

# **Bericht der Expertenkommission**

**zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung  
des allgemeinen Strafverfahrens und  
des jugendgerichtlichen Verfahrens**



## Impressum

### Redaktion

Bundesministerium der Justiz und  
für Verbraucherschutz (BMJV)

### Bildnachweis

Titelbild (shutterstock)

### Herausgeber

Bundesministerium der Justiz und  
für Verbraucherschutz  
Referat R B 2  
Mohrenstraße 37  
10117 Berlin  
[www.bmjv.bund.de](http://www.bmjv.bund.de)

### Stand

Oktober 2015

**Bericht der Expertenkommission**  
zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung  
des allgemeinen Strafverfahrens und  
des jugendgerichtlichen Verfahrens

Berlin, Oktober 2015



---

**Inhaltsverzeichnis**

---

Einleitung .....	1
Empfehlungen der Expertenkommission .....	15
Begründung der Kommissionsempfehlungen.....	27
A. Ermittlungsverfahren .....	27
1. Partizipatorisches Ermittlungsverfahren.....	27
1.1 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen.....	27
1.2 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei einzelnen Beweiserhebungen.....	30
1.3 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen; Belehrung durch Sachverständige.....	33
1.4 Anhörung des Beschuldigten vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen .....	36
1.5 Zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme nach § 127 Absatz 2 StPO („Pflichtverteidiger der ersten Stunde“).....	39
1.6 Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren .....	43
1.7 Einbeziehung von Anbahnungsgesprächen zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten in den Schutzbereich des § 148 StPO.....	47
2. Beschuldigtenstatus und -begriff .....	51
3. Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht .....	54
3.1 Ausdrückliche Normierung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis .....	54
3.2 Erscheinungspflicht von Zeugen bei der Polizei.....	57
3.3 Abschaffung des Richtervorbehalts für Blutprobenentnahmen in § 81a Absatz 2 StPO.....	60
3.4 Abschaffung des Richtervorbehalts in anderen Bereichen .....	64
4. Dokumentation des Ermittlungsverfahrens .....	67
5. Einzelmaßnahmen .....	73

---

5.1	Quellen-Telekommunikationsüberwachung .....	73
5.2	Neuausrichtung des Katalogs des § 100a Absatz 2 StPO .....	77
5.3	Gesetzliche Regelung des Einsatzes von V-Personen .....	80
6.	Gesetzliche Regelung des Verbots der Tatprovokation.....	84
7.	Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden .....	88
B.	Zwischenverfahren.....	93
8.	Stärkung des Zwischenverfahrens.....	93
C.	Besondere Verfahrensarten .....	102
9.	Schriftliche Verfahren .....	102
10.	Privatklage .....	108
D.	Hauptverhandlung .....	110
11.	Recht der Befangenheitsanträge.....	110
12.	Transparente und kommunikative Hauptverhandlung.....	113
12.1	Nichtöffentlicher Erörterungstermin zur Vorbereitung der Hauptverhandlung bei umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht .....	113
12.2	Eröffnungserklärung des Angeklagten oder seines Verteidigers.....	115
12.3	Kommunikation in der Hauptverhandlung.....	118
12.4	Hinweispflicht des Gerichts nach § 265 StPO.....	125
12.5	Strafzumessungsrelevante Feststellungen zur Person des Angeklagten.....	127
13.	Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung .....	128
13.1	Einführung einer audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten.....	128
13.2	Audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen in amtsgerichtlichen Verfahren ..	134
14.	Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung.....	135
14.1	Erweiterte Verlesungsmöglichkeit für nichtrichterliche Vernehmungsprotokolle.....	135
14.2	Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Zeugenvernehmung.....	137

---

14.3	Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung .....	139
14.4	Erweiterte Verlesungsmöglichkeit für ärztliche Atteste.....	140
14.5	Mitteilung des wesentlichen Inhalts von Urkunden bei Selbstleseverfahren .....	142
15.	Beweisantragsrecht.....	143
16.	Bündelung der Nebenklagevertretung in der Hauptverhandlung.....	146
17.	Besetzung der großen Strafkammern.....	148
E.	Rechtsmittelverfahren.....	151
18.	Berufung und Sprungrevision.....	151
19.	Wahlrechtsmittel.....	153
20.	Revisionsbegründungsfrist.....	155
21.	Prüfung von Verfahrenshindernissen im Revisionsverfahren.....	157
22.	Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft .....	159
23.	Schriftliches Revisionsverfahren .....	162
24.	Verfahrenseinstellung nach Erfüllung von Auflagen und Weisungen im Revisionsverfahren .....	166
25.	Recht der Wiederaufnahme .....	168
F.	Strafvollstreckung .....	171
26.	Zuständigkeitskonzentration bei der sogenannten großen Strafvollstreckungskammer .....	171
G.	Jugendstrafverfahren.....	173
27.	Jugendstrafverfahrensrecht; Anwendung der Empfehlungen der Expertenkommission auf das Jugendstrafverfahren .....	173



---

## Einleitung

---

### I. Auftrag der Expertenkommission

*„Wir wollen das allgemeine Strafverfahren und das Jugendstrafverfahren unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze effektiver und praxistauglicher ausgestalten. Dazu wird eine Expertenkommission bis zur Mitte dieser Wahlperiode Vorschläge erarbeiten.“*

Mit diesem Auftrag aus dem Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 18. Legislaturperiode hat der 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. Den Vorsitz führte die Leiterin der Abteilung Rechtspflege im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Frau Ministerialdirektorin Marie Luise Graf-Schlicker.

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.

### II. Arbeit der Expertenkommission

Von Juli 2014 bis September 2015 hat sich die Expertenkommission zu acht Sitzungen im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz zusammengefunden. In der Auftaktsitzung hat sie aus den Vorschlägen ihrer Mitglieder ihr Arbeitsprogramm zusammengestellt. Konkrete inhaltliche Vorgaben wurden ihr dabei nicht gemacht. In sieben weiteren

jeweils zweitägigen Arbeitssitzungen hat die Expertenkommission die Fragestellungen anhand von schriftlichen Gutachten ihrer Mitglieder beraten. Die Gutachten sowie die Protokolle der Arbeitssitzungen sind dem Bericht als Anlagenband I und II beigelegt.

Auf der Grundlage ihrer Beratungen hat die Expertenkommission die in diesem Bericht dargestellten Empfehlungen formuliert und begründet. Diese Empfehlungen sind getragen von der Mehrheit der 21 stimmberechtigten Mitglieder der Expertenkommission aus der Wissenschaft, der juristischen Praxis und den Landesjustizverwaltungen. Stimmenthaltungen wurden bei positiv gefassten Empfehlungen wie eine Nein-Stimme, bei negativ gefassten Empfehlungen wie eine Ja-Stimme gezählt. Die Mitglieder aus dem Bundesministerium des Innern und dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz haben sich an den Abstimmungen nicht beteiligt. Die Abstimmungsergebnisse sind bei den Empfehlungen jeweils angegeben (ja/nein/Enthaltung).

### **III. Leitlinien der Kommissionsempfehlungen**

Die Empfehlungen der Expertenkommission beruhen auf der Überzeugung, dass eine Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Verfahrens durch Beschleunigungen und Verfahrensvereinfachungen stets unter Wahrung der Rechte aller Verfahrensbeteiligten erfolgen muss. Ziel des Strafverfahrens muss die bestmögliche Wahrheitsfindung sein.

Leitlinien der Empfehlungen zur Effektivierung des Strafverfahrensrechts sind vor diesem Hintergrund die Optimierung des Wahrheitsfindungsprozesses mit Hilfe moderner Technik, die Förderung von Transparenz und Kommunikation in der Verhandlungsführung, die Stärkung der Beschuldigtenrechte sowie die Beschleunigung von Verfahrensabläufen.

#### **1. Optimierung der Wahrheitsfindung durch Dokumentation; Transparenz und Kommunikation**

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.

Kontrovers diskutiert hat die Expertenkommission außerdem, ob die audiovisuelle Dokumentation auch für erstinstanzliche Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten eingeführt werden sollte. Eine konkrete Regelungsempfehlung hat sie auch mit Blick auf die Auswirkungen auf das Revisionsverfahren, die aus Zeitgründen in der Kommission nicht abschließend geklärt werden konnten, nicht abgegeben. Sie empfiehlt aber, die Einführung der audiovisuellen Dokumentation von Hauptverhandlungen unter besonderer Berücksichtigung dieser Problematik sowie des Schutzes der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten näher zu prüfen (vgl. Empfehlung 13.1).

Der verstärkte Rückgriff auf audiovisuelle Aufzeichnungen von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen kann nicht nur den Prozess der Wahrheitsfindung optimieren. Er trägt vielmehr auch zur Transparenz der Verfahren bei. Damit berühren die Vorschläge ein weiteres Ziel, das den Empfehlungen der Expertenkommission zugrunde liegt: die Förderung einer transparenten und kommunikativen Verhandlungsführung. Die Expertenkommission knüpft hierbei an die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts an, dass eine offene, kommunikative Verhandlungsführung der Verfahrensförderung dienlich kann sein und daher heute eine selbstverständliche Anforderung an eine sachgerechte Prozessleitung darstellt (vgl. Beschluss vom 19. März 2013, 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168 Rn 106).

Die Grundlagen für eine solche Verfahrensführung sind in der Strafprozessordnung bereits verankert, beispielsweise mit der Möglichkeit des § 257b StPO, den Verfahrensstand in der

Hauptverhandlung mit den Verfahrensbeteiligten zu erörtern. Hierzu hat die Expertenkommission anhand zahlreicher Vorschläge die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen ausgelotet, diese Prinzipien der Transparenz und der Kommunikation mit dem Ziel effizienter Verfahren unter Einbindung aller Verfahrensbeteiligten und insbesondere unter Stärkung der Subjektstellung des Beschuldigten weiter zu optimieren. Sie empfiehlt in diesem Rahmen die Einführung eines nichtöffentlichen Erörterungstermins zur Vorbereitung der Hauptverhandlung bei umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht (vgl. Empfehlung 12.1), die Möglichkeit für die Verteidigung, eine Eröffnungserklärung abzugeben (vgl. Empfehlung 12.2) sowie eine Erweiterung der gerichtlichen Hinweispflicht nach § 265 StPO (vgl. Empfehlung 12.4). Eine Grenze für die Förderung kommunikativer und transparenter Verfahrensführung sieht die Expertenkommission aber dort, wo Verpflichtungen geschaffen würden, die das erkennende Gericht in seiner Überzeugungsbildung behindern und damit den Prozess der Wahrheitsfindung gefährden würden. Daher empfiehlt die Expertenkommission nicht, das Gericht etwa zur Abgabe vorläufiger Einschätzungen zur Beweisaufnahme oder zur Durchführung von Rechtsgesprächen zu verpflichten (vgl. Empfehlung 12.3).

## **2. Stärkung der Beschuldigtenrechte**

Zur Stärkung der Rechte von Beschuldigten empfiehlt die Expertenkommission für das Ermittlungsverfahren, dass dem Verteidiger des Beschuldigten ein Anwesenheitsrecht auch bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen, bei Tatortrekonstruktionen und bei Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten eingeräumt werden sollte (vgl. Empfehlungen 1.1 und 1.2), dass der Beschuldigte vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen in der Regel angehört werden sollte (vgl. Empfehlung 1.4), dass dem Beschuldigten das Recht eingeräumt werden sollte, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen (vgl. Empfehlung 1.6) und dass mündlicher Verkehr im Anbahnungsstadium zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten in den Schutzbereich des § 148 StPO einbezogen werden sollte (vgl. Empfehlung 1.7).

Um den Grundrechtsschutz des Betroffenen zu stärken, sollte eine Rechtsgrundlage für die Quellen-Telekommunikationsüberwachung geschaffen werden (vgl. Empfehlung 5.1). Ebenso spricht sich die Expertenkommission für gesetzliche Regelungen zum Einsatz von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen (V-Personen) und zum Verbot der Tatprovokation aus (vgl. Empfehlungen 5.3 und 6).

### 3. Verfahrensbeschleunigung

Zudem empfiehlt die Expertenkommission zahlreiche Änderungen gesetzlicher Regelungen, um Strafverfahren unter Wahrung der Rechte aller Beteiligten zu beschleunigen und zu vereinfachen und damit effizienter durchführen zu können.

Für das Ermittlungsverfahren empfiehlt sie die Einführung einer Erscheinspflicht von Zeugen bei der Polizei, wenn der polizeilichen Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt (vgl. Empfehlung 3.2). Der Richtervorbehalt bei Blutprobenentnahmen im Bereich der Straßenverkehrsdelikte sollte abgeschafft werden und die regelmäßige Anordnungsbefugnis auf die Staatsanwaltschaft übergehen (vgl. Empfehlung 3.3). Die Möglichkeiten, zivil- oder verwaltungsrechtliche Vorfragen vor Anklageerhebung im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg klären zu lassen, sollte moderat erweitert werden (vgl. Empfehlung 7).

Auch das Zwischenverfahren ist aus Sicht der Expertenkommission ein Verfahrensabschnitt, dessen Stärkung zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen kann. Sie hat dazu verschiedene Maßnahmen erörtert, die im Einzelnen nicht vertieft werden konnten. Deshalb empfiehlt sie, näher zu prüfen, durch welche Maßnahmen eine Stärkung des Zwischenverfahrens erreicht werden könnte (vgl. Empfehlung 8).

Um Verfahrensverzögerungen zu Beginn einer Hauptverhandlung effizienter begegnen zu können, empfiehlt die Expertenkommission, künftig bei kurzfristig angebrachten Ablehnungsgesuchen gegen einen erkennende Richter die Verlesung der Anklage noch zu ermöglichen (vgl. Empfehlung 11). Im Laufe der Hauptverhandlungen könnten Beschleunigungseffekte erreicht werden durch die Empfehlungen der Expertenkommission zum erweiterten Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung (vgl. Empfehlung 14.1 bis 14.5) und durch die Empfehlung, dem Vorsitzenden die Möglichkeit einzuräumen, nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisaufnahmen zu bestimmen (vgl. Empfehlung 15).

Ebenfalls der Förderung einer effizienten Verfahrensführung dient die Empfehlung, dem Vorsitzenden in Ausnahmefällen zu ermöglichen, Gruppen von Nebenklägern zu bilden und diesen für die Vertretung in der Hauptverhandlung einen Gruppenrechtsbeistand beizuord-

nen. Voraussetzung hierfür sollte aber sein, dass eine solche Bündelung aufgrund des Umfangs des Verfahrens und der Anzahl der Nebenkläger zur Durchführung einer effizienten Hauptverhandlung notwendig ist (vgl. Empfehlung 16).

Im Revisionsverfahren sollte die Staatsanwaltschaft zur Abgabe einer Gegenerklärung gesetzlich verpflichtet werden, wenn Verfahrensrügen erhoben wurden und soweit dadurch die Prüfung der Revisionsbeschwerde erleichtert wird (vgl. Empfehlung 22). Auch sollten Einstellungen nach Erfüllung von Auflagen und Weisungen im Revisionsverfahren möglich werden (vgl. Empfehlung 24).

Schließlich sollte auch im Strafvollstreckungsverfahren eine Verfahrenserleichterung durch die Konzentration der Zuständigkeit bei der sogenannten großen Strafvollstreckungskammer eingeführt werden (vgl. Empfehlung 26).

#### **IV. Weitere Anregungen und Erörterungen der Expertenkommission**

Der zeitliche Rahmen der Arbeiten der Expertenkommission war durch ihren Auftrag aus dem Koalitionsvertrag – die Erarbeitung von Vorschlägen bis zur Mitte der 18. Wahlperiode des Deutschen Bundestages – eng begrenzt. Das Programm der Expertenkommission, die Vorschläge zur Effektivierung aller Verfahrensstadien vom Ermittlungsverfahren bis zum Vollstreckungsverfahren erörtert hat, war damit ambitioniert. Einige Themen konnten in diesem Rahmen nicht abschließend erörtert werden. Die Expertenkommission regt aber an, einzelne dieser Fragestellungen in anderem Rahmen weiter zu verfolgen.

## 1. Beweisverwertungsverbote

Dies betrifft zunächst die Thematik der Beweisverwertungsverbote. Hier empfiehlt die Expertenkommission eine grundlegende Prüfung, ob und inwieweit eine umfassende Kodifikation geboten ist. In diesem Rahmen könnte nach Ansicht der Expertenkommission auch geprüft werden, ob es angezeigt ist, die von der Rechtsprechung entwickelte sogenannte Widerspruchslösung, nach der der verteidigte Angeklagte der Verwertung eines Beweises bei einem zu seinen Gunsten vorliegenden Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren widersprechen muss, durch eine Zustimmungslösung zu ersetzen. Nach einer solchen Lösung sollten Beweise, die einem zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Verwertungsverbot unterliegen, dem Urteil nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung zugrunde gelegt werden können (vgl. hierzu den Gesetzentwurf der Bundesrechtsanwaltskammer für die Einführung einer Zustimmungslösung als Alternative zu der von der Rechtsprechung entwickelten Widerspruchslösung bei zu Gunsten des Angeklagten bestehenden Beweisverwertungsverböten, Stellungnahme Nr. 17, 24. April 2012).

## 2. Beweisaufnahme

Weiterhin hat die Expertenkommission zum Beweisrecht den ‚Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme‘ (Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, abgedruckt in GA 2014, S. 1-72) erörtert. Dieser stellt ein Modell zur Neuregelung des Beweistransfers aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung dar. Anders als das geltende Recht geht der Entwurf nicht mehr von der Annahme aus, dass die unmittelbare Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung anderen Möglichkeiten der Beweiserhebung prinzipiell überlegen ist. Ob die persönliche Vernehmung einer Beweisperson in der Hauptverhandlung erfolgt oder ob ein Vernehmungssurrogat eingeführt wird, soll sich vielmehr nach der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts und dem Beweisanspruchsrecht richten. Fällt die Entscheidung nach diesem Maßstab zugunsten der Einführung eines Vernehmungssurrogates aus, soll dem Gericht hierfür eine gesetzliche Rangfolge vorgegeben werden: Die Vorführung einer audiovisuellen Aufzeichnung der früheren Aussage soll Vorrang vor einer Niederschrift über die frühere Aussage haben. Eine solche Verlesung wiederum soll gegenüber der Vernehmung einer anderen Person über den Inhalt der früheren Aussage vorrangig sein.

Diesen tiefgreifenden und umfassenden Alternativ-Entwurf konnte die Expertenkommission nicht in all seinen Facetten, sondern lediglich in seinen Grundzügen erörtern.

Für diesen Entwurf spricht dabei nach Ansicht der Expertenkommission, dass Doppelungen der Beweisaufnahme, beispielsweise durch die Vernehmung eines Zeugen sowohl im Ermittlungsverfahren als auch in der Hauptverhandlung, vermieden werden können. In solchen Situationen entstehen zwei Beweismittel unterschiedlichen Gegenstands, deren Qualität nicht abstrakt bestimmbar ist. Vielmehr kann es von den Umständen des Einzelfalls abhängen, ob für den Richter der persönliche Eindruck vom Zeugen oder die zeitliche Nähe der Aussage zur Tat von entscheidender Bedeutung ist. Darüber hinaus spiegeln sich die heutigen Möglichkeiten zur audiovisuellen Aufzeichnung von Vernehmungen in den §§ 249 ff. StPO nicht wider. Durch die Stärkung der Verwertbarkeit audiovisueller Aufzeichnung in der Hauptverhandlung könnten aber auch Anreize geschaffen werden, im Ermittlungsverfahren auf diese Art der Dokumentation zurückzugreifen.

Im Laufe der Erörterungen der Expertenkommission wurden aber auch grundlegende Bedenken gegen die vom Alternativ-Entwurf vorgeschlagenen strukturellen Änderungen geltend gemacht. Insbesondere erscheint es fraglich, eine Doppelung der Beweisaufnahme – beispielsweise die Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren und in der Hauptverhandlung – tatsächlich als Schwäche des geltenden Rechts einzustufen. Zuweilen liegt hierin vielmehr der Sinn der Hauptverhandlung. Die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens sollen kritisch überprüft und die Wahrheitsfindung soll abgesichert werden. Wird hingegen die Hauptverhandlung auf die Wiedergabe der Ermittlungsergebnisse verkürzt, besteht in der Hauptverhandlung eben diese Möglichkeit der kritischen Überprüfung nicht mehr. Die Zunahme von Perseveranzeffekten und Wahrnehmungsdefiziten wäre zu befürchten; die Hauptverhandlung würde deutlich an Bedeutung verlieren.

Darüber hinaus erscheint fraglich, inwieweit das vorgeschlagene neue Konzept zu einer Beschleunigung und Effektivierung der Strafverfahren beitragen könnte. Im Rahmen des vorgesehenen Beweisantragsrechts wären langwierige Auseinandersetzungen über die Erforderlichkeit und die Erzwingbarkeit der unmittelbaren Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen zu befürchten. Fraglich ist zudem, ob ein unverteidigter Beschuldigter in der Lage wäre, sein Beweisantragsrecht auf Durchführung einer unmittelbaren Vernehmung etwa

eines Zeugen sachgerecht auszuüben. Auch würde es durch die verstärkte Einführung von Vernehmungssurrogaten der Öffentlichkeit erschwert, die Entscheidungsfindung des Gerichts nachzuvollziehen. Die Transparenz der Verfahren könnte damit Schaden nehmen.

Die Expertenkommission spricht vor diesem Hintergrund keine Empfehlung zu dem Alternativ-Entwurf als Ganzem aus. Sie empfiehlt vielmehr punktuelle Änderungen zum Beweis-transfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung (vgl. Empfehlungen 14.1 bis 14.5).

### **3. Tat- oder Schuldinterlokut**

Nicht abschließend diskutieren konnte die Expertenkommission die Frage, ob ein Tat- oder Schuldinterlokut eingeführt werden sollte.

Beim sogenannten Tat- oder Schuldinterlokut handelt es sich um ein Modell einer zweigeteilten Hauptverhandlung. Beim Tatinterlokut erfolgt die Zweiteilung in eine Beweisaufnahme, in der es um die Frage geht, ob der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat begangen hat. Kommt das Gericht am Ende dieses Teils zu dem Ergebnis, dass der Angeklagte nicht verurteilt werden kann, endet das Verfahren mit einem auf Freispruch oder Einstellung lautenden Urteil. Sonst erlässt das Gericht im Beschlusswege einen sogenannten Zwischenentscheid, der nicht isoliert anfechtbar ist. Die enthaltenen tatsächlichen Feststellungen können – bei konsequenter Umsetzung des Modells – im weiteren Verfahren nicht durch Beweisangebote angegriffen werden. Im zweiten Teil, der sogenannten Rechtsfolgenverhandlung, geht es um die Frage, welche Sanktionen oder Maßregeln als Reaktion auf die festgestellte Tat notwendig sind. Das Schuldinterlokut unterscheidet sich vom Tatinterlokut dadurch, dass auch Fragen der Schuldfähigkeit im ersten Teil der zweigeteilten Hauptverhandlung erörtert werden.

Bei einer vertieften Diskussion eines solchen Ansatzes wäre aus Sicht der Expertenkommission zu berücksichtigen, dass eine solche Verfahrensstruktur dazu führen könnte, dass Fragen der Strafzumessung mehr Gewicht zukommt. In der Praxis wird diesen Erwägungen häufig wenig Bedeutung zugemessen; textbausteinartige Erwägungen sind nicht selten. Eine Zweiteilung der Hauptverhandlung könnte der Erörterung der Rechtsfolgen der Tat den Raum geben, den sie nach der Vorstellung des Gesetzes haben muss. Dies ist insbesondere in den

Verfahren von Bedeutung, in denen die Tatvorwürfe Straftaten mit erheblichen Strafzumessungsspielräumen betreffen.

Darüber hinaus könnte eine Zweiteilung der Hauptverhandlung die Verteidigung des Angeklagten in den Fällen stärken, in denen diese auf einen Freispruch zielt. Denn in aller Regel verzichtet die Verteidigung derzeit in diesen Fällen weitgehend auf den Vortrag von Strafzumessungsargumenten und deren Unterstützung durch Beweisanträge, um eine Schwächung der „Haupt“-Richtung der Verteidigung durch „Hilfs“-Vorbringen und -Beweisanträge zu vermeiden. Im Falle einer zweigeteilten Hauptverhandlung könnte es für den Angeklagten demgegenüber leichter sein, sich im zweiten Verfahrensabschnitt, sei es auch nur hilfsweise, auf eine Erörterung von Rechtsfolgensichtspunkten einzulassen.

Nach Ansicht der Expertenkommission wären bei einer vertieften Diskussion des Themas aber auch gewichtige Bedenken zu berücksichtigen. So erscheint eine generelle Zweiteilung der Hauptverhandlung nicht für alle Verfahren sinnvoll. Dies gilt insbesondere für amtsgerichtliche Verfahren im Bereich der Bagatelldelinquenz. Hier besteht auch die Gefahr einer Überlastung der Amtsgerichte bei ausnahmsloser Einführung einer entsprechenden zweigeteilten Prozessstruktur. Darüber hinaus müsste die Problematik der sogenannten doppelrelevanten Tatsachen im Blick behalten werden, die dazu führen kann, dass eine formelle Zweiteilung der Hauptverhandlung eine Doppelung der Beweisaufnahme nach sich zieht. Ebenfalls müsste in die Überlegungen einbezogen werden, wie eine solche neue Verfahrensgestaltung mit den Regelungen zur Verständigung harmonisieren könnte. Denn hier sind Tatfragen und Fragen der Strafzumessung von Anfang an verknüpft.

Speziell für das Jugendstrafrecht wäre zudem zu bedenken, dass Unklarheiten über die Tat- und Schuldfrage hier eher selten sind und die Sanktionierung am Erziehungsgedanken und damit weniger an der Schuld orientiert ist. Darüber hinaus bietet das Jugendstrafverfahren bereits hinreichende Möglichkeiten flexibler Verfahrensgestaltung, in deren Rahmen eine informelle Trennung von Schuldfrage und Rechtsfolgenfindung schon durch die Einbeziehung der Jugendgerichtshilfe, deren Bericht sich auf den letzteren Aspekt konzentriert, oftmals stattfindet.

## V. Mitglieder der Expertenkommission

Der Expertenkommission unter dem Vorsitz der Leiterin der Abteilung Rechtspflege im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Frau Ministerialdirektorin Marie Luise **Graf-Schlicker**, gehörten Vertreterinnen und Vertreter der Wissenschaft und der juristischen Praxis sowie Expertinnen und Experten aus den Landesjustizverwaltungen, dem Bundesministerium des Innern und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz an.

Mit dieser Zusammensetzung der Expertenkommission konnte gewährleistet werden, dass die erörterten Fragestellungen unter Berücksichtigung aller Interessen und Perspektiven beleuchtet wurden.

Aus Wissenschaft, juristischer Praxis und Landesjustizverwaltungen gehörten der Expertenkommission an:

- Frau Prof. Dr. Katharina **Beckemper**, Universität Leipzig
- Herr Vorsitzender Richter am Landgericht Stefan **Caspari**, Deutscher Richterbund e.V.
- Herr Prof. Dr. Robert **Esser**, Universität Passau
- Frau Prof. Dr. Theresia **Höynck**, Deutsche Vereinigung für Jugendgerichte und Jugendgerichtshilfen e.V.
- Herr Ministerialdirigent Heinz-Leo **Holten**, Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen
- Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander **Ignor**, Bundesrechtsanwaltskammer
- Herr Leitender Oberstaatsanwalt Dr. Axel **Isak**, Staatsanwaltschaft Baden-Baden
- Herr Richter am Oberlandesgericht Prof. Dr. Matthias **Jahn**, Goethe-Universität Frankfurt am Main
- Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan **König**, Deutscher Anwaltverein e.V.
- Herr Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof Dr. Matthias **Krauß**, Bundesanwaltschaft
- Herr Leitender Ministerialrat Dr. Jochen **Müller**, Hessisches Ministerium der Justiz
- Herr Richter am Bundesgerichtshof Dr. Norbert **Mutzbauer**, Bundesgerichtshof
- Herr Prof. Dr. Cornelius **Nestler**, Organisationsbüro Strafverteidigervereinigungen
- Herr Prof. Dr. Heribert **Ostendorf**, Universität Kiel
- Herr Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Henning **Radtke**, Bundesgerichtshof

- Herr Prof. Dr. Thomas **Rönnau**, Bucerius Law School Hamburg
- Herr Oberstaatsanwalt Johannes **Schmengler**, Staatsanwaltschaft Koblenz
- Frau Ministerialrätin Stefanie **von Strünk**, Bayerisches Staatsministerium der Justiz (1. bis 5. Sitzung);
- Herr Regierungsdirektor Dr. Marc **Meyer**, Bayerisches Staatsministerium der Justiz (6. bis 8. Sitzung)
- Frau Prof. Dr. Sabine **Swoboda**, Ruhr-Universität Bochum
- Herr Richter am Amtsgericht StVDir Ulf **Thiele**, Neue Richtervereinigung e.V
- Herr Richter am Oberlandesgericht Marc **Wenske**, Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg

Das Bundesministerium des Innern war mit den folgenden Mitgliedern in der Expertenkommission vertreten:

- Herr Ministerialdirigent Arne **Schatmann**
- Frau Staatsanwältin Dr. Susanne **Wollmann**

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz war mit den folgenden Mitgliedern in der Expertenkommission vertreten:

- Frau Ministerialdirektorin Marie Luise **Graf-Schlicker**
- Herr Ministerialdirigent Dr. Matthias **Korte**
- Herr Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof Oliver **Sabel**
- Frau Regierungsdirektorin Dr. Monika **Becker** (ab 2. Sitzung);
- Herr Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof Martin **Engers** (1. Sitzung)
- Herr Ministerialrat Dr. Michael **Gebauer**
- Herr Staatsanwalt Christian **Meiners**
- Frau Oberregierungsrätin Dr. Felicitas **Wannek**
- Herr Staatsanwalt Dr. Antonio **Esposito** (1.bis 6. Sitzung);
- Frau Richterin Dr. Susanne **Claus** (ab 7. Sitzung)

Als Vertreterinnen oder Vertreter eines Mitglieds der Expertenkommission haben an einzelnen Sitzungen teilgenommen:

- Herr Oberstaatsanwalt Dr. Christian **Burr**, Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen

- Herr Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer **Hamm**, Deutscher Anwaltverein e.V.
- Herr Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof Marcus **Köhler**, Bundesanwaltschaft
- Herr Rechtsanwalt Dr. Ali B. **Norouzi**, Deutscher Anwaltverein e.V.
- Frau Richterin am Amtsgericht Johanna **Paulmann-Heinke**, Neue Richtervereinigung e.V.
- Herr Rechtsanwalt Dr. habil. Helmut **Pollähne**, Organisationsbüro Strafverteidigervereinigungen
- Herr Prof. Dr. Reinhold **Schlothauer**, Bundesrechtsanwaltskammer
- Herr Oberstaatsanwalt Dr. Michael **Sommerfeld**, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Die Geschäftsstelle der Expertenkommission wurde von Herrn Meiners geleitet, der durch Frau Assessorin Dr. Hannah **Stoffer** und Herrn Julius **Henneberg** unterstützt wurde.



---

## Empfehlungen der Expertenkommission

---

### A. Ermittlungsverfahren

#### 1. Partizipatorisches Ermittlungsverfahren

##### 1.1 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen

Dem Verteidiger sollte die Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten gestattet werden. Ihm sollte dabei ein Fragerecht zustehen.

17:4:0

##### 1.2 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei einzelnen Beweiserhebungen

Bei Tatortrekonstruktionen und Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten sollte dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet werden. Die Regelung weiterer Anwesenheitsrechte des Verteidigers empfiehlt die Kommission nicht.

19:2:0

##### 1.3 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen; Belehrung durch Sachverständige

1.3.1 Dem Verteidiger sollte kein Anwesenheitsrecht bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen eingeräumt werden.

14:6:1

1.3.2 Die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte im Sinne des § 136 StPO und von Zeugen über Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte durch den Sachverständigen bei Explorationen sollte gesetzlich geregelt werden.

21:0:0

#### **1.4 Anhörung des Beschuldigten vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen**

Der Beschuldigte sollte vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen angehört werden, es sei denn, dass der Gegenstand der Untersuchung ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt (z.B. Blutalkoholgutachten) ist oder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen ist.

19:2:0

#### **1.5 Zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme nach § 127 Absatz 2 StPO („Pflichtverteidiger der ersten Stunde“)**

Eine Änderung des geltenden Rechts im Sinne einer zeitlichen Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme oder bei aufgrund eines Haft- oder Unterbringungsbefehls verhafteten Beschuldigten („Pflichtverteidiger der ersten Stunde“) sollte nicht erfolgen.

11:10:0

#### **1.6 Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren**

1.6.1 Dem Beschuldigten sollte im Ermittlungsverfahren das Recht eingeräumt werden, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen.

19:2:0

1.6.2 Für die Entscheidung über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren sollte der Ermittlungsrichter zuständig sein.

21:0:0

#### **1.7 Einbeziehung von Anbahnungsgesprächen zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten in den Schutzbereich des § 148 StPO**

Mündlicher Verkehr im Anbahnungsstadium zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten sollte in den Schutzbereich des § 148 StPO einbezogen werden.

18:3:0

## **2. Beschuldigtenstatus und -begriff**

Die Möglichkeiten einer gesetzlichen Regelung des Beschuldigtenbegriffs unter Einschluss der Rechtsstellung des strafunmündigen Kindes sollten geprüft werden.

13:6:2

## **3. Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht**

### **3.1 Ausdrückliche Normierung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis**

Die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden.

15:2:4

### **3.2 Erscheinenspflicht von Zeugen bei der Polizei**

Zeugen sollten zur Vernehmung vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft erscheinen müssen, wenn der polizeilichen Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt. Bestehen Zweifel hinsichtlich der Zeugeneigenschaft oder hinsichtlich des Vorliegens von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten, soll die Polizei verpflichtet werden, unverzüglich Kontakt mit der Staatsanwaltschaft aufzunehmen.

12:6:3

### **3.3 Abschaffung des Richtervorbehalts für Blutprobenentnahmen in § 81a Absatz 2 StPO**

Der Richtervorbehalt bei Blutprobenentnahmen sollte im Bereich der Straßenverkehrsdelikte abgeschafft werden. Die regelmäßige Anordnungsbefugnis sollte auf die Staatsanwaltschaft übergehen.

13:3:5

### **3.4 Abschaffung des Richtervorbehalts in anderen Bereichen**

In anderen Bereichen sollten die bestehenden Richtervorbehalte beibehalten werden.

13:6:2

## **4. Dokumentation des Ermittlungsverfahrens**

Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen sollten jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage im Regelfall

audiovisuell aufgezeichnet werden. Die Vernehmung sollte nach den hierfür geltenden Regelungen zusätzlich protokolliert werden.

12:9:0

## **5. Einzelmaßnahmen**

### **5.1 Quellen-Telekommunikationsüberwachung**

Für die Quellen-Telekommunikationsüberwachung sollte zum Zwecke des Grundrechtsschutzes des Betroffenen eine Rechtsgrundlage geschaffen werden.

21:0:0

### **5.2 Neuausrichtung des Katalogs des § 100a Absatz 2 StPO**

Der Katalog des § 100a Absatz 2 StPO sollte anhand übergeordneter systematischer Kriterien grundlegend neu ausgerichtet werden, um bestehende Wertungswidersprüche aufzulösen. Dabei sollen die Schwere der Straftat sowie die Umstände, unter denen sie begangen wurde, von entscheidender Bedeutung sein.

17:2:2

### **5.3 Gesetzliche Regelung des Einsatzes von V-Personen**

Für den Einsatz von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen (V-Personen) sollte eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden.

11:10:0

## **6. Gesetzliche Regelung des Verbots der Tatprovokation**

Das Verbot der Tatprovokation sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Dabei sollte zunächst der Begriff „Tatprovokation“ definiert werden; im Weiteren sollten die verfahrensrechtlichen Folgen einer verbotswidrigen Tatprovokation geregelt werden.

11:8:2

## **7. Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden**

Die Möglichkeit, zivil- oder verwaltungsrechtliche Vorfragen vor Anklageerhebung im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg klären zu lassen, sollte auf alle Fälle erweitert werden, in denen die Erhebung der öffentlichen Klage in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht vom Bestehen oder Nichtbestehen einer nach Zivil- oder Verwaltungsrecht zu beurteilenden Rechtsposition abhängt. Voraussetzung hierfür sollte sein, dass dem

Anzeigerstatter die Rechtsverfolgung im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg möglich und zumutbar ist, die Schwere der Schuld oder das öffentliche Interesse nicht entgegensteht und das für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständige Gericht zustimmt.

17:4:0

## **B. Zwischenverfahren**

### **8. Stärkung des Zwischenverfahrens**

8.1. Das Zwischenverfahren ist ein für den Schutz der Rechte des Angeschuldigten sowie für die Vorbereitung eines effizienten Hauptverfahrens entscheidendes Verfahrensstadium. Eine kommunikative Verfahrensführung unter Nutzung der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten durch alle Beteiligten kann entscheidend zur Effektivierung des Zwischenverfahrens beitragen.

20:0:1

8.2. Die Expertenkommission empfiehlt eine Stärkung der Filterfunktion des Zwischenverfahrens bei Land- und Oberlandesgerichten mit dem Ziel der Vermeidung oder Entlastung der Hauptverhandlung. Durch welche Maßnahmen eine solche Stärkung der Filterfunktion des Zwischenverfahrens erreicht werden kann, sollte näher geprüft werden.

Satz 1: 13:0:8

Satz 2: 17:0:4

## **C. Besondere Verfahrensarten**

### **9. Schriftliche Verfahren**

Ein neues schriftliches Verfahren sollte nicht eingeführt werden. Das Strafbefehlsverfahren sollte nicht modifiziert werden.

15:3:3

### **10. Privatklage**

Der Katalog der Privatklagedelikte (§ 374 Absatz 1 StPO) sollte um den Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) erweitert werden. Besonders schwere Fälle nach § 240 Absatz 4 StGB sollten hiervon ausgenommen sein.

20:1:0

## **D. Hauptverhandlung**

### **11. Recht der Befangenheitsanträge**

§ 29 StPO sollte dahingehend geändert werden, dass die Hauptverhandlung bei einem erst kurz vor dem Aufruf der Sache gestellten Ablehnungsantrag durchgeführt werden kann, bis der Staatsanwalt den Anklagesatz verlesen hat; über den Ablehnungsantrag soll erst vor Beginn der Vernehmung des Angeklagten entschieden werden müssen. Das Gericht sollte den Verfahrensbeteiligten zudem aufgeben dürfen, Befangenheitsanträge schriftlich zu stellen (§ 257a StPO).

17:4:0

### **12. Transparente und kommunikative Hauptverhandlung**

#### **12.1 Nichtöffentlicher Erörterungstermin zur Vorbereitung der Hauptverhandlung bei umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht**

In umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht sollte vor der Terminierung durch den Vorsitzenden ein nichtöffentlicher Erörterungstermin zum äußeren Ablauf der Hauptverhandlung mit der Verteidigung, der Staatsanwaltschaft und gegebenenfalls der Nebenklage stattfinden. Eine Verpflichtung zur Durchführung eines solchen Termins sollte nicht vorgesehen werden.

Satz 1: 12:8:1

Satz 2: 9:8:4

#### **12.2 Eröffnungserklärung des Angeklagten oder seines Verteidigers**

Dem Angeklagten oder seinem Verteidiger sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, nach Verlesung der Anklageschrift eine Erklärung zur Anklage abzugeben. Diese Erklärung soll dabei den Schlussvortrag nicht vorwegnehmen dürfen. Der Staatsanwaltschaft sollte das Recht eingeräumt werden, eine Gegenerklärung zur Eröffnungserklärung des Angeklagten oder seines Verteidigers abzugeben.

Sätze 1 und 2: 11:10:0

Satz 3: 16:2:3

#### **12.3 Kommunikation in der Hauptverhandlung**

Die Gerichte sollten die im geltenden Recht angelegte Möglichkeit, den Verfahrensstand während der Hauptverhandlung mit den Verfahrensbeteiligten auch dann zu erörtern, wenn die Erörterungen nicht zu einer Verständigung führen sollen

(§ 257b StPO), verstärkt nutzen. Eine darüber hinausgehende Pflicht des Gerichts, zu Beginn der Hauptverhandlung einen Sachstandsbericht abzugeben, vorläufige Einschätzungen zu dem Ergebnis einzelner Beweisaufnahmen oder zur gesamten Beweisaufnahme abzugeben oder Rechtsgespräche zu führen, sollte nicht eingeführt werden.

21:0:0

#### **12.4 Hinweispflicht des Gerichts nach § 265 StPO**

§ 265 StPO sollte um eine gerichtliche Hinweispflicht für die Fälle erweitert werden, in denen das Gericht die Verhängung einer Nebenfolge, Maßnahme oder Nebenstrafe in Betracht zieht, in denen sich die für die rechtliche Bewertung erheblichen tatsächlichen Umstände geändert haben oder in denen das Gericht von einer von ihm offengelegten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Beweislage abweichen will.

20:1:0

#### **12.5 Strafzumessungsrelevante Feststellungen zur Person des Angeklagten**

Es sollte nicht gesetzlich klargestellt werden, dass Feststellungen zur Person des Angeklagten, die nur für die Strafzumessung relevant sind, erst nach Abschluss der Beweisaufnahme zum Tatvorwurf getroffen werden sollen.

9:9:3

### **13. Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung**

#### **13.1 Einführung einer audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten**

Die Einführung der audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten sollte näher geprüft werden. Dabei sind insbesondere der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten und die Auswirkungen auf das Revisionsverfahren zu berücksichtigen.

Eine mögliche Einführung der audiovisuellen Dokumentation darf keine Auswirkungen auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz haben. Hierfür sollte geregelt werden, in welchem Umfang sich der Revisionsführer auf die audiovisuelle Aufzeichnung berufen kann.

12:9:0

### **13.2 Audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen in amtsgerichtlichen Verfahren**

In Verfahren vor dem Amtsgericht sollte die Möglichkeit geschaffen werden, einzelne Vernehmungen auch audiovisuell zu protokollieren.

11:3:7

## **14. Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung**

### **14.1 Erweiterte Verlesungsmöglichkeit für nichtrichterliche Vernehmungsprotokolle**

Die Verlesung von Niederschriften über die nichtrichterliche Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten sollte in der Hauptverhandlung auch dann zulässig sein, wenn der unverteidigte Angeklagte dem nach Belehrung zustimmt und die Verlesung lediglich der Bestätigung seines Geständnisses dient.

15:6:0

### **14.2 Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Zeugenvernehmung**

Die audiovisuelle Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, sollte in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Voraussetzung dafür ist, dass bei der früheren Vernehmung das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gewahrt war.

19:2:0

### **14.3 Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung**

Zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis sollte neben der Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls auch die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung des Beschuldigten ermöglicht werden.

21:0:0

### **14.4 Erweiterte Verlesungsmöglichkeit für ärztliche Atteste**

Die Möglichkeit der Verlesung ärztlicher Atteste sollte auch für andere Tatvorwürfe als die einfache oder fahrlässige Körperverletzung zugelassen werden.

18:3:0

#### **14.5 Mitteilung des wesentlichen Inhalts von Urkunden bei Selbstleseverfahren**

Der Vorsitzende sollte verpflichtet sein, den wesentlichen Inhalt einer Urkunde oder eines Schriftstückes in der Hauptverhandlung mitzuteilen, wenn diese im Selbstleseverfahren in das Verfahren eingeführt wird.

11:10:0

#### **15. Beweisantragsrecht**

Der Vorsitzende sollte nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisanträgen bestimmen können. Die Ablehnung erst nach Fristablauf gestellter Beweisanträge sollte dann im Urteil möglich sein. Dies soll nicht gelten, wenn die verspätete Stellung eines Beweisantrags genügend entschuldigt ist.

15:6:0

#### **16. Bündelung der Nebenklagevertretung in der Hauptverhandlung**

In Ausnahmefällen sollte dem Vorsitzenden im Rahmen einer Ermessensvorschrift ermöglicht werden, Gruppen von Nebenklägern zu bilden und diesen für die Vertretung in der Hauptverhandlung einen Gruppenrechtsbeistand beizuordnen. Voraussetzung hierfür sollte sein, dass eine solche Bündelung aufgrund des Umfangs des Verfahrens und der Anzahl der Nebenkläger zur Durchführung einer effizienten Hauptverhandlung notwendig ist.

19:0:2

#### **17. Besetzung der großen Strafkammern**

Die Regelungen zur Besetzungsreduktion in großen Strafkammern sollten nicht geändert werden.

16:4:1

### **E. Rechtsmittelverfahren**

#### **18. Berufung und Sprungrevision**

Die Annahmoberufung sollte nicht ausgeweitet werden. Die Sprungrevision sollte im Bereich der Annahmoberufung nicht ausgeschlossen werden.

20:1:0

## **19. Wahlrechtsmittel**

Die Möglichkeit, gegen Berufungsurteile der Landgerichte Revision einzulegen, sollte beibehalten werden. Ein Wahlrechtsmittel - nur noch Berufung oder Revision gegen amtsgerichtliche Urteile - sollte nicht eingeführt werden.

19:2:0

## **20. Revisionsbegründungsfrist**

Die Revisionsbegründungsfrist sollte nicht verlängert werden.

14:6:1

## **21. Prüfung von Verfahrenshindernissen im Revisionsverfahren**

Eine Regelung, nach der Verfahrenshindernisse vom Revisionsgericht nur noch auf eine Rüge hin überprüft werden, sollte nicht geschaffen werden.

14:6:1

## **22. Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft**

Die Staatsanwaltschaft sollte im Revisionsverfahren zur Abgabe einer Gegenerklärung gesetzlich verpflichtet werden, wenn Verfahrensrügen erhoben wurden, soweit dadurch die Prüfung der Revisionsbeschwerden erleichtert wird.

16:5:0

## **23. Schriftliches Revisionsverfahren**

Die Möglichkeiten, über die Revision im Beschlussverfahren ohne Revisionshauptverhandlung zu entscheiden, sollten nicht erweitert werden. Eine generelle Begründungspflicht bei der Zurückweisung einer Revision als offensichtlich unbegründet sollte nicht eingeführt werden.

13:8:0

## **24. Verfahrenseinstellung nach Erfüllung von Auflagen und Weisungen im Revisionsverfahren**

Die Möglichkeit, das Verfahren bei einem Vergehen mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten gegen Auflagen oder Weisungen vorläufig einzustellen, wenn die Schwere der Schuld nicht entgegensteht (§ 153a Absatz 2 StPO), sollte auch für das Revisionsverfahren geschaffen werden.

17:3:1

## 25. Recht der Wiederaufnahme

Das Wiederaufnahmerecht sollte nicht geändert werden.

13:5:3

## F. Strafvollstreckung

### 26. Zuständigkeitskonzentration bei der sogenannten großen Strafvollstreckungskammer

Ist von der Strafvollstreckungskammer zugleich über die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung und über die Aussetzung einer zeitigen Freiheitsstrafe zu entscheiden, sollte die Strafvollstreckungskammer in der Besetzung mit drei Richtern für alle Verfahren zuständig sein.

21:0:0

## G. Jugendstrafverfahren

### 27. Jugendstrafverfahrensrecht; Anwendung der Empfehlungen der Expertenkommission auf das Jugendstrafverfahren

Im Jugendstrafverfahrensrecht besteht derzeit kein nennenswerter Reformbedarf. Eine Reform des § 55 Absatz 1 JGG sollte aber geprüft werden.

Die Empfehlungen zum allgemeinen Strafverfahrensrecht betreffen nach § 2 Absatz 2 JGG generell auch das Jugendstrafverfahren. Hier sollte für jede einzelne Empfehlung geprüft werden, ob ihre Anwendung im JGG zu beschränken oder zu modifizieren ist.

Satz 1: 19:1:1

Satz 2: 12:7:2

Satz 3: 21:0:0



---

## Begründung der Kommissionsempfehlungen

---

### A. Ermittlungsverfahren

#### 1. Partizipatorisches Ermittlungsverfahren

##### 1.1 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen

**Dem Verteidiger sollte die Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten gestattet werden. Ihm sollte dabei ein Fragerecht zustehen.**

#### *Begründung*

Das geltende Strafprozessrecht sieht derzeit lediglich ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der richterlichen (§ 168c Absatz 1 StPO) und der staatsanwaltlichen (§ 163a Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit § 168c Absatz 1 StPO) Vernehmung des Beschuldigten vor. Beide Normen konkretisieren das grundsätzliche Recht des Beschuldigten gemäß § 137 Absatz 1 Satz 1 StPO, sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines Verteidigers zu bedienen. Für die polizeiliche Vernehmung ist ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers nicht geregelt. In dieser frühen und für den Beschuldigten sensiblen Phase des Strafverfahrens könnte es derzeit nur mittelbar aus dem Verteidigerkonsultationsrecht des Beschuldigten gemäß § 137 Absatz 1 Satz 1 StPO in EMRK-konformer Auslegung (Artikel 6 Absatz 1 und Absatz 3 EMRK) hergeleitet werden.

Die Expertenkommission empfiehlt, das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung im Gesetz zu verankern und dieses Recht, etwa durch eine Ergänzung der §§ 163a, 168c Absatz 1 StPO zu konkretisieren.

Gegen eine Regelung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen wird zwar angeführt, dass die aktuelle gesetzliche Konzeption insofern stimmig sei, als den Beschuldigten anders als bei der staatsanwaltlichen und richterlichen Vernehmung keine Pflicht zum Erscheinen treffe. In praktischer Hinsicht spreche gegen die Ausweitung des § 168c StPO auf polizeiliche Vernehmungen der erhöhte Informations- und Koordinationsaufwand für Polizei und Staatsanwaltschaft. Erhebliche Verzögerungen gerade

bei kleineren Ermittlungsverfahren im Bereich der „Alltagskriminalität“, bei denen Beschuldigtenvernehmungen nicht selten noch am Tatort oder unmittelbar nach Tatbegehung auf der Polizeidienststelle stattfinden, seien zu erwarten. Außerdem werde eine Teilnahme der Staatsanwaltschaft an polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen in stärkerem Umfang erforderlich, um die juristische Überlegenheit des Verteidigers gegenüber dem vernehmenden Polizeibeamten bzw. dessen Unerfahrenheit im Umgang mit Verteidigern auszugleichen.

Die Expertenkommission spricht sich dennoch dafür aus, das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ausdrücklich im Gesetz zu verankern.

Das europäische Recht, insbesondere Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe c EMRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und die Richtlinie 2013/48/EU vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren, macht in der Gesamtschau die Aufnahme einer ausdrücklichen Regelung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung im deutschen Recht erforderlich. Artikel 3 der Richtlinie 2013/48/EU vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren verpflichtet die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass Verdächtigen und beschuldigten Personen das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand „so rechtzeitig und in einer solchen Art und Weise zukommt, dass die betroffenen Personen ihre Verteidigungsrechte praktisch und wirksam wahrnehmen können“. Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie sieht das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand vor einer Befragung durch die Polizei ausdrücklich vor, Absatz 3 Buchstabe a statuiert das Recht des Beschuldigten in Gegenwart seines Rechtsbeistands befragt zu werden. Darüber hinaus garantiert Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe c EMRK das Recht jeder „angeklagten“ Person, sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) wird Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe c EMRK als allgemeines Institut der „effektiven“ Verteidigung verstanden. Das Recht auf Zugang zu einem Verteidiger ist aus Sicht des EGMR nur dann gewahrt und „effektiv“, wenn gewährleistet ist, dass bei jeder, auch schon bei der ersten polizeilichen Vernehmung ein Verteidiger anwesend sein darf. Eindeutige Folgen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte für die deutsche Gesetzgebung lassen sich derzeit

zwar nicht herleiten, weil noch keine Inter-Partes-Entscheidung gegenüber der Bundesrepublik Deutschland vorliegt. Eine EMRK-konforme Auslegung des § 137 Absatz 1 Satz 1 StPO gelangt jedoch im Lichte der Rechtsprechung des EGMR und des Artikel 3 der Richtlinie 2013/48/EU zu dem Ergebnis, dass das Recht auf Zugang zu einem Verteidiger nur dann effektiv gewahrt ist, wenn dieser bei jeder – auch schon der ersten polizeilichen – Vernehmung des Beschuldigten anwesend sein darf.

Vor diesem Hintergrund ist die derzeitige gesetzliche Regelung, die in § 137 Absatz 1 Satz 1 StPO zwar ein umfassendes, für jedes Verfahrensstadium geltendes Verteidigerkonsultationsrecht vorsieht, in §§ 163a, 168c Absatz 1 StPO aber auf eine ausdrückliche Regelung der Gestattung der Anwesenheit der Verteidigung bei polizeilichen Vernehmungen verzichtet, widersprüchlich und gibt zu Spekulationen über die tatsächliche Reichweite des Schutzgehalts des § 137 Absatz 1 Satz 1 StPO Anlass. Angesichts der hohen Bedeutung der ersten Vernehmung für den weiteren Verlauf des Ermittlungsverfahrens, die der EGMR in ständiger Rechtsprechung hervorhebt, ist eine klarstellende ausdrückliche Regelung des Anwesenheitsrechts bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen notwendig. Mit einer ausdrücklichen Regelung des Anwesenheitsrechts ist auch ein qualitativer Unterschied für den Beschuldigten verbunden. Im Rahmen des § 137 Absatz 1 S. 1 StPO ist der Beschuldigte darauf angewiesen, sein Recht selbst geltend zu machen, während die Vorschriften über die notwendige Benachrichtigung vom Vernehmungstermin in § 168c Absatz 5 Satz 1 StPO bei richterlichen und staatsanwaltlichen Vernehmungen von Amts wegen beachtet werden müssen.

Als Regelungsort für ein ausdrückliches Anwesenheitsrecht der Verteidigung im vorgenannten Sinn empfiehlt sich § 163a StPO und eine entsprechende Verweisung auf § 168c StPO.

Mit dem – mittels Terminsbenachrichtigung zu gewährleisten – Recht auf Anwesenheit muss auch ein Fragerecht der Verteidigung einhergehen, weil eine effektive Teilnahme die Möglichkeit der Mitwirkung des Verteidigers voraussetzt. Dies ist für das Regelkonzept des § 168c StPO, in das auch das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei polizeilichen Vernehmungen eingepasst werden sollte, unstrittig, obgleich bisher eine ausdrückliche Regelung dazu fehlt. Eine solche sollte daher im Zusammenhang mit der Ausweitung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers klarstellend verankert werden.

## 1.2 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei einzelnen Beweiserhebungen

**Bei Tatortrekonstruktionen und Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten sollte dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet werden. Die Regelung weiterer Anwesenheitsrechte des Verteidigers empfiehlt die Kommission nicht.**

### *Begründung*

Im geltenden Recht ist ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei Tatortrekonstruktionen, Gegenüberstellungen nach § 58 Absatz 2 StPO und Vernehmungen von Mitbeschuldigten nicht geregelt. Die Anwesenheit ist der Verteidigung explizit nur bei richterlichen und staatsanwaltlichen Vernehmungen des Beschuldigten (§ 168c Absatz 1 StPO und § 163a Absatz 3 Satz 2 in Verbindung mit § 168c Absatz 1 StPO), bei richterlichen Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen (§ 168c Absatz 2 StPO) und bei der Einnahme eines richterlichen Augenscheins (§ 168d StPO) gestattet. In diesen Fällen sind die zur Anwesenheit Berechtigten gemäß § 168c Absatz 5 StPO vorher von dem Termin zu benachrichtigen. Im Übrigen verbleibt dem Beschuldigten die Möglichkeit, über seinen Verteidiger Akteneinsicht zu beantragen und das über jede richterliche Untersuchungshandlung grundsätzlich aufzunehmende Protokoll (§ 168 StPO) einzusehen.

Die Expertenkommission empfiehlt, das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten gemäß § 58 Absatz 2 StPO ausdrücklich im Gesetz zu regeln und klarzustellen, dass dieses Anwesenheitsrecht auch in den Fällen einer Tatortrekonstruktion in Anwesenheit des Beschuldigten besteht.

Dagegen wird zwar vorgebracht, dass damit keine Effektivierung des Strafverfahrens eintrete, eine Beeinflussung von Zeugen stattfinden könne und die Beteiligung der Verteidigung vom Beschuldigten ohnehin erzwingbar sei. Dennoch spricht sich die Kommission angesichts der Parallelen zur Beschuldigtenvernehmung für die Regelung eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei den genannten Beweiserhebungen aus.

Eine noch weiter reichende gesetzliche Ausdehnung der Anwesenheitsrechte des Verteidigers, etwa auf die Vernehmung von Zeugen durch die Staatsanwaltschaft oder die Polizei

oder die Vernehmung von Mitbeschuldigten, sei es durch den Richter, die Staatsanwaltschaft oder die Polizei, befürwortet die Expertenkommission nicht.

Für eine Erweiterung der Mitwirkungsmöglichkeiten der Verteidigung bei der Vernehmung von Zeugen und Mitbeschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren spricht zwar, dass an erhöhte Mitwirkungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren ein erleichterter Transfer der Beweisergebnisse aus dem Ermittlungsverfahren in die spätere Hauptverhandlung stattfinden kann. Notwendig wäre dies, wenn, wie im Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE) aus dem Jahr 2012 vorgesehen, die stärkeren Mitwirkungsmöglichkeiten im Ermittlungsverfahren an den erleichterten Beweistransfer von Ermittlungsergebnissen in die Hauptverhandlung gekoppelt werden. Lässt man etwa die Einführung einer Zeugenaussage in die Hauptverhandlung über das Abspielen einer audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung des Zeugen im Ermittlungsverfahren zu, wird das Konfrontationsrecht des Beschuldigten nur gewahrt, wenn er bereits im Ermittlungsverfahren die Möglichkeit habe, Fragen an den Zeugen zu stellen.

Gegen das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Vernehmung von Zeugen spricht jedoch der Grundgedanke der bewährten gesetzlichen Konzeption. Die Differenzierung zwischen der staatsanwaltlichen oder polizeilichen und der richterlichen Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren hat auch hier ihren Grund in den unterschiedlichen Möglichkeiten des späteren Beweismitteltransfers in die Hauptverhandlung. Mit der richterlichen Vernehmung eines Zeugen im Ermittlungsverfahren soll regelmäßig einem späteren Beweismittelverlust entgegengewirkt werden. Die ursprüngliche Aussage eines Zeugen, der sich erst in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, kann durch die Vernehmung des Richters über die in einer richterlichen Vernehmung getätigten Angaben des Zeugen in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Diese heute anerkannte Ausnahme vom Verbot des § 252 StPO, Vernehmungspersonen über die frühere Aussage eines Zeugen zu vernehmen, gebietet es, dem Verteidiger die Anwesenheit bei der richterlichen Vernehmung im Ermittlungsverfahren zu gestatten. Dies ist erforderlich, um das Konfrontationsrecht des Beschuldigten zu wahren. Der geringere Beweiswert, der den Angaben der Vernehmungsperson im Vergleich zu den Angaben des originären Zeugen nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz zukommt, kompensiert den Verlust an Mitwirkungsmöglichkeiten bei

der Vernehmung nur unzureichend. Der Beschuldigte oder sein Verteidiger muss daher bei der richterlichen Vernehmung des Zeugen im Vorfeld die Möglichkeit haben, den Zeugen zu befragen oder ihm Vorhalte zu machen. Dies gilt für staatsanwaltliche und polizeiliche Vernehmungen nicht, weil insoweit das Verbot des § 252 StPO, die Angaben über die Vernehmung der Verhörsperson in die Hauptverhandlung einzuführen, uneingeschränkt Anwendung findet. Auch bieten polizeiliche oder staatsanwaltliche Zeugenvernehmungen nicht selten Anhaltspunkte für weitere Ermittlungsmaßnahmen, die bei Teilnahme der Verteidigung an der Vernehmung nicht mehr erfolversprechend durchgeführt werden können.

Eine Differenzierung des Anwesenheitsrechts für staatsanwaltliche und polizeiliche Zeugenvernehmungen ist ebenfalls nicht angezeigt. Die Tatsache, dass ein Zeuge von der Staatsanwaltschaft und nicht von der Polizei vernommen wird, geht regelmäßig nicht mit einer zentralen Bedeutung der Aussage des Zeuge einher, sondern ist vielmehr dem Umstand geschuldet, dass Zeugen im Regelfall nicht verpflichtet sind, bei der Polizei zu erscheinen und auszusagen (vgl. hierzu jedoch die Empfehlung unter 3.2.). Die staatsanwaltliche Vernehmung dient in der Praxis vielfach lediglich dazu, aussageunwillige Zeugen überhaupt zu erreichen und zu einer Aussage zu bewegen.

Im Fall der Gestattung der Anwesenheit des Verteidigers bei richterlichen, staatsanwaltlichen und polizeilichen Vernehmungen von Mitbeschuldigten besteht außerdem die Gefahr, dass die Anwesenheit eines Mitbeschuldigten oder seines Verteidigers die Aussagebereitschaft des zu vernehmenden Beschuldigten erheblich beeinträchtigt und dieser sich zu einem zurückhaltenden Aussageverhalten veranlasst sieht. Dies gilt namentlich für Fälle der organisierten Kriminalität und der Bandenkriminalität. Auch können sich aus der Aussage eines Beschuldigten Anhaltspunkte für weitere Ermittlungsmaßnahmen ergeben, über deren Grundlage andere Beschuldigte und ihre Verteidiger nicht vorab informiert sein sollen. Die Gefahr eines eingeschränkten Aussageverhaltens oder eines Beweismittelverlusts bei Kenntnis weiterer Ermittlungsmöglichkeiten ist vor der Vernehmung regelmäßig auch nicht abzusehen, weil der Inhalt der Aussage des Beschuldigten noch nicht bekannt ist. Auf die Gefährdung des Untersuchungszwecks, wie § 168c Absatz 3 StPO vorgesehen, kann eine Ablehnung des Anwesenheitsrechts im Vorfeld der Vernehmung daher nicht sinnvoll gestützt werden.

### **1.3 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen; Belehrung durch Sachverständige**

**1.3.1 Dem Verteidiger sollte kein Anwesenheitsrecht bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen eingeräumt werden.**

**1.3.2 Die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte im Sinne des § 136 StPO und von Zeugen über Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte durch den Sachverständigen bei Explorationen sollte gesetzlich geregelt werden.**

#### *Begründung*

##### **1.3.1 Anwesenheitsrecht des Verteidigers**

Im Siebenten Abschnitt der StPO über Sachverständige und Augenschein ist kein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen vorgesehen. Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein solches Anwesenheitsrecht des Verteidigers nicht anerkannt. Darüber hinaus schreibt die StPO den gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht gesetzlich vor, den Beschuldigten über seine Rechte im Sinne des § 136 StPO zu belehren. Das rechtliche Verhältnis zwischen Gericht und Sachverständigem ist nach der derzeitigen Rechtslage vielmehr ein Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem. Gemäß § 78 StPO hat der Richter, soweit ihm dies erforderlich erscheint, die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten. Das Gericht hat dafür Sorge zu tragen, dass sich die Tätigkeit des Sachverständigen in den Grenzen des rechtlich Zulässigen bewegt und der Sachverständige mit dem Material versorgt wird, das er für die Begutachtung benötigt. Die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte gemäß § 136 StPO wird vom Sachverständigen daher auf Anweisung des Gerichts vorgenommen. Im Ermittlungsverfahren beauftragt die Staatsanwaltschaft den Sachverständigen und übt die Leitungs- und Überwachungsfunktion aus. § 161a Absatz 1 Satz 2 StPO enthält insoweit einen umfassenden Verweis auf die Vorschriften des siebenten Abschnitts.

Die Expertenkommission empfiehlt nicht, ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration durch einen Sachverständigen gesetzlich zu verankern.

Für eine gesetzliche Regelung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der Exploration durch den Sachverständigen spricht zwar der „vernehmungähnliche“ Charakter einer solchen Untersuchung. Der Exploration oder psychiatrischen Untersuchung kommt im gerichtlichen Verfahren mehr noch als den meisten Vernehmungen entscheidender Charakter zu, weil das Gericht seiner Entscheidung mangels eigener profunder Sachkunde häufig ein psychiatrisches Gutachten zugrunde legt. Dies betrifft insbesondere den Bereich der Schuldfähigkeit und die Verhängung und Verlängerung von Maßregeln der Besserung und Sicherung. Mit einem Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei Explorationen des Beschuldigten kann etwa sichergestellt werden, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten gewahrt wird. Zudem wird die Gefahr verringert, dass dem Betroffenen Suggestivfragen gestellt werden, denen die zu diesem Zeitpunkt nicht bewiesene Täterschaft oder potentielle Gefährlichkeit zugrunde liegt. Auch im Lichte des Regelungsgehalts des Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe c EMRK ist eine wirksame und effektive Geltendmachung der Beschuldigtenrechte in Frage gestellt, wenn eine Mitwirkungsmöglichkeit des Verteidigers bei der Exploration nicht garantiert ist, auch wenn sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bislang noch nicht ausdrücklich dazu geäußert hat, ob das Gebot der Verfahrensfairness und das Recht auf effektive Verteidigung ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der Exploration erfordern.

Dennoch spricht sich die Expertenkommission im Ergebnis gegen eine gesetzliche Verankerung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der Exploration durch einen Sachverständigen aus.

Derzeit sind keine empirischen Erkenntnisse vorhanden, ob und wie die Teilnahme des Verteidigers die Qualität der Exploration durch den Sachverständigen beeinflussen kann. Die Gerichte ziehen im Bereich der forensischen Psychiatrie aufgrund der in der alltäglichen Praxis gewonnenen besonderen Expertise häufig Sachverständige aus den psychiatrischen Landes- oder Bezirkskrankenhäusern für die Begutachtung der Schuldfähigkeit und der Anordnung oder Verlängerung von Maßregeln heran. Diese Sachverständigen sind im weiteren Verlauf regelmäßig mit der Behandlung des Betroffenen befasst. Die Anwesenheit des Verteidigers ist für die Entwicklung einer vertraulichen Arzt-Patienten-Beziehung im Explorationsgespräch nicht förderlich. Ein Regelungsbedürfnis besteht außerdem nicht, weil in der Praxis die Anwesenheit der Verteidigung entsprechend § 137 Absatz 1 Satz 1 StPO bereits

möglich ist, wenn dies vom Beschuldigten gewünscht wird. Der Beschuldigte kann die Untersuchung auch ganz ablehnen, weil er zur Mitwirkung nicht verpflichtet ist. Diese Möglichkeit wird in der Praxis regelmäßig im Vorfeld der Exploration mit der Verteidigung besprochen.

### 1.3.2 Belehrung durch Sachverständige

Zur Wahrung seiner Rechte wird der Beschuldigte zu Beginn des Explorationsgesprächs vom Sachverständigen im Sinne des § 136 StPO belehrt. Diese Belehrung durch den Sachverständigen erfolgt nach der geltenden Rechtslage allerdings nur auf Anweisung des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft, in deren Auftrag der Sachverständige die Untersuchung vornimmt. Damit lässt sich dieses für den Beschuldigten sehr wesentliche Recht, an dessen Verletzung regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot geknüpft ist, dem Gesetz nicht hinreichend deutlich entnehmen. Die Expertenkommission empfiehlt daher, die Pflicht zur Belehrung für den Sachverständigen in der Strafprozessordnung zu regeln. Soweit eine Exploration von Zeugen durch Sachverständige erfolgt, sollte auch deren Belehrung über etwaige Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte im Sinne der §§ 52 ff., 55 StPO gesetzlich geregelt werden.

#### 1.4 Anhörung des Beschuldigten vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen

**Der Beschuldigte sollte vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen angehört werden, es sei denn, dass der Gegenstand der Untersuchung ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt (z.B. Blutalkoholgutachten) ist oder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen ist.**

##### *Begründung*

Gemäß § 73 Absatz 1 StPO erfolgt die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl durch den Richter. Die Vorschrift bezieht sich ausschließlich auf das gerichtliche Verfahren; alleinverantwortlich für die Auswahl des Sachverständigen ist hier das Gericht. Der Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass die Auswahl des Sachverständigen als späterem Beweismittel stets dem Richter als dem in der Sache entscheidungsbefugten Organ obliegt, weil allein dieser einzuschätzen vermag, für welche Fragen ihm die erforderliche Sachkunde fehlt und was vermittelt werden muss. „Auswahlgespräche“ mit den Verfahrensbeteiligten sind in der Praxis zwar üblich, gesetzlich aber nicht vorgeschrieben. Nach überwiegender Ansicht besteht kein Recht des Beschuldigten auf Mitsprache bei der Sachverständigenauswahl. Der Angeklagte kann die Vernehmung eines von ihm gewünschten Sachverständigen in der Hauptverhandlung gemäß § 245 StPO nur durch dessen unmittelbare Ladung in Verbindung mit einem entsprechenden Beweisantrag erreichen. Im Ermittlungsverfahren wird die Auswahl des Sachverständigen gemäß § 161a Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit § 73 Absatz 1 Satz 1 StPO durch die Staatsanwaltschaft getroffen. In Nummer 70 der Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) ist – mit Ausnahmen für bestimmte Konstellationen – vorgesehen, dass der Staatsanwalt dem Verteidiger Gelegenheit gibt, vor Auswahl eines Sachverständigen Stellung zu nehmen. Ein Auswahlrecht des Beschuldigten oder seines Verteidigers hinsichtlich eines bestimmten Sachverständigen besteht allerdings auch hier nicht. Der im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft ausgewählte Sachverständige wird vom erkennenden Gericht in den meisten Fällen auch für das Hauptverfahren bestellt, ohne dass das Gericht im Ermittlungsverfahren Einfluss auf die Auswahl des Sachverständigen gehabt hat.

Die Expertenkommission empfiehlt, die Anhörung des Beschuldigten vor der Auswahl des Sachverständigen durch das Gericht und die Staatsanwaltschaft ausdrücklich im Gesetz zu verankern. Dies soll entsprechend der bisherigen Fassung der Nummer 70 RiStBV gelten, soweit nicht ein häufig wiederkehrender, tatsächlich gleichartiger Sachverhalt (z.B. Blutalkoholgutachten) oder eine Gefährdung des Untersuchungszwecks (§ 147 Absatz 2 StPO) oder eine Verzögerung des Verfahrens zu besorgen ist.

Gegen die gesetzliche Regelung der Anhörung des Beschuldigten vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen wird eingewandt, dass die Auswirkungen, die voraussichtlich mit der Einführung der Anhörungspflicht verbunden seien, praktisch nur gering sein dürften. Im Ermittlungsverfahren bewirke eine gesetzliche Regelung keine wesentliche Neuerung, da Nummer 70 RiStBV die Staatsanwaltschaft ohnehin binde und eine vorherige Anhörung verpflichtend vorschreibe. Im gerichtlichen Verfahren drohe insbesondere in Haftsa-chen, in denen nach Anklageerhebung die Einschaltung eines Sachverständigen notwendig werde, ein Konflikt mit dem Beschleunigungsgrundsatz. Die Gerichte seien in bestimmten Bereichen auf eine kontinuierliche Zusammenarbeit mit Sachverständigen angewiesen, von deren Sachkunde sie überzeugt seien und die ihnen im Einzelfall auch eine schnelle Erledigung kurzfristiger Aufträge garantierten. Der Spielraum für die Berücksichtigung von Vorschlägen der Verteidigung sei daher insgesamt als gering anzusehen. Bei einer gesetzlichen Anhörungsregelung bestehe die Gefahr, eine „Placebo-Vorschrift“ zu schaffen, bei der das Gericht den Beschuldigten anhöre, dann aber letztlich doch das mache, was es ohnehin vorgehabt habe. Eine denkbare Beschränkung der Anhörungspflicht auf Verfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung oder auf Verfahren, in denen ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, erscheine ebenfalls kaum praktikabel. Die Entscheidung, ob ein „Mitwirkungsfall“ vorliege, sei dann häufig in einem so frühen Verfahrensstadium zu treffen, dass eine Entscheidung hierüber nicht verlässlich getroffen werden könne.

Für die gesetzliche Regelung der Anhörung des Beschuldigten vor der Entscheidung über die Auswahl eines Sachverständigen spricht dagegen, dass die Rechte des Angeklagten durch die Möglichkeit, in der Hauptverhandlung gemäß § 245 Absatz 2 StPO unmittelbare Beweise zu präsentieren, nicht hinreichend gewahrt sind. In der Praxis lehnen es viele Sachverständige ab, auf Initiative des Angeklagten tätig zu werden. Auch verpflichtet die Regelung des § 220 Absatz 2 StPO den Angeklagten zur Vorlage der Auslagen der von ihm geladenen Beweisper-

sonen. Die Auslagen erhält der Angeklagte gemäß § 220 Absatz 3 StPO nur zurück, wenn sich in der Hauptverhandlung ergibt, dass die Vernehmung der unmittelbar geladenen Person zur Aufklärung der Sache dienlich war. Zudem ist zum Zeitpunkt der erstmöglichen Ladung das Ermittlungsverfahren bereits abgeschlossen. Im Ermittlungsverfahren werden jedoch mit der Auswahl des Sachverständigen die wesentlichen Weichen für den weiteren Gang des Verfahrens gestellt.

Das in den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren in Nummer 70 Absatz 1 für das Ermittlungsverfahren vorgesehene Anhörungsrecht ist nicht gleichzusetzen mit einem in der Strafprozessordnung geregelten Recht, eigenverantwortlich an der Auswahl des Sachverständigen mitzuwirken.

Als Regelungsort empfiehlt sich § 73 StPO, weil die Vorschrift über § 161a Absatz 1 Satz 2 StPO für die Hinzuziehung eines Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft entsprechend anzuwenden ist.

### 1.5 Zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme nach § 127 Absatz 2 StPO („Pflichtverteidiger der ersten Stunde“)

**Eine Änderung des geltenden Rechts im Sinne einer zeitlichen Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme oder bei aufgrund eines Haft- oder Unterbringungsbefehls verhafteten Beschuldigten („Pflichtverteidiger der ersten Stunde“) sollte nicht erfolgen.**

#### *Begründung*

Nach § 140 Absatz 1 Nummer 4 StPO ist die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig, wenn gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a StPO oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Absatz 6 StPO vollstreckt wird. Gemäß § 141 Absatz 3 Satz 4 StPO wird der Verteidiger in diesen Fällen unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung bestellt. Maßgeblicher Zeitpunkt ist damit die Anordnung der Vollstreckung der Untersuchungshaft oder der einstweiligen Unterbringung durch den Richter. Zeitlich nicht von dieser Regelung erfasst ist der Zeitraum von der vorläufigen Festnahme bis zur Vorführung des Beschuldigten vor den Ermittlungsrichter und damit auch nicht die erste (in der Regel) polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten. In diesem frühen Verfahrensstadium beantragt die Staatsanwaltschaft allerdings gemäß § 141 Absatz 3 Satz 2 StPO die Bestellung eines Verteidigers, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Absatz 1 oder Absatz 2 StPO notwendig sein wird. Ein entsprechendes Antragsrecht des Beschuldigten besteht derzeit nicht (vgl. hierzu die Ausführungen zu Empfehlung 1.6).

Diese Rechtslage geht auf das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2274) zurück. Im Regierungsentwurf (BT-Drs. 16/11644) war diese Neuregelung noch nicht enthalten. Sie wurde erst durch den Deutschen Bundestag aufgrund einer Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses aufgenommen. Aufgrund des mit der Inhaftierung und Freiheitsentziehung verbundenen erheblichen Eingriffs in die Grundrechte des Betroffenen war eine Verteidigerbestellung schon ab Beginn der Vollstreckung der freiheitsentziehenden Maßnahme als geboten angesehen worden (BT-Drs. 16/13097, S. 18). Nicht im Gesetzgebungsverfahren durchsetzen konnten sich hingegen Forderungen, darüber hinausgehend für die Verteidigerbestellung an noch frühere Ereignisse, namentlich die vorläufige Festnahme, anzuknüpfen (BT-Drs. 16/13097, S. 16 f.).

Auch die Expertenkommission empfiehlt keine Änderung des geltenden Rechts im Sinne einer zeitlichen Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme oder bei aufgrund eines Haft- oder Unterbringungsbefehls verhafteten Beschuldigten („Pflichtverteidiger der ersten Stunde“).

Zwar besteht gerade in den Fällen, in denen dem Beschuldigten die Freiheit entzogen wurde und er sich mit einem schwerwiegenden Tatvorwurf konfrontiert sieht, das berechtigte Interesse des Beschuldigten, so früh wie möglich anwaltliche Unterstützung zu erhalten. Dies wird zum einen der hohen Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für den Ausgang des Strafverfahrens gerecht. Zum anderen besteht insbesondere bei Beschuldigten, denen die Freiheit entzogen wurde, die Gefahr, dass sie, von der Situation überfordert, ihre Rechte nicht verstehen und/oder nicht wahrnehmen können. Dies ist auch vor dem Hintergrund bedenklich, dass sie sich bereits in dieser frühen Verfahrensphase, insbesondere bei Kapitaldelikten oder anderen schwerwiegenden Vorwürfen, in der Regel in Vernehmungstechniken geschulten und technisch gut ausgestatteten Ermittlerteams der Polizei gegenüber sehen.

Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat mehrfach die Bedeutung des Rechts auf Zugang zu einem Verteidiger schon zu Beginn des Verfahrens betont.

Auf unionsrechtlicher Ebene wird das Recht auf Zugang zu einem Verteidiger in der Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs (ABl. L 294 vom 6.11.2013, S. 1) statuiert. In Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie wird vorgegeben, dass Beschuldigte unverzüglich Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten müssen. In jedem Fall soll der Zugang vor der Befragung durch die Polizei oder eine andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörde oder unverzüglich nach dem Entzug der Freiheit gewährt werden. Diese Entwicklung zeigt, dass auf Unionsebene dem Beistand des Verteidigers während ermittelungsentscheidender Maßnahmen Bedeutung zugemessen wird. Jedoch sind die Vorgaben bisher auf das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand beschränkt. Die Frage, wann der Beschuldigte bereits ab Freiheitsentzug darüber hinaus auch

ein Recht auf den Beistand eines staatlich finanzierten Rechtsbeistands hat, wird derzeit lediglich im Rahmen der Verhandlungen zu dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über vorläufige Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte, denen die Freiheit entzogen ist, sowie über Prozesskostenhilfe in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (COM(2013) 824 final) auf Unionsebene diskutiert. Den Ergebnissen dieser Verhandlungen sollte aus Sicht der Expertenkommission nicht vorgegriffen werden werden, zumal sie Bedenken gegen eine weitere zeitliche Vorverlagerung der notwendigen Verteidigung nach § 140 Absatz 1 Nummer 4 StPO sieht.

Zum einen sind die praktischen Schwierigkeiten zu berücksichtigen, die mit einer solchen zeitlichen Vorverlagerung verbunden wären. Zu berücksichtigen ist insbesondere der Zeitdruck, unter dem Polizei, Staatsanwaltschaft und Haftrichter bei Haftsachen stehen. Die Vorführung vor den Haftrichter muss spätestens innerhalb der Frist des Artikel 104 Absatz 3 Satz 1 GG, § 128 Absatz 1 StPO erfolgen. Es handelt sich dabei aber um eine Höchstfrist; das bedeutet, dass die Vorführung „unverzüglich“ zu erfolgen hat (§ 128 Absatz 1 StPO). Dies gilt auch dann, wenn der Beschuldigte auf Grund eines Haftbefehls ergriffen wird (§ 115 Absatz 1 StPO). Die generelle Einschaltung eines Verteidigers in diesen Fällen macht in diesem ohnehin sehr engen Zeitrahmen zusätzliche Verfahrensschritte erforderlich. Ein Verteidiger muss kontaktiert und bestellt werden. Um ihm eine sachgerechte Beratung und Vertretung seines Mandanten bei der ersten polizeilichen Befragung und im Termin vor dem Haftrichter zu ermöglichen, wird er grundsätzlich vorab Akteneinsicht und die Möglichkeit zur Besprechung mit dem Beschuldigten erhalten müssen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Tätigkeiten des Verteidigers in diesem frühen Verfahrensstadium – der ersten polizeilichen Beschuldigtenvernehmung nach der vorläufigen Festnahme oder der Vorführung vor den Haftrichter, nachdem der Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls ergriffen wurde – nur beschränkt sein kann. Zudem wird in zahlreichen Fällen im späteren Verfahrensverlauf ein Verteidigerwechsel erforderlich werden. Denn aufgrund des Zeitdrucks wird es selten möglich sein, dass der Beschuldigte einen Verteidiger seiner Wahl benennen kann.

Schließlich wurden Zweifel angeführt, dass es geboten sei, einen entsprechend belehrten Beschuldigten, der über ein Schweigerecht, ein Konsultationsrecht und künftig eventuell auch noch über ein eigenes Antragsrechts auf Verteidigerbestellung (vgl. Empfehlung 1.6) verfügt, ggf. zu Lasten des staatlichen Strafanspruchs, der materiellen Gerechtigkeit sowie etwaiger Opfer vor sich selbst zu schützen.

## **1.6 Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren**

### **1.6.1 Dem Beschuldigten sollte im Ermittlungsverfahren das Recht eingeräumt werden, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen.**

### **1.6.2 Für die Entscheidung über die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren sollte der Ermittlungsrichter zuständig sein.**

#### *Begründung*

##### 1.6.1 Antragsrecht des Beschuldigten

Die Bestellung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren regelt das geltende Recht in § 141 Absatz 3 StPO. Nach Satz 1 dieser Vorschrift kann ein Verteidiger auch schon während dieses frühen Verfahrensstadiums bestellt werden. Voraussetzung für eine Bestellung ist jedoch grundsätzlich ein Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 141 Absatz 3 Satz 2 StPO). Diesen stellt die Staatsanwaltschaft, wenn nach ihrer Auffassung in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig sein wird. Eine Ausnahme von dem Antragsersfordernis kennt das geltende Recht lediglich für die Fälle der Vollstreckung von Untersuchungshaft oder einstweiliger Unterbringung. In diesen Fällen wird der Verteidiger zwingend unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung bestellt (§ 141 Absatz 1 Satz 4 StPO).

Außerhalb dieser Ausnahme sieht das geltende Recht keine ausdrückliche Möglichkeit für den Ermittlungsrichter vor, dem Beschuldigten ohne einen Antrag der Staatsanwaltschaft einen Verteidiger beizuordnen. Darüber hinaus enthält § 141 Absatz 3 StPO kein Recht des Beschuldigten, selbst die Beiordnung eines Verteidigers zu beantragen. Stellt er einen solchen Antrag, wird dieser von der wohl herrschenden Auffassung lediglich als Anregung an die Staatsanwaltschaft verstanden, ihrerseits einen entsprechenden Antrag zu stellen (vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, StPO, 58. Aufl., 2015, § 141 Rn. 5 m.w.N., anders allerdings u.a. *Lüderssen/Jahn* in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., 2007, § 141 Rn. 24: Antrag des Beschuldigten ist zu beachten). Eine gerichtliche Entscheidung kann der Beschuldigte daher nach h.M. mit seinem Antrag nicht erwirken. Auch hat er keine Möglichkeit, mit einem Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Staatsanwaltschaft vorzugehen, im Ermittlungsverfahren von einem Antrag auf gerichtliche Beiordnung eines Verteidigers abzusehen.

Die Entscheidung über einen Antrag der Staatsanwaltschaft auf Beiordnung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren weist das geltende Recht im Grundsatz dem Vorsitzenden des Gerichts zu, das – nach vorläufiger Einschätzung der Anklagebehörde – für die Eröffnung zuständig ist (§ 141 Absatz 4 StPO). Für die Fälle vollstreckter Untersuchungshaft oder einer vollstreckten einstweiligen Unterbringung überträgt § 141 Absatz 4 Halbsatz 2 StPO die Entscheidungsbefugnis dem Gericht, das den Haftbefehl erlassen hat; dies ist im Vorverfahren – auch betreffend einstweilige Unterbringungen nach § 126a StPO – der Ermittlungsrichter. Eine weitere Ausnahmekompetenz des Ermittlungsrichters begründet § 141 Absatz 4 Halbsatz 1 StPO für Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft eine richterliche Vernehmung nach § 162 Absatz 1 Satz 1 oder Satz 3 StPO beantragt und eine Beiordnungsentscheidung des Ermittlungsrichters zur Beschleunigung des Verfahrens für erforderlich hält.

Dieses im Ermittlungsverfahren bestehende Monopol der Staatsanwaltschaft, eine gerichtliche Entscheidung über die Notwendigkeit einer Pflichtverteidigung herbeizuführen, führt zu einer nach Auffassung der Expertenkommission nicht hinnehmbaren Rechtsschutzlücke. Die Expertenkommission empfiehlt daher die Einführung des Rechts des Beschuldigten, im Ermittlungsverfahren die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen und damit eine gerichtliche Entscheidung über die notwendige Verteidigung herbeizuführen.

Zwar kann der Beschuldigte im Falle eines eigenen Antragsrechts Zwischenrechtsbehelfe einlegen, die zu Verfahrensverzögerungen führen können. Zudem stellt das derzeit bestehende Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft eine konsequente Ausgestaltung der staatsanwaltschaftlichen Stellung als ‚Herrin des Ermittlungsverfahrens‘ dar. Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe c EMRK garantiert jedoch jedem Beschuldigten das Recht, sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihm die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Die praktische und effektive Gewährleistung dieser Rechte wird durch das vorgeschlagene Antragsrecht des Beschuldigten gestärkt.

Für ein solches Antragsrecht spricht weiter, dass im Ermittlungsverfahren häufig grundlegende Weichen für das gesamte Verfahren gestellt werden. Liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, sollte diese daher grundsätzlich auch das Ermittlungsverfahren umfassen.

Dieser Gedanke hat bereits in der geltenden Fassung des § 141 Absatz 3 Satz 1 und Satz 2 StPO Niederschlag gefunden. Denn hier ist geregelt, dass die Staatsanwaltschaft bereits im Ermittlungsverfahren die Bestellung eines Verteidigers beantragt, wenn nach ihrer Auffassung im gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig sein wird. Angesichts des hohen Stellenwerts dieses Rechts auf Verteidigung bereits im Ermittlungsverfahren sollte der Beschuldigte aber künftig selbst die Möglichkeit haben, eine gerichtliche Entscheidung über die Frage der Notwendigkeit der Verteidigung in diesem frühen Verfahrensstadium herbeizuführen.

Auch für die staatsanwaltschaftliche Praxis fördert die Einführung eines entsprechenden Antragsrechts die Rechtssicherheit im Ermittlungsverfahren. Kommt die Staatsanwaltschaft nach gewissenhafter Prüfung zu dem Ergebnis, im Ermittlungsverfahren keinen Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung zu stellen und teilt sie dies dem Beschuldigten oder seinem Wahlverteidiger mit, riskiert sie nach geltendem Recht den Vorwurf, eine sachgerechte Verteidigung des Beschuldigten verhindern zu wollen. Eine richterliche Entscheidung über die Notwendigkeit einer Pflichtverteidigung auf Antrag des Beschuldigten würde solche Unsicherheiten im Ermittlungsverfahren vermeiden.

#### 1.6.2 Zuständigkeit für Beiordnungsentscheidungen

Die Einführung eines Antragsrechts des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren sollte nach Auffassung der Expertenkommission zudem zum Anlass genommen werden, eine einheitliche Zuständigkeit des Ermittlungsrichters für Beiordnungsentscheidungen im Ermittlungsverfahren zu schaffen. Erst mit Anklageerhebung sollte diese Zuständigkeit dann auf den Vorsitzenden des Gerichts der Hauptsache übergehen.

Die im geltenden Recht niedergelegte grundsätzliche Kompetenzzuweisung an den Vorsitzenden des Gerichts der Hauptsache soll insbesondere sicherstellen, dass dieser sich frühzeitig in den bei ihm in absehbarer Zeit zur Verhandlung anstehenden Sachverhalt einarbeiten und seine Terminbelastung abschätzen kann. Diesen Zweck kann die Regelung aber nur noch bedingt erreichen, da nicht mehr alle Geschäftsverteilungspläne der deutschen Gerichte Vorbefassungsregelungen kennen und daher das Hauptverfahren häufig nicht von der Kammer geführt wird, deren Vorsitzender über die notwendige Verteidigung entschieden hat.

Darüber hinaus kann ein Ermittlungsrichter ebenso wie der Vorsitzende des Gerichts der Hauptsache eine sachliche fundierte Entscheidung über die Notwendigkeit der Verteidigerbestellung und zur Auswahl des für den konkreten Fall geeigneten Verteidigers treffen. Erforderlich ist hier die Auswahl nach den Umständen und Besonderheiten des Einzelfalls. Hierbei können namentlich der Tatvorwurf, psychische Auffälligkeiten oder Erkrankungen des Beschuldigten, dessen Alter und Reifegrad sowie das absehbare öffentliche Interesse an dem Fall bedeutsam sein. Zweifelsohne sind hierfür tatrichterliche Erfahrungen von Bedeutung. In der Regel verfügen aber auch Ermittlungsrichter aus vorangehenden Tätigkeiten über tatrichterliche Erfahrung und zudem über diejenige ermittelungsrichterliche Erfahrung, die es ihnen ebenfalls ermöglicht, alle für den Einzelfall entscheidenden Kriterien einzubeziehen.

Ausschlaggebend für die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters spricht im Ergebnis der Aspekt der Verfahrensbeschleunigung. Schnelle Erreichbarkeit wird so gewährleistet, zeitraubende Aktenversendungen werden vermieden. Da diese Aspekte nur bis zur Anklageerhebung Geltung haben, ist ab diesem Zeitpunkt weiterhin die Zuständigkeit des Vorsitzenden des in der Hauptsache zuständigen Gerichts sachgerecht.

## 1.7 Einbeziehung von Anbahnungsgesprächen zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten in den Schutzbereich des § 148 StPO

**Mündlicher Verkehr im Anbahnungsstadium zwischen Rechtsanwälten und Beschuldigten sollte in den Schutzbereich des § 148 StPO einbezogen werden.**

### *Begründung*

Nach § 148 Absatz 1 StPO ist dem Beschuldigten, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, schriftlicher und mündlicher Verkehr mit dem Verteidiger gestattet. Erklärte Zielsetzung der Regelung ist die Gewährleistung einer „völlig freien Verteidigung“, d.h. einer Verteidigung frei von jedweder Behinderung oder Erschwerung. Eines der beiden Elemente dieses Rechts ist die Gewährleistung eines unüberwachten Schriftverkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem (sogenannte „Verteidigerpost“). Daneben ist der gesamte mündliche, auch fernmündliche Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem erfasst. Dabei erfolgt bei inhaftierten Beschuldigten keine Beschränkung hinsichtlich der Anzahl und der Dauer der Verteidigerbesuche. Die Vorschrift setzt allerdings in ihrer derzeitigen Fassung ein bestehendes Verteidigungsverhältnis voraus („mit dem Verteidiger“). Auch § 137 Absatz 1 Satz 1 StPO, die zentrale Vorschrift über die Gewährleistung eines Verteidigerbeistandes im Strafverfahren, spricht davon, dass der Beschuldigte sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistandes eines „Verteidigers“ bedienen kann. Anbahnungsgespräche, d.h. die – schriftliche oder mündliche – Kontaktaufnahme im Vorfeld der Mandatierung als Wahlverteidiger oder der Bestellung als Pflichtverteidiger sind demgegenüber von § 148 StPO nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht erfasst. Der Schutz des § 148 StPO setzt erst ein, wenn das Mandat zustande gekommen ist und der Beschuldigte dem Verteidiger eine schriftliche Verteidigungsvollmacht erteilt hat.

Die Expertenkommission empfiehlt, Anbahnungsgespräche in mündlicher Form, d.h. Gespräche anlässlich eines Besuchs des potentiellen Verteidigers in der Vollzugsanstalt, ausdrücklich in den Schutzbereich des § 148 Absatz 1 StPO einzubeziehen, um die ungestörte, vertrauliche Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und seinem künftigen Verteidiger bereits in dieser ersten Phase vor dem Beginn des Mandatsverhältnisses zu schützen.

Gegen die Einbeziehung der Anbahnungsphase in den Schutzbereich des § 148 Absatz 1 StPO wird eingewandt, dass bei der Einbeziehung jeglicher Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 StPO die Gefahr bestehe, dass auch Gespräche mit Anwälten geschützt würden, die hintereinander mehrere Beschuldigte in der Untersuchungshaft aufsuchen, um deren Aussageverhalten abzustimmen.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 18.02.2014 – StB 8/13, NJW 2014, 1314 ff.) hat allerdings entschieden, dass eine Verpflichtung zur Löschung von Aufzeichnungen aus einer Telekommunikationsüberwachung zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger besteht, obwohl im Zeitpunkt der Aufzeichnung der Kommunikation noch kein Verteidigungsverhältnis bestand. Dies hat der Senat damit begründet, dass der Beschuldigte im Rahmen von Anbahnungsgesprächen jedem potentiellen Verteidiger auch unabhängig vom Bestehen eines Verteidigungsverhältnisses das von § 53 StPO geschützte berufsspezifische Vertrauen entgegenbringe und sich etwa zum Tatvorwurf äußere. Diese Entscheidung deutet insgesamt darauf hin, dass auch aus höchstrichterlicher Sicht das Anbahnungsverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem vom Schutzbereich des Verteidigungsverhältnisses erfasst sein soll, wenn auch der Bundesgerichtshof dies bislang lediglich für die Abhörfreiheit und den Fall eines später tatsächlich zustande gekommenen Mandatsverhältnisses ausdrücklich entschieden hat.

Die Auslegung des Begriffs der „Verteidigung“ erfolgt in der Strafprozessordnung darüber hinaus derzeit uneinheitlich. Trotz eines vergleichbaren Wortlauts wie in § 148 StPO ist für das Akteneinsichtsrecht nach § 147 Absatz 1 StPO grundsätzlich anerkannt, dass der Verteidiger auch im Rahmen eines Anbahnungsverhältnisses befugt ist, die Akten einzusehen. Eine gesetzgeberische Klarstellung unter Einbeziehung des Anbahnungsverhältnisses in das privilegierte Kontaktrecht nach § 148 StPO erscheint deshalb geboten.

In der Praxis besteht aufgrund der Nichteinbeziehung der Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 StPO zudem die Gefahr, dass das Anbahnungsverhältnis bereits sehr frühzeitig in ein Mandatsverhältnis umgewandelt wird, um eine unüberwachte Kommunikation zu ermöglichen. Die gegenwärtige Rechtslage drängt Rechtsanwälte somit – möglicherweise übereilt – zur Aufnahme eines rechtsgeschäftlichen Mandatsverhältnisses. Umgekehrt wird auf diese Weise auch dem Beschuldigten nahegelegt, seinen Verteidiger ohne

vorherige Prüfungsmöglichkeit zu mandatieren. Diese Praxis ist vor dem Hintergrund der sich daraus ergebenden Gefahr des Verteidigerwechsels nicht sinnvoll. Durch die Einbeziehung des Anbahnungsverhältnisses in den Schutzbereich des § 148 StPO werden übereilte Mandatierungen oder Verteidigerbestellungen entbehrlich. Die Position des Beschuldigten bei der freien Wahl des geeigneten Rechtsbeistandes wird gestärkt.

Die Gefahr eines etwaigen Missbrauchs bei Einbeziehung des Anbahnungsverhältnisses in den Schutzbereich des § 148 StPO spricht nicht gegen die vorgeschlagene Regelung. Einem Missbrauch kann etwa dadurch entgegengewirkt werden, dass das Recht auf unüberwachten Verkehr mit Rechtsanwälten nur in den Grenzen der § 137 Absatz 1 Satz 2, § 146 StPO gewährt wird, also keine unüberwachten Anbahnungsgespräche mit dem Verteidiger eines Mitbeschuldigten oder in Fällen gewährt werden, in denen der Beschuldigte bereits drei gewählte Verteidiger hat. Im Übrigen ist die Frequenz von Verteidigerbesuchen auch durch die organisatorischen Gegebenheiten der Vollzugsanstalt begrenzt.

Auch im Lichte von Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe c EMRK in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte („Recht auf effektive Verteidigung“) ist die Aufnahme der Anbahnungsgespräche in den Schutzbereich des § 148 StPO angezeigt. Ausdrücklich entschieden ist diese Konstellation vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) bislang zwar nicht. Der Gerichtshof hat jedoch im Rahmen von Entscheidungen zu Artikel 8 EMRK wiederholt festgestellt, dass der Schriftverkehr zwischen Anwalt und Inhaftiertem nur dann überwacht werden darf, wenn der begründete Verdacht auf Missbrauch dieser Überwachungsprivilegierung besteht und die Sicherheit der Anstalt oder anderer Personen gefährdet werden. Dabei wählt der Gerichtshof den Begriff „*lawyer*“ und nicht etwa „*defence counsel*“, so dass terminologisch einiges dafür spricht, neben bereits bestellten Strafverteidigern auch sonstige Rechtsanwälte, etwa im Rahmen eines Anbahnungsverhältnisses, in die Privilegierung des Artikel 8 EMRK einzubeziehen.

Allerdings empfiehlt die Kommission im Hinblick auf die insoweit gesteigerte Missbrauchsfahr nicht, den Schutzbereich des § 148 StPO auch auf schriftliche oder auch fernmündliche Kontaktaufnahmen im Vorfeld einer möglichen Mandatierung zu erstrecken.

Zwar umfasst die Privilegierung des § 148 StPO nur solche Kommunikation zwischen Beschuldigtem und einem als Verteidiger in Betracht kommenden Rechtsanwalt, welche im Zusammenhang mit der Verteidigung steht. Die Übermittlung anderer Korrespondenz (etwa im Rahmen zivilrechtlicher Mandate) als Verteidigerpost stellt für den Rechtsanwalt eine berufsrechtliche Verfehlung dar und kann, sofern es nicht sogar strafrechtlich relevant ist, zudem als Ordnungswidrigkeit nach § 115 Absatz 1 Nummer 1 OWiG geahndet werden. Für eine weitergehende Ausdehnung des Schutzbereichs des § 148 StPO wird auch vorgebracht, einem bei schriftlicher oder telefonischer Kontaktaufnahme drohendem Missbrauch durch einen Dritten, der sich wahrheitswidrig als „potentieller Verteidiger“ ausbebe, lasse sich durch technische Vorkehrungen entgegenwirken, die sicherstellen, dass die Kommunikation von einer bestimmten Person geführt werde.

Nach Auffassung der Kommission ließe sich jedoch im Bereich schriftlicher oder auch fernmündlicher Kommunikation außerhalb eines bestehenden Mandatsverhältnisses einem Missbrauch nicht verlässlich entgegenwirken: Bei ausgehenden Briefen ist kaum nachprüfbar, ob der Adressat tatsächlich Rechtsanwalt ist. Auch bei eingehenden, als „Verteidigerpost“ gekennzeichneten Schreiben eines noch nicht als Verteidiger des Beschuldigten registrierten Rechtsanwaltes lässt sich ohne Kenntnisnahme vom Inhalt des Schreibens nicht verlässlich überprüfen, ob das Schreiben tatsächlich von einem Rechtsanwalt herrührt und tatsächlich die Anbahnung eines Mandatsverhältnisses betrifft.

## 2. Beschuldigtenstatus und -begriff

**Die Möglichkeiten einer gesetzlichen Regelung des Beschuldigtenbegriffs unter Einschluss der Rechtsstellung des strafunmündigen Kindes sollten geprüft werden.**

### *Begründung*

Der Beschuldigtenbegriff ist in der Strafprozessordnung nicht gesetzlich definiert, sondern wird an unterschiedlichen Stellen vorausgesetzt. In § 157 StPO etwa ist geregelt, dass als „Angeschuldigter“ der Beschuldigte bezeichnet wird, gegen den die öffentliche Klage erhoben ist, als „Angeklagter“ der Beschuldigte oder Angeschuldigte, gegen den die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen ist. Zur Frage, wann jemand „Beschuldigter“ im Sinne des Gesetzes ist, werden in der Wissenschaft unterschiedliche Auffassungen vertreten. Eine eher formale Sichtweise sieht eine Person dann als Beschuldigten an, wenn seitens der Strafverfolgungsbehörden gegen sie durch offiziellen Akt ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde. Nach dem materiellen Beschuldigtenbegriff ist eine Person immer dann Beschuldigter, wenn ein Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Absatz 2 StPO besteht. Die ganz herrschende Lehre verwendet den kombinierten „formell-materiellen“ Beschuldigtenbegriff. Entscheidend für die Beschuldigtenstellung ist danach, ob die Strafverfolgungsbehörden formell oder faktisch und erkennbar gegen einen Tatverdächtigen vorgehen. Strafunmündige Kinder können nicht Beschuldigte sein. Das Verfahrenshindernis der Strafunmündigkeit ist in jeder Verfahrenslage zu beachten. Gleichwohl stehen auch einem Kind, sofern es irrtümlicherweise als Beschuldigter behandelt wird, die vollen Beschuldigtenrechte zu.

Die Expertenkommission spricht sich dafür aus, die Möglichkeiten einer gesetzlichen Regelung des Beschuldigtenbegriffs näher zu prüfen.

Zwar wird infrage gestellt, ob eine gesetzliche Regelung des Beschuldigtenbegriffs einen Mehrwert darstellt und ob die in der Rechtspraxis auftretenden Grenzfälle anhand einer abstrakt-generellen Definition tatsächlich besser gelöst werden können. Auch bestehe die Gefahr, dass ein Verdächtiger sehr früh in den Beschuldigtenstatus einrückt, wenn ein weiterer Beschuldigtenbegriff gesetzlich geregelt werden sollte.

Andererseits ist der Status des Beschuldigten entscheidend für seine Rechtsstellung, insbesondere für die Verpflichtung zur Information und Belehrung gemäß § 136 StPO. Hieran knüpft auch die Nichtverwertbarkeit von Aussagen und Informationen der befragten Person an. Wird eine Person zunächst als Zeuge vernommen und ergibt sich im Laufe der Befragung ein Tatverdacht, so ist der Zeuge hierauf hinzuweisen. Der Zeuge wird damit zum Beschuldigten, ohne dass er vorher über seine Rechte im Sinne des § 136 Absatz 1 StPO belehrt werden konnte. Nach der Rechtsprechung ist der Zeuge, wenn er anschließend als Beschuldigter vernommen wird, im Anschluss qualifiziert zu belehren, d.h. er ist darauf hinzuweisen, dass seine bisherige Aussage nicht verwertet werden darf. Die Pflicht zur qualifizierten Belehrung gilt allerdings nicht für Spontanäußerungen einer tatverdächtigen Person oder im Falle der informatorischen Befragung eines größeren Kreises von potentiell tatverdächtigen Personen durch die Polizei. Aufgrund dieser Unklarheiten in der Rechtspraxis und der erheblichen Konsequenzen für den Betroffenen im Hinblick auf die Verwertbarkeit der Aussage kann eine gesetzliche Regelung des Beschuldigtenbegriffs als abstrakt formulierte Orientierungshilfe für die Ermittlungsbehörden sinnvoll sein.

Eine gesetzliche Regelung des Beschuldigtenbegriffs ist der Rechtsordnung auch nicht völlig fremd. § 397 Absatz 1 der Abgabenordnung (AO) enthält etwa eine Regelung darüber, wann gegen eine Person ermittelt wird. Das Strafverfahren ist danach eingeleitet, sobald die Finanzbehörde, die Polizei, die Staatsanwaltschaft, eine ihrer Ermittlungspersonen oder der Strafrichter eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden wegen einer Steuerstraftat strafrechtlich vorzugehen. In dieser gesetzlichen Definition ist der formell-materielle Beschuldigtenbegriff zugrunde gelegt. Entscheidend ist die Manifestation der Ermittlungen gegen eine Person durch die Strafverfolgungsbehörden („die erkennbar darauf abzielt“). Eine vergleichbare Regelung ließe sich auch in der Strafprozessordnung implementieren. Als Regelungsorte bieten sich etwa § 136 StPO oder § 157 StPO oder aber die Schaffung einer zentralen Norm zu Beginn des Zehnten Abschnitts der StPO an.

In die Überlegungen zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung des Beschuldigtenstatus ist auch die Rechtsstellung des strafunmündigen Kindes einzubeziehen. Dieses kann aufgrund seiner Strafunmündigkeit grundsätzlich nicht Beschuldigter im Sinne des Gesetzes sein. Gleichwohl kommt es in der Praxis vor, dass insbesondere bei schwerwiegenden Straftaten und/oder fehlender Erkennbarkeit der Strafunmündigkeit gegen Personen unter 14 Jahren

ermittelt wird, bis sich das Verfahrenshindernis herausstellt. Zum Schutze des strafunmündigen Kindes ist daher an die Regelung einer entsprechenden Anwendung der Beschuldigtenrechte zu denken.

### 3. Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht

#### 3.1 Ausdrückliche Normierung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis

**Die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden.**

##### *Begründung*

Das Verhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei ist durch die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft geprägt. Die Staatsanwaltschaft leitet das Ermittlungsverfahren und trägt die Verantwortung für eine rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens, auch soweit es durch die Polizei geführt wird. Aufgrund dieser umfassenden Verantwortung steht der Staatsanwaltschaft gegenüber ihren Ermittlungspersonen ein uneingeschränktes Weisungsrecht in Bezug auf ihre auf die Sachverhaltserforschung gerichtete strafverfolgende Tätigkeit zu. Dabei kann sie konkrete Einzelweisungen zu Art und Durchführung einzelner Ermittlungshandlungen erteilen, oder ihre Leitungsbefugnis im Rahmen der Aufklärung von Straftaten unabhängig vom Einzelfall durch allgemeine Weisungen im Voraus in Anspruch nehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Mai 2009 – 1 StR 99/09, NJW 2009, 2612, 2613). Die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft ist im geltenden Recht allerdings nicht als solche verankert, sondern kommt nur indirekt in verschiedenen Vorschriften der StPO, des GVG und den RiStBV zum Ausdruck. Nach § 161 Absatz 1 Satz 2 StPO sind die Behörden und Beamten des Polizeidienstes verpflichtet, dem Ersuchen oder dem Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen, gemäß § 163 Absatz 2 Satz 1 StPO haben sie ihre Verhandlungen ohne Verzug der Staatsanwaltschaft zu übersenden. § 152 Absatz 1 GVG regelt, dass Ermittlungspersonen in dieser Eigenschaft dazu verpflichtet sind, den Anordnungen der Staatsanwaltschaft ihres Bezirks und der dieser vorgesetzten Behörde Folge zu leisten. Weitere tatsächliche Ausformungen der Sachleitungsbefugnis enthalten die Nummern 3 und 11 der RiStBV.

Die Expertenkommission spricht sich dafür aus, die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren im Gesetz ausdrücklich zu normieren.

Gegen die ausdrückliche Regelung wird zwar eingewandt, dass hiermit im Vergleich zur bisherigen Rechtslage kein entscheidender Mehrwert verbunden sei. Eine Stärkung der Wächterfunktion der Staatsanwaltschaft werde allein durch die Schaffung einer ausdrücklichen Vorschrift nicht bewirkt. Im Übrigen könne die Staatsanwaltschaft auch in den Fällen ihre Leitungs- und Überwachungsfunktion noch hinreichend wahrnehmen, in denen ihr die Vorgänge weitgehend ausermittelt vorgelegt werden. Die Staatsanwaltschaft habe im Rahmen der Fertigung der verfahrensabschließenden Verfügung alle seitens der Polizei verwendeten Beweismittel auf ihre Werthaltigkeit und ihre Verwertbarkeit zu überprüfen. Gegebenenfalls habe sie neue und ergänzende Beweiserhebungen zu veranlassen. Ferner seien auch die Polizeibehörden an Gesetz und Recht gebunden. Mit der Sachleitungsbefugnis und deren Reichweite sei es daher grundsätzlich vereinbar, dass in den Fällen der kleinen und mittleren Kriminalität die Sachleitungsbefugnis erst nach Vorlage der Akten und vor Fertigung der verfahrensabschließenden Verfügung ausgeübt werde. Dies stehe mit der Grundentscheidung des Gesetzgebers in Einklang, zumal in der Strafprozessordnung nicht jedwede Beweiserhebung einschließlich der Beschuldigtenvernehmung im Beisein oder aber nach konkreter Absprache mit der Staatsanwaltschaft erfolgen müsse.

Für eine gesetzliche Verankerung der Sachleitungsbefugnis spricht hingegen, dass die Staatsanwaltschaft nur dann ihrer Aufgabe, „Wächter des Gesetzes zu sein“ hinreichend Genüge tun kann, wenn jedwede Ermittlungstätigkeit der nachgeordneten Strafverfolgungsbehörden ihrer Leitung und Verantwortung unterstellt sind. Es bestehen derzeit Zweifel, ob diese Grundentscheidung des Gesetzgebers, die in einer Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen konkretisiert worden ist, mit der Lebenswirklichkeit noch in Einklang steht. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle, insbesondere bei Verkehrsstraftaten und Delikten im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität, werden die Ermittlungen durch die Polizei bis zur Vorlage der Akten an die Staatsanwaltschaft weitgehend eigenständig geführt. Die Polizeibehörden haben aufgrund ihrer umfangreichen Datensammlungen vielfach einen Informationsvorsprung, der es der Staatsanwaltschaft erschwert, ihre Leitungsbefugnis sachgerecht auszuüben. Lediglich in Fällen, in denen seitens der Polizei frühzeitig strafprozessuale Maßnahmen angeregt werden, sowie in Fällen, in denen Kapitaldelikte oder sonstige Straftaten betroffen sind, die wegen der Person oder der Stellung eines Beteiligten, wegen der Art oder des Umfangs der Beschuldigung oder aus anderen Gründen voraussichtlich weite Kreise der Bevölkerung oder Medien mit überörtlicher Bedeutung beschäftigen werden, ist die

Staatsanwaltschaft frühzeitig informiert und damit in der Lage, ihre Sachleitungsbefugnis auch tatsächlich auszuüben. Ein Bedarf für eine ausdrückliche gesetzliche Normierung ist daher gegeben.

### 3.2 Erscheinenspflicht von Zeugen bei der Polizei

**Zeugen sollten zur Vernehmung vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft erscheinen müssen, wenn der polizeilichen Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt. Bestehen Zweifel hinsichtlich der Zeugeneigenschaft oder hinsichtlich des Vorliegens von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten, soll die Polizei verpflichtet werden, unverzüglich Kontakt mit der Staatsanwaltschaft aufzunehmen.**

#### *Begründung*

Die Erscheinen- und Aussagepflicht von Zeugen ist in der StPO nur für gerichtliche und staatsanwaltliche Vernehmungen geregelt (vgl. § 48 Absatz 1, § 161a Absatz 1 StPO). Gegenüber der Polizei als Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft besteht für Zeugen keine Erscheinen- und Aussagepflicht; die „Vorladung“ durch die Polizei ist daher nur eine unverbindliche Aufforderung zum Erscheinen. Die Polizei hat lediglich die Möglichkeit, Zeugen darauf hinzuweisen, dass sie im Weigerungsfalle auf ihre Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht hinwirken wird. Zeugen, die auf Ladung der Polizei nicht erscheinen oder die Aussage ohne einen gesetzlich anerkannten Grund verweigern, können daher nur von der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht vernommen werden. Dies erfolgt im Falle des Nichterscheinens des Zeugen auf ordnungsgemäße Ladung regelmäßig durch die zwangsweise Vorführung der betreffenden Person (§ 51 Absatz 1 Satz 3, § 135 StPO). Außerdem können Zwangsmittel wie etwa ein Ordnungsgeld oder ersatzweise Ordnungshaft angeordnet werden (§§ 51, 70 StPO).

Die Expertenkommission befürwortet keine generelle Erscheinen- und Aussagepflicht von Zeugen bei Vernehmungen durch Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft. Sie spricht sich jedoch dafür aus, eine Erscheinen- und Aussagepflicht des Zeugen für den Fall zu normieren, dass der Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt.

Gegen die Einführung einer generellen Erscheinenspflicht von Zeugen bei der Polizei wird eingewandt, dass jede Verlagerung von Kompetenzen von der Staatsanwaltschaft auf die Polizei die generelle Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft in Frage stelle. Im Übrigen könnten Rechtsfragen im Zusammenhang mit der gemäß §§ 52 ff., 55 StPO vorzunehmenden

den Belehrung von Zeugen zuverlässiger von der Staatsanwaltschaft als von der Polizei beurteilt werden. Einem Zeugenbeistand wäre es zudem nicht mehr möglich, dem Zeugen in der polizeilichen Vernehmung zu raten, von einer Aussage abzusehen, weil seinem Mandanten ansonsten ein Ordnungsgeld drohe.

Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Polizei auch nach dem geltenden Recht in der weit überwiegenden Zahl der Fälle die Vernehmung der Zeugen faktisch durchführt. Die meisten Zeugen erscheinen freiwillig oder nach entsprechender „Ermahnung“ durch die Staatsanwaltschaft. Auch treten Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Belehrungspflichten über die Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte gemäß §§ 52 ff., 55 StPO nur selten auf, zumal die Vernehmungsbeamten bei der Polizei entsprechend geschult sind und praktisch sehr viel häufiger Zeugenvernehmungen durchführen als die Staatsanwaltschaft. Bei Zweifeln über die Zeugeneigenschaft oder den Umfang und die Reichweite eines Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrechts wird auch derzeit schon die Staatsanwaltschaft kontaktiert, um die Rechtmäßigkeit der Vernehmung sicherzustellen.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass in Ermangelung einer Erscheinens- und Aussagepflicht vor der Polizei Zeugen von der Staatsanwaltschaft vernommen werden müssen, ohne dass es bezogen auf den Gegenstand der Vernehmung dafür einen sachlichen Grund gibt oder die Mitwirkung eines Staatsanwalts aus rechtsstaatlichen Gründen zwingend erforderlich wäre. Insbesondere geht die Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft häufig nicht mit einer zentralen Bedeutung der Aussage des Zeugen einher oder betrifft durchweg besonders schwierige Sachverhalte. Ob die Staatsanwaltschaft tätig wird, hängt vielmehr allein vom Verhalten des Zeugen ab. Dessen Verlässlichkeit entscheidet darüber, ob die Vernehmung durch Beamte des Polizeidienstes erfolgen kann oder durch die Staatsanwaltschaft durchgeführt werden muss. Dem erheblichen Mehraufwand auf Seiten der Staatsanwaltschaft steht daher häufig kein rechtsstaatlich nennenswerter Nutzen gegenüber.

Um die Staatsanwaltschaft vor dem Hintergrund knapper Ressourcen von sachlich nicht zwingenden Zeugenvernehmungen zu entlasten, ohne damit zugleich die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren in Frage zu stellen, spricht sich die Expertenkommission für eine vermittelnde Lösung aus. Die Erscheinens- und Aussagepflicht des Zeugen vor der Polizei soll von einer vorherigen Entscheidung der Staatsanwaltschaft

abhängig sein und nur dann eintreten, wenn die Staatsanwaltschaft das Erscheinen und die Aussagepflicht des Zeugen vor der Polizei angeordnet hat. Eine vollständige Verlagerung von Kompetenzen von der Staatsanwaltschaft auf die Polizei wird damit vermieden und die Verantwortung der Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer Sachleitungsbefugnis bleibt unangetastet. Gleichzeitig werden die mit dem Ausbleiben oder der Aussageverweigerung des Zeugen verbundenen zeitlichen Verzögerungen der Ermittlungen weitgehend unterbunden. Die Durchführung der Vernehmung durch die Polizei kann im Regelfall schneller bewerkstelligt werden als bei der Staatsanwaltschaft. Dies trägt regelmäßig zu einer Beschleunigung der Ermittlungsverfahren bei.

Im Zusammenhang mit der Regelung einer einzelfallbezogenen Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bei der Polizei empfiehlt die Expertenkommission zudem, die derzeitige Praxis der Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft bei Zweifeln über die Zeugeneigenschaft oder Art und Umfang eines Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht ausdrücklich im Gesetz zu verankern.

### 3.3 Abschaffung des Richtervorbehalts für Blutprobenentnahmen in § 81a Absatz 2 StPO

**Der Richtervorbehalt bei Blutprobenentnahmen sollte im Bereich der Straßenverkehrsdelikte abgeschafft werden. Die regelmäßige Anordnungsbefugnis sollte auf die Staatsanwaltschaft übergehen.**

#### *Begründung*

§ 81a StPO regelt die Voraussetzungen einer körperlichen Untersuchung des Beschuldigten. Die Vorschrift erlaubt insbesondere Eingriffe in das durch Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 GG geschützte Recht auf körperliche Unversehrtheit und verpflichtet den Beschuldigten zur Duldung von Untersuchungen, die der Aufklärung der Tat oder der Auffindung von Beweismitteln dienen. Gemäß § 81a Absatz 2 StPO steht die Anordnung dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen zu. Die Entnahme einer Blutprobe zur Ermittlung des Blutalkoholgehalts oder der Konzentration anderer berauschender Mittel zur Ermittlung der Fahrtüchtigkeit im Straßenverkehr stellt in der Praxis den Hauptanwendungsfall des § 81a StPO dar. Auch hier steht die Anordnung der Maßnahme grundsätzlich dem Richter zu. Die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung unterliegt strengen Anforderungen. Nach einer (Kammer-) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sind die für die Annahme von Gefahr im Verzug bei Durchsuchungen entwickelten Grundsätze auf § 81a Absatz 2 StPO zu übertragen. Um ein faktisches Leerlaufen des Richtervorbehalts zu vermeiden, haben die Strafverfolgungsbehörden auch in Eilfällen daher zunächst zu versuchen, die Anordnung des zuständigen Richters zu erlangen. Eine Gefährdung des Untersuchungserfolges muss mit einzelfallbezogenen Tatsachen begründet werden, die in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist (vgl. BVerfGK 10, 270 ff.).

Die Expertenkommission empfiehlt, den Richtervorbehalt bei Blutprobenentnahmen im Bereich der Straßenverkehrsdelikte abzuschaffen und die regelmäßige Anordnungsbefugnis auf die Staatsanwaltschaft zu übertragen.

Gegen eine Abschaffung des Richtervorbehalts wird zwar angeführt, dass der Sinn und Zweck eines Richtervorbehalts gerade darin bestehe, vorbeugenden Rechtsschutz zu ge-

währleisten. Bei beweissichernden Grundrechtseingriffen sei ein vorbeugender Rechtsschutz notwendig, weil der Betroffene durch diese Maßnahmen in doppelter Hinsicht belastet werde. Einerseits sei er dem Eingriff an sich ausgesetzt und zum anderen riskiere er Konsequenzen, insbesondere die auf das Beweismittel gestützte Verurteilung. Die aus dieser Doppelbelastung resultierende besondere Schutzbedürftigkeit führe dazu, dass der Gesetzgeber aufgrund des im Grundgesetz verankerten Fairnessprinzips grundsätzlich verpflichtet sei, Beweis sichernde strafprozessuale Eingriffsbefugnisse mit Richtervorbehalten auszugestalten. Nur auf diese Weise könne die im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bestehende strukturelle Überlegenheit der Strafverfolgungsbehörden gegenüber dem Beschuldigten kompensiert werden. Auch werde dem Beschuldigten oder Betroffenen regelmäßig vor dem Eingriff kein rechtliches Gehör gewährt. Der Ermittlungsrichter sei vor diesem Hintergrund als „neutraler Wächter“ zur präventiven Kontrolle berufen. Unabhängig davon, ob diese Wächterfunktion in der Praxis effektiv umgesetzt werden könne, stelle ihre Existenz bei zahlreichen Eingriffen, die in die Rechte und Lebensverhältnisse der Betroffenen hineinwirken, ihre rechtliche Legitimation dar. Auch die Eilbedürftigkeit könne kein entscheidendes Kriterium für die Abschaffung eines Richtervorbehaltes sein, weil es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Aufgabe der Gerichte sei, ihre Erreichbarkeit im Regelfall auch außerhalb der Dienstzeiten zu gewährleisten.

Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass eine vorherige richterliche Kontrolle nur bei besonders schweren Grundrechtseingriffen im Grundgesetz vorgeschrieben und verfassungsrechtlich geboten ist. Die körperliche Untersuchung des Beschuldigten erreicht diese Eingriffstiefe – anders als etwa die Freiheitsentziehung oder die Durchsuchung von Wohnungen – regelmäßig nicht. Der Richtervorbehalt für Blutprobenentnahmen ist folglich nach dem Grundgesetz nicht zwingend geboten. Die sachgerecht durch einen Arzt vorgenommene Entnahme einer Blutprobe ist weitgehend schmerzfrei und stellt nur einen geringfügigen Eingriff dar. Mit der durch die Einholung einer richterlichen Entscheidung verbundenen zeitlichen Verzögerung kann häufig sogar ein weitergehender Grundrechtseingriff als durch den eigentlichen körperlichen Eingriff verbunden sein, weil der Beschuldigte in diesem Zeitraum regelmäßig festgehalten werden muss. Die Blutprobenentnahme wird auch nicht jeder richterlichen Kontrolle vollständig entzogen. Der Betroffene hat wie bei jeder anderen Ermittlungsmaßnahme die Möglichkeit, nachträglichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Im Zweifel kann der Beschuldigte eine etwaige Rechtsbeeinträchtigung durch eine nachträgli-

che richterliche Überprüfung ebenso effektiv oder aufgrund der wegfallenden Eilbedürftigkeit und der verbesserten Tatsachengrundlage sogar besser durchsetzen als durch eine vorgeschaltete Überprüfung im Rahmen eines Richtervorbehalts.

Eine effektive Strafverfolgung erfordert insbesondere von alkoholisierten oder unter Betäubungsmittelinfluss stehenden Fahrzeugführern eine möglichst umgehende Entscheidung über die Entnahme einer Blutprobe, ansonsten droht ein Verlust des Beweismittels durch den Abbau der berauschenden Substanzen im Blut. Der Richter ist somit regelmäßig auf die Feststellungen des Staatsanwalts oder Polizeibeamten vor Ort angewiesen. Eine Vorlage der Ermittlungsakten, die im Zeitpunkt der Maßnahme häufig noch nicht erstellt sind, ist in diesen Fällen in aller Regel nicht möglich. Die richterliche Anordnung ergeht daher allein aufgrund telefonisch mitgeteilter Informationen, ohne dass der für die Anordnung zuständige Richter die Angaben der Polizeibeamten vor Ort, die sich häufig auf das Vorliegen von Alkoholgeruch, Ausfallerscheinungen oder Fahrfehlern beziehen, verlässlich nachprüfen kann. Mangels hinreichender eigenständiger Informationsgrundlage stellt der Richtervorbehalt in § 81a StPO bei Blutprobenentnahmen zum Zwecke des Nachweises von Alkohol oder anderen berauschenden Substanzen im Bereich der Straßenverkehrsdelikte kein „Mehr“ an Rechtsstaatlichkeit für den Betroffenen dar.

Überdies wird eine vorbeugende Kontrolle durch eine neutrale Instanz auch durch die Staatsanwaltschaft gewährleistet, auf die nach dem Vorschlag der Expertenkommission die Anordnungscompetenz übertragen werden soll. Für Konstellationen, in denen die Staatsanwaltschaft nicht sofort erreicht werden kann, soll daneben die Eilkompetenz der Polizei bestehen bleiben. Diese hat die Gefährdung des Untersuchungszwecks und die Nichterreichbarkeit der Staatsanwaltschaft nach den bisher in der Rechtsprechung aufgestellten Maßstäben zu dokumentieren. Die Anordnung durch die Polizei wegen der Gefährdung des Untersuchungszwecks wird danach auf sehr wenige Ausnahmefälle beschränkt bleiben, weil die Staatsanwaltschaften in der Praxis durchgängige Bereitschaftsdienste eingerichtet haben.

Gegenstand der Erörterungen war auch der Vorschlag, bei einer Streichung des Richtervorbehalts statt einer Übertragung der vorrangigen Anordnungsbefugnis vom Gericht auf die Staatsanwaltschaft eine gleichrangige Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen vorzusehen. Dafür spreche, dass der befassende Staatsanwalt in aller

Regel ebenso wenig vor Ort sein werde wie bislang der Richter und dementsprechend gleichermaßen über keine eigenständige Informationsgrundlage verfüge. Zudem drohten durch die zusätzliche Einschaltung der Staatsanwaltschaft vermeidbare Verzögerungen, die im Einzelfall zu einem Beweismittelverlust führen könnten. Schließlich gelte es, das Verhältnis zum Bußgeldverfahren im Blick zu behalten, in dem sich eine Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft als Fremdkörper erweise und eine eigenständige Anordnungscompetenz der Polizei zu einem Wertungswiderspruch gegenüber der Strafprozessordnung führen würde.

Die Expertenkommission spricht sich gegen diesen Alternativvorschlag aus, weil durch die Einschaltung der Staatsanwaltschaft eine zusätzliche Kontrollinstanz erhalten bleibt und die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft gestärkt wird.

Zudem wurde erörtert, den Entfall der Richtervorbehalte für eine Blutprobenentnahme nicht nur auf Straßenverkehrsdelikte zu beschränken. Die Argumente der geringen Eingriffstiefe und der Sachverhaltsferne des Ermittlungsrichters gelten auch für andere Tatvorwürfe, in denen dem Beschuldigten eine tatzeitnahe Blutprobe zur späteren Feststellung der Schuldbeeinträchtigung entnommen wird. Der Bereich der Straßenverkehrsdelikte stellt jedoch den praktisch häufigsten Anwendungsbereich der Blutprobenentnahme dar.

### 3.4 Abschaffung des Richtervorbehalts in anderen Bereichen

**In anderen Bereichen sollten die bestehenden Richtervorbehalte beibehalten werden.**

#### *Begründung*

Das geltende Strafprozessrecht enthält neben den ausdrücklich im Grundgesetz verankerten Richtervorbehalten für Freiheitsentziehungen und Durchsuchungen von Wohnungen zahlreiche weitere Richtervorbehalte. Nach § 87 Absatz 4 Satz 1 StPO etwa sind die Leichenöffnung und die Ausgrabung einer beerdigten Leiche vom Richter anzuordnen. Die Staatsanwaltschaft ist nach Satz 2 zu der Anordnung nur befugt, wenn der Untersuchungserfolg durch Verzögerung gefährdet würde. § 132 Absatz 1 Nr. 1 StPO sieht vor, dass gegen einen Beschuldigten, der einer Straftat dringend verdächtig ist, im Geltungsbereich der StPO jedoch keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt hat und für den die Voraussetzungen eines Haftbefehls nicht vorliegen, zur Sicherstellung der Durchführung des Strafverfahrens die Leistung einer angemessenen Sicherheit für die zu erwartende Geldstrafe und die Kosten des Verfahrens angeordnet werden kann. Die Anordnung dürfen nach § 132 Absatz 2 StPO nur der Richter, bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen treffen. Weiterhin darf gemäß § 100b StPO die Überwachung der laufenden Telekommunikation unter den Voraussetzungen des § 100a StPO nur durch den Richter angeordnet werden. Dabei ist die Anordnung auf höchstens drei Monate zu befristen. Sind bereits richterliche Beschlüsse gegen einen bestimmten Beschuldigten ergangen und wird im Laufe des Ermittlungsverfahrens bekannt, dass der Beschuldigte eine neue oder eine weitere Telefonnummer nutzt, so unterliegt auch die Anordnung der Überwachung der neuen oder weiteren Telefonnummer als Folge-Telekommunikationsüberwachung dem Richtervorbehalt.

Die Expertenkommission spricht sich dagegen aus, die Richtervorbehalte bei der Leichenöffnung gemäß § 87 Absatz 4 Satz 1 StPO, der Sicherheitsleistung gemäß § 132 StPO und bei der Ausdehnung der richterlich angeordneten Telekommunikationsüberwachung auf eine neue bzw. weitere Rufnummer gemäß § 100b StPO abzuschaffen und die Anordnungscompetenz insoweit auf die Staatsanwaltschaft zu übertragen.

Für eine Abschaffung der Richtervorbehalte wird in den genannten Fällen angeführt, dass bei diesen Maßnahmen die Eingriffstiefe unterhalb der verfassungsrechtlich äußerst sensiblen Schwelle der Freiheitsentziehungen, Wohnungsdurchsuchungen und der Überwachung der Telekommunikation liege und eine vorbeugende rechtliche Kontrolle nach dem Grundgesetz nicht zwingend notwendig sei. Bei der Anordnung der Leichenöffnung sei der Richter auf die Darstellung der Ermittlungsbeamten zur Auffindesituation der Leiche und zu sonstigen Feststellungen am Tatort angewiesen; seine Tätigkeit konzentriere sich auf die Prüfung, ob Anhaltspunkte für ein Fremdverschulden an dem Tod bestehen. Auch führe der Richtervorbehalt im Rahmen des § 87 Absatz 4 StPO nicht etwa zu einer häufigeren Anordnung von Leichenöffnungen, die geeignet wäre, die Dunkelziffer bei Tötungsdelikten zu minimieren. Die richterliche Prüfung erfolge nach dem geltenden Recht nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft. Sehe bereits die Staatsanwaltschaft keine Anhaltspunkte für ein Fremdverschulden, werde das Gericht nicht mit der Sache befasst. Auch die Leistung einer Sicherheit für die Durchführung des Strafverfahrens gemäß § 132 StPO weise nur eine geringe Eingriffsschwere auf, die im Übrigen zu keiner irreversiblen Rechtsbeeinträchtigung führe. Eine nachträgliche richterliche Überprüfung der Angemessenheit der Sicherheitsleistung sei jederzeit möglich. Bei der Anordnung einer Folge-Telekommunikationsüberwachung sei die Eingriffstiefe ebenfalls geringer als bei der Erstanordnung. Aufgrund der Gesamtumstände und des unverändert fortbestehenden Tatverdachts sei es regelmäßig auszuschließen, dass in diesen Fällen der Richter einen Antrag auf Überwachung der Telekommunikation bezüglich der neu bekannt gewordenen Telefonnummern ablehnen werde.

Gegen die Abschaffung der Richtervorbehalte in den genannten Fällen spricht indessen, dass allein der praktische Nichtvollzug der gesetzlichen Vorgaben in Ermangelung einer eigenständigen richterlichen Prüfung nicht als Argument dazu dienen darf, die gesetzlichen Vorgaben abzubauen. Es besteht vielmehr Anlass zur Verbesserung des Gesetzesvollzuges.

Der Richtervorbehalt bei der Leichenöffnung ist nicht verzichtbar, weil es sich bei dieser Maßnahme um einen besonders schweren Eingriff in die Totenruhe handelt. Im Rahmen des § 87 Absatz 4 StPO ist zudem die besondere Situation der Angehörigen zu berücksichtigen. Die Akzeptanz einer richterlichen Entscheidung bezüglich einer Leichenöffnung ist deutlich höher als bei einer Anordnung durch die Staatsanwaltschaft.

Auch die Leistung einer Sicherheit stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte des Beschuldigten dar. Die Anordnung der Leistung einer Sicherheit gemäß § 132 StPO erfordert zudem eine Prognose, ob sich der Beschuldigte, der seinen Wohnsitz oder Aufenthalt nicht im Geltungsbereich der StPO hat, dem Strafverfahren stellen wird. Eine solche Prognose kann verlässlich nur durch einen Richter vorgenommen werden. Außerdem droht im Falle der Abschaffung des Richtervorbehalts eine zu starke Inanspruchnahme des Beschuldigten, weil die Gefahr besteht, dass die Polizei eine zu hohe Strafeinschätzung an den Tag legt.

Die Abschaffung des Richtervorbehalts für die Ausdehnung des richterlichen Beschlusses gemäß § 100b Absatz 1 StPO auf weitere Anschlüsse des Beschuldigten unterliegt ebenfalls Bedenken. Es ergeben sich bereits bei der Frage, wann ein Anschluss des Beschuldigten in diesem Sinne vorliegt, erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten, die der vorherigen richterlichen Prüfung und Kontrolle bedürfen. Auch kann sich die Verdachtslage im Rahmen einer laufenden Telekommunikationsüberwachung ständig verändern. Eine erneute richterliche Anordnung auch für Folge-Telekommunikationsüberwachungen ist daher erforderlich.

#### 4. Dokumentation des Ermittlungsverfahrens

**Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen sollten jedenfalls bei schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage im Regelfall audiovisuell aufgezeichnet werden. Die Vernehmung sollte nach den hierfür geltenden Regelungen zusätzlich protokolliert werden.**

##### *Begründung*

Nach dem geltenden Recht ist die Videoaufzeichnung der Vernehmung eines Zeugen gemäß § 58a Absatz 1 Satz 1 StPO grundsätzlich möglich, wobei die Vorschrift als „Kann“-Regelung ausgestaltet ist. Die Aufzeichnung „soll“ nach Satz 2 nur in bestimmten Konstellationen vorgenommen werden, nämlich bei Personen unter sechzehn Jahren, die durch die Tat verletzt worden sind (Nummer 1) und wenn zu besorgen ist, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen werden kann und die Aufzeichnungen zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist (Nummer 2). Ziel der Regelung war bei ihrer Einführung durch das Zeugeschutzgesetz im Jahr 1998 einerseits der Schutz – insbesondere kindlicher – Opferzeugen, andererseits der Schutz vor einem Beweisverlust, dem im Interesse der Wahrheitsfindung durch das bestmögliche Beweissurrogat in Form der Videoaufzeichnung entgegengewirkt werden sollte (BT-Drucks. 13/7165, S. 4 f.). Durch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren vom 25. April 2013 (BGBl. I 2013, S. 935) wurde in § 163a Absatz 1 Satz 2 StPO die entsprechende Anwendung des § 58a Absatz 1 Satz 1 StPO bestimmt und die Möglichkeit der Videoaufzeichnung in Form der „Kann“-Regelung auch auf Beschuldigtenvernehmungen erstreckt. In der Praxis wird von den Aufzeichnungsmöglichkeiten bislang nur zurückhaltend Gebrauch gemacht.

Die audiovisuelle Vernehmungsdokumentation kann einen wertvollen Beitrag zur Optimierung der Wahrheitsfindung im Ermittlungsverfahren leisten. Die verbreitete Praxis, auf solche Dokumentationen trotz der durch § 163a und § 58a StPO bereits eröffneten Möglichkeiten zu verzichten, ist nicht mehr zeitgemäß. Die Expertenkommission spricht sich daher dafür aus, die Möglichkeiten der audiovisuellen Aufzeichnung der Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen künftig verstärkt zu nutzen, und empfiehlt, entsprechende Möglichkeiten für die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren gesetzlich zu regeln. Jedenfalls bei

schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage sollten Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen im Regelfall audiovisuell aufgezeichnet werden.

Gegen die Einführung einer umfassenden Verpflichtung zur audiovisuellen Aufzeichnung von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen wird zwar der technische Aufwand eingewandt, der unter Berücksichtigung der Anschaffungs- und Unterhaltskosten für die erforderliche Technik zu einer Kostensteigerung führe und in der Praxis nur durch einen vergleichsweise geringen Mehrwert kompensiert werde. Angesichts des Beschleunigungsgebotes insbesondere bei Vernehmungen vor der Vorführung vor den Haftrichter drohe zudem ein Konflikt mit dem Gebot der Unverzögerlichkeit, wenn die Vernehmung zwingend audiovisuell aufgezeichnet werden müsse. Eine generelle Verpflichtung zur Aufzeichnung sei unflexibel und lasse das Bedürfnis der Praxis außer Acht, schriftliche oder telefonische Anhörungen sowie Befragungen vor Ort vorzunehmen. Nicht zu unterschätzen sei die Gefahr des Missbrauchs entsprechender Aufzeichnungen trotz vorhandener gesetzlicher Verwendungsverbote. Auch eine Verbesserung der Wahrheitsfindung gehe mit einer audiovisuellen Aufzeichnung nicht notwendig einher, weil entsprechende Aufzeichnungen einer etwaigen Voreingenommenheit der Vernehmungsperson nicht entgegenwirken könnten und trotz Aufzeichnung unklar bleibe, ob und ggf. in welcher Form vor der Vernehmung oder in Vernehmungspausen auf den Beschuldigten Einfluss genommen wurde. Umgekehrt sei zu besorgen, dass Beschuldigte oder Zeugen mit Blick auf die eingeschaltete Kamera nicht unbefangen aussagen oder ihre Aussagebereitschaft und ihr Aussageverhalten durch die Befürchtung des Missbrauchs der Aufzeichnung durch eine etwaige Veröffentlichung im weiteren Verlauf des Verfahrens beeinflusst werde. Erhebliche Vorteile seien nicht zu erwarten, weil bereits derzeit nur in sehr wenigen Fällen der Inhalt des Vernehmungsprotokolls und die spätere Aussage in der Hauptverhandlung in einer Weise auseinanderfielen, die es notwendig mache, den Inhalt und die Umstände der polizeilichen Vernehmung genau zu rekonstruieren. Soweit nicht ein erleichterter Beweistransfer von Ermittlungsergebnissen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung geschaffen werde, finde in der Hauptverhandlung ohnehin eine erneute Vernehmung des Beschuldigten oder eine erneute Einvernahme der Zeugen statt. Insbesondere für Opferzeugen entfalle die Verpflichtung, erneut auszusagen, mit dem Vorhandensein einer Videoaufzeichnung regelmäßig nicht. Dennoch entstehe ein erheblicher Mehraufwand für die Verfahrensbeteiligten im Rahmen einer ordnungsgemäßen Vorbereitung auf die Hauptverhandlung. Eine Einschränkung der Aufzeichnungsobliegenheiten der Strafverfol-

gungsbehörden auf bestimmte Tatvorwürfe führe in der Praxis in diesem frühen Verfahrensstadium zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten, die auf die Polizei abgewälzt würden. Auch sei fraglich, welche Konsequenzen ein Verstoß gegen die Obliegenheit zur Videoaufzeichnung oder technische Probleme nach sich ziehen sollen. Überdies seien die Auswirkungen auf das Revisionsverfahren nicht hinreichend geklärt. Zusammengefasst führe der Vorschlag zu einer Verminderung der Praxistauglichkeit bei zugleich fehlender Effektivierung.

Für die Aufzeichnung der Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen spricht jedoch maßgeblich, dass eine effektivere Ausgestaltung des Strafverfahrens gerade auch durch eine Verbesserung der Wahrheitsfindung infolge einer erweiterten Dokumentation erreicht wird. Es besteht kein Zweifel, dass eine authentische Videoaufzeichnung dem herkömmlichen schriftlichen Protokoll weit überlegen ist. Das schriftliche Inhaltsprotokoll enthält eine reduzierte Dokumentation des Gesprächs zwischen der Vernehmungsperson und dem zu Vernehmenden, die Ergebnis eines kommunikativen Prozesses ist, bei dem Wahrnehmungsmängel auf beiden Seiten naturgemäß nicht ausgeschlossen werden können. Auch wird der Inhalt einer Vernehmung durch die Art der Fragstellung und die Auswahl des Gesprächsstoffs von der Vernehmungsperson gesteuert. Die Schwächen des herkömmlichen Protokolls werden bei Einführung in die Hauptverhandlung im Wege der Vernehmung des Vernehmungsbeamten noch perpetuiert, weil dieser hier wiederum nur seinen eigenen Wahrnehmungs- und Erlebnishorizont wiedergibt. Diesen Defiziten kann durch die audiovisuelle Aufzeichnung begegnet werden, weil sich hierdurch Wahrnehmungs- und Verständnismängel im weiteren Verlauf aufklären lassen. Im Hinblick auf die spätere Hauptverhandlung und einen möglichen Beweistransfer der Erkenntnisse aus dem Ermittlungsverfahren ist die Videodokumentation in jedem Fall qualitativ hochwertiger als die Einführung über die Verlesung des Inhaltsprotokolls oder die Vernehmung des Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hören-Sagen.

Weiterhin wird das Verfahren mit der Videodokumentation von Vernehmungen transparenter. Mit der leichteren Nachweismöglichkeit eines die Förmlichkeiten der Vernehmung betreffenden Verfahrensmangels werden insbesondere die Rechte des Beschuldigten gestärkt. Die Aufzeichnung hat dabei zugleich den Effekt, die Vernehmenden an die Einhaltung der Vernehmungsförmlichkeiten zu erinnern. Neben dieser Disziplinierungsfunktion werden die Vernehmenden jedoch auch vor unzutreffenden Beschuldigungen über eine etwaige Nichteinhaltung der Förmlichkeiten geschützt.

Obwohl nach derzeitiger Rechtslage eine konkrete Pflicht zur Videoaufzeichnung von Vernehmungen aus dem Unions- und Völkerrecht nicht besteht, zeichnet sich bei einer Gesamtschau der bereits verabschiedeten oder abzusehenden Rechtsinstrumente in der europäischen Union ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers ab. In Artikel 9 des Vorschlags zu einer Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für verdächtige oder beschuldigte Kinder ist etwa die Videovernehmung von beschuldigten Personen unter 18 Jahren ausdrücklich vorgesehen. Die Richtlinie 2014/41/EU über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen sieht ebenso wie Artikel 30 des Vorschlags der Kommission für eine Verordnung über die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft (KOM (2013) 851 vom 27. November 2013) die Möglichkeit eines transnationalen Beweistransfers vor, für den einheitliche Regelungen der Beweiserhebung und Dokumentation zur besseren Verkehrsfähigkeit der Beweise erforderlich sind. Die Videodokumentation erbringt einen authentischen Nachweis, ob die EU-Mindestvorgaben an Belehrungen und Zeugen- und Beschuldigtenschutzrechten bei den Vernehmungen gewahrt worden sind. Im Übrigen ist auf forensischer Ebene zu berücksichtigen, dass andere Länder insbesondere im angloamerikanischen Rechtsraum bereits positive Erfahrungen mit audiovisuellen Aufzeichnungen gemacht haben.

Für eine generelle Einführung der Aufzeichnung von Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs wird zwar angeführt, dass diese zur Etablierung einer entsprechenden Routine beitragen würde und im Sinne einer klaren und einfach zu handhabenden Lösung vorzuzugswürdig wäre. Eine Orientierung am Schweregrad der verfolgten Straftat sei in der Praxis schwierig umzusetzen, weil aus Sicht des Beschuldigten stets gravierende Rechtsfolgen drohen und das Schwerekriterium keine im Voraus klare Grenzziehung ermöglicht. Eine konkrete Einordnung in einen bestimmten Katalog gleich zu Beginn der Ermittlungen könnte die Polizei überfordern, zumal sich auch im Laufe der Ermittlungen eine Umstellung des Verdachts von einer bestimmten Straftat auf eine schwerere Straftat ergeben kann.

Dennoch empfiehlt die Expertenkommission eine Beschränkung der regelmäßig vorzunehmenden Dokumentation auf gravierende Tatvorwürfe. Gegen eine generelle Dokumentationspflicht spricht die Gefahr einer Aufblähung des Strafverfahrens in Bereichen, in denen bisher aus Opportunitätsgründen Einstellungen vorgenommen werden; dies betrifft immer-

hin etwa 30 Prozent aller Verfahren. Eine generelle Aufzeichnungspflicht ist technisch und zeitlich in der Praxis derzeit nicht umzusetzen. Die Beschränkung auf gravierende Straftaten, bei denen das Aufklärungsinteresse des Staates als besonders hoch einzustufen ist, erfordert dagegen keinen übermäßigen Kostenaufwand, zumal die Polizei im Bereich der präventiven Gefahrenabwehr ohnehin schon verstärkt Videotechnik einsetzt. Bei Zeugenvernehmungen ist überdies das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen in besonderer Weise zu beachten. Die audiovisuelle Aufzeichnung stellt bei Zeugen einen über die bloße Pflicht zur Aussage hinausgehenden eigenständigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Artikel 8 EMRK dar, weil dem Zeugen anders als dem Beschuldigten regelmäßig kein Aussageverweigerungsrecht zusteht (Ausnahmen: §§ 52 ff. StPO). Das Spannungsverhältnis zwischen Aufklärungs- und Beschuldigteninteressen wird daher mit dem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Zeugen um einen dritten Pol ergänzt. Die gesteigerte Verlässlichkeit dieser Art der Dokumentation und der weniger fehlerbehaftete Beweistransfer in die spätere Hauptverhandlung können ebenso wie das Ziel der Vermeidung von Mehrfachbefragungen diesen Eingriff zwar grundsätzlich rechtfertigen. Ein solcher Eingriff ist allerdings nur bei einem hohen Aufklärungsinteresse, wie es bei gravierenden Straftaten vorliegt, gerechtfertigt.

Als Maßstab für eine Beschränkung werden etwa die Fälle der notwendigen Verteidigung gemäß § 140 Absatz 1 und 2 StPO vorgeschlagen. § 140 StPO fungiere bereits nach der derzeitigen Rechtslage als Garant für die Sicherung eines rechtsstaatlichen Verfahrens. Über die Frage der notwendigen Beiordnung eines Verteidigers müsse im Strafverfahren ohnehin entschieden werden, so dass sich ein höherer Aufwand nicht ergibt. In Betracht kommt außerdem eine über den Maßstab des § 140 StPO hinausgehende Beschränkung der Aufzeichnungspflicht auf Schwurgerichtssachen, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und Delikte aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität. Auch eine Beschränkung der audiovisuellen Dokumentation von Vernehmungen auf Delikte aus dem Katalog des § 100c Absatz 2 StPO erscheint denkbar.

Neben der audiovisuellen Aufzeichnung sollten die Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen nach Auffassung der Expertenkommission nach den bisher geltenden Grundsätzen verschriftlicht werden. Für eine Vollverschriftlichung der Aussage in Form der wörtlichen Transkription spricht zwar, dass ein Wortprotokoll der Wahrheitsfindung dienen und das Aussa-

geverhalten auf diese Weise besser nachvollzogen werden kann. Andererseits ist mit der wörtlichen Transkription auch eine ganz erhebliche Mehrbelastung der Ermittlungsbehörden verbunden, weil ein schriftliches Wortprotokoll unübersichtlich und damit wenig praxistauglich wäre. Ein Ergebnisprotokoll oder das herkömmliche Inhaltsprotokoll genügt den Anforderungen der Praxis und sollte grundsätzlich beibehalten werden. An der bisherigen Praxis der Mitprotokollierung durch den Vernehmungsbeamten muss daher nichts geändert werden.

## 5. Einzelmaßnahmen

### 5.1 Quellen-Telekommunikationsüberwachung

**Für die Quellen-Telekommunikationsüberwachung sollte zum Zwecke des Grundrechtsschutzes des Betroffenen eine Rechtsgrundlage geschaffen werden.**

#### *Begründung*

§ 100a StPO gestattet bei schweren Straftaten im Einzelfall die Überwachung und Aufzeichnung der laufenden Telekommunikation ohne Wissen des Betroffenen. Die Vorschrift rechtfertigt einen erheblichen Eingriff in das durch Artikel 10 GG geschützte Fernmeldegeheimnis und das durch Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht. Der Begriff der Telekommunikation umfasst den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen, faktisch also Gespräche mittels Festnetztelefon, Mobiltelefon, Nachrichten in Form von Kurzmitteilungen (SMS), Multimediateien (MMS), Fax und Fernschreiben.

Auch die Kommunikation im Internet fällt unter den Begriff der Telekommunikation. Hierbei haben im vergangenen Jahrzehnt die Technik der Internettelefonie und sogenannte Voice-over-IP-Dienste – wie etwa das Programm „Skype“ oder der Instant Messenger „WhatsApp“ – eine immer größere Bedeutung gewonnen. Im Unterschied zur klassischen leitungsvermittelten Festnetztelefonie wird bei der paketvermittelten Internettelefonie die Kommunikation nicht im Rahmen einer festen Verbindung über speziell hierfür vorgesehene Leitungen geführt, sondern digitalisiert über das weltweite Datennetz mittels Internetprotoll transportiert. Dabei nehmen einige VoIP-Dienstleister automatisch eine Verschlüsselung der Daten vor, die den Ermittlungsbehörden bei Überwachung und Aufzeichnung der Übermittlung im Datennetz nur kryptierte Daten liefert. Beim Instant-Messaging sind die Computer der Teilnehmer bei aktivierter Software direkt miteinander verbunden, wodurch die Textnachricht nach Betätigung des Versende-Buttons unmittelbar beim Empfänger ankommt und eine Echtzeitkommunikation ermöglicht. Auch diese Textnachrichten werden üblicherweise mit einem sicheren und leistungsstarken Verschlüsselungsalgorithmus verschlüsselt über das IP-Netz übertragen. Eine Entschlüsselung ist praktisch unmöglich, weil für die Kommunikationsverschlüsselung zumeist automatisch generierte, temporäre Schlüssel mit großer Länge

und hoher Zufälligkeit verwendet werden, deren Decodierung außerordentlich langwierig ist. Findet die Kommunikation zwischen zwei internetfähigen Endgeräten statt, wobei es sich bei diesen Endgeräten um herkömmliche Personalcomputer, aber auch Tablets oder Mobiltelefone handeln kann, werden die Inhaltsdaten auf beliebigen Wegen im Internet und nicht über technische Einrichtungen des Providers transportiert. Den Anbietern der Internettelefonie ist es deshalb aus technischen Gründen nicht möglich, Inhaltsdaten zur Verfügung zu stellen. Zur Überwindung der Kommunikationsverschlüsselung ist es vielmehr erforderlich, die VoIP-Kommunikation noch vor deren Verschlüsselung oder nach deren Entschlüsselung abzugreifen. Dies kann eine spezielle Software ermöglichen, die auf dem Computer des Betroffenen verdeckt installiert wird, um abgehende und eingehende VoIP-Kommunikationsdaten noch vor deren Verschlüsselung auf dem Absendersystem oder nach deren Entschlüsselung auf dem Empfängersystem abzugreifen. Weil diese Form der Überwachung der Telekommunikation an der „Quelle“ ansetzt und die Kommunikationsinhalte zur Aufzeichnung an die Ermittlungsbehörde in Echtzeit ausleitet, wird sie als Quellen-Telekommunikationsüberwachung („Quellen-TKÜ“) bezeichnet.

Die Expertenkommission empfiehlt, zum Zwecke des Grundrechtsschutzes des Betroffenen die Voraussetzungen der Quellen-Telekommunikationsüberwachung gesetzlich zu regeln und insoweit eine eigene Ermächtigungsgrundlage zu schaffen, die sowohl dem Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis als auch dem für diese Maßnahme typischen zusätzlichen Eingriff in das Grundrecht auf Vertraulichkeit und die Integrität informationstechnischer Systeme Rechnung trägt. Technisch muss sichergestellt werden, dass mit der für die Quellen-TKÜ eingesetzten Software nur Zugriff auf Inhalt und Umstände der laufenden Telekommunikation genommen werden kann, nicht aber auf die auf dem überwachten Endgerät gespeicherten Daten.

Die Frage, ob eine Änderung des geltenden Rechts zur Ermöglichung der Quellen-TKÜ überhaupt erforderlich ist, wird unterschiedlich beantwortet. Inwieweit in Ermittlungsverfahren eine Überwachungssoftware von den Ermittlungsbehörden heimlich in ein informationstechnisches System eingeschleust und die Nachrichten der zu überwachenden Person noch vor der Verschlüsselung der Daten abgefangen werden dürfen, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, dass eine entsprechende Maßnahme bereits nach dem geltenden Recht auf § 100a

StPO gestützt werden kann. § 100a StPO sei bei seiner Einführung bewusst offen gestaltet worden, um neue Entwicklungen berücksichtigen zu können. Im Hinblick auf die Schwere des Eingriffs in das durch Artikel 10 GG geschützte Fernmeldegeheimnis stelle es keinen Unterschied dar, ob die Kommunikation auf verschlüsselte oder unverschlüsselte Weise erfolge. Eine Quellen-TKÜ sei nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch nicht grundsätzlich unzulässig. Sie sei nach den Vorgaben des Gerichts sogar ausschließlich an Artikel 10 GG und nicht zusätzlich an Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG zu messen, wenn sie sich darauf beschränke, Inhalte und Umstände der laufenden Telekommunikation im Rechnernetz zu erheben oder darauf bezogene Daten auszuwerten und diese Beschränkung durch technische Vorkehrungen und rechtliche Vorgaben sichergestellt sei.

Für die Schaffung einer eigenen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage spricht hingegen, dass sich der Eingriff bei der Quellen-TKÜ nicht auf die Überwachung und Aufzeichnung der laufenden Telekommunikation beschränkt, sondern mit der zusätzlich notwendigen Infiltration des Endgeräts mittels einer entsprechenden Späh-Software ein qualitativ schwerer wiegender Eingriff gegeben ist.

In der Entscheidung zur präventiven Online-Durchsuchung nach dem nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz vom 27. Februar 2008 (BVerfGE 120, 274 ff.) hat das Bundesverfassungsgericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG ein „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ abgeleitet, das eine informationelle Geheimsphäre bezüglich des von einer Person genutzten eigenen IT-Systems garantiert. Auch wenn das Bundesverfassungsgericht einen Eingriff in dieses Grundrecht unmittelbar nur für die Online-Durchsuchung, d.h. der heimlichen Infiltration eines informationstechnischen Systems, mittels derer die Nutzung des Systems überwacht und seine Speichermedien ausgelesen werden können, angenommen hat, ergeben sich hieraus auch für die Quellen-TKÜ Konsequenzen. Wenn nämlich technisch nicht sichergestellt ist, dass nur die laufende Telekommunikation überwacht wird, ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch mit der Infiltration des informationstechnischen Systems zum Zweck der Telekommunikationsüberwachung die entscheidende Hürde genommen, um das System insgesamt auszuspähen. Die dadurch bedingte Gefährdung des informationstechnischen Systems geht

über die bloße Überwachung der laufenden Telekommunikation hinaus, wodurch der Schutzbereich des neuen IT-Grundrechts eröffnet und der Eingriff an der nach Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG geschützten Integrität und Vertraulichkeit des eigengenutzten informationstechnischen Systems zu messen ist.

Es ist daher im Gesetz ausdrücklich klarzustellen, dass eine Quellen-TKÜ nur dann vorgenommen werden darf, wenn durch technische Maßnahmen sichergestellt ist, dass ausschließlich die laufende Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet wird. Zudem sind ergänzende verfahrensrechtliche Vorgaben über die technische und organisatorische Verfahrensweise und die grundlegenden technischen Eigenschaften des eingesetzten Mittels sowie der Art und Weise der Infiltration gesetzlich zu regeln.

Abgesehen von den im Gesetz zu verankernden Verfahrensvorgaben ist die Ermächtigungsbasis auch im Übrigen verhältnismäßig auszugestalten. Auf der Grundlage einer technisch gewährleisteten Trennung des Abgreifens von laufender Telekommunikation und sonstigen auf dem Endgerät gespeicherten Daten empfiehlt sich als Regelungsort eine Ergänzung der §§ 100a, 100b StPO.

## 5.2 Neuausrichtung des Katalogs des § 100a Absatz 2 StPO

Der Katalog des § 100a Absatz 2 StPO sollte anhand übergeordneter systematischer Kriterien grundlegend neu ausgerichtet werden, um bestehende Wertungswidersprüche aufzulösen. Dabei sollen die Schwere der Straftat sowie die Umstände, unter denen sie begangen wurde, von entscheidender Bedeutung sein.

### *Begründung*

§ 100a StPO gestattet die Überwachung und Aufzeichnung der laufenden Telekommunikation ohne Wissen des Betroffenen nur bei „schweren Straftaten“. Diese sind im Straftatenkatalog des § 100a Absatz 2 StPO im Einzelnen aufgeführt. Mit der Beschränkung auf „schwere Straftaten“ enthält der Katalog eine Kategorie, die zwischen den „besonders schweren Straftaten“ im Sinne des Artikel 13 Absatz 3 Satz 1 GG (Wohnraumüberwachung) und den „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ im Sinne des § 110a StPO (Einsatz verdeckter Ermittler) anzusiedeln ist. Das Gesetz folgt damit einem Stufenmodell. In den vergangenen Jahren ist der Straftatenkatalog des § 100a Absatz 2 StPO vielfach geändert und ergänzt worden.

Die Expertenkommission empfiehlt, den Katalog des § 100a Absatz 2 StPO anhand übergeordneter systematischer Kriterien grundlegend neu auszurichten.

Hiergegen wird zwar eingewandt, dass der Katalog in seiner jetzigen Ausrichtung durch das „Schwere“-Element geprägt sei und ein „Aufweichen“ dieser Bedingung vor dem Hintergrund der Eingriffstiefe der Maßnahme verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen wäre. Auch sei der Versuch, § 100a Absatz 2 StPO in Form einer abstrakt-generellen Regelung im Gegensatz zu einer Auflistung der Straftatbestände in einem Katalog neu zu fassen, in der Vergangenheit fehlgeschlagen.

Mit einer grundlegenden Neuausrichtung des Katalogs des § 100a Absatz 2 StPO würden jedoch zahlreiche Wertungswidersprüche behoben, die infolge der vielfältigen Anpassungen des Katalogs in den vergangenen Jahren entstanden sind. Die gemeinschaftliche Vergewaltigung etwa ist mit einer Strafandrohung von zwei Jahren Mindestfreiheitsstrafe im Katalog des § 100a StPO enthalten, nicht aber die Vergewaltigung gemäß § 177 Absatz 3 StGB, bei der ein Einzeltäter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt oder

verwendet hat. Dies überzeugt nicht, weil letztere Delikte mit einer Mindestfreiheitsstrafe von drei Jahren vom Gesetzgeber als schwerwiegender eingestuft werden. Der Katalog des § 100a StPO ist auch insofern widersprüchlich, als er Verbrechensstraftatbestände (z.B. Raub, Brandstiftung) enthält, ohne dass – im Gegensatz zu anderen aufgeführten Verbrechenstatbeständen – darauf abgestellt wird, ob es sich um einen Einzeltäter oder eine gemeinschaftliche Begehungsweise handelt. Soweit Vergehen im Katalog genannt sind, liegt diesen zwar in der Vielzahl eine gemeinschaftliche Begehungsweise zugrunde. Der Katalog ist insoweit jedoch unvollständig. Nicht enthalten ist etwa der Tatbestand der gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung gemäß § 224 Absatz 1 Nummer 4 StGB, obwohl der Gesetzgeber für diese Strafnorm einen Strafraum von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen hat.

Die Neuausrichtung des Katalogs hat sich an der Schwere des Eingriffs zu orientieren und muss deliktsspezifisch Erkenntnisse aus der Überwachung erwarten lassen. Bei den betroffenen Rechtsgütern muss es sich um solche handeln, die im Falle ihrer Verletzung in einschneidender Weise die Rechte Privater oder Rechtsgüter der Allgemeinheit und des Staates in erheblicher Weise beeinträchtigen.

Vorgeschlagen wird etwa die Aufnahme aller Verbrechenstatbestände. Diese sind gemäß § 12 Absatz 1 StGB jeweils durch eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr gekennzeichnet. Mit der klaren Orientierung an der Mindeststrafandrohung wäre einerseits dem „Schwere“-Kriterium nach den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts Rechnung getragen, andererseits würden bestehende Wertungswidersprüche aufgelöst. Die Regelung würde zudem übersichtlicher, indem der Katalog in großen Teilen aufgehoben und Folgeänderungen entbehrlich würden. Mit der Aufnahme aller Verbrechen wäre zudem einem praktischen Bedürfnis Rechnung getragen, da die Telekommunikationsüberwachung nicht nur der Aufklärung von Straftaten dient, sondern auch als Fahndungsinstrument zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Täters herangezogen wird.

Bei den Vergehen wird eine Aufnahme solcher Delikte erwogen, die Rechtsgüter schützen, die im Falle ihrer Verletzung in einschneidender Weise die Rechte Privater, Rechtsgüter der Allgemeinheit oder des Staates beeinträchtigen, eine Mindestfreiheitsstrafe vorsehen und zudem üblicherweise von einer gemeinschaftlichen oder konspirativen Begehungsweise ge-

prägt sind. Ist die Begehung der Straftat durch konspirative Elemente geprägt, kann eine Aufklärung häufig nur mit einer Telekommunikationsüberwachung erreicht werden. Die Überwachung der untereinander geführten Gespräche ist hier das einzig erfolgversprechende Ermittlungsinstrument. Die konspirative Begehungsweise stellt darüber hinaus den Rechtsfrieden in einer Weise in Frage, die eine Aufnahme des jeweiligen Delikts in den Katalog des § 100a Absatz 2 StPO und den Eingriff in Artikel 10 GG im Einzelfall rechtfertigt. Die Leitprinzipien der „Schwere“ der Tat einerseits und der Art der Begehung andererseits stellen für den Katalog lediglich eine erste Orientierung dar, weil § 100a StPO weitere begrenzende Voraussetzungen enthält, die einer Anordnung der Telekommunikationsüberwachung im konkreten Fall entgegenstehen können.

Demgegenüber befürwortet die Expertenkommission eine weitere Ausdehnung des Katalogs des § 100a Absatz 2 StPO, etwa auf sämtliche Delikte aus dem Bereich der Cyberkriminalität und solche, denen eine Flüchtigkeit von Telekommunikationsdaten eigen ist, nicht.

Es trifft zwar zu, dass Delikte aus dem Bereich der Cyberkriminalität zunehmend den Rechtsfrieden infrage stellen und die Telekommunikationsüberwachung für diese Delikte oft das einzig erfolgversprechende Ermittlungsinstrument darstellt. Demgegenüber ist jedoch zu beachten, dass nicht jede Maßnahme, die im Einzelfall für die Aufklärung von Straftaten nützlich wäre, verfassungsrechtlich auch zulässig ist. Straftatbestände aus dem Bereich der Cyberkriminalität (z.B. §§ 202a bis 202c; 303a, 303b StGB) weisen häufig lediglich moderate Strafraumen auf, deren Höchstfreiheitsstrafe zwei bis drei Jahre Freiheitsstrafe nicht überschreitet. Das Kriterium der „Schwere“ der Tat liegt bei diesen Delikten daher regelmäßig nicht vor.

### 5.3 Gesetzliche Regelung des Einsatzes von V-Personen

**Für den Einsatz von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen (V-Personen) sollte eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden.**

#### *Begründung*

Das geltende Recht regelt in §§ 110a ff. StPO die Voraussetzungen für den Einsatz Verdeckter Ermittler zur Straftataufklärung. Unter Verdeckten Ermittlern werden Beamte des Polizeidienstes verstanden, die unter einer ihnen verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (Legende) ermitteln (§ 110a Abs. 2 Satz 1 StPO). Voraussetzung eines Einsatzes sind zureichende tatsächliche Anhaltspunkte einer Straftat von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 110a Absatz 1 Nummern 1 bis 4 StPO. Nach der Subsidiaritätsklausel in § 110a Absatz 1 Satz 3 StPO ist ein Einsatz nur zulässig, soweit die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Auch die Befugnis eines Verdeckten Ermittlers zum Betreten einer fremden Wohnung ist in § 110c StPO speziell geregelt. Für den Einsatz von Verdeckten Ermittlern ist gemäß § 110b Absatz 1 Satz 1 StPO grundsätzlich die Zustimmung der Staatsanwaltschaft erforderlich. Bei Gefahr in Verzug kann die Polizei zunächst von sich aus tätig werden. Sie muss die Zustimmung der Staatsanwaltschaft jedoch binnen drei Tagen einholen. Wenn sich der Einsatz gegen einen bestimmten Beschuldigten richtet oder der Verdeckte Ermittler eine nicht allgemein zugängliche Wohnung betritt, ist grundsätzlich die Zustimmung des Gerichts erforderlich.

Demgegenüber ist der Einsatz von Verbindungs- oder Vertrauenspersonen („V-Personen“) nicht speziell gesetzlich geregelt. V-Personen sind keine Beamten der Strafverfolgungsbehörden, sind aber bereit, diese bei der Aufklärung von Straftaten über einen längeren Zeitraum vertraulich zu unterstützen. Ihre Identität oder ihr Status als V-Person wird geheim gehalten. Sie unterliegen einer polizeilichen Anleitung und entstammen nicht selten kriminellen Milieus. Nach dem Willen des Gesetzgebers, der bei der Schaffung der §§ 110 ff. StPO durch das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Formen der Organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992 (OrgKG) bewusst auf eine Regelung des Einsatzes von V-Personen verzichtete (BT-Drucks. 12/989, S. 41), wird der Einsatz von V-Personen bislang auf die Ermittlungsgeneralklausel (§ 161 Absatz 1 in Verbindung mit § 163 Abs. 1

Satz 2 StPO) gestützt. Die Vorschriften über den Einsatz Verdeckter Ermittler gemäß §§ 110a ff. StPO finden auf den Einsatz von V-Personen keine entsprechende Anwendung. Der Einsatz von V-Personen ist als zulässiges Mittel der Strafverfolgung auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt. Im präventiven Bereich ist der Einsatz von V-Personen teilweise gesetzlich geregelt, so etwa in § 28 Abs. 2 Nr. 3 BPolG oder § 20g Abs. 2 Nr. 4 BKAG.

Die Expertenkommission empfiehlt die Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von V-Personen.

Zwar wird in Frage gestellt, ob es einer eigenen Regelung bedürfe. Der Einsatz von V-Personen erfolge auch derzeit nicht außerhalb eines rechtlichen Rahmens, sondern werde auf die Ermittlungsgeneralklausel als Ermächtigungsgrundlage gestützt. Gegen das Erfordernis einer speziellen gesetzlichen Regelung wird eingewandt, dass bereits zweifelhaft sei, ob ein Grundrechtseingriff überhaupt vorliege. Jedenfalls aber überschreite der Grundrechtseingriff für den Betroffenen keine Schwelle, die nicht mehr von der Ermittlungsgeneralklausel gedeckt sei. Auch das Bundesverfassungsgericht habe eine ausdrückliche Regelung mit Blick auf die Wesentlichkeitsgarantie bisher nicht angemahnt. Bereits der Einsatz eines Verdeckten Ermittlers im Sinne des § 110a Absatz 2 Satz 1 StPO sei meist von geringerer Eingriffsinintensität als die Überwachung des Fernmeldeverkehrs oder der Einsatz technischer Überwachungsgeräte. Beim Einsatz von V-Personen werde lediglich verschwiegen, dass diese im staatlichen Auftrag handeln; die Willensbildung des Betroffenen bleibe frei. Strafprozessual seien V-Personen daher regelmäßig als Zeugen anzusehen, so dass die notwendige gesetzliche Grundlage für ihre Heranziehung im Ermittlungs- und Strafverfahren gegeben sei. Soweit sie aufgrund ihrer Wahrnehmungen gefährdet seien, komme ihnen derselbe Zeugenschutz zu wie den Zufallszeugen. Da V-Personen meist aus einer bestimmten Tätergruppierung stammten und aufgrund des begrenzten Täterwissens ein hohes Risiko eingingen, wenn sie mit den Strafverfolgungsbehörden kooperierten, bestehe die Gefahr, dass mit einer Regelung des „ob“ und „wie“ ihres Einsatzes das Ermittlungsinstrument in der Praxis entwertet werde. Ohnehin sei aufgrund der Vielgestaltigkeit der Fallgestaltungen fraglich, wie eine gesetzliche Regelung praxistauglich ausgestaltet werden könne und ob diese Regelung im Vergleich zur Ermittlungsgeneralklausel einen Mehrwert darstelle. In der Praxis werde bereits jetzt eine Anklage nur noch selten auf die Angaben von V-Personen gestützt, weil sich die

Strafverfolgungsbehörden um unmittelbare Beweise bemühten. Eine Regelung, die eine Begrenzung auf bestimmte schwere Katalogtaten und einen Richtervorbehalt vorsehe, sei nicht sachgerecht, weil der Einsatz von V-Personen oft auch im Bereich mittelschwerer Kriminalität – etwa bei rechtsextremistischen Propagandadelikten – zum Tragen komme und nicht selten auf ad-hoc-Entscheidungen beruhe. Auch eine nachträgliche Benachrichtigungspflicht sei vor dem Hintergrund der dauerhaften Zusicherung der Vertraulichkeit kontraproduktiv. Eine Parallele zu den Polizeigesetzen sei nicht gegeben, weil im präventiven Bereich nur die Polizei tätig werde, während im repressiven Bereich die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft obliege und damit auch die rechtsstaatliche Kontrolle gewährleistet sei.

Für die Schaffung einer eigenen Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von V-Personen spricht hingegen, dass Konstellationen denkbar sind, in denen in das Recht auf Privatsphäre und informationelle Selbstbestimmung im Sinne des Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG eingegriffen wird. Selbst wenn dies nicht der Fall ist, genügt bereits die Grundrechtsgefährdung, um ein Handeln des Gesetzgebers zu rechtfertigen. Die erforderliche Regelungsdichte steigt mit zunehmender Eingriffstiefe, weil alle grundlegenden und wesentlichen Entscheidungen vom Gesetzgeber selbst getroffen werden müssen. Daher wird auch die Auffassung vertreten, dass der mit der Maßnahme verbundene Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen nicht auf die Ermittlungsgeneralklausel gestützt werden kann.

Auch aus menschenrechtlicher Perspektive spricht viel für eine gesetzliche Regelung. Das Recht auf Privatleben wird durch Artikel 8 Absatz 1 EMRK geschützt. Der EGMR legt Artikel 8 EMRK weit aus und setzt die Eingriffsschwelle niedriger an als das Bundesverfassungsgericht. Für Eingriffe in dieses Recht ist nach Maßgabe des Artikels 8 Absatz 2 EMRK eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage notwendig. Insbesondere umfasst der Schutz des Artikels 8 EMRK auch das Recht am gesprochenen Wort und die Befugnis, selbst zu bestimmen, wem der Inhalt einer Kommunikation zugänglich sein soll. Einen solchen Eingriff angenommen hat der EGMR etwa bereits in Konstellationen, in denen eine gezielte, systematische oder heimliche Aufzeichnung vom Verhalten oder von Äußerungen des Betroffenen im Rahmen des V-Personen-Einsatzes erfolgt ist. Da insbesondere geheime Ton- oder Bildaufzeichnungen besonders intensive Eingriffe in das Privatleben einer Person darstellten, bedürften sie einer ausreichend bestimmten Rechtsgrundlage und der Rechtfertigung durch einen der Schwere des Eingriffs angemessenen Grund. Ein dem Staat zuzurechnender und

damit im Ergebnis staatlicher Eingriff sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Staat wesentlich an den privaten Ermittlungshandlungen mitwirkt. Insgesamt muss sichergestellt werden, dass die Strafverfolgungsbehörden ihre aus der Konvention abzuleitenden Verpflichtungen durch den Einsatz privater Ermittler nicht umgehen können. Neben Artikel 8 EMRK lässt sich auch aus Artikel 6 EMRK ein grundsätzliches Erfordernis ableiten, den derzeit noch zulässigen Einsatz von V-Personen gesetzlich auszugestalten. So liegt der Fall etwa bei einer Tatprovokation durch eine V-Person (vgl. dazu die Empfehlung unter Nummer 6). Eine Tatprovokation durch eine V-Person stellt nach der Rechtsprechung des EGMR einen über den allgemeinen Einsatz hinausgehenden speziellen Anwendungsfall des Umgehungsverbotes dar. Allein ein nach gesetzlich festgelegten rechtsstaatlichen Maßstäben durchgeführtes passiv „provozierendes Verhalten“ ist in der Lage, einen Verstoß gegen Artikel 6 EMRK zu vermeiden.

Eine spezielle gesetzliche Regelung ist daher notwendig, soweit die V-Person in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung oder andere Grundrechte eingreift und über den reinen Akt der Informationsbeschaffung hinausgeht. Dies ist etwa der Fall, wenn die V-Person in Täuschungsabsicht in die Privatsphäre des Betroffenen eindringt, um ihm auf diese Weise Informationen zum Zwecke der Strafverfolgung zu entlocken. Gleiches gilt, wenn die V-Person – auch mit dessen Einverständnis – die Wohnung des Betroffenen betritt. In diesem Fall unterscheidet sich das Handeln der V-Person nicht wesentlich von dem des Verdeckten Ermittlers. Für die Frage der Grundrechtsbindung macht es keinen Unterschied, ob eine Person von den Strafverfolgungsbehörden auf den Beschuldigten „angesetzt“ wird oder lediglich als „freier Mitarbeiter“ der Polizei agiert. Die Grundrechtsbindung wird allein durch die staatliche Einbindung der Aktivitäten der jeweiligen Personen ausgelöst. Beim Einsatz von V-Personen droht daher eine Umgehung der §§ 110a ff. StPO.

Nicht zuletzt sprechen auch die Regelungen in § 28 Absatz 2 Nummer 3 BPolG oder § 20g Absatz 2 Nummer 4 BKAG für eine spezielle gesetzliche Grundlage für den Einsatz von V-Personen im repressiven Bereich. Auch wenn die Vorschriften lediglich eine Legaldefinition enthalten und nicht das „Wie“ des Einsatzes der V-Person regeln, existieren sie jedoch ausdrücklich als spezielle Ermächtigungsrundlage neben den auch im präventiven Bereich vorhandenen Generalklauseln.

## 6. Gesetzliche Regelung des Verbots der Tatprovokation

**Das Verbot der Tatprovokation sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Dabei sollte zunächst der Begriff „Tatprovokation“ definiert werden; im Weiteren sollten die verfahrensrechtlichen Folgen einer verbotswidrigen Tatprovokation geregelt werden.**

### *Begründung*

Unter Tatprovokation ist jede Form staatlich zurechenbarer Deliktsveranlassung durch Verdeckte Ermittler, Vertrauenspersonen oder sonstige polizeiliche Lockspitzel zu verstehen. Die Einschaltung solcher Kontaktpersonen ist grundsätzlich zulässig, allerdings nur zu dem Zweck, die Beweislage zu verbessern. Ein sogenannter „agent provocateur“ darf eingeschaltet werden, wenn ein bereits bestehender starker Verdacht schwerwiegenden strafbaren Verhaltens auf seine Richtigkeit getestet werden soll, nicht aber, um den Täter erst durch eine nachhaltige Einwirkung zur Tatbegehung oder zur Begehung eines wesentlich schwereren Delikts zu bestimmen. Bei Überschreitung der Grenzen des erlaubten tatprovokierenden Verhaltens hatte der Bundesgerichtshof dem Täter lange Zeit einen Strafabschlag gewährt, die durch die Provokation bedingte Rechtseinbuße also auf der Strafzumessungsebene durch die Verhängung einer geringeren Strafe kompensiert.

Mit Urteil vom 24. Oktober 2014 entschied der EGMR in einer Konstellation, in der ein bis dahin Tatunverdächtiger durch einen polizeilichen Lockspitzel zu einer Tat angestiftet wurde, dass eine Lösung auf der Ebene der Strafzumessung nicht ausreiche (Furcht ./.. Deutschland, Az. 54648/09), um den darin liegenden Verstoß gegen das Recht auf faires Verfahren aus Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 EMRK zu kompensieren. Die rechtsstaatswidrige Tatprovokation müsse ein Verwertungsverbot „oder ähnliche Konsequenzen“ nach sich ziehen.

Aus dieser Entscheidung schloss das Bundesverfassungsgericht in der Folge zwar nicht auf eine bindende Wirkung des dogmatischen Ansatzes des Gerichtshofs für das nationale Rechtssystem. Solange die inhaltlichen Anforderungen, die Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 EMRK an die Fairness des Strafverfahrens stelle, erfüllt seien, überlasse es der Gerichtshof den nationalen Gerichten zu entscheiden, wie die Anforderungen von Artikel 6 Absatz 1 EMRK in die jeweiligen nationalen Strafrechtssysteme zu integrieren seien. Die „Strafzumessungslösung“ sei daher nach wie vor eine Möglichkeit, etwaige Verfahrensverstöße zu kompensieren, zu-

mal die Reichweite von Beweisverwertungsverböten im deutschen Strafverfahrensrecht grundsätzlich eng auf die jeweils unzulässige Ermittlungshandlung zu begrenzen und unter Rechtsstaatsgesichtspunkten herzuleitende Verfahrenshindernisse allenfalls eine seltene Ausnahme seien. Das Bundesverfassungsgericht wies jedoch darauf hin, dass die Strafgerichte ein Beweisverwertungsverbot unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR für die unmittelbar durch die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gewonnenen Beweise, also insbesondere bezüglich der unmittelbar in die rechtsstaatswidrige Tatprovokation verstrickten Tatzeugen, unter Umständen künftig zu erwägen haben (Beschluss vom 18.12.2014 – 2 BvR 209/14 u.a., NJW 2015, 1083 ff.).

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet ein aus einer Tatprovokation folgender Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens grundsätzlich kein Verfahrenshindernis; dieses komme nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht (vgl. Beschluss vom 19. Mai 2015 – 1 StR 128/15, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). Einen solchen Ausnahmefall hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit Urteil vom 10. Juni 2015 allerdings jüngst als gegeben angesehen und ein Verfahren wegen eines auf einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation beruhenden Verfahrenshindernisses eingestellt (Az. 2 StR 97/14; die Entscheidungsgründe lagen bei Abfassung des Berichts noch nicht vor).

Die Expertenkommission empfiehlt, die rechtsstaatswidrige Tatprovokation gesetzlich zu verbieten. Hierfür sollte auf einer ersten Stufe definiert werden, wann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegt. Auf einer zweiten Stufe sollten die Konsequenzen einer verbotenen rechtsstaatswidrigen Tatprovokation geregelt werden.

Gegen eine ausdrückliche gesetzliche Festlegung der Konsequenzen einer Tatprovokation wird eingewandt, dass die Folgen aus dem Urteil des EGMR durchaus zweifelhaft seien. Der EGMR könne zwar Feststellungen dazu treffen, ob ein Konventionsverstoß vorliege und dass ein solcher Verstoß zu kompensieren sei. Eine zwingende Lösung dürfe der EGMR hingegen nicht vorgeben. Gehe man danach davon aus, dass verschiedene Lösungen denkbar seien, so sei nach der Schwere der Rechtsverletzung abzustufen. Eine Verfahrenseinstellung oder ein Beweisverwertungsverbot komme nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht. Zwar dürfe der Staat ebenso wenig wie eine Privatperson jemanden anstiften. Allerdings bleibe auch der Angestiftete strafbar, weil er die autonome Entscheidung treffe, eine Straftat zu begehen.

Die Einführung eines grundsätzlichen Beweisverwertungsverbotes sei daher aus der Perspektive der Wahrheitsermittlung und des Schuldgrundsatzes nicht veranlasst. Es könne allenfalls aus Fairnessgründen gerechtfertigt sein. Bei tatgeneigten Personen sei auch an eine Beweismündigungslösung zu denken. Eine gesetzliche Regelung könne der Vielzahl möglicher Fallgestaltungen nicht gerecht werden.

Demgegenüber handelt es sich bei der Problematik der Tatprovokation um eine Kernfrage des Rechtsstaats, nämlich darum, inwieweit die Strafverfolgungsorgane bei ihrer Aufgabenerledigung tätig werden dürfen. Eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers hierzu ist rechtspolitisch erforderlich. Dies gilt auch unabhängig davon, ob die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts, dass dem Urteil des EGMR hinsichtlich des dogmatischen Ansatzes keine Bindungswirkung zukomme, völkerrechtlich zutreffend ist. Im Übrigen ist gegen das betreffende Urteil des Bundesverfassungsgerichtes seinerseits um Rechtsschutz beim EGMR ersucht worden; die Entscheidung steht noch aus.

Die Tatprovokation hat schon aufgrund ihres Überwachungscharakters Eingriffsqualität. Insbesondere in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird eingegriffen, weil der Einzelne auch vor der Gefahr geschützt sein soll, vor der Preisgabe persönlicher Informationen in der Ausübung seiner Entscheidungs- und Handlungsfreiheit eingeschränkt zu werden. Ein Grundrechtsverzicht kommt nicht in Betracht, da dem Betroffenen der Ermittlungsauftrag des Lockspitzels unbekannt ist und ihm damit die Entscheidungsmöglichkeit über die Offenbarung personenbezogener Daten fehlt.

Eine gesetzliche Definition der Tatprovokation ist möglich. Die Tatprovokation gegen einen Unverdächtigen, der nicht einmal dem Verdacht der Tatgeneigtheit ausgesetzt ist, sollte stets unzulässig sein. Eine Person kann immer dann als tatprovozierender Lockspitzel eingestuft werden, wenn sie die Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung des Täters hervorruft, ihr Verhalten also über ein bloßes „Mitmachen“ hinausgeht. Eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation ist ferner anzunehmen, wenn das tatprovozierende Lockspitzelverhalten im Verhältnis zum ursprünglich bestehenden Anfangsverdacht unvertretbar überwiegt. Zudem wird eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation regelmäßig angenommen, wenn sie sich über einen außergewöhnlich langen Zeitraum erstreckt und währenddessen in vielfältiger, einen hohen Tatanreiz schaffender Weise mit gewissem Druck auf den späteren

Täter eingewirkt wird. Eine rechtsstaatswidrige Beeinflussung durch eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation kann auch mittelbar gegenüber Personen erfolgen, die mit verdeckt im Auftrag des Staates tätigen Personen keinen direkten Kontakt haben. Demgegenüber liegt eine Tatprovokation nicht vor, wenn die Vertrauensperson nur passiv die offen erkennbare Bereitschaft zur Begehung oder Fortsetzung von Straftaten ausnutzt. Ein tatprovozierendes und damit konventionswidriges Verhalten ist auch dann nicht gegeben, wenn gegen die Person, gegen die der Lockspitzel eingesetzt wird, bereits ein Anfangsverdacht besteht. Dabei kann indes der problematische Fall eintreten, dass die V-Person den Täter zu einer qualitativ schwereren Tat veranlasst.

Auf der zweiten Ebene der Regelung der Konsequenzen einer rechtsstaatswidrigen Provokation ist an die Regelung einer abgestuften Lösung zu denken. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR und des Bundesverfassungsgerichts ist hierbei zu bedenken, dass ein Strafprozess im Ganzen nur dann fair sein kann, wenn alle Beweise, die durch eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation gewonnen worden sind, aus dem Verfahren ausgeschlossen werden.

## 7. Umgang mit Strafanzeigen, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche erstattet werden

Die Möglichkeit, zivil- oder verwaltungsrechtliche Vorfragen vor Anklageerhebung im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg klären zu lassen, sollte auf alle Fälle erweitert werden, in denen die Erhebung der öffentlichen Klage in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht vom Bestehen oder Nichtbestehen einer nach Zivil- oder Verwaltungsrecht zu beurteilenden Rechtsposition abhängt. Voraussetzung hierfür sollte sein, dass dem Anzeigersteller die Rechtsverfolgung im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg möglich und zumutbar ist, die Schwere der Schuld oder das öffentliche Interesse nicht entgegensteht und das für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständige Gericht zustimmt.

### *Begründung*

Im geltenden Recht ist im Rahmen der Einstellungen von Strafverfahren aus Opportunitätsgründen die Möglichkeit vorgesehen, ein Strafverfahren wegen eines Vergehens einzustellen, wenn die Strafbarkeit von der Beurteilung einer zivil- oder verwaltungsrechtlichen Vorfrage abhängt. § 154d StPO sieht vor, dass die Staatsanwaltschaft in einem solchen Fall zur Austragung der Frage im bürgerlichen Streitverfahren oder im Verwaltungsstreitverfahren eine Frist bestimmen kann. Hiervon ist der Anzeigende zu benachrichtigen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen. § 154d StPO hat den Zweck, gegensätzliche Entscheidungen in derselben Rechtsfrage durch die Strafjustiz einerseits und die insoweit kompetenteren Fachgerichte andererseits zu vermeiden. Daneben soll allerdings auch der Gefahr einer missbräuchlichen Inanspruchnahme des Strafverfahrens entgegengewirkt werden, die dadurch entsteht, dass durch die Erstattung möglicherweise nicht begründeter Strafanzeigen Material für Zivilprozesse und öffentlich-rechtliche Verfahren unter Einsatz der Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden beschafft wird. § 154d StPO in der geltenden Fassung ist auf eine Einstellungsmöglichkeit bei rechtlichen Vorfragen beschränkt. Vorgreiflich sind in der Praxis aber häufig nicht Rechts-, sondern Tatsachenfragen, so dass § 154d StPO auf diese Fälle gelegentlich analog angewendet wird.

Die Expertenkommission empfiehlt, den Anwendungsbereich des § 154d StPO dahingehend zu erweitern, dass auch bei einer Vorgreiflichkeit von Tatsachenfragen ein Verweis auf die Austragung der Frage im Zivil- oder Verwaltungsprozess erfolgen kann, sofern die Beschreibung des jeweiligen Rechtswegs dem Antragsteller möglich und zumutbar ist. Die Einstellung

gemäß § 154d StPO soll hierbei von der Zustimmung des Gerichts abhängig gemacht werden.

Gegen eine Erweiterung der Einstellungsmöglichkeiten gemäß § 154d StPO wird angeführt, dass eine Anzeigeerstattung zur Verfolgung von zivil- oder verwaltungsrechtlichen Ansprüchen nicht grundsätzlich rechtsmissbräuchlich sei, weil der Schutz des Eigentums und des Vermögens Privater in der Rechtsordnung gerade auch Aufgabe des rechtsgüterorientierten Strafrechts sei. Ein Abbau des Legalitätsprinzips in diesem Bereich sei nicht zu vereinbaren mit dem zu beobachtenden Ausbau der Strafbewehrung bei einer Verletzung öffentlicher Rechtsgüter wie etwa im Steuer- oder Sozialversicherungsrecht. Mit der Entwicklung eines eigenen strafrechtlichen Schadensbegriffs und der extensiven Auslegung von Straftatbeständen im Wirtschaftsstrafrecht habe die Rechtsprechung ebenso wie die Gesetzgebung etwa mit der Schaffung von Straftatbeständen wie dem Kapitalanlagebetrug dazu beigetragen, dass verstärkt Anzeigen in diesem Bereich gestellt werden. Der ultima-ratio-Funktion des Strafrechts entspreche eher eine Entkriminalisierung, als eine Einschränkung auf strafprozessualer Ebene in Form der Einschränkung der Ermittlungspflicht. Der Verdacht einer Straftat bleibe schließlich auch dann bestehen, wenn aus der Straftat Forderungen, etwa auf Schadenersatz, entstünden. Die Erleichterung der Geltendmachung dieser Forderungen sei häufig ein legitimes Interesse, das auch mithilfe der Staatsanwaltschaft verfolgt werden dürfe. Auch bestehe die Gefahr, dass in Zeiten hoher Arbeitsbelastung die Neigung der Staatsanwaltschaften bestehen könnte, von der Möglichkeit des § 154d StPO häufiger Gebrauch zu machen. Ein Einspareffekt sei mit einer Erweiterung des § 154d StPO dennoch nicht zwingend verbunden, weil die Verfahren nach zivil- oder verwaltungsgerichtlicher Klärung gegebenenfalls wiederaufgenommen werden müssen. Auch sei in den meisten Fällen regelmäßig ein Anfangsverdacht nicht gegeben, weshalb nach bisheriger Verfahrensweise eine Einstellung gemäß § 152 Absatz 2 StPO erfolge. Diese sei zwar anders als Einstellungen gemäß § 154d StPO förmlich mit der Beschwerde anfechtbar. Daraus resultiere aber kein Entlastungseffekt, weil bei einer Ausdehnung der Einstellungen gemäß § 154d StPO verstärkt mit Dienstaufsichtsbeschwerden zu rechnen sei. Es sei daher zu erwarten, dass sich der Schwerpunkt der Tätigkeit lediglich verschiebe. Überdies bestehe in Fällen, in denen eine Wiederaufnahme des Verfahrens nach vorgerichtlicher Klärung der Streitfrage oder des Rechtsverhältnisses erfolge, aufgrund der Dauer dieser Verfahren die Gefahr eines zwischenzeitlichen Beweismittelverlusts.

Für die Ausdehnung des Anwendungsbereich des § 154d StPO auf in tatsächlicher Hinsicht streitige vorgreifliche Rechtsverhältnisse spricht hingegen, dass die Staatsanwaltschaften zur Durchsetzung zivilrechtlicher oder – seltener – auch verwaltungsrechtlicher Ansprüche vielfach für sachfremde Zwecke instrumentalisiert werden. Es geht bei der Ausdehnung des § 154d StPO nicht darum, die nicht per se verwerflichen Konstellationen zu erfassen, in denen durch die Strafverfolgung die Aussichten auf Durchsetzung wirklicher oder vermeintlicher zivilrechtlicher Ansprüche lediglich verbessert werden. Erfasst werden sollen die Fälle, in denen diese Motivation erkennbar die einzige ist, die hinter einer Anzeigeerstattung steht, ein Strafverfolgungsinteresse des Anzeigenden also offensichtlich nicht besteht.

Konkret handelt es sich um die sogenannten „Inkasso“-Fälle, in denen durch die Anzeigeerstattung auf einen zahlungsunfähigen oder -willigen Schuldner Druck mit dem Ziel ausgeübt werden soll, ihn doch noch zur Zahlung zu bewegen. Derartige Anzeigen betreffen regelmäßig geringfügige Geldbeträge und werden häufig als letzter Versuch erstattet, wenn die Forderung bereits tituliert und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gescheitert sind. Mit steigender Tendenz werden Strafanzeigen aber auch zu dem Zweck erstattet, durch Polizei und Staatsanwaltschaft im Wege der Amtsermittlung und der besonderen strafprozessualen Befugnisse (etwa Durchsuchungen) die Grundlage für eine beabsichtigte zivilrechtliche Rechtsverfolgung zu schaffen. Hierbei sollen die Strafverfolgungsbehörden Erkenntnisse ermitteln, über die der Anzeigende nicht verfügt oder die er jedenfalls nicht beweisen kann. Auch gibt es Konstellationen in denen teure Sachverständigengutachten ohne Kostenrisiko für den Anzeigenden auf Kosten der Allgemeinheit eingeholt werden sollen. Diese zweite Konstellation verursacht bei Polizei und Staatsanwaltschaft einen erheblichen Ermittlungsaufwand mit oft beträchtlichen Verfahrenskosten. Gleichwohl enden diese Verfahren häufig mit einer Einstellung, die vom Anzeigenden intendierte „Materialsammlung“ hat aber gleichwohl stattgefunden.

Die Staatsanwaltschaft hat nach dem geltenden Recht keine Möglichkeit, auf diese Versuche, sie für eigene Zwecke zu instrumentalisieren, angemessen zu reagieren. Zwar lässt sich in einigen Fällen der Anfangsverdacht gemäß § 152 Absatz 2 StPO ablehnen. Dies gilt jedoch nicht für Anzeigen, die von professioneller Hand abgefasst werden und in denen nur die verdachtsbegründenden, nicht aber die verdachtshindernden Umstände benannt werden. Eine

Einstellung gemäß §§ 153, 153a StPO kommt regelmäßig nur bei geringen Schadensbeträgen in Betracht. Auch die Verweisung auf den Privatklageweg scheidet bei der Mehrzahl der Vermögensdelikte – insbesondere beim Betrug und bei der Untreue – aus, weil diese nicht im Katalog des § 374 StPO aufgeführt sind. § 154d StPO in seiner geltenden Fassung ermöglicht das Absehen von Ermittlungen lediglich zur Klärung rechtlicher Vorfragen. Eine voreilfertige Rechtsfrage ist von der zugrunde liegenden Tatsachenfrage aber nicht immer klar zu trennen. Die derzeit teilweise praktizierte entsprechende Anwendung des § 154d StPO in Fällen tatsächlicher Vorfragen dürfte unzulässig sein, weil § 154d StPO keine zufällige und planwidrige Regelungslücke enthält, sondern eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers darstellt.

Eine Erweiterung der Einstellungsmöglichkeit bei Eröffnung des Zivil- oder Verwaltungsrechtsweges würde zudem dazu führen, dass die Rechts- und Tatsachenfragen bei dem jeweils fachkundigen und mit der Materie vertrauten Gericht behandelt werden. Auch sind die zivilrechtlichen Auskunftsansprüche inzwischen erheblich erweitert worden, so dass der Anspruchsinhaber nicht Gefahr läuft, ohne die Hilfe der Strafverfolgungsbehörden nicht zu seinem Recht zu gelangen. Soweit allerdings die Möglichkeit nicht besteht, einen Auskunftsanspruch geltend zu machen und im Klageweg die notwendige Grundlage für einen Zivil- oder Verwaltungsprozess zu schaffen, muss die Möglichkeit erhalten bleiben, die Information über das Strafverfahren zu ermitteln. Dies kann durch die einschränkende Voraussetzung erreicht werden, dass dem Anzeigenden die Geltendmachung seiner Rechtsposition im Zivil- oder Verwaltungsrechtsweg „möglich und zumutbar“ sein muss. Ist der Tatsachenstoff nicht zugänglich, ist die Inanspruchnahme der Staatsanwaltschaft nicht missbräuchlich und eine Klageerhebung vor einem Zivil- oder Verwaltungsgericht unzumutbar.

Eine Entlastungswirkung ist im Fall der Erweiterung des § 154d StPO im Übrigen auch dann gegeben, wenn die Verfahren wieder aufgenommen werden müssen, weil die entsprechenden Fälle dann zivil- oder verwaltungsrechtlich aufgearbeitet sind und eine bessere Entscheidungsgrundlage besteht. Auch wird ein Einspareffekt dadurch zustande kommen, dass mit der Durchführung und Beendigung des Zivil- oder Verwaltungsprozesses regelmäßig auch das Interesse an einer Klärung durch die Strafgerichte erlöschen wird. In derartigen Fällen ist auch kein öffentliches Interesse für eine Strafverfolgung mehr gegeben.

Ein Missbrauch der Einstellungsmöglichkeit bei einer Erweiterung des § 154d StPO ist nicht zu befürchten, zumal das Legalitätsprinzip in diesen Fällen nicht beseitigt, sondern lediglich für die Dauer des Verfahrens vor den Fachgerichten suspendiert wird. Auch wird einem etwaigen Missbrauch bereits dadurch begegnet, dass die Einstellung gemäß § 154d StPO – wie es die Expertenkommission empfiehlt – von der Zustimmung des Gerichts abhängig gemacht wird.

## B. Zwischenverfahren

### 8. Stärkung des Zwischenverfahrens

- 8.1. Das Zwischenverfahren ist ein für den Schutz der Rechte des Angeschuldigten sowie für die Vorbereitung eines effizienten Hauptverfahrens entscheidendes Verfahrensstadium. Eine kommunikative Verfahrensführung unter Nutzung der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten durch alle Beteiligten kann entscheidend zur Effektivierung des Zwischenverfahrens beitragen.
  
- 8.2. Die Expertenkommission empfiehlt eine Stärkung der Filterfunktion des Zwischenverfahrens bei Land- und Oberlandesgerichten mit dem Ziel der Vermeidung oder Entlastung der Hauptverhandlung. Durch welche Maßnahmen eine solche Stärkung der Filterfunktion des Zwischenverfahrens erreicht werden kann, sollte näher geprüft werden.

#### *Begründung*

Das Zwischenverfahren wird auf Antrag der Staatsanwaltschaft eingeleitet. Diese legt dem Gericht die Anklageschrift mit dem Antrag, das Hauptverfahren zu eröffnen, zusammen mit den Akten vor (§ 199 Absatz 2 StPO). Die Staatsanwaltschaft konkretisiert damit den Verfahrensgegenstand und zugleich – vorbehaltlich abweichender Entscheidungen nach § 207 Absatz 2 StPO – den Umfang der gerichtlichen Aburteilungsbefugnis (§ 264 StPO). Das Gericht überprüft daraufhin anhand des gesamten durch die Anklagebehörde vorgelegten Aktenmaterials den von dieser angenommenen Tatverdacht und entscheidet darüber, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ist (§ 199 StPO). An die rechtlichen und tatsächlichen Bewertungen der Anklagebehörde ist es dabei nicht gebunden (§ 206 StPO).

Dieses dem Hauptverfahren vorgeschaltete, schriftlich durchgeführte Zwischenverfahren sorgt als ‚Filter‘ dafür, dass nicht über jede angeklagte Tat zwingend erst nach Durchführung einer Hauptverhandlung entschieden werden muss. Diese Kontrolle schützt in erster Linie den Angeschuldigten vor überschießenden oder ungerechtfertigten Anklagen. Er soll den mit einer öffentlich geführten Hauptverhandlung verbundenen Belastungen nicht ohne zureichenden, zuvor durch ein unabhängiges Gericht überprüften Grund ausgesetzt werden.

Eine sorgfältige Prüfung im Zwischenverfahren dient ferner dem Ziel einer straff und zügig durchzuführenden Hauptverhandlung. Bereits hier kann Verfahrensstoff, für den es an zureichender Verdachtslage oder aus Gründen der Opportunität an der Erforderlichkeit einer Verhandlung mangelt (etwa § 154 Absatz 2 StPO), ausgeschieden werden. Solches schont die begrenzten strafjustiziellen Ressourcen und die mit einer Hauptverhandlung belasteten Verfahrensbeteiligten in gleicher Weise.

Schließlich gibt das Zwischenverfahren den rechtlichen Rahmen für ein dem Angeeschuldigten erstmals umfassend zu gewährendes rechtliches Gehör vor (Artikel 103 Absatz 1 GG). Ihm ist namentlich die Anklageschrift zur Kenntnis zu bringen (§ 201 StPO) und er ist vor jeder gerichtlichen Sachentscheidung im Zwischenverfahren zu hören. Die hierdurch ermöglichte – auch konventionsrechtlich gebotene (vgl. Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe a und b EMRK; Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe a IPbPR) – Kenntnisnahme von den ihm zur Last gelegten Tatvorwürfen und die Unterrichtung über die Möglichkeit, Einwendungen und Beweiserhebungen zu beantragen, gewährleisten für den Angeeschuldigten als Ausfluss seiner Subjektstellung eine effektive Vorbereitung der Verteidigung. Zur effektiven Umsetzung dessen erhält der Verteidiger nunmehr erstmals (vgl. § 169a StPO) uneingeschränkte Einsicht in die Ermittlungsergebnisse (vgl. § 147 Absatz 2 StPO). In Kenntnis sämtlicher Ermittlungsergebnisse – auch im Wege eines Antrags auf bestimmte Beweiserhebungen (vgl. §§ 201, 202 StPO) – kann zu den Vorwürfen Stellung genommen und dem Gericht hierdurch zugleich der Schwerpunkt bestehender Bedenken seitens der Verteidigung aufgezeigt werden. Hier kann dem Tatverdacht in rechtlich wie tatsächlicher Weise entgegengetreten werden. So können Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens, namentlich auch verfahrensrechtliche Beanstandungen, vorgebracht werden. Diese sind dann ggf. nach § 202 StPO gerichtlich aufzuklären. Ferner mag es im Einzelfall sinnvoll sein, die Bereitschaft zu anderen, den Angeeschuldigten weniger belastenden Verfahrenserledigungen, namentlich dem Strafbefehlsverfahren oder einer Verständigung (vgl. §§ 202a, 257c StPO), erkennen zu lassen. Auch für Ausführungen zu den persönlichen Verhältnissen des Angeeschuldigten kann das Zwischenverfahren durch die Verteidigung genutzt und auf diese Weise der stigmatisierenden Wirkung gerade einer länger dauernden Hauptverhandlung entgegen gewirkt werden.

Diese Möglichkeiten des Zwischenverfahrens für den Eintritt in einen Dialog mit dem wahrscheinlich späteren Tatgericht werden jedoch nach Auffassung der Expertenkommission in

der Rechtspraxis oftmals unterschätzt. Häufig läuft die Bedeutung des Zwischenverfahrens, namentlich seine Filterfunktion, in der Praxis weitgehend leer. Zum einen erfolgen gerichtliche Eröffnungsentscheidungen nicht selten weitgehend routinemäßig und formulargestützt. Zum anderen wird nur in einem geringen Teil der Verfahren seitens der Verteidigung vom Erklärungsrecht Gebrauch gemacht. Auch Einwendungen und Beweisanträge sind selten.

Nach Auffassung der Expertenkommission darf die Bedeutung dieses Verfahrensabschnitts sowohl für den Schutz des Angeschuldigten als auch für eine effiziente Durchführung des Hauptverfahrens nicht zu gering geschätzt werden. Ein effektiv und kommunikativ ausgestaltetes Zwischenverfahren, das sämtliche Verfahrensbeteiligte bereits zu Wort kommen lässt und Raum für eine sorgfältige Vorbereitung der Hauptverhandlung bietet, erweist sich als Gewähr, um die Verfahrensziele von bestmöglicher Wahrheitserforschung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu realisieren. Das geltende Recht bietet hierfür in den §§ 201 ff StPO bereits einen entsprechenden Rahmen.

Die Expertenkommission empfiehlt darüber hinausgehend aber eine Stärkung der Filterfunktion des Zwischenverfahrens bei Land- und Oberlandesgerichten mit dem Ziel der Vermeidung oder Entlastung der Hauptverhandlung. Durch welche Maßnahmen eine solche Stärkung der Filterfunktion des Zwischenverfahrens erreicht werden kann, sollte näher geprüft werden.

Wie das Zwischenverfahren gestärkt werden kann, konnte die Expertenkommission aufgrund ihres zeitlich beschränkten Auftrags nicht abschließend prüfen. Sie hat dazu lediglich drei Vorschläge erörtert. Dabei wurde die Überlegung, in umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht bereits im Zwischenverfahren einen – möglicherweise verpflichtenden – Erörterungstermin zur Strukturierung des weiteren Verfahrens einzuführen, zugunsten eines solchen Termins nach Eröffnung des Hauptverfahrens aufgegeben (vgl. Empfehlung 12.1). Nur kurz erörtert wurde der Vorschlag, eine Begründungspflicht für den Eröffnungsbeschluss einzuführen und dem Angeschuldigten ein Beschwerderecht einzuräumen.

Ausführlich diskutiert hat die Expertenkommission dagegen den Vorschlag, dem Angeschuldigten im Zwischenverfahren eine mit einer Präklusionswirkung verbundene Einwen-

dungsobliegenheit aufzuerlegen. Grundlage dieses Vorschlags war die Beobachtung, dass die Hauptverhandlung oftmals mit Verfahrensfragen belastet werde, die nicht zwingend zu ihrem Gegenstand gehören müssten. Dies gelte namentlich für Einwendungen der Verfahrensbeteiligten, die sich auf möglicherweise bestehende Verfahrensvoraussetzungen oder Verfahrensfehler beziehen. Ein solcher erst im Hauptverfahren zur Sprache gebrachter, im Zwischenverfahren aber bereits erkennbarer verfahrensrechtlicher Einwand lasse die besonders wichtige Filterfunktion des Zwischenverfahrens leerlaufen, in dem er sinnvollerweise bereits hätte angebracht und gerichtlicher Kontrolle zugeführt werden müssen. Den Rahmen dafür bietet das geltende Recht bereits.

An diesen geltenden rechtlichen Rahmen knüpft der Vorschlag an, für das Zwischenverfahren eine gesetzliche Einwendungsobliegenheit der Verfahrensbeteiligten zu konzipieren. Gegenstand solcher Einwendungen sollen nur Verfahrensfragen sein, deren tatsächliche Grundlagen dem Angeschuldigten bereits im Zeitpunkt der Eröffnungsentscheidung bekannt waren oder aber im Zwischenverfahren anhand der Ermittlungsakten erkennbar waren. Drei Fallgruppen werden vorgeschlagen:

(1) Verfahrensvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse

- Wirksame Anklageschrift
- Wirksamer Eröffnungsbeschluss

(2) Beanstandungen staatsanwaltschaftlicher oder gerichtlicher Sachbehandlung

- Unzureichend gewährte Akteneinsicht (§§ 147, 169a StPO)
- Unvollständig durch die Staatsanwaltschaft nach § 199 Absatz 2 Satz 2 StPO übermittelte Akten

(3) Fragen der Beweisverwertung im Hauptverfahren

- Verletzte Beschuldigtenrechte im Ermittlungsverfahren
- Personalbeweis und Verwertungsverbote
- Sachbeweis und Verwertungsverbote

Diese dem Freibeweis unterliegenden Verfahrensfragen könnten grundsätzlich auch außerhalb der Hauptverhandlung geklärt und strukturell ohne Weiteres dem Zwischenverfahren überantwortet werden. Eine entsprechende Einwendungsobliegenheit könne nicht nur mit

§ 201 Absatz 1 Satz 1 StPO, sondern auch mit den weiteren Strukturen des Zwischenverfahrens harmonisch in Einklang gebracht werden. So könnten hierdurch die bereits heute bestehenden gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeiten für die Verfahrensbeteiligten – namentlich die kommunikativen Elemente (§ 202a StPO), die gerichtliche Befugnis zur Anordnung einzelner Beweiserhebungen (§ 202 StPO) und die Inhalte der Tatverdachtsprüfung (§ 203 StPO) – aufgegriffen werden. Die Prüfung der in Frage kommenden Verfahrensfragen habe bereits nach geltendem Recht bei jeder Eröffnungsentscheidung im Rahmen der Tatverdachtsprüfung zu erfolgen. Insoweit stelle sie inhaltlich nichts Neues dar. Denn die Gerichte seien verpflichtet, den Tatverdacht auch mit Blick auf notwendige Verfahrensvoraussetzungen oder möglicherweise vorliegende Verfahrenshindernisse zu überprüfen. Dies gelte gleichermaßen für Fragen der Verwertbarkeit von Beweismitteln in der Hauptverhandlung. Denn nur die verwertbaren aktenkundigen Beweismittel seien geeignet, die für die Eröffnungsentscheidung notwendige Verurteilungswahrscheinlichkeit zu tragen.

Nach dem vorgeschlagenen Konzept der Einwendungsobliegenheit soll daher eine Verpflichtung eingeführt werden, den entsprechenden Einwand bereits im Ermittlungsverfahren zu erheben. Inhaltlich beschränkt werden soll die Einwendungsobliegenheit auf die in der Anklageschrift aufgeführte Beweismittelliste (vgl. § 200 Absatz 1 Satz 2 StPO). Bei erstinstanzlichen Verfahren vor den Landes- und Oberlandesgerichten soll die Einwendungsobliegenheit stets greifen. Dem Strafrichter und dem Schöffengericht soll ein solches Prozedieren nach pflichtgemäßem Ermessen und entsprechendem Hinweis eingeräumt werden. Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, soll dies stets Auslöser einer notwendigen Verteidigung sein.

Kommt ein Verfahrensbeteiligter seiner Einwendungsobliegenheit nicht nach, soll er seinen Einwand in der Hauptverhandlung nur noch dann anbringen können, wenn dieser auf neuen Verfahrenstatsachen beruht. Dies soll auch dann gelten, wenn es sich um Verfahrenstatsachen handelt, die einem Angeschuldigten im Zeitpunkt vor der Eröffnungsentscheidung bereits bekannt sein konnten, etwa Abläufe und Umstände einer Beschuldigtenvernehmung.

Wesentlich für die Wirkweise des vorgelegten Vorschlags sei die Rechtsfolgenseite der Einwendungsobliegenheit. Da das Ziel die effektive Entlastung der Hauptverhandlung sei, müsse die Rechtsfolgenseite der Einwendungsobliegenheit zumindest die Gewähr dafür bieten,

dass die den verbeschiedenen Einwendungen zugrundeliegenden Verfahrensfragen nicht abermals im Rahmen der Hauptverhandlung erörtert oder gar freibeweislich aufgeklärt werden müssen.

Hierfür wurde zunächst eine innerprozessuale Bindungswirkung vorgeschlagen. Die im Zwischenverfahren verbeschiedene Einwendung eines Verfahrensbeteiligten sollen demnach das erkennende Gericht binden. Eine Grenze müsse aber gezogen werden, wenn anderenfalls dem zuständigen Richter ein offensichtlicher Verstoß gegen Grundrechte zugemutet werde. Nur wenn Verfahrensfragen erst später bekannt oder erstmals im Laufe der Hauptverhandlung aufkommen, bestehe das Scharnier der innerprozessualen Bindungswirkung insoweit nicht. Diese Fragen seien daher zu erörtern, aufzuklären und in der Hauptverhandlung durch das erkennende Gericht zu entscheiden. Die im Zwischenverfahren beschiedenen Einwendungen eines Verfahrensbeteiligten sollen nach dem vorgestellten Konzept hingegen nur noch der Nachprüfung durch die Revisionsinstanz unterliegen; eine unmittelbare Anfechtung mit Suspensiv- und Devolutiveffekt im Zwischenverfahren erscheine nicht vorzugswürdig.

Als ‚kleine Lösung‘ wurde alternativ vorgeschlagen, dass sämtliche Verfahrensfragen, die Gegenstand der Einwendungsobliegenheit waren, auf Anordnung des Vorsitzenden nach dessen Ermessen dem schriftlichen Verfahren überantwortet werden können. Hierfür könne an die bereits bestehende – derzeit rechtspraktisch bedeutungslose – Regelung in § 257a StPO angeknüpft werden. Diese ermöglicht es dem Gericht, den Verfahrensbeteiligten aufzugeben, Anträge und Anregungen zur Verfahrensfragen schriftlich zu stellen. Wähle man diesen Weg, sei anders als bei der Annahme einer innerprozessualen Bindungswirkung keine Begrenzung der Gegenstände einer Einwendungsobliegenheit erforderlich. Dann könnten sämtliche Verfahrensfragen der Einwendungsobliegenheit im Zwischenverfahren unterliegen. Im Hauptverfahren könnten dann nicht nur im Zwischenverfahren ausdrücklich vorgebrachte und beschiedene Verfahrensrügen in das schriftliche Verfahren verwiesen werden, sondern auch solche, die hätten vorgebracht werden können, weil sie – für den verteidigten Angeschuldigten – bereits erkennbar waren.

Die Expertenkommission hat sich nach intensiver Diskussion dieses Vorschlags mehrheitlich dafür ausgesprochen, keine Empfehlung für die Einführung einer solchen Einwendungsobliegenheit abzugeben, da die Bedenken gegen den Vorschlag seine Vorzüge überwiegen.

Zwar spricht für diesen Regelungsvorschlag im Grundsatz, dass eine solche Einwendungsobliegenheit dazu beitragen könnte, das Zwischenverfahren als echtes, effektives Verfahrensstadium auszugestalten und auf diese Weise eine nachhaltige Entlastung der Hauptverhandlung zu erreichen. Dem Freibeweis unterliegende Verfahrensfragen könnten im Zwischenverfahren ebenso verlässlich und solide einer Klärung zugeführt werden wie in der Hauptverhandlung. Eine solche Einwendungsobliegenheit würde sowohl von den Gerichten als auch von der Verteidigung abverlangen, sich im Rahmen des Zwischenverfahrens intensiver auf die Hauptverhandlung vorzubereiten. Vor dem Hintergrund des Rechts des Beschuldigten auf effektive Verteidigung wäre eine solche Entwicklung aus rechtsstaatlicher Sicht grundsätzlich zu begrüßen.

Ein wirklich entlastender Effekt könnte allerdings von dem Vorschlag einer Einwendungsobliegenheit nur ausgehen, wenn diese Obliegenheit mit einer Präklusionswirkung für die Hauptverhandlung verbunden wird. Gerade vor diesem Hintergrund begegnet der Vorschlag ernstzunehmenden Bedenken, die im Lauf der Diskussion der Expertenkommission nicht ausgeräumt werden konnten.

Es stellt sich zunächst die grundlegende Frage, ob die Schaffung einer Einwendungsobliegenheit verbunden mit einer Präklusion mit den Grundsätzen des deutschen Strafprozesses vereinbar wäre. Dieser kennt bisher keinen Anknüpfungspunkt für eine derart weitreichende Mitwirkungspflicht des Beschuldigten. Vielmehr werden dem erkennenden Gericht weitgehende Fürsorge- und Aufklärungspflichten auferlegt. Die Schaffung einer Einwendungsobliegenheit des Beschuldigten würde daher erste systemfremde Elemente eines Parteiprozesses in das Verfahren einführen. Darüber hinaus ist fraglich, ob das vorgestellte Konzept vereinbar ist mit dem materiellen Wahrheitsbegriff, wie er nach § 244 Absatz 2 StPO dem deutschen Strafprozess zugrunde liegt. Die Einführung einer Präklusion könnte nämlich im Ergebnis dazu führen, dass in der Hauptverhandlung nur mehr eine gefilterte, prozedurale Wahrheit ermittelt wird, ähnlich wie es im anglo-amerikanischen Verfahren der Fall ist.

Darüber hinaus stellt die Einführung einer solchen mit Präklusion sanktionierten Einwendungsobliegenheit zu hohe Anforderungen an den Angeschuldigten und seinen Verteidiger. Nach der heutigen Konzeption der Pflichtverteidigerbestellung sind solche Anforderungen

im Zwischenverfahren von den meisten Verteidigern kaum zu erfüllen. Vielfach werden Verfahrensfehler erst im Hauptverfahren bemerkt, da der Verteidiger sich erst hier eingehend mit der Sache beschäftigt. Dieses Problem verschärft sich bei einem Verteidigerwechsel. Hier muss es dem neuen Strafverteidiger zumindest möglich sein, die Fehler seines Vorgängers nachträglich so gut wie möglich zu heilen. In diesem Zusammenhang ist auch kritisch zu sehen, dass dem Angeschuldigten eine Einwendungsobliegenheit aufgebürdet wird, ohne dass ihm insoweit eine eigenständige Möglichkeit gewährt wird, die daraufhin ergehende gerichtliche Entscheidung anzufechten.

Daneben besteht die Gefahr, dass zur Vermeidung einer Präklusion im Hauptverfahren das Zwischenverfahren mit Einwendungen aufgebläht wird, die bei sofortiger Eröffnung des Hauptverfahrens in der Hauptverhandlung überhaupt nicht thematisiert worden wären. Damit ist zweifelhaft, ob der mit dem Vorschlag bezweckte Entlastungseffekt in der Praxis tatsächlich erzielt werden könnte. Zu befürchten ist vielmehr redundanter Vortrag der Verteidigung, da sicherheitshalber – zur Vermeidung der Präklusion – im Zwischenverfahren stets eine Vielzahl von Einwendungen geltend gemacht werden würden. Aus praktischer Sicht könnte als Folge einer solchen Ausweitung des Zwischenverfahrens ein potentieller Konflikt mit dem Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen entstehen.

Auch der Vorschlag einer Selbstbindung des Gerichts an die Entscheidung im Zwischenverfahren begegnet Bedenken. Ein Gericht sollte nicht gezwungen sein, sehenden Auges beispielsweise an der fälschlichen Annahme eines Beweisverwertungsverbots festzuhalten. Hier können in solchen Fällen Probleme entstehen, in denen der Angeschuldigte im Zwischenverfahren über Wissen verfüge, welches geeignet ist, ein Beweisverwertungsverbot zu begründen, während das Gericht diese Umstände nicht kennt. Nach dem vorgelegten Vorschlag wäre auch in diesem Fall eine Präklusion möglich. Hiergegen spricht aber, dass das Gericht nicht aus der Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Verfahrens entlassen werden darf. Dies muss jedenfalls für den Fall gelten, dass das Eingreifen des Beweisverwertungsverbots nicht zur Disposition des Beschuldigten steht.

Ein weiterer Kritikpunkt liegt darin, dass es im Detail schwierig sein kann, trennscharf zwischen Verfahrensfragen und solchen Fragen zu trennen, die dem Strengbeweis unterfallen.

Denn häufig besteht ein Bezug von Verfahrensfragen auch zu Tatsachen, die dem Strengbeweisverfahren unterliegen.

Abschließend wirft der Vorschlag Fragen mit Blick auf die durch die Europäische Menschenrechtskonvention gewährten Rechte auf. Dies betrifft zum einen das Recht auf effektive Verteidigung. Zwar ist die Schwelle, die überschritten werden muss, damit ein Gericht wegen ineffektiver Verteidigung einzuschreiten hat, sehr hoch anzusetzen. Im Zwischenverfahren wird das Gericht jedoch kaum in der Lage sein, zu erkennen, ob die Verteidigung derart mangelhaft ausgeführt wird. Zum anderen bestehen gegen die Vorverlagerung von Verfahrensstoff in das Zwischenverfahren mit Blick auf das Recht des Beschuldigten auf eine öffentliche Verhandlung Bedenken.

## C. Besondere Verfahrensarten

### 9. Schriftliche Verfahren

**Ein neues schriftliches Verfahren sollte nicht eingeführt werden. Das Strafbefehlsverfahren sollte nicht modifiziert werden.**

#### *Begründung*

Das geltende Recht kennt ein schriftliches Verfahren in Form des Strafbefehlsverfahrens nach §§ 407 ff. StPO. Das Strafbefehlsverfahren ist – in seinem Anwendungsbereich beschränkt auf Vergehen – ein schriftliches, summarisches Strafverfahren für Fälle einfach gelagerter und eindeutiger Sachverhalte.

Erlassen werden kann ein Strafbefehl auf Antrag der Staatsanwaltschaft in Verfahren vor dem Strafrichter und dem Schöffengericht. Es dürfen nur die in § 407 Absatz 2 StPO genannten Sanktionen verhängt werden, in der Praxis vor allem Geldstrafen. Von der Möglichkeit des § 407 Absatz 2 Satz 2 StPO, gegen einen verteidigten Angeschuldigten im Strafbefehlsverfahren auch eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr zu verhängen, wenn deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird, macht die Praxis nur zurückhaltend Gebrauch. Das Strafbefehlsverfahren ist damit erkennbar auf Fälle der Alltags- und Bagatellkriminalität ausgerichtet. Eine gerichtliche Anhörung des Angeschuldigten oder gar eine Beweisaufnahme findet nicht statt. Vielmehr entscheidet das Amtsgericht allein aufgrund des Akteninhalts darüber, ob es den Angeschuldigten für hinreichend verdächtig hält und den Strafbefehl erlässt, oder ob es den Erlass des Strafbefehls mangels hinreichenden Tatverdachts ablehnt. Hat der Richter Bedenken, ohne eine Hauptverhandlung zu entscheiden, oder legt der Angeklagte gegen den Strafbefehl innerhalb von zwei Wochen Einspruch ein, leitet dies in das normale erstinstanzliche Hauptverfahren vor dem Gericht über, das den Strafbefehl erlassen sollte bzw. erlassen hat. Für die Durchführung der Hauptverhandlung gelten die Vereinfachungen des beschleunigten Verfahrens (§§ 420, 411 Absatz 2 Satz 2 StPO). Bei der Urteilsfindung ist das Gericht, soweit Einspruch eingelegt wurde, an den im Strafbefehl enthaltenen Ausspruch nicht gebunden (§ 411 Absatz 4 StPO). Wird kein Einspruch eingelegt, steht der Strafbefehl einem rechtskräftigen Urteil gleich (§ 410 Absatz 3 StPO).

Vor diesem Hintergrund hat die Expertenkommission zwei Vorschläge zur Stärkung der Bedeutung schriftlicher Verfahren beraten. Ein Vorschlag zielt auf die Einführung eines grundlegend neuen schriftlichen Verfahrens, der andere Vorschlag auf eine Weiterentwicklung des geltenden Strafbefehlsverfahrens zu einem „Strafbescheidsverfahren“.

Ausgangspunkt beider Vorschläge ist eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs schriftlicher Verfahren auf einen Sanktionsrahmen von bis zu zwei bzw. bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe unter gleichzeitiger Stärkung der Rechte des Beschuldigten durch mehr Partizipation in diesem Verfahren.

Der erste Vorschlag zielt auf die Einführung eines neuen schriftlichen Verfahrens, das neben das geltende Strafbefehlsverfahren treten und dieses vor allem bei schwereren Tatvorwürfen ergänzen soll. Dieses neue Verfahren soll keinem Antragsersfordernis durch die Staatsanwaltschaft unterliegen, sondern dem zuständigen Gericht eine weitere Entscheidungsoption im Zwischenverfahren bieten. An einen Antrag der Staatsanwaltschaft soll das Verfahren nicht geknüpft werden, um sicherzustellen, dass alle Verfahren in gleicher Weise sorgfältig ausermittelt sind, wenn sie dem Gericht vorgelegt werden, und um die Wahrheitsermittlung erschwerende Absprachen im Ermittlungsverfahren möglichst auszuschließen. Zugleich sollen die Beteiligungsmöglichkeiten des Beschuldigten und seiner Verteidigung im vorbereitenden Verfahren gegenüber dem bisherigen Rechtszustand (moderat) erweitert werden. In allen Fällen, in denen das Gericht im schriftlichen Verfahren entscheiden will, soll ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegen.

Das neue schriftliche Verfahren soll zu einem Schuldspruch auf der Grundlage der Überzeugung des Gerichts von der Schuld des Täters führen. Das zuständige Gericht soll dieses Verfahren folglich immer dann anwenden können, wenn es im Zwischenverfahren auf der Grundlage der dokumentierten Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens die für eine Verurteilung erforderliche Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten gewonnen hat. Außerdem müsse es den Sachverhalt auch im Hinblick auf die zu verhängende Sanktion für ausreichend geklärt und einen persönlichen Eindruck von dem Beschuldigten für nicht erforderlich halten. Unter diesen Voraussetzungen soll das Gericht zunächst dem Beschuldigten und seiner Verteidigung Gelegenheit geben, zu der beabsichtigten Entscheidung im schriftlichen Verfahren Stellung zu nehmen und ggf. im Rahmen der §§ 201, 202 StPO weitere Beweiserhebun-

gen zu beantragen. Die Staatsanwaltschaft sowie ggf. Nebenkläger oder Nebenklagebefugte sollen von der beabsichtigten Entscheidung im schriftlichen Verfahren benachrichtigt werden. Die Entscheidung im schriftlichen Verfahren soll sodann durch Beschluss ergehen, für den die Vorschriften über die formalen Anforderungen an das Urteil und das abgekürzte Urteil (§ 267 Absatz 4 StPO) die Grundlage bilden sollen. Das Gericht soll allerdings – insoweit abweichend vom abgekürzten Urteil – verpflichtet sein, im Beschluss auch die wesentlichen Erwägungen der Beweiswürdigung darzulegen. Der Beschluss im schriftlichen Verfahren soll in öffentlicher Verhandlung, zu der die Verfahrensbeteiligten geladen werden, verkündet werden (vgl. Artikel 6 Absatz 1 Satz 2 EMRK). Als Sanktionen sollen Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren (vgl. § 25 Nummer 2 GVG) sowie die ohnehin in § 407 Absatz 2 StPO zugelassenen Sanktionen verhängt werden können. Als Rechtsmittel gegen die zu einem Schuld- oder Freispruch führende Entscheidung des zuständigen Gerichts soll die Berufung vorgesehen werden; die Möglichkeit der Sprungrevision (§ 335 StPO) soll ausgeschlossen werden.

Der zweite Vorschlag empfiehlt eine Modifizierung und Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens hin zu einem „Strafbescheidsverfahren“. Der Anwendungsbereich für dieses Verfahren soll den gesamten Zuständigkeitsbereich des Amtsgerichts umfassen. Weitergehend könne erwogen werden, das Strafbescheidsverfahren auch für die dem Landgericht aus besonderen Gründen nach § 24 Absatz 1 Nummer 3 GVG zugewiesenen Fälle zu öffnen, die genuin zu der Zuständigkeit des Amtsgerichts gehören. Damit könnte im Strafbescheidsverfahren auf Freiheitsstrafen von bis zu vier Jahren erkannt werden. Das vorgeschlagene Verfahren soll auf Antrag der Staatsanwaltschaft, durch das Gericht nach Anklageerhebung oder in den Fällen des § 408a StPO (im Bagatellbereich) im Hauptverfahren eingeleitet werden können. Insbesondere mit Blick auf den gegenüber dem bisherigen Strafbefehlsverfahren deutlich erweiterten Anwendungsbereich sei eine deutliche Verbesserung der Mitwirkungsmöglichkeiten des Beschuldigten erforderlich. Wie nach bisheriger Rechtslage soll jedenfalls für den Bereich freiheitsentziehender Sanktionen die notwendige Verteidigung unumgänglich sein. Zwingend soll dem Beschuldigten vor der Entscheidung rechtliches Gehör in Form einer schriftlichen Stellungnahme gewährt werden. Durch einen Widerspruch gegen eine Entscheidung im schriftlichen Verfahren soll der Beschuldigte erreichen können, dass eine mündliche Verhandlung durchgeführt wird. Wie bisher soll er gegen die Entscheidung Einspruch einlegen können, der in das Regelverfahren überleitet. Abweichend von der geltenden Rechtslage soll jedoch von der entsprechenden Anwendung des § 420 Absatz 4 StPO

abgesehen werden und damit insbesondere das Beweis- und Beweisantragsrecht in vollem Umfang gelten. Im Fall des Einspruchs gegen den Strafbescheid soll - anders als im geltenden Recht - nicht der Richter zuständig bleiben, der den Strafbescheid erlassen und damit bereits seine Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten zum Ausdruck gebracht hat. Stattdessen soll ein anderer, nicht vorbefasster Richter desselben Amtsgerichts das Verfahren fortsetzen. Die Berufung gegen das daraufhin ergehende Urteil soll angesichts der Tatsache, dass bereits ein zweiter Richter in der Sache entschieden hat, ausgeschlossen sein, wenn es zu keiner *reformatio in peius* gekommen ist.

Für diese beiden Reformvorschläge spricht, dass dem Richter – anders als beim geltenden Strafbefehlsverfahren – der Weg in ein schriftliches Verfahren unabhängig von einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft offen stehen soll und dass er damit auch unabhängig von einer durch die Staatsanwaltschaft bereits vorgegebenen Sanktion entscheiden kann.

Zudem verfolgen beide Vorschläge das Ziel, sowohl die Amtsgerichte als auch die Staatsanwaltschaften durch eine Reduzierung der Anzahl der Hauptverhandlungen zu entlasten. Auch aus Sicht des Beschuldigten kann der Verzicht auf eine öffentliche Hauptverhandlung unter den Gesichtspunkten von Verhältnismäßigkeit und des Schutzes der Privatsphäre von Vorteil sein. Dies steht in einem engen Zusammenhang mit dem Funktionswandel der Öffentlichkeit weg von der unmittelbaren Saalöffentlichkeit hin zu einer Massenmedienöffentlichkeit. Es dürfte einen Bereich geben, in dem anzuerkennen ist, dass der Beschuldigte mit seiner Straftat nicht öffentlich an den Pranger gestellt werden sollte. Die Abwägung sollte eine Frage des Einzelfalls sein. Maßgebliches Kriterium dürfte jedoch nicht der Konsens über das Verfahren, sondern müsste die Schwere der Tat sein.

Abgesehen davon wurden aber grundlegende Bedenken gegen die Vorschläge erhoben, die im Laufe der Diskussion der Expertenkommission nicht ausgeräumt werden konnten.

So wirft zunächst die vorgeschlagene Möglichkeit, im schriftlichen Verfahren unbedingte Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren bzw. von bis zu vier Jahren zu verhängen, Bedenken auf. Sachverhalte, bei denen Sanktionen in diesem Strafraumen zu verhängen sind, können nicht mehr zur so genannten „Kleinkriminalität“ gezählt werden. Hier eine unbedingte Frei-

heitsstrafe auf der Grundlage der – möglicherweise unvollständigen – Aktenlage auszusprechen, begegnet ernstzunehmenden Zweifeln, ob damit dem Prinzip der materiellen Wahrheitsfindung noch Genüge getan werden könnte.

Darüber hinaus darf der Wert nicht unterschätzt werden, den es für das erkennende Gericht hat, sich einen persönlichen Eindruck vom Angeklagten zu verschaffen. Dieser Eindruck kann auch zur Wahrheitsfindung beitragen, unerlässlich ist er aber meist im Rahmen der Strafzumessung. Dies gilt insbesondere für die Fälle, in denen eine Bewährungsstrafe verhängt werden soll. Denn auch hier kann ein persönlicher Eindruck vom Beschuldigten wichtige Grundlage für die Entscheidung über Bewährungsauflagen sein. Aber auch in anderen Fällen wird eine sachlich begründete Strafzumessung allein anhand der Aktenlage bei dem vorgeschlagenen Sanktionsrahmen nur schwerlich möglich sein. Denn regelmäßig finden sich in den Ermittlungsakten keine intensiven Ermittlungen zur Person des Beschuldigten, auf die das erkennende Gericht im schriftlichen Verfahren zurückgreifen könnte.

Darüber hinaus stellt die Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung insgesamt ein zentrales Element der Strafrechtspflege dar. Dies gilt unter drei Gesichtspunkten:

Erstens kommt es in den meisten Fällen im Laufe der Hauptverhandlung zu einem Erkenntnisgewinn, der über das hinausgeht, was bereits aus den Akten bekannt ist. Dieser Möglichkeit wird das erkennende Gericht beraubt, wenn eine solche Verhandlung nicht mehr stattfindet. Einbußen bei der materiellen Wahrheitsfindung könnten nicht ausgeschlossen werden.

Zweitens bedeutet nur die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung für den Angeklagten eine direkte Konfrontation mit den gegen ihn erhobenen Tatvorwürfen. Hier hat der Richter die Möglichkeit, auf den Angeklagten einzuwirken und durch die Konfrontation mit der Tat auf eine Verhaltensänderung hinzuwirken. Dass jeder Angeklagte hingegen den gegen ihn schriftlich ergangenen Strafspruch zur Kenntnis nimmt, versteht und auch die Gründe für die Entscheidung nachvollziehen kann, ist mehr als fraglich. Bereits heute sind in der Praxis Fälle zu beobachten, in denen im Strafbefehlsverfahren Abgeurteilte diesen Vorgang erst bei Verlesung ihres Bundeszentralregisterauszuges im Rahmen eines neuen Verfahrens zur Kenntnis nehmen.

Drittens, und dies ist ein wesentlicher Punkt, würde mit der Ermöglichung einer schriftlichen Verfahrenserledigung in allen Fällen, in denen bis zu zwei Jahren bzw. bis zu vier Jahren Freiheitsstrafe verhängt werden können, ein weitreichender Bedeutungsverlust der amtsgerichtlichen Hauptverhandlung einhergehen. Dies hätte erhebliche Auswirkungen auf die Transparenz der gesamten Strafrechtspflege. Denn die amtsrichterliche Entscheidungsfindung in Strafsachen wäre damit im Wesentlichen für die Öffentlichkeit nicht mehr nachvollziehbar und damit der Transparenz entzogen. Vorwürfe, wie die Ungleichbehandlung von Beschuldigten in verschiedenen Deliktsbereichen – beispielsweise die bevorzugte Behandlung im Bereich von Wirtschaftsstraftaten –, wären zu erwarten und könnten aufgrund der intransparenten Entscheidungsfindung nur schwer entkräftet werden.

Mit Blick auf die vorgeschlagenen Änderungen beim Strafbefehlsverfahren ist darüber hinaus auf die hohe Akzeptanz des geltenden Verfahrens sowie seine grundlegende Bedeutung für das Funktionieren der Strafrechtspflege zu verweisen. Dies spricht gegen Änderungen des geltenden Rechts, die dieses Verfahren für die Praxis insgesamt weniger handhabbar machen würden. Dies gilt insbesondere für die vorgeschlagenen Anhörungs- und Widerspruchsrechte auch im Bereich der Verhängung niedriger Geldstrafen.

## 10. Privatklage

**Der Katalog der Privatkledgedelikte (§ 374 Absatz 1 StPO) sollte um den Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) erweitert werden. Besonders schwere Fälle nach § 240 Absatz 4 StGB sollten hiervon ausgenommen sein.**

### *Begründung*

§ 374 Absatz 1 StPO bestimmt, dass die dort genannten Straftaten im Wege der Privatklage vom Verletzten selbst verfolgt werden können. Die Staatsanwaltschaft erhebt bei diesen Delikten nur dann Anklage, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt. Nummer 86 Absatz 2 RiStBV konkretisiert diesen Begriff dahingehend, dass ein öffentliches Interesse in der Regel vorliegt, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist, z.B. wegen des Ausmaßes der Rechtsverletzung, wegen der Rohheit oder Gefährlichkeit der Tat, der niedrigen Beweggründe des Täters oder der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben. Ist der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus nicht gestört worden, so kann ein öffentliches Interesse auch dann vorliegen, wenn dem Verletzten wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, die Privatklage zu erheben, und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist.

Die Expertenkommission empfiehlt, den Straftatenkatalog des § 374 Absatz 1 StPO um den Tatbestand der Nötigung (§ 240 Absatz 1 StGB) zu erweitern. Besonders schwere Fälle nach § 240 Absatz 4 StGB sollten hiervon ausgenommen sein.

Bei dieser Empfehlung hat die Expertenkommission berücksichtigt, dass die Durchführung eines Privatklageverfahrens grundsätzlich mit Schwierigkeiten für den Verletzten verbunden sein kann. Zudem wird eine Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft gerade bei Nötigungen im Straßenverkehr und damit in einem der praktisch relevanten Bereiche der Nötigung auch weiterhin aufgrund des in diesen Fällen in der Regel gegebenen öffentlichen Interesses erforderlich sein.

Für die Erweiterung des Straftatenkatalogs des § 374 Absatz 1 StPO um den Tatbestand der Nötigung spricht aber, dass dieser Straftatbestand eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Er-

scheinungsformen umfasst. So gibt es zahlreiche typische Erscheinungsformen, die geradezu für den Privatklageweg prädestiniert sind. Wichtigstes Beispiel sind die Fälle von Nachbarschafts- und sonstigen privaten Streitigkeiten, bei denen die Nötigung häufig mit anderen Privatklagedelikten wie Körperverletzung, Beleidigung oder Bedrohung zusammentrifft. Dass in derartigen Fällen derzeit eine einheitliche Verweisung auf den Privatklageweg nicht möglich ist, erscheint im Ergebnis nicht sachgerecht.

Eine generelle „Entkriminalisierung“ oder Bagatellisierung des Nötigungstatbestandes ist durch die Aufnahme in den Katalog der Privatklagedelikte nicht zu befürchten. So ist beispielsweise auch die Körperverletzung nach § 223 StGB ein Privatklagedelikt. Dennoch findet in gravierenderen Fällen nach wie vor eine Strafverfolgung von Amts wegen statt. Ebenso würden bei einer Erweiterung des Straftatenkatalogs des § 374 Absatz 1 StPO um den Tatbestand der Nötigung nur geeignete Fälle auf den Privatklageweg verwiesen werden. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum hier nicht eine entsprechende Differenzierung wie bei § 223 StGB möglich sein sollte.

Dass schwerwiegende Fälle nach wie vor von Amts wegen zu verfolgen sind, sollte für besonders schwere Fälle nach § 240 Absatz 4 StPO nicht allein durch die allgemeine Regelung in § 376 StPO, sondern ausdrücklich dadurch sichergestellt werden, dass diese nicht in den Katalog des § 374 Absatz 1 StPO aufgenommen werden.

## D. Hauptverhandlung

### 11. Recht der Befangenheitsanträge

**§ 29 StPO sollte dahingehend geändert werden, dass die Hauptverhandlung bei einem erst kurz vor dem Aufruf der Sache gestellten Ablehnungsantrag durchgeführt werden kann, bis der Staatsanwalt den Anklagesatz verlesen hat; über den Ablehnungsantrag soll erst vor Beginn der Vernehmung des Angeklagten entschieden werden müssen. Das Gericht sollte den Verfahrensbeteiligten zudem aufgeben dürfen, Befangenheitsanträge schriftlich zu stellen (§ 257a StPO).**

#### *Begründung*

Nach geltendem Recht ist die Ablehnung eines erkennenden Richters wegen Besorgnis der Befangenheit gemäß § 25 Absatz 1 StPO bis zum Beginn der Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse unabhängig davon zulässig, wann dem Angeklagten der Ablehnungsgrund bekannt geworden ist. Nach diesem Zeitpunkt ist eine Ablehnung nur noch unter den Voraussetzungen des § 25 Absatz 2 StPO – insbesondere unverzüglich – möglich.

Geht das Ablehnungsgesuch vor Beginn der Hauptverhandlung ein, hat der abgelehnte Richter gemäß § 29 Absatz 1 StPO vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, die keinen Aufschub gestatten. Wird ein Richter hingegen erst während der Hauptverhandlung abgelehnt und würde die Entscheidung über die Ablehnung eine Unterbrechung der Hauptverhandlung erfordern, kann diese nach § 29 Absatz 2 StPO so lange fortgesetzt werden, bis eine Entscheidung über die Ablehnung ohne Verzögerung der Hauptverhandlung möglich ist. Über die Ablehnung ist aber spätestens bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages und stets vor Beginn der Schlussanträge zu entscheiden. Fraglich ist, ob diese Regelung des § 29 Absatz 2 StPO bei einem erst unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung gestellten Ablehnungsgesuch zur Vermeidung missbräuchlichen Vorgehens entsprechend angewandt werden kann (offen gelassen in BGH, Beschluss vom 3. April 2003 – 4 StR 506/02, BGHSt 48, 264).

Zum Ablehnungsverfahren sieht § 26 Absatz 1 Satz 2 StPO vor, dass § 257a StPO keine Anwendung findet. Das bedeutet, dass der Antragsteller derzeit nicht auf den schriftlichen Weg

verwiesen werden darf, wenn er sein Gesuch mündlich in der Hauptverhandlung anbringt und begründet.

Die Expertenkommission empfiehlt in diesem Bereich zwei punktuelle Änderungen, um Verfahrensverzögerungen durch Ablehnungsanträge unter angemessener Berücksichtigung der sachgerechten Interessen der Verteidigung entgegenzuwirken.

Erstens sollte in § 29 StPO ausdrücklich geregelt werden, dass im Fall eines erst kurz vor Beginn der Hauptverhandlung angebrachten Ablehnungsgesuchs die Anklage noch vor der Entscheidung über dieses Gesuch verlesen werden kann.

Ausgangspunkt dieses Vorschlags ist die in der Praxis nicht selten gemachte Erfahrung, dass ein Ablehnungsgesuch, das bewusst erst unmittelbar vor Beginn der Hauptverhandlung angebracht wird, den Beginn der Hauptverhandlung empfindlich stören und verzögern kann. Gerade der Prozessaufakt ist häufig von großer Bedeutung für den geordneten Ablauf der Hauptverhandlung und wird von der Öffentlichkeit verfolgt. Für den weiteren Verfahrensablauf und die Außenwirkung des Gerichts ist es daher von Bedeutung, dass an diesem Tag zumindest die Anklage verlesen werden kann.

Zwar gilt zu diesem Zeitpunkt – vor Beginn der Hauptverhandlung – noch nicht das Erfordernis der unverzüglichen Antragsstellung gemäß § 25 Absatz 2 StPO. Es sollte aber verhindert werden, dass dieses Recht gerade bei umfangreichen Verfahren zum Zwecke der Verfahrensverzögerung missbraucht werden kann. Wirksam begegnet werden kann solchen Versuchen, wenn trotz Vorliegens eines solchen Ablehnungsgesuchs die Verlesung der Anklage ermöglicht wird. Die Rechte des Angeklagten werden dadurch nicht verletzt. Denn für den Fall, dass es sich um ein begründetes Ablehnungsgesuch handelt, nimmt der abgelehnte Richter durch seine Anwesenheit bei Verlesung der Anklage noch keinen Einfluss auf den Inhalt der Hauptverhandlung. Darüber hinausgehend sollte aber vor der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch nicht mit der Beweisaufnahme begonnen werden dürfen. Denn hier überwiegt das Interesse daran, dass ein abgelehnter Richter keinen Einfluss auf die Beweisaufnahme nimmt. Über das vorliegende Ablehnungsgesuch muss daher vor Beginn der Beweisaufnahme entschieden werden.

Zweitens empfiehlt die Expertenkommission, dass auch im Ablehnungsverfahren eine Verweisung auf das schriftliche Verfahren des § 257a StPO möglich sein sollte.

Eine Verweisung auf das schriftliche Verfahren zur Begründung von Ablehnungsgesuchen schließt § 26 Absatz 1 Satz 2 StPO nach geltendem Recht aus. Diese Regelung birgt jedoch für die Praxis ein nicht zu vernachlässigendes Verzögerungspotential. Denn dem Angeklagten oder seinem Verteidiger, der einen Richter ablehnt, bleibt es aufgrund dieser Regelung unbenommen, ein Ablehnungsgesuch und dessen Begründung in der Hauptverhandlung mündlich vorzutragen oder eine entsprechende vorgefertigte Schrift zu verlesen. Wird dieses Recht allein mit dem Zweck der Verfahrensverzögerung missbraucht, kann das Gericht dem nach geltendem Recht nicht ohne Weiteres mit einer Wortbeschränkung oder einer frühzeitigen Ablehnung des Gesuchs als unzulässig begegnen, da sich die „Offensichtlichkeit“ einer Verfahrensverzögerung oder eines Rechtsmissbrauchs in der Regel erst nach einer Kenntnisnahme der vollständigen Begründung des Gesuchs feststellen lassen wird.

§ 257a StPO kann dem Gericht hier die notwendigen Spielräume eröffnen, um missbräuchlichen Anträgen zu begegnen. Es hat dann die Möglichkeit, Befangenheitsanträge und ihre Begründung über § 257a Satz 3 i.V.m. § 249 Absatz 2 StPO im Selbstleseverfahren einzuführen, was zu einer erheblichen Zeitersparnis führt, ohne die Rechte des Angeklagten zu beschränken.

## 12. Transparente und kommunikative Hauptverhandlung

### 12.1 Nichtöffentlicher Erörterungstermin zur Vorbereitung der Hauptverhandlung bei umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht

In umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht sollte vor der Terminierung durch den Vorsitzenden ein nichtöffentlicher Erörterungstermin zum äußeren Ablauf der Hauptverhandlung mit der Verteidigung, der Staatsanwaltschaft und gegebenenfalls der Nebenklage stattfinden. Eine Verpflichtung zur Durchführung eines solchen Termins sollte nicht vorgesehen werden.

#### *Begründung*

§ 213 StPO sieht vor, dass der Termin zur Hauptverhandlung von dem Vorsitzenden des Gerichts anberaumt wird. Der Vorsitzende ist nicht verpflichtet, seine Terminplanung vorab mit den Verfahrensbeteiligten zur erörtern. In der Praxis finden solche vorbereitenden Gespräche, die auf der Grundlage der §§ 202a, 212 StPO jederzeit möglich sind, auch in umfangreichen Verfahren bisher nicht regelmäßig statt.

Die Expertenkommission empfiehlt vor diesem Hintergrund, die Durchführung solcher Erörterungen in umfangreichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten weiter zu befördern.

Gegen den Ansatz wird eingewandt, dass sich eine offene Kommunikation nicht erzwingen lasse und die Folgen eines Verstoßes gegen die „Soll“-Vorschrift unklar blieben. Zudem drohe die Gefahr, dass die Regelung gleichwohl als Einladung zur Führung von Verständigungsgesprächen missverstanden werde.

Jedoch können Kommunikationsdefizite zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten, namentlich der Verteidigung, der straffen und effizienten Durchführung komplexer Hauptverhandlungen abträglich sein. Eine kommunikationslose Terminierung kann dazu führen, dass sich das Gericht einseitig auf sein Hauptverhandlungsprogramm festlegt und mit Blick auf die Einhaltung dieses Programms jeder von der Verteidigung für erforderlich gehaltenen Änderung oder Ergänzung dieses Programms im Grundsatz ablehnend gegen-

übersteht. Dies birgt die Gefahr, dass die Hauptverhandlung von Beginn an in einer konfliktgeladenen Atmosphäre durchgeführt wird, die im ungünstigsten Fall in zeitlich aufwendige, letztlich häufig ergebnislose Rechtsgefechte, etwa über Beweisanträge, mündet.

Vermieden werden können solche Konflikte durch eine von Beginn an auf Kommunikation angelegte Verhandlungsführung. In umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht sollten daher Umfang und Struktur der von den Beteiligten für erforderlich geachteten Beweisaufnahme vor der Terminierung erörtert werden, damit das Gericht die Vorstellung und berechtigten Belange sowohl der Verteidigung als auch der Staatsanwaltschaft bei seiner zeitlichen und inhaltlichen Planung angemessen berücksichtigen kann. Im Ergebnis kann so eine bessere Strukturierung sowie eine zeitlich effektivere Ausgestaltung der Hauptverhandlung erreicht werden.

Um die Gerichte anzuhalten, solche bereits nach geltendem Recht möglichen Vorbereitungsgespräche zu führen, sollte ihre Durchführung in umfangreichen Strafverfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht in einer „soll“-Vorschrift verankert werden. Der Begriff des „umfangreichen Strafverfahrens“ könnte beispielsweise anhand der Anzahl der zu erwartenden Verhandlungstage konkretisiert werden.

Inhaltlich sollten solche Gespräche strikt auf die Planung des äußeren Ablaufs der Hauptverhandlung beschränkt werden. Diese Gespräche sollten auch dann stattfinden, wenn es nicht um eine Verständigung geht.

## 12.2 Eröffnungserklärung des Angeklagten oder seines Verteidigers

Dem Angeklagten oder seinem Verteidiger sollte die Möglichkeit eingeräumt werden, nach Verlesung der Anklageschrift eine Erklärung zur Anklage abzugeben. Diese Erklärung soll dabei den Schlussvortrag nicht vorwegnehmen dürfen. Der Staatsanwaltschaft sollte das Recht eingeräumt werden, eine Gegenerklärung zur Eröffnungserklärung des Angeklagten oder seines Verteidigers abzugeben.

### *Begründung*

§ 243 StPO strukturiert den Beginn der Hauptverhandlung. Nach § 243 Absatz 3 Satz 1 StPO verliest der Staatsanwalt die Anklageschrift. Nach Absatz 5 der Vorschrift wird der Angeklagte darauf hingewiesen, dass es ihm freistehe, sich zu der Anklage zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Ist der Angeklagte zur Äußerung bereit, wird er zur Sache vernommen. Darüber hinaus ist nach geltender Rechtslage nicht ausdrücklich vorgesehen, dass der Angeklagte oder sein Verteidiger zu Beginn der Hauptverhandlung eine Erklärung („Eröffnungstatement“) abgibt. Ein Erklärungsrecht des Angeklagten und seines Verteidigers sieht § 257 Absatz 1 und Absatz 2 StPO erst im Rahmen der Beweisaufnahme und für den Verteidiger darüber hinaus nach der Vernehmung des Angeklagten vor.

Die Expertenkommission empfiehlt, ein allgemeines Erklärungsrecht des Angeklagten oder seines Verteidigers bereits nach Verlesung der Anklage und damit in der Phase des Beginns der Hauptverhandlung vorzusehen. Einer Vorwegnahme der Schlussvorträge in dieser Erklärung sollte dabei durch einen Verweis auf § 257 Absatz 3 StPO entgegengewirkt werden. Bei missbräuchlicher Ausübung des Rechts sollte § 257a StPO entsprechend Anwendung finden.

Zwar kann die Frage aufgeworfen werden, welchen Zweck eine solche Erklärung der Verteidigung zu Beginn der Hauptverhandlung verfolgen kann. Einfluss auf die Planungen des gerichtlichen Beweisprogramms kann sie nicht mehr nehmen. Hierfür müssen die entsprechenden Argumente und Einwände bereits im Zwischenverfahren vorgetragen werden. Zur besseren Strukturierung der Hauptverhandlung kann eine solche Erklärung der Verteidigung damit ebenso wenig beitragen wie zur Aufklärung des Sachverhalts. Auch der Verfahrensgegenstand ist durch die Anklage und den Eröffnungsbeschluss hinreichend umrissen. Da die

Verteidigung darüber hinaus häufig vor Beginn der Beweisaufnahme ihre Positionierung noch nicht festlegen kann und will, ist daher zu befürchten, dass eine solche Erklärung zu Beginn der Verhandlung häufig nur wenig zu einer effizienten Verhandlungsführung beitragen kann und stattdessen zu einer Verfahrensverzögerung führt.

Soweit jedoch befürchtet wird, dass eine solche Erklärung auf eine Würdigung noch nicht erhobener Beweise hinauslaufen könnte, die weder für die Schöffen noch für die Öffentlichkeit nachvollziehbar wäre, und die damit Aspekte vorwegnehmen würde, die den Schöffen und der Öffentlichkeit noch nicht bekannt sind, könnte dem durch eine § 257 Absatz 3 StPO entsprechende Vorschrift begegnet werden. Beweiswürdigungen und der Schlussvortrag dürften durch die Erklärung zu Beginn des Verfahrens dann nicht vorweggenommen werden.

Die Gefahr einer missbräuchlichen Ausübung des Erklärungsrechts, etwa durch ausschweifende abseitige Erklärungen bei Taten, bei denen zum Beispiel eine bestimmte politische Überzeugung eine Rolle spielt, kann durch eine entsprechende Anwendbarkeit des § 257a StPO ausgeräumt werden. Der Vorsitzende könnte solche Ausführungen damit beenden und der Verteidigung aufgeben, die weitere Erklärung schriftlich abzugeben.

Entscheidend für die Einführung eines Rechts der Verteidigung auf eine Eröffnungserklärung zu Beginn der Hauptverhandlung spricht aber, dass damit die Transparenz der Hauptverhandlung und die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten von Anfang an gestärkt werden. Die Verteidigung kann die Schwerpunkte ihrer Überlegungen offenlegen und auf diese Weise ein gezieltes Verhandeln der Streitpunkte ermöglichen. Darüber hinaus gibt eine solche Erklärung der Verteidigung erstmals die Möglichkeit, allen Verfahrensbeteiligten die aus ihrer Sicht die neuralgischen Punkte der Beweisaufnahme vor Augen zu führen und auch der Öffentlichkeit Einblick in ihre Sicht des Falles zu gewähren. Im Sinne einer transparenten Prozesskultur erscheint es sachgerecht, diese Möglichkeit zu Beginn der Hauptverhandlung nicht nur der Staatsanwaltschaft mit der Verlesung des Anklagesatzes zu gewähren, sondern auch der Verteidigung.

Da aus der Eröffnungserklärung des Angeklagten oder des Verteidigers Anlass für eine Replik der Staatsanwaltschaft erwachsen kann, sollte der Staatsanwaltschaft das Recht eingeräumt

werden, eine Gegenerklärung zur Eröffnungserklärung des Angeklagten oder seines Verteidigers abzugeben.

### 12.3 Kommunikation in der Hauptverhandlung

Die Gerichte sollten die im geltenden Recht angelegte Möglichkeit, den Verfahrensstand während der Hauptverhandlung mit den Verfahrensbeteiligten auch dann zu erörtern, wenn die Erörterungen nicht zu einer Verständigung führen sollen (§ 257b StPO), verstärkt nutzen. Eine darüber hinausgehende Pflicht des Gerichts, zu Beginn der Hauptverhandlung einen Sachstandsbericht abzugeben, vorläufige Einschätzungen zu dem Ergebnis einzelner Beweisaufnahmen oder zur gesamten Beweisaufnahme abzugeben oder Rechtsgespräche zu führen, sollte nicht eingeführt werden.

#### *Begründung*

Eine transparente und kommunikative Verhandlungsführung kann zur effizienten Durchführung gerade umfangreicher Hauptverhandlungen entscheidend beitragen. Ein transparenter und kommunikativer Verhandlungsstil sollte daher nach Auffassung der Expertenkommission Element jeder sachgerechten Verhandlungsführung sein.

Die Möglichkeiten hierfür bietet das geltende Recht bereits. Mit dem Ziel der Stärkung einer transparenten Verfahrensführung hat der Gesetzgeber im Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren aus dem Jahr 2009 (BGBl. I S. 2353) unter anderem § 257b in die Strafprozessordnung eingefügt. Danach kann das Gericht in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. Der Gesetzgeber ging dabei davon aus, dass solche Erörterungen sowohl dem Interesse des Gerichts dienen, beispielsweise eine möglichst effiziente und zweckgerichtete weitere Gestaltung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten zu besprechen, wie auch den Interessen der anderen Verfahrensbeteiligten daran, ihr weiteres Prozessverhalten möglichst sachgerecht zu gestalten (BT-Drs. 16/12310, S. 12). Gegenstand einer solchen Erörterung können nach der Konzeption des Gesetzgebers beispielsweise Gespräche über eine einstweilige Bewertung von Zeugenaussagen oder anderen Beweiserhebungen sein. Die Vorschrift beschränkt sich auf kommunikative Elemente, die der Transparenz und Verfahrensförderung dienen, aber nicht auf eine einvernehmliche Verfahrenserledigung gerichtet sind. Diese ist in § 257c StPO gesondert geregelt worden (BT-Drs. 16/12310, S. 13).

Darüber hinausgehend kennt das geltende Recht grundsätzlich keine Verpflichtungen des Gerichts, vorläufige Bewertungen zu einzelnen Beweisergebnissen abzugeben oder mit den Verfahrensbeteiligten Rechtsgespräche zu führen. Solche Gebote folgen – wie der BGH in seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 1997 deutlich gemacht hat (BGH, Beschluss vom 3. September 1997 – 5 StR 237/97, BGHSt 43, 212) – auch nicht aus den wesentlichen Verfahrensgrundsätzen, insbesondere auch nicht aus dem Prinzip des fairen Verfahrens. Zwar kann nach der Rechtsprechung des BGH in Ausnahmefällen in Abweichung von diesem Grundsatz eine richterliche Hinweispflicht angenommen werden, etwa im Falle eines erkannten Missverständnisses über Beweisergebnisse und ihre Grundlagen. Der BGH verlangt für die Begründung einer solchen Pflicht aber einen „besonders gelagerten prozessualen Sachverhalt“. Anders als ein erkanntes Missverständnis begründe nicht etwa jede deutlich erkennbare abweichende Bewertung des Ergebnisses der Beweisaufnahme durch die Verteidigung eine gerichtliche Hinweispflicht aus Gründen fairer Verfahrensgestaltung (vgl. BGH, Urteil vom 28. Januar 2003 – 5 StR 310/02, NStZ-RR 2003, 147).

Die Expertenkommission ist der Ansicht, dass die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit zu Erörterungsgesprächen nach § 257b StPO unabhängig davon, ob in dem Verfahren eine Verständigung angestrebt wird oder nicht, eine gute Grundlage für eine transparente und kommunikative Verhandlungsführung darstellt. Die Expertenkommission appelliert an die Praxis, die Möglichkeiten dieser noch jungen Regelung aus dem Jahr 2009 stärker zu nutzen.

Darüber hinausgehende Verpflichtungen des Gerichts sollten aus Sicht der Expertenkommission, die hierzu drei Vorschläge diskutiert hat, in diesem Bereich nicht aufgenommen werden.

Erstens wurde der Vorschlag eines gerichtlichen Sachstandsberichts zu Beginn der Hauptverhandlung erörtert. In einem solchen Bericht soll das Gericht seine vorläufige Bewertung der erhobenen Vorwürfe und des aus seiner Sicht bestehenden Beweiserhebungsbedarfs darlegen, wie es sie aufgrund des Akteninhalts, der Einlassung des Angeklagten, soweit er sich geäußert hat, und ggf. der Eröffnungserklärung der Verteidigung (vgl. Empfehlung 13.1) gewonnen hat. Das Gericht habe sich zwar durch die Eröffnungsentscheidung insoweit positioniert, als es angesichts des aktenkundigen Ergebnisses der Ermittlungen von einer Verurteilungswahrscheinlichkeit ausgegangen ist. Diese Entscheidung erfolge aber in aller Regel

ohne Begründung und auch in Unkenntnis der Einlassung des Angeklagten und der Position seiner Verteidigung, sofern diese erstmals in der Hauptverhandlung zu Gehör gebracht werden.

Zwar spricht für einen solchen Sachstandsbericht, dass die Verfahrensbeteiligten erfahren, worauf es nach der vorläufigen Einschätzung des Gerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ankommt. Der Angeklagte und sein Verteidiger, aber auch die übrigen Verfahrensbeteiligten, erhalten Gelegenheit, sich zielgenau in ihren Anträgen und Erklärungen auf die vom Gericht offengelegte vorläufige Position einzurichten.

Gegen diesen Vorschlag spricht jedoch, dass ein solcher Sachstandsbericht nicht über eine nachträgliche Begründung des Eröffnungsbeschlusses hinausgehen könnte. Ein Mehrwert für das Verfahren würde hierin nicht liegen. Insbesondere für Strafverfahren vor dem Amtsgericht erscheint eine solche Verpflichtung der Gerichte wenig sinnvoll. Das mit dem Vorschlag angestrebte Ziel, den Verfahrensbeteiligten mehr Klarheit zur Position des Gerichts zu verschaffen, kann vielmehr wirkungsvoller durch eine Stärkung des Zwischenverfahrens erreicht werden.

Zweitens wurde der Vorschlag erörtert, § 257 Absatz 2 StPO um eine gerichtliche Hinweispflicht bei erkannten Missverständnissen zu ergänzen. Diese Hinweispflicht soll dann greifen, wenn sich aus einer Erklärung des Verteidigers oder der Staatsanwaltschaft eine deutlich von derjenigen des Gerichts abweichende Beurteilung der Beweis- oder Rechtslage ergibt. Dort, wo im Rahmen offener Kommunikation Bewertungen von Beweiserhebungen seitens verschiedener Verfahrensbeteiligter erfolgen, müsse das Gericht verpflichtet sein, auf wesentliche Abweichungen der vorgetragenen Bewertungen von seiner eigenen hinzuweisen. Gleichzeitig solle das Erklärungsrecht von der Fokussierung auf eine einzelne vorausgegangene Beweiserhebung gelöst werden, um den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zu geben, in eine weitergehende Kommunikation einzutreten, wenn eine Beweiserhebung aus Sicht eines Beteiligten dazu Anlass bietet. Eine Hinweispflicht des Gerichts vor diesem Hintergrund trage zu einem effektiven Verfahren bei, weil sie vermeide, dass durch Missverständnisse das Verfahren verzögert und mit vermeidbaren Konflikten belastet wird.

Grundsätzlich stellt es ein nachvollziehbares Anliegen dar, die Verteidigung früher und besser über die gerichtliche Einschätzung der Beweisaufnahme zu informieren. Gerade bei Verfahren, denen komplexe Sachverhalte zugrunde liegen, etwa aus den Bereichen des Wirtschafts- oder des Arztstrafrechts, könnte auf diese Weise das Konfliktpotential minimiert werden. Zudem könnte die Qualität der Wahrheitsfindung gesteigert werden. Denn auch etwaigen Fehleinschätzungen oder Missverständnissen des Gerichts könnte durch die Verteidigung und die Staatsanwaltschaft gezielter entgegen getreten werden.

Der Vorschlag begegnet aber grundlegenden Bedenken, die im Laufe der Beratungen der Expertenkommission nicht ausgeräumt werden konnten.

So setzt die vorgeschlagene Hinweispflicht voraus, dass sich das Gericht zum Zeitpunkt der Erteilung des Hinweises bereits eine Meinung zur Bewertung der Beweiserhebung gebildet hat. Denn dies ist Voraussetzung dafür, dass das Gericht eine deutliche Abweichung der Erklärung der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung von der eigenen Beurteilung erkennen kann. Bei Kollegialgerichten würde dies jeweils eine Zwischenberatung erforderlich machen. Eine solche Beratung nach jeder Erklärung des Angeklagten, des Verteidigers oder der Staatsanwaltschaft zu einer Beweisaufnahme wäre jedoch nicht sinnvoll. Vielmehr würde die Hauptverhandlung durch die Beratung zur Vorbereitung und Begründung solcher Hinweise gerade bei Kollegialorganen zu einem zusätzlichen Aufwand führen, der zu einer Aneinanderreihung von Zwischenbewertungen führen würde und einer effizienten Verfahrensführung abträglich wäre.

Zum anderen stellt sich die Frage, was unter einer solchen Zwischenüberzeugung, die das Gericht bilden muss, zu verstehen ist und welche Anforderungen an sie zu stellen sind. Im Verlauf eines umfangreichen Verfahrens ergibt sich häufig ein komplexes Beweisbild. Dieses ist im Rahmen einer Gesamtschau zu würdigen. Eine solche Überzeugungsbildung setzt Zeit und Ruhe voraus. Diese Prämissen sind nicht vereinbar mit der Idee einer Zwischenüberzeugung. Nach § 261 StPO entscheidet das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung. Das Gericht sollte daher nicht verpflichtet werden, bereits während der laufenden Hauptverhandlung Zwischenergebnisse zu formulieren. Es sollte die Würdigung der Beweis- und Rechtslage

vielmehr zur Urteilsberatung nach den Schlussplädoyers vornehmen können. Erst im Rahmen der Urteilsberatung kann das Gericht zu einem validen Bewertungsergebnis kommen.

Darüber hinaus würde eine Verpflichtung des Gerichts, Zwischenbewertungen zur Beweisaufnahme zu treffen, eine Zuspitzung der ohnehin im Strafverfahren virulenten Problematik des Perseveranzeffekts befürchten lassen. Muss das Gericht seine Bewertung innerhalb des Verfahrens mehrfach ändern und ist es jedes Mal gezwungen, dies kundzutun, könnte zudem bei den Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit ein verheerender Eindruck eines unschlüssigen Gerichts entstehen.

Schließlich ist die Entscheidung, wann die Einschätzung eines Verfahrensbeteiligten „deutlich“ von der Einschätzung des Gerichts abweicht, im Einzelfall zu treffen. Konkrete Maßstäbe lassen sich hier nicht formulieren. Konflikte zu dieser Bewertung sind damit vorprogrammiert. Denn wann eine wesentliche Abweichung vorliegt, kann aus Sicht der Verteidigung und aus Sicht des Gerichts nach ganz unterschiedlichen Maßstäben zu beurteilen sein.

Diese Bedenken könnten auch dann nicht vollständig ausgeräumt werden, wenn die Offenlegung vorläufiger Bewertungen durch das Gericht erst zum Abschluss der Beweisaufnahme vorgesehen würde. Dies würde zudem einer vorweggenommenen Urteilsberatung und einer vorweggenommenen Entscheidung über die Schuld des Angeklagten gleich kommen. Wert und Bedeutung der Schlussanträge und des letzten Worts der Verteidigung könnten dadurch geschmälert werden.

Drittens hat die Expertenkommission in diesem Zusammenhang den Vorschlag diskutiert, die in § 257b StPO geregelte Erörterungsmöglichkeit zu einer Pflicht des Gerichts auszubauen, solche Erörterungen auf Antrag des Angeklagten oder seiner Verteidigung durchzuführen. Damit soll die Möglichkeit für den Angeklagten oder seine Verteidigung geschaffen werden, eine Diskussion über die Ergebnisse der Beweiserhebungen zu eröffnen. Das Gericht soll bei entsprechendem Antrag aber nur zur Durchführung einer solchen Erörterung verpflichtet werden. Nicht verpflichtet werde es damit, eine vorläufige Bewertung abzugeben, wo es zu einer solchen noch nicht gelangt ist. Die Verfahrensbeteiligten würden aber Gelegenheit erhalten, ihre eigenen Bewertungen dem Gericht zu Gehör zu bringen.

Für diesen Vorschlag spricht das praktische Bedürfnis der Verteidigung, Fragestellungen, die – möglicherweise nur – aus der Perspektive des Angeklagten oder seines Verteidigers von Bedeutung sind, frühzeitig mit dem Gericht zu erörtern und so aufwendige Beweisaufnahmen zu einem Aspekt zu vermeiden, zu dem eine für den Angeklagten nicht erkennbare einvernehmliche Einschätzung der Sach- und Rechtslage besteht. Auch die Konzentration auf einzelne strittige Punkte der Beweisaufnahme kann durch ein Erörterungsgespräch erreicht werden.

In der Diskussion der Expertenkommission wurden aber auch durchgreifende Bedenken gegen den Vorschlag erhoben.

Zunächst handelt es sich bei § 257b StPO in der geltenden Fassung um eine noch junge Regelung aus dem Jahr 2009. Dieser Regelung sollte zunächst einmal Gelegenheit gegeben werden, in der Praxis anzukommen und sich dort zu bewähren. Ein Antragsrecht des Angeklagten und seines Verteidigers sollte so kurz nach Inkrafttreten der Norm noch nicht geschaffen werden. Vielmehr sollte es zunächst Literatur und Rechtsprechung überlassen werden, Fallgruppen zu entwickeln, bei denen sich das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts zu der Frage, ob es Erörterungen durchführt, auf null reduziert.

Zudem ist zumindest fraglich, ob Kommunikation tatsächlich wirkungsvoll gesetzlich verordnet werden kann. Denn einer solchen Verordnung bedarf es nur dort, wo von den bereits bestehenden Möglichkeiten in den Regelungen in § 257 und § 257b StPO kein Gebrauch gemacht wird. Das Gelingen einer kommunikativen Verhandlungsführung ist aber in der Praxis entscheidend vom Agieren der Verfahrensbeteiligten abhängig. Sind daher alle Verfahrensbeteiligten ernsthaft an Kommunikation interessiert, besteht über die geltende Rechtslage hinaus kein Regelungsbedarf. Besteht ein solches Interesse hingegen nicht ernsthaft bei allen Beteiligten, ist fraglich, ob die Normierung eines Zwangs zur Kommunikation wirkungsvoll wäre. Gegen den Willen eines Beteiligten verordneter Zwang würde wohl eher zur Verzögerung des Strafverfahrens als zu dessen Effektivierung beitragen.

Zudem birgt eine Formalisierung der bestehenden gesetzlichen Möglichkeiten die Gefahr eines Rückschritts hinter den geltenden Rechtszustand. Eine revisionsanfällige Ausgestaltung

der Regelungen zur Kommunikation könnte bei den Gerichten eher dazu führen, dass sie nur mit Vorsicht auf diese Regelungen zurückgreifen.

## 12.4 Hinweispflicht des Gerichts nach § 265 StPO

**§ 265 StPO sollte um eine gerichtliche Hinweispflicht für die Fälle erweitert werden, in denen das Gericht die Verhängung einer Nebenfolge, Maßnahme oder Nebenstrafe in Betracht zieht, in denen sich die für die rechtliche Bewertung erheblichen tatsächlichen Umstände geändert haben oder in denen das Gericht von einer von ihm offengelegten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Beweislage abweichen will.**

### *Begründung*

Nach § 265 Absatz 1 StPO muss das Gericht dem Angeklagten einen Hinweis erteilen und diesem Gelegenheit zur Verteidigung geben, wenn es den Angeklagten auf Grund eines anderen als des in der gerichtlich zugelassenen Anklage angeführten Strafgesetzes verurteilen will. § 265 Absatz 2 StPO enthält eine solche gerichtliche Hinweispflicht für die Fälle, in denen sich erst in der Verhandlung Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung rechtfertigen. Erforderlich sind in beiden Fällen jeweils nur Hinweise bei Änderungen rechtlicher Gesichtspunkte.

Ändert sich im Laufe der Hauptverhandlung hingegen die Sachlage, die für die rechtliche Bewertung erheblich ist, sind § 265 Absatz 1 und 2 StPO ihrem Wortlaut nach nicht anwendbar. Vor dem Hintergrund des Artikels 103 Absatz 1 GG besteht aber mittlerweile weitgehend Einigkeit darüber, dass ein Gericht den Angeklagten über das Vorliegen neuer, für die rechtliche Bewertung relevanter Tatsachen nicht im Unklaren lassen darf. Will das Gericht den Tatvorwurf auf andere Tatsachen stützen, in denen nunmehr Tatbestandsmerkmale gesehen werden oder durch die sich Tatrichtung, Tatort, Tatopfer, Tatbeteiligte oder Tatzeit wesentlich ändern, muss es einen Hinweis erteilen. Im Einzelnen umstritten ist jedoch Art und Umfang dieser Hinweispflicht (vgl. dazu im Einzelnen *Stuckenberg* in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, 2013, § 265 Rn. 73 ff). Ebenso ist umstritten, ob und inwieweit eine Hinweispflicht auf Nebenstrafen und Nebenfolgen besteht (vgl. dazu aaO, Rn. 72).

Vor diesem Hintergrund empfiehlt die Expertenkommission, § 265 StPO um eine gerichtliche Hinweispflicht für die Fälle zu erweitern, in denen das Gericht die Verhängung von Nebenfolgen, Maßnahmen oder einer Nebenstrafe in Betracht zieht, in denen sich die für die rechtliche Bewertung erheblichen tatsächlichen Umstände geändert haben oder in denen das Ge-

richt von einer von ihm offengelegten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Beweislage abweichen will.

Zwar können die Beurteilungen der Verfahrensbeteiligten, welche tatsächlichen Umstände für die rechtliche Bewertung erheblich sind, in Einzelfällen nicht unbeträchtlich voneinander abweichen. Anders als zu der in § 265 Absatz 1 StPO geregelten Hinweispflicht bei Veränderung eines rechtlichen Gesichtspunkts können daher Unklarheiten über das Vorliegen der Hinweispflicht entstehen.

Entscheidend ist jedoch aus Sicht der Expertenkommission, dass die vorgeschlagene Erweiterung der Vorschrift mit Blick auf den Schutzzweck des § 265 StPO geboten erscheint. § 265 StPO soll eine sachgerechte Verteidigung des Angeklagten sicherstellen. Genau wie eine andere rechtliche Subsumtion kann es die Verteidigungsinteressen merklich beeinträchtigen, wenn das Gericht von einer geänderten Sachlage hinsichtlich der tatsächlichen Umstände ausgeht, die den Tatbestand begründen sollen, etwa hinsichtlich der mutmaßlichen Tatzeit, dem angenommenen Tatort oder dem möglichem Tatopfer. Will das Gericht die vorgeworfene Straftat auf andere Tatsachen stützen und damit die Anklage im Rahmen seiner Kognitionsmacht (vgl. § 263 StPO) umgestalten, ist ein entsprechender Hinweis zu dieser geänderten Tatsachengrundlage zum Schutz der Interessen des Angeklagten geboten. Das gleiche gilt in den Fällen, in denen das Gericht die Verhängung von Nebenfolgen, Maßnahmen oder einer Nebenstrafe in Betracht zieht.

Ähnlich gelagert liegen die berechtigten Interessen der Verteidigung, wenn das Gericht von einer von ihm, etwa in einer Erörterung nach § 257b StPO, offengelegten vorläufigen Bewertung der Sach- oder Beweislage abweichen will. Auch diese Änderung muss mit Blick auf den zuvor geschaffenen Vertrauenstatbestand für eine sachgerechte Verteidigung des Angeklagten bekannt gemacht werden.

Im Interesse größtmöglicher Transparenz sollte die Rechtsgrundlage dieser Hinweispflichten in § 265 StPO verankert werden. Damit soll sichergestellt werden, dass dem Angeklagten ein förmlicher Hinweis erteilt und dieser protokolliert wird. Die erweiterte Hinweispflicht dient so mit Blick auf die negative Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls auch einer effektiven Verteidigung im Revisionsverfahren.

## 12.5 Strafzumessungsrelevante Feststellungen zur Person des Angeklagten

**Es sollte nicht gesetzlich klargestellt werden, dass Feststellungen zur Person des Angeklagten, die nur für die Strafzumessung relevant sind, erst nach Abschluss der Beweisaufnahme zum Tatvorwurf getroffen werden sollen.**

### *Begründung*

Im Zusammenhang mit der Diskussion über die mögliche Einführung eines Tat- oder Schuldinterlokuts (vgl. Einleitung IV. 3.) ist der Vorschlag unterbreitet worden, gesetzlich klarzustellen, dass Feststellungen zur Person des Angeklagten, die nur für die Strafzumessung relevant sind, erst nach Abschluss der Beweisaufnahme zum Tatvorwurf getroffen werden sollen. Das geltende Recht enthält in § 243 Absatz 5 Satz 3 und 4 StPO hierzu eine Regelung, die es hinsichtlich der Feststellung von Vorstrafen in das Ermessen des Vorsitzenden stellt, wann diese Feststellungen getroffen werden.

Eine stärkere, auch über die Feststellung von Vorstrafen hinausgehende Bindung des Vorsitzenden hinsichtlich des Zeitpunkts von Feststellungen zur Person des Angeklagten empfiehlt die Expertenkommission nicht.

Zwar könnte hierdurch der Verteidigung erleichtert werden, auch zu Strafzumessungsargumenten vorzutragen, ohne die Hauptrichtung der Verteidigung zu schwächen. Jedoch ist es nach Auffassung der Expertenkommission nicht in jedem Fall sinnvoll, diese Feststellungen stets erst nach Abschluss der Beweisaufnahme zum Tatvorwurf zu treffen. Die weiten Ermessensspielräume, die das geltende Recht dem Vorsitzenden bei der Durchführung der Beweisaufnahme einräumt, hält sie deshalb für ausreichend.

## 13. Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung

### 13.1 Einführung einer audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten

Die Einführung der audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten sollte näher geprüft werden. Dabei sind insbesondere der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten und die Auswirkungen auf das Revisionsverfahren zu berücksichtigen.

Eine mögliche Einführung der audiovisuellen Dokumentation darf keine Auswirkungen auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz haben. Hierfür sollte geregelt werden, in welchem Umfang sich der Revisionsführer auf die audiovisuelle Aufzeichnung berufen kann.

#### *Begründung*

Nach geltendem Recht ist über die Hauptverhandlung gemäß § 271 StPO ein schriftliches Protokoll aufzunehmen. Dieses muss nach Maßgabe der §§ 272, 273 StPO den Gang und die Ergebnisse der Hauptverhandlung im Wesentlichen wiedergeben und die Beachtung aller wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich machen. Zweck des Protokolls ist, die Einhaltung dieser wesentlichen Förmlichkeiten zu belegen, um im Revisionsverfahren die Gesetzmäßigkeit des Gangs der Hauptverhandlung überprüfen zu können. Das Hauptverhandlungsprotokoll enthält damit keine vollständige Dokumentation der Hauptverhandlung, insbesondere nicht der erhobenen Beweise.

Nur in Ausnahmefällen ermöglicht § 273 Absatz 3 StPO die Dokumentation des Wortlauts einer Aussage, einer Äußerung oder eines Vorgangs im Hauptverhandlungsprotokoll. Voraussetzung ist, dass es nicht nur auf den Inhalt, sondern die Feststellung eines Vorgangs oder auf den Wortlaut einer Aussage oder Äußerung ankommt.

Eine Sonderregelung für die Hauptverhandlung vor dem Strafrichter und dem Schöffengericht enthält daneben § 273 Absatz 2 StPO. Danach sind auch die wesentlichen Ergebnisse der Vernehmungen in das Protokoll aufzunehmen. Protokolliert wird aber nicht der Wortlaut der Aussagen, sondern ihr wesentlicher Inhalt in knapper Form. Der Vorsitzende kann anstelle der Aufnahme der wesentlichen Vernehmungsergebnisse in das Protokoll anordnen,

dass einzelne Vernehmungen im Zusammenhang auf Tonträger aufgezeichnet werden (§ 273 Absatz 2 Satz 2 StPO).

Die Expertenkommission empfiehlt, die Einführung einer audiovisuellen Dokumentation der erstinstanzlichen Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten näher zu prüfen. In den Mittelpunkt dieser Prüfung sind insbesondere der Schutz der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten und die Auswirkungen auf das Revisionsverfahren zu stellen. Die Expertenkommission, die diese Aspekte aufgrund ihres zeitlich beschränkten Mandats nicht abschließend prüfen konnte, hält es für unerlässlich, überzeugende Lösungen hierfür zu entwickeln, bevor über die Einführung einer audiovisuellen Dokumentation von Hauptverhandlungen entschieden werden kann.

Für die Einführung der audiovisuellen Aufzeichnung spricht, dass Hauptverhandlungen deutlich genauer und zuverlässiger als bisher dokumentiert werden könnten.

Zum einen könnte auch der Inhalt der gerichtlichen Beweisaufnahme, insbesondere der Inhalt von Zeugenaussagen, dokumentiert werden. Eine solche Dokumentation sieht das geltende Recht bisher – bis auf die seltenen Ausnahmefälle eines Wortprotokolls nach § 273 Absatz 3 StPO oder einer Aufzeichnung auf Tonträger nach § 273 Absatz 2 Satz 2 StPO – nicht vor. Zum anderen könnten der Gang der Hauptverhandlung und die Beachtung der wesentlichen Förmlichkeiten zuverlässiger als bisher festgehalten werden. Aufgrund der heute mitunter langen Hauptverhandlungen, die oft zahlreiche Verhandlungstage umfassen, der komplexeren Verfahrensvorgänge und der Zunahme von protokollierungspflichtigen Förmlichkeiten (etwa Hinweis-, Belehrungs- und Informationspflichten insbesondere auch im Zusammenhang mit einer Verständigung) kann der sichere Nachweis von Verfahrensvorgängen in der Hauptverhandlung allein durch das schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll fraglich werden. Denn insbesondere in umfangreichen Verfahren ist das schriftliche Hauptverhandlungsprotokoll fehleranfällig. Dazu trägt auch eine Protokollierungspraxis bei, die bei wesentlichen Förmlichkeiten, die sich im Alltag strafgerichtlicher Hauptverhandlungen häufig wiederholen, auf Formularvordrucke oder Textbausteine in Textverarbeitungsprogrammen zurückgreift. Dadurch kann bereits das Unterlassen einer gebotenen Streichung zu einer unzutreffenden Protokollierung führen, die dem Protokollführer wegen der Standardisierung des Vorgangs nicht bewusst wird.

Eine heute technisch grundsätzlich mögliche audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung wäre damit der derzeitigen Protokollierung mit Blick auf eine umfassende und zuverlässige Dokumentation der Hauptverhandlung in vielerlei Hinsicht überlegen.

Eine solche umfassende und zuverlässige Dokumentation kann den gerichtlichen Prozess der Wahrheitsfindung unterstützen und damit die Zuverlässigkeit der im Urteil getroffenen Feststellungen erhöhen.

Denn aufgrund der derzeit fehlenden wörtlichen und visuellen Dokumentation der Beweisaufnahme hat das Gericht keine Möglichkeit, sich im Rahmen der Urteilsberatungen etwa einzelne Zeugenaussagen nochmals zu vergegenwärtigen. Dies kann aber insbesondere bei umfangreichen Verfahren für die Wahrheitsfindung von entscheidender Bedeutung sein. Denn während der Beweisaufnahme sind die Richter durch die Verhandlungsleitung, die Abfolge der Zeugenbefragungen und die zu fertigenden Notizen in ihrer akustischen und optischen Aufmerksamkeit vielfach gleichzeitig beansprucht. Es kann daher häufig nicht verhindert werden, dass das von ihnen Wahrgenommene Lücken aufweist. Diese Mehrfachbelastung könnte reduziert und die Wahrnehmungsfähigkeit erhöht werden, wenn das Anfertigen von Mitschriften einer Zeugenaussage entfiel und sich alle Richter bestmöglich auch auf die nonverbalen Vorgänge einer Zeugenaussage konzentrieren könnten. Darüber hinaus könnte die audiovisuelle Aufzeichnung von Zeugenaussagen eine zuverlässigere Grundlage für die Urteilsberatung schaffen. Derzeit stellen die internen Mitschriften eines Richters, in der Regel des Berichterstatters, die einzige Aufzeichnung der Beweisaufnahme dar, auf die bei Zwischen- und Schlussberatungen zurückgegriffen werden kann. Besteht bei den Beratungen Uneinigkeit etwa über den Inhalt einer Zeugenaussage, liegen somit in der Regel nur Notizen eines Mitglieds des Spruchkörpers vor, die die Aussage naturgemäß nur so wiedergeben können, wie dieses sie verstanden hat. Eine audiovisuelle Aufzeichnung der Zeugenaussagen würde im Vergleich dazu während der Urteilsberatung eine deutlich zuverlässigere Erkenntnisquelle darstellen.

Zudem könnte die audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung die Transparenz der Verfahren deutlich stärken.

Nicht nur bei langen Hauptverhandlungen, wie sie häufig vor großen Strafkammern oder vor Strafsenaten der Oberlandesgerichte stattfinden, kommt es immer wieder zu Unsicherheiten und auch zu Kontroversen zwischen den Verfahrensbeteiligten über die Ergebnisse durchgeführter Beweisaufnahmen, insbesondere von Zeugen- oder Sachverständigenvernehmungen. Mit zunehmender offener Kommunikation etwa über die vorläufige Bewertung der Ergebnisse der Beweisaufnahme, auch im Rahmen von Erörterungen nach § 257b StPO, könnten diese Probleme vermehrt auftreten. Solche Kontroversen gefährden die Effektivität und Akzeptanz des Verfahrens und können zu Verzögerungen führen. Können sie nicht gelöst werden, kann die Überzeugungskraft der Entscheidung des Gerichts leiden, wenn sie auf zwischen den Verfahrensbeteiligten angezweifelter Tatsachengrundlage beruht. Durch den Rückgriff auf eine audiovisuelle Aufzeichnung beispielsweise einer in Rede stehenden Zeugenaussage könnten solche Unklarheiten beseitigt werden.

Für den Fall der Einführung einer audiovisuellen Dokumentation sollte auch weiterhin ein schriftliches Hauptverhandlungsprotokoll nach § 271 StPO gefertigt werden. Die audiovisuelle Aufzeichnung selbst sollte nicht verschriftlicht werden.

Die audiovisuelle Aufzeichnung von Hauptverhandlungen sieht sich aber auch gewichtigen Bedenken ausgesetzt.

Zunächst sind die praktischen und finanziellen Anforderungen im Blick zu behalten, die mit der Einführung audiovisueller Aufzeichnungen von Hauptverhandlungen verbunden sind. Die Gerichtssäle müssten technisch entsprechend ausgerüstet werden. Personal zur Leitung der Herstellung, zur Verwaltung und zur Archivierung der Aufzeichnungen wäre erforderlich.

Diesem Bedenken könnte allerdings etwa dadurch entgegen gekommen werden, dass die audiovisuelle Aufzeichnung von Hauptverhandlungen zunächst nur für erstinstanzliche Verfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht vorgesehen wird. Für eine solche Beschränkung zunächst auf Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichte spräche auch, dass eine audiovisuelle Aufzeichnung der Beweisaufnahme insbesondere in Verfahren mit nur einer Tatsacheninstanz den Prozess der Wahrheitsfindung sinnvoll unterstützen kann. Denn Unstimmigkeiten etwa über den Inhalt einer Zeugenaussage können in diesen Fällen nicht im Berufungsverfahren aufgegriffen werden. Um Erfahrungen mit der Dokumentation

zu sammeln und den Umsetzungsaufwand niedrig zu halten, kommt zudem in Betracht, die Einführung der audiovisuellen Dokumentation bei erstinstanzlichen Verfahren vor den Landgerichten zunächst auf Verfahren zu beschränken, die für den Angeklagten wegen der möglichen Rechtsfolgen von erheblicher Bedeutung sind (z.B. Schwurgerichtsverfahren) oder in denen wegen ihres Umfangs die Aufzeichnung in besonderer Weise Vorteile mit sich bringt (z.B. Verfahren mit voraussichtlich mehr als 10 Hauptverhandlungstagen). Eine solche schrittweise Einführung könnte auch mit einer Evaluation der damit gemachten Erfahrungen verbunden werden.

Darüber hinaus ist bei der Ausgestaltung der Regelungen zur audiovisuellen Aufzeichnung von Hauptverhandlung der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Verfahrensbeteiligten umfassend zu gewährleisten. Dies gilt in besonderem Umfang für den Schutz des Persönlichkeitsrechts der Zeugen, die zur Aussage verpflichtet sind, sowie des Angeklagten einschließlich dessen Sicherheits- und Resozialisierungsinteresses. Erforderlich sind Regelungen über das Akteneinsichtsrecht, die Vervielfältigung und Überlassung der audiovisuellen Aufzeichnungen sowie deren Vernichtung.

Bedenken werden auch insoweit vorgetragen, als insbesondere Zeugen und Angeklagte mit Blick auf die eingeschaltete Kamera weniger unbefangen sein, ihre Aussagebereitschaft und ihr Aussageverhalten vielmehr durch die Befürchtung des Missbrauchs der Aufzeichnung in Form einer potentiellen späteren Medienveröffentlichung mit entsprechend negativen Folgen für die Wahrheitsfindung beeinflusst werden könnten.

Maßgeblich hängt die Entscheidung über die Einführung einer audiovisuellen Aufzeichnung der Hauptverhandlung nach Ansicht der Expertenkommission aber davon ab, wie die Auswirkungen des Vorliegens einer solchen Aufzeichnung auf das Revisionsverfahren gestaltet werden können.

Nach Auffassung der Expertenkommission ist sicherzustellen, dass dem Revisionsgericht keine grundsätzlich neuen Aufgaben übertragen werden. Die bisherige Aufgabenverteilung - Tatsachenfeststellung in der Instanz, Rechtskontrolle durch das Obergericht - ist beizubehalten, um einen grundlegenden Bruch mit dem bisherigen System des Revisionsverfahrens zu vermeiden. Das Vorliegen einer audiovisuellen Aufzeichnung darf daher nicht dazu führen,

dass die Revisionsinstanz zu einer Art weiterer Tatsacheninstanz wird, die die erstinstanzliche Hauptverhandlung anhand ihrer audiovisuellen Aufzeichnung vollumfänglich nachvollziehen und überprüfen muss. Daher ist genau zu regeln, in welchem Umfang sich der Revisionsführer auf die audiovisuelle Aufzeichnung berufen kann.

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat in seinem „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik“ vom Februar 2010 (BRAK-Stellungnahme Nr. 1/2010) hierzu vorgeschlagen, dass die Bild-Ton-Aufzeichnung in der Revision nur zur Überprüfung von Mängeln des Verfahrens herangezogen werden kann.

Nach Auffassung der Expertenkommission ist bei diesem Vorschlag zu bedenken, dass auch die Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 244 Absatz 2 StPO) und die sogenannte Inbegriffsrüge (§ 261 StPO) Verfahrensrügen darstellen. Die Erhebung einer solchen Rüge, etwa dahingehend, dass im Urteil wichtige Beweisergebnisse fehlen, obwohl sich nach der Sachlage eine Auseinandersetzung damit aufgedrängt hätte, könnte aber in Einzelfällen dazu führen, dass das Revisionsgericht die vollständige Aufzeichnung der Hauptverhandlung ansehen und bewerten muss. Die Expertenkommission sieht hier die Gefahr, dass damit die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Instanzgericht und Revisionsgericht unterlaufen werden könnte. Erforderlich ist daher nach Ansicht der Expertenkommission eine Regelung, die verhindert, dass das Revisionsgericht bei Erhebung solcher Rügen gehalten ist, den gesamten Inhalt der Beweisaufnahme anhand der audiovisuellen Aufzeichnung nachzuvollziehen. Nach Auffassung der Expertenkommission sollte es Voraussetzung für die Einführung der audiovisuellen Aufzeichnung von Hauptverhandlungen sein, dass diese Problematik gelöst werden kann.

In diesem Zusammenhang kann etwa auch geprüft werden, ob eine solche Lösung durch einen der Expertenkommission vorgelegten, von dieser aber aus Zeitgründen nicht mehr beratenen Vorschlag gefunden werden kann, der vorsieht, dass in der Revision auf die audiovisuelle Aufzeichnung nur zur Prüfung einer wesentlichen Verfahrensförmlichkeit oder zur Prüfung offensichtlicher Widersprüche zwischen Urteil und audiovisueller Aufzeichnung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt zurückgegriffen werden kann.

## 13.2 Audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen in amtsgerichtlichen Verfahren

**In Verfahren vor dem Amtsgericht sollte die Möglichkeit geschaffen werden, einzelne Vernehmungen auch audiovisuell zu protokollieren.**

### *Begründung*

§ 273 Absatz 2 Satz 2 StPO gestattet derzeit im amtsgerichtlichen Verfahren die protokoll- ersetzende Aufzeichnung einzelner Vernehmungen auf Tonträger. Der Tonträger ist zu den Akten zu nehmen oder mit den Akten aufzubewahren. § 58a Absatz 2 Satz 1 und 3 bis 6 StPO sind entsprechend anzuwenden. Eine audiovisuelle Aufzeichnung von Vernehmungen an- stelle der Protokollierung oder Aufzeichnung auf Tonträger ist derzeit nicht vorgesehen.

Um im amtsgerichtlichen Verfahren eine Bild- und Tonaufzeichnung zu ermöglichen, emp- fiehlt die Expertenkommission, neben der Möglichkeit der Aufzeichnung auf Tonträger fa- kultativ auch die audiovisuelle Aufzeichnung einzelner Vernehmungen zu Protokollzwecken zu ermöglichen.

Hiergegen sprechen zwar in weiten Teilen dieselben Argumente, wie sie auch gegen eine Einführung der audiovisuellen Dokumentation erstinstanzlicher Hauptverhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten vorgetragen werden (vgl. Empfehlung 13.1). Im Ergebnis überwiegt jedoch der Aspekt, dass eine bloße Tonträgeraufzeichnung nicht mehr dem Stand der Technik entspricht und insgesamt einen erheblich geringeren Informationswert besitzt als eine audiovisuelle Aufzeichnung. Sie ist deshalb von höherem Wert für die Wahrheitsfin- dung.

## 14. Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung

### 14.1 Erweiterte Verlesungsmöglichkeit für nichtrichterliche Vernehmungsprotokolle

**Die Verlesung von Niederschriften über die nichtrichterliche Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten sollte in der Hauptverhandlung auch dann zulässig sein, wenn der unverteidigte Angeklagte dem nach Belehrung zustimmt und die Verlesung lediglich der Bestätigung seines Geständnisses dient.**

#### *Begründung*

In Verfahren gegen Angeklagte, die keinen Verteidiger haben, ist die Verlesung von Protokollen über die nichtrichterliche Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die Beweisperson entweder verstorben ist oder aus anderen Gründen in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann, oder aber dass die Niederschrift lediglich das Vorliegen oder die Höhe eines Vermögensschadens betrifft (§ 251 Absatz 1 Nummer 2 und Nummer 3 StPO). Eine einvernehmliche Verlesung nichtrichterlicher Vernehmungsprotokolle kommt hingegen nur dann in Betracht, wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat und der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte mit der Verlesung einverstanden sind (§ 251 Absatz 1 Nummer 1 StPO).

Die Expertenkommission empfiehlt, auch in Verfahren gegen einen Angeklagten, der keinen Verteidiger hat, die Verlesung nichtrichterlicher Vernehmungsprotokolle in der Hauptverhandlung zuzulassen, wenn der Angeklagte der Verlesung nach Belehrung zustimmt und die Verlesung lediglich der Bestätigung seines Geständnisses dient.

Der Grundsatz der Amtsaufklärung (§ 244 Absatz 2 StPO) verpflichtet das Gericht, seine Überzeugung von der Schuld oder Unschuld des Angeklagten unter vollständiger Ausschöpfung des Beweismaterials zu bilden. Will das Gericht eine Verurteilung auf ein Geständnis des Angeklagten stützen, ist es grundsätzlich verpflichtet, die Vereinbarkeit des Geständnisses mit dem Ermittlungsergebnis zu prüfen (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 15. April 2013 – 3 StR 35/13, NStZ 2014, 53). In verstärktem Maße gilt dies, wenn dem Geständnis eine Verständigung im Sinne des § 257c StPO vorausgegangen ist. In diesen Fällen genügt eine Abgleichung mit dem Akteninhalt nicht, vielmehr muss die Überprüfung des Geständnisses in der

Hauptverhandlung nach den allgemeinen Regeln über die Beweisaufnahme erfolgen (vgl. BVerfG v. 19. März 2013, 2 BvR 2628/10 u.a., BVerfGE 133, 168, 209 f.).

Die empfohlene Erweiterung der Verlesung nichtrichterlicher Vernehmungsprotokolle zur Bestätigung eines Geständnisses kann hier einen wirksamen Beitrag zur effizienten Verfahrensführung leisten, indem Zeugen, Sachverständige oder Mitbeschuldigte, deren Angaben ausweislich der Stoffsammlung des Ermittlungsverfahrens das Geständnis stützen, nicht mehr unmittelbar gehört werden müssen, sondern die Verlesung der entsprechenden Niederschrift mit Zustimmung des Angeklagten ermöglicht wird. Das Gericht wird jeweils am Maßstab des § 244 Absatz 2 StPO zu entscheiden haben, ob es von dieser Verlesungsmöglichkeit Gebrauch macht, oder ob eine unmittelbare Vernehmung in der Hauptverhandlung geboten ist.

Weiter reichende Erweiterungen der vernehmungsersetzenden Verlesungsmöglichkeiten empfiehlt die Expertenkommission nicht. Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 420 Absatz 1 StPO sollte es dabei bleiben, dass vernehmungsersetzende Verlesungen einer Niederschrift über nichtrichterliche Vernehmungen, die nicht der Bestätigung eines Geständnisses dienen, nur im Fall der Mitwirkung eines Verteidigers und unter der Voraussetzung auch dessen Zustimmung verlesen werden können. Dies ist beim nicht geständigen Angeklagten angesichts der Tragweite der Zustimmung zu einer vernehmungsersetzenden Verlesung zu seinem Schutz geboten.

## 14.2 Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Zeugenvernehmung

Die audiovisuelle Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, sollte in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Voraussetzung dafür ist, dass bei der früheren Vernehmung das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gewahrt war.

### *Begründung*

§ 252 StPO verbietet die Verlesung der Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. In ständiger Rechtsprechung ist aber anerkannt, dass in diesem Fall der Inhalt einer früheren richterlichen Vernehmung durch die Vernehmung des Richters, der die Zeugenvernehmung durchgeführt hat, in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann (vgl. nur BGH, Urteil vom 21. März 2012 – 1 StR 43/12, NStZ 2012, 521 m.w.N.). Liegt hingegen neben dem Protokoll der richterlichen Zeugenaussagen auch eine audiovisuelle Aufzeichnung der Aussage vor, kann diese ebenfalls nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden (§ 255a Absatz 1 i.V.m. § 252 StPO).

Die Expertenkommission empfiehlt vor dem Hintergrund dieses Verständnisses des § 252 StPO, die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung zuzulassen, wenn der Zeuge erst in der Hauptverhandlung von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Voraussetzung sollte aber sein, dass bei der früheren Zeugenvernehmung das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gewahrt wurde.

Dies knüpft an die Empfehlung der Expertenkommission an, Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren verstärkt audiovisuell aufzuzeichnen (vgl. Empfehlung 4).

Liegt eine audiovisuelle Aufzeichnung der richterlichen Vernehmung eines Zeugen vor, wird ihrer Vorführung regelmäßig ein höherer Beweiswert zukommen als der Befragung des Richters, der den Zeugen vernommen hat. Dem erkennenden Gericht sollte es daher im Rahmen des § 252 StPO möglich sein, auf diese Aufzeichnung zurückzugreifen. Diese Möglichkeit würde nicht nur zur bestmöglichen Sachaufklärung beitragen, sondern könnte auch mit ei-

nem nicht unerheblichen Entlastungseffekt im ermittelungsrichterlichen Bereich verbunden sein. Denn voraussichtlich würde es dann deutlich seltener erforderlich, Richter zur Aussage über ihre Wahrnehmungen als Vernehmungsperson in die Hauptverhandlung zu laden.

Eine solche Einführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer Zeugenvernehmung in die Hauptverhandlung sollte aber nur dann möglich sein, wenn bei der früheren Vernehmung das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gewahrt wurde.

Artikel 6 Absatz 3 Buchstabe d EMRK gewährt dem Beschuldigten das Recht auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen in der Hauptverhandlung oder zumindest im Ermittlungsverfahren. Entsprechend gewährt § 168c Absatz 2 StPO dem Beschuldigten und seinem Verteidiger das grundsätzliche Recht, bei der richterlichen Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren anwesend zu sein. Wird ein unverteidigter Beschuldigte von der Anwesenheit bei der Vernehmung eines Zeugen ausgeschlossen (§ 168c Absatz 3 StPO), hat die Rechtsprechung anerkannt, dass jedenfalls dann, wenn die ermittelungsrichterliche Vernehmung eines wichtigen Belastungszeugen ansteht, das Konfrontationsrecht durch Bestellung eines Pflichtverteidigers, der an der Vernehmung teilnehmen kann, zu wahren ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Juli 2000 – 1 StR 169/00, BGHSt 46, 93). Allerdings führt die Verletzung des Konfrontationsrechts nach derselben Rechtsprechung nicht zwingend zu einer Unverwertbarkeit der entsprechenden Zeugenaussage. Entscheidend ist vielmehr, ob das Verfahren insgesamt als fair anzusehen ist, was insbesondere auf der Ebene der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist.

Die Empfehlung der Expertenkommission geht mit dem Ziel der Stärkung des Konfrontationsrechts des Angeklagten über diese Grundsätze der Rechtsprechung hinaus. Wurde das Konfrontationsrecht im Ermittlungsverfahren verletzt, sollte keine Möglichkeit bestehen, die unter diesen Umständen entstandene audiovisuelle Aufzeichnung der Zeugenvernehmung nach § 252 StPO in die Hauptverhandlung einzuführen. Das soll selbst dann gelten, wenn sich das Strafverfahren trotz einer Verletzung des Konfrontationsrechts insgesamt als fair erweist.

### **14.3 Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung**

**Zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis sollte neben der Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls auch die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung des Beschuldigten ermöglicht werden.**

#### *Begründung*

Nach § 254 Absatz 1 StPO können Erklärungen des Angeklagten, die in einem richterlichen Protokoll enthalten sind, zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis oder – unter den weiteren Voraussetzungen des § 254 Absatz 2 StPO – zur Feststellung oder Behebung von Widersprüchen verlesen werden.

Die Expertenkommission empfiehlt, diese Regelung auf die Vorführung von audiovisuellen Aufzeichnungen richterlicher Beschuldigtenvernehmungen auszuweiten.

Dies knüpft an die Empfehlungen der Expertenkommission an, Beschuldigtenvernehmungen im Ermittlungsverfahren unter gewissen Voraussetzungen audiovisuell aufzuzeichnen (vgl. Empfehlung 4).

Liegen solche audiovisuellen Aufzeichnungen vor, sollten die Gerichte auch die Möglichkeit haben, frühere Aussagen des Angeklagten vor einem Richter statt durch die Verlesung des Protokolls durch die Vorführung dieser Aufzeichnung, der oftmals ein höherer Beweiswert zukommt, im Rahmen des § 254 StPO in die Hauptverhandlung einzuführen.

#### 14.4 Erweiterte Verlesungsmöglichkeit für ärztliche Atteste

**Die Möglichkeit der Verlesung ärztlicher Atteste sollte auch für andere Tatvorwürfe als die einfache oder fahrlässige Körperverletzung zugelassen werden.**

##### *Begründung*

§ 256 Absatz 1 Nummer 2 StPO ermöglicht die Verlesung von ärztlichen Attesten über Körperverletzungen, die nicht zu den schweren gehören.

Die Expertenkommission empfiehlt, die Verlesung ärztlicher Atteste mit dem Ziel des Nachweises einer körperlichen Beeinträchtigung auch für andere Straftaten als einfache oder fahrlässige Körperverletzungen zuzulassen. Nach Auffassung der Expertenkommission sollte sich die Verlesungsmöglichkeit für ärztliche Atteste nicht mehr daran orientieren, was Gegenstand des Tatvorwurfs ist, sondern daran, was mit der Verlesung konkret bewiesen werden soll.

Eine solche Erweiterung des § 256 Absatz 1 Nummer 2 StPO kann in vielen Fällen zur Effektivierung der Hauptverhandlung beitragen, da auf die Vernehmung des behandelnden Arztes verzichtet werden kann. Denn in einer Vielzahl von Verfahren bedarf es der Ladung und Vernehmung von Ärzten allein zu dem Zweck, dass sie in der Hauptverhandlung Angaben dazu machen, welche körperlichen Beeinträchtigungen sie an einer bestimmten Person zu einem bestimmten Zeitpunkt festgestellt haben. Häufig geben die ärztlichen Zeugen dann aus Mangel an Erinnerung an den früheren Patienten das wieder, was sie zuvor in einem Attest bereits schriftlich niedergelegt hatten. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sachgerecht, dass die Verlesung solcher Atteste zwar zulässig ist, wenn der Anklagegegenstand ein Körperverletzungsdelikt mit Ausnahme einer schweren Körperverletzung ist, nicht aber dann, wenn die attestierte Verletzung im Zusammenhang mit einem anderen Delikt steht. Denn der einem Arzt typischerweise mögliche Aussageinhalt ist von dem Delikt, das im Zusammenhang damit verhandelt wird, gänzlich unabhängig (z.B. Hämatome im Zusammenhang mit dem Vorwurf einer Vergewaltigung oder eines Raubes). Es ist daher nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Erkenntnisse in solchen Fällen durch die persönliche Vernehmung des Arztes gewonnen werden könnten.

Entscheidend dafür, ob das erkennende Gericht von einer solchen erweiterten Verlesungsmöglichkeit Gebrauch macht, wird nach wie vor zum einen das Gebot der umfassenden Amtsaufklärungspflicht sein. Die Verlesung des Attestes wird zum anderen nur dann ausreichend sein, wenn es allein um die Einführung der von dem Arzt durch eigene sachkundige Untersuchung erhobenen Befunde geht, nicht aber um weitere Angaben, etwa zum Zustandekommen der Verletzung. Hierzu wird auch weiterhin regelmäßig ein rechtsmedizinischer Sachverständiger zu befragen sein.

### 14.5 Mitteilung des wesentlichen Inhalts von Urkunden bei Selbstleseverfahren

**Der Vorsitzende sollte verpflichtet sein, den wesentlichen Inhalt einer Urkunde oder eines Schriftstückes in der Hauptverhandlung mitzuteilen, wenn diese im Selbstleseverfahren in das Verfahren eingeführt wird.**

#### *Begründung*

§ 249 Absatz 2 StPO ermöglicht es, von der Verlesung von Urkunden und anderen als Beweismittel dienenden Schriftstücken in der Hauptverhandlung abzusehen, wenn die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde oder des Schriftstückes Kenntnis genommen haben und die übrigen Beteiligten hierzu Gelegenheit hatten. In den Fällen der §§ 253 und 254 StPO darf dieses Verfahren nicht angewandt werden.

Die Expertenkommission empfiehlt eine Ergänzung dieser Vorschrift dahingehend, dass der Vorsitzende dann, wenn von diesem Selbstleseverfahren Gebrauch gemacht wird, den wesentlichen Inhalt der Urkunde oder des Schriftstückes in der Hauptverhandlung mitteilt. Eine Protokollierung des Inhalts der Mitteilung sollte nicht erfolgen.

Hiergegen spricht zwar, dass eine solche Mitteilung das Verfahren verzögert und die mit dem Selbstleseverfahren verbundene Vereinfachung reduziert. Darüber hinaus könnten über den Begriff der Wesentlichkeit Unstimmigkeiten entstehen. Auch erzwingt das Verständnis des Öffentlichkeitsgrundsatzes eine solche Mitteilung nicht.

Die Empfehlung dient indes zum einen der Stärkung der Transparenz der Hauptverhandlung und minimiert die Beeinträchtigungen des Öffentlichkeitsprinzips durch das Selbstleseverfahren. Zum anderen ermöglicht die vorgesehene Mitteilung des wesentlichen Inhalts, etwaige Meinungsverschiedenheiten der Verfahrensbeteiligten über den wesentlichen Inhalt der Urkunde oder des Schriftstückes zur Sprache zu bringen und trägt damit auch zu einer Stärkung einer offenen und kommunikativen Verhandlungsführung bei.

## 15. Beweisantragsrecht

**Der Vorsitzende sollte nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisanträgen bestimmen können. Die Ablehnung erst nach Fristablauf gestellter Beweisanträge sollte dann im Urteil möglich sein. Dies soll nicht gelten, wenn die verspätete Stellung eines Beweisantrags genügend entschuldigt ist.**

### *Begründung*

Gemäß § 244 Absatz 6 StPO bedarf die Ablehnung eines Beweisantrags eines Gerichtsbeschlusses. Nach § 246 Absatz 1 StPO darf eine Beweiserhebung nicht deshalb abgelehnt werden, weil das Beweismittel oder die zu beweisende Tatsache zu spät vorgebracht worden sei. Damit ist das Gericht grundsätzlich verpflichtet, über alle Beweisanträge, selbst wenn sie nach Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms, nach Schluss der Beweisaufnahme oder sogar noch kurz vor der Urteilsverkündung gestellt worden sind, in der Hauptverhandlung zu entscheiden. Gegebenenfalls ist hierfür wieder in die Beweisaufnahme einzutreten.

Die Expertenkommission geht davon aus, dass in der Praxis die ganz überwiegende Zahl der Verfahren ohne missbräuchliche Inanspruchnahme dieser beweisrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten geführt wird. Allerdings sind auch Fälle bekannt, in denen es - vor allem in Wirtschaftsstrafverfahren und Staatsschutzsachen - zu einem exzessiven Gebrauch des Beweisantragsrechts gekommen ist, weil der Angeklagte oder sein Verteidiger nach Erledigung des gerichtlichen Beweisprogramms oder noch nach Schluss der Beweisaufnahme wiederholt schubweise neue Beweiserhebungen beantragt hat. Dies kann zu einer erheblichen Verzögerung entscheidungsreifer Verfahren führen. In manchen Fällen drängt sich der Verdacht auf, dass es dem Antragsteller nicht darum geht, durch die beantragten Beweiserhebungen den Nachweis für die Richtigkeit seiner Behauptungen zu führen, sondern es ihm vielmehr allein darauf ankommt, den Abschluss des Verfahrens zu verzögern.

Damit das erkennende Gericht solchen Ausnahmesituationen angemessen begegnen kann, empfiehlt die Expertenkommission, dass es dem Vorsitzenden möglich sein sollte, in solchen Fällen nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zur Stellung von Beweisanträgen zu bestimmen, nach deren Ablauf weitere Be-

weisanträge mit dem Urteil beschieden werden können. Dies soll nicht gelten, wenn die verspätete Stellung eines Beweisantrags genügend entschuldigt ist.

Bei dieser Empfehlung hat die Expertenkommission die Bedeutung des Beweisantragsrechts für eine effektive Verteidigung berücksichtigt. Dieses Recht garantiert dem Angeklagten, das Ergebnis der Beweisaufnahme durch eigene Anträge beeinflussen zu können. Die Entscheidung, wann ein Beweisantrag gestellt wird, ist grundsätzlich ebenfalls Teil dieses Rechts. So kann von der Verteidigung nicht verlangt werden, alle Beweisanträge stets gebündelt zu stellen. Es muss ihr einerseits möglich sein, Beweisanträge zurückzuhalten, um den Verlauf der Beweisaufnahme abwarten zu können. Andererseits darf sie sich nicht gezwungen sehen, ihre Verteidigungsstrategie offenzulegen. Auch ist es möglich, dass sich erst im Rahmen einer laufenden Beweisaufnahme neue Beweisthemen oder Beweismittel ergeben. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Beweisanträgen im Strafverfahren eine wichtige Kommunikationsfunktion zukommt; sie werden von den Verfahrensbeteiligten häufig genutzt, um Hinweise zur Einschätzung des Gerichts zum Verfahren zu erlangen.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die Einführung einer Regelung über die Bescheidung von Anträgen nach Ablauf einer vom Gericht gesetzten Frist der Gefahr vorbeugen kann, dass durch sukzessive Beweisantragstellungen der Abschluss eines bereits entscheidungsreifen Verfahrens hinausgezögert wird. Sie kann eine effektive Verfahrensführung ermöglichen und würde damit auch dem verfassungsrechtlichen Anliegen einer funktionstüchtigen Strafverfolgung Rechnung tragen. Muss das Gericht hingegen alle Beweisanträge des Angeklagten noch in der laufenden Hauptverhandlung bescheiden, besteht die Gefahr, dass der Angeklagte einen Einfluss auf Umfang und Dauer des Verfahrens gewinnt, der über das zu seiner Verteidigung Gebotene hinausgeht und dazu führen kann, dass die – auch im Interesse des Beschuldigten – rechtsstaatlich geforderte Beschleunigung des Strafverfahrens ernstlich gefährdet wird.

Die Empfehlung der Expertenkommission trägt zum einen dem Gebot der Beschleunigung von Strafverfahren und der Gewährleistung einer dem Gleichheitsgedanken verpflichteten funktionsfähigen Strafrechtspflege vor dem Hintergrund von begrenzten Ressourcen der Strafjustiz Rechnung. Zum anderen berücksichtigt sie aber auch die Bedeutung des Beweisantragsrechts. Die Regelung soll daher weder die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen, ein-

schränken noch erweiterte Möglichkeiten vorsehen, einen Beweisantrag abzulehnen. Auch soll der Umfang der gerichtlichen Aufklärungspflicht in keiner Weise eingeschränkt werden. Es soll lediglich unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein, die Ablehnung von Beweisanträgen nicht in der Hauptverhandlung, sondern erst in den Urteilsgründen vorzunehmen, wie dies bereits nach geltendem Recht für hilfsweise gestellte Beweisanträge zulässig ist. Zu naheliegenden, sich aufdrängenden Beweiserhebungen bleibt das Gericht dabei schon durch die Amtsaufklärungspflicht des § 244 Absatz 2 StPO verpflichtet, weshalb die Gefahr, dass neben missbräuchlichen Beweisbegehren auch berechnete Beweisersuchen zurückgestellt werden, wirkungsvoll gebannt werden kann. Eine vollständige Überprüfung der Ablehnungsentscheidung durch das Revisionsgericht bleibt ohne Einschränkungen erhalten.

Wird nach Fristablauf erneut Beweis erhoben, sollte die Wirkung für sich daraus ergebende weitere Beweisanträge erst nach erneuter Fristsetzung eintreten. Darüber hinaus sollte als Ausnahmetatbestand ein Recht auf Wiedereintritt in die Beweisaufnahme vorgesehen werden, wenn die Stellung des Beweisantrags nach Fristablauf genügend entschuldigt ist.

## 16. Bündelung der Nebenklagevertretung in der Hauptverhandlung

In Ausnahmefällen sollte dem Vorsitzenden im Rahmen einer Ermessensvorschrift ermöglicht werden, Gruppen von Nebenklägern zu bilden und diesen für die Vertretung in der Hauptverhandlung einen Gruppenrechtsbeistand beizuordnen. Voraussetzung hierfür sollte sein, dass eine solche Bündelung aufgrund des Umfangs des Verfahrens und der Anzahl der Nebenkläger zur Durchführung einer effizienten Hauptverhandlung notwendig ist.

### *Begründung*

Gemäß § 397a Absatz 1 StPO ist dem Nebenkläger auf seinen Antrag bei bestimmten schweren Nebenklagedelikten unabhängig von den wirtschaftlichen Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe ein Rechtsanwalt als Beistand zu bestellen. Für die Bestellung dieses Beistands verweist § 397a Absatz 3 Satz 2 StPO auf § 142 Absatz 1 StPO, wonach der Vorsitzende den vom Antragsteller bezeichneten Rechtsanwalt bestellt, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht. Dies führt in aller Regel zur individuellen Bestellung eines Rechtsbeistands für jeden Nebenkläger.

In der Praxis ist zu beobachten, dass Gerichte an die Grenzen des prozessual Machbaren stoßen können, wenn besonders umfangreiche Verfahren mit vielen Nebenklägern und damit auch vielen Rechtsbeiständen verhandelt werden.

Die Expertenkommission empfiehlt daher, den gesetzlichen Rahmen der Nebenklage dahingehend zu ergänzen, dass es dem Vorsitzenden im Rahmen einer Ermessensvorschrift möglich ist, Gruppen von Nebenklägern zu bilden und diesen für die Vertretung in der Hauptverhandlung einen Gruppenrechtsbeistand beizuordnen. Hierbei soll es sich aber lediglich um eine Ausnahmenvorschrift für besonders umfangreiche Verfahren mit einer hohen Anzahl von Nebenklägern handeln, in denen die Bündelung der Nebenklagevertretung in der Hauptverhandlung zur Durchführung einer effizienten Hauptverhandlung notwendig ist. Der Regelfall soll weiterhin die individuelle Bestellung von Nebenklagevertretern bleiben.

Dabei hat die Expertenkommission berücksichtigt, dass in Umfangsverfahren mit zahlreichen Nebenklägern die Interessen der einzelnen Nebenkläger voneinander abweichen können, und dass sich die Interessenlagen auch im Verlauf eines Verfahrens ändern können. Solchen

unterschiedlichen Interessen kann jedoch im Rahmen einer Ermessensvorschrift und nach Anhörung der Nebenkläger vor der Entscheidung über eine Bündelung ihrer Vertretung dadurch Rechnung getragen werden, dass mehrere Interessengruppen gebildet werden, in denen jeweils die Nebenkläger mit gleichartigen Interessen vertreten sind.

Entscheidend für eine solche Bündelungsmöglichkeit spricht, dass die Einzelvertretung jedes Nebenklägers in sehr umfangreichen Verfahren in Konflikt mit dem Beschleunigungsgebot und einer effektiven Strafrechtspflege geraten kann. Ein Gruppenrechtsbeistand könnte die Nebenklageinteressen hingegen konzentriert vortragen. Zudem kann die Einzelvertretung einer sehr großen Anzahl von Nebenklägern mit Blick auf den Grundsatz der Waffengleichheit bedenklich sein.

Mit Blick auf eine sachgerechte Balance zwischen den Verfahrensrechten des Angeklagten und den Rechten und Interessen der Nebenkläger und unter Berücksichtigung der Bedeutung für eine funktionierende Strafrechtspflege, auch sehr umfangreiche Verfahren effizient durchführen zu können, erscheint es daher angezeigt, die Entscheidung über das Recht der Nebenkläger auf einen individuell beigeordneten Rechtsbeistand von § 142 StPO zu lösen und eine eigenständige Regelung bei § 397a Absatz 3 StPO vorzusehen.

Dabei sollte der Grundsatz der individuellen Bestellung eines Rechtsbeistands für jeden Nebenkläger beibehalten werden. Nur als Ausnahme sollte es dem Vorsitzenden im Rahmen einer Ermessensvorschrift ermöglicht werden, Gruppen von Opfern zu bilden und diesen einen Gruppenrechtsbeistand für die Vertretung in der Hauptverhandlung beizuordnen, wenn dies aufgrund des besonderen Umfangs des Falles und der Anzahl der Nebenkläger notwendig ist, um Verfahrenseffizienz und -fairness nicht zu gefährden. Diese Bündelung der Vertretung sollte das Anwesenheitsrecht der Nebenkläger selbst in der Hauptverhandlung aber unberührt lassen. Eine Pflicht zur Anhörung der Betroffenen vor Entscheidung über die Beistandsbeordnung könnte sicherstellen, dass individuelle Interessen ausreichend berücksichtigt werden. Um zu gewährleisten, dass Nebenkläger in allen Fällen in der Lage sind, das Verfahren nachzuvollziehen und ihre Verfahrensrechte effizient auszuüben, könnte - ggf. beschränkt auf besondere Fälle - neben dem gerichtlichen Gruppenbeistand ein außegerichtlicher Beistand bestellt werden.

## 17. Besetzung der großen Strafkammern

**Die Regelungen zur Besetzungsreduktion in großen Strafkammern sollten nicht geändert werden.**

### *Begründung*

Gemäß § 76 Absatz 2 Satz 1 GVG beschließt die große Strafkammer bei der Eröffnung des Hauptverfahrens über ihre Besetzung in der Hauptverhandlung. Sie beschließt dabei eine Besetzung mit drei Richtern, wenn sie (1) als Schwurgericht zuständig ist, (2) die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung, deren Vorbehalt oder die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu erwarten ist oder (3) nach dem Umfang oder der Schwierigkeit der Sache die Mitwirkung eines dritten Richters notwendig erscheint (§ 76 Absatz 2 Satz 3 GVG). Die Mitwirkung eines dritten Richters ist nach § 76 Absatz 3 GVG in der Regel notwendig, wenn die Hauptverhandlung voraussichtlich länger als zehn Tage dauern wird oder die große Strafkammer als Wirtschaftsstrafkammer zuständig ist. In allen anderen Fällen beschließt die große Strafkammer eine Besetzung mit zwei Richtern (§ 76 Absatz 2 Satz 4 GVG).

Diese Vorgaben zur Besetzung großer Strafkammern wurden in dieser Form mit dem Gesetz über die Besetzung der großen Straf- und Jugendkammern in der Hauptverhandlung und zur Änderung weiterer gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften sowie des Bundesdisziplinargesetzes vom 6. Dezember 2011 (BGBl I, S. 2554) eingeführt.

Die Expertenkommission hat zwei Vorschläge zur erneuten Änderung dieser Vorgaben beraten. Ein Vorschlag zielt auf eine Ausweitung der Besetzungsreduktion, während der andere Vorschlag im Gegensatz dazu eine verstärkte Besetzung großer Strafkammern mit drei Richtern fordert. Die Expertenkommission empfiehlt im Ergebnis keine Änderungen an den Vorgaben zur Besetzung großer Strafkammern.

Der erste Vorschlag stellt im Ausgangspunkt in Frage, dass eine Strafkammer mit drei Richtern qualitativ bessere Arbeit leistet als eine Strafkammer mit zwei Richtern. Dies sei empirisch nicht belegt. Ein dritter Richter könne zwar die Belastungen ausgleichen, denen der

Vorsitzende durch die Sitzungsleitung und der Berichterstatter durch die Anfertigung von Sitzungsniederschriften ausgesetzt sind, und die für Kollegialentscheidungen nützliche Distanz sichern. Der Mehrwert einer solchen „teilnehmenden Beobachtung“ könne jedoch in Frage gestellt werden. Denn diese Aufgaben würden auch die Schöffen und die übrigen Verfahrensbeteiligten – vor allem Staatsanwaltschaft und Verteidigung – übernehmen, die mit entsprechenden Anträgen darauf hinwirken könnten, dass Vorverständnisse und zu frühe Festlegungen verhindert werden können. Ferner seien Verfahren in Dreierbesetzung schwieriger zu organisieren und damit weniger effektiv. Hauptverhandlungen könnten erst später beginnen, dauerten wegen notwendiger Unterbrechungen häufig länger und das Ausfallrisiko steige. Daher bedürfe eine Dreierbesetzung einer besonderen Rechtfertigung. Sinnvoll könne eine Besetzung mit drei Richtern jedoch bei quantitativ umfangreichen Verfahren sein, etwa um eine arbeitsteilige Berichterstattung zu verschiedenen Tatkomplexen oder eine Unterstützung des Vorsitzenden bei der Prozessleitung zu ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund sieht der Vorschlag vor, den großen Strafkammern eine größere Flexibilität bei der Entscheidung über die Besetzung einzuräumen. Schwurgerichte sollten wegen ihrer historischen Entwicklung und der Bedeutung des Rechtsgutes Leben stets mit drei Richtern besetzt sein. In allen anderen Fällen erscheine es aber ausreichend, für die Entscheidung über eine Besetzungsreduktion allein auf die Generalklausel des § 76 Absatz 2 Satz 3 Nummer 3 GVG abzustellen, nach der die Kammer mit drei Richtern zu besetzen ist, wenn nach dem Umfang oder der Schwierigkeit der Sache die Mitwirkung eines dritten Richters notwendig erscheint. § 76 Absatz 2 Satz 3 Nummer 2 und Absatz 3 GVG sollten hingegen gestrichen werden.

Im Gegensatz dazu fordert der zweite Vorschlag die grundsätzliche Besetzung aller großen Strafkammern mit drei Richtern. Der Besetzungsreduktion lägen ausschließlich haushalterische Erwägungen zugrunde. Eine Reduktion der Kammerbesetzung auf zwei Richter führe jedoch zu einer Verschlechterung der richterlichen Entscheidungskultur. Sie zementiere eine Verdichtung richterlicher Entscheidungsprozesse, die geeignet sei, die Qualität der Urteilsfindung zu beeinträchtigen. Auch stehe die Reduktion der Besetzung der großen Strafkammern in Widerspruch zu der steigenden Komplexität der an Strafrichter gestellten Anforderungen, wie etwa neue Ermittlungstechnologien oder komplexere Lebenssachverhalte. Zudem führe die Reduktion auf eine Besetzung mit zwei Richtern bei allen außerhalb der

Hauptverhandlung zu treffenden Entscheidungen faktisch zu einer Alleinentscheidungskompetenz des Vorsitzenden. Denn gemäß § 196 Absatz 4 GVG gebe bei Stimmgleichheit die Stimme des Vorsitzenden Ausschlag.

Daher solle zur Regelbesetzung großer Strafkammern mit drei Richtern mit nur engen Ausnahmen zurückgekehrt werden. In Schwurgerichtsverfahren und Verfahren, in denen die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in Sicherungsverwahrung in Betracht kommt, sollte die Kammer stets mit drei Richtern besetzt sein. In allen anderen Verfahren sollte eine Zweierbesetzung nur dann möglich sein, wenn eine anwaltlich vorgetragene geständige Einlassung des Angeklagten in Übereinstimmung mit dem Ergebnis der Ermittlungen vorliegt oder eine Verhandlungsdauer von lediglich drei Tagen zu erwarten ist.

Bei der Bewertung dieser beiden Vorschläge ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Verfahren vor der großen Strafkammer jeweils die einzige Tatsacheninstanz darstellen. Die Kammer muss daher an den Erfordernissen des Verfahrens orientiert optimal besetzt sein. Aber auch vor großen Strafkammern werden Verfahren geführt, die in Umfang und Schwierigkeit überschaubar sind. Nicht in allen Verfahren scheint es daher zwingend, die Kammer mit drei Berufsrichtern zu besetzen.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die geltenden Vorgaben zur Besetzungsreduktion vor noch nicht einmal vier Jahren in Kraft getreten sind. Die Änderungen wurden durch eine umfangreiche empirische Untersuchung und durch Gutachten vorbereitet und stellen einen Kompromiss dar zwischen rechtsstaatlichen Erwägungen und den finanziellen Interessen der Länder. An diesem sollte aus Sicht der Expertenkommission – jedenfalls derzeit – festgehalten werden.

## E. Rechtsmittelverfahren

### 18. Berufung und Sprungrevision

**Die Annahmberufung sollte nicht ausgeweitet werden. Die Sprungrevision sollte im Bereich der Annahmberufung nicht ausgeschlossen werden.**

#### *Begründung*

Nach § 313 Absatz 1 StPO bedarf die Berufung gegen ein amtsgerichtliches Urteil bei geringen Geldstrafen und Geldbußen der Annahme. Dies gilt, wenn der Angeklagte zu einer Geldstrafe von nicht mehr als fünfzehn Tagessätzen verurteilt wurde, wenn bei einer Verwarnung die vorbehaltene Strafe nicht mehr als fünfzehn Tagessätze beträgt oder wenn eine Geldbuße verhängt wurde. Gleiches gilt, wenn der Angeklagte freigesprochen oder das Verfahren eingestellt worden ist und die Staatsanwaltschaft eine Geldstrafe von nicht mehr als dreißig Tagessätzen beantragt hatte. In diesen Fällen wird die Berufung angenommen, wenn sie nicht offensichtlich unbegründet ist. Andernfalls wird sie als unzulässig verworfen (§ 313 Absatz 2 StPO).

Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Sprungrevision nach § 335 StPO haben diese Regelungen nicht. Nach herrschender Meinung ist auch im Anwendungsbereich des § 313 StPO die Sprungrevision grundsätzlich uneingeschränkt zulässig (vgl. die Nachweise bei *KK-Gericke*, StPO, 7. Auflage 2013, § 335 Rn 16).

Die Expertenkommission empfiehlt keine Änderungen an diesem gesetzlichen Rahmen.

Sie hat den Vorschlag erörtert, die für die Annahmberufung in § 313 Absatz 1 StPO festgesetzten Schwellenwerte auf einheitlich 60 Tagessätze anzuheben, daneben den Anwendungsbereich der Annahmberufung auch auf die Anordnung und Beantragung eines Fahrverbots, einer Entziehung der Fahrerlaubnis bei einer Sperre von nicht mehr als neun Monaten oder einer isolierten Sperre von nicht mehr als neun Monaten zu erweitern, und die Sprungrevision nach § 335 StPO im Bereich der Annahmberufung auszuschließen.

Zwar spricht für diese Vorschläge, dass sie zur Entlastung der Strafjustiz beitragen könnten. Zudem würde die Zulässigkeit der Berufung nur unter der Voraussetzung weiter eingeschränkt werden, dass das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet ist. Mit dem Ausschluss der Sprungrevision im Bereich der Annahmeerufung könnte zudem verhindert werden, dass das Annahmeerfordernis durch die Revisionseinlegung umgangen wird.

Es überwiegen aber die Bedenken gegen diese Vorschläge. Die vorgeschlagene Ausweitung der Annahmeerufung würde das Recht auf effektiven Rechtsschutz in Frage stellen und wäre auch mit Blick auf den Gewährleistungsbereich des Artikels 13 EMRK nicht ohne Bedenken. Dem deutschen Rechtsmittelsystem liegt die Überlegung zugrunde, dass das strafrichterliche Verfahren beim Amtsgericht zu möglichst raschen Entscheidungen führen soll. Im Ausgleich dazu soll es dem Angeklagten ermöglicht werden, das Verfahren in einer zweiten Tatsacheninstanz überprüfen zu lassen. Eine Ausweitung der Annahmeerufung in der vorgeschlagenen Art und Weise würde aber einen Großteil der amtsgerichtlichen Verfahren erfassen. Der Ausgleich zwischen rascher Entscheidungsfindung und Kontrollmöglichkeit in einer zweiten Tatsacheninstanz würde damit weitgehend in Frage gestellt. Dies würde auch Verfahren treffen, in denen eine nicht nur geringe Strafe verhängt wurde. Denn eine Verurteilung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen stellt – insbesondere wenn man die Möglichkeit der Vollstreckung einer Ersatzfreiheitsstrafe mit in den Blick nimmt – keine solche geringe Strafe mehr dar. Darüber hinaus spricht grundsätzlich gegen die Ausweitung der Annahmeerufung, dass die Frage der offensichtlichen Unbegründetheit des Rechtsmittels bei Tatsachenfragen nur schwer festzustellen ist. Die Annahmeerufung sollte daher auf den Bereich der Verhängung leichter Sanktionen begrenzt bleiben.

Die Sprungrevision sollte im Bereich der Annahmeerufung nicht ausgeschlossen werden. Kommt es dem Angeklagten nur auf die rechtliche Überprüfung des Urteils an, sollte er das Revisionsgericht anrufen können und nicht gezwungen sein, Berufung einzulegen.

## 19. Wahlrechtsmittel

**Die Möglichkeit, gegen Berufungsurteile der Landgerichte Revision einzulegen, sollte beibehalten werden. Ein Wahlrechtsmittel - nur noch Berufung oder Revision gegen amtsgerichtliche Urteile - sollte nicht eingeführt werden.**

### *Begründung*

Für Straftaten, die beim Amtsgericht angeklagt werden, bietet das geltende Recht einen dreizügigen Instanzenzug. Gegen die Urteile des Strafrichters und des Schöffengerichts kann Berufung eingelegt werden (§ 312 StPO), über die die kleine Strafkammer des Landgerichts entscheidet (§ 74 Absatz 3, § 76 Absatz 1 Satz 1 GVG). Gegen diese Berufungsurteile ist die Revision zulässig (§ 333 StPO).

Die Expertenkommission ist nicht der Auffassung, dass dieses Rechtsmittelsystem dahingehend geändert werden sollte, dass gegen Urteile des Amtsgerichts künftig in Anlehnung an die Regelung des § 55 Absatz 2 JGG nur noch die Einlegung entweder der Berufung oder der Revision zulässig sein soll.

Eine solche Änderung könnte zwar zu einer Verfahrensbeschleunigung beitragen. Der Instanzenzug bei amtsgerichtlichen Strafverfahren würde gestrafft und es würden in der Berufungsinstanz wie auch in der Revisionsinstanz deutliche Entlastungen bewirkt. Die Rechtsschutzgarantie in Artikel 19 Absatz 4 GG erfordert zudem nicht zwingend einen dreizügigen Instanzenzug.

Es überwiegen aber die Bedenken gegen eine Änderung. Sie passt nicht zum deutschen Rechtsmittelsystem, nach dem die rasche Urteilsfindung im strafrichterlichen Verfahren vor dem Amtsgericht durch das Recht des Angeklagten auf eine zweite Tatsacheninstanz ausgeglichen wird (vgl. hierzu auch die Begründung zu Empfehlung 18). Legt der Angeklagte Berufung ein und verliert dadurch sein Recht auf die Revisionseinlegung, führt dies zu Problemen in den Fällen, in denen in der Berufungsinstanz erstmalig eine Beschwer für den Angeklagten hinzutritt, beispielsweise eine erstmals gebildete nachträgliche Gesamtstrafe (§ 55 StGB). Auch eine Verständigung in der Berufungsinstanz könnte – abgesehen von der Möglichkeit

zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde – nicht mehr gerichtlich überprüft werden. Es wäre daher zumindest fraglich, ob die Anwendung des § 257c StPO für das Berufungsverfahren ausgeschlossen werden müsste, oder aber ob bei einer Verständigung im Berufungsverfahren wie auch bei einer erstmaligen Beschwer im Berufungsverfahren das Recht auf Revisionsanlegung wieder aufleben müsste. Wegen der fehlenden Kontrollmöglichkeiten von Berufungsentscheidungen wäre mit einer steigenden Zahl von Verfassungsbeschwerden zu rechnen.

Darüber hinaus kann gerade vom unverteidigten Angeklagten keine informierte Entscheidung darüber verlangt werden, ob es für ihn vorteilhafter wäre, Berufung oder Revision einzulegen. Daher müssten häufiger Pflichtverteidiger nach § 140 Absatz 2 StPO bestellt werden. Hinweise und Belehrungen des Gerichts könnten eine anwaltliche Beratung nicht effektiv ersetzen.

Zudem wäre zu befürchten, dass weite Teile der einfachen Kriminalität der obergerichtlichen Rechtsprechung entzogen würden. Die Oberlandesgerichte würden in Strafsachen kaum noch eine Rolle spielen, da davon ausgegangen werden kann, dass in den meisten Fällen das Rechtsmittel der Berufung gewählt würde. Eine einheitliche Rechtsprechung zu den Deliktgruppen, die typischerweise zum Amtsgericht angeklagt werden, könnte dann nicht mehr gewährleistet werden.

Schließlich spricht auch der Vergleich zum Jugendstrafrecht nicht entscheidend für eine Einführung des Wahlrechtsmittels in der Strafprozessordnung. Denn im JGG stand bei der Einführung des Wahlrechtsmittels zur Förderung rascher Entscheidungsfindungen der Erziehungsgedanke im Vordergrund.

## 20. Revisionsbegründungsfrist

**Die Revisionsbegründungsfrist sollte nicht verlängert werden.**

### *Begründung*

Wurde gegen ein Urteil Revision eingelegt, sind die Revisionsanträge und ihre Begründung innerhalb eines Monats bei dem Gericht anzubringen, dessen Urteil angefochten wird (§ 345 Absatz 1 Satz 1 StPO). Diese Monatsfrist beginnt – in der Praxis regelmäßig – mit der Zustellung des Urteils (§ 345 Absatz 1 Satz 2 StPO) oder – selten – mit dem Ablauf der Revisionsanlegungsfrist (§ 345 Absatz 1 Satz 1 StPO). Beginnt sie mit der Zustellung des Urteils, muss das Protokoll der Hauptverhandlung bereits fertiggestellt sein (§ 273 Absatz 4 StPO). Die Frist ist nicht verlängerbar.

Die Expertenkommission empfiehlt keine Änderungen dieser Regelungen.

Erörtert hat die Expertenkommission die Vorschläge, die Revisionsbegründungsfrist in § 345 StPO zu verlängern, indem diese ähnlich der Urteilsabsetzungsfrist in § 275 StPO an die Dauer der Hauptverhandlung gekoppelt wird oder indem in Anlehnung an § 285 Absatz 2 der österreichischen Strafprozessordnung jedenfalls bei Verfahren extremen Umfangs eine Möglichkeit zur Fristverlängerung auf Antrag des Rechtsmittelführers geschaffen wird.

Zwar spricht für eine Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist, dass die geltende Monatsfrist die Verfahrensbeteiligten – namentlich die Verteidigung – unter großen Zeitdruck setzen kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Angeklagte erst nach Zustellung des Urteils einen in Revisionsachen erfahrenen Verteidiger aufsucht. Bei Umfangsverfahren könnte sich die Frage stellen, ob die starre Monatsfrist mit den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes noch in Einklang zu bringen ist.

Gegen die Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist spricht aber, dass bei der Prüfung, ob ein Strafverfahren in angemessener Frist abgeschlossen wird (Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 EMRK), auch die Dauer des Rechtsmittelverfahrens einzubeziehen ist. Eine generelle Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist für alle Verfahren kollidiert somit mit dem Beschleu-

nigungsgebot. In zahlreichen Verfahren, die nicht außergewöhnlich umfangreich sind und nur wenige Hauptverhandlungstage dauern, ist eine längere Revisionsbegründungsfrist auch sachlich nicht erforderlich und würde somit zu vermeidbaren Verfahrensverzögerungen führen. Würde eine Fristverlängerung auf Antrag an bestimmte inhaltliche Kriterien geknüpft, müssten unbestimmte Begriffe wie etwa der des „extremen Umfangs“ verwendet werden, dass auch dann dem Erfordernis einer zügigen Durchführung des Revisionsverfahrens unter Umständen nicht entsprochen werden könnte, weil Meinungsverschiedenheit über die Frage, ob ein Verfahren derart umfangreich ist, kaum zu vermeiden wären.

Gegen einen Gleichlauf der Revisionsbegründungsfrist mit den Fristen des § 275 Absatz 1 StPO sprechen gewichtige Gründe. Denn § 275 Absatz 1 StPO berücksichtigt, dass das Gericht mit mehreren Berufsrichtern besetzt ist, der Urteilsentwurf gegebenenfalls auch von mehreren überarbeitet werden muss, hierfür neue Beratungen erforderlich sein können und die Zeit bis zum Ablauf der Frist zur Rechtsmitteleinlegung außer Betracht bleiben soll, da sich in vielen Fällen erst danach entscheidet, ob das Urteil abgekürzt begründet werden kann.

Gegen eine Verlängerung der Revisionsbegründungsfrist spricht auch, dass die Vorbereitung der Revisionsbegründung in den meisten Fällen schon vor der Zustellung des Urteils erfolgen kann. In der Regel wird die Verteidigung schon frühzeitig einschätzen können, welche Verfahrensweise möglicherweise im Rahmen der Revision zu rügen ist und sich auf eine entsprechende Rüge einstellen können. Zudem wird selbst in komplexen Verfahren ein erheblicher Anteil der Revisionen nur mit der allgemeinen Sachrüge begründet.

Um der Verteidigung eine solche frühzeitige Vorbereitung der Revisionsbegründung bereits vor Urteilszustellung zu ermöglichen, ist es nach Auffassung der Expertenkommission insbesondere in umfangreichen Verfahren von Bedeutung, dass der Verteidigung die Hauptverhandlungsprotokolle zeitnah nach ihrer Fertigstellung und nicht erst mit Zustellung des Urteils zur Verfügung gestellt werden. Die Expertenkommission ist der Ansicht, dass die Abläufe bei der Protokollerstellung in der Praxis noch verbessert werden könnten.

## 21. Prüfung von Verfahrenshindernissen im Revisionsverfahren

**Eine Regelung, nach der Verfahrenshindernisse vom Revisionsgericht nur noch auf eine Rüge hin überprüft werden, sollte nicht geschaffen werden.**

### *Begründung*

Das Bestehen von Verfahrenshindernissen ist in jeder Lage des Verfahrens – und damit auch in der Revision – von Amts wegen zu prüfen und nicht von einer Rüge abhängig.

Ein Verfahrenshindernis wird durch solche Umstände begründet, die es ausschließen, dass über den Prozessgegenstand mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf; sie müssen so schwer wiegen, dass von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängt (vgl. KK-*Fischer*, StPO, 7. Auflage 2013, Einleitung Rn 409 m.w.N.). Einen gesetzlichen Katalog der Verfahrenshindernisse kennt die StPO nicht; sie enthält nur wenige Regelungen zu Verfahrenshindernissen. Diese finden sich zum einen in Zusammenhang mit der dann ergehenden Entscheidung (vgl. §§ 206b, 260 Absatz 3, § 354 Absatz 1 StPO); zum anderen sind Prüfungspflichten von Amts wegen an einigen Stellen ausdrücklich vorgesehen (etwa §§ 6, 6a, 16 StPO). Außerhalb der StPO werden den Verfahrenshindernissen solche Regelungen zugerechnet, die beispielsweise die Ahndung der Tat (Verjährung, § 78 Absatz 1 StGB) oder die deutsche Gerichtsbarkeit (§ 18 Absatz 1 Satz 1 und § 19 Absatz 1 Satz 1 GVG) ausschließen.

Die Expertenkommission empfiehlt nicht, diesen gesetzlichen Rahmen dahingehend zu ändern, dass Verfahrenshindernisse im Revisionsverfahren nur noch auf Rüge geprüft werden.

Zwar könnte durch die Einführung einer entsprechenden Rügepflicht die Arbeitsbelastung deutlich reduziert werden, die bei den Revisionsgerichten durch die umfassende anlasslose Prüfung sämtlicher Akten auf Vorliegen von Verfahrenshindernissen entsteht. Auch sonstige schwerwiegende Verfahrensfehler werden im Revisionsverfahren nur auf eine entsprechende Rüge hin geprüft (etwa Verstöße gegen die EMRK). Bei einem wertenden Vergleich sind solche Rechtsverletzungen jedenfalls nicht als geringer zu bewerten als etwa ein fehlender oder zurückgenommener Strafantrag oder Mängel des Eröffnungsbeschlusses. Darüber hinaus

könnte die Dispositionsbefugnis des Rechtsmittelführers eine Rügepflicht auch für Verfahrenshindernisse rechtfertigen. Denn wenn es ihm frei steht, gegen eine Verurteilung keine Revision einzulegen und diese damit trotz Vorliegen eines Verfahrenshindernisses hinzunehmen, könnte eine Prüfung der Verfahrenshindernisse bei Einlegung der Revision auch von einer entsprechenden Rüge abhängig gemacht werden.

Allerdings bestehen entscheidende Bedenken gegen die Einführung einer Rügepflicht. Es wäre nicht vertretbar, dass ein Revisionsgericht ein Verfahren fortsetzen soll, wenn es ein bis dahin von allen Verfahrensbeteiligten unbemerktes Verfahrenshindernis erkannt hat. Die Verantwortung für die Berücksichtigung von Verfahrenshindernissen sollte auch im Revisionsverfahren nicht der Verteidigung aufgebürdet werden. Zudem erscheint es widersprüchlich, wenn Verfahrensvoraussetzungen in den Tatsacheninstanzen von Amts wegen, im Revisionsverfahren aber nur auf Rüge zu prüfen sind.

Hinzu kommt, dass die Verfahrenshindernisse nicht zur Disposition des Angeklagten stehen. Fehlt eine Verfahrensvoraussetzung, kann dies bedeuten, dass kein Strafanspruch des Staates besteht, beispielsweise bei Fehlen eines notwendigen Strafantrags. Andere Verfahrensvoraussetzungen dienen etwa dem öffentlichen Interesse an Rechtssicherheit durch eindeutige Entscheidungen, beispielsweise wenn aufgrund einer unvollständigen Anklageschrift bei mehreren Taten nicht klar ist, auf welche Tat sich ein Freispruch bezieht.

## 22. Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft

**Die Staatsanwaltschaft sollte im Revisionsverfahren zur Abgabe einer Gegenerklärung gesetzlich verpflichtet werden, wenn Verfahrensrügen erhoben wurden, soweit dadurch die Prüfung der Revisionsbeschwerden erleichtert wird.**

### *Begründung*

Wird die Revision fristgerecht eingelegt und form- und fristgerecht begründet, steht es dem Gegner des Beschwerdeführers nach § 347 Absatz 1 Satz 2 StPO frei, eine schriftliche Gegenerklärung einzureichen. Dies gilt auch für die Staatsanwaltschaft. Nummer 162 Absatz 2 RiStBV verpflichtet die Staatsanwaltschaft aber dann zur Abgabe einer solchen Gegenerklärung bei Verfahrensrügen, „wenn anzunehmen ist, dass dadurch die Prüfung der Rechtsbeschwerden erleichtert wird und zeitraubende Rückfragen und Erörterungen vermieden werden“ (Satz 1). In diesen Fällen sollen die Tatsachen zu der Verfahrensrüge in der Gegenerklärung erschöpfend dargestellt werden (Satz 2).

Die Expertenkommission empfiehlt, die in Nummer 162 Absatz 2 RiStBV enthaltene Pflicht der Staatsanwaltschaft, unter bestimmten Voraussetzungen eine Gegenerklärung abzugeben, gesetzlich zu regeln.

Diese gesetzliche Verankerung soll die Bedeutung der staatsanwaltschaftlichen Gegenerklärung für das Revisionsverfahrens unterstreichen. Liegt eine solche Gegenerklärung zu Verfahrensrügen nicht vor, kann sowohl bei der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht als auch beim Revisionsgericht ein erheblicher Arbeitsaufwand entstehen, der bei der Staatsanwaltschaft, die die Anklage in der Vorinstanz vertreten hat und bei der die relevanten Verfahrensvorgänge zumindest regelmäßig bekannt sind, nicht oder jedenfalls nicht in diesem Maße angefallen wäre. Vor diesem Hintergrund besteht zur Effektivierung des Revisionsverfahrens Anlass, die Regelung in Nummer 162 Absatz 2 RiStBV in Teilen als verpflichtende Regelung in die Strafprozessordnung zu übernehmen. Diese gesetzliche Verankerung soll die Praxis verstärkt zur Anfertigung von Gegenerklärungen anhalten. Die der Staatsanwaltschaft in dieser Vorschrift ermöglichte Flexibilität sollte auch bei einer gesetzlichen Regelung erhalten bleiben. Auch weiterhin sollte eine Gegenerklärung bei Verfahrensrügen nur dann erforder-

lich sein, wenn anzunehmen ist, dass dadurch die Prüfung der Rechtsbeschwerden erleichtert wird und zeitraubende Rückfragen und Erörterungen vermieden werden. Dies wird beispielsweise bei ganz offensichtlich unbegründeten Revisionen in der Regel nicht der Fall sein.

Die Expertenkommission empfiehlt nicht, dass die Abgabe der Gegenerklärung an eine Frist gebunden und die nicht fristgerechte Abgabe einer Gegenerklärung sanktioniert werden sollte.

Die Expertenkommission hat den Vorschlag erörtert, in § 347 StPO je nach Verhandlungsdauer gestaffelte Ausschlussfristen für die Abgabe einer Gegenerklärung aufzunehmen und diese mit der Folge zu verknüpfen, dass das Revisionsgericht nicht von Amts wegen verpflichtet ist, Freibeweis über die in der Revisionsbegründung behaupteten Verfahrenstatsachen zu erheben, wenn die Staatsanwaltschaft dem Revisionsvortrag nicht fristgerecht widersprochen hat.

Zwar spricht für die Aufnahme einer gestaffelten Fristenregelung für alle Verfahrensbeteiligten, dass die geltende Wochenfrist, die lediglich als Ordnungsvorschrift ausgestaltet ist, die Verteidigung faktisch benachteiligt. Zwar können alle Verfahrensbeteiligten auch nach Ablauf dieser Frist noch ihre Gegenerklärung abgeben. Für die Verteidigung folgt aus dieser Frist aufgrund der Regelung in § 347 Absatz 2 StPO aber dennoch ein faktischer Zwang: Möchte sie ihre Einwände gegen eine von der Staatsanwaltschaft erhobenen Rüge vor der Versendung der Akten an das Revisionsgericht vorbringen, um noch Einfluss auf die Entscheidung der Staatsanwaltschaft über Durchführung oder Rücknahme der Revision nehmen zu können, muss sie dies innerhalb der Wochenfrist tun.

Gegen die Aufnahme einer solchen Fristenregelung spricht aber, dass sie zu einer Verzögerung der Verfahren führen würde. Zum einen ist die Staatsanwaltschaft bei der Abfassung ihrer Gegenerklärungen ohnehin an das Beschleunigungsgebot gebunden. Zum anderen besteht die Gefahr, dass die Einführung starrer Fristen in der Praxis dazu führen könnte, dass diese auch stets ausgeschöpft werden.

Auch sollte die nicht fristgerechte Abgabe einer Gegenerklärung nicht sanktioniert werden. Denn Zweck der Gegenerklärung ist nur die Erstellung einer Arbeitshilfe zur Effektivierung

des Revisionsverfahrens. Diese sollte aber – da es sich nicht um einen Parteiprozess handelt - nicht als Anknüpfungspunkt für Wahrunterstellungen dienen. Zudem ist es auch denkbar, dass beispielsweise bei einem Wechsel des zuständigen Dezernenten Tatsachenkenntnis verloren geht, was einem Zugeständnis nicht gleichgestellt werden darf.

### 23. Schriftliches Revisionsverfahren

Die Möglichkeiten, über die Revision im Beschlussverfahren ohne Revisionshauptverhandlung zu entscheiden, sollten nicht erweitert werden. Eine generelle Begründungspflicht bei der Zurückweisung einer Revision als offensichtlich unbegründet sollte nicht eingeführt werden.

#### *Begründung*

Das Revisionsgericht entscheidet grundsätzlich nach Durchführung einer Hauptverhandlung durch Urteil. Über unzulässige Revisionen kann es durch Beschluss entscheiden (§ 349 Absatz 1 StPO). Ferner kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 349 Absatz 2 StPO über offensichtlich unbegründete Revisionen – ohne Hauptverhandlung – durch Beschluss entschieden werden. Gleiches gilt nach § 349 Absatz 4 StPO, wenn das Revisionsgericht die zugunsten des Angeklagten eingelegte Revision für begründet hält. In beiden Fällen ist Einstimmigkeit erforderlich; die Entscheidung nach § 349 Absatz 2 StPO erfordert zudem einen Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht.

Das Revisionsrecht enthält keine Vorgaben zum Inhalt eines Beschlusses nach § 349 Absatz 2 StPO, mit dem eine Revision als offensichtlich unbegründet verworfen wird. In der Praxis werden solche Beschlüsse in der Regel nicht begründet.

Die Expertenkommission empfiehlt, die Möglichkeiten, über die Revision im Beschlussverfahren ohne Revisionshauptverhandlung zu entscheiden, nicht durch die Einführung eines schriftlichen Revisionsverfahrens zu erweitern.

Die Expertenkommission hat zwei Vorschläge zur Einführung eines schriftlichen Revisionsverfahrens erörtert.

Nach einem Vorschlag sollte die Möglichkeit geschaffen werden, dass das Revisionsgericht bei Einstimmigkeit über die Zulässigkeit und Begründetheit eines Rechtsmittels stets durch Beschluss entscheiden kann. Insbesondere sollte die Verwerfung der Revision des Angeklagten nicht von deren offensichtlicher Unbegründetheit abhängen. Die Staatsanwaltschaft sollte wie nach geltendem Recht einen begründeten Antrag beim Revisionsgericht stellen müs-

sen, dieses im schriftlichen Verfahren aber von dem Antrag der Staatsanwaltschaft abweichen dürfen. Dem Revisionsgericht sollte es überlassen bleiben, mit einer einstimmigen Entscheidung das Beschlussverfahren zu wählen oder durch Urteil zu entscheiden. Für die Durchführung einer Hauptverhandlung sollte hierbei das Kriterium ausschlaggebend sein, ob ein zusätzlicher Erkenntnisgewinn durch ein Rechtsgespräch zu erwarten ist.

Der zweite diskutierte Vorschlag sah vor, dass nicht für alle Beschlüsse im schriftlichen Verfahren Einstimmigkeit erforderlich sein müsse. Die Aufhebung eines Urteils nach einer zugunsten des Angeklagten eingelegten Revision nach § 349 Absatz 4 StPO solle vielmehr auch mit Mehrheit der Stimmen im schriftlichen Verfahren beschlossen werden können. Eine Hauptverhandlung sollte auch nach diesem Vorschlag nur noch in Ausnahmefällen durchgeführt werden. Sie sollte nur durchzuführen sein, wenn sich in dem Verfahren eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder wenn der Senat der Auffassung ist, dass die konkreten Rechtsfragen am Besten im Rahmen eines mündlichen Meinungsaustauschs gelöst werden können.

Zwar spricht für eine Ausweitung schriftlicher Revisionsverfahren, dass die Durchführung von Revisionshauptverhandlungen auf diejenigen Fälle beschränkt werden sollte, in denen eine mündliche Verhandlung für die Förderung des Revisionsverfahrens sinnvoll ist. Denn häufig erschöpft sich die revisionsgerichtliche Hauptverhandlung darin, dass der wechselseitige schriftliche Vortrag noch einmal ausgetauscht und zum Gegenstand eines Rechtsgesprächs mit den Senatsmitgliedern gemacht wird. Die Entscheidungsgrundlagen für das Revisionsgericht findet sich in der Regel jedoch ohnehin allein in den dem Gericht vorliegenden Akten.

Jedoch spricht aus Sicht der Expertenkommission entscheidend gegen eine Ausdehnung der schriftlichen Revisionsverfahren, dass allein aufgrund der Aktenlage nicht immer feststellbar sein wird, ob die Durchführung einer Hauptverhandlung das Verfahren fördern kann. Denn mündliche Verhandlungen entwickeln sich durch den Lauf der dort geführten Diskussionen, die im schriftlichen Verfahren nicht möglich sind.

Darüber hinaus empfiehlt die Expertenkommission auch nicht die Einführung einer generellen Begründungspflicht bei der Zurückweisung einer Revision als offensichtlich unbegründet.

Für eine ausnahmslose Begründungspflicht für Beschlüsse im Revisionsverfahren spricht zwar, dass eine Begründung das Vertrauen des Betroffenen in die Arbeitsweise und Gründlichkeit der Prüfung des Revisionsgerichts stärken und damit zur Akzeptanz einer Entscheidung beitragen könnte. Durch eine ausnahmslose Begründungspflicht könnte zudem vermieden werden, dass zwischen den Senaten unbemerkt Rechtsprechungsdivergenzen entstehen.

Bei offensichtlich unbegründeten Rechtsmitteln hält die Expertenkommission eine uneingeschränkte Begründungspflicht dennoch nicht für erforderlich. Zum einen impliziert die „Offensichtlichkeit“ der Unbegründetheit bereits, dass eine Begründung der Entscheidung nicht erforderlich ist. Hinzu kommt, dass eine Entscheidung nach § 349 Absatz 2 StPO nach geltendem Recht einen entsprechenden begründeten Antrag der Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht voraussetzt. Verwirft das Revisionsgericht das Rechtsmittel ohne Begründung gemäß § 349 Absatz 2 StPO, kann davon ausgegangen werden, dass das Revisionsgericht sich die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft zueigen gemacht hat. Für den Rechtsmittelführer sind die Gründe der Entscheidung damit erkennbar. Bei einer Abweichung von der Begründung der Staatsanwaltschaft entspricht es hingegen bereits jetzt allgemeiner Übung, in den Beschluss einen Zusatz zur eigenen Rechtsauffassung des Revisionsgerichts aufzunehmen. Eine ausnahmslose Verpflichtung zur Begründung auch offensichtlich unbegründeter Rechtsmittel würde hingegen zu formelhaften Begründungssätzen führen, die für den Rechtsmittelführer keinen Mehrwert darstellen würden.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 30. Juni 2014 (2 BvR 792/1, abgedruckt in NJW 2014, 2563) gegen die Verwerfung einer offensichtlich unbegründeten Revision durch einen Beschluss ohne Begründung keine verfassungsrechtlichen Bedenken erhoben. Von Verfassungs wegen bedürfe eine mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbare letztinstanzliche gerichtliche Entscheidung regelmäßig keiner Begründung. Auch das Bundesverfassungsgericht hat darauf hingewiesen, dass der Revisionsführer die Gründe des angegriffenen Urteils und den ebenfalls zu begründenden Antrag der Staatsanwaltschaft auf Verwerfung der Revision nach § 349 Absatz 2 StPO kenne. Er habe das Recht, dazu eine

schriftliche Gegenerklärung einzureichen. Schließlich müsse die Entscheidung des Revisionsgerichts einstimmig ergehen. Durch diese Verfahrensweise werde dem Anspruch des Revisionsführers auf rechtliches Gehör ausreichend Rechnung getragen.

## 24. Verfahrenseinstellung nach Erfüllung von Auflagen und Weisungen im Revisionsverfahren

Die Möglichkeit, das Verfahren bei einem Vergehen mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten gegen Auflagen oder Weisungen vorläufig einzustellen, wenn die Schwere der Schuld nicht entgegensteht (§ 153a Absatz 2 StPO), sollte auch für das Revisionsverfahren geschaffen werden.

### *Begründung*

Nach § 153a Absatz 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft ein Verfahren bei einem Vergehen mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten vorläufig einstellen und dem Beschuldigten zugleich Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen, kann die Tat nicht mehr als Vergehen verfolgt werden (§ 153a Absatz 1 Satz 5 StPO). Nach § 153a Absatz 2 StPO kann auch das Gericht nach Klageerhebung mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten von dieser Einstellungsmöglichkeit Gebrauch machen. Dies gilt aber nur bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden. Im Revisionsverfahren ist § 153a StPO daher nach geltendem Recht nicht anwendbar.

Die Expertenkommission empfiehlt, die Anwendbarkeit des § 153a StPO auf das Revisionsverfahren auszudehnen und damit auch dem Revisionsgericht die Möglichkeit zu geben, ein Verfahren nach Erfüllung von Auflagen oder Weisungen einzustellen.

Bei dieser Empfehlung geht die Expertenkommission davon aus, dass in nur wenigen Revisionsverfahren eine Anwendung des § 153a StPO in Betracht kommt. In einzelnen Fällen, insbesondere in Revisionsverfahren vor Oberlandesgerichten, kann es einer effizienten Verfahrensführung aber dienlich sein, auch im Revisionsverfahren auf § 153a StPO zurückzugreifen. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass das Verfahren erst zurückverwiesen werden muss, bevor es eingestellt werden kann.

Dogmatische Bedenken gegen die Anwendung des § 153a StPO im Revisionsverfahren bestehen nicht. Zwar sind im Revisionsverfahren im Regelfall keine Strafzumessungserwägungen anzustellen. Dass dies aber grundsätzlich möglich ist, belegt die Vorschrift des § 354 Absatz 1a StPO, nach der das Revisionsgericht die Angemessenheit der Rechtsfolge zu beurteilen hat und diese auf Antrag der Staatsanwaltschaft angemessen herabsetzen kann.

Bei einer Anwendbarkeit des § 153a StPO auch im Revisionsverfahren könnte neben der Steigerung der Verfahrenseffizienz auch der Täter-Opfer-Ausgleich gestärkt werden. Denn dieser kommt häufig im Zusammenhang mit § 153a StPO zur Anwendung und nach § 155a StPO sind die Möglichkeiten eines Täter-Opfer-Ausgleichs ausdrücklich in jedem Stadium des Verfahrens zu prüfen. Darüber hinaus ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Rückgriff auf § 153a StPO eine Möglichkeit, um einer überlangen Verfahrensdauer zu begegnen. Dieser Gesichtspunkt kann auch im Revisionsverfahren zum Tragen kommen.

## 25. Recht der Wiederaufnahme

### **Das Wiederaufnahmerecht sollte nicht geändert werden.**

#### *Begründung*

Bei der Wiederaufnahme des Verfahrens nach §§ 359 ff. StPO handelt es sich um einen außerordentlichen Rechtsbehelf, der die Durchsetzung materieller Einzelfallgerechtigkeit im Wege der Durchbrechung der Rechtskraft des ergangenen Urteils bezweckt. Die Wiederaufnahme kann zugunsten oder zum Nachteil des Angeklagten erfolgen. Die Gründe für die Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten sind in § 359 StGB geregelt und lassen sich in Verfahrensmängel (Nummer 3 und 6), Beweismittelmängel (Nummer 1, 2 und 4) und Feststellungsmängel (Nummer 5) unterteilen. Den praktisch häufigsten Wiederaufnahmegrund enthält § 359 Nummer 5 StPO, nach dem die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten zulässig ist, wenn neue Tatsachen und Beweismittel („propter nova“) beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines mildereren Strafgesetzes eine geringere Bestrafung oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung zu begründen geeignet sind. Die Gründe für eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten sind in § 362 StPO abschließend aufgezählt. Eine Wiederaufnahme zum Nachteil des Angeklagten aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel ist nicht zulässig.

Die Expertenkommission empfiehlt nicht, das Recht der Wiederaufnahme zu ändern.

Von Vorschlägen zur Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zum Nachteil des Angeklagten hat die Expertenkommission abgesehen. Entsprechende Vorschläge des Bundesrats in einem Gesetzentwurf aus dem Jahr 2008 (Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts, BT-Drucks. 16/7957) wurden im Hinblick auf hiergegen vorgetragene verfassungsrechtliche Bedenken nicht aufgegriffen.

Mit Blick auf die Stärkung des Wiederaufnahmerechts zugunsten des Angeklagten hat die Expertenkommission mehrere Vorschläge erörtert. Hinsichtlich einer Lockerung der hohen Zulässigkeitsanforderungen für Wiederaufnahmeanträge hat sie den Vorschlag geprüft, dass

das Wiederaufnahmegesetz bei der Prüfung, ob ein Beweismittel im Sinne des § 368 Absatz 1 StPO „geeignet“ ist, nicht an die Beweiswürdigung durch das Erstgericht gebunden sein sollte. Daneben lag ihr der Vorschlag vor, die Ermittlungsbehörden zu einer stärkeren Unterstützung der Wiederaufnahmebemühungen des Angeklagten heranzuziehen, da der Staatsanwaltschaft wirksamere Möglichkeiten zur Verfügung stünden, Zeugenaussagen zu gewinnen, als dem Angeklagten selbst, und sie auch auf asservierte Beweismittel zugreifen und deren sachverständige Untersuchung – beispielsweise auf DNA-Profile hin – veranlassen könne. Ferner wurde eine Regelung vorgeschlagen, die die Befassung eines anderen Richters oder Spruchkörpers mit der Sache vorsieht, wenn ein Gericht das Wiederaufnahmebegehren für unzulässig erklärt hat und diese Entscheidung in der nächsten Instanz aufgehoben und zurückverwiesen worden ist. In einem derartigen Fall könne für den Angeklagten der Eindruck entstehen, das Gericht werde ihm im weiteren Verfahren der Sache nicht unbefangen gegenüberreten. Weitere Vorschläge zielten auf die Schaffung der Möglichkeit einer Strafmaßwiederaufnahme und die Einführung einer Divergenzvorlagepflicht für die Obergerichte zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof. Auch wurde vorgeschlagen, im Rahmen einer grundlegenden Reform die Zulassung der Beweisantizipation bei der Prüfung der Zulässigkeit des Antrags im Additionsverfahren vor der Prüfung der Begründetheit des Antrags im Probationsverfahren zu erörtern.

Für eine Erweiterung des Wiederaufnahmerechts zugunsten des Angeklagten spricht grundsätzlich, dass ein Bedarf zur Korrektur von Fehlurteilen gerade in den besonders schwerwiegenden Fällen, in denen das Urteil nach nur einer Tatsacheninstanz gesprochen wird, in besonderem Maße bestehen kann.

Allerdings ist die Expertenkommission nicht überzeugt, dass das geltende Recht der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten tatsächlich Defizite aufweist. An validen empirischen Erkenntnissen über Fehlurteilsquoten fehlt es derzeit. Es trifft zwar zu, dass bei der Schaffung der Vorschriften über die Wiederaufnahme die Wahrscheinlichkeit, dass es zu einer fehlerhaften Sachverhaltsaufklärung und damit zu einer ungerechten Entscheidung kommen kann, bei nur einer Tatsacheninstanz als höher eingeschätzt wurde. Im Laufe der Zeit hat im Rahmen der revisionsgerichtlichen Überprüfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung die

Kontrolldichte jedoch erheblich zugenommen, so dass sich die Notwendigkeit einer Wiederaufnahme zugunsten des Angeklagten wieder relativiert.

Ausgehend vom Zweck der Wiederaufnahme, materiell fehlerhafte Urteile zu korrigieren, müssen zwei wesentliche Voraussetzungen gegeben sein. Zum einen ist vor dem Hintergrund der Durchbrechung der Rechtssicherheit genau zu prüfen, ob bestehende Zweifel an der materiellen Richtigkeit des Urteils im Erstverfahren auch begründet sind. Vor dem Durchlaufen eines Verfahrens zur Überprüfung der Erkenntnisse, aus denen sich die materielle Ungerechtigkeit des ersten Urteils ergeben soll, kommt das Verdikt „Fehlurteil“ nicht über die Behauptung seines Vorliegens hinaus. Auch deshalb enthält das geltende Recht mit dem abgestuften Verfahren hohe Anforderungen an die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeverfahrens. Zum anderen muss in den Fällen, in denen Zweifel an der Richtigkeit des ersten Urteils vorliegen, die Möglichkeit gegeben sein, dass in einem zweiten Verfahren bessere Erkenntnisse als im Erstverfahren gewonnen werden können. Bessere Bedingungen zur Aufklärung des wahren Sachverhalts als in dem zeitlich näher an der Tat liegenden Erstverfahren bestehen aber im Wiederaufnahmeverfahren typischerweise nicht. Jedenfalls soweit es zur Aufklärung des Sachverhalts der Erhebung von Personalbeweisen bedarf, reduzieren sich die Chancen für eine bessere Sachverhaltsaufklärung in einem zweiten weitaus späteren Verfahren erheblich.

Das geltende Wiederaufnahmerecht trägt dem Zweck, Fehlurteile zu beseitigen, hinreichend Rechnung. Anstelle einer Erweiterung des Wiederaufnahmeverfahrens empfiehlt es sich nach Ansicht der Expertenkommission vielmehr, etwa durch eine Ausweitung der audiovisuellen Dokumentationsmöglichkeiten weiter dafür Sorge zu tragen, dass der wahre Sachverhalt bereits im ersten Verfahren so gut wie möglich ermittelt wird.

Eine gesetzliche Regelung des Inhalts, dass die Staatsanwaltschaft das Wiederaufnahmebegehren des Verurteilten im Hinblick auf die Beweissammlung unterstützen soll, erscheint nach der Auffassung der Expertenkommission ebenfalls nicht erforderlich. Die Staatsanwaltschaft leistet schon heute in begründeten Fällen regelmäßig die erforderliche Ermittlungshilfe und hat ein eigenes Interesse daran, in aussichtsreichen Fällen Wiederaufnahmeverfahren zu initiieren. Die Expertenkommission spricht sich allerdings dafür aus, eine entsprechende Unterstützungspflicht der Staatsanwaltschaft in die RiStBV aufzunehmen.

## F. Strafvollstreckung

### 26. Zuständigkeitskonzentration bei der sogenannten großen Strafvollstreckungskammer

**Ist von der Strafvollstreckungskammer zugleich über die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung und über die Aussetzung einer zeitigen Freiheitsstrafe zu entscheiden, sollte die Strafvollstreckungskammer in der Besetzung mit drei Richtern für alle Verfahren zuständig sein.**

#### *Begründung*

Die Besetzung der Strafvollstreckungskammern regelt § 78b GVG. Danach entscheidet die Strafvollstreckungskammer in der Besetzung mit drei Richtern unter Einschluss des Vorsitzenden (sogenannte große Strafvollstreckungskammer) nach § 78b Absatz 1 Nummer 1 GVG in Verfahren über die Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung. In den sonstigen Fällen ist die Strafvollstreckungskammer mit einem Richter besetzt (§ 78b Absatz 1 Nummer 2 GVG, sogenannte kleine Strafvollstreckungskammer).

Nach diesen Vorgaben kommt es in den Fällen, in denen von der Strafvollstreckungskammer zugleich über die Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe oder die Aussetzung der Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung und über die Aussetzung einer zeitigen Freiheitsstrafe zu entscheiden ist, zu einer parallelen Befassung der großen Strafvollstreckungskammer und der kleinen Strafvollstreckungskammer. Die große Strafvollstreckungskammer hat nur über die Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe und gegebenenfalls einer daneben angeordneten Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder in einem psychiatrischen Krankenhaus zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung ist auch zu berücksichtigen, dass der Verurteilte gegebenenfalls noch durch gesondertes Urteil zu einer zeitigen Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Die eigentliche Entscheidung über die Aussetzung der zeitigen Freiheitsstrafe hat aber der Einzelrichter der kleinen Strafvollstreckungskammer zu treffen.

Um das Verfahren vor der Strafvollstreckungskammer in den dargestellten Fällen effizienter zu gestalten, empfiehlt die Expertenkommission, dass die große Strafvollstreckungskammer für alle Verfahren zuständig sein sollte, die zeitgleich zu entscheiden sind, und damit für die Entscheidung insgesamt, wenn diese Besetzung für nur eine der zu treffenden Entscheidungen vorgeschrieben ist.

Einen solchen Vorschlag hat bereits der Bundesrat zuletzt in seinem „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Effektivität des Strafverfahrens“ unterbreitet (BT-Drs. 17/2166). Der Vorschlag wurde damit begründet, dass die Zuständigkeitsaufspaltung zu einem erhöhten Aufwand für die Strafvollstreckungskammer führt: „Es sind weitere Akten anzulegen, dem Verurteilten ist regelmäßig in den gesondert geführten Verfahren wegen der Schwierigkeit der Rechtslage jeweils ein Pflichtverteidiger beizuordnen und der Verurteilte ist ein weiteres Mal anzuhören (§ 454 StPO). Eventuell ist auch ein weiteres Gutachten nach § 454 Absatz 2 StPO einzuholen. Schließlich ist ein zweiter Beschluss zu fassen, abzusetzen und zuzustellen.“ (aaO, S. 7). Die Expertenkommission teilt diese Bedenken.

Zudem kann bei der derzeitigen Zuständigkeitsspaltung nicht ausgeschlossen werden, dass voneinander abweichende Legalprognosen getroffen werden, beispielsweise die große Strafvollstreckungskammer eine positive Legalprognose trifft und die lebenslange Freiheitsstrafe zur Bewährung aussetzt, während die kleine Strafvollstreckungskammer die Aussetzung einer gesondert ausgeurteilten zeitigen Freiheitsstrafe zur Bewährung ablehnt. Denn in überbesetzten Spruchkörpern muss der zur Entscheidung berufene Einzelrichter nicht zwingend auch Mitglied der großen Strafvollstreckungskammer sein (vgl. auch hierzu aaO, S. 7).

## G. Jugendstrafverfahren

### 27. Jugendstrafverfahrensrecht; Anwendung der Empfehlungen der Expertenkommission auf das Jugendstrafverfahren

**Im Jugendstrafverfahrensrecht besteht derzeit kein nennenswerter Reformbedarf. Eine Reform des § 55 Absatz 1 JGG sollte aber geprüft werden.**

**Die Empfehlungen zum allgemeinen Strafverfahrensrecht betreffen nach § 2 Absatz 2 JGG generell auch das Jugendstrafverfahren. Hier sollte für jede einzelne Empfehlung geprüft werden, ob ihre Anwendung im JGG zu beschränken oder zu modifizieren ist.**

#### *Begründung*

Nach Auffassung der Expertenkommission drängt sich im Interesse eines effektiveren und praxistauglicheren Jugendstrafverfahrens derzeit kein nennenswerter gesetzgeberischer Reformbedarf im Bereich des Verfahrensrechts auf. Soweit hier Defizite auszumachen sind, betreffen diese vornehmlich die Umsetzung des geltenden Rechts in der Praxis, die sachliche und personelle Ausstattung sowie die Kooperation von Polizei, Jugendhilfe, Jugendstaatsanwaltschaft und Jugendgericht und die besondere fachliche Qualifikation der professionellen Akteure für den fachlich angemessenen und effektiven Umgang mit straffälligen jungen Menschen.

Reformbedürftig könnte nach Ansicht der Expertenkommission jedoch § 55 Absatz 1 JGG sein.

Nach Satz 1 dieser Vorschrift gilt, dass eine Entscheidung, in der lediglich Erziehungsmaßnahmen oder Zuchtmittel angeordnet oder die Auswahl und Anordnung von Erziehungsmaßnahmen dem Familiengericht überlassen sind, nicht wegen des Umfangs der Maßnahmen und nicht deshalb angefochten werden kann, weil andere oder weitere Erziehungsmaßnahmen oder Zuchtmittel hätten angeordnet werden sollen oder weil die Auswahl und Anordnung der Erziehungsmaßnahmen dem Familiengericht überlassen worden sind. Der von manchen Verteidigern gewählte Umweg, das gesamte Urteil anzufechten, um doch ein Rechtsmittel

einlegen zu können, wird von der obergerichtlichen Rechtsprechung zunehmend als Umgehung des § 55 Absatz 1 JGG nicht mehr akzeptiert. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Angeklagte ein von der Verteidigung unterstütztes, glaubhaftes Geständnis abgelegt hat. Dies bedeutet, dass in vielen Fällen im Jugendstrafrecht kein Rechtsmittel gegen Auswahl und Umfang der verhängten Maßnahme zur Verfügung steht. Letztlich kann durch die Regelung die Effizienz des Jugendstrafverfahrens sogar geschwächt werden, wenn aus taktischen Erwägungen, nämlich aus Sorge, sonst nicht erforderlichenfalls gegen die Sanktionsentscheidung angehen zu können, vermehrt auf geständige Einlassungen verzichtet wird.

Weitere fachliche Bedenken richten sich auch nach heutigem erzieherischem Verständnis gegen die Unanfechtbarkeit einer als ungerecht oder grob unangemessen empfundenen Sanktionierung. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Verhängung eines Jugendarrests (der als Zuchtmittel ebenfalls unter § 55 Absatz 1 JGG fällt) bis zu vier Wochen Freiheitsentzug bedeuten kann, begegnet diese Regelung außerdem grundlegenden rechtsstaatlichen Bedenken. Zudem ist sie mit den Vorgaben aus mehreren internationalen Übereinkommen wohl kaum in Einklang zu bringen. Nach Artikel 7.1 der Mindestgrundsätze für die Jugendgerichtsbarkeit der Vereinten Nationen aus dem Jahr 1985 („Beijing-Grundsätze“) haben Jugendliche „das Recht, die Entscheidung durch eine höhere Instanz nachprüfen zu lassen“. Gleiches ergibt sich aus Artikel 14 Absatz 5 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte sowie aus Artikel 40 Absatz 2 Buchstabe b Ziffer V des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes. Vor diesem Hintergrund sollte die Streichung oder Änderung des § 55 Absatz 1 JGG geprüft werden.

Für die unveränderte Beibehaltung der Norm werden demgegenüber Beschleunigungs-, Effektivitäts- und Praktikabilitätsaspekte genannt. Zudem sei zu beachten, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Rechtsprechung zur fehlenden Gebotenheit eines Instanzenzugs auch die Rechtsmittelbeschränkungen des § 55 Absatz 1 und 2 JGG – unter Heranziehung spezifisch jugendstrafrechtlicher Erwägungen – bisher verfassungsrechtlich nicht beanstandet habe (vgl. Beschlüsse vom 23.09.1987 – 2 BvR 814/87, NJW 1988, 477, und vom 06.07.2007 – 2 BvR 1824/06, BVerfGK 11, 383).

Vor dem Hintergrund dieses Für und Wider sollte die Streichung oder Änderung des § 55 Absatz 1 JGG geprüft werden.

Neben diesem speziellen Änderungsanliegen zum Jugendstrafverfahrensrecht betreffen alle von der Expertenkommission für das allgemeine Strafverfahrensrecht vorgelegten Empfehlungen wegen der Verweisung in § 2 Absatz 2 JGG generell auch das Jugendstrafverfahren, soweit im JGG nichts anderes bestimmt ist. Bei einer Umsetzung dieser jeweiligen Empfehlungen sollte stets geprüft werden, ob ihre Anwendung im JGG beschränkt oder modifiziert werden sollte.

Die Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens sind dabei insbesondere unter zwei Aspekten zu berücksichtigen.

Zum einen ist bei der Erweiterung von Mitwirkungsrechten im Ermittlungsverfahren und von kommunikativen Elementen in der Hauptverhandlung zu beachten, dass Beschuldigte in Jugendstrafsachen in aller Regel wenig kompetent und verhandlungsmächtig sind. In der großen Mehrheit der Jugendstrafverfahren sind junge Menschen Beschuldigte, die der Kommunikation im Strafverfahren nicht gewachsen sind, sondern insoweit des Schutzes und der Fürsorge bedürfen. Sie sind außerhalb des Anwendungsbereiches der notwendigen Verteidigung in aller Regel nicht verteidigt. Bei Verfahrensregelungen, die auf eine verstärkte aktive Beteiligung des Beschuldigten bei der Gestaltung des Strafverfahrens zielen, sollte daher für das Jugendstrafrecht geprüft werden, ob und gegebenenfalls wie diese Regelungen dort Anwendung finden können, ob sie beispielsweise mit einer Verteidigerbestellung einhergehen müssen.

Zum anderen bedarf die Frage der Ausweitung audiovisueller Aufzeichnungen von Beschuldigtenvernehmungen in Jugendstrafsachen der besonderen Prüfung hinsichtlich ihres möglicherweise belastenden und die Position des jungen Menschen schädigenden Charakters. Die Ausweitung audiovisueller Aufzeichnungen kann einen erheblichen Eingriff in die Rechte von Jugendlichen darstellen, die nicht immer - wie Erwachsene - in der Lage sind, bei aufgezeichneten Aussagen deren Wirkung auf spätere Rezipienten zu bedenken. Bei Jugendlichen besteht eher die Gefahr, dass sie sich durch unüberlegtes Verhalten schaden oder aber eingeschüchtert sind und deshalb zum Beispiel für sie „günstige“ Umstände ihrer persönlichen Umstände und Entwicklung nicht vortragen, die auch für eine angemessene und effiziente

Rechtsfolgeentscheidung wichtig sein können. Andererseits sind Jugendliche heutzutage offener und erfahrener im Hinblick auf audiovisuelle Aufzeichnungen als viele Erwachsene. Soweit Ziel der Ausweitung vor allem die Vermeidung aufwändiger Rekonstruktionen von Aussagen in Hauptverhandlungen ist, ist zu berücksichtigen, dass dies im Jugendstrafverfahren eher atypische Probleme sind. Im Hinblick auf den Aspekt von Erleichterungen des Beweistransfers in die Hauptverhandlung ist zusätzlich zu beachten, dass angesichts der zu Recht hohen Diversionsrate nur in rund einem Drittel aller Jugendstrafverfahren Hauptverhandlungen geführt werden. Komplizierte Beweisfragen sind dabei angesichts der hohen Geständnisbereitschaft in Jugendstrafverfahren die Ausnahme. Wenn in Jugendstrafverfahren eine Hauptverhandlung durchgeführt wird, wird auch der Verhandlung selbst ein erzieherischer Wert beigemessen, entsprechend ist ihre Gestaltung vorzunehmen. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit findet daher eine zusätzliche Begründung.

Zu der Frage der audiovisuellen Aufzeichnungen ist auch auf die in Brüssel laufenden Verhandlungen zum Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für verdächtige oder beschuldigte Kinder vom 27. November 2013 (COM (2013) 822 final) hinzuweisen. Auch hier sollen Vorgaben zur audiovisuellen Aufzeichnung von beschuldigten Minderjährigen gemacht werden. Deren endgültige Fassung sollte vor einschlägigen Überlegungen zu Änderungen im JGG abgewartet werden. Dies gilt aufgrund des umfassenden Charakters dieses Richtlinienvorschlags auch für andere ins Auge gefasste Änderungen im JGG.



