



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht *

zum Referentenentwurf des Bundes- ministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens

Stellungnahme Nr.: 35/2019

Berlin, im Oktober 2019

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt am Main
- RAin Dr. jur. Jenny Lederer, Essen
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin (Berichterstatter)
- RAin Gül Pinar, Hamburg (Berichterstatter)
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe (Berichterstatter)
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, Berlin

* Die Taskforce „Anwalt für Opferrechte“ des DAV hat an Nr. 6 und Nr. 9 mitgewirkt.

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages
- Vorsitzenden des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NSTZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit seinen über 63.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der Deutsche Anwaltverein tritt dem vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens in weiten Teilen entgegen.

- Notwendig sind **empirische Erkenntnisse** zu den erst kürzlich erfolgten Änderungen der StPO, ehe weiterer Reformbedarf festgestellt wird. Sie fehlen hier völlig.
- **Abzulehnen** sind die geplanten Eingriffe in das **Befangheitsrecht** (S. 6) und das **Beweisantragsrecht** (S. 13). Sie haben keinen Mehrwert für die Praxis und schaffen eher zusätzlichen Konfliktstoff für die Hauptverhandlung.
- Die Einführung eines isolierten Beschwerdeverfahrens im (praktisch bedeutungslosen) Recht der **Besetzungsrüge** ist im Grundsatz **akzeptabel**, bedarf aber einiger Änderungen im Verfahrensablauf (S. 8).
- Eine **Ausweitung der Unterbrechungsdauer** durch neue Hemmungsfristen und neue Hemmungstatbestände greift unverhältnismäßig in die Konzentrationsmaxime ein und ist **abzulehnen** (S. 18).
- Eine **Erweiterung der DNA-Analysemethoden** kommt nur für die **Altersbestimmung** in Betracht, nicht aber für sonstige Merkmale wie Haut-, Haar- und Augenfarbe (S. 16).
- Für eine **Ausweitung von Bild-Ton-Aufzeichnungen** von Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren und deren Transfer in die Hauptverhandlung besteht **kein Anlass** (S. 20).
- **Unverhältnismäßig** ist die Aufnahme des **Wohnungseinbruchsdiebstahls** in den Katalog des **§ 100 a Abs. 2 StPO** (S. 21).
- Das **Verbot der Gesichtsverhüllung** ist **überflüssig** (S. 22).

- Die vorgesehene **Bündelung der Nebenklage** kann nur begrüßt werden, wenn sie auf Ausnahmefälle beschränkt wird und wenn möglichen Interessenkonflikten hinreichend Rechnung getragen wird (S. 22).

Keine „Modernisierung“

Vor gerade einmal zwei Jahren trat das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens in Kraft (BGBl. I 2017, S. 3202).¹ Ihm vorangegangen war die Einberufung einer Expertenkommission im BMJV, die nach zweijähriger Beratung einen Empfehlungskatalog zusammengestellt hatte,² der aber nur unzureichend, insbesondere hinsichtlich solcher Vorschläge, die zur Stärkung der Beschuldigten- und Verteidigerrechte gedacht waren, Eingang in das Gesetz fand. Es wäre zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber prüft, ob und inwieweit sich die mit der Reform verbundenen Erwartungen in der Praxis verwirklichen. Stattdessen tritt in Umsetzung des im Mai verabschiedeten Eckpunktepapiers der Bundesregierung nun der Referentenentwurf (im Folgenden: Entwurf) auf den Plan mit dem wohlklingenden Ziel, das Strafverfahren „zu modernisieren“.

Der Titel täuscht. Es geht nicht um eine „Modernisierung“ des Strafverfahrens; es geht nicht darum, die Kommunikation im Verfahren zwischen den Akteuren zu verbessern und transparenter zu machen; es geht nicht darum, die Dokumentation des Ermittlungsverfahrens und der Hauptverhandlung auf ein Niveau zu bringen, das einer weithin digitalisierten Wirklichkeit gerecht wird. Es geht vorwiegend darum, den Verfahrensgang zu beschleunigen, indem Beschuldigten- und Verteidigerrechte weiter verkürzt und beschnitten werden. Das ist das Gegenteil von Modernisierung. Eine solche hat das Verfahrensrecht in der beschriebenen Richtung dringend nötig. Der Entwurf dagegen zeugt von einem **reaktionären Prozessverständnis**. Die noch offenen Empfehlungen der Expertenkommission (z. B. zur überfälligen Schaffung einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz von V-Personen) ignoriert er und greift stattdessen Ideen des sogenannten 2. Strafkammertags auf,³ die einseitig auf eine Beschneidung von der Verteidigungsrechten ausgerichtet sind und nicht die Balance der Kräfte im Strafverfahren im Auge haben. Die Ausübung von

¹ Dazu Singelstein/Derin NJW 2017, 2646.

² Ihr Bericht findet sich unter www.bmjb.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf?__blob=publicationFile&v=2

³ Dazu s. bereits DAV-Stellungnahme Nr. 52/2017; Norouzi AnwBl 2018, 290, 291.

verfassungsmäßig verbürgten Antragsrechten wird an zahlreichen Stellen im Entwurf unter den Generalverdacht der Prozesssabotage gestellt.⁴

Strafverfahrensrecht ist gelebtes Recht. Darum erstaunt es, dass sich der Entwurf auf ein diffuses Verständnis der forensischen Praxis stützt. Tragfähige empirische Ergebnisse finden sich an keiner Stelle. Wodurch Verfahren verzögert werden und warum die vorgesehenen Maßnahmen zu einer Beschleunigung des Verfahrens im Sinne der Wahrheitsfindung beitragen sollen, erfährt der interessierte Leser nicht. Der Gesetzgeber sollte aber zunächst auf empirischer Basis und anhand verlässlicher Rechtstatsachen über eine Reform des Strafverfahrens nachdenken und darf sich nicht von einem gefühlten Klima der Prozesssabotage leiten lassen.

Der Deutsche Anwaltverein fordert stattdessen den Gesetzgeber zu einer wirklichen Modernisierung des Strafverfahrens auf, die diesen Namen verdient, die das Strafverfahren von seinen – in der Rolle des Vorsitzenden kulminierenden – autoritären Strukturen befreit und mehr Kommunikation und Transparenz zwischen den Verfahrensbeteiligten ermöglicht: Der als „dysfunktional“ bezeichnete Gebrauch des Beweisantragsrechts hängt auch damit zusammen, dass es eines der wenigen Mittel sein kann, um im Rahmen der zwingenden Beschlussbescheidung etwas über die vorläufige Einschätzung des Gerichts über den Stand der Beweisaufnahme – was ist bereits erwiesen, was bedeutungslos? – zu erfahren. Er ist somit Folge des Transparenzdefizits im Verfahren. Das muss geändert werden. Auch ist kein Grund ersichtlich, warum im 21. Jahrhundert die Dokumentation der Hauptverhandlung noch auf dem Niveau des Inkrafttretens der StPO vor 140 Jahren ist. Das bedeutet: eine Protokollierung des Inhalts von Zeugen- und Sachverständigenaussagen findet in den erstinstanzlichen Verhandlungen vor Land- und Oberlandesgerichten – also dort, wo es um schwere Vorwürfe geht – nur in ganz seltenen Ausnahmefällen statt.⁵ Während polizeiliche Ermittlungsmethoden den Anspruch erheben, dem Stand von Wissenschaft und Technik zu entsprechen, verzichtet das deutsche Strafjustizsystem als fast einziges⁶ im Rechtsstaatsverbund der Europäischen Union auf eine objektive Dokumentation der Beweisaufnahme und vertraut stattdessen allein auf die fehleranfälligen Mitschriften der Berufsrichter als Beratungsgrundlage. So wird der

⁴ So wird etwa die beabsichtigte Abschaffung des nach geltendem Recht bestehenden Unterbrechungsantrags zum Zwecke der Prüfung der Gerichtsbesetzung allen Ernstes damit legitimiert, dass auf diese Weise eine Unterbrechung vermieden werde, „ohne dass der Ablehnungsberechtigte beabsichtigt, die Besetzung des Spruchkörpers tatsächlich zu prüfen“ (Entwurf S. 31). Mit diesem Argument lässt sich freilich die Abschaffung jedes Antragsrechts begründen.

⁵ Zur Kritik hieran vgl. nur aus richterlicher Sicht Bartel StV 2018, 678; Mosbacher StV 2018, 182; Schmitt NSTZ 2019, 1; aus anwaltlicher Sicht Norouzi, in: Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen Bd. 34 (2011), S. 215.

⁶ Zu den Defiziten der deutschen Rechtslage im europäischen Vergleich eindrücklich (und für den deutschen Gesetzgeber beschämend) s. von Galen, StraFo 2019, 309.

Inhalt der Beweisaufnahme jeder Kontrolle entzogen. Das ist ein Rechtsstaatsdefizit, das die Arbeit aller Verfahrensbeteiligten nachhaltig erschwert, in der Öffentlichkeit kaum vermittelbar ist und dem Ansehen der Strafjustiz schadet.

Zu den Vorschlägen im Einzelnen

1. Änderungen des Befangenheitsrechts

Bereits die geplanten Änderungen im Recht der Befangenheit zeugen von der soeben beschriebenen Schwäche des Entwurfs, frei von einer tragfähigen Tatsachenbasis gefühlte Problemstellen im Verfahren lösen zu wollen. Der Entwurf verweist auf angebliche „Erfahrungen aus der richterlichen Praxis“, ohne diese näher zu belegen. Der zitierte „Strafkammerbericht“⁷ (Entwurf S. 20) ist, ungeachtet methodischer Bedenken und seiner fehlenden Repräsentativität, kein Beleg für die These. Befangenheitsanträge kommen in der richterlichen Praxis vergleichsweise selten vor (so auch Ferber aaO. S. 89 ff.). Durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens wurden zudem bereits spürbare Eingriffe in das Ablehnungsverfahren vorgenommen. Sie müssen zunächst in der Praxis ausgetestet werden. Für weiterreichende Änderungen ist derzeit kein Bedarf erkennbar.

- a) Wenn der Entwurf Regelungsvorschläge unterbreitet, um den Umgang mit *missbräuchlich* gestellten Befangenheitsanträgen zu vereinfachen, so erklärt er nicht, warum die Regelungen gleichsam für *alle* Befangenheitsanträge gelten soll. Dies ergibt nur dann einen Sinn, wenn man in der Erfolgslosigkeit vieler Befangenheitsanträge auch zugleich eine missbräuchliche Antragsstellung vermutet. Es wäre ein schlimmes Zeichen für den Stand der Rechtspflege, wenn die Befangenheitsanträge überwiegend erfolgreich wären. Ein Gesetz, das jeden unbegründeten Antrag gleichsam als Akt der Verfahrenssabotage denunziert, stellt die Ausübung eines prozessualen Rechts, mit dem der verfassungsmäßig verbürgte Anspruch auf den gesetzlichen (unabhängigen) Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) geprüft werden soll, unter einen Generalverdacht. Aber daraus kann nicht die Schlussfolgerung abgeleitet werden, derjenige, der einen erfolglosen Befangenheitsantrag stellt, verfolge damit missbräuchliche Ziele. Dies zu den Prämissen des Änderungsvorschlags.

⁷ Ferber, Strafkammerbericht, 2017.

- b) In der Sache läuft er darauf hinaus, den durch § 29 Abs. 1 StPO aufgestellten Grundsatz auszuhöhlen, den abgelehnten Richter solange aus dem Verfahren zu nehmen, bis über das Gesuch entschieden worden ist, indem die Durchführung der Hauptverhandlung als unaufschiebbare Handlung qualifiziert werden soll (§ 29 Abs. 2 StPO-E). Damit wird das unterlaufen, was dem Gesetz vorschwebt, nämlich die Integrität des gerichtlichen Verfahrens zu wahren und den abgelehnten Richter, von wesentlichen Verfahrenshandlungen (etwa der Vernehmung von wichtigen Belastungszeugen) freizustellen, solange über das Gesuch nicht entschieden worden ist. So will das Gesetz „Druck aus dem Kessel nehmen“. Damit wird vermieden, dass der Richter, der über sich ein Ablehnungsverfahren weiß, in der Verhandlungsführung beeinträchtigt ist, weil er sich durch den Antragsteller misstrauisch beäugt wähnt. Auch wird so auch eine unbeeinflusste Entscheidung der Vertreterkammer ermöglicht. Sie kann das Befangenheitsgesuch isoliert betrachtet bewerten und muss sich nicht von einer unerschwelligten Folgebetrachtung beeinflussen lassen, weil nach Anbringung des Befangenheitsgesuchs der Verfahrensstoff weiter vorangebracht worden ist.⁸

Der Entwurf will indes der Integritätswahrung keinen hohen Stellenwert mehr einräumen, weil in der Praxis „ohnehin“ die meisten Befangenheitsanträge erfolglos seien (Entwurf S. 22). Die nunmehr vorgesehene Einführung einer Zweiwochenfrist (§ 29 Abs. 3 Satz 1 StPO–E) anstelle der Entscheidung bis zum übernächsten Hauptverhandlungstag bringt einen Systemwandel und schafft neue Streitpunkte. Dem Angeklagten, der die Besorgnis der Befangenheit gegen einen Richter hegt, wird zugemutet, für die Dauer von zwei Wochen – und das können bei einer dicht terminierten Haftsache ohne Weiteres sechs Termine oder mehr sein – die Beweisaufnahme weiter in den Händen dieses Richters zu sehen, der z.B. in der Befragung von Zeuginnen und Zeugen auf diese Einfluss nehmen kann. Hierdurch wird mehr Konfliktpotenzial geschaffen als durch die bestehende Regelung. Es wird dem erkennenden Gericht ermöglicht, den Beweisstoff möglicherweise entscheidend voranzubringen. Das nimmt indirekt Einfluss auf die faktische Entscheidungsfreiheit der Vertreterkammer. Die vermutete Erfolglosigkeit des Gesuchs ist eine sich selbst bestätigende Prophezeiung.

⁸ Dass hierüber zwischen den Richtern (auf dem Gerichtsflur oder in der Kantine) gesprochen wird und die Vertreterkammer so jeweils im Bilde über den Sachstand im betreffenden Verfahren ist, ist unvermeidbarer Gerichtsalltag.

Auch wird durch die Verlagerung der Entscheidung bis spätestens vor der Urteilsverkündung – und nicht wie bislang vor den Schlussanträgen – nur ein vermeintlicher Widerspruch gelöst (so aber Entwurf S. 23). Wenn nach bisheriger Rechtslage Befangenheitsanträge bis zum letzten Wort statthaft sind, aber vor den Schlussanträgen beschieden werden müssen, bedeutet dies nur, dass nach Stellung eines Befangenheitsantrags im letzten Wort die Schlussanträge zu wiederholen sind. In der Praxis ist damit keine größere Verzögerung verbunden, weil die Verfahrensbeteiligten auf ihre zuvor gestellten Schlussanträge verweisen können. Die geltende Rechtslage stellt aber sicher, dass an der Urteilsberatung kein Richter mitwirkt, gegen den ein Ablehnungsgesuch anhängig ist.

- c) Schließlich ist es paradox, wenn der Entwurf der Verteidigung implizit vorhält, „erhebliches Störpotenzial“ mit Unterbrechungsanträgen zur Prüfung eines Befangenheitsantrags zu schaffen (Entwurf S. 20), ohne klarzustellen, dass der Unterbrechungsantrag notwendige Folge des im Sinne der Beschleunigung geltenden Unverzögerlichkeitsgebots ist (§ 25 Abs. 2 StPO). Im Übrigen wird verkannt, dass es gängige Übung ist, dem Verteidiger nachzulassen, seinen Antrag zu einem späteren Zeitpunkt ohne Rechtsnachteile zu stellen, um eine Unterbrechung zu vermeiden. Wenn nun eine zweiwöchige Frist bis zur Entscheidung eingeführt werden soll, so ist kein Grund ersichtlich, am Unverzögerlichkeitsgebot festzuhalten, erst recht, wenn es nach Auffassung des Entwurfs „Störpotenzial“ birgt. Dann kann man dem Antragsteller auch die Möglichkeit geben, sich zunächst in Ruhe mit seinem Verteidiger zu beraten und das Gesuch am nächsten Hauptverhandlungstag zu stellen (einmal darüber schlafen kann nämlich auch beruhigen, vgl. § 6 Abs. 1 der Wehrbeschwerdeordnung). Auch darüber sollte der Gesetzgeber nachdenken, zumal davon ausgegangen werden kann, dass manches Ablehnungsgesuch nicht gestellt werden wird, das jetzt wegen des Unverzögerlichkeitsgebotes aus der Hitze der Auseinandersetzung geboren wird.

2. Änderungen im Recht der Besetzungsrüge

Die geplante Änderung, Besetzungsrügen nicht einer Prüfung im Revisionsverfahren, sondern in einem Vorabentscheidungsverfahren im Wege der Beschwerde durch die Oberlandesgerichte prüfen zu lassen, begegnet in mehrfacher Hinsicht Bedenken. Auch hier bleibt der Entwurf eine empirische Grundlage für den Reformbedarf schuldig. Die geplante Änderung birgt die Gefahr

einer Maßstabszersplitterung im Recht des gesetzlichen Richters. Sie verkürzt die Verteidigungsmöglichkeiten durch eine zu knappe und häufig überflüssige Befristung, bei der nicht sichergestellt ist, dass eine Zustellung der Besetzungsmitteilung auch an den Verteidiger ergehen muss. Im Einzelnen:

- a) Der praktische **Reformbedarf** ist **nicht erkennbar**. Der Entwurf dramatisiert das Bild eines „Damoklesschwert“, das fortwährend über einer Hauptverhandlung schwebt, wenn das Gericht einem Besetzungseinwand nicht abgeholfen habe (Entwurf S. 29). Der Gesetzgeber täte gut daran, sich nicht von einem falschen Szenario in die Irre leiten zu lassen. Das „Damoklesschwert“ hängt an keinem Rosshaar. Unter den 2017, 2018 und 2019 (bis heute) ergangenen Revisionsentscheidungen des Bundesgerichtshofs findet sich keine einzige (!), in der ein strafgerichtliches Urteil aufgrund einer rechtsfehlerhaft beschiedenen Besetzungsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO aufgehoben worden wäre. Das entspricht früheren empirischen Untersuchungen zur Relevanz der Besetzungsrüge.⁹ Tatsächlich fristet sie im forensischen Alltag ein Schattendasein. Die wenigstens Verteidiger erheben sie, und wo dies geschieht und der Besetzungsfehler schlüssig dargetan ist, helfen die Tatgerichte der Beanstandung auch fast immer ab. Das geltende Recht, das durch §§ 222a, 222b StPO die Prüfung der Gerichtsbesetzung an den Beginn der Hauptverhandlung stellt und durch strenge Begründungsanforderungen nicht ordnungsgemäß ausgeführte Besetzungsrügen präkludiert, ist ausreichend, um das Verfahrensgrundrecht auf den gesetzlichen Richter mit dem öffentlichen Interesse an einer ressourcensparenden Durchführung der Hauptverhandlung in Einklang zu bringen. Kurzum: Der Fall, in dem ein landgerichtliches Urteil nach einer längeren Hauptverhandlung in der Revision kassiert wird, „bloß“ weil ein schlichter Besetzungsfehler zu Beginn der Hauptverhandlung nicht durch das Tatgericht korrigiert wurde, kommt in der Praxis fast nie vor.

Im Übrigen würde auch ein von der Revision abgekoppeltes Beschwerdeverfahren nichts ändern an einem wegen des Besetzungsfehlers latent über dem Verfahren schwebenden Aufhebungsrisiko: Bei einer abschlägigen Entscheidung des Beschwerdegerichts wird der Antragsteller regelmäßig eine Verfassungsbeschwerde erheben, weil stets sein Verfahrensgrundrecht aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2

⁹ S. etwa Dölling/Feltes/Dittmann/Laue/Törnig (Hrsg.), Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten, 2000, S. 157, 288: in 2 % aller landgerichtlichen Verfahren.

GG betroffen ist. Da dies binnen Monatsfrist nach der Beschwerdeentscheidung zu geschehen hat (§ 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG), flankiert das außerordentliche Verfassungsbeschwerdeverfahren das instanzliche Strafverfahren. Sofern nicht im Wege einer einstweiligen Anordnung eine Aussetzung des Strafverfahrens bewirkt werden kann (was in Regel unwahrscheinlich ist), schwebt auch hier ein „Damoklesschwert“ über der Sache, weil das Bundesverfassungsgericht auch nach Abschluss der strafgerichtlichen Hauptverhandlung die Verfassungswidrigkeit der Besetzung feststellen und das Urteil aufheben kann.¹⁰

- b) Ob die **Dezentralisierung der Entscheidungszuständigkeit** über die Besetzungsbeschwerde auf 22¹¹ Oberlandesgerichte und den Bundesgerichtshof für eine beschleunigte Durchführung des Verfahrens sorgt (so Entwurf S. 30), ist **fragwürdig**. Sie birgt jedenfalls das Risiko einer Zersplitterung der Rechtsanwendung. Zwar sieht das Gesetz in § 121 Abs. 2 Nr. 4 GVG-E ein entsprechendes Vorlageverfahren zur Sicherung der Rechtseinheit vor. Dies betrifft aber nur die Maßstabsbildung. Bei der Maßstabs*durchsetzung* liegen Beurteilungsspielräume vor: Im Recht des gesetzlichen Richters gilt weithin eine Willkürkontrolle,¹² die dem Rechtsmittelgericht einzelfallbezogene Erwägungen ermöglicht.¹³ Der Gesetzgeber muss sich bewusst sein, dass dies wegen regionaler Unterschiede in der Spruchpraxis dazu führen kann, dass manche Oberlandesgerichte großzügiger, andere strenger bei der Besetzungsüberprüfung entscheiden werden.
- c) Die Einführung einer **einwöchigen Begründungsfrist** zur Anbringung einer Besetzungsrüge nach Mitteilung der Gerichtsbesetzung ist aus mehreren Gründen **abzulehnen**.

Sie kann zu einer **sinnlosen Mehrbelastung** führen, weil die erstmals mitgeteilte Besetzung, wie die Praxis lehrt, häufig nicht die endgültige Besetzung des Tatgerichts bleibt. Mal sind Schöffen verhindert und Hilfsschöffen müssen hinzugezogen werden (vgl. § 54 GVG), mal kommt es bei den Berufsrichtern wegen eines Kammerwechsels, einer Abordnung oder Eintritt in den gesetzlichen

¹⁰ So geschehen in BVerfG StraFo 2017, 64, nachdem der Bundesgerichtshof die Revision nach § 349 Abs. 2 StPO ohne weitere Begründung verworfen hatte.

¹¹ Es könnten faktisch 24 sein: Trotz der Konzentration dreier Oberlandesgerichtsbezirke in Bayern durch das wieder eingeführte Bayerische Oberste Landesgericht sind dort weiterhin die vormaligen Strafsenate in Nürnberg und Bamberg als auswärtige Strafsenate tätig.

¹² Zur Kritik s. Sowada, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002, S. 216 ff.

¹³ Treffend Möllers JZ 2009, 668, 671: „Kaum etwas dürfte sich in der Anwendung als so willkürlich erweisen wie eine Willkürgrenze“.

Mutterschutz zu Veränderungen. Dann wäre der unmittelbar nach der Besetzungsmitteilung erhobene Besetzungseinwand prozessual überholt. Die Besetzung müsste erneut geprüft, der Einwand erneut gestellt werden. Einem Pflichtverteidiger ist dieser unvergütete Mehraufwand kaum zumutbar. Das spricht dafür, es bei der bisherigen Regelung zu belassen.

- d) Die bislang vorgesehene **Einwochenfrist** ist **zu knapp** bemessen. Eine formgerechte Besetzungsrüge muss den strengen Zulässigkeitsanforderungen einer Verfahrensrüge in der Revision entsprechen (vgl. § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO). Ihre Begründung ist anspruchsvoll. Zudem liegen die für die Prüfung der Besetzung maßgeblichen Unterlagen dem Verteidiger nicht vor. Sie müssen regelmäßig vor Ort beim Tatgericht (im Präsidium und auf der Schöffengeschäftsstelle) eingesehen werden. Für auswärtige Verteidiger ist die Prüfung dann mit einem erhöhten Zeitaufwand verbunden. Darum müsste eine Frist mindestens zwei Wochen betragen.
- e) Wenn der Entwurf in diesen Zusammenhang die **förmliche Zustellung** der Besetzungsmitteilung vorsieht (§ 222b Abs. 1 Satz 1 StPO-E), so ist zwar das zwingend geboten, um den Fristenverlauf nachvollziehbar zu dokumentieren. Allerdings darf die Zustellung dann **nur an den Verteidiger** erfolgen. Der Entwurf verweist insoweit auf die allgemeine Vorschrift des § 145a Abs. 1 StPO (Entwurf S. 20). Das genügt nicht. Zwar gebietet Nr. 154 Abs. 1 Satz 1 RiStBV im Rechtsmittelverfahren eines Angeklagten die Zustellung an dessen Verteidiger. Das ist aber nur eine Empfehlung. Rechtlich bindend ist sie nicht.¹⁴ Gerade wenn sich der Angeklagte in Untersuchungshaft befindet, wäre es weiterhin möglich, die Zustellung nur an ihn zu bewirken, ohne dass sein Verteidiger rechtzeitig vom Beginn der Frist erfährt. Das muss zwingend gesetzlich ausgeschlossen werden.
- f) Eine wesentliche **Beschränkung der Verteidigung** bedeutet es, wenn bei einer fehlenden Besetzungsmitteilung nunmehr **kein Unterbrechungsantrag** mehr statthaft sein soll. Die Begründung des Gesetzes, dessen bedürfe es nicht, weil der Antragsteller ja bei einer fehlenden Besetzungsmitteilung von Gesetzes wegen nunmehr eine Woche Zeit habe, um die Besetzungsrüge zu erheben (Entwurf S. 31), verkennt Sinn und Zweck des Unterbrechungsanspruchs. Er soll sicherstellen, dass die zeitaufwendige Prüfung der Besetzung und Begründung der

¹⁴ S. nur Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, § 145a Rdn. 6 m. Nachw.

Besetzungsrüge ohne die Belastung der fortlaufenden Hauptverhandlung erfolgen kann. Der Wegfall des Unterbrechungsanspruchs führt dagegen zu einer Befassung mit der Besetzungsfrage unter erschwerten Arbeitsbedingungen.

Ärgerlich ist es, wenn der Entwurf diese Beschränkung bei der Ausübung verfahrensmäßiger Rechte mit der Erwägung legitimiert, sie „verhindert, dass die Hauptverhandlung auf Antrag zum Zwecke der Prüfung der Besetzungsrüge unterbrochen werden muss, ohne dass der Ablehnungsberechtigte beabsichtigt, die Besetzung des Spruchkörpers tatsächlich zu prüfen“ (Entwurf S. 31). Die hier offen ausgesprochene Unterstellung, Unterbrechungsanträge würden regelmäßig ohne Prüfabsicht und gleichsam rechtsmissbräuchlich gestellt, erhebt einen Generalverdacht gegen aktive Strafverteidigung. Falls der Entwurf seine Vermutung darauf stützt, dass häufig keine Besetzungsrügen nach einer beantragten Unterbrechung gestellt werden, bringt er etwas durcheinander: Eine Besetzungsrüge wird in diesen Fällen nicht erhoben, weil die geprüfte Besetzung nicht zu beanstanden ist. Darin liegt der Wert der Unterbrechung. Die Besetzung – und damit die Legitimität des Gerichts – kann in Ruhe geprüft werden und gegebenenfalls bestätigt werden. Mitnichten ist das Unterbleiben einer Besetzungsrüge ein Grund, auf den Unterbrechungsanspruch bei einer fehlenden oder unzureichenden Besetzungsmittteilung fortan zu verzichten.

- g) **Absurd** wirkt es vor dem Hintergrund der ansonsten propagierten Verfahrensbeschleunigung, wenn § 222b Abs. 3 Satz 2 StPO-E eine **Urteilsverkündung** in erster Instanz **untersagt** (!), solange das Beschwerdegericht nicht über den Besetzungseinwand entschieden hat. Der Entwurf nimmt so in Kauf, dass die Hauptverhandlung ausgesetzt oder (was in der Praxis wahrscheinlicher ist) durch „Schiebetermine“ künstlich verlängert wird, um eine Unterbrechung innerhalb der Frist des § 228 StPO zu gewährleisten. Im schlimmsten Fall wähnt sich der Angeklagte gar unter Druck, seinen Besetzungseinwand zurückzunehmen, um zu einer raschen Beendigung der ihn belastenden Hauptverhandlung zu gelangen. Ist aber eine Sache entscheidungsreif (z. B. weil zu Beginn eine förmliche Verständigung nach § 257c StPO erzielt werden konnte), so erübrigt sich auch der Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, Besetzungsfehler frühzeitig zu korrigieren, ehe die Hauptverhandlung ganz durchgeführt worden ist. Es spricht nichts dagegen, dann ein Urteil zu verkünden und die Besetzungsbeschwerde entweder isoliert fortzusetzen oder sie – was systematisch kohärent wäre – dann der Prüfung durch das Revisionsgericht zu überantworten. Die wäre ein Argument

für eine zentrale Entscheidungszuständigkeit des Bundesgerichtshofs, der ohnehin über die Revision entscheiden müsste.

3. Änderungen im Beweisantragsrecht

Die geplanten Änderungen im Beweisantragsrecht sind bestenfalls überflüssig, soweit sie lediglich eine kosmetische Nummerierung der Ablehnungstatbestände betreffen (§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nrn. 1 bis 4 StPO-E) oder nicht über eine Kodifizierung der Rechtsprechung hinausreichen (§ 244 Abs. 3 Satz 1 StPO-E); sie sind indes für die Funktion des Beweisantragsrechts schädlich, wenn sie einer vorschnellen Anwendung des Ablehnungsgrundes der Verschleppungsabsicht den Weg ebnet wollen.

- a) Eine gesetzliche **Definition** des Beweisantrags schadet nicht, bringt aber, weil der Begriff durch die Rechtsprechung verlässlich definiert worden ist, für die Praxis keinen nennenswerten Ertrag. Das sog. Konnexitätserfordernis hat nur dort seinen legitimen Platz, wo sich die Beweiseignung des Beweismittels für die behauptete Beweistatsache nicht von selbst versteht, somit die eigentliche Beweistatsache und das hinter ihr stehende Beweisziel nicht abgrenzbar sind und daher ansonsten eine sinnvolle Prüfung des Beweisantrags anhand des Ablehnungskatalogs dem Tatgericht verwehrt bliebe.¹⁵ Es kann aber nicht konstitutiv für einen Beweisantrag sein. Ansonsten würden unter einem (erweiterten) Konnexitätsbegriff die Anforderungen an einen Beweisantrag durch übertriebene Substantiierungspflichten künstlich in die Höhe getrieben werden. Die Statik des Beweisantragsrecht – unbedingter Beweiserhebungsanspruch, falls nicht ausnahmsweise ein Ablehnungstatbestand gegeben ist – geriete im Kern ins Wanken.
- b) Vor der im Gesetz angelegten Ausweitung des Ablehnungsgrundes der **Verschleppungsabsicht**, der in seiner gesetzlichen Definition gegenüber der Begriffsbestimmung der Rechtsprechung abgesenkt werden soll und keine förmliche Bescheidung des Beweisantrags mehr verlangt, weil dann nur noch ein Beweisbegehren bestehen soll, ist nachdrücklich zu warnen.

Dass der Ablehnungsgrund vergleichsweise selten zum Tragen kommt, ist richtig, liegt aber weniger an seinen angeblich für Tatrichter nicht leistbaren Begründungsanforderungen als an der diskreditierenden Wirkung seiner

¹⁵ So auch Becker, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. 2010, § 244 Rdn. 113 f.

Feststellung für den Antragssteller. Der „massive Vorwurf“,¹⁶ der in ihm zum Ausdruck kommt, muss zur Eskalation des Verfahrens beitragen und begründet materiellrechtlich den Verdacht einer (versuchten) Strafvereitelung nach § 258 StGB.¹⁷ Das erklärt verfahrenspsychologisch seine zurückhaltende Anwendung als tatrichterliche Klugheitsregel. Es ist aber eine Mär, dass der Ablehnungsgrund aufgrund der hohen Anforderungen, die die Rechtsprechung an ihn stellt, praktisch inoperabel wäre. Eher ist dies Scheu Ausdruck fehlender tatrichterlicher Sattelfestigkeit im Beweisantragsrecht. Richtig ist, dass die strenge Haltung der BGH-Rechtsprechung der 80er Jahre (von Schneider [ZRP 2019, 126, 128] unlängst als „geradezu hyperliberal“ denunziert) nicht mehr die Revisionspraxis beherrscht.¹⁸ Der im Entwurf angedachte Wegfall einer wesentlichen Verfahrensverzögerung klingt bereits in der jüngeren Rechtsprechung an (s. BGHSt 51, 333, 344; 52, 355, 360). Und das vormals durch den 1. Strafsenat in diesen Entscheidungen im Rahmen der Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden entwickelte Fristenregime (zur Kritik statt vieler Fezer HRRS 2009, 17) war nicht weniger als eine Einladung an die Tatgerichte, von dem Ablehnungstatbestand bei aus ihrer Sicht „zu späten“ Beweisanträgen stärker als bislang Gebrauch zu machen. Der Gesetzgeber täte insoweit gut daran, der Steuerungskraft der Revisionsrechtsprechung zu vertrauen. Es gibt keinen Grund, tatrichterliche Unfähigkeit zu prämiieren.

Der Entwurf berücksichtigt nicht, warum die Rechtsprechung der vorschnellen Annahme von Verschleppungsabsicht Hürden setzt. Beweisanträge stören die gerichtliche Herrschaft über das Verfahren. Das liegt in ihrer Natur, und das ist ihr legitimer und durch das Grundgesetz geschützter Zweck.¹⁹ Sie sind das einzige Instrument, das der im Strafverfahren um seine Existenz kämpfende Beschuldigte als Verfahrenssubjekt hat, um auf den Gang der Beweisaufnahme sachlich auch dann Einfluss zu nehmen, wenn das Gericht sie bereits für abgeschlossen hält²⁰ – einer Beweisaufnahme überdies, die durch die Aktenlage und damit durch das polizeilich dominierte Ermittlungsverfahren vorgeprägt ist. Nur im Beweisantrag wird die so bedingte strukturelle Verfolgungslastigkeit der Beweiserhebung

¹⁶ So Becker aaO. Rdn. 267, der vor einem „leithändigen Umgang“ warnt.

¹⁷ So ausdrücklich Schneider, in: FS-Geppert, 2011, S. 607, 617 ff.; vgl. auch Fischer, 66. Aufl. 2019, § 258 Rdn. 18a.

¹⁸ Schon vor neun Jahren stellte Becker (aaO. Rdn. 266), einer der sachkundigsten Kenner des Beweisantragsrechts und bis vor kurzem Vorsitzender des 3. Strafsenats am Bundesgerichtshof, fest: „Der restriktive Kurs ist zwischenzeitlich jedoch verlassen worden. Es wird eine deutliche Tendenz erkennbar, der Annahme von Verschleppungsabsicht mehr Raum zuzugestehen und sie auch in Fällen rechtsmissbräuchlicher Beweisantragstellung zu bejahen, die von dem früheren engeren Verständnis der Vorschrift nicht erfasst worden waren.“

¹⁹ Dazu s. BVerfGE 57, 250, 274 ff.; BVerfGK 16, 253; Trüg/Habetha, in: Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl. 2016, § 244 Rdn. 4 ff.

²⁰ BVerfG NJW 2001, 2445, 2446: „Anspruch auf materielle Beweisteilhabe“.

durchbrochen. Das dabei geltende Beweisantizipationsverbot – „Herzstück“²¹ des Beweisanspruchsrechts – untersagt es dem Gericht, Beweismittel oder Beweistatsachen vorab zu würdigen. Es wird nur in gewissen Grenzen im Rahmen der Ablehnungstatbestände relativiert. Aus Sicht des Gerichts stellt daher jeder Beweisanspruch zunächst eine unnötige Störung der eigenen Prozessgestaltungsmacht dar. So ist die Versuchung menschlich erklärlich, Beweisansprüche, die als lästig oder überflüssig empfunden werden, wegen Verschleppungsabsicht abzulehnen. Genau diesem „Missbrauch des Missbrauchstatbestands“ hat die Rechtsprechung rechtsstaatliche Grenzen gesetzt, auch deshalb, weil das Beweisantizipationsverbot bei Annahme von Verschleppungsabsicht nicht gilt. Dieser Ablehnungsgrund bleibt die „nukleare Lösung“ für extreme Fälle.

Gleichwohl möchte ihn der Entwurf nunmehr salonfähig für den tatgerichtlichen Alltag machen – zu Unrecht. Das geltende Recht gibt dem prozessual geschulten Tatrichter genügend Möglichkeiten an die Hand, um einem dysfunktionalen Gebrauch des Beweisanspruchsrechts entgegen zu wirken: Beweisansprüche auf eine zeitaufwendige Vernehmung von Auslandszeugen sind etwa durch § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO weitgehend entwertet. Auch ist unbestritten, dass eine Vielzahl von Beweisansprüchen mit den geltenden Ablehnungsgründen abgelehnt werden können, wenn sie keinen Sachertrag versprechen, insbesondere „tatsächlich bedeutungslos“ sind. Um „geysirsartigen“²² Beweisansprüchen, die am Ende der Hauptverhandlung stoßweise vorgebracht werden, begegnen zu können, meinte der Gesetzgeber vor zwei Jahren in § 244 Abs. 6 Satz 2 bis 4 StPO ein Fristensystem verankern zu müssen, das über die bis dahin von der Rechtsprechung eingeführte Fristenlösung spürbar hinaus reichte.²³ Damit ist er sehr weit gegangen. Das muss genügen, und das genügt auch, wie erste Erfahrung aus der Praxis zu belegen scheinen, um einem Missbrauch des Beweisanspruchsrechts begegnen zu können.²⁴ Höchststrichterliche Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum neuen Gesetz stehen zudem noch aus, obgleich sich mannigfaltige Rechtsfragen stellen.²⁵ Warum kann der Gesetzgeber in diesem sensiblen Bereich nicht einfach einmal abwarten, welche Resultate seine Änderungen des Verfahrensrechts zeitigen?

²¹ So Hamm/Pauly, Beweisanspruchsrecht, 3. Aufl. 2019, Rdn. 247.

²² Begriffsschöpfung von Schneider ZRP 2019, 126, 127.

²³ Zur Kritik an der Neuregelung s. nur Güntge, in: Alsberg, Der Beweisanspruch im Strafprozess, 7. Aufl. 2019, Rdn. 1467 ff.

²⁴ So auch Schneider ZRP 2019, 126, 127: „[N]ach Auskunft zahlreicher Richter aus den Tatsacheninstanzen [ist] zu konstatieren, dass sich die Verfahrensbeteiligten in einschlägigen Fällen an die Fristsetzung des Vorsitzenden nach § 244 VI 2 StPO halten und ihre Beweisansprüche rechtzeitig stellen.“

²⁵ S. dazu einerseits Krehl, in: FS Fischer, 2018, S. 705; Schlothauer, ebendort, S. 819; andererseits Mosbacher NSTZ 2018, 9; Schneider NSTZ 2019, 489.

- c) Dem Grundverständnis vom Wert des Beweisantrags und Ausnahmevorschrift eines Missbrauchstatbestands trägt der Entwurf nicht Rechnung. Unklar bleibt, welchen Mehrwert er sich davon entspricht, Beweisanträge, die nach Auffassung des Vorsitzenden in Verschleppungsabsicht gestellt worden sind, die Antragsqualität abzusprechen und vom Erfordernis einer Beschlussbescheidung freizustellen (§ 244 Abs. 6 Satz 2 StPO-E).²⁶ Für den Antragsteller ist so zunächst nicht erkennbar, ob das Gericht seinem Antrag nachkommt oder ihn ablehnt (schon heute pflegen Tatrichter die wenig sachdienliche Unsitte, Beweisanträge zu sammeln und erst zu einem späten Zeitpunkt gleichsam „geysirartig“ zu bescheiden). Offen bleibt, was damit gemeint ist, wenn nach der Entwurfsbegründung der Vorsitzende das Vorliegen von Verschleppungsabsicht „in freier Würdigung prüfen“ soll (Entwurf S. 35). Gerade weil Verschleppungsabsicht einen schwerwiegenden Vorwurf einschließt, muss ihre Annahme einer vollen revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegen.

4. Zur Erweiterung der DNA-Analyse

Der Entwurf schlägt weiter vor, Spurenmaterial von unbekanntem Spurenlegern auch auf die Augen- Haar- und Hautfarbe zu untersuchen sowie auf das biologische Alter. Gegen die **Altersbestimmung** bestehen **keine Bedenken**. Dabei wird nicht das DNA-Molekül untersucht, sondern Anlagerungen an ihm. Eine wie auch immer geartete Untersuchung des Erbguts ist damit nicht verbunden. Die Ausdehnung der Untersuchung auf **Augen-, Haar- und Hautfarbe** muss aber **unterbleiben**.

- a) Die Voraussetzungen, an die eine DNA-Analyse im Strafverfahren geknüpft ist, beruhen wesentlich auf der Befürchtung, am Ende der molekulargenetischen Untersuchung könne der „gläserne Mensch“ stehen, dessen äußere und innere Merkmale mit der DNA-Analyse festgestellt werden könnten. Diesen Befürchtungen haben bisher alle Gesetzgebungsverfahren Rechnung getragen (vgl. die Nachweise in BT-Drs. 15/7674). Sie haben sich dabei an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (grundlegend BVerfGE 65, 1) orientiert und daran, dass mit der Feststellung und Speicherung dieses DNA-Identifizierungsmusters ein Eingriff in dieses Grundrecht verbunden ist (BVerfGE 103, 21, 33).

²⁶ So bereits Wehowsky NSTZ 2019, 59, 64.

Sitz der Materie ist das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Es gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Die Garantie darf nur im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden. Dies muss durch ein Gesetz geschehen, und die Einschränkung darf nicht weitergehen, als es zum Schutz des öffentlichen Interesses unerlässlich ist.

- b) Die äußeren Merkmale, auf die sich die Untersuchung erstrecken soll, sind ohne weiteres und für jeden sichtbar, weshalb man das Vorhaben für unproblematisch halten könnte. Indessen liegt das Problem bei dem Material und im Weg, auf dem die Information gewonnen wird – eben nicht durch bloßes Hinsehen. Die Untersuchung codierender Bereiche des DNA-Moleküls auf bestimmte Merkmale des Erscheinungsbildes eines Menschen wäre ein Tabubruch. Bisher sind die Anforderungen an die verfassungsrechtlichen Vorgaben besonders dadurch erfüllt worden, dass sich die Untersuchungen auf nicht codierende Abschnitte beschränkt haben. Man weiß zwar heute, dass sich auch aus nicht codierenden Abschnitten Informationen auslesen lassen (etwa Krankheiten), aber es sind die codierenden Abschnitte, über die der Weg zum „gläsernen Menschen“ führt. Wenn der Tabubruch verhältnismäßig (= erforderlich) und damit rechtlich zulässig sein soll, muss ihm ein gewichtiger Ertrag für die Ermittlungsarbeit gegenüberstehen. Davon kann indessen keine Rede sein: Es gibt praktisch gar keinen Ertrag.

Für die Extreme Blau und Braun sollen zwar Vorhersagen der Augenfarbe mit einer Genauigkeit von mehr als 90% möglich sein, bei Mischfarben (z.B. mittelbraune Haare, leicht dunklerer Teint, grüne Augen usw.) dagegen nicht. Bei der Haarfarbe soll die Trefferquote noch niedriger liegen und gravierende Fehler aufweisen (z.B. Vorhersage blond statt braun). Auch können Ergebnisse in die Irre führen, wenn Täter ihre Haare gefärbt haben. Der Kreis der potentiell Verdächtigen wird überhaupt nicht verkleinert, wenn der Spurenleger helle und gemischte Pigmentierungen aufweist, also der Bevölkerungsmehrheit angehört. Die Ermittlungsmethode wird fast nur in den Fällen einen Fortschritt bringen, in denen die untersuchte Spur auf eine Minderheit hinweist. Aber selbst das hätte in den beiden Freiburger Mordfällen nicht weitergeführt, die den Anstoß zur gesetzgeberischen Initiative gegeben haben. Mehr noch: Es ist überhaupt kein Fall bekannt, auch nicht aus dem Ausland, in dem die Analyse von Haar-, Haut-

und Augenfarbe die Ermittlungen vorgebracht hat oder hätte voranbringen können.

Im Ergebnis stehen sich deshalb ein juristischer Dambruch – Zugriff auf codierende Sequenzen des Erbmaterials – und bestenfalls zweifelhafte Ermittlungsansätze gegenüber. Dass dies die Verhältnismäßigkeit nicht wahrt, liegt auf der Hand. An anderer Stelle sind sogar Rückschritte zu befürchten. DNA-Reihenuntersuchungen finden auf freiwilliger Grundlage statt. Voraussetzungen sind die umfassende Belehrung und die schriftliche Einwilligung. Zur umfassenden Belehrung gehört inzwischen auch, dass das Ermittlungsergebnis gegen nahe Verwandte verwendet werden darf (§ 81h Abs. 4 Nr. 3 StPO). Phänotypische Minderheiten könnten sich veranlasst sehen, die Teilnahme an Reihenuntersuchungen grundsätzlich abzulehnen.

5. Ausweitung der Unterbrechungsfristen

Der Deutsche Anwaltverein begrüßt ausdrücklich Maßnahmen, die der besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf dienen – aber nicht auf dem Rücken des Beschuldigten und auf Kosten der Qualität der Beweisaufnahme. Eine **Verlängerung der Unterbrechungsfristen** durch Verlängerung der Hemmungsfrist auf zwei Monate und Hinzufügung weiterer Hemmungstatbestände bei Mutterschutz und Elternzeit (in § 229 Abs. 3 Satz 1 StPO-E) ist **abzulehnen**.²⁷ Würde der Gesetzgeber endlich die Hauptverhandlung audiovisuell dokumentieren, so könnte man darüber nachdenken, ob nicht vielmehr ein Wechsel auf der Richterbank zweckmäßig wäre.

- a) Wer bereits einmal an einer länger andauernden Hauptverhandlung teilgenommen hat, weiß, dass die Erinnerung schnell verblasst und selbst die eigene Mitschrift nach einer gewissen Zeit nichtssagend wird, da die Erinnerung an das Primärgeschehen in der Beweisaufnahme nachlässt. Nur das in der Hauptverhandlung mündlich Erörterte darf indes Grundlage des Urteils sein (§ 261 StPO). Die Einhaltung des Grundsatzes der Mündlichkeit erfordert Zeit. Dass eine länger dauernde Hauptverhandlung nicht ohne Unterbrechung durchgeführt werden kann, liegt auf der Hand. Unterbrechungen dienen dem Regenerationsinteresse der

²⁷ Es kann an dieser Stelle offenbleiben, ob stattdessen ein Richterwechsel bei einer audiovisuell dokumentierten Hauptverhandlung mehr Chancen als Risiken brächte (vgl. dazu Wehowsky StV 2018, 685). Der Entwurf (S. 33) meint jedenfalls, dass eine Dokumentation der Hauptverhandlung längere Unterbrechungsfristen legitimieren könnte. Das ist zweifelhaft.

Beteiligten, aber z. B. auch der Herbeischaffung von Beweismitteln, wenn sich neue Tatsachen erst in der Hauptverhandlung ergeben. Bei jeder Unterbrechung werden der Untermittelbarkeitsgrundsatz, das Beschleunigungsgebot und die Konzentrationsmaxime beschränkt.

Die Reduzierung der Unterbrechungsfrist dient dazu, das Wissen der Richter aus der eigenen Erinnerung zu bewahren. Ursprünglich sah die RStPO eine maximale Unterbrechungsmöglichkeit von drei Tagen vor. Später wurde sie auf „bis zu zehn Tage“ ausgedehnt²⁸. Sie ist durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I, S. 2198) geändert und auf drei Wochen verlängert worden (§ 229 Abs. 1 StPO). Gesetzgeberische Intention war es, zeit- und kostenintensive „Schiebetermine“ zu vermeiden und den Belangen der Praxis durch die flexiblere Gestaltung der Verhandlungstage besser Rechnung zu tragen. Es gibt keine Evaluation, ob dieses Ziel erreicht werden konnte. Die forensische Erfahrung deutet das Gegenteil an. Trotz der dreiwöchigen Frist, nimmt die Zahl kurzer „Schiebetermine“ wegen der großzügigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs²⁹ bei längerdauernden Hauptverhandlungen eher zu als ab. Ebenso wenig hat die Vorstellung des Gesetzgebers, die Dreiwochenfrist solle nur im Ausnahmefall in Anspruch genommen werden (BT-Drs. 15/1508, 25), im Gesetz Ausdruck gefunden. Das führt bereits jetzt in der Praxis zu einer längeren Verfahrensdauer und zu Regelmäßigkeit der Ausnahme. Damit werden der lebendige Eindruck und die Erinnerung an das Prozessgeschehen durch die erweiterten Unterbrechungsmöglichkeiten erheblich abgeschwächt.

- b) Wenn nunmehr mehrfach bis zu über drei Monate unterbrochen werden darf, wird der unmittelbare Eindruck von der Hauptverhandlung für die Entscheidung nicht mehr abrufbar sein. Das ist nicht hinnehmbar, weil sie auch aufgrund der genannten Zielrichtung des Entwurfes nicht alternativlos ist. Eine audiovisuelle Aufzeichnung der Verhandlung könnte unter Einhaltung des unmittelbaren Eindrucks sogar ermöglichen, dass Personen aus dem erkennenden Spruchkörper ausgetauscht werden könnten.

Noch gewichtiger ist die Problematik aufgrund der erhöhten Anforderungen, die an die Einhaltung des Beschleunigungsgrundsatzes in Haftsachen gestellt werden. Dazu sieht der Entwurf nichts vor. Wie soll einem Inhaftierten erklärt werden, dass

²⁸ In der NS-Zeit konnte bis zu 30 Tage unterbrochen werden (vgl. näher zur Entwicklung Becker aaO. vor § 229 Rdn. 1).
²⁹ BGH NJW 2006, 3077; BGH NSTZ 2009, 225; für strengere Maßstäbe dagegen Knauer/Wolf NJW 2004, 2932, 2934.

seine Freiheit weniger Wert ist, als die Familienplanung anderer? Aus welchen Gründen gerade in diesen Fällen auch *freiwillige* Elternzeit ein legitimer Hemmungstatbestand sein soll, ist nicht ersichtlich. Vor dem Hintergrund, dass bei einem fünf- bzw. vierköpfigen Spruchkörper, wie einer Großen Strafkammer am Landgericht, damit die Hemmungstatbestände mehrfach in einer Hauptverhandlung ausgelöst werden könnten, führt die Neuregelung zu einer grotesken Verlängerung der Hauptverhandlung, unter der die Konzentrationsmaxime leidet. In Anbetracht des ansonsten propagierten Beschleunigungsmantras ist das ein sonderbares Ergebnis.

- c) Es darf auch nicht verkannt werden, dass der Vorschlag das Gegenteil dessen erreichen kann, was er bezweckt. Mutterschutzregelungen betreffen in der Praxis die jüngeren Beisitzerinnen in den Kammern. Auf sie kann dank der geplanten Änderung bei lang andauernden Verfahren faktischer Druck ausgeübt werden, die Berufsausübung nur kurzfristig, nämlich allein für zwei Monate zu unterbrechen. Sie werden dann nur die Zeit des nachgeburtlichen Mutterschutzes, bei dem ein absolutes Beschäftigungsverbot besteht, in Anspruch nehmen, und auf den vorgeburtlichen Mutterschutz verzichten, der nur ein relatives, nämlich vom Willen der werdenden Mutter abhängiges, Beschäftigungsverbot vorsieht. Die freie Entscheidung, wie lange vor und vor allem nach der Geburt eines Kindes das Richteramt ruhen soll, wird gefährdet, weil sich die Betroffene unter dem klandestinen Erwartungsdruck „kollegialen“ Verhaltens sehen kann. Gerade bei jungen Richterinnen, die für ein Vorankommen in ihrer Karriere auf Bewertungen der Vorsitzenden ihres Spruchkörpers angewiesen sind, kann die nachteilige Folge, die dies hat, nicht unterschätzt werden.

6. Ausweitung von Bild-Ton-Aufzeichnungen von Zeugenvernehmungen

Der Entwurf möchte die bislang auf jugendliche Zeugen und Zeugen, die als Kinder oder Jugendliche Opfer von Sexualdelikten oder bestimmten Gewaltdelikten geworden sind, nunmehr auf alle Zeugen ausweiten, die durch ein Sexualdelikt verletzt worden sind, wenn sie der Aufnahme zustimmen.

Die Änderung ist im Grundsatz abzulehnen. Es geht hier nicht um eine bessere Dokumentation des Ermittlungsverfahrens, sondern allein darum, einen Beweistransfer der so konservierten Zeugenvernehmung in der Hauptverhandlung nach § 255 Abs. 2 Satz 1 StPO sicherzustellen. Der Unmittelbarkeits- und

Mündlichkeitsgrundsatz wird weiter ausgehöhlt. Es sichert nicht die Verteidigungsrechte des Beschuldigten, dass es sich insoweit bei der Vernehmung um eine richterliche handeln muss, bei der zumindest sein Verteidiger ein Anwesenheitsrecht hat (vgl. § 168c Abs. 2 und 3 StPO). Eine mit der Hauptverhandlung vergleichbare Verteidigung und Konfrontation des Zeugen ist nämlich zum Zeitpunkt der Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren noch nicht sichergestellt. Die Erkenntnisse, die der Verteidigung zu diesem Zeitpunkt vorliegen, sind rudimentär; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für eine Einführung nach § 255a StPO unerheblich, dass die Verteidigung zum Zeitpunkt der Vernehmung noch keine vollständige Akteneinsicht hatte (BGHSt 48, 268). Eine wirksame Zeugenbefragung wird so nicht sichergestellt.

Auch überzeugt es nicht, den Katalog der möglichen Straftaten auf sämtliche Sexualdelikte auszuweiten – darunter fällt etwa auch die sexuelle Belästigung (§ 184i StGB) oder Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB) die beide lediglich mit einer Höchststrafe von zwei Jahren bedroht sind und Auffangcharakter haben. Zu kritisieren ist auch, dass die Aufnahme der Zeugenvernehmung vom Einverständnis und der Transfer in der Hauptverhandlung vom unterbliebenen Widerspruch des Zeugen abhängen sollen. Eine derartige Dispositionsbefugnis über die Qualität der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung – nichts anderes will der Unmittelbarkeitsgrundsatz sicherstellen – ist der Strafprozessordnung fremd. Bedenklich ist, wenn der Entwurf insoweit besondere Belehrungen des Zeugen durch den Richter empfiehlt, so dass der Zeuge nach seiner ersten Vernehmung entscheiden kann, ob er die Möglichkeit eines weiteren Verzichts auf ihn in der Hauptverhandlung herstellt. Diese gesetzgeberische Empfehlung findet aber im Gesetz keinen Ausdruck (Entwurf S. 25).

7. Telefonüberwachung bei Wohnungseinbruchsdiebstahl

Der Entwurf bleibt eine überzeugende Erklärung dafür schuldig, warum der (einfache) Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 Abs. 4 StGB) nunmehr eine schwere Straftat i. S. v. § 100a StPO darstellen und damit Gegenstand von Telefonüberwachungsmaßnahmen sein soll. Die kriminalpolitisch zweifelhafte³⁰ Hochstufung zum Verbrechenstatbestand im Jahre 2017 bietet keine tragfähige Erklärung. § 100a StPO knüpft die materielle Anordnungsvoraussetzung bewusst

³⁰ Zur Kritik DAV-Stellungnahme Nr. 40/2017.

nicht an den Verbrechensbegriff des StGB, sondern normiert einen Straftatenkatalog. Der im Entwurf (auf S. 28) erwähnte drastische Rückgang in der polizeilichen Kriminalstatistik zeugt jedenfalls nicht davon, dass die Ermittlungsbehörden hier auf erweiterte Eingriffsbefugnisse angewiesen wären. Die Entwurfsbegründung, die darauf vertraut, dass der Ermittlungsrichter bei der Einzelfallprüfung die Maßnahme nur bei schwerwiegenden Taten und als letztes Mittel anordnen würde, verkennt die Praxis. Serienmäßige Begehungen, die der Entwurf in den Blick nimmt (Entwurf S. 29), können schwere Straftaten sein, wenn sie der organisierten Kriminalität zugerechnet werden können, und sind dann bereits jetzt durch § 100a Abs. 2 Nr. 1 j) StPO erfasst.

8. Verbot der Gesichtsverhüllung

Als gesetzgeberischer Aktionismus erscheint das im Entwurf vorgesehene Verbot der ganz- oder teilweisen Gesichtsverhüllung (§ 176 Abs. 2 GVG-E). Bereits nach geltendem Recht kann der Vorsitzende im Rahmen der ihm anvertrauten Sitzungspolizei, die sich auf sämtliche Verfahrensbeteiligte bezieht, derartiges untersagen. Soweit § 68 Abs. 3 StPO-E eine Gesichtsverhüllung ausnahmsweise zum Zwecke des Zeugenschutzes gestattet, versteht es sich von selbst, dass diese Abschirmung dann gegenüber allen Verfahrensbeteiligten in dem Gericht gilt und nicht nur gegenüber dem Angeklagten und dem Verteidiger. Es wäre mit der Waffengleichheit im Verfahren nicht zu vereinbaren, wenn das nonverbale Aussageverhalten nur einen Teil der Verfahrensbeteiligten in dem Gericht erkennbar wäre.

9. Bündelung der Nebenklage

Grundsätzlich ist es zu begrüßen, dass der Entwurf auf die Probleme eingeht, die die bei einer hohen Zahl von Nebenklageberechtigten und Nebenklagevertretern entstehen können. Zu den Kritikpunkten³¹ gehört, dass die „Waffengleichheit“ zwischen Verteidigung auf der einen Seite und Staatsanwaltschaft und Nebenklage nicht mehr gewährleistet ist, die hohe Zahl an Nebenklageberechtigten das Strafverfahren verzögern kann und die Prozesskosten, die ein Verurteilter tragen muss (§ 472 StPO), durch die Beteiligung vieler

³¹ Barton StraFo 2011, 161, 161; Pues StV 2014, 304, 305; Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens (o. Fußn. 2), 2015, S. 146 f.

Nebenklagevertreter vervielfacht werden und seiner Resozialisierung entgegen stehen können. Ob aber ausgerechnet das sog. NSU-Verfahren am Oberlandesgericht München, das in jeder Hinsicht einzigartig ist, als Beispiel für gesetzgeberischen Reformbedarf taugt, darf bezweifelt werden. Andererseits bringt die Bündelung der Nebenklage die anwaltlichen Vertreter in eine nicht zu überschauende Gefahr möglicher Interessenskollisionen. Zudem werden durch eine Bündelung der Nebenklage die Rechte der Geschädigten empfindlich beschnitten. Denn eine wirksame und nachhaltige Vertretung von Geschädigten ist grundsätzlich nur bei einer individuellen Anwaltswahl sichergestellt. Eine Bündelung kann daher nur eine Ausnahme sein und ein entsprechender Ausnahmecharakter müsste auch in der Vorschrift selbst ihren Niederschlag finden. Im Einzelnen:

- a) Der Ansatz der Bündelung der Nebenklage ist nicht neu.³² Die höchstrichterlich entschiedenen Fälle, in denen die Bündelung angeordnet wurde, haben hierfür im Wesentlichen die bereits benannten Gründe aufgeführt. Bei der Statthaftigkeit einer Bündelung muss gewiss zwischen den durch die Tat Verletzten als Nebenkläger (§ 395 Abs. 1 und 3 StPO) und den Angehörigen des durch die Tat Verletzten (§ 395 Abs. 2 StPO) unterschieden werden. Während bei Ersteren eine Bündelung in der Regel unstatthaft erscheint, ergibt sie bei den nicht originär durch die Tat Verletzten Angehörigen eher Sinn (so auch § 397b Abs. 1 Satz 2 StPO-E).

Allerdings haben bislang weder die Rechtsprechung noch der Entwurf ausreichend das mit der Bündelung auftretende Problem des Verbots einer anwaltlichen Vertretung im Falle einer möglichen Interessenskollision gelöst. Anders als bei der Verteidigung mehrerer Beschuldigter (§ 146 StPO), wird eine Mehrfachvertretung bei Nebenklägern als grundsätzlich zulässig angesehen, da sie regelmäßig nicht mit Interessenskonflikten verbunden sei. Aber auch bei der Nebenklage können unterschiedliche Interessen aus vielen Gründen bestehen. Im angeführten NSU-Verfahren z. B. war die einzige Gemeinsamkeit der Nebenklage die Forderung nach umfassender Aufklärung. Ansonsten waren die Interessen – auch innerhalb der betroffenen Familien – unterschiedlich ausgeprägt und reichten von der Durchführung einer zügigen Beweisaufnahme mit einer schnellen Verurteilung der Angeklagten bis hin zur völligen Gleichgültigkeit gegenüber möglichen Freisprüchen, aber mit dem Ziel, die rechtsterroristischen Zusammenhänge umfassend aufzuklären.

³² Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 17.12.2012 – 2 Ws 175/12 = NStZ-RR 2013, 153; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.03.2015 – III-1 Ws 40-41/15.

- b) Auch wenn die Interessenlage vor einer Mandatierung geklärt werden kann, sind eventuell später eintretende Interessenkonflikte nicht immer überbrückbar und die individuelle Durchsetzung von Interessen in der Gruppe weiterhin erschwert, so z. B. beim Adhäsionsverfahren: Jeder Anspruch des einen Nebenklägers mindert die faktische Realisierbarkeit der Ansprüche anderer Nebenkläger. Bei Entscheidungsprozessen riskiert der Nebenklagevertreter bei einer Bündelung immer die Verwirklichung eines Parteiverrats nach § 356 StGB, wenn er im Wege einer Mehrheitsentscheidung innerhalb der Gruppe über das Interesse eines Nebenklägers hinweg entscheidet. Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen gehört zu den Säulen der anwaltlichen Berufsausübung und sollte nicht zum Zweck der vermeintlichen Effektivierung von strafrechtlichen Hauptverhandlungen aufgeweicht werden. Der Entwurf sollte dies berücksichtigen.
- c) Der Gesetzgeber sollte auch erwägen, ob den möglichen Nachteilen einer „Waffengleichheit“ aus der Perspektive des Beschuldigten – nicht auch und noch besser verwirklicht werden könnte durch einen gesetzlich vorgeschriebenen Vorrang des Fragerechts des Angeklagten und seines Verteidigers gegenüber der Nebenklage (vgl. §§ 397 Abs. 1 Satz 3 und 4, 240 Abs. 2 StPO).
- d) Die angedachten Regelungen beeinträchtigen die freie Anwaltswahl, die bestenfalls der ersten nebenklageberechtigten Person zuteilwerden würde, die um eine Beiordnung einer bestimmten Vertretung ersucht. Das ist gerade im Bereich der Geschädigtenvertretung problematisch, wenn man die oft hochbelastenden Erfahrungen und die daraus resultierende besondere Bedeutung des Vertrauensverhältnisses und der eigenen Wahl der anwaltlichen Vertretung bedenkt. Hinzu kommt, dass Geschädigte möglicherweise im Zusammenhang mit der Tat bereits außerhalb des Strafverfahrens anderweitig vertreten werden. Belastungen werden spürbar minimiert, wenn ein bestehendes Vertrauensverhältnis auch für das Strafverfahren fruchtbar gemacht werden kann (ohne eine unnötige Kostenlast für den Geschädigten). Es besteht ein unabweisbares und bereits gegenwärtig nur unzureichend bedientes Bedürfnis, dass sich Geschädigte eine anwaltliche Begleitung „aus einer Hand“ wünschen, um sich nicht für etwaige zivil-, familien- oder sozialrechtlichen Fragestellungen an jeweils andere Anwältinnen wenden und jeweils das Erlebte immer wieder erneut

erzählen zu müssen. Dieses Problem würde durch eine entsprechende Bündelungsregelung weiter verschärft werden.