Vgl. etwa ›Schwerpunktstaatsanwaltschaft zur Bekämpfung der schweren Wirtschafts- und Umweltkriminalität‹ in Brandenburg, <https://mdj.brandenburg.de/mdj/de/presse/pressemitteilungen/ansicht/~28-06-2020-brandenburger-justiz-nimmt-bundesweite-vorreiterrolle-im-kampf-gegen-schwere-umweltkriminalitaet>, abgerufen am 25.03.2024.

dig für die Verfolgung und Ahndung einiger Ordnungswidrigkeiten nach § 45 ElektroG (Elektro- und Elektronikgerätegesetz) sowie nach § 29 BattG (Batteriegesetz).¹² § 70 Nr. 1 BNatSchG bestimmt die Zuständigkeit des Bundesamtes für Naturschutz; § 19 LkSG (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz) regelt die Zuständigkeit des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle. Auch beim Bundeskriminalamt weist das Organigramm eine sog. „Koordinierungsstelle Umweltkriminalität“ aus.¹³ Außerdem können (neben der auf Landesebene angesiedelten Polizei, § 152 GVG) die Zollbehörden mit Ermittlungen betraut werden (vgl. etwa § 73 BNatSchG), was insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten geschieht (vgl. etwa § 48 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG).¹⁴

Schließlich existieren auf europäischer Ebene Netzwerke der Vollzugsbehörden (IMPEL, EnviCrimeNet, ENPE) und Richter (EUFJE) im Umweltbereich, die von der europäischen Kommission unterstützt werden.¹⁵ Letztere überwacht die Einhaltung des europäischen Umweltrechts und setzt sich – etwa durch Richtlinienvorschläge – für einen effektiven (auch) strafrechtlichen Schutz der Umwelt ein.

3. VERWALTUNGSAKZESSORIETÄT DES UMWELTSTRAFRECHTS

Die Vorschriften der §§ 324 ff. StGB sind – mit Ausnahme des § 330a StGB – verwaltungsakzessorisch ausgestaltet. Strafbar kann nur solches Verhalten sein, das auch nach der Verwaltungsrechtslage nicht zulässig ist. Daher gilt die Faustregel: »Was das Verwaltungsrecht erlaubt, kann das Strafrecht nicht verbieten.«¹⁶

Dies kommt im Gesetzestext beispielsweise in Formulierungen wie »unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten« oder »ohne die erforderliche Genehmigung« zum Ausdruck. Eine verwaltungs-

12 Die Zuständigkeit ist geregelt in § 36 ElektroG bzw. § 19 BattG.

13 https://www.bka.de/DE/DasBKA/OrganisationAufbau/Organigramm/Organigramm_node.html#doc178688bodyText1, abgerufen am 25.03.2024.

14 Vgl. hierzu »**Status quo und Weiterentwicklung des Umweltstrafrechts und anderer Sanktionen: Instrumente zur Verbesserung der Befolgung von Umweltrecht (Compliance)**«, TEXTE 135/2019 – Bericht im Auftrag des Umweltbundesministeriums, S. 85.

15 <https://www.umweltbundesamt.de/durchsetzung-des-umweltrechts>, abgerufen am 25.03.2024.

16 *Rogall* NStZ 1992, 565.

rechtliche Pflicht kann sich nach der nunmehr in § 330d Abs. 1 Nr. 4 StGB festgelegten Definition aus einer Rechtsvorschrift, einer gerichtlichen Entscheidung, einem vollziehbaren Verwaltungsakt, einer vollziehbaren Auflage oder einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ergeben. Das Umweltstrafrecht wird in seiner Wirkungsweise also maßgeblich durch das Umweltverwaltungsrecht und die Verwaltungspraxis bestimmt.¹⁷

(a) Begriffliche Akzessorietät

Für alle Umweltschutzdelikte ist zunächst die Begriffsakzessorietät zum Umweltverwaltungsrecht zu berücksichtigen. Das bedeutet, dass bei der Auslegung einzelner Merkmale des Straftatbestands grundsätzlich die umweltverwaltungsrechtliche Definition berücksichtigt werden muss. So muss etwa beim Begriff des »Gewässers« im Sinne von § 324 StGB die – sehr differenzierte – Begriffsbestimmung in § 3 WHG Berücksichtigung finden.¹⁸ Dabei bildet regelmäßig gemäß Art. 103 Abs. 2 GG der Wortlaut der strafrechtlichen Norm die äußerste Grenze der Auslegung.¹⁹

(b) Verwaltungsrechtsakzessorietät

Darüber hinaus nehmen strafrechtliche Normen des Umweltstrafrechts durch Verweise Bezug auf verwaltungsrechtliche Normen (Verwaltungsrechtsakzessorietät).

Häufig gehören die »Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten« bzw. das Handeln »ohne Genehmigung« – definiert in § 330d Abs. 1 Nr. 4 bzw. 5 StGB – als eigenes Tatbestandsmerkmal zum Verbotstatbestand der Norm. Eine wirksame Genehmigung schließt daher die Erfüllung solcher Tatbestände aus, die (als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) ein Handeln ohne diese Genehmigung unter Strafe stellen.²⁰

¹⁷ *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 2.

¹⁸ Vgl. *Rettenmaier/Gehrmann*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 5.

¹⁹ *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 43.

²⁰ *Preschke* wistra 1996, 161, 165; *Rettenmaier/Gehrmann*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 6.

In anderen Fällen, die als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt ausgestaltet sind (»unbefugt«, vgl. §§ 324, 326 StGB), führt die verwaltungsbehördliche Gestattung des typischerweise sozialschädlichen Eingriffs in die Umweltmedien nach herrschender Meinung (nur) zu einer Rechtfertigung des sonst tatbestandlichen Verhaltens.²¹

Schließlich existieren Straftatbestände zur Sanktionierung von Verhaltensweisen mit besonders hohem Gefährdungspotential (wie etwa das Betreiben von kerntechnischen Anlagen, § 327 Abs. 1 StGB), in denen allein die Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten (»ohne die erforderliche Genehmigung oder entgegen einer vollziehbaren Untersagung«) bereits den Tatbestand des Delikts erfüllt.²²

(c) Verwaltungsaktsakzessorietät

Die Verwaltungsaktsakzessorietät führt nach ganz herrschender Meinung dazu, dass bei einem formell wirksamen, die betreffende Handlungsweise »erlaubenden« Verwaltungsakt eine Strafbarkeit im Rahmen des Umweltstrafrechts ausgeschlossen ist – ungeachtet seiner materiellen Rechtmäßigkeit.²³ Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn ein rechtswidriger Verwaltungsakt rückwirkend aufgehoben wird.²⁴ Mit Ausnahme einer Nichtigkeit nach § 44 VwVfG und einiger nunmehr in § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB geregelten »Extrem-Fälle«, wie etwa einer durch Drohung oder Bestechung erwirkten Zulassung, entfaltet damit auch eine rechtswidrige Genehmigung grundsätzlich rechtfertigende Wirkung.²⁵ Umgekehrt kann auch ein zu Unrecht – da materiell fehlerhaft – ergangener belastender Verwaltungsakt eine Strafbarkeit begründen, da dessen Bestandskraft nur im rechtsförmigen Verfahren ggf. beseitigt werden kann.²⁶

21 BayObLG JR 1983, 120, 121; *Czychowski* ZfW 1980, 205, 206; *Schall* NStZ 1997, 577, 578; *Schünemann* wistra 1986, 235, 238; *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 279.

22 *Michalke*, Umweltstrafsachen, 3. Aufl., Rn. 297; *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 7 m.w.N.

23 BGHSt 50, 105, 112 ff.; OLG München NJW 2007, 1152, 1153.

24 *Rudolphi* NStZ 1984, 193, 197; *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 9.

25 *Saliger*, UmweltStrafR, Rn. 111; *Heine/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl., § 330d Rn. 25; *Perschke* wistra 1996, 161, 165; *Ransiek*, in: NK-StGB, 6. Aufl., Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 49; *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl., Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 82, 83 m.w.N.

26 BGHSt 31, 314, 315; *Heine/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl., Vor §§ 324 Rn. 16a; *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 9 m.w.N.

Nach herrschender Meinung kann auch die materielle Genehmigungsfähigkeit eine fehlende Befugnis bzw. Genehmigung grundsätzlich nicht ersetzen.²⁷ Für den Fall, dass eine Genehmigungspflicht besteht (gebundene Entscheidung/Ermessensreduzierung »auf Null«),²⁸ wird in der Literatur allerdings teilweise ein persönlicher Strafaufhebungsgrund diskutiert, teilweise sogar ein Rechtfertigungsgrund angenommen.²⁹

Eine behördliche Duldung ist ihrer Struktur nach kein mit der Genehmigung oder Planfeststellung vergleichbarer behördlicher Einzelakt – und kann demgemäß auch keine »sonstige Zulassung« im Sinne von § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB darstellen.³⁰ Einer passiven (»schlichten«) behördlichen Duldung kommt damit nach herrschender Auffassung grundsätzlich keine unrechtsausschließende Wirkung zu.³¹ Etwas anderes soll hingegen für den Fall einer aktiven (oder »ausdrücklichen«) Duldung gelten.³²

(d) Verwaltungsjudikatsakzessorietät

§ 330d Abs. 1 Nr. 4b StGB normiert zudem die Verwaltungsjudikatsakzessorietät. Das Strafrecht muss danach dem Verwaltungsrecht folgen, wenn dort Entscheidungen der Verwaltung gerichtsfest geworden sind.³³

(e) Gleichstellung des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts

§ 330d Abs. 2 StGB enthält schließlich eine Gleichstellungsklausel, welche die Akzessorietät auf das (europäische) Umweltverwaltungsrecht

27 Vgl. BGH NJW 2020, 2282, 2283 f. (zu § 284); BGHSt 37, 21, 28 f.; OLG Frankfurt a. M. NJW 1987, 275; OLG Köln wistra 1991, 74, 75; Fischer, StGB, 71. Aufl., Vor §§ 324 ff. Rn. 10.

28 Heine/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., Vor §§ 324 Rn. 19; Rettenmaier/Gehrmann, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 10 m.w.N.

29 Vgl. hierzu Papier NuR 1986, 1, 6; Rudolphi ZfW 1982, 197, 209; Schmitz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 94 f. m.w.N.

30 Rettenmaier/Gehrmann, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 13.

31 BGHSt 37, 21, 28; LG Bonn NStZ 1988, 224 f.; Kühn wistra 2002, 41, 46; Kloepfer/Heger, UmweltStrafR, 3. Aufl., Rn. 105; Michalke, Umweltstrafsachen, 3. Aufl., Rn. 95.

32 Vgl. hierzu OLG Celle ZfW 1987, 126 ff.; Deiters/Reuter/Wagner NStZ 2021, 321, 323 ff. m.w.N.; Lesch ZfWG 2021, 236, 241; Linke ZJS 2022, 46, 48; Rengier ZStW 101 (1989), 874, 906 f.; Rönna, in: LK-StGB, 12. Aufl., Vor § 32 Rn. 292 f. m.w.N.; Saliger, UmweltstrafR, Rn. 129.

33 Leipold, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 12; Rettenmaier/Gehrmann, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 11.

der Mitgliedstaaten für dort begangene Taten ausgedehnt, soweit der betreffende europäische Rechtsakt den Schutz der Umwelt und »insbesondere« der anerkannten Umweltmedien bezweckt (§ 330d Abs. 2 S. 2 StGB). Die Gleichstellungsklausel verpflichtet die deutsche Strafjustiz damit zur selbstständigen (vgl. § 262 StPO) Prüfung und Auslegung des mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechts; gesondert zu prüfen bleiben die davon unabhängig erforderlichen Voraussetzungen der §§ 5 ff. StGB.³⁴

4. FAHRLÄSSIGKEITSSTRAFBARKEIT

Zum Zweck des effektiven und umfassenden Umweltschutzes sehen die Straftatbestände des Umweltstrafrechts nahezu durchgängig eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit (sowie auch eine Versuchsstrafbarkeit) vor.³⁵ Teilweise ist die erhöhte (Fahrlässigkeits-)Schwelle der Leichtfertigkeit erforderlich, um den Vorwurf einer Straftat zu begründen (vgl. etwa § 325 Abs. 5 StGB, § 329 Abs. 6 StGB). Da die Tatbestände des Umweltstrafrechts durch eine Vielzahl von Bußgeldtatbeständen ergänzt werden, geht es bei der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nicht um die Vermeidung gänzlicher Sanktionierungslücken – wie dies etwa vor der Einführung des § 8 Abs. 3 SchwarzArbG in Fällen des Vorenthalten von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) der Fall war –, sondern um die Ahndung und »Qualifizierung« als Straftat.

Beim objektiven Sorgfaltsmaßstab wird im Bereich des Umweltstrafrechts regelmäßig darauf abgestellt, wie sich ein »umweltbewusster Rechtsgenosse« in der konkreten Situation verhalten hätte.³⁶ Die insoweit gestellten Anforderungen lassen sich auch nicht ohne Weiteres durch Delegation oder Auslagerung von bestimmten Tätigkeiten umgehen; nach einer Entscheidung des BGH verletzt beispielsweise auch derjenige Sorgfaltspflichten, der einen anderen mit der Besei-

34 *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 12.

35 Vgl. *Saliger*, UmweltstrafR, Rn. 59; *Lindemann*, in: *Rotsch*, Criminal Compliance, § 11 Rn. 14; in der Lit. ist angesichts einer flächendeckenden Einführung von Fahrlässigkeitstatbeständen teilweise die Sorge vor einer drohenden Überkriminalisierung im Bereich ökologisch unbedeutender Umweltschädigungen geäußert worden, vgl. *Winkemann*, Probleme der Fahrlässigkeit im Umweltstrafrecht: erläutert anhand des § 324 III StGB (1991).

36 OLG Oldenburg NStZ-RR 2016, 14; OLG Celle ZUR 2016, 314; OLG Stuttgart NStZ 1989, 122, 123; *Witteck*, in: *BeckOK-StGB*, 59. Edition, § 324a Rn. 22.

tigung von Abfallstoffen beauftragt, ohne sich darüber zu vergewissern, dass dieser tatsächlich zur ordnungsgemäßen Abfallbeseitigung imstande und rechtlich befugt ist.³⁷ Diese Entscheidung war insofern bemerkenswert, als der BGH es nicht für ausreichend erachtete, dass das beauftragte Unternehmen dem ›Bund Deutscher Entsorger‹ angehörte, dem Auftraggeber von einem chemischen Sachverständigen empfohlen worden war und keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Abfallstoff nicht ordnungsgemäß entsorgt werden würde.³⁸

Eine gewisse Konkretisierung erfährt der anzulegende Sorgfaltsmaßstab durch gesetzliche oder verwaltungsbehördlich aufgegebenen Betreiberpflichten oder technische Anforderungen an bestimmte Anlagen.³⁹ Zwar sehen sich die in diesem Zusammenhang durch den Gesetzgeber verwendeten Formulierungen wie die Bezugnahme auf die »allgemein anerkannten Regeln der Technik« (z.B. in § 60 Abs. 1 S. 2 WHG), den »Stand der Technik« (z.B. in § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BImSchG) bzw. den »Stand von Wissenschaft und Technik« (z.B. in § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG) ihrerseits dem Vorwurf geringer Bestimmtheit ausgesetzt; die in Rede stehenden Klauseln verweisen jedoch auf die in technischen Normen statuierten (Umwelt-)Standards, die abgestufte Anforderungsniveaus formulieren, an denen sich auch die strafrechtliche Prüfung orientieren kann.⁴⁰ Wer die gesetzlich festgelegten Technikstandards einhält, kann nur in Fällen von deren offensichtlicher Unzulänglichkeit mit einem Fahrlässigkeitsvorwurf belangt werden.⁴¹

Strafrechtlich relevant sind grundsätzlich nur solche Pflichten, die gerade Art oder Umfang der Beeinträchtigung des betreffenden Umweltmediums regeln und zumindest auch dessen Schutz dienen.⁴² Die wohl überwiegende Auffassung handhabt dieses Kriterium allerdings

37 BGHSt 40, 84.

38 Vgl. hierzu *Lindemann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 11 Rn. 15; kritisch u.a. *Michalke StV* 1995, 137 ff.; *Saliger*, UmweltstrafR, Rn. 254.

39 BVerwG ZUR 2016, 103; OLG Düsseldorf NJW 1993, 1408; OLG Celle NJW 1995, 3197 ff.; *Witteck*, in: BeckOK-StGB, 59. Edition, § 324 Rn. 23 ff. m.w.N.; *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 117.

40 *Lindemann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 11 Rn. 16 m.w.N.

41 *Saliger*, UmweltstrafR, Rn. 256.

42 *Witteck*, in: BeckOK-StGB, 59. Edition, § 324 Rn. 23 m.w.N.; *Ransiek*, in: NK-StGB, 6. Aufl., § 324 Rn. 47.

grundsätzlich eher »großzügig« (indem beispielsweise bei verkehrsrechtlichen Regelungen ein gewässerspezifischer Schutzzweckzusammenhang angenommen wird).⁴³

5. INTERNATIONALE BEZÜGE DES UMWELTSTRAFRECHTS

Internationale Bezüge des Umweltstrafrechts ergeben sich nicht erst aus zielgerichtetem grenzüberschreitenden Tun – wie etwa der Verbringung von Abfällen ins Ausland. Es liegt vielmehr in der Natur der Umweltmedien – wie etwa Wasser oder Luft – dass diese nicht an (politischen) Grenzlinien enden.⁴⁴ Eine effektive Bekämpfung von Umweltkriminalität kann und darf daher ebenfalls nicht an Staatsgrenzen haltmachen, wenn deliktisches Handeln sich erst im Ausland auswirkt.⁴⁵

(a) Deutsches (Umwelt-)Strafanwendungsrecht

Die heute herrschende Meinung bejaht unter Hinweis auf § 330d Abs. 1 Nr. 1 StGB die Anwendbarkeit der §§ 324 ff. StGB auch auf die Beeinträchtigung ausländischer Umweltmedien – sofern sich nicht aus dem jeweiligen Tatbestand selbst eine Einschränkung auf die innerdeutschen Umweltrechtsgüter ergibt (wie beispielsweise bei § 329 Abs. 1 StGB).⁴⁶ Ohnehin gibt die Richtlinie 2008/99/EG den Mitgliedstaaten vor, »schwere« Verstöße gegen das gemeinschaftliche Umweltschutzrecht unter Strafe zu stellen, so dass Beeinträchtigungen aller Umweltmedien in der EU einbezogen sind.

Der Geltungsbereich der §§ 324 ff. StGB erstreckt sich grundsätzlich auf alle Umweltbeeinträchtigungen, deren Erfolg im Inland eintritt, sowie alle im Ausland eintretenden Erfolge, sofern der Täter im Inland gehandelt hat (§§ 3, 9 StGB).⁴⁷ Schließlich gelten die §§ 324 ff.

43 Vgl. **BT-Drs. 8/2382**, S. 13; OLG Hamburg NStZ 1983, 170; OLG Köln BeckRS 2014, 16763; *Rengier*, in: FS für Boujong, 1996, S. 791, 795 ff.; *Fischer*, StGB, 71. Aufl., § 324 Rn. 10.

44 *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 154.

45 *Rettenmaier/Gehrmann*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 23.

46 Vgl. *Rengier*, Anm. zu BGHSt 40, 79, 81 ff. = JR 1996, 34, 36; *Fischer*, StGB, 71. Aufl., § 330d Rn. 2a; *Horn*, in: SK-StGB, 6. Aufl., § 326 Rn. 2; *Heine/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 326 Rn. 7 m.w.N. u. § 330d Rn. 2 f.; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl., § 326 Rn. 6 m.w.N.; *Saliger*, in: SSW-StGB, 5. Aufl., § 330d Rn. 2 (zu § 329 Abs. 3).

47 *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 203 ff. m.w.N.; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 156 m.w.N.

StGB auch für die von § 5 Nr. 11 und 11a StGB erfassten, im Ausland begangenen Taten, sowie nach § 4 StGB für die auf ›deutschen‹ Schiffen und Luftfahrzeugen begangenen Straftaten sowie für solche, die § 6 Nr. 9 StGB (zum Beispiel i.V.m. Art. 12 AusfG-SRÜ) oder über § 7 Abs. 2 StGB unterfallen.⁴⁸

Je nachdem, ob Handlungs- und Erfolgsort im In- oder Ausland liegen, stellt sich die Frage der Relevanz ausländischen Rechts. Dass kann etwa die Frage einer Strafbarkeit nach ausländischem Recht (bei Handlungs- und Erfolgsort im Ausland) betreffen, insbesondere aber auch die Fragestellung einer rechtfertigenden Genehmigung einer im Inland eingetretenen Beeinträchtigung eines Umweltmediums durch einen anderen EU-Mitgliedstaat (bzw. dessen Behörden).⁴⁹

(b) Europäisches (Umweltstraf-)Recht

Auch wenn originäre europäische Umweltschutzstrafatbestände nicht existieren, wird das nationale Umweltstrafrecht – in stärkerem Maße, als dies in anderen Bereichen des Strafrechts der Fall ist – maßgeblich durch europarechtliche Vorgaben geprägt.⁵⁰

Der Schutz der gemeinsamen Umwelt gehört zu den Kernzielen der Europäischen Union (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1 EUV) und fällt in ihre – mit den Mitgliedstaaten geteilte – Zuständigkeit (Art. 4 Abs. 2 lit. e AEUV). Auch wenn ihr keine unmittelbare Rechtssetzungsbefugnis im Bereich des Strafrechts zukommt, so wird der EU als Annex zum europäischen Umweltschutzrecht inzwischen eine Anweisungskompetenz für das Strafrecht zugestanden.⁵¹ Das Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, Anpassungen an das innerstaatliche Strafrecht dergestalt vorzunehmen, dass Unionsinteressen geschützt und durchsetzbar sind (sog. Assimilierungspflicht).⁵²

48 *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 156 m.w.N.

49 Vgl. hierzu *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 157 ff. m.w.N.

50 *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 10.

51 Vgl. EuGH JZ 2006, 307; *Rettenmaier/Gehrmann*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 25 m.w.N.

52 *Hecker*, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Rn. 18.

Mit der Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 19.11.2008 (2008/99/EG)⁵³ sind durch den europäischen Normgeber erstmals umfassende Standards für das europäische Umweltstrafrecht bindend festgelegt worden.⁵⁴ Auch wenn eine ›strafrechtliche‹ Ahndung im Sinne der Richtlinie europarechtsautonom zu verstehen ist und nicht zwingend eine Kriminalstrafe erfordert, greift die Richtlinie sehr deutlich in die kriminalpolitische Gestaltungshoheit des nationalen Gesetzgebers ein.⁵⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie erst mit Verspätung umgesetzt⁵⁶ und lediglich einige Vorschriften des Kernstrafrechts (insbesondere § 311 und §§ 324 ff. StGB) sowie des BNatSchG und des BJagdG angepasst.⁵⁷ Alle – also auch nicht modifizierte Vorschriften – sind nunmehr zudem im Lichte der europäischen Vorgaben auszulegen (Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung).⁵⁸

Mit dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt und zur Ersetzung der Richtlinie 2008/99/EG,⁵⁹ deren Verabschiedung unmittelbar bevorstehen dürfte, treibt der Europäische Normgeber (auf Initiative der europäischen Kommission) aktuell eine weitere Verschärfung und Intensivierung der Strafverfolgung im Bereich des Umweltstrafrechts voran.

(c) Diskussion über einen völkerrechtlichen Straftatbestand des »Ökozids«

Aus Gründen der Vollständigkeit sei an dieser Stelle darauf verwiesen, dass seit einigen Jahren verstärkte Diskussionen auch über

53 **Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008** über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. Nr. L 328 v. 06.12.2008, S. 28.

54 Zimmermann ZRP 2009, 74; vgl. zum wesentlichen Inhalt *Schnichels/Seyderhelm* EuZW 2020, 829.

55 Rettenmaier/Gehrman, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 25.

56 **45. Strafrechtsänderungsgesetz v. 06.12.2011, BGBl. I, S. 2557**, am 13.06.2012 in Kraft getreten; vgl. hierzu Heger HRRS 2012, 211, 213.

57 Vgl. *Schnichels/Seyderhelm* EuZW 2020, 829, 830 zu den wichtigsten Änderungen des StGB.

58 Rettenmaier/Gehrman, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 26 m.w.N.; *Schnichels/Seyderhelm* EuZW 2020, 829, 830.

59 **Procedure 2021/0422/COD - COM (2021) 851**: Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of the environment through criminal law and replacing Directive 2008/99/EC.

einen denkbaren völkerrechtlichen Straftatbestand des »Ökozids« geführt werden.⁶⁰

(d) Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Von praktischer Bedeutung – gerade für die Unternehmensverteidigung – ist zudem das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG), welches am 01.01.2023 in Kraft getreten ist. Das Gesetz erlegt deutschen Unternehmen, die bestimmte Schwellenwerte erreichen, eine Sorgfaltspflicht u.a. in Bezug auf Belange des Umweltschutzes auf und verpflichtet sie, zur Eindämmung von Umweltrisiken bestimmte Maßnahmen zu ergreifen.⁶¹ Der Begriff der »Lieferkette« im Sinne des LkSG bezieht sich auf alle Produkte und Dienstleistungen eines Unternehmens und umfasst neben dem eigenen Geschäftsbereich auch unmittelbare und mittelbare Zulieferer (§ 2 Abs. 5 LkSG). Eine Unterscheidung nach Industrien bzw. Branchen findet nicht statt.⁶²

§ 2 Abs. 2 Nr. 9 LkSG stellt auf das Verbot der Herbeiführung einer schädlichen Bodenveränderung, Gewässerverunreinigung, Luftverunreinigung, schädlichen Lärmemission oder eines übermäßigen Wasserverbrauchs ab – wobei jedoch unklar bleibt, auf welche (nationalen) Standards insoweit abzustellen ist.⁶³ § 2 Abs. 3 LkSG enthält eine Definition »umweltbezogener Risiken«, die u.a. den Umgang mit Quecksilber und Chemikalien sowie die Handhabung, Sammlung, Lagerung, Entsorgung und Ausfuhr von Abfällen zum Gegenstand hat.

In §§ 3 ff. LkSG werden den vom Anwendungsbereich erfassten Unternehmen Sorgfaltspflichten auferlegt, deren Einhaltung die umweltbezogenen Risiken eindämmen soll – beispielsweise die Einrichtung eines Risikomanagements (§ 4 Abs. 1 LkSG), die Festlegung betriebsinterner Zuständigkeiten (§ 4 Abs. 3 LkSG), die Verankerung von Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich (§ 6 LkSG) etc.

60 Vgl. hierzu etwa *Wagner* (»Ökozid vor dem Internationalen Strafgerichtshof?«), ZfStW 2022, 477 ff.; *Strewe* (»Ökozid als Straftatbestand im Völkerrecht?«), NR 2022, 249.

61 *Tschäpe/Trefzger* ZfBR 2023, 423.

62 *Giesberts* NVwZ 2022, 1497, 1498.

63 Vgl. hierzu *Giesberts* NVwZ 2022, 1497, 1498, der davon ausgeht, dass der verfügbare Maßstab des Staates anzuwenden ist, in dem die etwaige Produktion stattfindet.

Bei Verstößen drohen nicht nur Zwangsgelder (§ 23 LkSG) oder der Ausschluss von öffentlichen Aufträgen (§ 22 LkSG), sondern auch eine Ahndung als Ordnungswidrigkeit (§ 24 LkSG).

6. UNTERNEHMEN / COMPLIANCE

(a) Sanktionierung unternehmensbezogener Normverstöße

Innerhalb von Unternehmen ist grundsätzlich von einer umfassenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit der zum Tatzeitpunkt amtierenden Geschäftsleitung auszugehen.⁶⁴ Wird das Unternehmen durch mehrere Organe vertreten, ist im Falle des Unterlassens einer ordnungsrechtlich gebotenen Pflicht die interne Zuständigkeit des vertretungsberechtigten Organs beachtlich.⁶⁵ Eine allgemeine gegenseitige Überwachungspflicht gleichberechtigter Organe ohne besondere Veranlassung (z.B. Krise) besteht aber nicht, denn sie würde dem Sinn einer – in großen Betrieben sogar notwendigen – Arbeitsteilung zuwiderlaufen.⁶⁶

Werden Aufgaben seitens der Geschäftsleitung delegiert, so ergeben sich entsprechende Überwachungs- und Kontrollpflichten;⁶⁷ werden diese nicht eingehalten, kann dies Relevanz unter dem Gesichtspunkt der §§ 30, 130 OWiG haben.⁶⁸ Umstritten ist, ob sich aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter je nach den Umständen des einzelnen Falles auch eine (strafrechtliche) Garantenpflicht zur Verhinderung von betriebsbezogenen Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben kann (sog. Geschäftsherrenhaftung),⁶⁹ was der Bundesgerichtshof grundsätzlich bejaht hat.⁷⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll auch den Compliance-Beauftragten regelmäßig eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB

64 BGH NJW 1990, 2560.

65 Vgl. zur Ressortzuständigkeit *Böse* NStZ 2003, 636, 638 f.

66 OLG Koblenz VRS 39, 118, 119; OLG Hamm NJW 1971, 817; OLG Naumburg NStZ 1998, 450.

67 *Schünemann* wistra 1982, 41, 44; *Schmidt-Salzer* NJW 1988, 1937, 1941.

68 *Rettenmaier/Gehrman*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 20 m.w.N.

69 Zur Kritik vergleiche *Otto* Jura 1998, 409, 413; *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 143 m.w.N.

70 BGHSt 54, 44; BGHSt 57, 42.

treffen.⁷¹

Im Bereich des Umwelt(straf)rechts sehen verschiedene Gesetze zudem besondere Betriebsbeauftragte vor, wie etwa

- Abfallbeauftragte(r), §§ 58, 60 KrWG;
- Immissionsschutzbeauftragte(r), §§ 53 ff. BImSchG;
- Störfallbeauftragte(r), § 58a BImSchG;
- Gewässerschutzbeauftragte(r), §§ 64 ff. WHG;
- Gefahrgutbeauftragte(r), § 3 Abs. 1 Nr. 14 GGBefG, § 1 GbV.

Ihre Aufgabe besteht darin, als sachkundige und unabhängige ›Überwacher‹ für die Einhaltung umweltverwaltungsrechtlicher Vorschriften zu sorgen.⁷² Die wohl herrschende Auffassung geht davon aus, dass mit dieser Stellung (im Rahmen der gesetzlich übertragenen Aufgaben) eine Garantenstellung und eine Beauftragung im Sinne von § 14 Abs. 2 StGB einhergehen kann.⁷³

(b) Sanktionierung des Unternehmens

Ein Unternehmen selbst kann sich nach deutschem Recht – noch?⁷⁴ – nicht strafbar machen. Ob sich hieran zeitnah etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. Kritiker hatten angemahnt, dass der Richtlinien-Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 2021⁷⁵ mit den zwingenden Vorgaben zur Sanktionierung juristischer Personen die Regelungen des Entwurfes eines ›Verbandssanktionengesetzes‹⁷⁶ deutlich übertreffen würde.⁷⁷ Das dürfte auch für den nunmehr vorliegenden Kompromissvorschlag gelten.

71 BGHSt 54, 44 m.w.N.

72 *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 56.

73 So etwa AG Frankfurt NStZ 1986, 72, 75 (zum Wasserschutzbeauftragten); *Dahs* NStZ 1986, 97, 100; *Böse* NStZ 2003, 636, 639; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 145 f. m.w.N.; kritisch *Wernicke* NStZ 1986, 223; *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 88; *Michalke*, Umweltstrafsachen, 3. Aufl., Rn. 79.

74 Siehe etwa *Gehring*, NZWiSt 2022, 437 ff.: »Aus dem Entwurf des Verbandssanktionengesetzes für eine Neuauflage lernen«.

75 COM [22] 851 final, Ratsdok. 14459/21.

76 BT-Drs. 19/23568.

77 Vgl. etwa *Stellungnahme Nr. 52/2022 des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht*.

Auch *de lege lata* können Unternehmen selbstverständlich empfindlich sanktioniert werden. Das geschieht häufig über ein Bußgeld nach § 30 OWiG. Die Verhängung der Geldbuße ist nach § 30 Abs. 4 OWiG unabhängig davon, ob gegen den individuellen Täter ein Straf- oder Bußgeldverfahren durchgeführt wird – soweit nicht Verfolgungsverjährung eingetreten ist.⁷⁸ Mit ihr soll gleichzeitig ein eventuell im Unternehmen entstandener Gewinn abgeschöpft werden (§ 30 Abs. 3 i.V.m. § 17 Abs. 4 OWiG).⁷⁹ Alternativ ist auch eine Vermögensabschöpfung über §§ 73 ff. StGB möglich.⁸⁰ So können Vorteile abgeschöpft werden, wie beispielsweise ersparte Aufwendungen für eine ordnungsgemäße Abfallbeseitigung⁸¹ oder der Umsatz, der beim Betreiben einer genehmigungsbedürftigen Anlage nur aufgrund der Überschreitung der Genehmigung erzielt werden konnte.⁸² § 330c StGB ermöglicht zudem eine Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten über § 74 StGB hinaus.⁸³

Schließlich drohen bei Normverstößen regelmäßig auch empfindliche außerstrafrechtliche Konsequenzen, wie beispielsweise (gefahrenabwehrrechtliche) Betriebsschließungen, gewerberechtliche Folgen etc.

(c) Erfordernis von Compliance

Nach überwiegender Auffassung existiert bislang (noch?) keine gesetzliche (Spezial-) Regelung, durch welche Unternehmen die Implementierung eines umfassenden Compliance-Management-Systems

⁷⁸ *Eidam* wistra 2003, 447 ff.

⁷⁹ *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 151.

⁸⁰ Vgl. zur Gewinnabschöpfung nach § 73b StGB <https://www.umweltbundesamt.de/themen/nachhaltigkeit-strategien-internationales/umweltrecht/umweltordnungswidrigkeiten-umweltstraftaten>, abgerufen am 25.03.2024.

⁸¹ BGH NStZ 2014, 89.

⁸² *Lindemann/Reichling* wistra 2014, 369, 377; *Rettenmaier/Gehrmann*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl., Vorbem. § 324 Rn. 28.

⁸³ Vgl. hierzu *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 94.

(CMS) verbindlich vorgeschrieben würde.⁸⁴ Die Diskussion hierüber ist nicht nur im Kontext des bislang nicht umgesetzten Entwurfs für eine deutsches Verbandssanktionengesetz in den Fokus gerückt, sie dürfte auch – speziell für den Bereich des Umwelt(straf)rechts – durch den aktuellen Entwurf einer Umweltstrafrechtsrichtlinie (dort. Art. 7 Nr. 2 (i)) weiter befeuert worden. Es existiert zudem jedenfalls bereits eine Reihe von Normen, aus denen sich die Verpflichtung zur strukturierten Verminderung von Risiken ergibt, wie beispielsweise § 91 Abs. 2 AktG (Pflicht zur Errichtung eines ›Frühwarnsystems‹ zur Erkennung existenzgefährdender Risiken) oder § 93 S. 1 AktG (Legalitätspflicht).⁸⁵ Hierzu kann man durchaus auch die in verschiedenen Gesetzen statuierte Pflicht zur Bestellung eines Umweltbeauftragten zählen.⁸⁶

Ungeachtet unmittelbarer diesbezüglicher Rechtspflichten wird die Einrichtung eines wirksamen Compliance-Management-Systems zur Vermeidung erheblicher Haftungsrisiken – jedenfalls in größeren Unternehmen – heutzutage weitgehend für selbstverständlich und jedenfalls faktisch unverzichtbar erachtet.⁸⁷ Das gilt insbesondere angesichts des Umstandes, dass auch die Rechtsprechung Compliance-Anstrengungen (bereits *de lege lata*) eine gewichtige Bedeutung bei der Beurteilung von Verstößen aus Unternehmen heraus zumisst.⁸⁸ Auch das Umweltprivatrecht bietet Anreize zur Implementierung von Maßnahmen der Eigenüberwachung; so räumen etwa § 6 Abs. 2-4 UmweltHG (Umwelthaftungsgesetz) dem Anlageninhaber die Möglichkeit ein, die

84 Vgl. *Wehnert StV* 2018, 38 f. (die auch eine Ableitung aus § 91 Abs. 2 AktG entschieden ablehnt); *Leimenstoll*, in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., Kap. 12 Rn. 313; *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance § 1 Rn. 30 f.; *Lehmann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 3 Rn. 56; *Rotsch*, in: ARR WirtschaftsStrafR-HdB, 1. Teil 4. Kap. Rn. 50; vgl. zur Debatte über Criminal Compliance *Beck*, in: BeckOK-OWiG, § 130 Rn. 125 ff. m.w.N.; a.A. *Schneider ZIP* 2003, 645, 648, der auf § 130 OWiG abstellt; beachte auch LG München NZWiSt 2014, 182, 187.

85 *Harbarth ZHR* 179, 136 ff.; *Freidank/Dürr/Sassen BB* 2013, 2283 ff., *Fleischer AG* 2003, 291 ff.; *Wehnert StV* 2018, 38; *Pörlitz CCZ* 2020, 65, 66 f. m.w.N.

86 Ebenso *Lindemann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 11 Rn. 1.

87 *Rotsch*, in: ARR WirtschaftsStrafR-HdB, 1. Teil 4. Kap. Rn. 50; *Ziegler/Voelker*, in: Gassner/Seith, OWiG, § 130 Rn. 30; *Klahold/Lochen*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance, § 37 Rn. 1; *Leimenstoll*, in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., Kap. 12 Rn. 313 m.w.N.

88 Vgl. etwa BGH *wistra* 2017, 390 (Minderung von Geldbußen bei Vorhandensein eines auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegten Compliance-Systems möglich); vgl. auch LG München NZWiSt 2014, 183 ff.

in § 6 Abs. 1 UmweltHG verankerte Ursachenvermutung für Umweltschäden durch den Nachweis eines rechtmäßigen Normalbetriebs zu entkräften und so die Gefährdungshaftung nach § 1 UmweltHG zu vermeiden.⁸⁹

Gerade das Umwelt(straf)recht ist eng und untrennbar mit den für ein Unternehmen geltenden – zersplitterten, komplexen und vielschichtigen – gesetzlichen Bestimmungen, (technischen) Standards und Verfügungen, Entscheidungen und Vorgaben der Verwaltung verknüpft (s.o.). Dies macht eine systematische Identifikation und Überwachung von Risiken sowie eine effektive Prävention von Normverstößen unerlässlich.⁹⁰

Das galt auch bereits vor der Einführung des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, durch welches den Unternehmen de facto die Einrichtung eines umweltbezogenen Compliance-Management-Systems auferlegt wird.⁹¹ Da die vom Anwendungsbereich des LkSG betroffenen Unternehmen (aufgrund ihrer Größe) regelmäßig bereits über ein solches verfügt haben, stellte sich praktisch regelmäßig lediglich die Frage, inwiefern die ›neu‹ auferlegten Pflichten des LkSG in bereits bestehende CMS integriert werden können.⁹² Infolge einer aktuell heiß diskutierten europäischen EU-Lieferketten-Richtlinie⁹³ könnten sich diese Anforderungen in Zukunft weiter verschärfen.

Speziell im Bereich des Umweltstrafrechts wird das stark personalisierte Konzept der Bestellung von Umweltbeauftragten ergänzt durch den eher organisationsbezogenen Ansatz des Eco Management and Audit Scheme (EMAS), der auf die europäische Umwelt-Audit-Verordnung⁹⁴ zurückgeht und darauf abzielt, Anreize für die

89 Hager, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, § 6 UmweltHG Rn. 39 ff.; Lindemann, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 11 Rn. 1.

90 Gößwein/Hohmann/Martel AnwBl 2015, 827; beachte im internationalen Kontext auch etwa: U.S. Department of Justice, Factors in Decisions on Criminal Prosecutions for Environmental Violations in the Context of Significant Voluntary Compliance or Disclosure Efforts by the Violator, 1991; abrufbar unter <http://www.justice.gov/enrd/3058.htm>.

91 Ebenso Kubiciel jurisPR-StrafR 7/2021 Anm. 1.

92 Giesberts NVwZ 2022, 1497, 1503; Kubiciel jurisPR-StrafR 7/2021 Anm. 1.

93 Vgl. hierzu Timm Newsdienst Compliance 2023, 320034.

94 Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001.

freiwillige Einführung und periodische Evaluation von Umweltmanagementsystemen in Unternehmen und sonstigen Organisationen zu schaffen.⁹⁵ Auf nationaler Ebene finden sich Vorgaben zur Zulassung und Beaufsichtigung der in die EMAS-Zertifizierung involvierten Gutachter sowie zur Registrierung geprüfter Organisationen im Umweltaudit-Gesetz (UAG).⁹⁶ Für registrierte EMAS-Standorte sind in §§ 58e BImSchG, 61 KrWG und der EMAS-Privilegierungsverordnung (EMASPrivilegV)⁹⁷ Erleichterungen bei der immissionsschutz- und abfallrechtlichen Überwachung geregelt. So kann beispielsweise nach § 3 Abs. 1 EMASPrivilegV bei einer EMAS-Anlage auf die Anordnung der Bestellung eines Betriebsbeauftragten nach § 53 Abs. 2 BImSchG oder § 59 Abs. 2 KrWG verzichtet werden.

II. (BESONDERE) ANFORDERUNGEN AN DIE VERTEIDIGUNG IN UMWELTSTRAFSACHEN

Aus den vorstehend geschilderten Charakteristika des Umweltstrafrechts ergeben sich besondere Anforderungen an die Verteidigung.

1. KOMPLEXITÄT DER SACHVERHALTSAUFKLÄRUNG & ›NORMENDSCHUNGE‹ IM UMWELTSTRAFRECHT

Zunächst einmal gehört es zu den zentralen Aufgaben des Verteidigers, selbst den möglicherweise strafrechtlich relevanten Sachverhalt aufzuklären und die für den Mandanten drohenden strafrechtlichen Gefahren zu identifizieren und zu bewerten – um auf dieser Grundlage gemeinsam mit dem Mandanten eine Verteidigungsstrategie

⁹⁵ *Lindemann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 11 Rn. 1.

⁹⁶ *Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001, sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681EG und 2006/193/EG (Umweltauditgesetz – UAG) v. 04.09.2002 (BGBl. I, S. 3490), zuletzt geändert durch Art. 17 des Gesetzes v. 10.08.2021 (BGBl. I, S. 3436, 3449).*

⁹⁷ *Verordnung über immissionsschutz- und abfallrechtliche Überwachungsvereinfachungen für nach der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 registrierte Standorte und Organisationen v. 24.06.2002 (BGBl. I, S. 2247), zuletzt geändert durch Art. 3 der Verordnung v. 24.04.2012 (BGBl. I, S. 661).*

zu entwickeln (die im Verlauf des Verfahrens kontinuierlich zu überprüfen ist).

Im Bereich des Umweltstrafrechts kann bereits die Sachaufklärung in tatsächlicher Hinsicht erhebliche Schwierigkeit bereiten – insbesondere wenn es darum geht, Umweltbelastungen zu erfassen und zu bewerten, die auf Summations-, Kumulations- oder synergetischen Effekten beruhen und sich aus über einen langen Zeitraum kumulierenden Risikoverläufen innerhalb eines komplex ausdifferenzierten Systems zusammensetzen.⁹⁸ Nicht zuletzt aufgrund der Flüchtigkeit der Umweltmedien als Schutzobjekte ist die Beweisführung bezüglich einer nachhaltigen Schädigung allerdings auch für die Ermittlungsbehörden erheblich erschwert⁹⁹ – was die Verteidigung in ihre Überlegungen mit einzubeziehen hat.

Bei der Klärung verwaltungsrechtlicher Rahmenbedingungen wird regelmäßig die Abstimmung mit im Bereich des Umweltrechts tätigen Kollegen erforderlich sein, die den Mandanten bzw. das diesen beschäftigende Unternehmen und seine Betätigung oftmals bereits länger und besser kennen. Im Übrigen wird der Verteidiger nicht nur auf das Fachwissen aus der Sphäre seines Mandanten zurückgreifen, sondern in komplexeren Fällen bei Bedarf auch auf die Unterstützung von Sachverständigen zurückgreifen müssen (z.B. zum Nachweis, dass es sich bei einer Bodenverunreinigung um eine Altlast handelt, die nicht der Mandantschaft zuzurechnen ist). Unter Umständen kann es gelingen, mit einem (naturwissenschaftlichen/technischen/etc.) ›Kompetenzvorsprung‹ in einer frühen Phase des Verfahrens eine für den Mandanten günstige Weichenstellung zu erreichen. Angesichts der Komplexität des Umweltstrafrechts kommen regelmäßig auch die Gerichte nicht ohne Sachverständige aus.¹⁰⁰ Deren Begutachtung ist von der Verteidigung kritisch zu hinterfragen und ggf. mit einem Gegengutachten zu widerlegen bzw. zumindest zu erschüttern. Der gerichtliche Gutachter kann zudem bei Besorgnis der Befangenheit

98 *Witteck*, in: BeckOK-StGB, § 324 Rn. 91.1.

99 *Heine* ZUR 1995, 63, 65; *Witteck*, in: BeckOK-StGB, § 324 Rn. 94.

100 Vgl. hierzu etwa BGH NSTZ 1991, 281; *Alt*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., § 324 Rn. 33; *Michalke*, Umweltstrafsachen, Rn. 36 f.

abgelehnt werden (§ 74 StPO)¹⁰¹ bzw. bei fehlender Sachkunde seine Entbindung beantragt werden (§ 76 Abs. 1 S. 2 StPO).

Herausfordernd für die Verteidigung ist auch die Unübersichtlichkeit und Vielschichtigkeit des Normen-Dschungels des Umweltstrafrechts.¹⁰² Mit Blick auf die Notwendigkeit, drohende Risiken so frühzeitig wie möglich zu identifizieren und zu bewerten, kann die Verteidigung sich selbstverständlich nicht zurücklehnen und abwarten, welche Normen – vielleicht nach und nach – auf dem roten Aktendeckel auftauchen.

Das gilt schon deshalb, weil der Mandant häufig parallel zum Strafverfahren auch einen verwaltungsrechtlichen Konflikt zu führen hat, in welchem er sich nicht ›zurücklehnen‹ und auf die Unschuldsvermutung sowie den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit berufen kann (beispielsweise bei drohender gefahrenabwehrrechtlich begründeter Betriebsschließung o.Ä.). Im Verwaltungsverfahren müssen daher häufig – im Idealfall mit der Verteidigung abgestimmte – Stellungnahmen abgegeben werden, bei deren Abfassung die potenziellen Gefahren der Strafverfolgung (möglicherweise auch ohne Akteneinsicht im Strafverfahren) möglichst umfassend berücksichtigt werden müssen. Das für das Umweltstrafrecht typische Nebeneinander von Straf- und Verwaltungsverfahren stellt die Verteidigung regelmäßig vor besondere Herausforderungen.

Aber auch beim isolierten Blick auf die Erledigung strafrechtlicher Ermittlungsverfahren ist eine möglichst frühzeitige Identifizierung und Bewertung aller potenziell relevanten Straf- und Bußgeldvorschriften erforderlich. Fehlt es an einem Merkmal eines Straftatbestands im Sinne der §§ 324 ff. StGB, kann das betreffende Geschehen möglicherweise eine Ordnungswidrigkeit darstellen. Gelingt es beispielsweise, mithilfe der Expertise eines Sachverständigen die Eignung zu einer Schädigung im Sinne von § 325 Abs. 1 StGB auszuschließen, kann gleichwohl § 62 Abs. 1 BImSchG einschlägig sein, wenn die betreffende Anlage unter Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten errichtet oder betrieben wurde. Ein Blick in die Kommentierung

101 Vgl. hierzu *Eisenberg* NSTZ 2006, 368.

102 Vgl. zur Unübersichtlichkeit (sowie auch Fragestellungen der Bestimmtheit strafrechtlicher Verbotsnormen) *Lindemann*, in: Rotsch, *Criminal Compliance*, § 11 Rn. 7.

der Konkurrenzen der §§ 324 ff. StGB macht schnell deutlich, wie vielschichtig und breit gestreut die durch einen einzigen Sachverhalt möglicherweise berührten Vorschriften sein können.¹⁰³

Schon bei der Festlegung der Verteidigungsstrategie ist ein guter Überblick insoweit unerlässlich. Dabei geht es nicht nur darum, unbedachte ›Eigentore‹ zu vermeiden oder ggf. den Versuch zu unternehmen, ein Verfahren frühzeitig in eine bestimmte Richtung zu lenken. Geht man beispielsweise davon aus, den Vorwurf eines Straftatbestands gut verteidigen zu können, auf Ebene des Ordnungswidrigkeitenrechts aber eher ›schwach auf der Brust‹ zu sein, so kann es beispielsweise vorzugswürdig erscheinen, mit der Staatsanwaltschaft eine für den Mandanten vergleichsweise günstige Erledigung nach § 153a StPO abzustimmen, wenn hierdurch – bei Tateinheit¹⁰⁴ – ein Strafklageverbrauch (§ 153a Abs. 1 Nr. 5 StPO) auch hinsichtlich möglicher Ordnungswidrigkeiten erreicht werden kann.¹⁰⁵ Stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren hingegen nach § 170 Abs. 2 StPO oder § 153 StPO ein, läuft man unter Umständen Gefahr, sich nach einer Rückgabe an die Verwaltungsbehörde (§ 43 OWiG) im Ordnungswidrigkeitenverfahren wiederzufinden – wo § 47 OWiG eben keinen ›Mittelweg‹ der Einstellung gegen Geldauflage bietet (§ 47 Abs. 3 OWiG).¹⁰⁶ Auch wenn die Verteidigung es selbstverständlich nicht immer in der Hand (und insbes. keinen Anspruch darauf) hat, im Interesse des Mandanten eine bestimmte Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft herbeizuführen, so zeigt die praktische Erfahrung doch, dass es nicht selten gelingen kann, eine solche im Strafverfahren ›auszuhandeln‹. Wie dargelegt ist hierfür eine Identifizierung aller in Betracht kommenden Straf- und Bußgeldtatbestände und eine

103 Vgl. beispielhaft etwa *Witteck*, in: BeckOK-StGB, § 324 Rn. 76 ff.; *Alt*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., § 326 Rn. 123 ff.

104 Vgl. BGH NJW 2012, 2051 (zur Differenzierung zwischen Tateinheit und Tatmehrheit); OLG Braunschweig BeckRS 2012, 17276.

105 Vgl. BGH NJW 2012, 2051; KG DAR 2007, 155; *Diemer*, in: KK-StPO, 9. Aufl., § 153a Rn. 44; vgl. zum grenzüberschreitenden Strafklageverbrauch *Wimmer*, in: Leitner/Rosenau, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 153a StPO Rn. 20 ff. m.w.N.

106 Vgl. BGH NSTZ 1988, 218 (Rechtsbeugung bei vorsätzlicher Zuwiderhandlung eines Richters gegen § 47 Abs. 3 OWiG); BayObLG wistra 1998, 32 (§ 47 Abs. 3 OWiG will eine Analogie zu § 153a StPO ausdrücklich verhindern); vgl. hierzu auch LG Berlin VRS 113, 116.

Bewertung deren möglichen Konkurrenzverhältnisses unerlässlich.¹⁰⁷ Dabei sind auch – nicht zuletzt mit Blick auf § 2 StGB – die im Bereich des Umweltstrafrechts häufigen Gesetzesänderungen im Blick zu behalten.

2. ERFORDERLICHKEIT DER ›DISZIPLINÜBERGREIFENDEN‹ ZUSAMMENARBEIT

Die Erforderlichkeit disziplinübergreifender Zusammenarbeit auf juristischer Ebene – die große Bedeutung sonstiger (naturwissenschaftlicher/technischer/etc.) Expertise wurde bereits beleuchtet – ergibt sich nicht nur aus dem Nebeneinander von Verwaltungs- und Strafverfahren (s.o.), sondern insbesondere aus der durch die Verwaltungsakzessorietät bedingten überragenden Bedeutung des Verwaltungsrechts für das Umweltstrafrecht selbst. Ist das Verhalten des Mandanten verwaltungsrechtlich nicht zu beanstanden, so ist ihm regelmäßig kein strafrechtlicher Vorwurf zu machen (s.o.). Aber auch dann, wenn beispielsweise eine erforderliche Genehmigung nicht ordnungsgemäß eingeholt wurde, ist die Expertise des (umwelt-)verwaltungsrechtlich spezialisierten Kollegen für den Strafrechtler oft unerlässlich. Denn auch wenn die herrschende Ansicht die bloße Genehmigungsfähigkeit nicht genügen lässt, um eine Strafbarkeit auszuschließen (s.o.), wird eine solche – wenn sie überzeugend dargelegt werden kann oder im Idealfall sogar nachträglich eine Genehmigung (für die Zukunft) erlangt werden konnte – in der Praxis den Blickwinkel eines ermittelnden Staatsanwalts zumindest erheblich beeinflussen. Im schlechtesten Fall wäre dies bei der Strafzumessung zu berücksichtigen; regelmäßig dürfte dies aber auch einer einvernehmlichen strafprozessualen Lösung des Konfliktes förderlich sein.¹⁰⁸

107 Einen für die Praxis durchaus hilfreichen Überblick bietet – neben Nr. 268 RiStBV – beispielsweise der sog. **Verwarnungs- und Bußgeldkatalog Umwelt für das Land Nordrhein-Westfalen**, ein Runderlass des Ministeriums für Umweltschutz, Landwirtschaft, Natur- und Verbraucherschutz des Landes NRW (I-4 - 01.07.08.09), Ministerialblatt (MBL NRW) Ausgabe 2022 Nr. 19 v. 03.05.2022, S. 364, dessen Ziel es ist, eine landeseinheitliche Praxis bei der Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten im Bereich des Umweltschutzes zu bewirken.

108 Ebenso *Rettenmaier/Gehrman*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 10.

Es gereicht regelmäßig zum Vorteil der Mandantschaft, wenn eine solche ›disziplinübergreifende‹ Zusammenarbeit möglichst frühzeitig aufgenommen wird.¹⁰⁹ Gerade in eher speziellen, stark durch das Verwaltungsrecht geprägten Gebieten des Wirtschaftsstrafrechts werden nach der Erfahrung des Verfassers Unternehmen häufig langfristig durch hochspezialisierte juristische Berater begleitet, welche die einschlägige Rechtsmaterie hervorragend beherrschen – gleichwohl aber aus dem Verwaltungsrecht kommen, und in strafprozessualer Hinsicht nicht über große Erfahrung verfügen. Die Einbindung eines Strafrechtlers sollte nicht erst dann erfolgen, wenn man selbst ›nicht mehr weiterkommt‹ (im *worst case*: mit Anklageerhebung), weil dann wesentliche Weichenstellungen bereits erfolgt und nur noch schwer zu revidieren sein können. Umgekehrt sollte der hinzugezogene Strafrechtler nicht nur im Bedarfsfall auf die Hinzuziehung eines (umwelt-)verwaltungsrechtlich spezialisierten Kollegen hinwirken, sondern dessen Expertise bei der Verteidigung auch effektiv einbeziehen.

Die möglichst frühzeitige Hinzuziehung eines Strafrechtlers muss auch mitnichten bedeuten, dass dieser gleich nach außen in Erscheinung tritt. Gerade im Umgang mit den involvierten Verwaltungsbehörden erscheint es häufig (nicht immer!) vorzugswürdig, den gewohnten Ansprechpartner beizubehalten, und nicht als erkennbar ›bloßer‹ Strafrechtler möglicherweise ohne Notwendigkeit die ›Pferde scheu‹ zu machen.

Die vielschichtige Materie des Umweltstrafrechts kann zudem nicht nur unter Umständen europarechtliche Expertise erfordern,¹¹⁰ sondern auch eine grenzüberschreitende Kooperation erforderlich machen – wenn beispielsweise eine die Verletzung inländischer Rechtsgüter verursachende Anlage im Ausland betrieben wird, und es für die Bewertung mithin auf die dortigen umweltrechtlichen Vorgaben und Anforderungen ankommen kann.¹¹¹ § 330d Abs. 2 StGB stellt im Kontext bestimmter Delikte die Rechtsvorschriften und

109 Ebenso (zur möglichst frühzeitigen Hinzuziehung eines Strafrechtlers) *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 4.

110 Eine nicht unerhebliche Zahl von Strafnormen verweist unmittelbar auf europäische Verordnungen u. Richtlinien, vgl. etwa § 328 Abs. 3 Nr. 1 StGB, § 329 Abs. 4 StGB, § 18a Abs. 1 AbVerbrG.

111 Vgl. hierzu *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 158 m.w.N.

Hoheitsakte eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union den inländischen ausdrücklich gleich; deutsche Gerichte (und Strafverfolgungsbehörden) haben mithin fremdes Recht anzuwenden. Bei dieser Fremdrechtsanwendung ist anerkannt, dass die Geltung und Reichweite des ausländischen Rechts – im Gegensatz zu Fragen des nationalen Rechts – dem Sachverständigenbeweis zugänglich sind, wenn auch nur im Freibeweisverfahren.¹¹² Auch insoweit kann die Verteidigung gefordert sein. Schließlich kann bei grenzüberschreitenden Sachverhalten eine Kooperation mit ausländischen Kollegen insbesondere dann geboten sein, wenn auch im Nachbarstaat ein Straf- oder Bußgeldverfahren betrieben wurde oder wird, und sich beispielsweise Fragen zum Grundsatz *ne bis in idem* stellen können.¹¹³

3. VERWALTUNGSAKZESSORIETÄT UND UMGANG MIT BEHÖRDEN

Die Verwaltungsakzessorietät eröffnet der Verteidigung in der Regel eine zusätzliche Ebene (oder im Konfliktfall ›Front‹), auf der für die Interessen des Mandanten gerungen werden kann. Attestiert etwa das Verwaltungsgericht, dass ein bestimmtes Verhalten des Mandanten den Rahmen einer vorliegenden Genehmigung nicht überschreitet, so muss dieses Verhalten strafrechtlich ohne Bedeutung bleiben.¹¹⁴ An den Schnittstellen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht hat die Verteidigung allerdings darauf zu achten, ob sämtliche verwaltungsrechtlichen Wertungen ohne Weiteres ins Strafrecht übertragbar sind. So arbeitet beispielsweise § 3 Abs. 3 KrWG mit Vermutungen – deren uneingeschränkte Übertragung ins Strafrecht (zum Nachteil des Mandanten) in einem Spannungsverhältnis zur Unschuldsumutung stehen kann.¹¹⁵

112 BGH NJW 1994, 3364, 3366; *Rettenmaier/Gehrmann*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 12.

113 Vgl. zum grenzüberschreitenden Strafklageverbrauch *Wimmer*, in: *Leitner/Rosenau*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., § 153a StPO Rn. 20 ff. m.w.N.

114 Vgl. hierzu OLG Frankfurt NJW 1987, 2753, 2755; *Papier* NuR 1986, 1, 3 f.; *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 55 ff. m.w.N.

115 Vgl. zur Problematik EUGH EGMR-E 4, 139 ff.; **EuGH, Urt. v. 23.12.2009, Spector Photo Group und Van Raemdonck** (C-45/08, EU:C:2009:806, Rn. 43 und 44 sowie die dort angeführte Rechtsprechung); vgl. zudem zur Erforderlichkeit einer einschränkenden, notfalls eigenständigen strafrechtlichen Interpretation von Begrifflichkeiten *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 43 m.w.N.

Teilweise wird eine mangelhafte Zusammenarbeit zwischen Strafverfolgungs- und Verwaltungsbehörden auf tatsächlicher Ebene beklagt, die durch die unterschiedlichen Zielsetzungen von Strafrecht und Verwaltungsrecht bedingt sei. Empirisch sei eine solche Annahme allerdings nicht belegt.¹¹⁶ Ungeachtet der Frage eines möglichen Unwillens zur Zusammenarbeit – den der Verfasser aus eigener Erfahrung nicht bestätigen kann – können sich immer dort, wo die Staatsanwaltschaft auf die Mitwirkung weiterer Akteure angewiesen ist, selbstverständlich ›Reibungsverluste‹ ergeben. Es ist dem Mandanten (angesichts der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Verpflichtung der Ermittlungsbehörden zur Objektivität)¹¹⁷ häufig schwer zu vermitteln, welche große Relevanz in der Praxis allein persönliche Sympathien für das Ermittlungsverfahren haben können – sei es zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung, ermittlungsführendem Polizeibeamten und Beschuldigten oder auch Staatsanwaltschaft und Ermittlungsbeamten. Reibungsverluste wie auch besondere Sympathien muss die Verteidigung möglichst geschickt nutzen; das Umweltstrafrecht bietet hier mit der Ebene des (Umwelt-)Verwaltungsrechts einen möglichen zusätzlichen ›Hebel‹, den es im Interesse der Mandantschaft zu nutzen gilt. Wie bereits dargelegt kann es sich in diesem Interesse je nach Situation durchaus empfehlen, als Strafrechtler auch teilweise möglichst nur im Hintergrund zu agieren.

4. VERTEIDIGUNG UND FAHRLÄSSIGKEITSSTRAFBARKEIT

Da auf dem Gebiet des Umweltstrafrechts ein Verstoß gegen Sorgfaltspflichten in der Nichteinhaltung des ›Standes der Technik‹ begründet sein kann – der häufig in DIN-Normen, VDE-Vorschriften, Verwaltungsvorschriften und sonstigen unter Mitwirkung von Fachverbänden zusammengestellten Regelwerken widerspiegelt wird –,¹¹⁸ kann die Verteidigung gegen Fahrlässigkeitsvorwürfe in besonderem Maße auf außerjuristische Expertise angewiesen sein.

Auch wenn die wohl herrschende Auffassung bei der Annahme eines umweltspezifischen Schutzzweckzusammenhangs von Normen

¹¹⁶ Vgl. hierzu *Ransiek*, in: NK-StGB, 6. Aufl., Vorbem. zu §§ 324 ff. Rn. 48.

¹¹⁷ Vgl. BVerfG NJW 1983, 2135; BVerfG StV 2017, 361; BVerfG NSZ 2022, 561.

¹¹⁸ *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 117 (auch zur Zulässigkeit der Bezugnahme auf solche Regelwerke in Gesetzen).

– beispielsweise verkehrsrechtlichen Vorschriften – grundsätzlich zu einer eher extensiven Auslegung neigt (s.o.),¹¹⁹ so hat etwa das OLG Oldenburg in kritischer Auseinandersetzung mit der tradierten Rechtsprechung betont, dass allein die Verletzung allgemeiner straßenverkehrsrechtlicher Normen (Vorschriften zu Geschwindigkeit, Überholen, Fahrzeugzustand), die zu einen Verkehrsunfall mit darauf beruhender Umweltbeeinträchtigung führe, nicht ausreichend sei, den objektiven Tatbestand (des § 324 StGB) zu erfüllen. Die verletzte Sorgfaltspflicht müsse vielmehr spezifisch hinsichtlich des betreffenden Umweltmediums (Gewässer) sein und nicht bloß einen Schutzreflex darstellen.¹²⁰ Die Verteidigung ist daher stets berufen, im Falle des Vorwurfs einer Sorgfaltspflichtverletzung deren Schutzzweck kritisch zu hinterfragen.

Die nahezu durchgängige Fahrlässigkeitsstrafbarkeit im Bereich des Umweltstrafrechts kann sich aus Sicht der Verteidigung als Fluch oder Segen darstellen. Scheidet eine Vorsatzstrafbarkeit erkennbar aus, erscheint es zwar auf den ersten Blick möglicherweise unerfreulich, eine Strafbarkeit gleichwohl nicht umgehend ausschließen zu können. Mit Blick auf die zahlreichen (›Auffang-‹)Ordnungswidrigkeitentatbestände kann es aber je nach Fallkonstellation durchaus von Vorteil sein, sich aufgrund einer in Betracht kommenden Fahrlässigkeitsstrafbarkeit noch auf dem ›Terrain‹ der Staatsanwaltschaft zu befinden und dort ggf. eine für den Mandanten günstige ›Gesamtlösung‹ zu erreichen, beispielsweise nach § 153a StPO (s.o.).

Schließlich kann in solchen Fällen, in denen eine Vorsatzstrafbarkeit durchaus nahe liegt, unter Umständen eine ›Verständigung‹ auf eine bloße Fahrlässigkeitsstrafbarkeit den ›Jäger‹ im Staatsanwalt befriedigen, der die Ermittlungshypothese vom Vorsatzdelikt aufgeben kann, ohne ›mit leeren Händen‹ dazustehen. Denn ein ›Alles-oder-Nichts‹-Prinzip – wie es vor der Einführung von § 8 Abs. 3 Schwarz-ArbG etwa bei § 266a StGB gegeben war – kann nach der Erfahrung des Verfassers eine ›großzügigere‹ Vorsatz-Annahme seitens der Ermittlungsbehörden ›provozieren‹ (ob bewusst oder unbewusst).

119 Vgl. *BT-Drs. 8/2382*, S. 13; OLG Hamburg NStZ 1983, 170; OLG Köln BeckRS 2014, 16763; *Rengier*, in: FS für Boujong, 1996, S. 791, 795 ff.; *Fischer*, StGB, 71. Aufl., § 324 Rn. 10.

120 OLG Oldenburg NStZ-RR 2016, 14, unter Verweis auf *Krell* NZV 2012, 116, 117.

Der Vermeidung einer Vorsatzstrafbarkeit kann insbesondere deshalb eine besondere Bedeutung für den Mandanten zukommen, weil nach der Rechtsprechung bei der Bewertung der Fragestellung einer gewerberechtl. Unzuverlässigkeit maßgeblich zu berücksichtigen ist, ob sich der Betreffende der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens bewusst war oder nicht.¹²¹

5. UNTERNEHMENSVERTEIDIGUNG & COMPLIANCE

In der Unternehmensverteidigung wird die Notwendigkeit der Kooperation mit Sachverständigen und Kollegen mit anderen Fachgebieten je nach Fallkonstellation noch ergänzt um die Komponente der (möglichst frühzeitigen) Versorgung beschuldigter Organe oder Mitarbeiter mit Individualverteidigern und deren Koordinierung. Jedenfalls *de lege lata* ist die Vertretung von Unternehmensinteressen in einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren einerseits und die Tätigkeit als Zeugenbeistand andererseits nicht (*per se*) gesetzlich ausgeschlossen.¹²² Gleichwohl erscheint es regelmäßig ratsam, die Funktion des strafrechtlichen Unternehmensvertreters und die Tätigkeit als Zeugenbeistand zu trennen¹²³ – und (insbes. gefährdete) Zeugen aus der Unternehmenssphäre mit qualifizierten Zeugenbeiständen zu versorgen.¹²⁴

Eine große Bedeutung kommt bei der »Verteidigung« bzw. strafrechtlichen Beratung von Unternehmen auch der Prävention zu. Das beinhaltet u.a. auch die Empfehlung einer D&O-Versicherung für »gefahr geneigte Tätigkeiten« (z.B. Umweltbeauftragter; Compliance-Officer) und eine frühe Beratung über Verhaltensmaßregeln bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen (Durchsuchung, Beschlagnahme etc.),¹²⁵ aber auch die Vermeidung umweltstrafrechtlich relevanter Normverstöße. Da auch ein Compliance-Management-System naturgemäß keine vollständige Normkonformität garantieren kann,

121 BayVGH KommunalPraxis BY 2016, 393; Hessischer VGH GewArch 2000, 424.

122 Vgl. dazu BVerfG NJW 2000, 2660.

123 Ebenso *Minoggio* AnwBl. 2001, 584 ff.; *ders.*, Unternehmensverteidigung, 3. Aufl., S. 287.

124 Ist ein Zeugenbeistand *ad hoc* nicht verfügbar – etwa in einer Durchsuchungssituation – gehört es aber auch durchaus zu der koordinierenden Funktion des Unternehmensanwalts, unternehmensangehörige Mitarbeiter auf ihre Rechte (und Pflichten) hinzuweisen.

125 Ebenso *Leipold*, in: MAH Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 3. Aufl., § 29 Rn. 4.

erstreckt sich Criminal Compliance auch auf die Phase nach einem (möglichen) Normverstoß.¹²⁶ In diesem Kontext entfaltete Bemühungen des Unternehmens können etwa der Verhinderung des Anscheins strafwidrigen Verhaltens bzw. der Einleitung eines Verfahrens dienen; sie können aber auch darauf ausgerichtet sein, durch Aufklärung von innen heraus und Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden eine Milderung von Strafen, Bußgeldern, Abschöpfungsmaßnahmen oder sonstiger drohender Konsequenzen zu erreichen.¹²⁷ Sowohl das Vorhandensein eines angemessenen Compliance-Management-Systems als auch dessen Optimierung in der Folge eines Normverstoßes/ Ermittlungsverfahrens sind nach der Rechtsprechung des BGH bei der Bemessung einer Unternehmensgeldbuße zu berücksichtigen.¹²⁸

Die Entscheidung über eine Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden (und ggf. Internal Investigation) erfordert diffizile Abwägungen. Kooperation sollte nicht um jeden Preis erfolgen; gerade im Bereich des Umwelt(straf)rechts ist der (auch öffentliche/mediale) Druck insoweit auf Unternehmen gleichwohl in der Regel hoch. Zudem ist zu berücksichtigen, dass etwa infolge der Durchführung eines Umweltaudits – dessen umfangreiche Dokumentationen durch einen unabhängigen Gutachter strafrechtlich verwertbar sind¹²⁹ – oder aufgrund der Dokumentations- und Berichtsverpflichtungen aus §§ 3 ff. LkSG sowie die in § 17 LkSG statuierten Auskunfts- und Herausgabepflichten die »notorischen Nachweisprobleme für Strafverfolgungsbehörden und Gerichte«¹³⁰ ohnehin derart verringert sein können, dass eine ›Zurückhaltung‹ in Sachen Kooperation bei der Sachverhaltsaufklärung keine wesentlichen Vorteile mehr birgt.

Kommt es trotz aller Verteidigungsbemühungen zur Sanktionierung des Unternehmens, so hat der Verteidiger darauf hinzuwirken, dass Compliance-Maßnahmen, der Teilnahme an einem Umwelt-Audit oder

126 Vgl. *Krause* StraFo 2011, 437 ff.; *Leimenstoll*, in: Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., Kap. 12 Rn. 316 m.w.N.

127 *Schünemann* GA 2013, 193, 194; *Roxin* StV 2012, 116, 117 f.

128 BGH NZWiSt 2018, 379, 387; vgl. auch *Rau*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit, S. 245.

129 Vgl. hierzu *Hölzen*, Auswirkungen des Öko-Audits, S. 73 ff.; *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 144 m.w.N.

130 So *Lindemann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 11 Rn. 34 m.w.N.

der Kooperation im Ermittlungsverfahren zumindest auf der Ebene der Strafzumessung oder bei der Bemessung unternehmensbezogener Sanktionen (§§ 73, 73a StGB, 30 OWiG) Rechnung getragen wird.¹³¹ Bei Abschöpfungsmaßnahmen kann es zu berücksichtigen sein, wenn lediglich ein formaler Normverstoß festzustellen ist, dass eine Betätigung materiell aber genehmigungsfähig war.¹³² Lässt sich eine Geldbuße gegen ein Unternehmen nicht verhindern, so kann es unter Umständen gelingen, sich auf eine Anknüpfung an eine fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung im Sinne von § 130 OWiG zu verständigen – bei gleichzeitiger Einstellung des Verfahrens gegen die betreffenden Individualbeschuldigten nach § 47 OWiG. So können zumindest die Leitungspersonen aus dem Fokus der Ermittlungen genommen werden, was regelmäßig auch im Interesse des Unternehmens liegt.

Da eine verwaltungsrechtliche Verbandsauflösung (z.B. nach § 396 AktG, § 62 GmbHG) – die nicht der Sanktionierung, sondern der Gefahrenabwehr dient¹³³ – in der Praxis kaum zur Anwendung kommt,¹³⁴ und die Verbandsauflösung auch aus dem ursprünglichen Entwurf des VerSanG gestrichen wurde,¹³⁵ ging es bislang bei existenziellen Risiken für Unternehmen in der Regel um die wirtschaftlichen Konsequenzen des Strafverfahrens (z.B. bei der Verhängung existenzbedrohender Arreste). Der Kompromissvorschlag zu einer neuen Umweltstrafrechts-Richtlinie, der in Art. 7 weitreichende Sanktionen gegen juristische Personen bis hin zur Schließung von Betrieben/Einrichtungen vorsieht (s.o.), lässt mit Spannung erwarten, ob wir – zumindest im Bereich des Umweltstrafrechts (?) – in Zukunft ein ›Unternehmensstrafrecht 1.1‹ erhalten werden, welches weitere Herausforderungen für die Verteidigung mit sich bringen würde.

131 Vgl. hierzu *Sanden* wistra 1995, 283, 286 f.; *Lindemann*, in: Rotsch, Criminal Compliance, § 11 Rn. 32 m.w.N.

132 Vgl. LG Münster NSTz 2012, 448; ähnlich BGH NJW 2012, 1159 (m. Anm. *Rönnau/Krezer* NZWiSt 2012, 147 ff.) zu einem Verstoß gegen das Außenwirtschaftsrecht.

133 *Schmitz*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl., Vorbem. zu § 324 Rn. 153.

134 *Kempff/Schilling/Oesterle*, in: MAH WirtschaftsstrafR, 3. Aufl., § 10 Rn. 25 m.w.N.

135 Vgl. hierzu *Beukelmann* NJW-Spezial 2020, 312; *Knauer* NSTz 2020, 441; auch der finale Entwurf wurde bis heute nicht umgesetzt.

Prof. Dr. iur. habil Helmut Pollähne

DER 64ER AUF ENTZUG

ZUR REFORM DER UNTERBRINGUNG IN EINER ENTZIEHUNGSANSTALT

Das ›Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts ...‹ (v. 16.08.2023)

brachte einige interessante Neuerungen, z.B. im Bereich der Verhängung und Vollstreckung von Geldstrafen – im Hinblick auf die überfällige Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe hat das Gesetz (insoweit i.K. seit dem 01.02.2024) jedoch nichts Halbes und nichts Ganzes zu bieten (Pollähne 2023). Aber das ist ein anderes Thema ...

›... sowie Unterbringung in einer Entziehungsanstalt‹

Was die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB betrifft, beschert dieses Überarbeitungsgesetz uns Änderungen, die in puncto ›impact‹ durchaus den Namen ›Reform‹ verdienen: Die Zeiten, in denen Reformen per se etwas Positives anhaftete, sind ohnehin längst vorbei.

Vom ›Missbrauch der Entziehungsanstalt‹ und anderen Macht- und Ohnmachtsphantasien

Das KCanG ist ein erster zaghafter Schritt zur Entkriminalisierung des Konsums berauschender Substanzen, von Alkohol wie immer ganz zu schweigen: Dass es in Kraft tritt schien sicher, aber wann?¹ Damit wird das Kapitel der Kriminalisierung von Konsument*innen aber noch lange nicht geschlossen sein. Hinzu kommen jene, die unter dem Einfluss oder sonst im Zusammenhang mit berauschenden Substanzen Aktivitäten entfalten, die sie in Konflikt mit der Strafjustiz bringen.

1 Kurz danach stand es fest: es trat tatsächlich zum 1.1.2024 in Kraft, kein Aprilscherz.

Sie alle können ein Lied singen – um das Thema des diesjährigen Strafverteidigertages zu bemühen – von ›Macht und Ohnmacht vor Gericht‹, und mehr noch: von Mächtigen und Ohnmächtigen im Vollzug. Die justizielle Odyssee in den trüben Gewässern der Suchthilfe und Gesundheitsversorgung, der Drogenberatung und Rehabilitation wird absehbar um weitere Irrfahrten bereichert, und viele – oder doch jedenfalls mehr als bisher ohnehin schon – werden stranden an den Gestaden der Ignoranz, Inkompetenz und Insuffizienz

Wesentlicher Antrieb der Reform des Rechts der Entziehungsanstalten waren justizielle Missbrauchserfahrungen. Auf den Punkt gebracht wurde dieser Diskurs von *Schalast*², der den »Missbrauch der Entziehungsanstalt« anprangerte. Da wird also Angeklagten und ihrer Verteidigung unterstellt, sie würden sich die Maßregel des § 64 StGB quasi erschleichen (ähnlich *Kulhanek*³):

- vorbei an Sachverständigen, die das Vorliegen der Voraussetzungen nach bestem Wissen und Gewissen beurteilen sollen,
- vorbei am Gericht, das unabhängig und in freier Beweiswürdigung die Anknüpfungstatsachen festzustellen hat (zur Rolle des BGH s.u.),
- und letztlich auch vorbei an einer Staatsanwaltschaft, die dagehalten oder am Ende Rechtsmittel einlegen könnte.

Dass es Fälle gibt, bei denen sich nachher – also etwa während des Vollzuges der Maßregel in der Entziehungsanstalt – Zweifel einstellen, ob die Voraussetzungen wirklich vorgelegen haben, steht außer Frage. Bei mir, der es oft erst während der Vollstreckung mit diesen Fällen zu tun bekommt, stellen sich bisweilen auch Zweifel ein, ob die Untergebrachten von ihrer Verteidigung gut beraten waren, auf diese Karte zu setzen, und/oder wie es dazu kommen konnte, dass der § 64 StGB überhaupt angeordnet wurde. Nur: Das einseitig als Missbrauch der Entziehungsanstalt durch Angeklagte und ihre Verteidigung zu brandmarken, ist nicht in Ordnung.⁴ Zumal dabei unterschlagen wird, dass mutmaßlich mehr Fehlplatzierungen Drogenabhängiger im Justizvollzug zu beklagen sind als Fehlplatzierungen im Maßregelvollzug.

2 *Schalast* (2017) Missbrauch der Entziehungsanstalt, NStZ S. 433

3 *Kulhanek* (2024) Die aktualisierte Unterbringung nach § 64 StGB, NStZ S. 129

4 Relativierend nun auch *Schalast* (2024) Letzte Ausfahrt: § 64 StGB (?), StraFo S. 167, 168.

Ein Teil der Probleme sind die nach meiner subjektiven Wahrnehmung (wissenschaftlich belastbare Empirie ist mir nicht bekannt) gestiegenen Strafen insbesondere in Btm-Verfahren. Dass davon Betroffene darüber nachdenken, wie sie das Strafübel abmildern können, ist nachvollziehbar und legitim.⁵ In diesem Feld wieder zu schuldangemesseneren Strafen zu kommen, wäre jedenfalls auch ein gelungener Beitrag zur Lösung.

EXKURS: Dieser vermeintliche »Missbrauch« verträgt sich übrigens auch nicht mit dem Dogma, (auch) die Maßregel des § 64 StGB sei eine belastende Maßnahme⁶, weshalb Angeklagte durch die Nichtanordnung gar nicht »beschwert« seien⁷ – das Ganze noch »gekrönt« mit dem Hinweis, Revisionen der Staatsanwaltschaft mit dem Ziel, die Anordnung gem. § 64 StGB aufheben zu lassen, würden »zu Gunsten« Angeklagter eingelegt. Alle Beteiligten wissen, dass die Realität eine andere ist – bzw. war: Dass sich die Unterbringung in der Entziehungsanstalt zukünftig wieder vermehrt als belastende Maßnahme erweisen könnte, erscheint ebenso implizit wie intendiert.

Dass die Entziehungsanstalten der Republik notorisch überbelegt sind⁸, gilt seit vielen Jahren⁹; die leidigen Phänomene von Wartelisten und sog. Organisationshaft, von der Umkehr der Vollstreckungsreihenfolge und häufigen Erledigungen sind wahrlich nicht neu.¹⁰ Ob sie bald der Vergangenheit angehören oder doch jedenfalls erheblich an

5 *Schalast* ebd., 167 f. unter Hinweis auch darauf, dass die Begleitstrafen beständig zugenommen haben.

6 *Kulhanek* (Fn. 3); **BT-Drs. 20/5913**, 49.

7 Vgl. *Pollähne* (2024) Nach der Überarbeitung des Sanktionenrechts: Übergangs- und Altfallprobleme, StV S. 63.

8 *Kinzig* (2024) Erste Erfahrungen mit der neu geregelten Unterbringung nach § 64 StGB, StV S. 544; *Schalast* a.a.O. (Fn. 4); *Bezzel u.a.* (2022) Forensische Suchtbehandlung vor der Reform. Status Quo der »Entziehungsanstalten« und Übersicht über die Vorschläge zur geplanten Novelle des § 64 StGB, MschrKrim S. 65; *Berthold/Riedemann* (2022) Überlastet, überfordert, überbelegt ... und der Wunsch nach »dem guten Patienten«, R&P S. 225; *Pollähne* (2021) »Entziehungsanstalten« zur Disposition gestellt: Vom Scheitern des Maßregelvollzuges in der Suchttherapie, im 8. Alternativen Drogen- und Suchtbericht S. 112.

9 Vgl. bereits *Pollähne/Kemper* (2007) Fehleinweisungen in die Entziehungsanstalt (§ 64 StGB), Berlin, S. 13 und die Beiträge in Müller/Koller (Hg.) (2020) Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, Stuttgart.

10 Vgl. auch **BT-Drs.** a.a.O. (Fn. 6) S. 23 f.

Bedeutung verlieren, steht dahin.¹¹

Vor diesem Hintergrund also einige Anmerkungen zu

- den alten und neuen Anordnungsvoraussetzungen,
- dem Umgang des BGH mit der Reform,
- den Tücken des Revisionsrechts,
- dem neuen Vollstreckungsrecht,
- einigen Problemen der Übergangs- und Altfall-Regelungen
- und den absehbaren Folgen (»Odyssee«) für Betroffene.

I. § 64 StGB: ALTE UND NEUE ANORDNUNGSVORAUSSETZUNGEN

Die Änderungen in § 64 StGB halten sich in Grenzen (das zeigt die Synopse, s.u.)¹², werden aber – das wiederum zeigt auch die später zu referierende *BGH*-Rechtsprechung¹³ – erhebliche Auswirkungen haben:¹⁴

- der »Hang« wurde beibehalten, aber völlig neu definiert,
- die Kausalität der Symptomatik wurde verschärft,
- und die Therapieerfolgsaussicht wurde enger gefasst.

1. VOM RAUSCHMITTELKONSUMHANG ZUR SUBSTANZKONSUMSTÖRUNG

An dem »Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen« wird festgehalten: Der Alkohol steht – historisch bedingt – noch immer an erster Stelle, ist aber einerseits nur ein Beispielfall zum Oberbegriff »berauschende Mittel« (wobei an dem Mittel-Begriff festgehalten

11 Gewisse Zuversicht bei *Schwarz/Stübner* (2023) Die Novellierung von § 64 StGB - potenzielle Auswirkungen auf den Maßregelvollzug, FPPK S. 421.

12 Ähnlich *Baur* (2024) Das Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionenrechts. Eine erste Einordnung und Folgerungen für die Praxis, NStZ S. 74, 77.

13 Dazu auch *Kinzig* a.a.O. (Fn. 8).

14 Überblick bei *Krumm* (2023) Die strafrechtliche Neuregelung zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, NJ S. 442, *Kulhanek* a.a.O. (Fn. 3), *Baur/Querengässer* (2024) Alles beim Alten beim »neuen 64er«? Hinweise für die Auslegung der neu gefassten Anordnungsvoraussetzungen für die Unterbringung, StV S. 270.

Synopse: § 64 StGB in alter und neuer Fassung

UNTERBRINGUNG IN EINER ENTZIEHUNGSANSTALT	
§ 64 StGB a.F. (01.08.2016 – 30.09.2023)	§ 64 n.F. (seit 01.10.2023)
<p>SATZ 1: Hat eine Person den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die sie im Rausch begangen hat oder die auf ihren Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnen, wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ihres Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.</p>	<p>SATZ 1: Hat eine Person den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, und wird sie wegen einer rechtswidrigen Tat, die überwiegend auf ihren Hang zurückgeht, verurteilt oder nur deshalb nicht verurteilt, weil ihre Schuldunfähigkeit erwiesen oder nicht auszuschließen ist, so soll das Gericht die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt anordnen, wenn die Gefahr besteht, dass sie infolge ihres Hanges erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird; der Hang erfordert eine Substanzkonsumstörung, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert.</p>
<p>SATZ 2: Die Anordnung ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt innerhalb der Frist nach § 67d Abs. 1 S. 1 oder 3 zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.</p>	<p>SATZ 2: Die Anordnung ergeht nur, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt innerhalb der Frist nach § 67d Abs. 1 S. 1 oder 3 zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.</p>

wird, nun noch präzisiert durch den Substanzbegriff, s.u.), und andererseits bei der Anwendung des § 64 StGB in der Justiz- und Vollzugspraxis eher zum Ausnahmefall geworden. Aus der alten »Trinkerheilanstalt« wurde ab 1969 die »Entziehungsanstalt« (unbegreiflich, dass die Reform an diesem verstörenden Begriff festgehalten hat) und in der forensischen Realität der letzten Jahrzehnte wurde daraus – je nach Perspektive – der Drogenknast bzw. die geschlossene Suchtfachklinik.

Neu ist die halbwegs fachlich anmutende *Legaldefinition* des Hangs, der nun eine »Substanzkonsumstörung« erfordert, infolge derer »eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert«. Wenn der Gesetzgeber mit dieser Definition dem »Hang« eine völlig neue – vor allem deutlich engere – Bedeutung verleihen wollte, ist es unbegreiflich, warum er gleichwohl an dem Hang-Begriff festgehalten hat.

»Substanzkonsumstörung ...«

Das ist eigentlich eine medizinische bzw. psychiatrische Kategorie¹⁵, auch im Gesetzentwurf¹⁶, der ihn dann aber als Rechtsbegriff deklariert: Dass Gerichte und Sachverständige mehr noch als bisher aneinander vorbeireden, erscheint gleichwohl vorprogrammiert.¹⁷ Nicht ins Gesetz aufgenommen, aber für den Gesetzgeber konstitutiv ist außerdem die Kategorie der »Behandlungsbedürftigkeit«¹⁸; auch das birgt Konfliktpotenzial.¹⁹

»in deren Folge eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung ...«

Die »Behandlungsbedürftigkeit« (s.o.) resp. die »Substanzkonsumstörung« (§ 64 S. 1 StGB n.F.) soll sich in einer »dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung mindestens eines von mehreren Bereichen der Lebensführung« manifestieren.²⁰ Von welcher »Dauer«

¹⁵ Baur a.a.O. (Fn. 12), 77.

¹⁶ BT-Drs. 20/5913, 44, 69.

¹⁷ Vgl. Baur/Querengässer a.a.O. (Fn. 14), 272 f..

¹⁸ BT-Drs. 20/5913, ebda; vgl. Hillenbrand (2023) Die Neuregelung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, StRR Heft 7 S. 6, 7.

¹⁹ Vgl. auch Kinzig a.a.O. (Fn. 8), 545.

²⁰ BT-Drs. 20/5913, ebda.

der Gesetzgeber dabei ausging (ein Jahr?) und was für ihn »schwerwiegend« genug sein soll, ließ er offen.²¹

»der Lebensgestaltung oder der Gesundheit oder der Arbeits- oder Leistungsfähigkeit ...«

»Lebensgestaltung« ist der primäre Begriff,²² wobei jedoch alle Kategorien alternativ daherkommen: Die Unterbringung ist ebenfalls »möglich, wenn der Angeklagte trotz einer behandlungsbedürftigen Konsumstörung seine psychosoziale Funktionsfähigkeit in einigen Lebensbereichen aufrechterhalten hat.«²³ *Baur/Querengässer*²⁴ kritisieren dabei zu Recht eine Vermischung unterschiedlicher Kategorien.

ZWEI KURZE SEMANTISCHE RANDNOTIZEN: Im Gesetzestext ist von »Lebensgestaltung« die Rede, im Gesetzentwurf hingegen von »Lebensführung«.²⁵ Es mag unbedacht sein, wer weiß, aber der Begriff der Lebensführung ist mindestens im Zusammenhang mit der Schuld historisch belastet. Terminologische Sorgfalt wäre angezeigt, die Rechtsprechung dazu bleibt zu beobachten.²⁶ Bemerkenswert ist auch der Verweis auf die »Arbeits- oder Leistungsfähigkeit«: Der Gesetzentwurf nimmt explizit Bezug auf BGH-Entscheidungen aus den 1950 und 60er Jahren zu § 42c StGB.²⁷ Da werden Erinnerungen wach an den Text des Gewohnheitsverbrechergesetzes von 1933 »... um ihn an ein gesetzmäßiges und geordnetes Leben zu gewöhnen«. Rechtshistorische Sensibilität wäre gerade im Maßregelrecht nicht fehl am Platz. Das Reden vom »psychosozialen Funktionsniveau«²⁸ kommt zwar moderner daher, hinterlässt aber auch einen faden Beigeschmack.

21 Ausf. dazu *Baur/Querengässer* a.a.O. (Fn. 14).

22 *Baur/Querengässer* a.a.O. (Fn. 14), 272.

23 **BT-Drs. 20/5913**, ebda.

24 *Baur/Querengässer* a.a.O. (Fn. 14).

25 Vgl. auch *Kulhanek* a.a.O. (Fn. 3), 131.

26 Vgl. bereits **BGH 2 StR 175/23**, **3 StR 429/23** und **455/23**, **4 StR 362/23** und **6 StR 327/23**.

27 Letztmalig, soweit ersichtlich, NJW 1972, 347.

28 **BT-Drs. 20/5913**, S. 46.

»Beeinträchtigung ..., die eingetreten ist und fort dauert«

Dies erweist sich womöglich als Falle, denn »fortdauern« muss sie – also die ohnehin »dauernde« Beeinträchtigung der Lebensgestaltung etc. – noch zum Zeitpunkt der Anordnung! (oder sogar noch in der Vollstreckung? s.u. 4.)

Wie sollen Gerichte und Sachverständige das beurteilen, wenn sich Angeklagte ggf. seit etlichen Monaten in U-Haft befinden, wo die vorherigen Beeinträchtigungen der Lebensgestaltung und/oder der Gesundheit, der Arbeits- oder Leistungsfähigkeit zumeist in den Hintergrund getreten sind? »Lebensgestaltung« in der U-Haft mutet ohnehin aberwitzig an. Den »Hang« zu verneinen, weil er zwar zum Tatzeitpunkt vorlag, zum Urteilszeitpunkt aber nicht mehr »fortdauert«, dürfte kaum zu vertreten sein, denn eine »Substanzkonsumstörung« einhergehend mit »dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigungen« verschwindet – zumal während des Justizvollzuges – nicht von alleine.

Dass über dieses Kriterium ggf. gerade jene aus dem Anwendungsbereich des § 64 StGB verschwinden, die therapeutisch noch am ehesten erreichbar wären,²⁹ könnte sich als Bumerang erweisen.

2. VON DER HINREICHENDEN SYMPTOMATIK ZUR ÜBERWIEGENDEN KAUSALITÄT

Die rechtswidrige/n Tat/en muss resp. müssen nun »überwiegend« auf jenen Hang zurückgehen; dass dieser für Taten mitursächlich war, reicht nicht mehr aus. Es gibt also eine Verschiebung in Richtung Monokausalität, die es gerade bei Suchterkrankungen so nicht gibt: Oft genug ist die Substanzkonsumstörung selbst ein Symptom anderer Störungen und Probleme, das sich verselbständigt hat bzw. die sich verselbständigt haben. Ausreichend soll eine »Mitursächlichkeit« nur noch sein,³⁰ wenn sie bzw. er (der »Hang«) »quantitativ andere Ursachen überwiegt«. Ob damit eine relative oder absolute Mehrheit gemeint ist (und ob Sachverständige solches überhaupt messen können), bleibt abzuwarten.³¹

²⁹ *Kulhanek* a.a.O. (Fn. 3), 131 mwN.

³⁰ *BT-Drs. 20/5913*, ebda.

³¹ *Kinzig* a.a.O. (Fn. 8), 547; *Baur/Querengässer* a.a.O. (Fn. 14), 274.

Es ist sicher kein Zufall, dass der Gesetzentwurf an mehreren Stellen die »Großdealer« bemüht,³² vor denen der Maßregelvollzug offenbar bewahrt werden muss. Ganz abgesehen davon, dass die »Dealer-Problemik im 64er damit schon quantitativ überbewertet wird,³³ hat *Schalast*³⁴ darauf hingewiesen, dass es sich dabei oft um die stärker motivierten Untergebrachten handelt.³⁵

3. VON DER THERAPIEERFOLGSAUSSICHT ZUR HEILUNGSERWARTUNG?

Es soll nun nicht mehr reichen,³⁶ dass eine »hinreichend konkrete Aussicht« besteht, die betroffene Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen. Vielmehr muss dies nun *aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten* sein! Ob die Anforderungen an die Behandlungsprognose damit nur »moderat angehoben« wurden,³⁷ bleibt abzuwarten.

Das wird absehbar zu einer Art Beweislastumkehr führen:³⁸ Es ist nun im Regelfall nicht mehr danach zu fragen, was gegen den Erfolg einer Suchtbehandlung spricht,³⁹ sondern es muss belegt werden, was dafür spricht – dass dabei »tatsächliche Anhaltspunkte« vorliegen müssen, galt allerdings auch bisher schon.⁴⁰ Diese Behandlungsprognose (vgl. auch § 246a StPO) war immer schon ein schwieriges Unterfangen,⁴¹ nun aber werden diese Schwierigkeiten nicht nur

32 Vgl. nur **BT-Drs. 20/5913**, 47.

33 Vgl. auch *Berthold u.a.* (2023) Zunahme an Untergebrachten mit schwerwiegenden BtMG-Delikten in den Entziehungsanstalten, R&P S. 135.

34 *Schalast* a.a.O. (Fn. 4), 168.

35 Ähnlich *Bezzel u.a.* (2022) Forensische Suchtbehandlung vor der Reform. Status Quo der »Entziehungsanstalten« und Übersicht über die Vorschläge zur geplanten Novelle des § 64 StGB, MschrKrim S. 65.

36 Immerhin der BVerfGE 91, 1 von 1994 folgend, vgl. auch **BT-Drs. 20/5913**, S. 26 f..

37 **BT-Drs. 20/5913**, S. 70, vgl. *Pollähne* 2024 a.a.O. (Fn. 7), 65.

38 Zur Entwicklung der Rechtsprechung *Kinzig* a.a.O. (Fn. 8), 548 ff. mwN.

39 Zur relativ positiven Erfolgsbilanz des 64er *Schalast* 2024 (Fn. 4), 168 f..

40 Vgl. **BT-Drs. 20/5913**, S. 70.

41 Weshalb u.a. *Querengässer/Berthold* für deren Streichung plädierten (*Querengässer/Berthold* (2022) Vom gesetzlichen Anspruch und den Grenzen der gutachterlichen Möglichkeiten - Plädoyer für die Streichung der »Behandlungsprognose« aus § 64 StGB, KriPoZ S. 8).

zunehmen, sondern im Zweifel einseitig zugunsten – resp. zu Lasten – des Strafvollzuges aufgelöst.⁴² Die Zahl der Gutachten zu dieser Frage auch noch zurückdrängen zu wollen, um »dem Anliegen einer beschleunigten, funktionstüchtigen Strafrechtspflege gerecht zu werden«,⁴³ verheißt nichts Gutes von Seiten jener beschleunigten funktionstüchtigen Strafrechtspfleger*innen.

Beunruhigend schließlich auch der sehr deutliche Hinweis darauf, dass – mehr als bisher schon⁴⁴ – »mangelnde Sprachkenntnisse oder unzureichende Sprachkompetenzen« der Unterbringung entgegenstehen sollen.⁴⁵ Frei von Diskriminierung bekommt man das nicht hin.⁴⁶

Exkurs: Diese strengeren Vorgaben für die Anordnung gelten für alle Fälle, in denen § 64 StGB in den Blick gerät; dass der Gesetzgeber diejenigen vor Augen hatte, die – sei es gemäß § 21 StGB, sei es bei voller Schuldfähigkeit – eine Begleitstrafe erhalten, ist deutlich. Wie aber wird die Strafjustiz künftig mit jenen (zugegeben: seltenen) Fällen umgehen, bei denen infolge § 20 StGB – gar im Sicherungsverfahren – nur der 64er zur Diskussion steht? Wird es nun häufiger zu folgenlosen Freisprüchen kommen, oder zum Ausweichen auf § 63 StGB? Oder ändern sich die Anforderungen an § 20 StGB? Bleibt abzuwarten ...⁴⁷ Entsprechendes gälte für die Frage, ob Altfälle gem. §§ 64, 20 StGB nach § 67d Abs. 5 vermehrt zu erledigen sind mit der Folge der Entlassung in die Freiheit.

II. ZEITENWENDE IM MASSREGELRECHT, AUCH AM BGH

Es ist noch nicht allzu lange her, da hatte ich – ebenfalls aus Anlass eines einschlägigen Vortrages und im Zusammenhang mit den Arbeiten an der 6. Aufl. des NK-StGB (2023 endlich erschienen) – die

42 Krit. *Schalast* a.a.O. (Fn. 4), 170 f.; vgl. auch *Kubink/Springub* (2023), Passt der Justizvollzug noch zu seiner Klientel?, ZRP 2023, 47.

43 *Kulhanek* a.a.O. (Fn. 3), 130.

44 Vgl. BGH 5 StR 208/21, vgl. auch *Kulhanek* a.a.O. (Fn. 3), 134.

45 BT-Drs. 20/5913, S. 71.

46 Vgl. zum Thema auch *Kaspar* (2021) Ausländische Untergebrachte im Vollzug des § 64 StGB - eine ›Problemklientel‹? R&P S. 55.

47 Der Fall in [BGH 6 StR 142/23](#) ist etwas anders gelagert.

Rechtsprechung des BGH zu § 64 StGB a.F. ausgewertet, um nachzuweisen, dass es nicht zuletzt die Bundesrichter*innen aus Karlsruhe und Leipzig waren, die die Instanzgerichte beständig mit der Nase darauf stießen, jene Maßregel nicht aus dem Blick zu verlieren.

»Meine eigene Auswertung der aus dem Jahr 2020 (bei juris) veröffentlichten Rspr. des BGH [zu § 64 StGB a.F.] ergab, dass in insg. 75 Prozent der Fälle entweder eine Anordnung nicht beanstandet (48 Prozent) oder eine Nichtanordnung beanstandet wurde (27 Prozent); vor diesem Hintergrund dürfte die Vermutung von *Radtke*, die Tat-Gerichte seien allzu ›anordnungsfreundlich‹, mindestens zu relativieren sein.«⁴⁸

Vor diesem Hintergrund hat es mich gereizt, die Rechtsprechung des BGH zu § 64 StGB n.F. seit Inkrafttreten, also seit dem 01.10.2023 auszuwerten, auf der Grundlage der MoPo (= Montagspost des BGH in Strafsachen). Das Ergebnis ist nicht wirklich überraschend, aber doch besorgniserregend: Spätestens hier wird die Zeitenwende deutlich, die die Gesetzgebung dem Maßregelrecht verkündet hat.

BGH-Rspr. zu § 64 StGB (01.10.2023 – 29.02.2024: 5 Monate)			
§ 64 StGB	Anordnung	Nichtanordnung*	ges.
Aufhebung	44 (67,7 %)	2 (3,1 %)	46 (70,8 %)
Bestätigung	6 (9,2 %)	5 (7,7 %)	11 (16,9 %)
- davon	5 (7,7 %)**	3 (4,6 %)***	8 (12,3 %)
ges.	55 (84,6 %)	10 (15,4 %)	65 (100 %)

* Nichtanordnung incl. Nichtprüfung

** Vorwegvollzug (2x), vom Rechtsmittel ausgenommen (2x), Revision der Nebenklage (1x)

*** keine Beschwer (2x), nach Rechtsmittelbeschränkung (1x)

Bei 65 Entscheidungen, in denen sich der BGH seit dem 01.10.2023 bis Ende Februar 2024 zu § 64 StGB äußerte, erfolgte in 44 Fällen – also mehr als Zweidrittel (bereinigt knapp Dreiviertel) – eine Aufhebung der vor dem Inkrafttreten der Neuregelung angeordneten Unterbringung in der Entziehungsanstalt, während nur noch in zwei Fällen die Nichtanordnung beanstandet wurde. Demgegenüber

48 *Pollähne* (2022) Entziehungsanstalten im Übermaß. Strafe – Sucht – Therapie – Reform des § 64 StGB https://www.konfliktforscher.de/vortraege_2022/

wurde nur in sechs Fällen die Anordnung bestätigt, in etwa derselben Größenordnung die Nichtanordnung (eine nachträgliche Erweiterung der Auswertung auf die Folgemonate hätte kaum andere Ergebnisse gezeitigt; inzwischen – August 2024 – scheint der BGH mit den ›Aufräumarbeiten‹ zu § 64 StGB a.F. durch).⁴⁹

Eine nähere Analyse würde hier den Rahmen sprengen, deshalb nur so viel: In einigen Fällen hatte die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt, zumeist erfolgte die Aufhebung der Anordnung jedoch auf Revision der Verurteilten (zu den Tücken des Revisionsrechts s.u.). Und was besonders auffällt: Die Urteile, bei denen die Anordnung gem. § 64 StGB nach neuem Recht beanstandet wurde, reichen zum Teil bis in den November 2022 zurück, einige Revisionsverfahren dauerten bis zu einem Jahr und mehr – ein Schelm, wer Böses dabei denkt: Wartete der BGH auf das Inkrafttreten der Reform?

ZU WEITEREN TÜCKEN DES REVISIONSRECHTS

Die ›Aufräumarbeiten‹ des BGH (und ggf. anderer Revisionsgerichte), was vor dem 01.10.2023 erfolgte Anordnungen gem. § 64 StGB betrifft, dürften abgeschlossen sein,⁵⁰ demgemäß überflüssig auch die für entspr. Revisionsverfahren zu erteilenden Ratschläge.⁵¹ Was andere Tücken des Revisionsrechts i.V.m. § 64 StGB betrifft, gilt letztlich dasselbe wie vorher, wenn auch in Anbetracht der Neuregelungen (s.o.) nicht mehr mit derselben Brisanz: Zu erwägen ist immer, ob die Anordnung resp. Nichtanordnung der Maßregel vom Revisionsangriff ausgenommen werden sollte; bedacht werden muss weiterhin, dass die Nichtanordnung des § 64 StGB (angeblich mangels Beschwer) nicht isoliert angefochten werden kann.

49 Krit. zur Nichtgeltung des Rückwirkungsverbots Babucke/Sarfraz (2024) Maßregelrecht ohne Rückwirkungsverbot: Rechtsstaatlich bedenklich oder für die Zweispurigkeit des deutschen Strafrechts unverzichtbar? RPsyCh S. 5.

50 Überblick im Strafverteidiger (StV) 2024 Heft 4; vgl. auch die RÜ von *Detter* NStZ 2024, 215 ff.

51 Vgl. *Pollähne* a.a.O. (Fn. 7), 63 ff. sowie *Terwollbeck* (2024) Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB – Bedeutung der Neuregelung für das Revisionsverfahren, StRR Heft 1 S. 6 und *Hillenkamp* a.a.O. (Fn. 18), 7 ff.

III. VON FALSCHEN ANREIZEN ZUR RICHTIGEN ABSCHRECKUNG: DAS NEUE VOLLSTRECKUNGSRECHT ZU § 64 STGB

Neben der Unterstellung, die Anordnungsvoraussetzungen des § 64 StGB a.F. hätten die Tore der Entziehungsanstalten zu weit geöffnet, waren es vor allem zwei Besonderheiten im Vollstreckungsrecht zu § 64 StGB, die (neben gewissen Vorzügen im Vollzug der Maßregel) angebliche – und nun angeblich falsche – Anreize boten: Die Halbstrafenregelung des § 67 Abs. 5 S. 1 StGB a.F. und daran anknüpfend die Berechnung des sog. Vorwegvollzuges bei längeren Begleitstrafen (Abs. 2 S. 3).

Nirgendwo wird der kriminalpolitische Paradigmenwechsel in puncto Entziehungsanstalt so deutlich: Nach der sog. großen Strafrechtsreform der 1960er und 70er Jahre war jene besondere Halbstrafenregelung – von mir aus auch »Privilegierung« – 1986 durch das 23. StRÄG gerade auch deshalb eingeführt worden, um die zu einer solchen Maßregel Verurteilten zu motivieren, sich um den Erfolg der Suchtbehandlung zu bemühen.⁵² Nun wird ihnen unterstellt, dieses Privileg (das im Lichte des § 57 Abs. 2 StGB eigentlich gar keines ist) zu missbrauchen ...

Die vollstreckungsjustizielle Realität war ja längst eine andere geworden: Kaum jemand schaffte es, gem. § 67 Abs. 5 S. 1 StGB zum Halbstrafenzeitpunkt aus dem Vollzug in die Bewährung entlassen zu werden. Dass der Gesetzgeber dies aber sogar zur Begründung der Änderung anführt,⁵³ ist allerdings nicht frei von Zynismus: Ebenso absehbar werden es zukünftig kaum noch in der Entziehungsanstalt Untergebrachte schaffen, zum Zweidrittel-Zeitpunkt entlassen zu werden. Wenn das als Abschreckung gemeint ist, so dürfte die Rechnung aufgehen. Dass es – obwohl gem. S. 1 Hs. 2 möglich unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 StGB – zukünftig noch zu Halbstrafenentlassungen kommt (»das Gericht kann...«), erscheint theoretischer Natur.⁵⁴

⁵² BT-Drs. 10/270, S. 13.

⁵³ BT-Dr. 20/5913, S. 31 f., 50.

⁵⁴ *Kulhanek* a.a.O. (Fn. 3), 136: »nur noch selten«, optimistischer *Baur* a.a.O. (Fn. 12), 77.

Synopse: § 67 StGB in alter und neuer Fassung

REIHENFOLGE DER VOLLSTRECKUNG	
§ 67 StGB a.F. (01.08.2016 – 30.09.2023)	§ 67 StGB n.F. (seit 01.10.2023)
<p>Abs. 1 Wird die Unterbringung in einer Anstalt nach den §§ 63 und 64 neben einer Freiheitsstrafe angeordnet, so wird die Maßregel vor der Strafe vollzogen.</p> <p>Abs. 2 SATZ 1 Das Gericht bestimmt jedoch, dass die Strafe oder ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird.</p> <p>SATZ 2 Bei Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren soll das Gericht bestimmen, dass ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist.</p> <p>SATZ 3 Dieser Teil der Strafe ist so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entscheidung nach Abs. 5 S. 1 möglich ist. ...</p>	<p>Abs. 1 Wird die Unterbringung in einer Anstalt nach den §§ 63 und 64 neben einer Freiheitsstrafe angeordnet, so wird die Maßregel vor der Strafe vollzogen.</p> <p>Abs. 2 SATZ 1 Das Gericht bestimmt jedoch, dass die Strafe oder ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist, wenn der Zweck der Maßregel dadurch leichter erreicht wird.</p> <p>SATZ 2 Bei Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von über drei Jahren soll das Gericht bestimmen, dass ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist.</p> <p>SATZ 3 Dieser Teil der Strafe ist in der Regel so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entscheidung nach Abs. 5 S. 1 erster Halbsatz möglich ist. ...</p>
<p>Abs. 5 Satz 1 Wird die Maßregel vor der Strafe oder vor einem Rest der Strafe vollzogen, so kann das Gericht die Vollstreckung des Strafrestes unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 zur Bewährung aussetzen, wenn die Hälfte der Strafe erledigt ist.</p>	<p>Abs. 5 Satz 1 Wird die Maßregel vor der Strafe oder vor einem Rest der Strafe vollzogen, so setzt das Gericht die Vollstreckung des Strafrestes unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 und S. 2 zur Bewährung aus, wenn zwei Drittel der Strafe erledigt sind; das Gericht kann die Aussetzung auch schon nach Erledigung der Hälfte der Strafe bestimmen, wenn die Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 entsprechend erfüllt sind.</p>

Noch gravierender dürfte sich der damit im Zusammenhang stehende, vermeintlich nur geringfügig geänderte § 67 Abs. 2 S. 3 StGB n.F. auswirken: Der sog. Vorwegvollzug der Begleitstrafe orientiert sich weiterhin an Abs. 5 S. 1, nimmt dessen Änderung aber in sich auf, in dem er nun »in der Regel« so zu bemessen ist, dass nach Therapieerfolg die Zweidrittelentlassung »möglich« ist. Hier gilt erst recht, dass Ausnahmen von jener Regel – also: kürzerer Vorwegvollzug (wie bisher), weil bereits das Tatgericht von einer späteren Halbstrafenentlassung ausgeht – unrealistisch sind.⁵⁵

Und auch insoweit gilt: wenn das als Abschreckung gemeint war, dürfte die Rechnung aufgehen (dass in Einzelfällen sogar Vorteile zu verzeichnen sein sollen, so BT-Drs. 20/5913, S. 53, erscheint abwegig). Warum sollten sich Angeklagte darauf noch einlassen wollen? Dass Gerichte ihnen solches gegen ihren Willen aufdrängen, dürfte in Anbetracht insb. der schärferen Anforderungen an die Therapieerfolgsaussichten eher selten sein.

⁵⁵ *Kulhanek* (2024) a.a.O. (Fn. 3), 136: »nur ganz ausnahmsweise«.

IV. GEHE IN DAS GEFÄNGNIS ... GEHE NICHT ÜBER LOS: VOM ERLEDIGUNGS- ZUM WIEDER-AUFNAHMERECHT

Eine weitere Verschlechterung des Vollstreckungsrechts verbirgt sich in § 67d Abs. 5 StGB, der zwar gar nicht geändert wurde, aber auf § 64 S. 2 StGB verweist, und deshalb mittelbar einer Änderung unterlag:

Synopse: § 67d Abs. 5 S. 1 StGB in alter und neuer Fassung

DAUER DER UNTERBRINGUNG	
§ 67d Abs. 5 S. 1 StGB	§ 67d Abs. 5 S. 1 StGB
Das Gericht erklärt die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt, wenn die Voraussetzungen des § 64 S. 2 nicht mehr vorliegen.	Das Gericht erklärt die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt für erledigt, wenn die Voraussetzungen des § 64 S. 2 nicht mehr vorliegen.
i.V.m. § 64 S. 2 StGB a.F.	i.V.m. § 64 S. 1 StGB n.F.
Die Anordnung ergeht nur, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt innerhalb der Frist nach § 67d Abs. 1 S. 1 oder 3 zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.	Die Anordnung ergeht nur, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist , die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt innerhalb der Frist nach § 67d Abs. 1 S. 1 oder 3 zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.

Soweit ersichtlich war es das OLG Celle (mit Beschl. v. 20.11.2023 – 2 Ws 317/23 = StraFo 2024, 34), das als erstes § 67d Abs. 5 S. 1 StGB dahingehend auslegte, auch während der laufenden Vollstreckung einer vor dem 01.10.2023 rechtskräftig angeordneten Unterbringung gem. § 64 StGB sei im Rahmen der periodischen Überprüfung gem. § 67e Abs. 1 StGB zu prüfen, ob die Unterbringung für erledigt zu erklären ist, weil es keine »tatsächlichen Anhaltspunkte« (mehr) gibt, die erwarten lassen, dass das Ziel der Behandlung noch zu erreichen ist.

Auch wenn der *amtliche Leitsatz* des OLG Celle

»Für die Vollstreckung von vor dem 01.10.2023 rechtskräftig angeordneten Unterbringungen in einer Entziehungsanstalt finden – von § 67 StGB abgesehen – die aktuell gültigen Vorschriften des StGB Anwendung.«

etwas weit geht (s.u.),⁵⁶ so lässt sich doch im Lichte des § 2 Abs. 6 StGB immerhin vertreten, dass auch für laufende Vollstreckungen in Alt-fällen nun »tatsächliche Anhaltspunkte« zu fordern sind, die es »erwarten« lassen, dass (auch) die weitere Behandlung erfolgreich sein wird.⁵⁷ Die umgehende (zumeist Rück-)Verlegung in den Justizvollzug nach einem StVK-Erledigungsbeschluss war inzwischen übrigens zur Regel geworden;⁵⁸ dass es eines klarstellenden Hinweises auf die sofortige Vollziehbarkeit in § 463 Abs. 6 S. 3 Hs. 2 StPO bedurfte, überzeugt nicht wirklich.⁵⁹ Anträge gem. § 307 Abs. 2 StPO zur aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen die Erledigung haben selten Erfolg, zumal sie meist von derselben StVK beschieden werden, die gerade die Erledigung ausgesprochen hat.⁶⁰ Aber vielleicht muss man froh sein, dass der Gesetzgeber das Beschwerderecht der Betroffenen nicht gleich gestrichen hat.⁶¹

Was aber jedenfalls zu weit geht, so wie es zwischenzeitlich allerdings das *OLG Saarbrücken* getan hat,⁶² ist die Erweiterung dieser Erledigungsoption per doppelter Verweisung in Richtung Wiederaufnahme:⁶³

»1. Auf die Vollstreckung einer vor dem 01.10.2023 rechtskräftig angeordneten Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ist über § 67d Abs. 5 S. 1 StGB die Vorschrift des § 64 S. 2 StGB in der seit dem 01.10.2023 geltenden Fassung anzuwenden (Anschluss an OLG Celle [s.o.]).

56 Unklar dazu *Baur* a.a.O. (Fn. 12), 77.

57 Diff. noch *Pollähne* a.a.O. (Fn. 7), 64.

58 Diff. *BT-Drs. 20/5913*, S. 34, 54 f. mwN.

59 A.A. *Baur* a.a.O. (Fn. 12), 77.

60 Vgl. jedoch *LG Göttingen/AG Nienburg/W.* StV 2024, 264.

61 Wie es *v. Gemmeren* (2022), Reform der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, ZRP S. 76 forderte.

62 Beschl. v. 29.01.2024 – 1 Ws 298/23 = StV 2024,463, Ls.

63 Ebenso inzwischen das *OLG Bremen*, Beschl. v. 08.03.2024 – 1 Ws 17/24 = StV 2024, 463, Ls. u.a.

2. Der Begriff des ›Hangs‹ i.S.d. § 64 S. 2 StGB in der seit dem 01.10.2023 geltenden Fassung entspricht dem des § 64 S. 1 Hs. 2 StGB in derselben Fassung.
3. Ein ›Hang‹ des Untergebrachten i.S.d. § 64 S. 1 Hs. 2 StGB in der seit dem 01.10.2023 geltenden Fassung liegt nur vor, wenn bei ihm eine Substanzkonsumstörung besteht, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist oder fort dauert.
4. Eine vor dem 01.10.2023 rechtskräftig angeordnete Unterbringung ist nach § 67d Abs. 5 S. 1 StGB für erledigt zu erklären, wenn bei dem Untergebrachten zwar weiterhin eine Substanzkonsumstörung besteht, diese aber zu keinem Zeitpunkt zu einer dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung seiner Lebensgestaltung, Gesundheit oder Arbeits- oder Leistungsfähigkeit geführt hat.« (amtl. Leitsätze)

Das führt letztlich dazu, im Rahmen der jeweils anstehenden Überprüfung (oder gar unabhängig davon gem. § 67e Abs. 1 StGB oder im Verfahren nach § 67c Abs. 1 StGB⁶⁴) die Anordnungsvoraussetzungen des § 64 S. 1 StGB n.F. neu zu prüfen: Es führt also zu einem verkappeten Wiederaufnahmeverfahren.⁶⁵ Eine Erledigung der Unterbringung wegen Wegfalls der Anordnungsvoraussetzungen kennt das Gesetz aber nur in § 67d Abs. 6 S. 1 StGB und nur für § 63 StGB: Für die justizielle Etablierung eines solchen Wiederaufnahmerechts den 64er betreffend gibt jedoch weder die Begründung des Gesetzentwurfes etwas her,⁶⁶ noch kann § 2 Abs. 6 StGB dafür bemüht werden,⁶⁷ ebenso wenig ein Umkehrschluss aus Art. 316o EGStGB (s.u.).

Ganz abgesehen davon zwingt der Wortlaut des § 64 S. 2 StGB n.F. allerdings auch gar nicht zu einer solchen Verweisungs->Logik.⁶⁸ Auch § 67d Abs. 5 S. 1 StGB selbst – im Rahmen der Reform unver-

64 Dazu *OLG Bremen*, Beschl. v. 08.03.2024 – 1 Ws 17/24 = StV 2024, 463, Ls.

65 Vgl. zu § 67c Abs. 2 StGB *OLG Celle*, Beschl. v. 16.04.2024 – 2 Ws 74/23.

66 *Pollähne* a.a.O. (Fn. 7), 64 f.

67 A.A. *OLG Saarbrücken* a.a.O. (Fn. 62); krit. zu § 2 Abs. 6 StGB Babucke/Sarfraz a.a.O. (Fn. 49).

68 Weitere OLG-Rspr. bleibt abzuwarten, vgl. u.a. *Hamm*, Beschl. v. 13.06.2024 – 4 Ws 132/24, *Nürnberg*, Beschl. v. 12.02.204 – Ws 54/24 = StV 2024, 462, Ls.; *Celle*, Beschl. v. 09.02.2024 – 2 Ws 20/24 = StraFo 2024, 197 sowie *Brandenburg*, Beschl. v. 02.01.2024 – 2 Ws 178/23 = StV 2024, 260.

ändert geblieben – spricht dagegen, wonach die Unterbringung zu erledigen ist, wenn die Voraussetzungen des § 64 S. 2 StGB »nicht mehr« vorliegen: Vor Inkrafttreten der Neuregelungen zu § 64 StGB wäre niemand auf die Idee gekommen, aus diesem »nicht mehr« auf die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens zu schließen⁶⁹ – weshalb dies seit dem 01.10.2023 anders zu beurteilen sein soll, erschließt sich nicht (und ist wie gesagt auch den Gesetzgebungsmaterialien nicht zu entnehmen).

Es ergeben sich ungeachtet all dessen jedoch bereits kuriose Konstellationen, in denen sich z.B. alle an der Anhörung gem. § 67e StGB Beteiligten (also insb. auch die Entziehungsanstalten; die Staatsanwaltschaften halten sich davon notorisch fern) dahingehend einig sind, die erfolgreich verlaufende »Entziehungsbehandlung« sollte fortgesetzt und zu einem ebenso erfolgreichen Ende gebracht werden, für dessen Erwartung es auch »tatsächlich Anhaltspunkte« gebe – die Staatsanwaltschaft aber ungeachtet dessen gem. § 64 StGB n.F. die Erledigung fordert, weil angeblich gar kein »Hang« n.F. vorliege (womöglich nie vorgelegen hat), der noch zu behandeln wäre! Dass der Gesetzgeber einen solchen »Kehraus« im Schilde führte, ist nicht ersichtlich⁷⁰. Wer diesem Spuk ein Ende bereitet, ist allerdings nicht absehbar ... bleibt abzuwarten, ab wann sich die Entziehungsanstalten darüber beklagen werden, dass ihnen die Patient*innen ausgehen.

V. ÜBERGANGS- UND ALTFALL-REGELUNGEN

Nach der »Überarbeitung des Sanktionenrechts« ergaben sich – nicht nur zu §§ 64, 67 StGB⁷¹ – div. Übergangs- und Altfallprobleme; sie wiederholen sich jetzt ganz ähnlich im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des KCanG bzw. der damit einhergehenden Änderung des BtMG.⁷²

69 Dessen Zulässigkeit der Gesetzgeber auch sonst zu Recht an strenge Anforderungen knüpft, vgl. BVerfGE 166, 359.

70 Vgl. auch *Pollähne* a.a.O. (Fn. 7), 65.

71 Vgl. zur Ersatzfreiheitsstrafe *Pollähne* a.a.O. (Fn. 7), 63.

72 Dazu *Kerpa/Kostik* (2024) KCanG - Zum Umgang mit rechtskräftigen, nicht vollstreckten Strafen, StV S. 477.

Immerhin ist klargestellt – auch wenn man dies in der Praxis entweder nicht wahrnehmen und/oder nicht wahrhaben will – dass für ›Altfälle‹ der § 67 Abs. 5 StGB a.F. weiteergilt,⁷³ was letztlich auch für die Absätze 3, 4, und 6 gelten muss;⁷⁴ gleichwohl bzw. ungeachtet dessen gerät die alte Halbstrafenregelung für die sich noch in den Entziehungsanstalten Befindlichen mehr und mehr – und das heißt mehr noch, also bisher ohnehin schon (s.o. II.) – ins Wanken.

VI. AUSBLICK: ZUR ODYSSEE

Es war schon nach bisherigem Recht nicht per se empfehlenswert, die Verteidigung auf § 64 StGB auszurichten. In einem der Schwerpunkte meiner Verteidigungstätigkeit, nämlich in Vollstreckung und Vollzug, wurde mir immer mal wieder deutlich, dass Mandant*innen in den Entziehungsanstalten womöglich nicht allzu gut beraten waren, auf diese Karte zu setzen ... etwa weil ihnen nun die Erledigung gem. § 67d Abs. 5 StGB, die Verlegung bzw. Rückverlegung in den Justizvollzug und damit oft die Vollverbüßung drohte.

Inwieweit auch immer das Gerede vom Missbrauch der Entziehungsanstalten berechtigt war: Er dürfte sich – als Verteidigungsstrategie – mit der Reform erledigt haben. Bis auf Weiteres dürfte die Verteidigung gegen die Maßregel des § 64 StGB den Regeln unserer Kunst entsprechen.

Die Novelle ist – jedenfalls aus Sicht der Entziehungsanstalten und ihrer Träger – gut gemeint, aber nicht wirklich gut gelungen.⁷⁵ Eine Reform war nötig,⁷⁶ der eingeschlagene Weg mag sich aber als Irrweg erweisen – jedenfalls aus Sicht der Justizvollzugsanstalten und ihrer Träger, absehbar aber auch aus Sicht der Angeklagten und Verurteilten mit »Substanzkonsumstörungen«. Die Regelungen sind eine ›Unterbringungs-Verhinderungs-Konstruktion‹ und als solche wohl auch gedacht: »Der Staat lässt mit den avisierten Regelungen die Be-

73 Art. 316o Abs. 2 EGStGB; dazu auch *Hillenkamp* a.a.O. (Fn. 18), 9.

74 *Pollähne* a.a.O. (Fn. 7), 64

75 *Kinzig* a.a.O. (Fn. 8), *Baur/Querengässer* a.a.O. (Fn. 14).

76 Vgl. auch *Pollähne* a.a.O. (Fn. 8), 112.

troffenen und auch den Strafvollzug im Stich«,⁷⁷ zumal die Reform »weniger von fachlichen Erfordernissen, sondern ganz wesentlich von der Vorstellung getrieben war, durch eine Verlagerung der Klientel des § 64 StGB vom Maßregel- in den Strafvollzug Geld sparen zu können«⁷⁸ – die »Folgekosten« für die Gesellschaft könnten allerdings »erheblich werden«.⁷⁹

ALTERNATIVEN?

Andere Reformansätze⁸⁰ sollen hier nicht⁸¹ vertieft werden: Eine weitere Reform des Maßregelrechts rund um den § 64 StGB dürfte sich bis auf Weiteres erledigt haben, eine Reform des gesamten Sanktionenrechts⁸² bleibt in weiter Ferne. Die Vorschläge der DGSP zur »Transformation der Maßregeln«, auch der des § 64 StGB,⁸³ bereichern die Diskussion, mehr aber auch erst einmal nicht.

Der Justizvollzug ist sicher keine Alternative: Die desolate personelle, finanzielle und konzeptionelle Ausstattung in den Bereichen Gesundheitsvorsorge, Drogenberatung und Suchttherapie ist bereits jetzt notorisch – und wird sich absehbar eher noch zuspitzen.⁸⁴ Ein »Gesamtkonzept Suchtbehandlung im Strafvollzug« ist überfällig (*FES* 2022), wird es aber absehbar wohl auch bleiben, auch wenn es an fachlich fundierten Positionspapieren wahrlich nicht mangelt.⁸⁵

77 *Schalast* a.a.O. (Fn. 4), 171.

78 *Kinzig* a.a.O. (Fn. 8), 544.

79 *Kinzig* a.a.O. (Fn. 8), 545.

80 Vgl. nur Müller/Koller (Hg.) (2020) Reformansätze zur Unterbringung nach § 64 StGB, Stuttgart; *Bezzel u.a.* (2022) Forensische Suchtbehandlung vor der Reform. Status Quo der »Entziehungsanstalten« und Übersicht über die Vorschläge zur geplanten Novelle des § 64 StGB, MschrKrim S. 65.

81 Bzw. nicht noch einmal: vgl. *Pollähne* a.a.O. (Fn. 8), 112.

82 *Baur/Querengässer* a.a.O. (Fn. 14)

83 <https://www.dgsp-ev.de/veroeffentlichungen/standpunkte-stellungnahmen/transformation-der-massregeln>

84 Die Empfehlungen in **BT-Drs. 20/5913**, S. 48 zur »Weiterentwicklung« der Angebote im Justizvollzug sind denn auch allenfalls ein frommer Wunsch; krit. auch *Schwarz/Stübner* (2023) Die Novellierung von § 64 StGB - potenzielle Auswirkungen auf den Maßregelvollzug, FPPK S. 421.

85 Vgl. nur *Michels/Stöver* (2023), Social Work and Health in Prisons, Baden-Baden sowie Stöver in *Keppler/Lesting/Stöver* (Hg. 2024), Medizin in Haft, S. 293.

Über ambulante Maßnahmen muss verstärkt nachgedacht werden (z.B. nach Schweizerischem Vorbild⁸⁶). Auch neue und alte Probleme im Zusammenhang mit § 35 BtMG müssen angegangen werden.⁸⁷

86 Dazu *Höfer* (2021) Ambulante Suchtmassnahmen als Alternative zum geschlossenen Vollzug - ein Blick in die Schweiz, ZJJ S. 326.

87 Vgl. auch die Einwände des Bundesrats in [BT-Drs. 20/5913](#), S. 83 ff.

KLINISCHE PERSPEKTIVEN AUF DEN (NEUEN) § 64 STGB

Ziel dieses Beitrags ist, eine Einschätzung des (neuen) §64 StGB aus klinischer Sicht zu geben. Hierzu werden zunächst die Grundlagen und Ziele des §64 StGB dargestellt. Anschließend werden die klinischen Kategorien von Substanzkonsumstörungen sowie der Zusammenhang zwischen Substanzkonsum und Straffälligkeit erörtert. Dies wird gefolgt von einer Beschreibung der wesentlichen Prinzipien einer evidenzbasierten Therapie für unter §64 StGB im Maßregelvollzug untergebrachten Patient*innen und dem Erfolg dieser Intervention. Schließlich endet der Beitrag mit einer persönlichen Einschätzung des neuen §64 StGB bezüglich der Voraussetzungen einer solchen Unterbringung und den zugrundeliegenden Annahmen. Dabei wird deutlich, dass zum einen die durch die Änderung des §64 StGB verfolgten Ziele kritisch zu betrachten sind und die neuen Unterbringungskriterien an der Realität der betroffenen Patient*innengruppe und deren Behandlung vorbeigehen.

I. EINGANGSKRITERIEN FÜR EINE UNTERBRINGUNG NACH §64 STGB

Die Eingangskriterien des neuen §64 StGB sind wie folgt:

- Es besteht ein ›Hang‹ alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen sowie eine rechtswidrige Tat, die *überwiegend* auf diesen Hang zurückgeht.
- Es besteht die Gefahr erheblicher weiterer rechtswidriger Taten aufgrund des Hangs.
- Der Hang hat zu einer *schwerwiegenden Beeinträchtigung* in verschiedenen Bereichen der Lebensgestaltung geführt.
- Es bestehen *tatsächliche Anhaltspunkte* des Erfolges der Behandlung innerhalb von zwei Jahren, also die Person zu heilen oder von der Begehung weiterer erheblicher Straftaten abzuhalten.

Neu im Vergleich zur vorigen Version des §64 StGB sind also der nun deutlicher geforderte Zusammenhang zwischen der Substanzkonsumstörung und der Straftat, ein neu eingeführter Schweregrad der Störung sowie eine größere Hürde im Hinblick auf die Behandelbarkeit. Zusätzlich ist die sogenannte Halbstrafenregelung, also die Möglichkeit einer früheren Entlassung bei erfolgreicher Behandlung, praktisch abgeschafft.

Der Auftrag an die ›Entziehungsanstalt‹ ist es also die untergebrachte Person

- zu heilen oder
- über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und
- von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen.

II. SUBSTANZKONSUMSTÖRUNGEN

Der Hang ist ein juristischer Begriff der in der medizinischen Nomenklatur keine direkte Entsprechung findet. Er beschreibt »eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad physischer Abhängigkeit erreicht haben muss«. (BGH 1 StR 332/07, Beschluss vom 25. Juli 2007 [LG Nürnberg-Fürth]).

Das klinische diagnostische Manual ICD10 beschreibt die Substanzkonsumstörungen unter Kapitel F10 – 19 (Psychische und Verhaltensstörungen durch psychotrope Substanzen). Die wichtigsten Diagnosen, die jeweils für jede Substanz gestellt werden können, sind:

- Akute Intoxikation (akuter Rausch),
- schädlicher Gebrauch und
- Abhängigkeitssyndrom.

Die Kodierung der spezifischen Störung erfolgt durch drei Ziffern: Die erste Ziffer gibt an, dass es sich um eine Substanzkonsumstörung handelt, die zweite Ziffer die Substanz und die dritte Ziffer das klinische Erscheinungsbild. So steht z. B. F10.1 für schädlichen Gebrauch von Alkohol (0 für Alkohol, .1 für schädlicher Gebrauch). Liegt eine Substanzkonsumstörung vor, die sich nicht nur auf eine einzelne (oder Haupt-)Substanz bezieht, kann F19 kodiert werden »Störung durch multiplen Substanzgebrauch«, wenn die Substanzaufnahme »chaotisch und wahllos« erfolgt.

Im Folgenden werden die Kriterien für die beiden häufigsten Diagnosen im Bereich der Substanzkonsumstörungen, der schädliche Gebrauch und die Abhängigkeit, dargestellt:

1. SCHÄDLICHER GEBRAUCH

Schädlicher Gebrauch wird diagnostiziert, wenn ein deutlicher Nachweis einer tatsächlichen Schädigung der psychischen oder physischen Gesundheit (z.B. Alkoholgastritis, Fettleber, depressive Episode) durch eine Substanz besteht. Der schädliche Konsum muss mindestens über einen Monat oder wiederholt über den Zeitraum von einem Jahr bestehen.

2. ABHÄNGIGKEIT

Für die Diagnose einer Abhängigkeit von einer Substanz sind mindestens drei der folgenden sechs Symptome über den Zeitraum eines Jahres notwendig:

- Ein starkes Verlangen oder eine Art Zwang, die Substanz zu konsumieren,
- Schwierigkeiten, die Einnahme zu kontrollieren (bzgl. Beginn,

- Beendigung und Menge),
- ein körperliches Entzugssyndrom, wenn der Konsum reduziert oder sistiert wird,
 - Toleranzentwicklung (d. h. es ist eine Dosiserhöhung notwendig, um die durch die Substanz erwünschte Wirkung zu erzielen,
 - fortschreitende Vernachlässigung anderer Vergnügen oder Interessen zugunsten des Substanzkonsums und
 - fortdauernder Konsum trotz eindeutiger schädlicher Folgen, wie z.B. Leberschädigung durch exzessives Trinken.

Durch die Neufassung des § 64 StGB nähert sich der Hangbegriff der medizinischen Diagnose einer Abhängigkeitserkrankung an, indem eine weitreichende Beeinträchtigung der Lebensführung gefordert wird.

III. PRÄVALENZ VON SUBSTANZKONSUM

Substanzkonsum ist sehr häufig, hierzu gibt es eine Vielzahl von Studien, beispielhaft sind hier einige Fakten aus dem epidemiologischen Suchtsurvey¹ (Rauschert et al, 2022) aufgeführt. Die Angaben beziehen sich auf erwachsene, deutschsprachige in Deutschland in Privathaushalten lebende Personen. Die Angaben zu Jugendlichen kommen aus dem UN World Drug Report.²

In den letzten Jahren zeigte sich insgesamt ein Rückgang des Alkoholkonsums bei Jugendlichen bei gleichzeitiger starker Zunahme des Konsums von Cannabis. Wie Tabelle 1 zu entnehmen ist, haben fast alle jungen Erwachsenen bereits einmal Alkohol konsumiert und über die Hälfte Cannabis. Weitere Trends sind die Zunahme des multiplen Substanzkonsums sowie der Konsum der sogenannten neuen psycho-aktiven Substanzen (z.B. »Spice«, ein künstliches Cannabinoid).

1 Rauschert C, Möckl J, Seitz NN, Wilms N, Olderbak S, Kraus L (2022): Konsum psychoaktiver Substanzen in Deutschland. *Deutsches Ärzteblatt* 119: 527-534

2 United Nations (2023): World Drug Report 2023. *World Drug Report 2023* (unodc.org), Zugriffen 2.9.2024

Tabelle Prävalenz von Substanzkonsum

	Alkohol	Cannabis	Kokain	Amphetamine
Jugendliche (12 – 17 J.)	Konsum jemals 57,5 % Regelmäßig 8,7 % Rausch jemals 11 % Gefährlicher Konsum 3,6 %	Konsum jemals 9,3 % Letzte 30 Tage 3,5 % Regelmäßig 1,6 %		
Junge Erwachsene (18 – 25 J.)	Konsum jemals 95,4 % Regelmäßig 32 % Rausch jemals 32,7 % Gefährlicher Konsum 16,7 %	Konsum jemals 50,8 % Letzte 30 Tage 12 % Regelmäßig 8,6 %		
Erwachsene	Letzte 30 Tage 70,5 % Rausch jemals 33,3 % Gefährlicher Konsum 21,9 %	Letzte 12 Monate 8,8 % Problematischer Konsum 2,5 %	Letzte 12 Monate 1,6 %	Letzte 12 Monate 1,4 %
	Abhängig 3,1 % (1,6 Millionen)			

IV. FOLGEN DES SUBSTANZKONSUMS

Die negativen Auswirkungen von Substanzkonsum sind vielfältig. Gesamtgesellschaftlich betrachtet stellt hier der Alkohol das bei weitem bedeutsamste Problem dar. Deutschland ist weltweit unter den zehn am meisten konsumierenden Nationen. Dies zieht beträchtliche volkswirtschaftliche und individuelle materielle und nicht-materielle Kosten nach sich:

- So entstehen in Deutschland jährlich ca. 57 Milliarden Euro Kosten durch Alkohol (im Vergleich: Cannabis: 975 Millionen Euro).
- Alkohol ist bei einer Vielzahl von gesundheitlichen Folgeschäden impliziert, z.B. Magen-Darmerkrankungen, Krebserkrankungen, psychische Erkrankungen wie Depression und Angst, etc.

- Bis zu fünf Prozent der Erwerbsminderungsfälle, fünf Prozent der stationären Krankenhausaufenthalte sowie fünf Prozent aller Todesfälle (hier etwa 40 000/Jahr) in Deutschland entstehen durch Alkohol.

Im Vergleich hierzu sterben in Deutschland ›nur‹ etwa 2.000 Menschen durch den Konsum von illegalen Drogen.

V. ZUSAMMENHANG ZWISCHEN SUBSTANZKONSUM UND STRAFTATEN

Auch hier spielt Alkohol – im Vergleich zu anderen Drogen – sowohl im Hinblick auf die Quantität als auch im Hinblick auf die Schwere der Straftaten die bedeutsamste Rolle. Jede zehnte Straftat, etwa ein Viertel aller Gewaltstraftaten (höherer Anteil bei schwerer Gewalt) und etwa die Hälfte aller tödlichen Verkehrsdelikte werden unter dem Einfluss von Alkohol begangen.³

›Rauschgiftdelikte‹ beschreiben in der Kriminalstatistik Straftaten, die im Zusammenhang mit illegalen Drogen, z.B. Handel, Anbau, Herstellung, Einfuhr, Veräußerung und Erwerb, begangen werden. Hier werden Gewaltdelikte nicht separat erfasst. Forschungsergebnisse zeigen jedoch, dass im Hinblick auf Gewalt vor allem Kokain (v.a. in Form von ›Crack‹) und Amphetamine relevant sind.

Warum gibt es nun einen Zusammenhang zwischen Straftaten und Substanzkonsum? Die Gründe kann man in vier Gruppe einteilen:

- Pharmakologisch: Durch den direkten Effekt der Substanz, z.B. Enthemmung, wird die Straftat begünstigt.
- Wirtschaftlich: Hierunter fällt die sogenannte Beschaffungskriminalität, also Delikte, wie z. B. Diebstahl und Raub, die begangen werden, um den Konsum zu finanzieren.
- Systembedingt: Hierzu zählen Straftaten im sogenannten ›Milieu‹, also z.B. Delikte im Zusammenhang mit Auseinandersetzungen zwischen Dealern oder zwischen Dealern und Kunden.

3 Siehe z.B. *Sontate KV, Rahim Kamaluddin M, Naina Mohamed I, Mohamed RMP, Shaikh MF, Kamal H, Kumar J (2021) Alcohol, Aggression, and Violence: From Public Health to Neuroscience. Front. Psychol. 12:699726. doi: 10.3389/fpsyg.2021.699726*

- Verstöße gegen Drogengesetze: Diese Delikte bestehen nur aufgrund der aktuellen Gesetze, sind also aktuellen gesellschaftlichen Veränderungen unterworfen, wie z.B. die aktuelle Teillegalisierung von Cannabis zeigt.

V. ZUSAMMENSETZUNG DES § 64 STGB-KLIENDEL

Leider gibt es in Deutschland derzeit keine flächendeckende Erhebung der Charakteristika von im Maßregelvollzug untergebrachten Patient*innen. Daten beruhen daher auf verschiedenen, teils lokal begrenzten Initiativen. Die beste Datenquelle für nach § 64 StGB untergebrachten Patient*innen ist die jährliche Stichtagserhebung, die seit 1994 jährlich auf Initiative einer Klinik durchgeführt wird, an der jedoch zuletzt nur jeweils etwa 20 Kliniken teilgenommen hatten.

Die Erhebung zeigt, dass 2023 (19 teilnehmende Kliniken, Angaben zu 1.781 Patient*innen) 95 Prozent der untergebrachten Personen männlich waren. Das Durchschnittsalter betrug 36,1 Jahre, die größte Altersgruppe war die der 31 bis 40jährigen. 45,3 Prozent hatten einen Migrationshintergrund, überwiegend waren diese Patient*innen aus dem Ausland zugewandert. Die Patient*innen waren überwiegend Single, aber etwa 40 Prozent waren in einer festen Partnerschaft, überwiegend ohne verheiratet zu sein. Etwa 36 Prozent der Patient*innen hatten mindestens ein Kind, zu dem auch Kontakt bestand, weitere etwa 14 Prozent hatten Kinder, aber keinen Kontakt. Diese Merkmale sind im Hinblick auf die angestrebte Rehabilitation von Bedeutung, da Beziehungen und Elternschaft wichtige Motivatoren für eine Behandlung und im günstigsten Fall auch Ressourcen zur Unterstützung in diesem Prozess sind.

Im Hinblick auf die Wohnsituation vor Aufnahme, waren zu diesem Zeitpunkt zehn Prozent der Untergebrachten wohnungslos, je etwas unter 40 Prozent lebten alleine in einer Wohnung bzw. mit einem*r Partner*in. 27,9 Prozent hatten keinen Schulabschluss, 3,6 Prozent einen Sonderschul-, 41,3 Prozent einen Hauptschul- und 21,3 Prozent einen Realschulabschluss, 5,9 Prozent der Patient*innen hatten das Abitur. Nur etwa ein Drittel hatten eine abgeschlossene Berufsausbildung und nur etwa ein Viertel waren zum Zeitpunkt des Anlassdeliktes in Arbeit.

Die juristischen Daten der Erhebung zeigen ein durchschnittliches Alter bei der ersten Straftat von 21 Jahren, fast die Hälfte der Population hatten ihre erste Straftat im Alter von 14 bis 17 Jahren verübt. Die Anzahl der vormaligen Einträge im Bundeszentralregister (BZR) betrug durchschnittlich etwa zehn, nur neun Prozent hatten keine vorigen BZR-Einträge. Die Länge der Hafterschaft in Monaten lag bei 38 bei einer aktuellen Parallelstrafe von 53 Monaten. Vergleiche mit Daten aus Vorjahren zeigen einen Trend zu einer ausgeprägteren Kriminalitätsbelastung der § 64er-Population. Hierzu passt auch, dass der überwiegende Anteil der Patient*innen als voll schuldfähig (ca. 68 Prozent) beurteilt worden war.

Die größte Gruppe der Einweisungsdelikte (ca. 37 Prozent) waren Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz (BtMG), gefolgt von sonstigen Gewaltdelikten (z.B. Raub, ca. 22 Prozent), Eigentumsdelikten (ca. 15 Prozent) und Körperverletzungsdelikten (ca. 14 Prozent). Bei nur etwa zwei Prozent war das Anlassdelikt ein Sexualdelikt.

Im Hinblick auf die klinischen Diagnosen zeigte sich in den letzten Jahren eine Zunahme von multiplem Substanzgebrauch (aktuell etwa ein Drittel mit einer Diagnose einer Polytoxikomanie). Zuletzt hatten nur je etwa 16 Prozent eine reine Alkoholerkrankung sowie eine Substanzkonsumstörung durch Cannabinoide bzw. Kokain. Komorbide Störungen waren häufig, wobei die Persönlichkeitsstörungen, hier vor allem die dissoziale Persönlichkeitsstörung, die größte Gruppe ausmachten.

Die Komplexität der psychiatrischen Probleme zeigt sich auch in der Analyse der Vorbehandlungen: Etwa 30 Prozent der Stichprobe waren schon einmal in stationärer suchtmmedizinischer, etwa 23 Prozent in allgemeinspsychiatrischer Behandlung, etwa 14 Prozent in einem Substitutionsprogramm gewesen und etwa zehn Prozent hatten bereits einen Aufenthalt im Maßregelvollzug in der Vorgeschichte.

Bei der Komplexität der psychosozialen und psychiatrischen Belastungsfaktoren ist es vielleicht verwunderlich, dass nur etwa 28 Prozent der Patient*innen einen Suchtmittelrückfall in der aktuellen Unterbringung hatten, etwa 18 Prozent waren in ein ›Vorkommnis‹ (Gewalt gegenüber anderen, Diebstahl, etc.) involviert. Hier spielt eine entscheidende Rolle, wie der Umgang der Einrichtungen mit die-

sen Ereignissen ist, ob also z.B. bei Patient*innen bei einer gewissen Anzahl vom Rückfällen bzw. Vorkommnissen die Behandlung automatisch abgebrochen wird, wie dies in vielen Kliniken der Fall ist. Die Rate der sogenannten ›Abbrecher*innen‹ schwankt stark, von etwa 20 Prozent bis 60 Prozent.⁴

Die Erhebung enthält auch Informationen zur aktuellen Behandlung: Die meisten Patient*innen scheinen an dem Behandlungsangebot teilzunehmen. So waren etwa 94 Prozent in Einzeltherapie und 89 Prozent in Gruppentherapie, etwa vier Fünftel der Patient*innen nahmen an der Arbeitstherapie und zwei Drittel an der Psychoedukation teil. Mit über 70 Prozent Teilnahmen waren auch Stationsaktivitäten wie Kochen oder Musizieren häufig genutzte Angebote. Erfragt wurde in der Stichtagserhebung auch die Therapiemotivation, über 60 Prozent der Patient*innen wurde eine gute bis sehr gute Therapiemotivation bescheinigt, nur etwa 13 Prozent waren nicht oder kaum motiviert.

Viele Patient*innen hatten schon erste Schritte in die Freiheit unternommen: So hatten nur etwa 37 Prozent keine Lockerung, etwa zwölf Prozent konnten begleiteten Ausgang und 24 Prozent unbegleiteten Ausgang nutzen. Über ein Viertel der Patient*innen befanden sich bereits im Belastungsurlaub bzw. Probewohnen, fast ein Viertel befand sich in einer Ausbildung. Hierzu passt, dass vom Behandelndenteam über 60 Prozent der Patient*innen eine mittelfristig positive interne Prognose bescheinigt würde, bei etwa 16 Prozent wurde diese jedoch mittelfristig als ungünstig bezeichnet und bei fast zehn Prozent der Patient*innen stand die Erledigung wegen fehlender Erfolgsaussicht oder Höchstfrist im Raum.

4 S. z.B. Haar, 2013, zitiert in Völlm B, Cerci D (2021): Suchtbehandlung im Maßregelvollzug; Narrativer Review. *Suchtmedizin* 23: 90-98

VI. BEHANDLUNG IN DER FORENSISCHEN PSYCHIATRIE

Wie sieht nun die Behandlung dieser Patient*innen aus? Es gibt kein allgemein anerkanntes Konzept zur Behandlung im Maßregelvollzug bzw. von Substanzkonsumstörungen in diesem Setting. Dies ist umso bedauerlich als die Behandlung in sehr restriktiven Settings und für sehr lange Zeitabschnitte – teilweise unbegrenzt – stattfindet, so dass hier die Gefahr eines Machtmissbrauchs besonders ausgeprägt ist. Es wäre also besonders wichtig, zu erforschen, was eigentlich wirklich hilft, um die Patient*innen diesen Bedingungen nicht länger als absolut notwendig auszusetzen.

Standards zur Behandlung im Maßregelvollzug beschreiben *Müller et al.*⁵. Zudem gelten selbstverständlich alle Behandlungsleitlinien im Bereich der psychischen Gesundheit auch für Patient*innen, die im Maßregelvollzug untergebracht sind. Wichtig ist hierbei sich vor Augen zu führen, dass für diese Patient*innen dieselben (Grund-)Rechte gelten wie für alle anderen Menschen (außer denen, die z. B. aufgrund bestimmter rechtlicher Grundlagen eingeschränkt sind). Auch ein Patient oder eine Patientin im Maßregelvollzug muss also z.B. über die geplante Behandlung aufgeklärt werden und dieser zustimmen.

1. ALLGEMEINE GRUNDSÄTZE

Die Behandlung im Maßregelvollzug hat den Auftrag der »Besserung und Sicherung«. Anders als in anderen Behandlungssettings geht es also nicht nur um die Behandlung einer Erkrankung eines individuellen Patienten oder einer Patientin, sondern auch um den Schutz der Bevölkerung vor diesem*r. Dies stellt die Behandelnden vor besondere ethische Herausforderungen, die auch als »dual role dilemma« beschrieben werden.

Neben der Behandlung der Grunderkrankung findet im Maßregelvollzug die sogenannte Kriminaltherapie Anwendung. Damit sind alle Interventionen gemeint, die das Risiko erneuter Straftaten verringern. Neben der Behandlung der Suchterkrankung können hier auch nicht-

5 Müller JL, Saimeh N, Briken P et al. Standards für die Behandlung im Maßregelvollzug nach §§63 und 64 StGB (2018). *Forens Psychiatr Psychol Kriminol* 12: 93–125

medizinische Interventionen eine wichtige Rolle spielen, wie z.B. das Erlangen eines Schulabschlusses oder die Etablierung einer Tagesstruktur. Zudem gibt es spezifische Gruppenprogramme für bestimmte Tätergruppen, z.B. Gewaltstraftäter oder Sexualstraftäter.

Die zwei am Besten etablierten, evidenzbasierten Prinzipien der Behandlung im Maßregelvollzug sind:

- Das Risk Need Responsivity Modell⁶

Risk (Risiko): Das Modell fordert die Ausrichtung der Behandlung hinsichtlich Intensität und Dauer am Rückfallrisiko. Patient*innen mit einem höheren Risiko sollen demnach mehr Therapie haben.

Need (Bedürfnis): Hier sind nicht individuelle Bedürfnisse (im Sinne von etwa Wünschen) gemeint, sondern dynamische (also veränderbare) Risikofaktoren, die der Fokus der Behandlung sein sollten (also *Behandlungsbedürfnisse*). Wissenschaftlich nachgewiesene Needs sind: Antisoziales Verhalten, antisoziale Kognitionen, antisoziale Persönlichkeitsstruktur, kriminalitätsförderndes soziales Umfeld, familiäre Probleme, Mangel an Erfolg in Schule und/oder Arbeit, fehlende prosoziale Freizeitaktivitäten und Substanzmissbrauch. Dem Modell zufolge erreichen Interventionen, die sich auf andere Aspekte konzentrieren nicht den selben Zweck, nämlich die Risikoreduktion.

Responsivity (Ansprechbarkeit): Hiermit ist gemeint, dass die Behandlung die individuelle Ansprechbarkeit berücksichtigen muss, z. B. Persönlichkeitsmerkmale wie Misstrauen, kognitives Leistungsniveau und Motivation. Die Behandlung muss also individuell abgestimmt sein, ein Beispiel hierfür wäre eine adaptierte Sexualstraftätergruppe für Personen mit Intelligenzminderung.

- Good Lives Model

Das Good Lives Model geht davon aus, dass alle Menschen die gleichen Grundbedürfnisse haben, z.B. Gesundheit, Autonomie, Gemeinschaft, Freundschaft, etc., aber manche Menschen dysfunktionale Verhaltensweisen anwenden, um diese zu erreichen. Ein Beispiel hierfür wäre die Befriedigung des

6 James Bonta, D. A. Andrews, *The Psychology of Criminal Conduct*, 2017

Bedürfnisses nach Gemeinschaft durch Mitgliedschaft in einer Gang. Das Modell fokussiert auf Ressourcen und weniger auf Defizite, z.B. zielt es darauf ab, Straftäter*innen Skills zur prosozialeren Lebensführung zu vermitteln.

2. SPEZIFISCHE BEHANDLUNGSELEMENTE

Konkret gibt es im Maßregelvollzug spezifische Behandlungselemente, von denen die wesentlichsten hier aufgelistet sind:

- ›Soziomilieutherapie‹
- Psychoedukation
- Psychotherapie im Einzelsetting
- Offene Therapiegruppen
- Spezifische Gruppen, z. B. Gewaltsstraftätergruppe, Rückfallprophylaxe
- Schule
- Ergo-/Arbeitstherapie
- Sporttherapie
- Kunsttherapie
- Freizeitaktivitäten
- Einbezug von Angehörigen
- Genesungsbegleitung
- Schrittweise Lockerungen
- Arbeitserprobung durch Praktika

Unter Soziomilieutherapie versteht man einen Therapieansatz, der davon ausgeht, dass das Zusammenleben in einer Gruppe mit bestimmten Regeln, Verantwortungsübernahme, Üben von Alltagsfertigkeiten, etc. therapeutisch wirksam ist.

3. WIRKSAMKEIT VON INTERVENTIONEN IM MASSREGELVOLLZUG

Es gibt nur sehr wenige wissenschaftliche Studien, die sich der Wirksamkeit verschiedener Interventionen im Maßregelvollzug widmen. Es gibt jedoch gute Anhaltspunkte dafür, dass folgende Therapieprinzipien und -elemente die Wirksamkeit fördern:⁷

⁷ Z.B. *Gannon TA, Olver ME, Mallion JS, James M. Does specialized psychological treatment for offending reduce recidivism? A meta-analysis examining staff and program variables as predictors of treatment effectiveness (2019). Clin Psychol Rev. 73: 101752*

- positives Menschenbild;
- therapeutische Grundhaltung;
- klares Konzept, welches sowohl den Behandelnden als auch den Patient*innen bekannt ist;
- strukturiert;
- intensiv;
- Gruppenprogramme scheinen wirksamer zu sein als Einzelinterventionen;
- fachliche Kompetenz der Behandelnden (d.h. auch manualisierte Gruppenprogramme sollten nicht nur durch »Angelernte« ohne Therapieausbildung geleitet werden);
- externe Supervision;
- Fokussierung auf Skills, Üben (und nicht nur Analyse zugrundeliegender Mechanismen);
- zukunfts fokussiert.

Was hingegen nicht hilft sind Bestrafung, Konfrontation, und schaminduzierende Methoden, wie sie teilweise in der sogenannten »Straftataufarbeitung« angewandt werden. Diese Methoden können dazu führen, dass der*die Betroffene die therapeutische Arbeit als aversiv erlebt, was der weiteren Motivation entgegensteht. Ebenso sollten harsche Konsequenzen, z.B. ein automatischer Therapieabbruch nach zwei Rückfällen, vermieden werden, da ein solches Vorgehen nicht die offene Auseinandersetzung mit Konsumrückfällen fördert, sondern möglicherweise nur dazu führt, diese besser zu verbergen. Ohnehin scheint die Konsequenz eines (vom Patienten oder der Patientin) nicht gewünschten Therapieabbruches bei Konsumrückfällen kontraindiziert. Rückfälle sind ein Symptom der Suchterkrankung; diese sollten daher bearbeitet werden, um die Umstände des Auftretens im Einzelfall zu verstehen und diese Kenntnisse in Zukunft zu nutzen, um erneute Rückfälle zu vermeiden. Keinesfalls sollte das Auftreten der Symptome einer Erkrankung zu Bestrafungen führen; dies gilt im Übrigen auch für die Wegnahme von Vergünstigungen. Auch scheint das einseitige Abbrechen einer Therapie bei besonders schwer Erkrankten (hier denjenigen mit besonders vielen Rückfällen) ethisch fragwürdig.

Zwingend notwendig im Umgang mit Substanzkonsum ist auch die Frage inwieweit und welcher Konsum tatsächlich deliktrelevant

ist und ob es notwendig ist, eine langfristige Abstinenz für alle Substanzen anzustreben. Konsum, z.B. von dem nun (teil-)legalisierten Cannabis, der nicht deliktrelevant ist, sollte nur im Fokus der Behandlung stehen, wenn der*die Patient*in dies selbst wünscht. Auch sollte überlegt werden, ob möglicherweise ein kontrollierter Konsum (z.B. von Alkohol), zumindest als Zwischenschritt, möglich ist. Diese Flexibilität in der – gemeinsam mit dem Patienten oder der Patientin gestalteten – Erarbeitung von Therapiezielen ermöglicht es mehr Patient*innen sich auf die Therapie einzulassen, wohingegen die Vorgabe einer sofortigen und dauerhaften Abstinenz von allen Substanzen abschreckend bzw. überfordernd wirken und das Einlassen auf die Therapie erschweren kann.⁸

VII. ERFOLG DER BEHANDLUNG IM MASSREGELVOLLZUG

Wie wissen wir nun, ob die Behandlung geholfen hat bzw. noch besser, wie können wir vorhersehen, ob sie helfen wird. Hier wurden in der (recht begrenzten) wissenschaftlichen Literatur verschiedene Erfolgskriterien herangezogen, z. B.:

- Art des Therapieendes: regulär vs. Abbruch
- Verhalten nach Entlassung
- Konsumrückfälle
- Weitere Delikte (z.B. Geschwindigkeit des Auftretens nach Entlassung, Art, Schwere und Häufigkeit von Delikten)

Im Hinblick auf die Art der Beendigung der Behandlung als Erfolgsmaß wissen wir, dass etwa 50% der Behandlungen nach §64 StGB vorzeitig abgebrochen werden⁹, diese Patient*innen haben eine deutliche schlechtere Prognose als diejenigen, die die Therapie abgeschlossen haben. Im Hinblick auf die Abbruchrate gibt es große Variationen, abhängig – zumindest teilweise – wohl vom Therapiekonzept und dem Umgang mit Vorkommnissen und Rückfällen. In

8 *Körkel J* (2014). Das Paradigma Zieloffener Suchtarbeit: Jenseits von Entweder – Oder. *Suchttherapie*, 15: 165-173

9 *Haar*, 2013, zitiert in *Völlm B, Cerci D* (2021): Suchtbehandlung im Maßregelvollzug: Narrativer Review. *Suchtmedizin* 23: 90-98

unserer Klinik, z. B., liegt die Abbruchrate nur bei etwa 20 Prozent, da wir Patient*innen auch nach Rückschlägen immer wieder eine neue Chance geben.

Faktoren, die einen vorzeitigen Abbruch begünstigen sind:¹⁰

- früher Beginn des Konsums bzw. von Straftaten;
- strafrechtliche Vorbelastung;
- Persönlichkeitsfaktoren;
- geringe soziale Integration (kein Schulabschluss, Beziehungen, etc.);
- geringe Therapiemotivation / -teilnahme;
- fehlendes therapeutisches Bündnis;
- fehlendes prosoziales Netzwerk;
- Vorkommnisse und Rückfälle während der Unterbringung.

Interessant ist, dass auch das zuweisende Gericht und die behandelnde Klinik einen Einfluss auf die Abbruchraten zu haben scheinen.

In qualitativen Studien, also bei Interviewbefragungen sowohl der Patient*innen als auch der Behandelnden machen diese die jeweils andere Seite für das Scheitern der Therapie verantwortlich (die Behandelnden z.B. führen die fehlende Motivation der Patient*innen an, letztere hingegen eine unfaire oder ungeeignete Behandlung an).

Im Hinblick auf die Legalbewährung zeigt sich auch nach Behandlung im Maßregelvollzug bei Patient*innen mit Unterbringungsgrundlage § 64 StGB eine – im Vergleich zu Patient*innen ohne primäre Suchterkrankung – relativ hohe Rückfallquote, die allerdings niedriger liegt als die einer gematchten Gruppe nach Gefängnisaufenthalt:¹¹ Nach durchschnittlich 30 Monaten Follow-Up nach Entlassung lag die Rate erneuter Verurteilungen bei 41 Prozent. Vorhersagefaktoren sind hier ähnlich wie beim Abbruch. Optimistisch stimmt, dass Faktoren, die sich während und nach der stationären Behandlung ergeben eine

10 *Quereingässer J, Baur A (2021). Prädiktoren des Entlassmodus aus forensischer Suchtbehandlung – Erster Teil einer Übersichtsarbeit zu Erfolgsdeterminanten einer Unterbringung gemäß § 64 StGB. Fortschritte der Neurologie-Psychiatrie 89: 496 – 506*

11 *Tomlin J, Meise E, Wegner J, Völlm B. Mandatory substance use treatment for justice-involved persons in Germany: a systematic review of reoffending, treatment and the recurrence of substance use outcomes. Front Psychiatry. 2024 Feb 5;14:1217561. doi: 10.3389/psy.2023.1217561. PMID: 38375516; PMCID: PMC10876065.*

wichtigere Rolle zu spielen scheinen als die bereits vor der Unterbringung bekannten meist statischen, also unveränderbaren, Faktoren. Die Rate derer, die konsumrückfällig wird, liegt deutlich höher als die derer, die eine neue Straftat begehen, so dass festgestellt werden kann, dass nicht jeder Konsumrückfall auch erneute Straftaten nach sich zieht. Die Anfänge eines Rückfallgeschehens zu erkennen und entsprechend einzudämmen, ist eine wichtige Aufgabe forensischer Ambulanzen.

VIII. REFLEXIONEN ZUM NEUEN § 64 STGB

Was helfen uns nun diese allgemeinen Ausführungen in der Reflexion zum neuen § 64 StGB?

Zunächst einmal ist es hilfreich, sich nochmals vor Augen zu führen, warum die forensische Psychiatrie existiert. Ihre Ursprünge hat sie in der Notwendigkeit Orte der sicheren Unterbringung und Behandlung von Personen, die aufgrund von Schuldunfähigkeit nicht bestraft (also nicht in einer Justizvollzugsanstalt untergebracht) werden können, zu schaffen. Ihr Ziel ist daher primär eines des Schutzes anderer. In diesem Auftrag inhärent ist das oben erwähnte dual role dilemma. Wie kann man die ethische Verpflichtung als Arzt oder Ärztin mit dem Auftrag des Schutzes der Allgemeinheit vereinbaren, und ist letzteres überhaupt eine ärztliche Aufgabe?

Bei nach § 64 StGB Untergebrachten sind die ethischen Fragestellungen teilweise einfacher, teilweise aber auch komplexer. Einfacher, weil, im Gegensatz zum § 63 StGB, die Unterbringungsdauer in der Forensik zeitlich begrenzt ist und in den meisten Fällen die Behandlung vorzeitig abgebrochen werden kann, wenn der*die Patient*in dies wünscht. Komplexer, weil hier Personen, die (meist) in ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht beeinträchtigt sind, eine Behandlung sozusagen aufgezwungen wird, bzw. zumindest eine Unterbringung. In der Praxis ist es zwar so, dass bei klarer Ablehnung der*des Betroffenen eine Unterbringung oft nicht angeordnet werden wird, dennoch ist es irritierend, dass es hier – im Gegensatz zu allen anderen Bereichen der Medizin – nicht die Einwilligung des Patienten bzw. der Patientin braucht. So zielten auch einige der Reformvorschläge genau darauf ab, dass die Unterbringung nach § 64 StGB eben einer expliziten Einwilligung der*des Betroffenen bedarf. Dies wurde bekanntlich nicht

umgesetzt. Stattdessen erfolgt die Einweisung nach wie vor ohne diese Zustimmung, aus meiner Sicht ein Zeichen dafür, dass Patient*innen, die aufgrund einer psychischen Erkrankung eine Straftat begangen haben, eben doch eher als Straftäter*innen als als Patient*innen gesehen werden und das Bedürfnis nach Bestrafung immer mitschwingt.

So ist auch zu verstehen, warum die Halbstrafenregelung in der Diskussion um die Novellierung die Gemüter so erhitzte. Dass ein*e nach § 64 StGB Untergebrachte*r möglicherweise durch eben diese Unterbringung einen Vorteil gegenüber einem Strafgefangenen haben könnte, schien vielen unerträglich. Der umgekehrte – und weitaus häufigere – Fall, dass nämlich Personen im Maßregelvollzug weitaus länger als psychisch gesunde Straftäter*innen, die zu einer Gefängnisstrafe verurteilt wurden, untergebracht sind, führt zu deutlich weniger Kritik. Warum aber sollte jemand, bei dem das Ziel der Behandlung erreicht ist, nämlich der Schutz der Bevölkerung vor weiteren Straftaten durch erfolgreiche Behandlung der (Sucht-)Erkrankung, noch länger eingesperrt bleiben? Hier wird wiederum das Bedürfnis nach Strafe eben auch bei den ärztlichen Kolleg*innen deutlich, die sich in der Diskussion auch immer wieder für die Abschaffung dieser Regelung eingesetzt haben.

Dass durch die Novellierung auch die Anzahl der insgesamt Untergebrachten reduziert werden sollte, ist vor dem Hintergrund ansteigender Patient*innenzahlen zwar verständlich, bei genauerer Betrachtung jedoch eher sonderbar. In welchem anderen Bereich der Medizin würde man so vorgehen? Und welche Erklärungen gibt es überhaupt für die steigende Anzahl an Unterbringungen? Zum einen ist es ja möglich, dass die Anzahl an Personen mit Substanzkonsumstörung, die straffällig geworden sind, zugenommen hat. Alternativ ist es möglich, dass die Zahl der Einweisungen trotz gleichbleibender Anzahl möglicher Betroffener zugenommen hat, möglicherweise, weil eben die Unterbringung im Maßregelvollzug eine bessere Prognose im Hinblick auf die Legalbewährung hat. Beide Optionen sollten eigentlich zu einer Erhöhung der Kapazitäten führen anstatt zu Überlegungen, wie die Anzahl derer, die in den Genuss einer erfolgreichen Behandlung kommt, zu reduzieren ist.

Von den konkreten Änderungen im Gesetzestext scheint die Voraussetzung einer gewissen Erkrankungsschwere die verständlichste.

Wie oben gezeigt, werden hier Kriterien aufgegriffen, die auch Bestandteil der klinischen Diagnose einer Abhängigkeitserkrankung sind – es sollen also nur Personen eingewiesen und behandelt werden, die tatsächlich eine Erkrankung haben, was unmittelbaren Sinn macht, da es sich ja bei der ›Entziehungsanstalt‹ um eine Klinik zur Behandlung kranker Menschen handelt. Am wenigsten verständlich scheint die Anforderung, dass der Erfolg der Behandlung anhand von tatsächlichen Anhaltspunkten vorhergesagt werden soll. Hier wird der Mythos bedient, dass es eine große Anzahl an Personen gab, die ohne für eine Behandlung motiviert zu sein, die Unterbringung einer Klinik als den Weg des geringsten Widerstandes wählen. Hierfür gibt es wenig Evidenz und aus meiner klinischen Erfahrung ist diese Gruppe klein; zudem können solche Personen ja frühzeitig in der Behandlung identifiziert und diese dann abgebrochen werden. Aufgrund welcher Faktoren sollte der Behandlungserfolg voraus gesagt werden? Hier bieten sich oben genannte Prognosefaktoren an – vermehrte psychosoziale, kriminogene und psychiatrische Belastungen. Aber kann es wirklich der Sinn einer ressourcenintensiven, von hoch spezialisierten Fachkräften durchgeführten Behandlung sein, sich nur auf die wenig komplexen, von Anfang an konstant motivierten Patient*innen zu fokussieren? Aus meiner Sicht ist dies eine bedauerliche, ethisch höchst fragwürdige Entwicklung, die im Übrigen vollkommen verkennt, dass Motivation bei Menschen mit Substanzkonsumstörung fast per Definition anfänglich niedrig und vor allem fluktuierend ist und es eben gerade Aufgabe des Behandlungsteams ist, Motivation zu wecken und zu stärken.

Zu bemerken wäre noch, dass es den § 64 StGB oder ähnliche Unterbringungsformen nur im deutschsprachigen Raum gibt, international ist eine Entsprechung unbekannt. Dort wird nicht zwischen Eingangserkrankungen unterschieden (bzw. teilweise eine primäre Suchterkrankung von der Unterbringung in der Forensik ausgeschlossen), sondern entweder auf die Schuldfähigkeit bzw. deren Einschränkung zum Zeitpunkt der Tat oder die Behandlungsbedürftigkeit zum Zeitpunkt der Verurteilung abgehoben. Suchterkrankungen werden oft auf freiwilliger Basis im Strafvollzug behandelt, was allerdings eine gut ausgebaute Struktur für solche Behandlungen voraussetzt, die in Deutschland nicht einmal ansatzweise vorhanden ist.

Inge Schulten

MÖGLICHKEITEN UND GRENZEN IN DER BETREUUNG VON SUCHTKRANKEN IN EINER JUSTIZVOLLZUGSANSTALT

AM BEISPIEL DER BETREUUNG IN DER
JUSTIZVOLLZUGSANSTALT LINGEN,
NIEDERSACHSEN

Vorweg:

Die Justizvollzugsanstalt Lingen ist die größte Anstalt in Niedersachsen, derzeit mit 773 Haftplätzen. An den verschiedenen Standorten werden alle Bereiche der Freiheitsentziehung vollstreckt. Zudem beherbergt die JVA Lingen das Niedersächsische Justizvollzugskrankenhaus mit 77 Betten. In diesem Bereich können auch weibliche Inhaftierte untergebracht und behandelt werden.

1. GRÖSSENORDNUNG

Aus der Bundeseinheitliche Erhebung zur stoffgebundenen Suchtmittelproblematik im Justizvollzug:

»Für den Stichtag 31.03.2022 konnten Daten aus 15 der 16 Bundesländer in die Analyse miteinbezogen werden.

Aufgrund der unterschiedlichen Erhebungsformen wurden nicht alle am Stichtag 31.03.2022 inhaftierten Personen bei der Datenerhebung erfasst. Insofern besteht eine Diskrepanz zwischen der Anzahl der in der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich am Stichtag inhaftierten Personen (54.550 im Justizvollzug untergebrachte Personen) und der hier gesetzten Bezugsgröße von 49.915 inhaftierten Personen.

Bei 39 % der 54.550 erfassten Inhaftierten am Stichtag 31.03.2022 wurde eine stoffgebundene Suchtproblematik (Abhängigkeit oder Missbrauch) zum Zeitpunkt des Haftantritts festgestellt. Bei 24 % der Inhaftierten ist von einer Abhängigkeit und bei 15 % von schädlichem Gebrauch (Missbrauch) psychotroper Substanzen, einschließlich Alkohol, auszugehen...«

»....20 % der Insassen im offenen Vollzug hatten zum Stichtag eine Suchtproblematik bei Haftantritt, während der Anteil der Insassen mit Suchtproblemen im geschlossenen Vollzug bei Haftantritt bei 44 % lag.....«

2. ZUGANG ZU BERATUNG UND BETREUUNG IN DEN NIEDERSÄCHSISCHEN JUSTIZVOLLZUGSANSTALTEN

Die Beratung und Betreuung von Suchtkranken ist per Erlass geregelt (frühestmögliche Überleitung in geeignete Behandlungsmaßnahmen). Die interne Organisation erfolgt über den Fachbereich Behandlung. Für 200 Gefangene steht eine Vollzeiteinheit Suchtberatung zur Verfügung. In Lingen gibt es zusätzliche Angebote externer Beratungsstelle auf kommunaler Ebene (Finanzierung durch die Kommunen/ Kontakt –Arbeitsbeziehung – wird durch Inhaftierung nicht unterbrochen). Die Gefangenen nehmen selbständig Kontakt zum Suchtberatungsdienst auf.

3. AUFGABEN DER SUCHTBERATUNGSDIENSTE

Es werden Information über Suchtmittelkonsum und deren Auswirkung gegeben sowie Informationen über weitergehende Beratungsmöglichkeiten und Behandlungsmöglichkeiten (intern und extern). Den Gefangenen werden Beratung und gegebenenfalls Hilfestellung bei vollzuglichen Problemen angeboten, sofern deren Ursache auf eine Suchtmittelproblematik zurückzuführen ist.

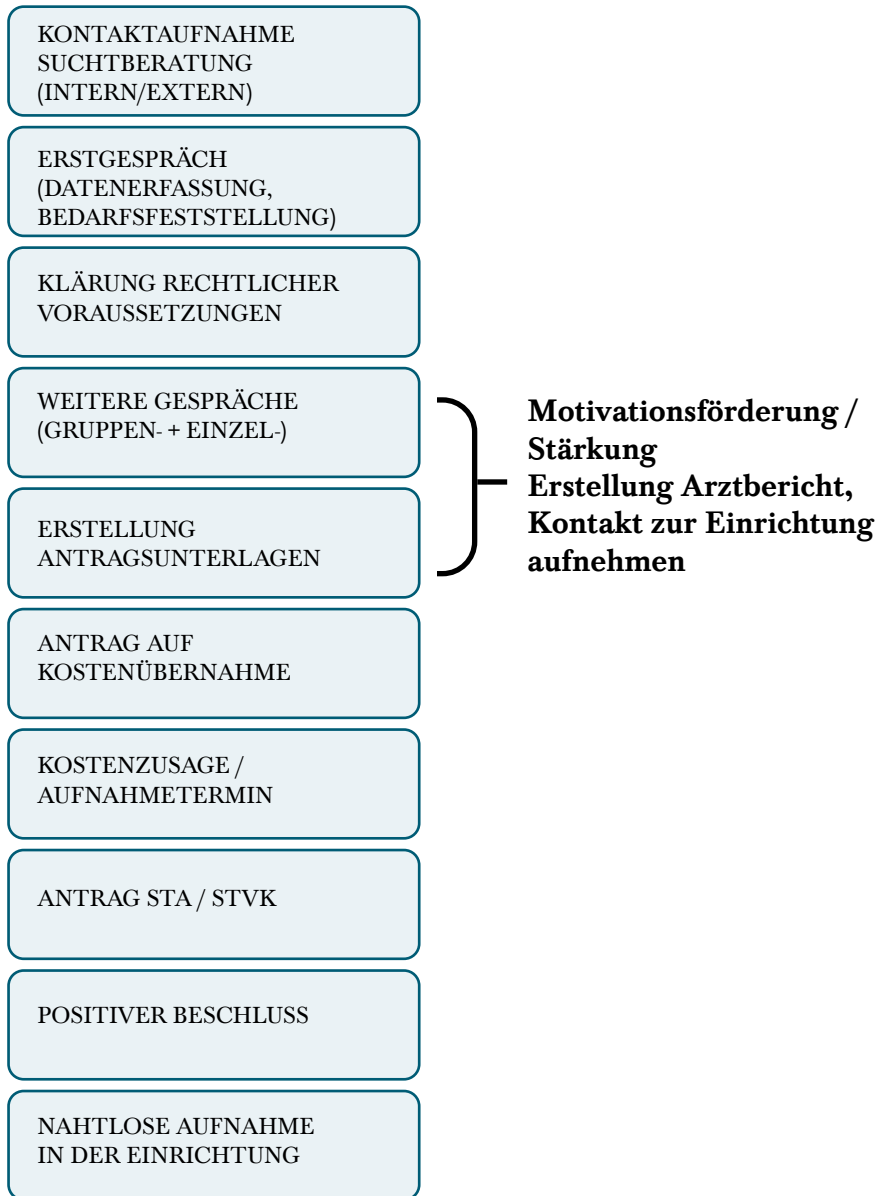
4. HILFEPLANUNG / WEITERFÜHRENDE TÄTIGKEITEN

Die rechtlichen Voraussetzungen (z.B. § 35 BtMG ›Therapie statt Strafe‹) und somit frühestmöglicher Behandlungsbeginn (Entwöhnung oder Eingliederung) werden geprüft oder schriftlich bei den beteiligten Staatsanwaltschaften abgefragt. Möchte jemand in eine Entwöhnungsbehandlung vermittelt werden, wird das Kostenantragsverfahren bei den entsprechenden Leistungsträgern eingeleitet. Werden Kostenübernahmen abgelehnt, wird Schreibhilfe für das Widerspruchsverfahren geleistet. Wenn eine Kostenbewilligung erwirkt werden konnte, wird der Aufnahmetermin vereinbart und dem Gefangenen wird Schreibhilfe bei seinem Zurückstellungsantrag geleistet. Wird eine Behandlung als Bewährungsaufgabe gem. § 57 StGB vorbereitet, werden dem Gefangenen Kostenzusage und Therapieplatzbestätigung für seinen Antrag auf Aussetzung des Strafrestes zur Verfügung gestellt.

Ergehen positive Beschlüsse, wird der Gefangene in die Therapieeinrichtung oder Einrichtung der Eingliederungshilfe überstellt.

Wird keine Vermittlung in eine Entwöhnungsbehandlung oder Eingliederungshilfemaßnahme angestrebt, wird der Betreute bei seiner Entlassungsvorbereitung unterstützt. Dieses kann bedeuten, dass frühzeitig eine Kontaktaufnahme zu Fachstellen am zukünftigen Entlassungsort erfolgt, eine Fortsetzung der Substitutionsbehandlung in die Wege geleitet wird und auch Ausgänge begleitet werden können.

5. STATIONEN EINER THERAPIEVERMITTLUNG



6. HINDERNISSE UND NEUE MÖGLICHKEITEN

Seit 2004 wurden Therapiezeiten (stationäre Entwöhnungsbehandlungen) immer weiter eingekürzt. Bereits 2010 sollte die Deutsche Rentenversicherung (DRV) Braunschweig-Hannover im Rehabereich 2 Millionen Euro einsparen. Ausschlusskriterien für z.B. Entwöhnungsbehandlungen waren und sind z.B.

- schwere dissoziale Persönlichkeitsstörungen;
- früher schädlicher Konsum (z.B. Einstieg mit 12/13 Jahren);
- niedriger oder kein Schul- bzw. Bildungsabschluss;
- keine Berufsausbildung; arbeitsmarktferne Lebensweise;
- lange Strafzeiten, hohe Schulden; kein sozial unterstützendes Umfeld;
- wiederholte, vergebliche Therapieversuche.

Ab 2012 war keine Therapievermittlung mehr aus U-Haft möglich.

2014 wurde eine Kooperationsvereinbarung zwischen der DRV Braunschweig-Hannover und dem Justizministerium Niedersachsen (für Ausnahmen aus dem Leistungsausschluss gem. 12 Abs. 1, Nr. 5 SGB VI) geschlossen.

2015 erfolgte dann eine Kooperationsvereinbarung zwischen der DRV Bund (stellvertretend für alle Landesversicherungsanstalten) und allen Justizministerien. Seit 2016 ›sterben‹ kleinere Therapieeinrichtungen, da die Anforderungen den Leistungsträgern nicht mehr genügt haben.

Ab 2017 wurden die Wartezeiten auf Therapieplätze aus der Haft heraus immer länger (Steuerung der Aufnahmen aus den Gefängnissen durch die Einrichtungen).

2018: § 454 b StPO Änderung der Vollstreckungsreihenfolge wieder möglich.

2019: Kombientlassung § 57 StGB mit § 35 BtMG wieder möglich.

Seit 2023 wurde ein Punktesystem für Therapieeinrichtungen von der DRV entwickelt (sinken im Ranking bei hohen Abbruchquoten).

7. AKTUELLES GRÖSSTES HINDERNIS

Mit Urteil vom 5. August 2021 (B 4 AS 58/20 R) hat das Bundessozialgericht klargestellt, dass ein Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II für verurteilte Personen, die sich nach Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG in einer stationären Entwöhnungstherapie befinden, gemäß § 7 Absatz 4 Satz 2 SGB II ausgeschlossen ist, da es sich bei Therapieeinrichtungen im Sinne des § 35 BtMG um Einrichtungen zum Vollzug richterlich angeordneter Freiheitsentziehungen im Sinne des § 7 Absatz 4 Satz 2 SGB II handelt.

Probleme daraus: Seit 2021 ergaben sich daraus erhebliche Vermittlungshemmnisse, da Kostenzusagen der Krankenkassen nicht greifen, da die Jobcenter / Sozialämter die Nebenkosten wie z.B. die Beitragszahlungen zur Krankenversicherung nicht mehr übernehmen. Die Sozialhilfeträger der zuständigen Kommunen liefern sich häufig ein erhebliches Zuständigkeitsgerangel.

Verschiedene Einrichtungen nehmen keine Gefangenen mit der Kombi Kostenträger Krankenversicherung + § 35 BtMG.

Anvisierte Lösung: Gesetzesantrag vom 29.11.2023 aus NRW zur Änderung des SGB: Rückausnahme vom Leistungsausschluss gem. § 7 SGB II

8. WEITERE VERMITTLUNGSCHEMMNISSE

Die Fachkliniken steuern ihre Belegung (Kontingentierung der Aufnahme von Patienten aus den JVA 'en, dadurch lange Wartezeiten). Haben die Gefangenen Schulden bei den Krankenkassen, erhalten sie kein grundsätzliches Kostenanerkennnis. Die Aufnahme in Einrichtungen ohne Kostenzusage für Bürger ohne festen Aufenthaltsstatus erfolgt nur mit Zustimmung der zuständigen Ausländerbehörde. Diese Zustimmung wird erfahrungsgemäß häufig nicht erteilt.

Mehrere Reha Einrichtungen wurden bereits geschlossen, da sie keine neuen ärztliche Leitungen einstellen konnten oder überhaupt zu wenig therapeutische Fachkräfte vorhalten konnten.

9. ERWARTUNGEN DER INTERNEN SUCHTBERATUNG DURCH DIE ÄNDERUNG DES § 64 STGB

Es sollen weniger Verurteilungen mit Unterbringungen gem. § 64 StGB erfolgen, somit werden mehr ›kriminelle suchtmittelabhängige‹ Inhaftierte mit langen Strafen im Vollzug verbleiben (die Bewertung kriminell zu suchtmittelabhängig verschiebt sich).

Die Anhebung der Anforderungen an eine günstige Behandlungsprognose führt ebenfalls dazu, dass die Unterbringung häufiger ausscheiden wird als bisher.

Jene, die gem. § 64 StGB untergebracht werden sollen, verbleiben länger im Vorwegvollzug, da nun für die Berechnungen der Behandlung der 2/3-Termin der maßgebliche sein wird.

10. WELCHE FRAGEN STELLEN SICH NOCH?

Wenn die symptomatischen Zusammenhänge zwischen dem Hang, der Anlasstat und der etwaigen Erfolgsaussicht strengeren Kriterien unterliegen, erfüllen dann die Inhaftierten auch noch die kausalen Zusammenhänge für den § 35 BtMG?

Wird die Bewertung einer negativen Behandlungsbereitschaft für eine Maßnahme im Maßregelvollzug im Urteil derart bewertet, dass später eine Zurückstellung gem. § 35 BtMG abgelehnt wird?

Welche Angebote müssen für die nun länger im Vorwegvollzug befindlichen Gefangenen angepasst werden?

Werden noch mehr unbehandelte Straftäter im Gefängnis weiter konsumieren?

Wird sich die Zuweisungspraxis in der Maßregel verändert?

Wird die Organisationshaft zur Planung des Behandlungsbeginnes ausreichen?

Wie entwickelt sich das Kostenübernahmeverfahren bei ›Langstrafigen‹? Die DRV ist nicht zuständig, da versicherungsrechtliche Voraussetzungen fehlen werden!

QUELLEN:

- Schneider, F. ; Karachaliou, K. ; Neumeier, E. für European Monitoring Centre für Drugs and Drug Addiction/ Deutsche Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht: Gefängnis Workbook Prison, Deutschland Bericht 2023 des nationalen REITOX-Knotenpunkts an die EMCDDA (Datenjahr 2022/2023)
- Jahresberichte des Suchtberatungsdienstes der JVA Lingen
- www.gesetze-im-internet.de
- Kooperationsvereinbarung zwischen den Landesjustizverwaltungen und der Deutschen Rentenversicherung vertreten durch die Deutsche Rentenversicherung Bund vom 04.03.2015
- Anforderungen an Rehaeinrichtungen https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Experten/Infos-fuer-Reha-Anbieter/Anforderungen-an-Reha-Einrichtungen/anforderungen-an-reha-einrichtungen_node.html

Dr. med. Friederike Höfer

§ 64 STGB-REFORM UND WAS NUN?

EIN BLICK IN DIE SCHWEIZ

I. EINLEITUNG

Die Debatte um die – wohl missglückte – Reform des §64 D-StGB wird hitzig geführt: Vom Begriff des Hangs, über Kostenantragsverfahren bis zu Vermittlungshemmnissen scheint große Unklarheit zu herrschen. Außerdem steht zu befürchten, dass die beabsichtigten Änderungen des §64 StGB zu einer Verschiebung der Problematik vom Maßregelvollzug in den Strafvollzug führen werden. Dort – so die Befürchtung – würden suchtkranke Straftäterinnen und Straftäter dann sozusagen »verwahrt«.¹ Ein Blick in die Schweiz zeigt in dieser Debatte einige Anknüpfungspunkte auf und stellt Alternativen für problemorientierte Lösungsstrategien dar.

II. SUCHTKRANKE STRAFTÄTERINNEN UND STRAFTÄTER

Straftäterinnen und Straftäter mit Störungen durch psychotrope Substanzen weisen, um den Begriff des Hangs mit einer psychiatrischen Diagnostik zu füllen, häufig entweder einen schädlichen Gebrauch oder eine Abhängigkeitserkrankung² auf. Häufig können auch Entzugssyndrome oder Intoxikationsphänomene eine Rolle in der Deliktbegehung spielen. Die häufigsten gebrauchten Substanzen, die eine Relevanz bei der Begehung von Delikten haben, sind Alkohol,

1 Schwarz, M., & Stübner, S. (2023). Die Novellierung von § 64 StGB – potenzielle Auswirkungen auf den Maßregelvollzug. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie*, 17(4), 421-435.

2 vgl. ICD-10 / ICD-11

Kokain bzw. Stimulanzien und neue psychoaktive Substanzen (NPS) sowie ein polytroper Substanzgebrauch.

Suchtpatientinnen und Patienten weisen zudem häufig neben der Störung durch psychotrope Substanzen komorbide Störungen wie Schizophrenie-Erkrankungen, Persönlichkeitsstörungen oder affektive Störungen auf. Nicht selten bestehen zusätzlich somatische Probleme, z.B. infektiologische Erkrankungen, Malnutrition, Folgen der spezifischen Substanzen – also eine hohe Morbidität und damit verbunden auch eine vorzeitige Mortalität.

Suchtpatientinnen und Patienten gelten als schwierig. Sie weisen oft eine große Vielzahl von Kennzeichen auf, die eine Behandlung problematisch machen und den forensischen Parametern für eine ungünstige Prognose entsprechen.³ Dies sind:

- ca. 90 Prozent der Suchtpatientinnen und Patienten weisen Mehrfachdiagnosen auf (allgemein in Maßnahmen 45 - 65 Prozent;⁴
- früher Delinquenzbeginn;
- fehlende Schul- und Berufsabschlüsse;
- arbeitsmarktferner Lebensstil;
- mehrfache Abbrüche früherer Behandlungsversuche;
- Heimaufenthalte;
- ›Broken Home‹ Situation;
- polytropes Gebrauchsprofil und Beikonsum;
- fehlende Krankheitseinsicht;
- fehlender fester Wohnsitz;
- Mühe, Termine wahrzunehmen;
- häufig Indikation für Verbeiständung / Vormundschaft;
- schwere somatische Erkrankungen.

Schon vor einer Verurteilung zu einer Sanktionenbehandlung werden Patientinnen und Patienten mit Suchterkrankungen häufig mit Beschaffungskriminalität auffällig, es häufen sich diverse offene Vollzugsbefehle, es kommt zu Verhaftungen und Vollzugsaufenthal-

3 Lindemann, V., Querengässer, J., Hoffmann, K., & Ross, T. (2013). Psychiatrische Prognosen für den Behandlungserfolg in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB): Ergebnisse einer Gutachterbefragung.

4 Müller-Isberner, R., & Eucker, S. (2009). Therapie im Maßregelvollzug. MWV.

ten ohne Vor- oder Nachbereitung, ohnehin sind sie oft mäßig gut erreichbar. Demgegenüber handelt es sich um eine Klientel, die sich die Allgemeinpsychiatrie ungern ins Haus holt. Ein sinnvolles Case Management, ein Beziehungsaufbau und eine frühe Einbindung in ein tragfähiges Helfernetz könnten hier präventiv wirken – jedoch fehlen oft die Strukturen dafür.

Personen mit psychotropen Störungen weisen statistisch eine hohe kriminogene Belastung auf, dass zeigt sich z.B., wenn sie in den entsprechenden Risikoprognoseinstrumenten, wie z.B. dem HCR-20^{V3} ⁵(Bolzmacher et al. 2014), eine hohe Item-Zahl erreichen (vgl. Tabelle 1):

Tab. 1: HCR-20 ^{V3}	
Historische Probleme	Klinische Probleme
Gewalt/Gewalttätigkeit	Einsicht
Andere antisoziale Verhaltensweisen	Gewalttätige Fantasien oder Absichten
intime und/oder nicht intime Beziehungen	Symptome einer schwerwiegenden psychischen Störung
Arbeit/Beschäftigung	Instabilität (affektiv, im Verhalten und/oder kognitiv)
Substanzgebrauch	Ansprechen, Compliance/Adhärenz / Ansprechbarkeit/Behandlungserfolg
Schwerwiegende psychische Störung	
Persönlichkeitsstörung	
Traumatische Erfahrung/Viktimisierung/ Erziehungsmängel	
Gewaltfördernde Einstellungen	
Ansprechen auf Behandlungs- oder Kontrollmaßnahmen	

⁵ Bolzmacher, M., Born, P., Eucker, S., von Franqué, F., Holzinger, B., Kötter, K., ... & Schmidbauer, W. (2014). Die Vorhersage von Gewalttaten mit dem HCR-20V3. Benutzerhandbuch deutsche Version. Institut für Forensische Psychiatrie Haina eV.

Untersucht man Personen mit Störungen durch psychotrope Substanzen, zeigt sich neben einer hohen kriminogenen Risikobelastung außerdem eine mannigfaltige Beeinträchtigung von Fähigkeiten der Partizipation an der Gesellschaft, z.B. mit Hilfe des Mini-ICF, einem Kurzinstrument zur Fremdbeurteilung von Aktivitäts- und Partizipationsstörungen bei psychischen Erkrankungen in Anlehnung an die internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF der Weltgesundheitsorganisation WHO).⁶ Diese beinhalten:

- Fähigkeit zur Anpassung an Regeln und Routinen;
- Fähigkeit zur Planung und Strukturierung von Aufgaben;
- Flexibilität und Umstellungsfähigkeit;
- Kompetenz- und Wissensanwendung;
- Entscheidungs- und Urteilsfähigkeit;
- Proaktivität und Spontanaktivitäten;
- Widerstands- und Durchhaltefähigkeit;
- Selbstbehauptungsfähigkeit;
- Konversation und Kontaktfähigkeit zu Dritten;
- Gruppenfähigkeit;
- Fähigkeit zu engen dyadischen Beziehungen;
- Fähigkeit zur Selbstpflege und Selbstversorgung;
- Mobilität und Verkehrsfähigkeit.

III. WELCHE SCHWIERIGKEITEN UND WELCHER BEHANDLUNGSBEDARF RESULTIEREN DARAUS?

Einem multifaktoriell belasteten Personenkreis (vgl. oben) verlangt das Setting in einer Justizvollzugsanstalt aber im Wesentlichen das ab, was als Resultat der Grunderkrankung beeinträchtigt ist: eine Anpassung an Regeln und Routinen, Flexibilität und Umstellung bei der Adaptation an die Rahmenbedingungen, eine gute Entscheidungs- und Urteilsfähigkeit, Widerstands- und Durchhaltekraft,

⁶ Linden, M., Baron, S., Muschalla, B., & Ostholt-Corsten, M. (2022). Fähigkeitsbeeinträchtigungen bei psychischen Erkrankungen: Diagnostik, Therapie und sozialmedizinische Beurteilung in Anlehnung an das Mini-ICF-APP. Hogrefe AG.

Selbstbehauptungsfähigkeit, die Konversation und Kontaktfähigkeit zu Dritten, Gruppenfähigkeit, außerdem die Fähigkeit, dyadische Beziehungen einzugehen und Selbstpflege zu übernehmen. Dies steht teils diametral zu den Fähigkeitseinschränkungen, die Personen mit psychotropen Substanzen – zumindest zu Beginn der Behandlung – aufweisen.

Zudem handelt es sich bei den Straftäterinnen und Straftäter mit Störungen durch psychotrope Substanzen überdurchschnittlich häufig um Männer, die ohnehin seltener Hilfe in Anspruch nehmen wollen als Frauen, restriktivere Ansichten bezüglich psychischen Störungen aufweisen, sich von psychischer Hilfe stigmatisiert fühlen, kaum Vertrauen in das Gesundheitssystem mitbringen und typisches Therapeutenverhalten eher als aversiv erleben.⁷

In der sozialen Arbeit und forensischen Behandlungssettings treffen sie meistens auf weibliche Therapiepersonen, die wiederum von Vorurteilen geprägt sind, z.B., dass Männer nur auf Druck in Therapie gingen und Therapie mit Männern grundsätzlich schwierig sei.⁸ In der Behandlung werden von Seiten der Klienten wiederum Gefühlssprache, das Zugeben von Verwundbarkeit und auch die Intimität gefürchtet.⁹ All dies kann schnell zu Widerstand und einem Abbruch der Behandlung führen. Dabei werden an die sog. »Behandelbarkeit« und eine gute Behandlungsprognose hohe Ansprüche gestellt (vgl. Tabelle 2).¹⁰

7 Petrowski, K., Hessel, A., Körner, A., Weidner, K., Brähler, E., & Hinz, A. (2014). Die Einstellung zur Psychotherapie in der Allgemeinbevölkerung. PPM-Psychotherapie. Psychosomatik- Medizinische Psychologie, 64(02), 82-85.

8 Schigl, B. (2016) Doing Gender in der Therapie: Welche Rolle spielt das Geschlecht im therapeutischen Prozess? Wenn Frauen Männer behandeln–eine (auch) transkulturelle Betrachtung der Suchthilfe, 13.

9 Keupp, H. (2012). Identität und Individualisierung: Riskante Chancen zwischen Selbstsorge und Zonen der Verwundbarkeit–sozialpsychologische Perspektiven. Identität: Ein Kernthema moderner Psychotherapie–Interdisziplinäre Perspektiven, 77-105.

10 Querengässer, J., & Baur, A. (2021). Prädiktoren der Legalbewährung nach forensischer Suchtbehandlung–Zweiter Teil einer Übersichtsarbeit zu Erfolgsdeterminanten einer Unterbringung gemäß § 64 StGB. Fortschritte der Neurologie- Psychiatrie, 89(10), 507-515.

Tab. 2: Indikatoren der Behandlungsprognose	
Positive Kriterien	Negative Kriterien
Ansätze von Introspektions- und Reflektionsfähigkeit	Kognitive / sprachliche Verständigungsschwierigkeiten
Aktive und passive Feedback-Fähigkeiten	Hoher psychopathy-Wert
Authentisches Gefühlsleben	Entfremdung von innerpsychischen Prozessen und Affekten
Intrinsische Behandlungsmotivation	Hohe psychische Rigidität
Motivierbarkeit	Geringe Ansprechbarkeit auf therapeutische Beziehungsangebote
Gruppenfähigkeit	
Absprachefähigkeit	
Ansätze von Veränderungsbereitschaft	
Akzeptanz der Behandlungsbedingungen	

Damit erliegt der Suchtmaßregelvollzug dem Aschenputtel-Dilemma: Die Guten ins Töpfchen – die schlechten ins Kröpfchen; anders gesagt: Die gut ansprechbaren, wenig belasteten Patientinnen und Patienten in die Behandlung, die multimorbiden nirgendwohin.

IV. DIE MASSNAHME NACH ART. 63 CH-STGB

Kann da ein Blick zum kleinen südlichen Nachbarn helfen? Die klassische Maßregel oder besser Maßnahme, wie es in der Schweiz heißt, für die Behandlung von psychischen Störungen im Rahmen des Art. 59 CH-StGB erweist sich selten als der passende Vollzugsort für Personen mit Suchterkrankungen. Häufig passen die Hausregeln von solchen Forensischen Kliniken nicht zum Management von Konsumerignissen und das gesamte Behandlungsangebot ist nur auf die sog. »schweren« psychische Störungen, insbesondere die Schizophrenie-Er-

krankungen ausgerichtet, aber kaum auf Störungen durch psychotrope Substanzen.

Daher kommt als stationäre Behandlungsmöglichkeit eher die sog. Suchtmaßnahme nach Art. 60 CH-StGB in Frage, wo aber wiederum die Behandlung etwaiger komorbider schwerer psychischer Störungen ein Problem darstellt, ist man in den Suchtkliniken, wo diese Maßnahmen durchgeführt werden, nicht auf andere psychische Störungen eingestellt. Außerdem sind die Hausregeln hier häufig so konzipiert, dass sie den Behörden aufgrund von Sicherheitsbedenken nicht passen.

Insofern bestünde die Möglichkeit, Maßnahmen hintereinander zu vollziehen und erst den einen, dann den anderen Behandlungsfokus zu legen. Eine gute Alternative stellt aber die Möglichkeit einer ambulanten Maßnahme nach Art. 63 CH-StGB dar. Etwas widersprüchlich zum Begriff kann sie vollzugsbegleitend oder tatsächlich ganz und gar in ambulanten Rahmenbedingungen durchgeführt werden.

Die Voraussetzung dafür ist eigentlich eine positive Behandlungsprognose, die aber in der Schweizer Rechtspraxis eher so interpretiert wird, dass eine deutliche Risikosenkung innerhalb der angeordneten Maßnahmedauer von fünf Jahren zu erreichen sein soll. Anlasstaten für die Anordnung einer ambulanten Maßnahme nach Art. 63 CH StGB können Übertretungen, Vergehen oder Verbrechen sein und sind abhängig von der anfallenden Höhe der drohenden Freiheitsstrafe und den Behandlungsaussichten. Eine solche Behandlung kann für max. fünf Jahre angeordnet werden und eine Verlängerung ist nur in Ausnahmefällen möglich. Gleichzeitig zu der Behandlung kann eine Freiheitsstrafe unter Strafaufschub (Art. 63 Abs. 2 StGB) angeordnet werden, die nur dann vollzogen wird, wenn die Maßnahme erfolglos scheidet. Eine solche aufgeschobene Strafe erhöht die Durchsetzbarkeit der Behandlung im ambulanten Setting häufig ein wenig. Scheitert eine ambulante Maßnahme, besteht eine Umwandlungsmöglichkeit in eine stationäre Maßnahme nach Art. 59 (Art. 63b Abs. 5 StGB).

Ansonsten ist der ambulante Behandlungsrahmen sehr weich und schließt, anders als der Art 59 CH-StGB, eine Behandlung unter medikamentösem Zwang, nicht mit ein. Auch wenn die ambulante

63er-Massnahme früher als Verlegenheitslösung diskutiert wurde, hat sie sich in der unmittelbaren Vergangenheit als sehr tragfähig erwiesen. Sie entfaltet in der Variante einer sogenannten »community sanction«, also in Freiheit unter Verzicht oder Aufschub einer pekuniären oder Freiheitsstrafe ihre Wirkung und hat, z.B. in der Kombination mit Weisungen, wie dem Aufenthalt in einer betreuten Wohneinrichtung oder der Teilnahme an einer tagesklinischen Behandlung, auch eine inhaltliche Tiefe.

Insofern wird die ambulante Behandlung nach Art. 63 CH-StGB dann als sinnvolles Präventionsmittel angesehen, wenn sie unter Beachtung des Risk Need Responsivity-Prinzips¹¹ angeordnet wird, d.h. bei Personen mit erhöhtem Rückfallrisiko, orientiert an ihren kriminogenen Bedürfnissen und angepasst an ihren Fertigkeiten und Fähigkeiten. Dann kann die ambulante Behandlung nach Art. 63 CH-StGB eine echte Lebenshilfe darstellen und die Wiedereingliederung fördern.¹²

Es darf auch nicht verschwiegen werden, dass eine solche Behandlung den steigenden Kosten des stationären Maßregel- bzw. Maßnahmenvollzugs entgegenwirken kann, denn ein ambulanter Behandlungstag ist natürlich deutlich günstiger anzubieten als Strafvollzug oder die Behandlung in einer forensischen Klinik. Außerdem besteht nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz ein Mangel an stationären Therapieplätzen, so dass nur die Hälfte der Personen mit der Verurteilung zu einer stationär-therapeutischen Maßnahme in einer geeigneten Einrichtung betreut werden kann, während die andere Hälfte in Strafanstalten wartet oder in Institutionen platziert ist, wo keine adäquate Begleitung möglich ist. Ambulante Behandlungsplätze können effizienter geschaffen werden und Abhilfe schaffen.

11 Andrews, D. A., Bonta, J., & Wormith, J. S. (2011). *The risk-need-responsivity (RNR) model: Does adding the good lives model contribute to effective crime prevention? Criminal justice and behavior*, 38(7), 735-755.

12 Höfer, F. X. (2022). Ambulante Suchtmassnahmen als Alternative zum geschlossenen Vollzug – ein Blick in die Schweiz. Jugend, Recht und Öffentlichkeit – Selbstbilder, Fremdbilder, Zerrbilder: Dokumentation des 31. Deutschen Jugendgerichtstages vom 16. bis 18. September 2021/Online-Veranstaltung, 419.

V. BEHANDLUNGSSZENARIO

Im Sinne einer inhaltlichen Ausgestaltung ist zu betonen, dass sich alle strafenden Interventionen in der Vergangenheit als schädlich oder nicht wirksam erwiesen haben, sei es das US-amerikanische ›Scared Straight‹ Programm in den 70er Jahren unter dem Motto »Spend a day in prison«, sei es bootcamp-artige Programme wie ›Get tough‹.¹³ Schon 2000 hielten *Lipsey* und *Cullen* fest, dass strafende Interventionen allein weniger geeignet sind, als therapeutische, die Rückfälligkeit zu senken.¹⁴ Insgesamt soll also auf Reaktanz auslösende Interventionen verzichtet werden, denn bessernde Maßnahmen haben immer einen größeren Effekt, als der höchste Effekt sanktionierender und abschreckender Maßnahmen.¹⁵

Dies ist unter anderem durch das Prinzip der psychologischen Reaktanz zu erklären, nachdem Menschen an die Freiheit glauben, bestimmte Verhaltensweisen ausführen zu können. Werden sie in dieser Freiheit eingeschränkt, entsteht eine psychologische Reaktanz im Sinne eines aversiven motivationalen Zustands, der die Möglichkeit einer kognitiven Umstrukturierung und Verhaltensänderungen verunmöglicht. Reaktanz geht meistens mit instrumenteller Aggression, Ausführung ähnlicher Problemverhaltensweisen oder einer Situationsverschiebung einher.¹⁶

Was die konkrete Ausgestaltung angeht, sollte eine forensische Suchtbehandlung, egal ob stationär oder ambulant, unter Berücksichtigung von Zieloffenheit und Schadensminderung mit einem hierarchisierten Behandlungskonzept erfolgen, das mit Lebenssicherung beginnt, dann Behandlungsziele, die darüber hinausgehen, definiert, sich akuter Psychopathologie zuwendet und schließlich zur Ressourcenorientierung und deliktpräventiven Arbeit kommt (vgl. Tabelle 3).

13 *Lilienfeld, S. O.* (2007). *Psychological treatments that cause harm. Perspectives on psychological science*, 2(1), 53-70.

14 *Lipsey, M. W., & Cullen, F. T.* (2007). *The effectiveness of correctional rehabilitation: A review of systematic reviews. Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 3, 297-320.

15 *Lau, S.* (2003). Wirkt ambulante Kriminaltherapie? *Psychiatrische Praxis*, 30(03), 119-126.

16 *Petzold, H., Petzold, H. G., & Müller, M.* (2007). Modalitäten der Relationalität–Affiliation, Reaktanz, Übertragung, Beziehung, Bindung—in einer ›klinischen Sozialpsychologie‹ für die Integrative Supervision und Therapie. *Integrative Supervision, Meta-Consulting, Organisationsentwicklung: Ein Handbuch für Modelle und Methoden reflexiver Praxis*, 367-431.

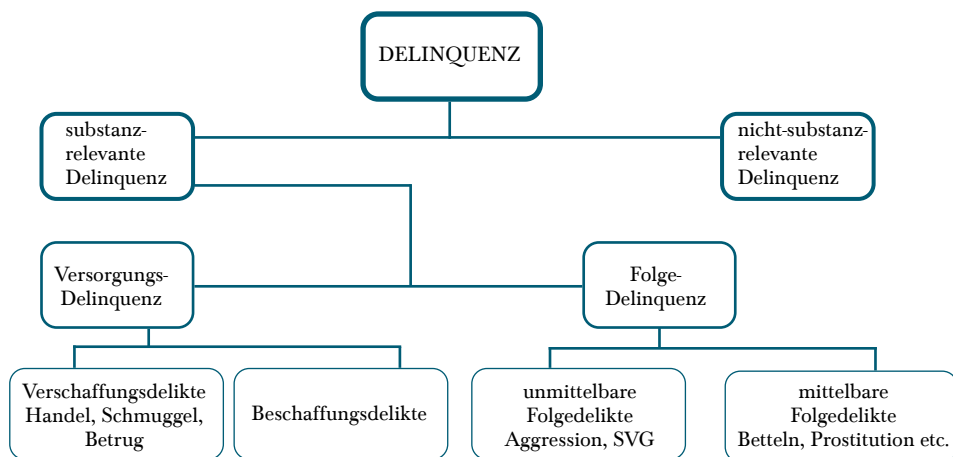
Tab. 3: Stufenweise Interventionsziele	
ZIELE	INTERVENTIONEN
Überlebenssicherung	Erste Hilfe, Notfallmaßnahmen, Kriseninterventionen
Gesundheitsförderung	Aufklärung, Psychoedukation, Adhärenzmotivation, Förderung von Therapiebereitschaft
Soziale Sicherung	Tagesstrukturierende Maßnahmen, Förderung der Alltags- und Sozialkompetenz, Wohnraumsicherung, Einkommenssicherung
Stabilisierung abstinenter Phasen	Arbeit am Reiz-Reaktions-Muster, Anti-Craving-Strategien, Reduktion von Ambivalenzkonflikten
Akzeptanz der Konsumstörung	Anerkennen der chronischen Vulnerabilität, Kenntnisse zu bestehenden und drohenden Gesundheitsrisiken
Akzeptanz der Therapienotwendigkeit	Motivationsförderung, Anerkennung einer störungsspezifischen Therapie, Übernahme von Selbstverantwortung, Selbsthilfe-Strategien
Abstinenz	Selbstwirksame, zielfokussierte, sozial kompetente Reaktion auf Trigger, systemische Anpassung der Lebensgestaltung
Berufliche und soziale Reintegration	Rente, geschützte Arbeit, Lehre, Umschulung, Berufstätigkeit, Schuldensanierung,...

Eine forensische Suchtbehandlung sollte immer eine Pharmakotherapie inkl. der Möglichkeit von Opioid-Agonisten-Behandlung und Medikamenten zur Rückfallprophylaxe bei Alkoholabhängigkeit beinhalten.¹⁷ Psychotherapeutisch würde man sich wundern, wenn wesentliche Angebote, wie spezifische Psychotherapie, Motivational Interviewing, Kontingenzmanagement und dialektisch-behavioralen suchtherapeutischen Anteilen in Justizvollzugsanstalten bereitgestellt würden. Auch alle Komorbiditäten sollten mitbehandelt werden sowie psychosoziale Aspekte wie Wohnen, Finanzen, Arbeit, Tagesstruktur, Beziehungen, soziales Netz und Helfernetz in die Behandlungsplanung einbezogen werden.

17 *Urwylter, T., Braunschweig, M., Noll, T., Caflisch, C., Herdener, M., Sternemann, U., ... & Höfer, F.* (2022). Indikation der Opioidagonistherapie (OAT) im Justizvollzug. *Jusletter*, 24.

Bei der Deliktprävention ist es wichtig, alle Delikte und alle Substanzen gesondert zu evaluieren und in ein Delikt- und Störungskonzept einzubauen. Die Aussage, die häufig im Gutachten anzutreffen ist, der Täter habe »unter dem Einfluss von Drogen« gestanden, ist aus forensisch-psychiatrischer Sicht keine ausreichende Delikthypothese. Vielmehr muss die Wirkung jeder einzelnen Substanz verstanden und bearbeitet werden. Wichtig ist es auch, Intoxikationen, Entzugserscheinungen oder Toleranz zu unterscheiden und eine genaue Evaluation der Delinquenz zu machen (vgl. Abbildung 1).

Abb. 1: Delinquenzarten



Eine sinnvolle Überlegung im Rahmen von Suchtbehandlung ist außerdem: Welche Konflikte lohnen sich hinsichtlich der übergeordneten Ziele therapeutisch einzugehen? Welche Hürden kann das Behandlungsteam abbauen und gibt es eine sinnvolle Therapeuten-Klienten-Zuordnung? Innerhalb der Behandlung müssen eine Reihe von Strategien zur Anwendung kommen, wie der Aufbau der therapeutischen Beziehung, eine ressourcenorientierte Unterstützung, die Reduktion von Scham- und Schuldgefühlen, Förderung von Selbstwert, Förderung persönlicher Stärken und Resilienz, Verbesserung der Selbstkontrolle, eine nicht zu starke kognitive Ausrichtung und eine

Arbeit an deliktfördernden Einstellungen, wie Anspruchshaltungen und angemessene Selbsteinschätzung.

Zweckdienlich hierfür ist auch eine gute Behandlungsplanung auf der Basis einer individuellen Delinquenztheorie und einer Kriminalprognose anhand eines SPJ-Ansatzes. Daraufhin werden notwendige Maßnahmen festgelegt, die die Rückfallrisiken ebenso adressieren wie individuelle Bedürfnisse und die Ansprechbarkeit. Überdauernd ist danach eine Kontrolle der Behandlungsintegrität, des Behandlungserfolgs und der Stabilität der erreichten Erfolge durchzuführen, indem man ein andauerndes Risk-Monitoring und Risk-Management betreibt.

VI. FAZIT

Ein großes Problem bei der Zuweisung in forensische Suchtbehandlungen ist, dass Juristinnen und Juristen und vielleicht auch forensische Sachverständige häufig abwarten, bis sich die sogenannte ›richtige Motivation‹ gezeigt hat. Dabei weisen viele Klienten eigene Ideen auf, wie sie ihre Probleme lösen könnten. Ein langes Hängen in bürokratischen Schleifen oder eine Platzierung in falschen Hilfsystemen ist dabei wenig zweckdienlich. Insofern muss sich die Frage gestellt werden, wie wir es schaffen, im Sinne einer nachhaltigen Verbesserung der Legalprognose Straftäterinnen und Straftäter mit Störungen durch psychotrope Substanzen, die meist dauerhaft auf psychiatrische Behandlungen angewiesen sind, sich mit einer möglichst positiven Grundeinstellung in eine psychotherapeutische Behandlung und Betreuung einbinden zu lassen. An dieser Stelle bietet eine ambulante forensische Behandlung diverse Vorteile.

Wird künftig aber die JVA als Entziehungsanstalt missbraucht, ist zu bedenken, dass dieser motivationale Faktor nicht genutzt wird. Statt einer Resozialisierung im sozialen Empfangsraum unter der realen Exposition soll einer so komplexen Klientel eine spezifische Behandlung angeboten werden – ohne den nötigen Personalschlüssel oder die entsprechenden Ausbildungen innerhalb der Justizvollzugsanstalten. Dort fehlen außerdem die Rahmenbedingungen und das entsprechende Milieu. Dysfunktionale und kriminelle Peers machen eine prosoziale Orientierung nicht einfacher. Auch das oft zitierte Ar-

gument, eine intramurale Entwöhnungs- und Abstinenzbehandlung sei erfolgversprechender trägt nicht. Konsumereignisse und Rückfälle wird es auch intramural geben – denn den sauberen Knast gibt es nicht.

Unter dem Strich scheint also ein fachspezifisches ambulantes Angebot geradezu naheliegend. Misst man die Behandlung von Straftäterinnen und Straftäter mit Störungen durch psychotrope Substanzen und Komorbiditäten an hierarchisierten Behandlungszielen, birgt ein ambulanter Ansatz einige großen Benefits: Spezialisierte Schutzmaßnahmen, die ambulant durchgeführt werden, können betroffene Personen dort abholen, wo sie stehen. Der funktionale Teil der Umgebung kann in das Helfernetz integriert werden. Der überfüllte Maßregelvollzug wird entlastet und die individuelle stationäre Behandlungsdauer kann verkürzt werden.

Vollzugsbegleitende Behandlungen beruhen auf einem Idealbild von Therapieoptionen in Justizvollzugsanstalten, denen die Realität nicht standhält: In JVA's bestehen Insassenhierarchien von gegenseitiger Diskriminierung, bei der sich eher an devianten Normen orientiert wird. Fehlverhalten in Kliniken kann therapeutisch aufgegriffen werden, in Justizvollzugsanstalten wird es eher Disziplinarmaßnahmen regnen. Justizvollzugsanstalten bilden kein milieuthérapeutisches Angebot und erlernte Fähigkeiten können kaum durch die Erprobung bei Lockerungen umgesetzt werden. Außerdem unterscheiden sich Auftrag, Regelwerk und Ausbildung des Personals grundsätzlich von Bedingungen in Klinikeinrichtungen, Massnahmenzentren oder Ambulanzen. Dabei stellt eigentlich die Breite und Differenziertheit eines therapeutischen Angebots die entscheidende Ressource dar, möglichst vielen Personen mit psychotropen Substanzen und krimineller Vorgeschichte eine individuell auf ihre Behandlungsbedürftigkeit und ihre kriminogenen Risiken angepasste Behandlung anzubieten.

Ambulante forensische Sanktionen bieten also legalprognostische und ökonomische Vorteile. Abgesehen davon ist ein ambulantes Fallmanagement ein deutlich attraktiverer Arbeitsbereich mit einem sozialpsychiatrischen Ansatz, der mit dynamischen und multiprofessionellen Mitarbeitenden die Möglichkeit bietet, Personen über lange Zeiträume zu begleiten und auch schwierige Fälle zu behandeln.

Die Abschaffung des Maßregelvollzugs für suchtkranke Personen schafft letztendlich Probleme, die aus der gemeinsamen Unterbringung von psychisch gesunden und psychisch erkrankten Straftäterinnen und Straftätern resultiert. Insofern könnte man in Deutschland ein bisschen mehr Swissness in der Ausdifferenzierung des Suchtmaßregelvollzugs wagen. Aus hiesiger Sicht wäre dabei insbesondere an den Ausbau ambulanter Behandlungsangebote unter Aussetzung des stationären Vollzugs zu denken.

Prof. Dr. Robert Esser

ZUSICHERUNGEN IM AUSLIEFERUNGSVERKEHR ALS VERFASSUNGS- RECHTLICHER PRÜFGEGENSTAND

I. AUSGANGSLAGE: GRUNDSATZ DES GEGENSEITIGEN VERTRAUENS IM AUSLIEFERUNGSVERKEHR

Elementare Garantien des Rechtsstaats, darunter die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und die Gewährleistung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs.1 GG), gerade in Bezug auf Haftbedingungen im Ausland, beschäftigen die deutschen Gerichte regelmäßig bei der Frage, ob einem Auslieferungersuchen stattgegeben werden kann.¹

Die Auslieferung als spezielle Form der internationalen Rechtshilfe und die zu ihr ergehende Rechtsprechung sind dabei seit jeher durch den Grundsatz gegenseitigen Vertrauens geprägt.² Daher erstreckt sich die Prüfung des um Auslieferung zur *Strafverfolgung* ersuchten Staates in der Regel nicht auf die Einzelheiten des diesem Ersuchen zugrundeliegenden Strafverfahrens im ersuchenden Staat.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau. Seit 2010 ist er zudem Leiter der dem Lehrstuhl angegliederten Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP). Für wertvolle Recherchen danke ich meinen Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen *Elisa Holzinger* und *Ulrike Koch*. Alle angegebenen Internetquellen wurden zuletzt am 31.10.2024 aufgerufen.

1 BVerfG, Beschl. v. 4.7.2005 – 2 BvR 283/05, NStZ 2006, 102.

2 BVerfG, Beschl. v. 5.11.2003 – 2 BvR 1243/03; Beschl. v. 28.7.2016 – 2 BvR 1468/16, BeckRS 2016, 49757.

Für Deutschland hat das BVerfG die Leitlinie formuliert, dass deutsche Gerichte im Auslieferungsverfahren zum Zwecke der *Vollstreckung* rechtskräftiger ausländischer Urteile deren Zustandekommen bzw. im Falle der Strafverfolgung das erst noch anstehende, ausländische Strafverfahren grundsätzlich nicht auf ihre/seine Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen »haben«, daran aber auch nicht gehindert sind.³

Gleichwohl muss das über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidende Gericht in geeigneten Fällen – insbesondere bei einer Rüge des Betroffenen – auch schon die Bedingungen im Untersuchungshaft- bzw. Strafvollzug in den Blick nehmen und sicherstellen, dass die *wesentlichen* rechtsstaatlichen Grundzüge gemäß § 73 IRG der Auslieferung nicht entgegenstehen.⁴

Das Gebot der Zurückhaltung in der Überprüfung ausländischen Rechts (Tatverdacht, Verfahrensgang, Haftbedingungen) gilt in besonderem Maße in Übergabeverfahren auf der Ebene der Europäischen Union, wo der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens um die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und entsprechende Initiativen der Union (Art. 82 AEUV) noch deutlich verstärkt wird.

Der auch für den allgemeinen Auslieferungsverkehr geltende Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens kennt allerdings – als Ausdruck eines Rechtsstaats – auch Ausnahmen, die ihrerseits sog. Prüfpflichten auslösen. So können sog. *gewisse Umstände* gerade bezüglich der Frage, ob rechtsstaatliche Garantien und der Menschenrechtsschutz im Zielstaat einer Auslieferung eingehalten werden, eine Prüfpflicht des über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidenden Gerichts auslösen.⁵ Das hierdurch etwaig entstehende Spannungsfeld zwischen der verfassungsrechtlich zum Schutz der einschlägigen Grundrechte verbürgten Prüfpflicht und dem Vertrauensgrundsatz

³ BVerfG (K), Beschl. v. 4.7.2005 – 2 BvR 283/05, NStZ 2006, 102; Beschl. v. 3.3.2004 – 2 BvR 26/04, NStZ-RR 2004, 308; Beschl. v. 24.6.2003 – 2 BvR 685/03; Beschl. v. 9.3.1983 – 2 BvR 315/83, NJW 1983, 1726.

⁴ Diesbezüglich wird in BVerfG, Beschl. v. 24.6.2003 – 2 BvR 685/03, Rn. 52 f. (Indien) die floskelartige Begründung des OLGs als ausreichend erachtet; in ihrer abweichenden Meinung fordern die Richter *Sommer* und *Lübbe-Wolff* allerdings gerade aufgrund der drohenden Haftbedingungen ein anderes Ergebnis.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/18, 2 BvR 2100/18, NJW 2021, 1518.

in Bezug auf die Einhaltung völkerrechtlicher Übereinkommen soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

II. EUROPÄISCHE UNION:

PRÜFPFLICHTEN DER GERICHTE IM AUSLIEFERUNGSVERKEHR AUF DER BASIS DES EUROPÄISCHEN HAFTBEFEHLS UND DER CHARTA DER GRUNDRECHTE

Der im Jahr 2002 in Kraft getretene EU-Rahmenbeschluss für den Europäischen Haftbefehl (RB-EuHb)⁶ hatte das Ziel, die justizielle Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten der Union im Bereich der Auslieferung zu erleichtern. Bei ersuchten Überstellungen auf seiner Grundlage stehen die nationalen Gerichte daher nicht selten vor der Frage, wie die soeben erläuterten, im allgemeinen Auslieferungsverkehr geltenden Standards im unionsrechtlichen Kontext anzuwenden sind.

Veranlasst durch ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Bremen zur Auslegung von Art. 1 Abs. 3, Art. 5 und Art. 6 RB-EuHb (Übergabeersuchen Ungarns zum Zwecke der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe), betonte der EuGH sowohl, dass nur unter »außergewöhnlichen Umständen« Beschränkungen des Grundsatzes des Vertrauens und damit ein Absehen von der Vollstreckung eines EuHb möglich sind, als auch, dass der RB-EuHb die Pflicht der Mitgliedstaaten, die Grundrechte zu achten, nicht berühren könne.

Für die auf dieser Basis im Einzelfall anzustellende Balance zwischen dem Vertrauensgrundsatz einerseits und der grundrechtlich determinierten Amtsaufklärungspflicht andererseits entwickelte der EuGH ein *zweistufiges* Schema zur Prüfung und Einhaltung der *zwingenden* Mindeststandards:

Zunächst muss auf der *ersten Ebene* die Lage im (ersuchenden) Ausstellungsmitgliedstaat abstrakt anhand objektiver, zuverlässiger, genauer und gebührend aktualisierter Angaben bestimmt werden. Als Quellen und zugleich Maßstab für diese Analyse kommen namentlich

⁶ Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl, ABl. EU 2002, L 190, S. 1-20.

die Rechtsprechung des EGMR sowie dokumentierte Erkenntnisse von Organen des Europarats oder der UN in Betracht. Liegen Anhaltspunkte für derart systemische Mängel in einem (Ausstellungs)Staat der Union vor, ist sodann auf der *zweiten Ebene* unter Beachtung des absoluten Charakters von Art. 4 GRC (*Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung*) der *individuelle* Fall der betroffenen Person zu prüfen. Dabei geht es konkret darum, ob es tatsächliche Gründe für die Annahme gibt, dass im Anschluss an die Übergabe eine *echte Gefahr* für diese Person besteht, einer derartigen Misshandlung unterzogen zu werden.⁷

Auf dieser (zweiten) Ebene spielen auch Zusicherungen eine Rolle. Wegen der für die konkrete Zusicherung erforderlichen Nachweise ist gemäß Art. 15 Abs. 2 RB-EuHb die Justizbehörde des Ausstellungsmitgliedstaates des EuHb um die unverzügliche Übermittlung der zusätzlichen Informationen in Bezug auf die betreffende Person zu ersuchen.⁸ Das OLG München interpretiert diese Vorgaben des EuGH dahingehend, dass von EU-Staaten nicht zwingend völkerrechtlich verbindliche Zusagen, sondern nur weitere Informationen einzuholen sind,⁹ andere Stimmen verlangen dagegen eine insoweit rechtlich verbindliche Zusicherung.¹⁰

In dem Ungarn betreffenden Fall *ML* hat der EuGH explizit anerkannt, dass Zusicherungen bei der Prüfung der Einhaltung von Art. 4 GRC berücksichtigt werden können und dabei auf ihre Belastbarkeit zu prüfen sind.¹¹ Dabei ist die Zusicherung zu würdigen und zu akzeptieren, wenn keinerlei gegenteilige konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass in der Haftanstalt im Ausland gegen Art. 4 GRC verstoßen wird.¹² Dies bedeutet umgekehrt, dass sich der ersuchte Staat

7 EuGH, *Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU* (Aranyosi/Caldararu), Rn. 94; *Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU* (ML), Rn. 75; OLG Bremen, *Beschl. v. 30.6.2016 – 1 Ausl. A 23/15*, BeckRS 2016, 13933, Rn. 14.

8 EuGH, *Urt. v. 5.4.2016 – C-404/15, C-659/15 PPU* (Aranyosi/Caldararu), Rn. 95.

9 OLG München, *Urt. v. 20.2.2017 – 1 AR 68/17*, Rn. 43.

10 OLG Karlsruhe, *Beschl. v. 26.5.2017 – Ausl 301 AR 54/17*; vgl. mwN: Schomburg/Lagodny/*Gleiß/Wahl/Zimmermann*, 6. Aufl. 2020, IRG, § 73 Rn. 175.

11 EuGH, *Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU* (ML/ Generalstaatsanwaltschaft [Haftbedingungen in Ungarn]), Rn. 108 ff.

12 EuGH, *Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU* (ML), Rn. 112, 114.

bei Überstellungen im EU-Bereich auf Zusicherungen zu Haftbedingungen verlassen kann.¹³ Ob dies aber auch dann gilt, wenn es sich bei der auszuliefernden Person um einen Kritiker der konservativ einzuordnenden Regierung Ungarns handelt, könnte im viel diskutierten¹⁴ Auslieferungsverfahren ›*Maja T.*‹ Anlass für eine Vorlage an den EuGH bieten.¹⁵ Bisher bildeten meist Haftbedingungen die Tatsachengrundlage der Auslegungsfragen – im Fall ›*Maja T.*‹ befürchteten Kritiker der Auslieferung einen Verstoß eher auf Grundlage der gelebten Queerness der betroffenen Person und der nachgewiesenen Queerfeindlichkeit des Zielstaates.¹⁶ Das BVerfG stellt für das nun von den Anwälten der betroffenen Person angekündigte Hauptsacheverfahren¹⁷ bereits in der Begründung des im Eilrechtsschutz ergangenen Beschlusses eine weitere Überprüfung der Aufklärungspflichten des Kammergerichts, das über die Auslieferung entschieden hatte, und der Tragweite von Art. 4 GRC in Aussicht.¹⁸ In einer im Anschluss an die bereits erfolgte Überstellung der betroffenen Person ergangenen Pressemitteilung hat das BVerfG erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken

13 EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM), Rn. 111 f.; zum Ausschluss der erniedrigenden Behandlung: Rn. 62, 70.

14 Hierzu: Stellungnahme der Berliner Strafverteidiger*Innen: <https://strafverteidiger-berlin.de/pressemitteilung-zur-auslieferung-von-maja-t/>; BRAK, Offener Brief: https://www.brak.de/fileadmin/04_fuer_journalisten/presseerklarungen/PE_05_Anlage_BRAK-Offener_Brief_an_GenStA_und_Justizsenat-Auslieferung.pdf; Stellungnahme Generalstaatsanwaltschaft: <https://www.berlin.de/generalstaatsanwaltschaft/presse/pressemitteilungen/2024/pressemitteilung.1461258.php>; sowie mwN: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/abgeordnetenhaus-berlin-plenarsitzung-auslieferung-maja-t-badenberg/>; <https://verfassungsblog.de/maja-t-auslieferung-ungarn-eilrechtsschutz-bverfg-gewaltenteilung/>; <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/auslieferung-ungarn-maja-t-bverfg-eilantrag-kritik>; <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2024-06/auslieferung-ungarn-linksextremist-bundesverfassungsgericht>.

15 Vgl. EuGH, Urt. v. 25.7.2018, C-220/18 PPU (ML), Rn. 112.

16 Die Europäische Kommission leitete ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn aufgrund der Verletzung von LGBTQIA-Rechten durch ein neues Gesetz ein (C-769/22, ABI EU 2023 C 54/16); https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_268; <https://www.coe.int/de/web/portal/-/hungary-lgbtqi-amendments-incompatible-with-international-human-rights-standards-says-venice-commission>; <https://www.amnesty.de/allgemein/pressemitteilung/ungarn-queer-feindliches-gesetz-stigmatisiert-lgbti-community>; <https://www.politico.eu/article/germany-france-eu-lawsuit-hungary-lgbt-law/>; <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/ungarische-regierung-verteidigt-neues-lgbtq-feindliches-gesetz-18836995.html>.

17 <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/auslieferung-ungarn-maja-t-bverfg-eilantrag-kritik>.

18 BVerfG, Beschl. v. 28.6.2024 – 2 BvQ 49/24, Rn. 56 f.

gegen das Prozedere der Auslieferung im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG geäußert. Grund hierfür ist das mit erkennbarer Beschleunigung geführte Überstellungsverfahren, in dessen Folge Anordnungen des BVerfG an die Generalstaatsanwaltschaft fruchtlos blieben.¹⁹

Zu beachten ist, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Pflicht des über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidenden Gerichts zur Prüfung der konkreten Situation auf diejenige(n) Haftanstalt(en) beschränkt ist, in der bzw. denen der Auszuliefernde nach vorliegenden Informationen der Behörden voraussichtlich, sei es auch nur vorübergehend, untergebracht werden soll. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur Prüfung der Haftbedingungen in weiteren Haftanstalten des Zielstaates, in der die Person ggf. später inhaftiert werden könnte, ginge nach Ansicht des EuGH zu weit.²⁰

Dass dem Auszuliefernden im Zielstaat Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Haftbedingungen zustehen, entbindet den ersuchten Staat nicht von seiner beschriebenen Aufklärungs-/Prüfpflicht.²¹ Mangels konkreter unionsrechtlicher Vorgaben für die Gewährung bestimmter Haftbedingungen als solche greift der EuGH insoweit auf die ausdifferenzierten Vorgaben des EGMR zurück.²² Durch die Gleichläufigkeit von Art. 3 EMRK und Art. 4 GRC seien hier keine anderen Maßstäbe anzulegen.²³

Auch der Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK) nimmt in der Judikatur des EGMR einen hohen Stellenwert in Auslieferungsverfahren ein. Der EuGH hat daher das auf der Basis des Unionsrechts in den Rs. *Aranyosi* und *Caldararu* entwickelte Prüfschema entsprechend auch auf Fälle übertragen, in denen die Unabhängigkeit der Gerichte im Zielstaat und somit das Recht aus Art. 47 Abs. 2 GRC in Frage stand. Auch hier müssen in erster Linie systemische Defizite im dortigen Justizsystem erkennbar sein, anschließend ist im

19 BVerfG, PM Nr. 67/2024 v. 2.8.2024 (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2024/bvg24-067.html>).

20 EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU (ML), Rn. 87.

21 EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU (ML), Rn. 75.

22 EGMR, *Vargas u.a./Ungarn*, Urt. v. 10.3.2015, 14097/12 u.a., §§ 79 ff.; *Muršić/Kroatien* (GK), Urt. v. 20.10.2016, 7334/13, §§ 97, 122, 131, 138, 146, 152, 154; *Rezmiveş u.a./Rumänien*, Urt. v. 25.4.2017, 61467/12 u.a., § 72; hierzu: LR/*Esser*, EMRK, 27. Aufl. 2023, Art. 3 Rn. 264 ff.

23 EuGH, Urt. v. 19.10.2019 – C-128/18 (Dorobantu), Rn. 56.

konkreten Fall zu fragen, ob eine echte Gefahr diesbezüglich für den Betroffenen im Zielstaat ausgeschlossen werden kann.²⁴

Das BVerfG hat in Fällen der Überprüfung von Überstellungen im System des EuHb das vom EuGH zu Art. 4 GRC hergeleitete zweistufige Prüfungsschema von Haftbedingungen im Ausland übernommen und wendet dieses nun konsequent im Rahmen einschlägiger auf der Basis der GRC zu beurteilender Verfassungsbeschwerden (Vergessen I/II) als Prüfungsmaßstab an.²⁵ Die Judikatur des EGMR zu Art. 3 EMRK spielt ihrerseits auch hier bei der Auslegung des Schutzbereichs von Art. 4 GRC eine entscheidende Rolle.²⁶

III. VERFASSUNGSRECHTLICHE DIMENSION: GERICHTLICHE PRÜFPFLICHTEN IM AUSLIEFERUNGSVERKEHR

Für die verfassungsrechtlich determinierte Prüfpflicht deutscher Gerichte im Verfahren der Auslieferung mit Nicht-EU-Staaten gilt im Ausgangspunkt der schon erwähnte den gesamten völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr prägende Grundsatz gegenseitigen Vertrauens.²⁷ Dieser Ansatz wird von dem Argument und der Vermutung getragen, dass auch im Auslieferungsverkehr der ersuchende Staat die gegenseitige Rechtshilfe im eigenen Interesse funktionsfähig aufrechterhalten will.²⁸

24 EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-216/18 PPU (LM), Rn. 60.

25 BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/18, Rn. 42 ff.; Beschl. v. 14.1.2021 – 2 BvR 1285/20, BeckRS 2021, 432, Rn. 24 ff.; Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 156/21, Rn. 17 ff.; Beschl. v. 18.8.2021 – 2 BvR 908/21, Rn. 25 ff.; Beschl. v. 25.11.2021 – 2 BvR 2110/21, BeckRS 2021, 38099, Rn. 5 (§ 32 BVerfGG); Beschl. v. 27.1.2022 – 2 BvR 1214/21, Rn. 54 ff.; vgl. hierzu: Esser, StraFo 2024, 318, 319 f.

26 BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/18, Rn. 45 ff., 54 ff.; Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 156/21, Rn. 26; Beschl. v. 8.12.2021 – 2 BvR 1282/21, Rn. 26; Beschl. v. 27.1.2022 – 2 BvR 1214/21, Rn. 56 f.

27 BVerfG, Beschl. v. 28.7.2016 – 2 BvR 1468/16, BeckRS 2016, 49757, Rn. 49.

28 BVerfG, Beschl. v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17, NStZ-RR 2017, 226; (K), Beschl. v. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19, NVwZ 2020, 147; Beschl. v. 3.8.2023 – 2 BvR 1838/22, Rn. 47; Beschl. v. 8.12.2021 – 2 BvR 1282/21, Rn. 18.

1. »UNABDINGBARES« UND »MINDESTSTANDARDS« ALS PRÜFUNGSMASSSTAB

Zu den bereits erwähnten »Umständen«, die eine verfassungsrechtlich determinierte Prüfpflicht des über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidenden Gerichts auslösen, gehören stichhaltige Anhaltspunkte, dass im konkreten Verfahren die beachtliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass verbindliche völkerrechtliche Mindeststandards nach Art. 25 GG oder das verfassungsrechtliche unabdingbare Maß des Grundrechtsschutzes (Art. 79 Abs. 3 GG) nicht eingehalten werden.²⁹

So ist etwa bei der Annahme, dass ein im Ausland ergangenes Abwesenheitsurteil in Deutschland vollstreckt werden kann, das strafrechtliche Schuldprinzip (Art. 1 GG) berührt, was die betreffende gerichtliche Prüfpflicht auslöst.³⁰

Außerdem muss das Gericht auf Anhaltspunkte reagieren, die den Schluss nahelegen, dass sachfremde oder willkürliche Erwägungen mit einem gewissen Gewicht das ausländische Verfahren tragen und darin eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts hervortritt.³¹

2. PRÜFUNGSMASSSTAB

Ist besagte Prüfpflicht ausgelöst, so sind die Gerichte – in Deutschland das über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidende Oberlandesgericht (§ 13 Abs. 1 IRG) – von Verfassungs wegen dazu verpflichtet zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte mit dem nach Art. 25 GG in Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards vereinbar sind.³²

29 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 71; Beschl. v. 3.8.2023 – 2 BvR 1838/22, Rn. 48.

30 BVerfG, Beschl. v. 4.7.2005 – 2 BvR 283/05, Rn. 27; Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, Rn. 59; Beschl. v. 3.8.2023 – 2 BvR 1838/22, Rn. 51.

31 BVerfG, Beschl. v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17, NStZ-RR 2017, 226; Beschl. v. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19, NVwZ 2020, 147.

32 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14; Beschl. v. 21.5.2024 – 2 BvR 1694/23; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.9.2016 – 3 Ausl 108/14; OLG Dresden, Beschl. v. 14.1.2011 – OLG Ausl 179/10.

Die Prüfung, ob dem Auszuliefernden eine politische Verfolgung im ersuchenden Staat droht, gehört grundsätzlich zu diesem Prüfprogramm des Gerichts – eine Beurteilung dieses heiklen Punktes darf also nicht erst der politischen Ebene, d.h. der Bundesregierung bzw. in der Praxis der Generalstaatsanwaltschaft auf der Ebene der Bewilligung überlassen werden.³³ Wird dem Betroffenen in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union sog. subsidiärer Schutz gewährt, ist dies zumindest ein Indiz für die Annahme, dass die Gefahr einer politischen Verfolgung gegeben ist.³⁴

Auch die Frage, ob das Anwesenheitsrecht des Auszuliefernden in einer gegen ihn geführten gerichtlichen Hauptverhandlung gewahrt werden wird, darf von dem über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidenden Gericht nicht offengelassen werden. Das BVerfG verlangt diesbezüglich, dass sich das Gericht mit den Maßstäben des EGMR auseinandersetzt sowie die rechtlichen und tatsächlichen Umstände (soweit notwendig) aufklärt – andernfalls gilt das Recht des Beschwerdeführers aus Art. 19 Abs. 4 GG als verletzt.³⁵

IV. ZUSICHERUNGEN DURCH DEN ERSUCHENDEN STAAT

ZUM SPANNUNGSFELD INTERNATIONALER UND EUROPÄISCHER AUSLIEFERUNGSPFLICHTEN SOWIE VERFASSUNGSRECHTLICHER SCHUTZPFLICHTEN

Bestehen am Ende der gerichtlichen Prüfung Zweifel hinsichtlich der Einhaltung menschenrechtlicher bzw. rechtsstaatlicher Standards in dem um Auslieferung ersuchenden Staat, kommen (diplomatische) Zusicherungen zur Auflösung der zwischen dem ersuchenden und dem ersuchten Staat aufgetretenen Spannungen ins Spiel, mit dem Ziel, die ersuchte Auslieferung doch noch vornehmen und dem Anliegen des ersuchenden Staates konfliktfrei entsprechen zu können.

33 BVerfG, Beschl. v. 23.2.1983 – 1 BvR 1019/82, NJW 1983, 1725, mwN: G/P/K/G/B/Vogel, IRG, § 6 Rn. 229.

34 BVerfG, Beschl. v. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19; vgl. zur Anerkennung geschlechtsspezifischer Kriterien als Grund für eine politische Verfolgung: EuGH, Urt. v. 16.1.2024 – C-621/21 (WS); zum Schutz der westlichen Werte »Anerkennung von Mann und Frau« und der Prüfung des Kindeswohls: EuGH, Urt. v. 11.6.2024 – C 646/21 (K, L).

35 BVerfG, Beschl. v. 18.12.2023 – 2 BvR 1368/23, Rn. 41 ff.

1. VEREINBARKEIT MIT DER GERICHTLICHEN AUFKLÄRUNGSPFLICHT

Eine derartige Zusicherung ist, wenn sie die an sie gestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllt, grundsätzlich dazu geeignet, in Erfüllung besagter Prüfpflicht entstehende Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer konkreten Auslieferung auszuräumen.³⁶ Umgekehrt gilt: Ohne gesicherte Erkenntnisse oder eine ausreichende Zusicherung des ersuchenden Staates in der betreffenden rechtsstaatlichen Fragestellung ist die Auslieferung im konkreten Fall unzulässig.³⁷ Das entscheidende Gericht muss so lange zuwarten, bis es alle Informationen erhalten hat, die das Vorliegen einer bestehenden Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausschließen; kann die Frage nicht innerhalb einer angemessenen Frist entschieden werden, muss ggf. die Entscheidung getroffen werden, dass das Übergabeverfahren zu beenden ist.³⁸

Allerdings muss das über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidende Gericht auch im Falle einer solchen Zusicherung seiner amtlichen Sachaufklärungspflicht stets gerecht werden.³⁹ Insbesondere ist es dem Gericht aufgrund der im Auslieferungsverkehr eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten untersagt, sich in seiner der Zulässigkeit stattgebenden Entscheidung im präventiven gerichtlichen Verfahren einer Maßgabe zur Einholung einer Zusicherung im späteren Bewilligungsverfahren zu bedienen.⁴⁰ Dies würde die Verantwortung für menschenrechtliche Standards in unzulässiger Weise auf die nachrangige politische Ebene verschieben.

2. FORMALE ANFORDERUNGEN AN DIE ZUSICHERUNG

Die Zusicherung muss von der im ausländischen Staat dafür zuständigen Stelle erfolgen, die das Bestimmungsland, den ersuchenden Staat, auch verpflichten kann.⁴¹ Dies ist in Strafverfahren oftmals

36 BVerfG, Beschl. v. 28.7.2016 – 2 BvR 1468/16, BeckRS 2016, 49757.

37 BVerfG, Beschl. v. 4.7.2005 – 2 BvR 283/05, NStZ 2006, 102.

38 BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 156/21; Beschl. v. 1.12.2020 – BvR 1845/18.

39 BVerfG, Beschl. v. 21.5.2024 – 2 BvR 1694/23.

40 BVerfG, Beschl. v. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19, NVwZ 2020, 147.

41 EGMR, *Shamayev u.a./Georgien u. Russland*, 12.4.2005, Nr. 36378/02, § 344; *Kordian/Türkei (E)*, 4.7.2006, Nr. 6575/06; *Salem/Portugal (E)*, 9.5.2006, Nr. 26844/04; *Baysakov u.a./Ukraine*, Ur. v. 18.2.2010, Nr. 54131/08, § 51; *Soldatenko/Ukraine*, 23.10.2008, Nr. 2440/07, § 73.

die Generalstaatsanwaltschaft,⁴² abweichende Regelungen sind aber denkbar. Ist erkennbar, dass diese im Bestimmungsland keinen Einfluss auf die Durchsetzbarkeit einer Zusicherung nehmen kann, darf sich das Gericht auf die insoweit unverbindliche Zusicherung der mit dem Fall befassten Staatsanwaltschaft nicht verlassen.⁴³ Nur eine solche von der zuständigen ersuchenden Justizbehörde gegebene Zusicherung ist verbindlich, eine Zusicherung von anderen Behörden ist nur innerhalb einer Gesamtbeurteilung beachtlich.⁴⁴

Formal muss die Zusicherung entweder im diplomatischen Geschäftsverkehr oder unmittelbar gegenüber den zuständigen Stellen im ersuchten Staat erfolgen, d.h. in Deutschland entweder gegenüber dem über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidenden Oberlandesgericht oder gegenüber der Generalstaatsanwaltschaft.⁴⁵ Letztere ist als Kontaktstelle für in- und ausländische Behörden für das Einholen der Zusicherung zuständig (§ 13 Abs. 2 IRG), im Falle des § 11 Abs. 2 IRG ausnahmsweise das Oberlandesgericht.⁴⁶ Die Generalstaatsanwaltschaft ist auch primärer Ansprechpartner der zuständigen Bewilligungsbehörde, des Bundesministeriums der Justiz (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 *lit.* b BfJG); in Fällen des Europäischen Haftbefehls fungiert sie selbst als Bewilligungsbehörde – hiervon bleibt jedoch die Rückbindung an die Bundes- oder Landesjustizministerien unberührt.⁴⁷ Zu den der Generalstaatsanwaltschaft obliegenden Aufgaben der Vorbereitung der gerichtlichen Zulässigkeitsentscheidung und deren Durchführung gehört es, das fortdauernde Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Auslieferung zu überwachen.⁴⁸

42 EGMR, Shamayev u.a./Georgien u. Russland, 12.4.2005, Nr. 36378/02, § 344.

43 Vgl. EGMR, Baysakov u.a./Ukraine, 18.2.2010, Nr. 54131/08, § 51; Soldatenko/Ukraine, 23.10.2008, Nr. 2440/07, § 73.

44 EuGH, Urt. v. 25.7.2018 – C-220/18 PPU (ML), Rn. 113 f.; Schomburg/Lagodny/Gleiß/Wahl/Zimmermann (Fn. 10), IRG, § 73 Rn. 177.

45 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.2.2016 – 1 AK 4/16.

46 Vgl. G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 13 Rn. 20; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.2.2016 – 1 AK 4/16.

47 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 13 Rn. 21.

48 G/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 13 Rn. 21.

Nur im Ausnahmefall kann auf die *Förmlichkeit einer* Zusicherung verzichtet werden, insbesondere wenn von der Entscheidung elementare Garantien wie Art. 3 EMRK betroffen sind.⁴⁹

Die an die Zusicherung verfassungsrechtlich zu stellenden *inhaltlichen Anforderungen* sind abhängig von den Bedingungen im Zielstaat. So darf die Zusicherung nicht lediglich allgemein oder sprachlich vage gehalten sein, sondern muss *spezifische Garantien* vorweisen, die insbesondere auch den vom EGMR⁵⁰ entwickelten Anforderungen entsprechen⁵¹ und in einem etwaigen späteren Verfahren der Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) dem Gerichtshof auch mitzuteilen sind.⁵²

Darüber hinaus muss im Allgemeinen geprüft und festgestellt werden, dass die konkreten Zusicherungen tatsächlich belastbar sind und welches Gewicht ihnen in der anzustellenden Gesamtbetrachtung zukommt – unter Berücksichtigung der Praxis im Bestimmungsland.⁵³ So ist zu fragen, ob Zusagen von der Zentralregierung des Bestimmungslandes auch tatsächlich/faktisch von den örtlichen Behörden eingehalten werden.⁵⁴ Eine Gefahr für die Rechte des Betroffenen aus Art. 3 EMRK / Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG muss auf der Grundlage der Zusicherung ausgeschlossen werden können.⁵⁵

Nach der Rechtsprechung des EGMR sind für diese Prüfung relevant u.a. die Dauer der bilateralen Beziehung zwischen den beteilig-

49 BVerwG, Beschl. v. 26.3.2018 – 1 VR 1/18, NVwZ 2018, 1395 (Tunesien; keine Gefahr der Vollstreckung einer etwaig verhängten Todesstrafe / Möglichkeit der zuverlässigen Beurteilung der Rechtslage und deren tatsächlicher Umsetzung durch die deutsche Botschaft vor Ort).

50 EGMR, Saadi/Italien, 28.2.2008, Nr. 37201/06, §§ 124-133, NVwZ 2008, 1330; Klein/Russland, 1.4.2010, Nr. 24268/08, § 55; Khaydarov/Russland, 20.5.2010, Nr. 21055/09, § 111.

51 Nicht ausreichend ist eine einseitige Bedingung des Auslieferungsstaates: BVerfG, Beschl. v. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19: (Russland hatte in der Vergangenheit Zusicherungen missachtet; Zweifel blieben aufrecht).

52 Vgl. EGMR, Ryabikin/Russland, 19.6.2008, Nr. 8320/04, § 19; Muminov/Russland, 11.12.2008, Nr. 42502/06, § 81.

53 BVerfG, Beschl. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19, NVwZ 2020, 147; EGMR Othman (Abu Qatada)/UK, 17.1.2012, Nr. 8139/09, NVwZ 2013, 487.

54 EGMR, Chahal/UK, 15.11.1996, 22414/93, NVwZ 1997, 1093, §§ 105 ff.

55 BVerfG, Beschl. v. 27.4.2021 – 2 BvR 156/21; Beschl. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19, NVwZ 2020, 147 (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG); EGMR Othman (Abu Qatada)/UK, Urt. v. 17.1.2012, Nr. 8139/09, NVwZ 2013, 487.

ten Staaten⁵⁶ und damit einhergehend die faktische Einhaltung bisheriger Zusicherungen, die Möglichkeit der objektiven Prüfung der Einhaltung einer Zusicherung im Zielstaat, insbesondere die Möglichkeit des Zugangs zu einem Anwalt und die Existenz eines wirksamen Schutz- und Kontrollsystems gegen Folter und Misshandlung im Bestimmungsland (unter Einbindung internationaler Überwachungsorgane einschließlich internationaler Menschenrechtsorganisationen).⁵⁷

Der schon angesprochene Grundsatz des Vertrauens gilt allerdings auch in diesem Kontext, so dass einer durch den ersuchenden Staat abgegebenen Zusicherung als Garantie für das tatsächliche Vorliegen der zu überprüfenden Voraussetzungen grundsätzlich Glauben zu schenken ist. Im Auslieferungsverkehr zwischen EU-Staaten (s.o.) hat das Gericht dem Zielstaat sogar die Achtung der EU-Charta der Grundrechte zu unterstellen.⁵⁸

3. REICHWEITE UND RECHTLICHE GRENZEN DER ZUSICHERUNG

Im Anwendungsbereich des Spezialitätsgrundsatzes (§ 11 IRG) wird im Auslieferungsverkehr ebenfalls auf das Instrument der Zusicherung zurückgegriffen – auch hier entfaltet der Vertrauensgrundsatz seine Wirkung.⁵⁹ Oberlandesgericht und Bewilligungsbehörde haben beide jeweils eigenverantwortlich zu prüfen, ob der Mindestspezialitätsgrundsatz eingehalten ist. § 11 IRG kommt insoweit eine besondere Stellung zu, da in diesem Fall auch das OLG dazu ermächtigt ist, Spezialitätsvereinbarungen zu verhandeln und Zusicherungen einzufordern.⁶⁰ Unmittelbar ist § 11 IRG nur auf den vertragslosen Auslieferungsverkehr anzuwenden – der rechtshilferechtliche Gegenseitigkeitsgrundsatz gebietet, für die Auslegung § 11 IRG

56 *EGMR, Al-Moayad/Deutschland (E)*, 20.2.2007, NVwZ 2008, 761; speziell zur Frage, ob es sich beim ersuchenden Staat um einen Vertragsstaat der EMRK handelt: *EGMR, Chentiev u. Ibragimov/Slowakei (E)*, 14.9.2010, Nr. 21022/08; *Gasayev/Spanien (E)*, 17.2.2009, Nr. 48514/06.

57 BVerfG, Beschl. v. 24.7.2017 – 2 BvR 1487/17; *EGMR Othman (Abu Qatada)/UK*, 17.1.2012, 8139/09, NVwZ 2013, 487, § 189; *Ben Khemais/Italien*, 24.2.2009, Nr. 246/07, §§ 59 f.; *Soldatenko/Ukraine*, 23.10.2008, Nr. 2440/07, § 73; *Koktysh/Ukraine*, 10.12.2009, Nr. 43707/07, § 63.

58 BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/18, 2 BvR 2100/18, NJW 2021, 1518.

59 BVerfG, Beschl. v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17, NStZ-RR 2017, 226.

60 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 22, 30.

im Zusammenhang mit § 72 IRG zu betrachten.⁶¹ Die Stellung des Spezialitätsgrundsatzes als allgemeine Regel des Völkerrechts⁶² ermöglicht es dem Staat zudem, einseitige Bedingungen an die Rechts- hilfe zu knüpfen.⁶³ Auch § 41 Abs. 2 IRG, der vereinfachte Auslie- ferungen bei einer Einverständniserklärung des Verfolgten unter gewissen Voraussetzungen ermöglicht, kommt im Rahmen des § 11 IRG Bedeutung zu.⁶⁴

§ 11 IRG hat gemäß § 82 IRG keinen Geltungsanspruch im An- wendungsbereich des Europäischen Haftbefehls.⁶⁵ Die Umsetzung der Art. 27 und 28 RB-EuHb⁶⁶ gewährleistet hier jedoch in demselben Umfang die Spezialität – faktisch entfällt in diesen Verfahren dann nur die Prüfung der Gewährleistung im Zulässigkeitsverfahren.⁶⁷ Al- lerdings ist zu beachten, dass die Möglichkeit besteht, dass Mitglied- staaten durch eine Mitteilung gem. Art. 27 RB-EuHb auf die Beach- tung des Spezialitätsgrundsatzes verzichten⁶⁸ – für den Verfolgten ist die Möglichkeit eines solchen Verzichtes dagegen nicht vorgesehen.⁶⁹ Hinweise, inwieweit auf den Spezialitätsgrundsatz verzichtet werden kann oder nicht, finden sich in der Länderliste der RiVAST.

Eine Zusicherung durch den ersuchenden Staat zur Einhaltung der Voraussetzungen von § 11 IRG darf in der Regel als Gewähr da- für angesehen werden, dass der Auszuliefernde im ersuchenden Staat nicht politisch verfolgt werden wird.⁷⁰ Ein Auslieferungshindernis nach § 6 Abs. 2 IRG (politische Verfolgung) scheidet im Falle einer

61 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 23 f.

62 BVerfG, Beschl. v. 24.3.2016 – 2 BvR 175/16, NStZ 2017, 43; G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 25; Ambos/König/Rackow/Kubiciel, Rechtshilferecht in Strafsachen, 2. Aufl. 2020, IRG, § 11 Rn. 126.

63 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 25.

64 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 23.

65 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 26.

66 **Rahmenbeschluss 2002/584/JI** des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haft- befehl, ABl. EU Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 1-20.

67 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 26

68 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 26.

69 G/P/K/G/B/Vogel/Burchard, IRG, § 11 Rn. 26; zur Frage, ob der Spezialitätsgrundsatz den Rechten des Verfolgten dient (str.): Ambos/König/Rackow/Kubiciel (Fn. 62), § 11 Rn. 126.

70 BVerfG, Beschl. v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17, NStZ-RR 2017, 226; (K) Beschl. v. 9.3.2016 – 2 BvR 348/16, BeckRS 2016, 43820.

entsprechenden Zusicherung aus, was durchaus kritisch zu sehen ist. Es ist zumindest zu verlangen, dass im Zielstaat ein *faktischer, sicherer Schutz* vor politischer Verfolgung besteht. Daher sind in diesen Fällen das Gericht und die Generalstaatsanwaltschaft in der Vorbereitung der Auslieferung von Amts wegen dazu verpflichtet, die behauptete Gefahr politischer Verfolgung erst allgemein im Zielstaat aufzuklären, um sodann auf zweiter Stufe das Risiko individuell ausschließen zu können.⁷¹ Eine Zusicherung entbindet die Gerichte nicht von der Pflicht, sich zumindest Kenntnis von der Akte im Asylverfahren zu verschaffen, da sich in dieser mögliche Anhaltspunkte finden lassen, dass im konkreten Einzelfall die Zusicherung nicht belastbar ist.⁷² Auch dass der Auszuliefernde für die Handlung, auf die sich die Auslieferungsbewilligung des ersuchten Staates bezieht, weder verurteilt, inhaftiert, noch sonst in der persönlichen Freiheit beschränkt wird, ist von der Zusicherung als umfasst anzusehen.⁷³ Es ist ausnahmsweise jedoch möglich, dass der ersuchte Staat einem Ablauf der Frist für die Spezialitätsbindung zustimmt.

4. ZUSICHERUNGEN IM KONTEXT DER GEWÄHRLEISTUNG EUROPÄISCHER MENSCHENRECHTSSTANDARDS (U.A. ART. 3 EMRK)

Bei Einhaltung gewisser inhaltlicher Mindestvoraussetzungen kann eine (diplomatische) Zusicherung auch Zweifel an der Einhaltung europäischer Mindeststandards in Gefängnissen im Zielstaat ausräumen (dazu bereits unter 2.). Hierfür sind insbesondere die namentliche Benennung der Haftanstalt sowie die Zusicherung erforderlich, dass die räumliche Unterbringung und sonstige Gestaltung der Bedingungen sowie des Vollzugs europäischen Mindeststandards (insbesondere Art. 3 EMRK) entsprechen.

Darüber hinaus müssen die Haftbedingungen, insbesondere die Gesamtzahl der Gefangenen und Haftplätze, Anzahl, Größe und Ausstattung der Hafträume, sanitäre Einrichtungen und Verpflegungsbedingungen in der Zusicherung beschrieben werden. Es bedarf

71 BVerfG, Beschl. v. 13.11.2017 – 2 BvR 1381/17, Rn. 26 ff.; Beschl. v. 9.4.2015 – 2 BvR 221/15, Rn. 12 ff.; Schomburg/Lagodny/Zimmermann (Fn. 10), IRG, § 6 Rn. 71 f.

72 BVerfG, Beschl. v. 9.4.2015 – 2 BvR 221/15, Rn. 17.

73 BVerfG, Beschl. v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17, NStZ-RR 2017, 226.

zusätzlich noch einer Erklärung des (deutschen) Auswärtigen Amtes, beziehungsweise einer von dieser beauftragten Stelle, dass die benannte Haftanstalt den europäischen Mindeststandards entspricht.⁷⁴

Nicht ausreichend ist, dass die zuständigen Behörden sich auf die Schilderung einer der Erreichung solcher Haftbedingungen dienenden innerstaatlichen Rechtslage – gepaart mit der Zusicherung von »Bemühungen«, diese Bedingungen zu schaffen – beschränken.⁷⁵ Die Zusage muss sich auf konkrete und nachprüfbare Haftbedingungen im individuellen Fall beziehen – abstrakte Ausführungen zur innerstaatlichen Rechtsordnung können ein erschüttertes Vertrauen nicht wiederherstellen.⁷⁶

Das Auslieferungshindernis der drohenden Verhängung⁷⁷ oder Vollstreckung der *Todesstrafe* im ersuchenden Staat (Art. 102 GG) kann ebenfalls durch eine gegenteilige völkerrechtlich verbindliche Zusicherung (§ 8 IRG) beseitigt werden.⁷⁸ Die Bewilligungsbehörde ist in jeder Lage des Verfahrens verpflichtet, das Vorliegen eines solchen Auslieferungshindernisses und des daraus folgenden Auslieferungsverbotens zu prüfen; es ist ihr insbesondere untersagt, eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen, wenn sie selbst von einer drohenden Vollstreckung der Todesstrafe ausgeht.⁷⁹ Demgegenüber kann das mit der Zulässigkeit der Auslieferung befasste Gericht nicht auf die Ankündigung der Einholung der Zusicherung im Bewilligungsverfahren vertrauen – es ist verpflichtet, die Zusicherung zum Verfahrensgegenstand zu machen und eine eigene unabhängige Bewertung vorzunehmen.⁸⁰ Hierfür ist es regelmäßig auf Einholung einer Auskunft bei der Bundesregierung angewiesen.⁸¹

74 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.2.2016 – 1 AK 4/16, BeckRS 2016, 5180.

75 KG, Beschl. v. 15.4.2015 – (4) 151 AusLA 33/15 (36/15).

76 OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.4.2016 – 1 Aus. 321/15; OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2015 – 3 AR 15/15.

77 Eine tatsächliche Verurteilung ist für das Bestehen des Auslieferungshindernisses nicht erforderlich, vgl. BVerwG, Beschl. v. 17.10.2002 – 1 B 281/02.

78 BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 2 BvR 108/18.

79 Schomburg/Lagodny/Schomburg/Hackner/Zimmermann (Fn. 10), IRG, § 8 Rn. 18 f.

80 BVerfG, Beschl. v. 9.11.2000 – 2 BvR 1560/00, NStZ 2001, 203; Schomburg/Lagodny/Schomburg/Hackner/Zimmermann (Fn. 10), IRG, § 8 Rn. 20.

81 Schomburg/Lagodny/Schomburg/Hackner/Zimmermann (Fn. 10), IRG, § 8 Rn. 20.

Bei der im Zielstaat drohenden Verhängung einer *lebenslangen Freiheitsstrafe* ist im Auslieferungsverfahren die Rechtsprechung des BVerfG zu beachten, die es als mit der Menschenwürde unvereinbar erachtet, wenn den Verurteilten ein Leben in Haft ohne die praktische, d.h. realisierbare Möglichkeit der Wiedererlangung der Freiheit erwartet.⁸² Auch die hierfür relevanten Voraussetzungen im Zielstaat werden nicht an der deutschen Rechtslage gemessen – es ist ausreichend, dass die Möglichkeit einer Begnadigung oder Umwandlung der lebenslangen Freiheitsstrafe eröffnet ist. An dieser Stelle ist insbesondere die konkrete Begnadigungspraxis im Zielstaat von Bedeutung.⁸³ Es kommt dabei weniger auf das bloße Vorliegen einer bestimmten Form der Ausübung eines Gnadenrechts an, sondern auf die Gesamtbeurteilung der Ausgestaltung des jeweiligen Strafvollzugs. Als nicht ausreichend erachtet hat das BVerfG eine Begnadigungsmöglichkeit, die letztlich einen physischen Verfall des Betroffenen für ihre erfolgreiche Inanspruchnahme voraussetzt.⁸⁴

Die Prüfung der rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen im Zielstaat sind entscheidend: Ein zuverlässiger Lagebericht seitens der örtlichen deutschen Botschaft über die tatsächliche Umsetzung der Begnadigungspraxis vor Ort war für das BVerwG dazu geeignet, bestehende Zweifel in Bezug auf menschenrechtliche Standards auszuräumen. Dies sogar, obwohl der im entscheidenden Fall *Abzuschiebende* möglicherweise nach einem Antiterrorgesetz verfolgt werden würde, in dessen Anwendungsbereich noch keine Präzedenzfälle für Begnadigungen vorlagen. Die Beurteilung der politischen Lage zusammen mit den vorliegenden Moratorien und der Überprüfungsmöglichkeit nach nationalem Recht genügten im konkreten Fall, um ein *Abschiebungshindernis* zu verneinen.⁸⁵ Für eine Auslieferung dürften insoweit vergleichbare Erwägungen gelten.

Etwaige Zweifel an einer Zusicherung können auch durch die Möglichkeit der Überprüfung der Einhaltung der konventionskonformen Behandlung des Ausgelieferten durch Stellen des ausliefernden

82 BVerfG, Beschl. v. 6.7.2005 – 2 BvR 2259/04, NJW 2005, 3483.

83 OLG Dresden, Beschl. v. 14.1.2011 – OLG Ausl 179/10.

84 BVerfG, Beschl. v. 16.1.2010 – 2 BvR 2299/0.

85 BVerwG, Beschl. v. 26.3.2018 – 1 VR 1/18, NVwZ 2018, 1395.

Staates, wie beispielsweise Konsularbeamte vor Ort, beseitigt werden.⁸⁶

Auch die völkerrechtlich verbindliche Zusage, einem Anwalt bzw. Mitarbeiter der Auslandsvertretung des ersuchten Staats ein uneingeschränktes Anwesenheitsrecht in der Strafverhandlung des Zielstaats zu gewähren, genügt den Anforderungen an die geforderte effektive Kontrolle.⁸⁷

Die Annahme der Gefahr einer menschenrechtswidrigen Behandlung während der Strafhaft im Falle einer bestehenden HIV-Erkrankung kann dadurch entkräftet werden, dass eine medizinische Betreuung sowie die Möglichkeit des Besuchs von Ärzten bei Bedarf zugesichert werden.⁸⁸

5. GEWICHT UND BEWERTUNG DER ZUSICHERUNG IN DER ENTSCHEIDUNGSPRAXIS / ZUSICHERUNGEN ALS MITTEL DER ABSCHLIESSENDEN BEWERTUNG / EINZELFALLPROGNOSE

Das über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidende Gericht ist stets gehalten, eine eigene Gefahrprognose zu erstellen, um die Situation im Zielstaat abschließend bewerten zu können – allgemeine Zusicherungen können nicht von dieser Prüfpflicht im konkreten Fall entbinden.⁸⁹ Im Auslieferungsverfahren dürfen keine Unsicherheiten bezüglich der Situation im Zielstaat verbleiben: Bleiben Fragen oder erbetene Garantien an den ersuchenden Staat von diesem unbeantwortet, obwohl das Gericht diese Informationen für eine Prüfung der Einhaltung der Mindeststandards benötigt, führt dies zur Unzulässigkeit der Auslieferung.⁹⁰

Im Falle einer erbetenen Auslieferung an das Vereinigte Königreich sah das OLG Karlsruhe sich deshalb veranlasst, konkrete Garantien bei

86 BVerfG, Beschl. v. 2.2.2016 – 2 BvR 2486/15, BeckRS 2016, 41837; (K) Beschl. v. 9.3.2016 – 2 BvR 348/16, BeckRS 2016, 43820; vgl. EGMR, Ryabikin/Russland, 19.6.2008, Nr. 8320/04, § 119; Kolesnik/Russland, 17.6.2010, Nr. 26876/08, § 73.

87 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.9.2023 – Ausl 301 AR 105/21, BeckRS 2023, 31751.

88 BVerfG, Beschl. v. 28.7.2016 – 2 BvR 1468/16, BeckRS 2016, 49757.

89 BVerfG, Beschl. v. 30.10.2019 – 2 BvR 828/19, NVwZ 2020, 147; vgl. hierzu: EGMR, Gasayev/Spanien, Entsch. v. 17.2.2009, Nr. 48514/06; Al-Moayad/Deutschland (E), 20.2.2007, Nr. 35865/03, NVwZ 2008, 761, §§ 62-64.

90 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10.3.2023 – 301 OAus 1/23, BeckRS 2023, 20285.

den Justizbehörden gemäß Art. 604 *lit.* a und *lit.* c TCA zu erbitten, da ein Bericht des CPT aus dem Jahr 2021 unzureichende Haftbedingungen in britischen Haftanstalten und eine Überbelegung auswies.⁹¹ Der Senat sah eine weitere Sachaufklärung trotz einer Antwort der britischen Behörden, dass seit 2021 Verbesserungen zu verzeichnen seien, als geboten an, um die Belastbarkeit dieser Zusicherung zu prüfen. In zwei Anfragen des Senats wurden die Behörden unter Darlegung der relevanten Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG auf die Entscheidungserheblichkeit hingewiesen. Die angefragte Garantie umfasste die Bitte um konkrete Zusicherungen über u.a. die Quadratmeterzahl, sanitäre Versorgung, Belichtung und Ausgangszeit, Freizeitmöglichkeiten und medizinischer Versorgung für den gesamten Zeitraum der Inhaftierung des Auszuliefernden und orientierte sich damit an den durch die Rechtsprechung des BVerfG verbindlichen Vorgaben für Haftbedingungen.⁹² Der Fragenkatalog des Gerichts wurde von den Behörden jedoch nur teilweise beantwortet – eine weitere Stellungnahme blieb trotz Fristverlängerung aus – mit der Folge, dass das Oberlandesgericht keine abschließende verlässliche Prognose treffen konnte und die Auslieferung als für derzeit unzulässig erklärte.⁹³

Durch das Erfordernis der Einzelfallprüfung konnte in einem darauf folgenden Verfahren aufgrund vollständig zugesicherter Garantien eine Auslieferung (UK) trotz der grundsätzlich weiterhin bestehenden strukturellen Mängel im Strafvollzug den Zulässigkeitsanforderungen doch wieder genügen.⁹⁴ Entscheidendes Kriterium war die vollständige Beantwortung sämtlicher Fragen im Einzelfall durch die britischen Behörden. Durch die Zusicherung der Einhaltung der Mindestanforderungen der EMRK im Einzelfall, der durch die Information über die voraussichtliche Haftanstalt und die Haftbedingungen hinreichend konkretisiert wurde, standen dem Auslieferungsgesuch keine

91 Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, [Report to the United Kingdom Government](#) on the periodic visit to the United Kingdom carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 8 to 21 June 2021, Strasbourg, 7 July 2022, CPT/Inf (2022) 13.

92 BVerfG, Beschl. v. 4.12.2019 – 2 BvR 1258/19 u.a., BeckRS 2019, 32770; [EGMR Muršić/Kroatien](#), [Urt. v. 12.3.2015](#), 7334/13.

93 [OLG Karlsruhe](#), [Beschl. v. 10.3.2023 – 301 OAus 1/23](#), BeckRS 2023, 20285.

94 [OLG Karlsruhe](#), [Beschl. v. 19.2.2024 – 301 OAus 136/23](#), BeckRS 2024, 4127.

Hindernisse mehr entgegen.⁹⁵ Beachtlich ist, dass keine absolute Sicherheit hinsichtlich der konkreten Haftanstalt gefordert wurde, da dies aufgrund unvorhersehbarer Umstände im Vorfeld der Vollstreckung von keinem Staat garantiert werden könne.⁹⁶ Bedeutend für die positive Entscheidung hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung war insbesondere, dass trotz der ausschließlich britischen Staatsbürgerschaft des Verfolgten zugesagt wurde, dass deutsche Konsularbehörden und Mitarbeitende der Botschaft die Haftbedingungen jederzeit überprüfen könnten. Ebenso dürfe der Verfolgte einen Besuch von deutschen Konsularbeamten jederzeit anfragen, einem solchen Ersuchen werde »jederzeit« stattgegeben. Demnach lag sogar eine effektive Beschwerde- und Abhilfemöglichkeit des Verfolgten selbst vor, für den Fall, dass der Standard von den zugesicherten Haftbedingungen abweichen werde. Nach Auffassung des Senats verdeutlichte dies das starke Interesse der britischen Justizbehörden an einem auch nach dem Brexit weiter funktionierenden Auslieferungsverkehr mit Deutschland. Es schlussfolgerte eine antizipierte strikte Einhaltung der Zusicherungen.⁹⁷

6. DEUTSCHE STAATSBÜRGER: ZUSICHERUNGEN IM RAHMEN DES § 80 IRG

Zusicherungen können auch als Mittel dazu dienen, die Voraussetzungen des § 80 Abs. 1 Nr. 1 IRG zu erfüllen. Für die Auslieferung zur Strafverfolgung eines deutschen Staatsbürgers muss gesichert sein, dass dieser wählen kann, für die etwaige Strafvollstreckung in einer deutschen Justizvollzugsanstalt untergebracht, also rücküberstellt zu werden. Auch hier ist eine entsprechende völkerrechtlich verbindliche Zusage erforderlich. Wohl ebenfalls wurzelnd im Vertrauensprinzip wurde eine einseitige, an die Bewilligung der Auslieferung geknüpfte Bedingung in diesem Kontext allerdings schon als ausreichend erachtet, wenn durch die Rechtslage im ersuchenden Staat davon auszugehen ist, dass dieser

95 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19.2.2024 – 301 OAus 136/23, BeckRS 2024, 4127.

96 BVerfG, Beschl. v. 1.12.2020 – 2 BvR 1845/18, 2 BvR 2100/18 (juris) Rn. 71, 74, NStZ-RR 2021, 86; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19.2.2024 – 301 OAus 136/23, BeckRS 2024, 4127.

97 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 19.2.2024 – 301 OAus 136/23, BeckRS 2024, 4127.

die Bedingung einhalten wird.⁹⁸ Das Angebot der Rücküberstellung darf jedoch von keinen anderen Faktoren abhängig sein als vom Willen des Auszuliefernden.⁹⁹ Die inhaltlichen Anforderungen an diese Zusicherung sind in Nr. 164 RiVAST normiert.

7. ERSCHÜTTERTES VERTRAUEN IN DIE ZUSICHERUNG

Liegen stichhaltige Anhaltspunkte vor, die im Einzelfall die Erwartung rechtfertigen, dass die abgegebene Zusicherung nicht eingehalten werden wird, so ist das dem ersuchenden Staat entgegengebrachte Vertrauen erschüttert.¹⁰⁰ Sowohl die allgemeine Rechtslage im Zielstaat als auch die Erfahrung im bisherigen Rechtshilfeverkehr können eine solche »Erschütterung« begründen.¹⁰¹ Für den Fall der beachtlichen Wahrscheinlichkeit, dass in dem um Auslieferung ersuchenden Staat die völkerrechtlichen Mindeststandards nicht beachtet werden (Art. 25 GG), entfaltet die Zusicherung keine Geltung mehr; sie kann nicht als Grundlage der Überzeugung des Gerichts dienen, vielmehr müssen die gesicherten Erkenntnisse über die menschenrechtlichen Standards im Zielstaat erneut geprüft werden.¹⁰² Eine Zusicherung kann auch keine vertrauenswürdige Basis für eine Auslieferung darstellen, wenn der Zielstaat von Art. 15 EMRK Gebrauch gemacht und die Rechte des Beschuldigten dadurch weitestgehend außer Kraft gesetzt hat, da dann anzunehmen ist, dass die Bedingungen im Einzelfall nicht hergestellt werden können.¹⁰³

Hat ein Gericht die Auslieferung aufgrund fehlender oder lückenhafter Beantwortung der Fragen seitens der ersuchenden Behörden für unzulässig erklärt, kann dies auch nicht im Nachhinein, beispielsweise

98 *KG, Beschl. v. 23.3.2010 – (4) Ausl.A. 1252-09 (38/10)* = NJW 2010, 3177; mwN Schomburg/Lagodny/Zimmermann (Fn. 10), IRG, § 80 Rn. 17, sowie G/P/K/G/B/Böse, IRG, § 80 Rn. 47 – str. in Ambos/König/Rackow/Meyer (Fn. 62), Rn. 844.

99 Schomburg/Lagodny/Zimmermann (Fn. 10), IRG, § 80 Rn. 18.

100 BVerfG, Beschl. v. 23.2.1983 – 1 BvR 1019/82; (K) Beschl. v. 9.3.2016 – 2 BvR 348/16, BeckRS 2016, 43820; Beschl. v. 17.5.2017 – 2 BvR 893/17; Beschl. v. 28.7.2016 – 2 BvR 1468/16, BeckRS 2016, 49757.

101 Schomburg/Lagodny/Gleiß/Wahl/Zimmermann (Fn. 10), IRG, § 73 Rn. 42d.

102 BVerfG, Beschl. v. 21.5.2024 – 2 BvR 1694/23.

103 OLG Schleswig, Beschl. v. 22.9.2016 – 1 Ausl (A) 45/15 (41/15), NStZ 2017, 50; Schomburg/Lagodny/Gleiß/Wahl/Zimmermann (Fn. 10), § 73 Rn. 42c.

durch Nachreichen der Informationen seitens der Behörden, korrigiert werden, da der rechtsstaatliche Vertrauensschutz auch für den Verfolgten gilt. Dieser darf gemäß Art. 20 Abs. 3 GG darauf vertrauen, dass ein gegen ihn durchgeführtes Auslieferungsverfahren ein für ihn günstiges Ende gefunden hat.¹⁰⁴

Die Entscheidung der Unzulässigkeit steht allerdings einem erneuten Ersuchen nicht entgegen – dieses setzt dann jedoch nicht das alte Auslieferungsverfahren fort, sondern leitet ein neues, selbständiges zweites Auslieferungsverfahren ein, ohne Bindung an den früheren Beschluss.¹⁰⁵

Sollte der ersuchende Staat nach der Überstellung gegen eine Zusicherung verstoßen, folgt daraus für diesen keine Pflicht zur Rücklieferung – der Verstoß kann sich lediglich im zukünftigen Auslieferungsverkehr auf die Intensität der erforderlichen Prüfung rechtsstaatlicher Standards auswirken.¹⁰⁶ Eine anderer Frage ist, ob der ersuchte Staat den ersuchenden Staat zur Erfüllung einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht wegen des Verstoßes gegen die Zusicherung zur Rücklieferung auffordern muss. Rücküberstellungen werden üblicherweise vor der Überstellung speziell zugesichert oder mindestens als Bedingung an die Rechtshilfeleistung formuliert¹⁰⁷ (wobei in Deutschland Nr. 164 RiVAST das Einholen einer Zusicherung vorsieht). Grundsätzlich sind Rücklieferungen nur für den Fall der Strafvollstreckung vorgesehen, tragend ist hier der Resozialisierungsgedanke¹⁰⁸ und die Basis auf dem völkerrechtlichen Vertrauensgrundsatz, dass die ausländischen Strafurteile respektiert werden.¹⁰⁹ Die Rücküberstellung hängt vom Willen des Betroffenen ab.¹¹⁰

104 BVerfG, Beschl. v. 23.2.1983 – 1 BvR 1019/82, NJW 1983, 1725; Beschl. v. 14.2.1979 – 1 BvR 924/78, NJW 1979, 1285.

105 BVerfG, Beschl. v. 23.2.1983 – 1 BvR 1019/82, NJW 1983, 1725; Beschl. v. 14.2.1979 – 1 BvR 924/78, NJW 1979, 1285.

106 *Riegel/Speicher*, StV 2016, 250-257.

107 Ambos/König/Rackow/Meyer (Fn. 62), IRG, § 80 Rn. 844 (str. ob Zusicherung oder einseitige Bedingung notwendig).

108 Ambos/König/Rackow/Heger/Wolter (Fn. 62), Teil 2 Art. 5 RbEuHb, Rn. 678 f.; Ambos/König/Rackow/Meyer (Fn. 62), Teil 2, § 80 Rn. 843, 865.

109 Ambos/König/Rackow/Meyer (Fn. 62), IRG, § 78 Rn. 800.

110 Ambos/König/Rackow/Meyer (Fn. 62), IRG, § 80 Rn. 845.

V. FAZIT

Zusicherungen zur Gewährleistung menschen- und verfassungsrechtlicher Standards im ersuchenden Staat spielen in der Auslieferungspraxis eine zunehmend wichtige Rolle. Mit ihnen kann das Gericht, das über die Zulässigkeit einer Auslieferung entscheidet, einerseits seiner menschen- und verfassungsrechtlichen Prüfpflicht im Einzelfall entsprechen und andererseits die Einhaltung der elementaren menschenrechtlichen Verfahrens- und Behandlungsgrundsätze im ersuchenden Staat garantieren, so dass eine Auslieferung doch noch vollzogen werden kann. Die derzeitige Praxis wird immer noch weitgehend durch die obergerichtliche Rechtsprechung (OLG, BVerfG) geprägt. Wünschenswert wäre es daher, in der anstehenden Reform des Rechtshilferechts in Strafsachen (IRG) auch die aufgezeigten Rahmenbedingungen für Zusicherungen einer gesetzlichen Regelung zuzuführen; rechtsstaatlich geboten ist dabei die Vorsehung eines gerichtlichen Rechtsschutzes.

Gabriele Heinecke

SPRACHE IST HERRSCHAFT

ZUR FUNKTION DER SPRACHE IN DER JUSTIZ

Wer die Sprache nicht kennt oder kann, kann nicht mitreden, kann sich nicht einbringen. Im Strafprozess ist Sprache Grundvoraussetzung für jegliche Art prozessualer Interaktion. Wer diese Sprache nicht beherrscht, ist nicht befähigt, mit den Verfahrensbeteiligten qualifiziert in Kontakt zu treten, weder im professionellen Streit um die besseren Argumente und die Durchsetzung des Rechts, noch mit dem Ziel einer Verständigung.

In der *ZEIT online* vom 16. September 2020 wurde von Michael Bogner gefragt:

»Warum wird vor Gericht so unverständlich gesprochen? In Augenschein nehmen, vorhalten, einlassen. Oder die schlichte Einlegung der Beschwerde nach § 306 StPO, die ›bei dem Gericht, von dem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist, zu Protokoll der Geschäftsstelle oder schriftlich‹ erfolgen muss. Und dann gelten die Vorschriften auch noch ›für die Entscheidungen des Richters im Vorverfahren und des beauftragten oder ersuchten Richters.«

Das versteht kein Mensch, der sich nicht im System der Justiz bewegt. Und wir können noch mehr, was dann gar niemand mehr versteht: *ultima ratio, contra legem, dolus directus, conditio sine qua non, animus auctoris und animus socii*. Mir gefällt am besten ›*Nemo tenetur se ipsum accusare*‹.

Ist es besser geworden, seitdem die Justiz nicht mehr mit lateinischen Ausdrücken um sich wirft? Die Gerichtssprache ist deutsch, steht in § 184 GVG. Doch die wird – so hat es der BGH bereits in einem Beschluss im 30. Band im Jahr 1981 festgestellt – in zunehmendem Maße von Verfahrensbeteiligten nicht gesprochen und verstanden.

SPRACHE VOR GERICHT 1981

In dem Fall *BGHSt 30, 182, 184* (1 StR 815/80) hatte der Angeklagte über die Geschäftsstelle eine formgerechte Revisionsbegründung in türkischer Sprache eingereicht. Die vom Landgericht veranlasste Übersetzung war erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist bei Gericht eingegangen. Zwar hat der 1. Senat entschieden, zur Wahrung der Rechtsmittelfrist reiche die Einreichung einer in fremder Sprache gehaltenen Rechtsmittelschrift nicht aus, fand das aber selbst ungerecht.

Der Senat hatte die beeindruckende Idee, dass der Angeklagte nicht ordnungsgemäß nach § 35a StPO belehrt worden sei. Nach der Vorschrift ist der Betroffene auch über die vorgeschriebene Frist und Form des Rechtsmittels zu belehren, also auch über die Notwendigkeit, die Revisionsbegründung gemäß § 184 GVG in deutscher Sprache einzureichen.

Der Angeklagte hatte gar keinen Antrag auf Wiedereinsetzung gestellt. Doch der Senat argumentierte, die Wiedereinsetzung könne »auch ohne Antrag geschehen, weil in seiner formgerechten Revisionsbegründung zugleich die Nachholung der versäumten Einlegung des Rechtsmittels liegt (§ 45 Abs. 2 S. 3 StPO).« Zugunsten des Angeklagten müsse davon ausgegangen werden, dass ihn an der Fristversäumnis kein Verschulden treffe, weil er über die Notwendigkeit, die Revisionschrift in deutscher Sprache abzufassen, nicht belehrt worden sei. Das Unterbleiben der Belehrung begründe den Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 44 S. 2 StPO).

Weiter heißt es:

»Denkbare Nachteile, die aus der Unkenntnis der deutschen Sprache entstehen, können dadurch ausgeglichen werden, dass dem Beschuldigten frühzeitig ein Verteidiger bestellt wird (§ 140 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 Buchst. c MRK), dass während des gesamten Verfahrens ein Dolmetscher zur Verfügung steht (§ 185 GVG; Art. 6

Abs. 3 Buchst. e MRK; EGMR NJW 1979, 1091, 1092), und dass im Fall der Fristversäumnis die Anforderungen an die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht überspannt werden (BVerfGE 40, 95, 98 ; 42, 120, 123).«

Man wünscht sich mehr von solchen Richter*innen. Heute, hier! Die Entscheidung ist von profundem rechtsstaatlichen Gedanken geleitet.

SPRACHE VOR GERICHT 2024

›Ey, Digga, was geht‹ oder ›die ist so goofy, Bro, echt NPC (*Non-Player-Charakter* = unwichtiger Mensch).‹ Die Richterschaft weiß inzwischen vielleicht, was die Jugendsprache bedeutet, aber kann sie damit etwas anfangen? Kann es eine Kommunikation im Strafverfahren, kann es ein Verstehen des Gegenübers geben, wenn die Empathie, wenn die Kenntnis der Kultur der Verhältnisse fehlt? Also nicht das, was man auf Lichtbildern in den Gerichtsakten sieht, sondern die lebendige Wirklichkeit im Kiez?

Erreicht es die Empfänger hinter der Gerichtstheke, wenn der in eine Messerstecherei verwickelte junge Flüchtling aus dem Sudan ungeschickt eine Notwehrsituation erklärt, der Dolmetscher ihn falsch versteht und die wichtigen Details nicht übersetzt? Dann hat der Beschuldigte keine Sprache, mit der er sich verteidigen könnte. Kontrollieren lässt sich die Richtigkeit der Übersetzung in der Regel nicht. Wenn der rudimentär der deutschen Sprache mächtige Angeklagte erklärt, es sei falsch übersetzt worden, neigt das Gericht dazu, dem Dolmetscher zu glauben, der Übersetzungsfehler regelmäßig von sich weist.

Es bedarf der Änderung des § 187 GVG. Nach Abs. 1 zieht das Gericht für den Beschuldigten oder Verurteilten, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist, einen Dolmetscher oder Übersetzer heran, soweit dies zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte erforderlich ist. Das Abgeben prozessualer Erklärungen braucht zuverlässige Sprache. Die Vorschrift soll eine Schutzvorschrift des Beschuldigten sein. Doch sie ist es nur zum Teil, weil es keinen Zwang zur Heranziehung *allgemein* vereidigter Dolmetscher gibt. Beim Amtsgericht – manchmal auch bei den Landgerichten – werden Dolmetscher eingesetzt, die lediglich erklären müssen, nach besten Wissen und Gewissen zu übersetzen.

Was bedeutet das für die Qualität? Der Mangel an sprachlicher Ausdrucksfähigkeit kann an dem Angeklagten, sie kann aber auch an der mangelnden Fähigkeit des Dolmetschers liegen. Wirkliche Qualitätskontrolle ist schon bei den vereidigten Dolmetscher*innen schwierig, wenn man nicht beide Sprachen beherrscht. Ein nicht geprüfter und vereidigter Dolmetscher im Strafverfahren muss als Verfahrensmangel angesehen werden.

VERHANDLUNGSUNFÄHIGKEIT DURCH SPRACHMANGEL

Wer im Strafprozess die Sprache nicht versteht, ist im Sinne der StPO nicht verhandlungsfähig. Verhandlungsfähigkeit ist im deutschen Strafprozessrecht die Fähigkeit, in oder außerhalb der Verhandlung seine Interessen vernünftig wahrzunehmen, die Verteidigung in verständiger und verständlicher Weise zu führen, Prozessklärungen abzugeben oder entgegenzunehmen.

Die Übersetzung des Wortes des Beschuldigten ist seine Sprache vor Gericht. Ihre Richtigkeit muss garantiert sein. Wächter der Einhaltung jeglicher Formen vor Gericht ist die Verteidigung, die endlich entsprechend der Richtlinie 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren als Verteidigung der ersten Stunde in *jedem* Verfahren eingeführt werden muss.

Auch jenseits der Dolmetscherproblematik setzt ›Recht sprechen‹ Sprache voraus. Doch wessen Sprache ist es? Es ist die Sprache der Menschen, die in der Regel auf der Schokoladenseite des Lebens aufgewachsen sind. Die aus der Schule in die Universität und von dort in den Justizdienst gleiten, die Herrschaftssprache gelernt haben, die sich der Herrschaft in der Regel zugehörig fühlen und das wirkliche Leben der Mehrheit bestenfalls als Studierendenjobs kennen. Sie sind Vertreter ihrer Schicht, ihrer Klasse, die kaum noch in der Lage sind, ›die da unten‹ zu verstehen. Zugegeben, es gibt auch andere – aber die Masse der Richterinnen und Richter ist so, ihre soziale Struktur hat sich in den letzten 40 Jahren kaum geändert.

Die meisten Verurteilungen erfolgen gegen Menschen, die nicht der Oberschicht angehören. 60 - 70 Prozent der Inhaftierten kommen

nach vorliegenden Studien aus der Unterschicht. Armut und fehlende Bildung, schlechte soziale Bedingungen, Racial Profiling und allgemeine Diskriminierung erklären das.

Wäre es nicht vorwärtsweisend im Sinne einer Justiz, die verstehen und die Rechtsfrieden schaffen will, wenn zur Jurist*innenausbildung eine mindestens einjährige Arbeit in sozialen Brennpunkten, in Flüchtlingsunterkünften, in Plattensiedlungen und Hochhausburgen gehören würde? Zu Gast bei der Armut. Das muss nicht fachfremd sein, es könnte eine regelmäßige öffentliche Rechtsberatung für Menschen sein, die sonst kaum Zugang zum Recht haben. Es könnte angehende Richterinnen und Richter in die Lage zu versetzen zu verstehen, über wen sie urteilen.

SPRACHE DER IGNORANZ GEGENÜBER EINEM MENSCHENRECHT

Ich will an zwei Beispielen aufzeigen, wie Sprache Beschuldigter von Gerichten missachtet wird und wie wichtig die unverzügliche und unbedingte Verteidiger*innenbeordnung ist, weil es in diesen Fällen schon an dem richterlichen Respekt gegenüber der Verteidigungsfähigkeit durch Sprache fehlt.

An einem Beschluss des Landgerichts Hamburg aus dem Jahre 2019 (Beschluss vom 09.10.2019 – 628 Qs 31/19) sind Haltung und Maßstab der Strafkammer gegenüber der Sprach- und Verteidigungsfähigkeit des Angeklagten zu erkennen. Ignoranz trotz der schon geltenden Richtlinie 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren. Die Frist zur Umsetzung in nationales Recht war schon abgelaufen. Es ging um die angebliche Beobachtung eines Verkaufs von Marihuana durch einen Polizeizeugen, der den Angeklagten an der Kleidung wiedererkannt haben wollte. In dem die Beschwerde gegen die Ablehnung der Pflichtverteidigerbeordnung zurückweisenden Beschluss ist zu lesen:

»Auch hier gilt, dass die aus den mangelnden Sprachkenntnissen des Angeklagten herrührenden Verständigungsschwierigkeiten und die Einschränkungen durch seinen möglichen Analphabismus angesichts des tatsächlich wie rechtlich einfach gelagerten

Sachverhalts durch den in § 187 GVG normierten Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers für das gesamte Strafverfahren ausgeglichen werden. Insbesondere ist zur (Selbst)Verteidigung des Angeklagten Aktenkenntnis – aktuell beträgt die Akte lediglich 68 Blatt und enthält die Akte weder sich widersprechende Zeugenaussagen noch sonstige juristische Fallstricke – nicht erforderlich.«

Die Verweigerung der Pflichtverteidigerbeordnung wird im Wege einer unzulässigen Beweisantizipation begründet. Ein Dolmetscher soll Verteidigung ersetzen. Dass der Angeklagte erst durch Verteidigung eine Sprache erwirbt, die bei Gericht auch gehört werden muss, wird als überflüssig wegdefiniert.

Fast noch beeindruckender im Sinne der Verletzung der Grundsätze des fairen Verfahrens ist die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs in einem Beschluss aus dem Jahr 2022 (Beschluss vom 05.04.2022 – 3 StR 16/22). Es ging um die Verurteilung wegen Beihilfe zum Kriegsverbrechen gegen eine Person durch Tötung in Tateinheit mit Beihilfe zum Mord und Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

Der Angeklagte war drei Mal als Beschuldigter polizeilich vernommen worden. Er wurde jeweils belehrt, dass er im Fall der notwendigen Verteidigung die Bestellung eines Pflichtverteidigers »beanspruchen« könne. So steht es wörtlich in § 187 Abs. 1 S. 2 GVG. Das Wort »beanspruchen« hatte der Beschuldigte aber nicht verstanden, jedenfalls nicht begriffen. Er machte ohne Verteidigung umfangreiche Aussagen, die später als belastend gewertet wurden. In der Hauptverhandlung vor dem OLG Düsseldorf hatte der Betroffene einen Verteidiger und schwieg. Die Verteidigung widersprach der Verwertung der Aussage des in der Hauptverhandlung gehörten Vernehmungsbeamten. Das OLG stützte sich in den Urteilsgründen gleichwohl auf dessen Bekundungen. Der 3. Senat des BGH hat das nicht als Rechtsfehler gewertet. Die Gründe – verkürzt wiedergegeben – sind:

§ 141 Abs. 1 S. 1 StPO setze einen »ausdrücklichen« Antrag voraus. Den habe der Beschuldigte nicht gestellt. Es sei zum Zeitpunkt der Vernehmungen nicht nach § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO »ersichtlich« gewesen, dass der Beschuldigte sich selbst nicht verteidigen könne. Im Übrigen habe eine zu Unrecht unterbliebene Bestellung nicht

grundsätzlich die Unverwertbarkeit der Vernehmung zur Folge.

Auch dieser Beschluss ist die Sprache der Ignoranz gegenüber einem Menschenrecht. Es ist ein Angriff auf die Grundsätze des fairen Verfahrens. Es ist die Einordnung des Beschuldigten in eine Kategorie, in der er keine Unterstützung der Justiz bei der Wahrung seiner Rechte erhoffen darf.

DIE SPRACHE DER ANKLAGE

Die Anklage spricht nicht, sie wird »erhoben«. Und sie wird vom Gericht »zugelassen« (207 StPO) – als wolle sie von der Leine. Aber natürlich hat die Anklage auch eine Sprache. Nr. 110 RiStBV gibt Form und Inhalt der Anklageschrift vor. Da steht:

»Die Anklageschrift muss klar, übersichtlich und vor allem für den Angeschuldigten verständlich sein.«

Soweit die Theorie. Die Anklageschriften erfüllen diese Kriterien häufig nicht. Endlose Bandwurmsätze beginnen mit einem »indem er« oder »indem sie« und quälen sich über Seiten ohne Punkt und wenig Komma, um deutlich zu machen, dass es mit oder zum Teil auch ohne Encro um 1 kg Koks, 3 kg Marihuana und 1.000 Pillen geht und der Angeklagte im Übrigen keine betäubungsmittelrechtliche Erlaubnis zum Handel dafür hatte.

Die ›Übersetzung‹ der Anklage als nicht zu verstehende Schrift der Staatsanwaltschaft in verständliche Sprache sollte nicht Aufgabe der Verteidigung sein, ist aber unser tägliches Geschäft. Solche Anklagen werden im Gerichtssaal mit einer affenartigen Geschwindigkeit vorgelesen. Selbstbewusste verteidigte Angeklagte fragen zwischendurch: Ist es dasselbe wie das, was Sie mir erklärt haben?

DIE SPRACHE DER BESCHULDIGTEN

Die Sprache der Beschuldigten gibt es, wenn sie eine Verteidigung haben. Was ist, wenn nicht? Das Recht auf Sprache, das Recht insbesondere vor dem Amtsgericht Gehör zu finden, ist auch eine Frage des Geldbeutels. Die unterschiedlichen Szenarien sind bereits an der ›Rolle‹ vor dem Gerichtssaal erkennbar (Falls es hier Nichtjurist*nnen gibt: Die ›Rolle‹ ist keine gymnastische Übung, sondern das Blatt vor

der Tür des Verhandlungssaales, auf dem die Informationen über den Verhandlungstag stehen).

Ohne Verteidigung wird im Viertelstundentakt gerichtet, mit Verteidigung dauert es viel länger. Es geht um Fälle wie wiederholtes Schwarzfahren, Eierdiebstahl oder Schlägereien unter dem Einfluss von viel Alkohol. Es geht um junge schwarze Flüchtlinge, die im Rahmen der Asylverfahrens in den Osten verteilt worden sind und aus Angst vor rassistischen Übergriffen in die Städte gehen und versuchen, dort ohne Zuwendungen aus dem Asylbewerberleistungsgesetz durch den Verkauf von Kleinstmengen Marihuana zu überleben.

Sie alle haben eines gemein: sie sprechen entweder kein Deutsch oder sie haben keine Sprache, die ein Gericht beeindrucken könnte. Sie sind aufgrund ihrer sozialen Situation nicht wirklich verteidigungsfähig. Sie sind nicht in der Lage zu prüfen, welche Umstände gegen eine Verurteilung streiten. Sie sind nicht in der Lage, Zeugen zu befragen, Anträge zu stellen und Erklärungen abzugeben. Da hilft auch kein Dolmetscher.

Tatsächlich sind es oft Menschen, die im Sinne von Artikel 9 der Richtlinie-EU 2016/1919 als schutzbedürftig gelten müssen und denen nach Artikel 4 spätestens vor einer Befragung durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungsbehörde, vor Gegenüberstellungen oder der Anwesenheit bei Tatortrekonstruktionen eine Pflichtverteidigung bestellt werden muss. Wird es aber nicht. Das muss aufhören.

SCHWEIGEN ALS SPRACHE IM STRAFPROZESS

Auch Schweigen – so könnte man sagen - ist im Strafprozess eine Form der Sprache, fast die Königsdisziplin, eine elegante Erinnerung an die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK, Art. 48 der EU-Grundrechtecharta, Art. 11 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der UN).

Jedoch wird ein nicht im Strafprozessrecht geschulter Mensch kaum gleichzeitig in der Lage sein, zu dem Vorwurf zu schweigen, aber Zeugen zu vernehmen, Anträge zu stellen, Erklärungen abzugeben oder – was nicht unterschätzt werden darf – befangene Richterinnen oder Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Einem schweigenden Angeklagten muss darum zwingend eine

Pflichtverteidigung bestellt werden, weil er schweigen darf und ihm oder ihr daraus keine Nachteile entstehen dürfen. In diesem Sinne ist die Verteidigung immer ›notwendig‹.

VON SEITEN DES GERICHTS MUSS SPRACHE AUCH KOMMUNIKATION BEDEUTEN

Kommunikation, die zu Rechtsfrieden führen soll, bedeutet Transparenz auf Seiten des Gerichts, bedeutet respektvolles Umgehen mit dem oder der Angeklagten. Es bedeutet, dass vor dem Urteil in einer auch für Beschuldigte verständlichen Sprache der Stand der vorläufigen Meinungsbildung mitgeteilt wird, damit darauf reagiert und noch zur Überzeugungsbildung beigetragen werden kann. Es bedeutet, dass auch ein nicht verteidigter Angeklagter die Chance haben muss, das Gericht zu verstehen, nachzudenken und zu agieren.

Es sind nicht viele Richterinnen und Richter, die die Kunst der das Verfahren fördernden Kommunikation beherrschen, die offen sind und der Verteidigung auf Augenhöhe begegnen. Sie terminieren klug unter Berücksichtigung aller Interessen. Sie sind nicht beleidigt, wenn die Verteidigung und die Angeklagten nicht bei jedem Eintritt in den Verhandlungssaal aufspringen, denn sie kennen und berücksichtigen die Regelung der Nr. 124 Absatz 2 Satz 2 und 3 RiStBV. Sie belehren Angeklagte über ihr Schweigerecht ohne die einschüchternden – und gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz verstoßenden – Worte, dass bei diesem Gericht ein frühes glaubhaftes Geständnis stets besonders strafmildernd gewertet wird. Sie verstehen Anträge, Widersprüche und Erklärungen als adäquate und notwendige Arbeit der Verteidigung, nicht als überflüssige Provokation. Sie befragen Zeugen und Sachverständige selbst kritisch und respektieren Unterbrechungsanträge, wenn Angeklagte und Verteidigung Beratungsbedarf haben. Solche Verhandlungen sind erfreulich. Mit den Worten Rudolf von Jherings ist es im vornehmsten Sinne der Kampf ums Recht: »Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf.«

Zugegeben liegt es auch an der Strafverteidigung, dass Kommunikation möglich ist. Unsere Aufgabe ist eine gut vorbereitete, aktive und herausfordernde Verteidigung. Unsere Aufgabe ist, unsere Sprachgewalt und unsere Kommunikationsfähigkeit im Strafprozess

so einzusetzen, dass Mandanten das notwendige Gehör finden, dass sie das Verfahren nicht als Objekt erdulden müssen, dass sie nicht durch das Verfahren als Person beschädigt werden, sondern die Möglichkeit erhalten, alle prozessualen Teilhaberechte effektiv zu nutzen. Strafverteidigung ist – das dürfen wir nicht vergessen – auch die Verteidigung der Würde des Angeklagten.

ANNEX

RECHTSPOLITISCHE THESEN DES 45. STRAFVERTEIDIGERTAGES

Hamburg, 3. März 2024

Vom 1. bis 3. März 2024 haben mehr als 800 Strafrechtsexpert*innen – Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger, Vertreter*innen der Wissenschaft und der Justiz – über aktuelle Entwicklungen im Straf- und Strafprozessrecht beraten.

Die Tagung hat per Mehrheitsabstimmung im Plenum beschlossen, die folgenden Thesen und Forderungen aufzustellen.

Vorab sei bemerkt:

Das materielle Strafrecht wie auch das Prozessrecht haben in den vergangenen Jahrzehnten unzählige Reformen und Überarbeitungen erfahren. Von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen wurde dabei die Strafbarkeit ausgeweitet, während schützende Verfahrensrechte der Beschuldigten und ihrer Verteidigung abgebaut wurden. Keine dieser Reformen hat die Justiz »effizienter« gemacht oder »beschleunigt«.

Der Strafverteidigertag hat stets darauf verwiesen, dass die geforderte »Effizienz« und »Geschwindigkeit« unangemessene Maßgaben für die Gestaltung eines Verfahrens sind, in dem staatliche Behörden Macht gegenüber Beschuldigten ausüben. Diese Macht bedarf der Kontrolle und wirkungsvoller rechtlicher Instrumente, um den Machtmissbrauch zu verhindern. Das von der Justiz stets beklagte Misstrauen gegenüber der Rechtmäßigkeit justiziellen Handelns ist daher im Strafverfahren nicht nur angebracht, sondern erste Bürgerpflicht.

Wir erleben heute, wie die ersten Reformen seit mehr als zwei Jahrzehnten, die auf eine bessere Sicherung des Verfahrens vor dem institutionalisierten Machtmissbrauch oder die Entkriminalisierung von Bürgerinnen und Bürgern abzielen – namentlich die Einführung einer technischen Dokumentation der Hauptverhandlung, eine gesetzliche Regelung des Einsatzes von V-Personen und die wenigstens

ansatzweise Entkriminalisierung des Umgangs mit Cannabis-Produkten –, mit denselben Argumenten blockiert werden: der Überlastung der Justiz und der Klage über das der Strafjustiz und den Verfolgungsbehörden entgegengebrachte Misstrauen.

Der Strafverteidigertag appelliert an die Rechtspolitik im Bund wie in den Ländern, dringend notwendige Reformen nicht aus parteipolitischem Kalkül oder Klientelpolitik zu verhindern. Eine transparente und durch starke, die Freiheit schützende Beschuldigtenrechte gegen den Missbrauch von Macht gesicherte Strafjustiz stärkt die Demokratie und das Vertrauen der Menschen in sie. Eine starke Demokratie wiederum schützt die Freiheit, auch dann, wenn Verbote, schnelle Verfahren und eine vermeintlich harte Hand einfacher erscheinen.

Im Einzelnen fordern wir:

1. ... DIE VOLLSTÄNDIGE DOKUMENTATION DER STRAFGERICHTLICHEN HAUPTVERHANDLUNG

Der Strafverteidigertag fordert einmal mehr die Einführung einer verpflichtenden audio-visuellen Dokumentation der Hauptverhandlung.

Dies gebietet bereits der Auftrag der »bestmögliche(n) Erforschung der materiellen Wahrheit«. Die automatisierte Transkription von Tonaufzeichnungen ist ein bewährtes und vielfach erprobtes Instrument, die vorgebrachten technischen Bedenken müssen als vorgehoben erscheinen.

Es ist nicht mehr zu vermitteln, dass ausgerechnet in Strafverfahren die Inhalte der Beweisaufnahme nicht festgehalten werden. Während in Fußballstadien seit Jahren mit Kamera- und Computertechnik millimetergenau darüber gewacht wird, ob der Ball in Gänze über der Linie war oder nicht, sind im Strafverfahren, wo es oft um die Freiheit und soziale Existenz von Menschen geht, weiter Bleistift und Kugelschreiber im Einsatz. Weder die Aussagen von Beschuldigten noch von Zeugen oder Sachverständigen sind am Schluss der Beweisaufnahme objektiv reproduzierbar.

Eine wortgetreue Dokumentation würde der Gefahr einer unvollständigen, weil notwendig verkürzten Inhaltsnotiz vorbeugen, die eine Ursache von Fehlerurteilen ist. Sie diene der Objektivierung und Verbesserung der Beweisaufnahme, der besseren Sachaufklärung, der Vorbeugung von Fehlern und Machtmissbrauch und damit der Wahrheitsfindung im Strafprozess.

Der Strafverteidigertag fordert daher die Länder auf, ihre Blockadehaltung aufzugeben, im Vermittlungsausschuss Größe zu zeigen und dem Gesetz in der vorgelegten Entwurfsfassung doch noch zuzustimmen.

2. ... DIE VERPFLICHTENDE DOKUMENTATION DES ERMITTLUNGSVERFAHRENS UND INSBESONDERE POLIZEILICHER ERMITTLUNGSMASSNAHMEN

Die mangelnde Dokumentation von Ermittlungshandlungen ist eine zentrale Fehlerquelle im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Polizeiliche Vernehmungen – ob von Zeugen oder Beschuldigten – werden in der Regel nicht aufgezeichnet, auch wenn das Gesetz die (audio-visuelle) Dokumentation nicht ausschließt. Dabei würde eine lückenlose Dokumentation auch den Ermittlungsbehörden bei der Vermeidung typischer Fehler helfen und die Wahrheitsfindung fördern.

Die Einführung einer verpflichtenden Dokumentation auch im Ermittlungsverfahren ist im Koalitionsvertrag vorgesehen; ein Gesetzentwurf liegt aber nicht vor. Auch wenn eine gesetzliche Regelung schwieriger erscheint, als die der Dokumentation der Hauptverhandlung, sieht der Strafverteidigertag die Notwendigkeit, die technische Dokumentation polizeilicher Ermittlungshandlungen ab dem Zeitpunkt des ersten Hinweises auf eine mögliche Straftat verpflichtend zu regeln und die Hoheit über die Ermittlungs»wahrheit« nicht alleine und ohne Kontrollmöglichkeit den ermittelnden Beamten zu überlassen.

3. ... DIE GESETZLICHE REGELUNG DES EINSATZES SOG. V-PERSONEN

Der Einsatz privater (sog. V-Personen) zu strafrechtlichen Ermittlungen stößt seit jeher auf verfassungsrechtliche Bedenken; der Verweis auf die Ermittlungsgeneralklauseln kann den mit der Maßnahme einhergehenden Grundrechtseingriff alleine nicht rechtfertigen. Eine gesetzliche Regelung ist schon von daher unabdingbar und kann nicht mit dem Glauben an die Vertrauenswürdigkeit der Ermittlungsbehörden abgetan werden.

Der Strafverteidigertag missbilligt grundsätzlich den Einsatz von V-Personen – also Privater, denen staatliche Institutionen Vertrauen schenken, um das Vertrauen anderer auszunutzen – zum Zwecke der Strafverfolgung.

Eine gesetzliche Regelung aber müsste mindestens folgende Kriterien erfüllen:

- Der Einsatz von V-Personen muss – dem Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsgrundsatz entsprechend – auf bestimmte Deliktsbereiche und besonders schwere Straftaten beschränkt werden.
- Voraussetzung für den Einsatz von V-Personen muss immer die Aufklärung einer konkreten, bereits begangenen Straftat sein. Für deren Verwirklichung müssen (mindestens) zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.
- Der Einsatz von V-Personen muss aufgrund seiner besonderen Eingriffsintensität unter einem Richtervorbehalt stehen.
- Die Voraussetzungen für die Erteilung von »Vertrauen« müssen überprüfbar sein und dokumentiert werden.
- Eine VP, deren Angaben zur Beweisführung im Strafprozess genutzt werden sollen, muss zur Wahrung des Konfrontationsrechts des Angeklagten grundsätzlich in der Hauptverhandlung vernommen und durch die Verteidigung konfrontativ befragt werden können.

Zur Tatprovokation:

Die staatliche Tatprovokation ist der Sündenfall des Rechtsstaats; sie muss in jeder Form unzulässig sein.

Der staatliche Auftrag zur Strafverfolgung und die Verleitung zu Straftaten durch staatliche Stellen schließen sich grundsätzlich aus. Strafrechtliche Normen werden entwertet, wenn staatliche Stellen oder in ihrem Auftrag handelnde Private durch die Verleitung zu einer Straftat den Rechtsbruch initiieren.

Der nicht-autoritäre Rechtsstaat hat seine Bürger in Frieden zu lassen, solange sie sich nicht erwiesenermaßen einer Normverletzung schuldig gemacht haben oder ein konkreter Anfangsverdacht dahingehend besteht; er darf insbesondere nicht die Normtreue seiner Bürger durch Schaffung von Tatanreizen auf die Probe stellen.

Der Strafverteidigertag fordert daher ein Verbot der staatlichen Tatprovokation.

4. ... DIE LEGALISIERUNG DES UMGANGS MIT CANNABIS-PRODUKTEN

Der Strafverteidigertag hat immer wieder einen anderen Umgang mit Rausch- und Suchtmitteln und eine weitgehende Entkriminalisierung des Umgangs mit sog. Betäubungsmitteln gefordert. Das vom Bundesgesundheitsministerium vorgelegte Gesetz geht aus Sicht des Strafverteidigtages daher bei weitem nicht weit genug. Es ist dennoch als ein erster Schritt und ein Versuch zu unterstützen, gegen die kontraproduktiven und sozialschädlichen Wirkungen der Kriminalisierung des Umgangs mit Cannabis-Produkten vorzugehen.

Der Strafverteidigertag fordert daher die Länder auf, die angekündigte Blockade aufzugeben und dem Gesetz zuzustimmen.

5. ... GESINNUNGEN UND MEINUNGEN DÜRFEN KEINE STRAFE BEGRÜNDEN

Der Strafverteidigertag sieht mit Sorge, dass der erforderliche Kampf gegen rechte, rechtsradikale und antisemitische Gesinnungen und Handlungen einmal mehr mit dem Ruf nach einer Ausweitung der Strafbarkeit einhergeht.

Es ist ein Grundübel des Staatsschutzstrafrechts, über objektive Tatbestandsmerkmale bereits eingetretener Rechtsgutsverletzungen hinaus an der subjektiven Motivation anzuknüpfen und die Strafbarkeit auf subjektive Merkmale weit im Vorfeld einer möglichen Tat auszuweiten. Neben der weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit in einen Bereich objektiv rechtskonformen Verhaltens (§ 89 a,b StGB) tragen aus Sicht des Strafverteidigertages auch die §§ 129, 129 a,b StGB gesinnungsstrafrechtliche Elemente und sind dringend reformbedürftig, wenn nicht sogar endlich abzuschaffen.

Die Ausweitung einer solchen, an subjektive Motivation und Gesinnung anknüpfenden Strafbarkeit stellt eine Gefahr für den Rechtsstaat und damit die Demokratie selbst dar, statt sie zu schützen. Gesinnung, auch üble und menschenfeindliche, darf kein Anknüpfungspunkt für Strafbarkeit sein.

ERGEBNISSE DER ARBEITSGRUPPEN

1&2: V-PERSONEN, TATPROVOKATION UND DOKUMENTATION DES ERMITTLUNGSVERFAHRENS

I. V-PERSONEN

1. Der Einsatz von Vertrauenspersonen muss aufgrund seiner besonderen Eingriffsintensität zwingend unter einem Richtervorbehalt stehen. Dem für die Anordnung zuständigen Richter müssen dabei diejenigen Informationen zur Verfügung gestellt werden, die ihn auch tatsächlich in die Lage versetzen, die gesetzlichen Voraussetzungen für den Einsatz der Vertrauensperson konkret und am Einzelfall zu prüfen.

2. Die im Referentenentwurf vorgesehenen Überprüfungsintervalle von drei Monaten und die für Verlängerungsanordnungen vorgesehenen Begründungspflichten sind ausdrücklich zu begrüßen.

3. Die Entlohnung von eingesetzten Vertrauenspersonen ist entsprechend der höchstrichterlichen Rechtsprechung aktenkundig und transparent zu machen.

4. Eine Vertrauensperson, deren Angaben zur Beweisführung im Strafprozess genutzt werden sollen, muss zur Wahrung des Konfrontationsrechts des Angeklagten grundsätzlich in der Hauptverhandlung vernommen und durch die Verteidigung konfrontativ befragt werden können.

II. TATPROVOKATION

1. Es wäre entsprechend der geltenden Rechtsprechung des EGMR das gesetzliche Verbot der Tatprovokation zu begrüßen.

2. Soweit die geplante gesetzliche Regelung davon auszugehen scheint, dass es Sachverhaltskonstellationen gibt, in denen eine unzulässige, aber (noch) nicht rechtsstaatswidrige Tatprovokation vor-

liegt, findet dies in der Rechtsprechung des EGMR keine Grundlage. Wenn nach den Kriterien des EGMR eine Tatprovokation vorliegt, dann ist sie rechtsstaatswidrig und sollte als Rechtsfolge zwingend ein Verfahrenshindernis nach sich ziehen.

3. Soweit die geplante gesetzliche Regelung § 110c Abs. 3 StPO-E für die Annahme eines Verfahrenshindernisses voraussetzt, dass verdeckte Ermittler oder Vertrauenspersonen »in einer dem Staat zurechenbaren Art und Weise« die Begehung einer Straftat provoziert haben, so ist diese zusätzliche Voraussetzung für die Annahme eines Verfahrenshindernisses entschieden abzulehnen: Der staatliche Auftrag des Einsatzes einer Vertrauensperson und/oder eines verdeckten Ermittlers begründet zwangsläufig die Zurechenbarkeit deren Handelns.

III. DOKUMENTATION DES ERMITTLUNGSVERFAHRENS

1. Wir fordern die verpflichtende und lückenlose Dokumentation polizeilicher Ermittlungshandlungen.

2. Wir sehen dabei im Sinne der Wahrheitsfindung insbesondere die Notwendigkeit, polizeiliche Zeugen- oder Beschuldigtenvernehmungen grundsätzlich audiovisuell, zumindest aber akustisch aufzuzeichnen.

3: BEFANGENHEIT, AUSSETZUNG, UNTERBRECHUNG – WIRKSAME ANTRÄGE IN UMFANGSVERFAHREN?!

1. Die 2019/2020 eingeführte Änderung des Befangenheitsrechts dahingehend, dass ein Ablehnungsgesuch den weiteren Hauptverhandlungsverlauf nicht unterbricht, sondern bis zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch unter Mitwirkung des abgelehnten Richters weitergeht, sollte rückgängig gemacht werden. Es ist für den Angeklagten eine Zumutung, dass ein Richter weiter Einfluss auf die Beweisaufnahme und damit auf den Gang der Hauptverhandlung nimmt, den der Angeklagte möglicherweise zu Recht für voreingenommen hält.

2. Aktuell ist die Ablehnung eines Sachverständigen im Ermittlungsverfahren nach herrschender Meinung nicht zulässig, weil der Sachverständige noch nicht vom Gericht ernannt wurde und die Sache noch nicht bei Gericht anhängig ist. Angesichts des erheblichen Einflusses des Sachverständigen auf den Ausgang des Strafverfahrens sollte es möglich sein, diesen schon im Ermittlungsverfahren abzulehnen und eine ggf. negative Entscheidung auch gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies gebietet einerseits der fair-trial-Grundsatz, andererseits werden hierdurch Verfahrensverzögerungen verhindert, die dadurch entstehen, dass erst nach erfolgreicher Ablehnung in der Hauptverhandlung ein neuer Sachverständiger beauftragt wird.

3. Die Anforderungen an die Aussetzung einer Hauptverhandlung sollten in Fällen, in denen der Sachverhalt im Ermittlungsverfahren nicht ausermittelt worden ist, geringer sein. In Umfangsverfahren ist die Tendenz dahingehend festzustellen, dass die Staatsanwaltschaften häufig schon vor einer Ausermittlung des Sachverhaltes die Verantwortung an das Gericht abgeben. In derartigen Fällen ist es nicht hinnehmbar, dass die Anforderungen an eine Verfahrensaussetzung sehr hoch sind. Hier müssen Ermittlungen in der Hauptverhandlung nachgeholt werden, die schon im Ermittlungsverfahren zu erledigen gewesen wären. Das ist so vom Gesetzgeber nicht intendiert und schränkt die Rechte der Verteidigung unverhältnismäßig ein.

4. Im Hinblick auf die Unterbrechungsregeln einer Hauptverhandlung wäre die Möglichkeit einer Hemmung der Unterbrechungsfristen bei Erkrankung von notwendig Beteiligten bereits ab vier oder fünf Verhandlungstagen förderlich. Dies würde auch die altersbedingte Erkrankungsanfälligkeit vieler Schöffen berücksichtigen. Die andernfalls durch die Aussetzung bedingte lange Verfahrensdauer und die zu wiederholende Beweisaufnahme führt unter Umständen zu einer starken Belastung der Gerichte, der Verteidigung und auch des unter Umständen sich in Untersuchungshaft befindenden Angeklagten.

4: FEHLURTEIL UND WIEDERAUFNAHME

Die möglichst wortgetreue Dokumentation der Hauptverhandlung ist alternativlos.

Der richterlichen Überzeugung müssen seitens der Strafverteidigung häufiger – vor allem auch naturwissenschaftliche – Fakten entgegen gesetzt werden. Hierzu muss sich die Verteidigung ohne prozessuale Hindernisse und strafrechtliche Risiken sachverständiger Hilfe bedienen können.

Es ist ein verstärkter Austausch zwischen Gericht/Staatsanwaltschaft/Polizei und Verteidigung, beispielsweise durch gemeinsame Fortbildungsveranstaltungen, erforderlich. Ausdrücklich einzubeziehen sind hierbei auch die Schöffen.

Die Erforschung und Aufarbeitung von strafgerichtlichen Fehlurteilen muss vorangetrieben werden.

Die Wiederaufnahme auch bei gravierenden Rechtsfehlern, die nicht zum Gegenstand der Revision gemacht worden sind, muss ermöglicht werden.

Die Landesgesetzgeber sind aufgefordert, die Strafjustizverwaltungen zu verpflichten, die Zahl und das Schicksal von Wiederaufnahmeanträgen umfassend zu erfassen und diese Daten den statistischen Landesämtern zu übermitteln.

5: KLIMA UND STRAFRECHT

Ziviler Ungehorsam bedeutet: eine politisch motivierte Regelverletzung, bei der Menschen nicht verletzt werden, die allerdings Kosten verursachen und über symbolische Akte hinausgehen darf. Er dramatisiert gesellschaftlich nicht hinreichend berücksichtigte Themen, die dem Erhalt universeller demokratischer Prinzipien verpflichtet sein müssen und als Beitrag zur Demokratisierung der bestehenden Ordnung interpretierbar sind. Er sollte unter diesen Voraussetzungen als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden.

Es ist historisch belegt, dass ziviler Ungehorsam Wirkung zeitigt. Er kann somit auch geeignet i.S.d. § 34 StGB sein. Die »Geeig-

netheit« des rechtfertigenden Notstandes gem. § 34 StGB hat eine demokratische Perspektive. Ob Widerstand legitim ist, darf deshalb nicht danach beurteilt werden, ob eine »allgemeine Wende zum Guten« ernsthaft Erfolg verspricht. Denn dadurch würde legitimer Widerstand von Anfang an auf einige wenige machtvolle Gruppen beschränkt werden. Der autoritäre Legalismus führt bei gesellschaftlichen Krisen nicht zu den dringend notwendigen Lösungen.

Obwohl der Gewaltbegriff des § 240 StGB in der Rechtsprechung abschließend entschieden worden scheint, gibt es gute Gründe, diesen Gewaltbegriff weiterhin zu diskutieren und seiner historischen Politisierung entgegenzuwirken.

Die Zweite-Reihe-Rechtsprechung ist eine juristisch nicht haltbare Fehlkonstruktion, die – ebenso wie die Vergeistigung des Gewaltbegriffs – auch auf historisch überkommenen Leitentscheidungen beruht.

Das Verhältnis von Nötigung mit Gewalt und friedlicher Versammlung ist dahingehend aufzulösen, dass eine Versammlung auch bei »Gewalt« i.S.d. § 240 StGB »friedlich« i.S.d. Art. 8 GG sein kann. Dies könnte gegen die derzeitige Auslegung des Gewaltbegriff in § 240 StGB sprechen.

Nötigung im Gewand des zivilen Ungehorsams mangelt es an der Verwerflichkeit. Fernziele dürfen nicht nur in der Strafzumessung, sondern auch bei der Beurteilung der Verwerflichkeit berücksichtigt werden.

Die Vorschrift des § 129 StGB richtete sich ursprünglich gegen politische Gruppierungen. § 129 StGB sollte dahingehend klargestellt werden, dass friedliche Proteste und Aktionen zivilen Ungehorsams bereits ihrem Wortlaut nach nicht erfasst sind. Dies würde auch dem europäischen Rahmenbeschluss entsprechen.

Das derzeitige Umweltstrafrecht ist durch seine Verhaftung in der Verwaltungsakzessorietät immer abhängig von Verwaltungsentscheidungen und Behördenhandeln. Dies führt einerseits zu erheblichen Herausforderungen für Verteidigung und betroffene Wirtschaftsakteure. Insoweit muss sichergestellt werden, dass Schäden durch übereiltes staatliches Handeln angemessen ausgeglichen werden, um rechtswidrige Existenzgefährdungen auszuschließen.

Andererseits wird so verhindert, dass sich das Umweltstrafrecht zuerst an Umweltschutzinteressen orientiert. Hieran ändert die neue EU-Umweltstrafrechtsrichtlinie bislang noch nichts. Daher muss überlegt werden, wie in Zukunft verhindert werden kann, dass Verwaltungsentscheidungen objektive Umweltzerstörungen ermöglichen und legalisieren können. Ob der Straftatbestand des Ökozids hierfür geeignet ist, ist mangels weltweit einheitlicher Auslegung derzeit noch zweifelhaft. In jedem Fall muss das Klimastrafrecht neu gedacht werden.

6: § 64 STGB – REFORM UND WAS NUN?

Am 26.07.2023 beschloss der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Überarbeitung des Sanktionsrechtes. Die in Art. 1 dieses Gesetzes enthaltene Novellierung von § 64 StGB sowie weiterer damit verbundener Vorschriften (§ 67 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 Satz 1 StGB; § 463 Abs. 6 Satz 3 StPO) trat am 01.10.2023 in Kraft.

Die Arbeitsgruppe hat sich insbesondere mit der Frage auseinandergesetzt, welche voraussichtlichen Folgen mit dieser Gesetzesänderung einhergehen werden

§ 64 n.F. StGB wird nach überwiegender Auffassung der Arbeitsgruppe wegen der deutlich verschärften Voraussetzungen zu einer Reduzierung der Zahl der gemäß § 64 StGB Untergebrachten um bis zu einem Drittel führen. Zwar ist anzunehmen, dass es für die forensischen Entziehungseinrichtungen zu einem entsprechenden Rückgang der Fallzahlen kommen wird. Bei den zukünftig untergebrachten Personen dürfte es sich jedoch um Patienten handeln, die deutlich schwerer erkrankt sind. Es ist nicht wahrscheinlich, dass die geringere Patientenzahl zu einer Verbesserung der Behandlungssituation bei gleichzeitiger Verringerung der Quote vorzeitiger Erledigungen führen wird.

Andererseits wird es durch die Novellierung des § 64 StGB n.F. zu einer spürbaren Mehrbelastung der Justizvollzugsanstalten kommen. Der Beratungs- und Behandlungsbedarf von Inhaftierten mit einer Substanzgebrauchsneigung, bei denen die Voraussetzungen für eine Unterbringungsanordnung gemäß § 64 StGB n.F. nicht mehr er-

füllt sind, wird überwiegend durch den Justizvollzug zu übernehmen sein. Im Kern wird dies dazu führen, dass der betroffene Personenkreis – trotz bestehende Suchtmittelproblematik – unbehandelt in Haft verbleiben wird, weil in Deutschland nur wenige Haftanstalten mit einer eigenständigen Suchtbehandlungsabteilung zur Verfügung stehen. Hinzu kommt, dass – zumindest in Niedersachsen – gleichzeitig die Zurückstellungen nach § 35 BtMG deutlich rückläufig sind, sodass eine notwendige suchtmittelbedingte Entwöhnungstherapie bei einer Vielzahl von behandlungsbedürftigen Personen zukünftig nicht mehr stattfinden wird.

Es steht zu befürchten, dass die eigentliche Intention des Gesetzgebers fiskalischer Natur war und nicht der Resozialisierung suchtmittelerkrankter Straftäter dient. Vielmehr sollte der Gesetzgeber einen Blick über den Tellerrand wagen: Das Schweizer System etwa verdeutlicht, dass eine ambulante und behandlungsorientierte Maßnahme umsetzbar ist und – mit Blick auf die geringen Rückfallquoten – offensichtlich auch funktioniert.

7: »SPRACHE UND RECHT«

Strafe ist Macht, das Strafverfahren ist in Form gebrachte Machtausübung.

Sprache ist ein Mittel der Machtausübung und auch des Machterhalts. Sprache kann ausgrenzen und zum Herrschaftsmittel werden.

Im Strafverfahren grenzt überbordende Fachsprache Verfahrensbeteiligte aus. Schöff*innen und insbesondere Angeklagte können oft dem Verfahren schon deshalb nicht folgen, weil der Sprachkodex der Jurist*innen ihnen Teilhabemöglichkeiten nimmt.

Gesetze, die kein*e Bürger*in mehr versteht oder die er/sie nicht einmal kennt, werden bei den Menschen keine Legitimation bekommen.

Die AG 7 fordert deshalb:

1. Gesetzestexte müssen klar und verständlich formuliert sein. »Versteckte Spezialnormen« sind zu reformieren und sollten in übergreifende Gesetzeswerke, zu denen jede*r Bürger*in barrierefrei Zugang hat, integriert werden.

2. Anklageschriften müssen in für juristische Laien verständlicher Sprache abgefasst werden. Nr. 110 RiStBV muss in der Realität zur Anwendung kommen. Unverständliche »Indem-Sätze« sind durch einfache Sachverhaltsschilderungen zu ersetzen.

3. §187 GVG muss geändert werden. Es muss eine Pflicht zur Beauftragung *vereidigter* Dolmetscher*innen normiert werden.

4. Die Beiordnung einer/s Verteidiger*in wegen der Schwere der Sach- und Rechtslage muss bereits dann erfolgen, wenn der/die (der Gerichtssprache mächtige) Beschuldigte sprachlich nicht in der Lage ist, den juristischen Sachverhalt zu erfassen. Hierbei ist auf die individuellen sprachlichen Fähigkeiten von Beschuldigten Rücksicht zu nehmen.

8: VERTEIDIGUNG IN AUSLIEFERUNGSVERFAHREN

Auch unter Geltung des Grundsatzes, dass auf die Einhaltung der Grundsätze der Rechtshilfe in Strafsachen sowie des Völkerrechts in dem um Auslieferung ersuchenden Staat grundsätzlich zu vertrauen ist, sind die zuständigen Gerichte im gerichtlichen Zulässigkeitsverfahren im Vorgriff auf eine Auslieferung verpflichtet (Art. 19 Abs. 4 GG), den entscheidungserheblichen Sachverhalt aufzuklären und etwaige Auslieferungshindernisse in hinreichender Weise, also in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig zu prüfen (BVerfG [K], Beschl. v. 8.12.2021 – 2 BvR 1282/21).

In diesem Rahmen hat zur Prüfung der Einhaltung der unabdingbaren Mindeststandards eine begrenzte Fremdrechts- und Verfahrenskontrolle im ersuchenden Staat zu erfolgen (ggf. auch des Prozessrechts), sobald durch entgegenstehende Tatsachen, etwa die Darlegung systemischer Defizite im Zielstaat, stichhaltige Gründe vorgebracht sind, nach denen im konkreten Fall eine beachtliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass in dem ersuchenden Staat diese Mindeststandards nicht beachtet werden.

Diplomatische Zusicherungen sollten nur dann die Eignung zugesprochen werden, Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer

Auslieferung auszuräumen, wenn neben den Mindestvoraussetzungen (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.2.2016 – 1 AK 4/16: namentliche Benennung der Haftanstalt; Art. 3 EMRK-konforme und konkret beschriebene Haftbedingungen; Erklärung des Auswärtigen Amtes/Außenministerium bzw. einer von dieser beauftragten Stelle) die Möglichkeit der Überprüfung der Einhaltung der Haftbedingungen durch deutsche Konsularbeamte vor Ort (BVerfG, Beschl. v. 2.2.2016 – 2 BvR 2486/15), von Monitoring-Besuchen (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.9.2023 – Ausl 301 AR 105/21) sowie des Besuchs von Ärzten bei Bedarf medizinischer Kontrolle (BVerfG, Beschl. v. 28.7.2016 – 2 BvR 1468/16) zugesichert werden.

In diesem Zusammenhang fordern wir die Festlegung von Fristen durch den Gesetzgeber, innerhalb derer die angeforderten Zusicherungen vorliegen müssen; fehlen sie, ist die Auslieferung zu versagen, jedenfalls aber der Haftbefehl aufzuheben. Zur Stärkung der Rechte des Betroffenen fordern wir zudem, dass eine Haftbeschwerde ermöglicht werden muss, um auch auf diesem Wege eine frühzeitige Trennung von Haftsituation und Auslieferung zu erreichen; das teils langwierige Auslieferungsverfahren kann auch ohne eine andauernde Inhaftierung weiter betrieben werden. Hierzu sind etwa Möglichkeiten der elektronischen Fußfessel/Hausarrest zu schaffen, wie es in anderen europäischen Ländern üblich ist (etwa in Italien). Die anstehende Reform des IRG sollte insgesamt dazu führen, dass die bestehenden Defizite im Rechtsschutz beseitigt und die Transparenz der Entscheidungen erhöht wird.

9: (DREI-)KLASSENJUSTIZ

Wir fordern:

- Die Entkriminalisierung von Schwarzfahren, Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen und anderer sogenannter Bagatelldelikte
- Die Schaffung einer bundesweiten Stiftung für Beschuldigte zur Einholung von Sachverständigengutachten für die Verteidigung etc. zur Verhinderung eines Ungleichgewichts zugunsten Besserdienender

- Eine Gerichtsbeobachtung in Verfahren mit unverteidigten Angeklagten zur Sicherung der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften
- Alternativen zur Geldauflage
- Die Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe

10: DOLMETSCHER

Der europäische Prozess zur Vereinheitlichung der Strafverfahrensstandards in den EU-Mitgliedsstaaten führte u.a. zu der Richtlinie 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren.

Die Richtlinie fordert neben der Kostenübernahme von Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen für das gesamte Strafverfahren auch die Sicherstellung von ausreichender Qualität, um faire Verfahren zu garantieren im Sinne des Artikel 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK. Ferner betont sie die Wichtigkeit von Fortbildungen für Richter, Staatsanwälte und Justizbedienstete mit Augenmerk auf das Dolmetschen, damit die Kommunikation effizienter und wirksamer gestaltet werden kann.

In Deutschland wurde zur Umsetzung der Richtlinie am 2. Juli 2013 das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren verabschiedet und führte zum Erlass des Gerichtsdolmetschergesetzes, das als Bundesgesetz die zuvor geltenden Ländergesetze ersetzt.

Die Umsetzung der Richtlinie ist defizitär, weil das europäische Ziel, eine möglichst hochwertige Verdolmetschung im Strafverfahren zu gewährleisten, nicht erreicht ist.

Die Einhaltung der Mindestqualitätsstandards ist schwer überprüfbar und wird durch die Prozessbeteiligten zu selten in den Blick genommen und beanstandet. Hier bedarf es der Sensibilisierung und Schulung von Verteidigern und Richtern. Letzteres sieht die Richtlinie vor, aber diese Forderung wurde nicht ins deutsche Gesetz aufgenommen. Auch für Verteidiger gibt es prozessuale Einflussmöglichkeiten.

Dolmetscher sind in mehrsprachigen Gerichtsverfahren schließlich meist die einzigen im Gerichtssaal, die den Beschuldigten verstehen und Äußerungen in der Fremdsprache werden nicht mit ins Protokoll aufgenommen.

Richter, Staatsanwälte oder Justizbedienstete können sich oft nur indirekt ein Bild von ihrer Leistung machen, denn sie verfügen über wenig Hintergrundwissen zum Dolmetschen oder Best-Practice-Beispiele zur Überprüfung von Sprachkenntnissen bzw. von Sprachverständnis.

Manche plädieren dafür, zur Qualitätssicherung immer zwei Dolmetscher einzusetzen, die sich gegenseitig kontrollieren und ggf. korrigieren können. Andere fordern, audiovisuelle Aufnahmen zum Standard zu machen.

Der Begriff des Dolmetschers ist nicht geschützt und unvereidigte Dolmetscher können im Wege der ad-hoc-Vereidigung zu Beginn der Hauptverhandlung tätig werden, obschon sie über die erforderliche Qualifikation verfügen. So werden die (ohnehin unzureichenden) Vorgaben des Gerichtsdolmetschergesetzes unterwandert. Hier müssen Verteidiger intervenieren und z.B. nach den fachlichen Kompetenzen fragen bzw. auf den Einsatz vereidigter Dolmetscher beharren.

Es bedarf eines Leitfadens für die Praxis, auf den sich Dolmetscher und Verteidiger gegenüber der Justiz beziehen können, um auf die Einhaltung der Qualitätsstandards und Arbeitsbedingungen (z.B. Pausen etc.) pochen zu können.

Herausgegeben von:

Baden-Württembergische Strafverteidiger e.V.

Initiative Bayerischer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V.

Vereinigung Berliner Strafverteidiger*innen e.V.

Hamburger Arbeitsgemeinschaft für Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V.

Vereinigung Hessischer Strafverteidiger*innen e.V.

Schleswig-Holsteinische Strafverteidigervereinigung e.V.

Strafrechtsausschuss des Kölner Anwalt Verein e.V.

Strafverteidigerinnen- und Strafverteidigerverein Mecklenburg-Vorpommern e.V.

Vereinigung Niedersächsischer und Bremer Strafverteidigerinnen und Strafverteidiger e.V.

Strafverteidigervereinigung NRW e.V.

Strafverteidiger Sachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen