



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 30 November 2019

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens – BR-Drs. 532/19

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

RiOLG Prof. Dr. Matthias Jahn (Berichterstatter)

RA Dr. Sven Schoeller (Berichterstatter)

RAin Ulrike Paul, BRAK-Vizepräsidentin

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Krimi-
nalpolitische Zeitschrift

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 165.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

I. Vorbemerkung

Der eine „Modernisierung“ des Strafverfahrens beanspruchende Regierungsentwurf enthält ein **Sammelsurium von Gesetzesänderungen**, die einen übergreifenden rechtspolitischen Zweck vermissen lassen. Der Entwurf trägt Züge einer Ad-hoc-Gesetzgebung sowohl in inhaltlicher als auch förmlicher Hinsicht. So verwendet etwa § 244 StPO-RegE die bislang in keiner Prozessordnung anzutreffenden Begriffe der fehlenden „Ernsthaftigkeit“ (Abs. 3 S. 1) und „Nutzlosigkeit“ (Abs. 6 S. 2) eines Beweisantrages, die Anwendungsprobleme geradezu provozieren. Diese Nomenklatur wird nicht näher erläutert. Der Verweis auf „Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs“ (Entwurfsbegründung S. 38) trägt nicht weit. An der in der Entwurfsbegründung angegebene Stelle „BGH, Urteil vom 15. Dezember 2005 – 3 StR 201/05, NStZ 2006, 585“ wird z.B. der Begriff „ernsthaft“ nicht verwendet oder auch nur der Sache nach erwähnt.

Neben durchaus einsichtigen Regelungen, wie etwa der Einführung eines bundesweit geltenden Gerichtsdolmetschergesetzes zum Zwecke der Vereinheitlichung der Standards für Gerichtsdolmetscher (Artikel 5), enthält das Gesetz problematische und kritikwürdige Änderungen vor allem hinsichtlich

- der **Besetzungsrüge** (Artikel 1 Nummer 11 und 12, Artikel 3 Nummer 1 und 2),
- des **Beweisantragsrechts** (Artikel 1 Nummer 10, 14 und 15) und des
- des **Befangenheitsrechts** (Artikel 1 Nummer 2 bis 4).

Die vorgesehenen Änderungen enthalten gravierende **Einschnitte in Verfahrensgrundrechte** insbesondere des Beschuldigten **ohne Mehrwert für eine Beschleunigung** von Strafverfahren oder die – in der Tat dringend erforderliche – Entlastung der Strafjustiz. Im Gegenteil droht dadurch eine unnötige Mehrbelastung der Strafgerichtsbarkeit insgesamt (s. im Folgenden **unter II.**).

Im Einzelnen problematisch ist ferner die vorgesehene

- Erweiterung der Möglichkeiten der **Unterbrechung von Hauptverhandlungen** durch die **Inanspruchnahme von Elternzeit** (Artikel 1 Nummer 13)
- **Bündelung der Nebenklagevertretung** durch Bestellung oder Beordnung eines gemeinschaftlichen Rechtsanwalts (Artikel 1 Nr. 17), soweit sie dem Nebenklagevertreter das Risiko einer Vertretung widerstreitender Interessen aufbürdet,
- Änderung des § 58a StPO, soweit sie vorsieht, dass der **Zeuge** einer vernehmungsersetzenden Vorführung der im Ermittlungsverfahren aufgezeichneten **Bild-Ton-Aufzeichnung** seiner Vernehmung **widersprechen** kann (Artikel 1 Nummer 16),

- Erweiterung der **Telekommunikationsüberwachung zur Verfolgung des Einbruchsdiebstahls** (Artikel 1 Nummer 9)
- Erweiterung der DNA-Analysemöglichkeiten auf Feststellungen über das Geschlecht, die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie das Alter der Person (Artikel 1 Nummer 7) – **DNA-Phenotyping** –

(S. im Folgenden **unter III.**)

Das tatsächlich vorhandene **Modernisierungspotential** bei der gebotenen **Videografierung der tatrichterlichen Hauptverhandlung** wird demgegenüber nicht aktiviert (S. unten **unter IV.**)

II. Zu den vorgesehenen Änderungen bei der Besetzungsrüge, im Beweisantragsrecht und im Recht der Befangenheitsablehnung

1. Bestandsaufnahme: Zur Lage der Strafjustiz in Deutschland

Obwohl seit vielen Jahren insgesamt ein kontinuierlicher Rückgang von Kriminalität zu verzeichnen ist – von Schwankungen bei einzelnen Delikten abgesehen –, ist die **Strafjustiz** in weiten Teilen evident **überlastet**.

Diese Überlastung wirkt sich auch auf die durchschnittliche **Dauer der Strafverfahren** aus. Wie aus den am 23. Oktober 2019 veröffentlichten Daten des Statistischen Bundesamts (Fachserie 10, Reihe 2.3, 2018, www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Justiz-Rechtspflege/Publicationen/Downloads-Gerichte/strafgerichte-2100230187005.xlsx;__blob=publicationFile) hervorgeht, hat die Verfahrensdauer bei den typischerweise besonders öffentlichkeitswirksamen erstinstanzlichen Verfahren beim **Landgericht** (in 2018: insgesamt 13.327) in den vergangenen zehn Jahren um **fast ein Viertel zugenommen** (vgl. auch *Mertin*, Umfangsverfahren im Strafprozess – eine Herausforderung für den Rechtsstaat, RuP 2018, 4). Im Jahr 2018 vergingen **im Schnitt 7,8 Monate bis zur Erledigung** eines erstinstanzlichen LG-Verfahrens.

Die **Gründe** hierfür sind vielfältig. Sie liegen unter anderem in der ständigen **Ausweitung des materiellen Strafrechts** und in der Kompliziertheit einzelner Tatbestände, vor allem des Wirtschaftsstrafrechts. Diese Umstände wirken sich bereits jetzt, ungeachtet weiterer rechtspolitischer Vorhaben wie etwa der Sanktionierung von Unternehmen, auf die Ermittlungsverfahren aus und bedingen deren zunehmende Dauer; im Schnitt dauert es schon derzeit **19,4 Monate**, bis ein staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren vor dem Landgericht erstinstanzlich abgeschlossen ist. Hinzu kommt die geradezu explosionsartige **Zunahme von Beweismaterial** in jüngerer Zeit. Sie ist zum einen bedingt durch die vom Gesetzgeber in immer größerem Umfang ermöglichten geheimen **technischen Überwachungsmaßnahmen** (§§ 100a ff. StPO), zum anderen durch die Digitalisierung, die einen nahezu grenzenlosen Zugriff auf **elektronisches Beweismaterial** ermöglicht. Für die Auswertung dieser Materialfülle steht nicht annähernd genügend qualifiziertes Personal zur Verfügung. Zur Vermeidung von Verjährungen und den Konsequenzen der sog. Vollstreckungslösung kommt es daher nicht selten zu Anklagen und Eröffnungen auf der Grundlage nur mangelhaft ausermittelter Sachverhalte. Die fehlenden Ermittlungen müssen in der Hauptverhandlung nachgeholt werden, wofür aber nicht selten Verteidigerinnen und Verteidiger verantwortlich gemacht werden.

Zeitliche Einsparungen ließen sich vor allem durch eine **verstärkte Kommunikation** der Verfahrensbeteiligten und durch **konsensuale Erledigungen** erreichen, wie sie im Bereich der einfachen und

mittleren Kriminalität in der Praxis häufig sind. Allerdings bestehen insoweit sehr unterschiedliche Vorgaben bei den einzelnen Staatsanwaltschaften. Für die Hauptverhandlung hat der Gesetzgeber konsensualen Erledigungen vor allem mit dem Verständigungsgesetz den Weg ebnen wollen. Jedoch haben die einschränkende Auslegung des Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 19. März 2013 (BVerfGE 133, 168) und die nachfolgende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Einzelfragen die Anwendung des Gesetzes erschwert und dazu geführt, dass förmliche Verständigungen nurmehr punktuell erfolgen: Im Jahr 2016 wurden vor dem Amtsgericht von 662.412 erledigten Verfahren nur 4.002 im Wege einer **Verständigung** nach § 257c StPO erledigt (das sind **nur noch 0,6 %**), vor dem Landgericht von 12.934 Verfahren 890 (= 6,8 %). Auch die im Interesse der Verfahrensbeschleunigung liegende Kommunikation der Verfahrensbeteiligten über Tatsachen und Rechtsfragen wurde dadurch erschwert. Die vom Gesetzgeber vor zehn Jahren neu geschaffenen Möglichkeiten der Kommunikation (§§ 160b, 202a, 212, 257b StPO) werden häufig nicht (mehr) ausgeschöpft.

Die vorgesehenen **Neuregelungen** der Besetzungsrüge, des Beweisantragsrechts und des Rechts der Befangenheitsablehnung werden an diesen misslichen Zuständen nichts ändern und damit auch **nicht zur Entlastung** der Strafjustiz und zur Beschleunigung der Verfahren insgesamt **beitragen**. Vielmehr werden sie zu Mehrbelastungen der Justiz führen. Ohnehin haben sie nur Einzelfälle im Blick. Etwas mehr als zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der letzten Reform mit dem Gesetz zur „effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung“ des Strafverfahrens (BGBl. I 2017, S. 3202) soll der Strafprozess erneut durch eine Vielzahl von Neuregelungen „modernisiert“ werden, obwohl es dafür **keine empirische Evidenz** gibt. In der Gesetzesbegründung (S. 23) wird zwar der „Strafkammerbericht“ einer Arbeitsgruppe der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Obergerichte aus dem Jahr 2017 beiläufig erwähnt. Dieser Bericht weist jedoch ausdrücklich nach, dass der Anteil von **Verfahren mit Befangenheitsanträgen** bei den Landgerichten „**nicht groß**“ (Ferber, Strafkammerbericht, 2017, S. 127) ist. Strafprozesse, in denen bei der Strafkammer mehr als zwanzig **Beweisanträge** gestellt wurden, machen „**zwischen 2,3 und 3%**“ aller Verfahren aus (Ferber a.a.O., S. 128). Qualitative Analysemethoden bestätigen dies (näher dazu *Jahn*, Strafverfahrensreform ohne Evidenz, NJW-aktuell 41/2019, 3, https://rsw.beck.de/rsw/upload/NJW/Editorial_41-2019.pdf). Diese Ausgangslage als hinreichenden Regelungsanlass für Vorschriften anzusehen, die die anderen 97 % der Strafverfahren treffen, ist nicht ohne Weiteres mit dem **Versprechen** des geltenden Koalitionsvertrags in Einklang zu bringen, **evidenzbasierte Kriminalpolitik** betreiben zu wollen.

Es ist abzusehen, dass die seitens der Regierung mit dem „**Pakt für den Rechtsstaat**“ bei der Richterschaft und den Strafverfolgungsbehörden geweckten **Erwartungen enttäuscht** werden, weil eine Rückwirkung der Besetzungsmöglichkeiten bis ins Jahr 2017 vorgesehen ist und Stellen dort, wo sie in der Strafgerichtsbarkeit punktuell geschaffen werden, nicht mit qualifiziertem Personal besetzt werden können. Gleichzeitig sind Richterinnen und Richter weiterhin massiv überbelastet, so etwa bei einzelnen Gerichten nach dem eigenen Personalbedarfsberechnungssystem der Landesjustizverwaltungen (Pebb§y) jenseits von 140 %.

Dennoch werden Rechte der beschuldigten Bürgerinnen und Bürger durch die geplanten Neuregelungen ohne Not beeinträchtigt. Ein Gewinn für den Rechtsstaat kann darin nicht liegen, jedoch ein **erheblicher Kollateralschaden**.

Im Einzelnen:

2. Zu den vorgesehenen Änderungen bei der Besetzungsrüge (Artikel 1 Nummer 11, 12 und 17 sowie Artikel 3 Nummer 1 und 2)

a) Regelungsinhalt

Die Änderungen der Vorschriften über die Besetzungsrüge (§§ 222a, 222b StPO-RegE) sehen vor, dass die Besetzungsmittelung durch das Gericht möglichst vor der Hauptverhandlung erfolgt und dem Angeklagten nach Zustellung der Mitteilung eine Woche zur Erhebung der Rüge zur Verfügung steht. Sofern das Gericht den Einwand nicht für begründet hält, muss es diesen dem Rechtsmittelgericht zur Entscheidung vorlegen. Zuständiges Rechtsmittelgericht soll bei erstinstanzlicher Zuständigkeit des LG das OLG (§ 121 Abs. 1 Nr. 4 GVG-RegE) sein, bei erstinstanzlicher Zuständigkeit des OLG der BGH (§ 135 Abs. 2 Nr. 3 GVG-RegE). Dadurch soll vermieden werden, dass, wie bislang vom Gesetz vorgesehen, der Besetzungseinwand am ersten Hauptverhandlungstag vor Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten geltend gemacht wird, bzw. die Hauptverhandlung eine Woche lang unterbrochen wird, falls die Besetzung erst später als eine Woche vor der Hauptverhandlung mitgeteilt wurde. Außerdem soll eine möglichst frühzeitige abschließende Klärung der Frage der vorschriftsgemäßen Gerichtsbesetzung herbeigeführt werden.

Der Gesetzgeber will auf diese Weise verhindern, dass die Hauptverhandlung insbesondere in umfangreichen Verfahren unter dem „Damoklesschwert“ einer Aufhebung des Urteils wegen eines möglicherweise fehlerhaft besetzten Spruchkörpers steht. Ferner sollen Urteilsaufhebungen wegen vorschriftswidriger Gerichtsbesetzung reduziert werden und hierdurch die Strafverfahren von unnötigem Aufwand und erheblichen Verzögerungen entlastet werden.

b) Bewertung

Die vorgesehenen Gesetzesänderungen werden die **angestrebten Ziele verfehlen**.

Zum einen sind Besetzungsrügen in der Praxis selten, und noch viel seltener sind Urteilsaufhebungen wegen vorschriftswidriger Gerichtsbesetzung. Zum anderen wird das „Damoklesschwert“ der drohenden Aufhebung nicht dadurch beseitigt, dass es künftig weitgehend in der Hand der Oberlandesgerichte liegt. Der Umstand, dass Hauptverhandlungen zuweilen am ersten Tag für eine Woche unterbrochen werden müssen, um dem Angeklagten bzw. seinem Verteidiger die Möglichkeit zur Besetzungsprüfung zu geben, hat seinen Grund meist darin, dass sich die Besetzung bis zum Beginn der Hauptverhandlung häufig ändert. Erfahrungsgemäß werden deshalb frühzeitige Besetzungsmittelungen häufig überholt, so dass die Besetzung mehrfach geprüft werden muss, schließlich zu Beginn der Hauptverhandlung. Ein **exemplarischer aktueller Fall** aus der Praxis ist dieser Stellungnahme als **Anlage** beigefügt. Mit diesem Aufwand wird künftig nicht nur der Angeklagte, sondern auch das OLG belastet. Bei den Oberlandesgerichten wird das vermutlich unter Effizienzgerichtspunkten dazu führen, dass sie bis zur endgültigen Besetzungsmittelung gar nicht erst in die Prüfung einsteigen, um angesichts der auch dort sehr hohen Arbeitsbelastung unnötigen Arbeitsaufwand zu vermeiden.

Auch wenn die gerügte Besetzung feststeht, wird das OLG nicht ohne weiteres die Prüfung beginnen. Da mit Urteilsverkündung die Zuständigkeit des OLG entfällt, besteht für das OLG stets die Gefahr, dass seine Entscheidung **durch das Verfahren überholt** wird, was seine Entscheidungsfreude bremsen wird. Sofern tatsächlich Oberlandesgerichte über Besetzungseinwände entscheiden werden, zeichnet sich in Anbetracht von **24 Oberlandesgerichten** in 16 Bundesländern – und der weiterhin bestehenden Zuständigkeit des BGH – die Gefahr von **Divergenzen** konkret ab. Der Gesetzgeber hat dies gesehen und deshalb zwingende Divergenzvorlagen beim BGH vorgesehen (§ 121 Abs. 2 Nr. 4

GVG-RegE), die jedoch **zusätzlichen Zeitaufwand** mit sich bringen werden; dies auch dann, wenn – wie erfahrungsgemäß nicht selten – die Entscheidung schon mangels divergenzfähiger Rechtsfrage nicht in der Sache ergeht. Außerdem steht dem Beschwerdeführer gegen die Entscheidung des OLG die Verfassungsbeschwerde entweder beim Bundesverfassungsgericht oder bei dem zuständigen Landesverfassungsgericht offen, von der Beschwerdeführer häufig Gebrauch machen dürften, solange kein Urteil vorliegt oder gegen das Urteil Revision eingelegt wurde. Die Besetzungsrüge ist Ausdruck des grundrechtsgleichen Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).

In Anbetracht dessen ist es für den Angeklagten **unzumutbar**, dass ihm für die Prüfung der Besetzung, für die er einen rechtlichen Beistand benötigt, **nur eine Woche** zur Verfügung stehen soll, die durch Sonn- und Feiertage noch zusammenschmelzen kann (§ 222b Abs. 1 S. 1 StPO-RegE). Strafverteidiger/innen können ihr Berufs- und Privatleben nicht so einrichten, dass sie stets von einem Moment auf den anderen für Besetzungsrügen zur Verfügung stehen. Eine **Frist von 10 Wochentagen** ist mindestens zu fordern. Die Strafrechtspflege würde dadurch in keiner Weise beeinträchtigt.

Vorzugswürdig ist es aber, von der Neuregelung abzusehen. Das geltende Recht, vor vier Jahrzehnten gerade unter dem Leitgedanken der **Prozessökonomie** geändert (vgl. Löwe/Rosenberg/*Chr. Jäger*, StPO, 27. Aufl. 2020, § 222a Rn. 1), trägt dem Interesse an der Verfahrensbeschleunigung und der Vermeidung unnötiger Prozesse bereits **hinreichend Rechnung**. Das erkennende Gericht hat vor Durchführung der Hauptverhandlung die Möglichkeit, etwaige Besetzungsfehler zu korrigieren, was ihm bei sorgfältiger Prüfung regelmäßig ohne Rechtsfehler gelingen sollte. Durch die rechtzeitige Mitteilung der Besetzung vor der Hauptverhandlung kann es etwaigen Unterbrechungsanträgen der Verteidigung zur Prüfung der Gerichtsbesetzung vorbeugen. Die Oberlandesgerichte werden nicht mit ggf. aufwendigen, aber wegen prozessualer Überholung letztlich unnötigen Prüfungen von Besetzungseinwänden **zusätzlich belastet**. Die Gefahr von Divergenzen stellt sich gar nicht erst.

3. Zu den vorgesehenen Änderungen im Beweisantragsrecht (Artikel 1 Nummer 10, 14 und 15)

a) Regelungsinhalt des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO-RegE

Der Regierungsentwurf sieht Änderungen des Beweisantragsrechts vor, wodurch den Gerichten der Umgang mit missbräuchlich gestellten Beweisanträgen erleichtert werden soll, insbesondere mit solchen, durch die Prozesse verschleppt werden könnten. Zu diesem Zweck übernimmt der Entwurf in § 244 Abs. 3 S. 1 StPO-RegE die in der Rechtsprechung des BGH entwickelte Begriffsbestimmung des BGH, insbesondere das Erfordernis der „Konnexität“. Dadurch soll es den Gerichten ermöglicht werden, Beweisbehauptungen, die „aufs Geratewohl ins Blaue hinein“ gestellt werden, nicht als Beweisanträge zu behandeln (S. 35).

b) Bewertung

Sollte damit gemeint sein, dass die Strafgerichte solche Anträge künftig schlicht ignorieren können (vgl. S. 39), widerspräche das allerdings dem – von dem Gesetzesvorschlag insoweit nicht betroffenen – Revisionsrecht. Die StPO sieht die Überprüfung der Anwendung des Verfahrensrechts durch das Rechtsmittel der Revision zwingend vor (§ 337 StPO). Es muss also für das Revisionsgericht feststellbar sein, ob eine Norm des Verfahrensrechts „nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“ (§ 337 Abs. 2 StPO). Dieser Rechtsschutz würde ausgehebeln, wenn die Gerichte die Befassung mit einem förmlichen prozessualen Begehren schlichtweg unterlassen könnten. Der Rechtsschutz der Revision muss auch und gerade gegenüber dem Vorwurf des Missbrauchs prozessualer Befugnisse gewahrt bleiben, damit nicht dieser Vorwurf seinerseits missbräuchlich erhoben wird. Demnach ist zu

fordern, dass das Gericht einen Antrag auf eine bestimmte Beweiserhebung im Falle fehlender Konnexität **nicht einfach ignoriert**, sondern zumindest als unzulässig zurückweist oder verwirft (vgl. z.B. für den Missbrauchsfall auch §§ 26a Abs. 2 S. 1, 28 Abs. 2 S. 1 StPO oder §§ 138a Abs. 1 Nr. 2, 138d Abs. 1 StPO). Ohnehin zwingt die Aufklärungspflicht gem. § 244 Abs. 2 StPO das Gericht dazu (was die Entwurfsbegründung auch erkennt, vgl. S. 39), sich mit jedem Beweiserhebungsbegehren näher zu befassen.

c) **Regelungsinhalt des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO-RegE**

Gemäß der geplanten Vorschrift soll es der Ablehnung eines Beweisantrages durch Gerichtsbeschluss nicht bedürfen, wenn die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, der Antragsteller sich der Nutzlosigkeit der Beweiserhebung bewusst ist und er die Verschleppung des Verfahrens bezweckt.

Nach dem Willen der Bundesregierung soll es sich auch bei Beweisanträgen, die diese Voraussetzungen erfüllen, bereits begrifflich nicht um Beweisanträge handeln, so dass ihre Ablehnung keiner förmlichen Ablehnung durch das Gericht bedürfen soll. Allerdings geht die Gesetzesbegründung davon aus, dass der Vorsitzende die genannten Voraussetzungen in freier Würdigung prüfen muss und dass gegen dessen Entscheidung die Beanstandung gemäß § 238 Abs. 2 StPO möglich ist (S. 39).

d) **Bewertung**

Auch mit der Neuregelung des § 244 Abs. 6 S. 2 StPO-RegE wird der Gesetzgeber die intendierte **erleichterte Zurückweisung** missbräuchlich gestellter Beweisanträge **nicht erzielen** können.

Da die Verschleppungs-„Absicht“ ein rein subjektives Merkmal ist und der Vorsitzende nicht in den Kopf des Antragstellers blicken kann, bedeutet dies, dass er im Falle einer Zurückweisung des Antrags die Feststellung einer solchen Absicht durch tatsächliche Anhaltspunkte unterlegen muss. Ebenso muss er die fehlende Sachdienlichkeit des Antrags darlegen. Anderenfalls wäre die Zurückweisung von vornherein willkürlich. Dies unterliegt der Prüfung des Revisionsgerichts, wenn der Angeklagte die Verfügung des Vorsitzenden gemäß § 238 Abs. 2 StPO beanstandet und einen bestätigenden Gerichtsbeschluss mit der Revision rügt.

Die Neuregelung erweist sich damit als ein **vergiftetes Geschenk für die Strafjustiz**. Nur scheinbar wird ihr die Möglichkeit eröffnet, als missbräuchlich und/oder lästig empfundene Beweisanträge kurzerhand zurückzuweisen. Tatsächlich würde eine vereinfachte Zurückweisung die Gefahr der Urteilsaufhebung immer dann in sich tragen, wenn der zurückgewiesene Antrag bei näherem Hinsehen nicht die Voraussetzungen des § 244 Abs. 6 S. 1 StPO-RegE erfüllt. Was diese Voraussetzungen anbetrifft, so ist das Merkmal der bewussten „Nutzlosigkeit“ als Zurückweisungsgrund ungeeignet und ein Fremdkörper im gesamten herkömmlichen Prozessrecht. Allenfalls kann es um eine objektiv festzustellende „Zweckwidrigkeit“ gehen.

Aus den vorgenannten Gründen geht von der Neuregelung auch eine Gefahr für das Beweisantragsrecht überhaupt aus, das eines der wichtigsten Rechte des beschuldigten Bürgers ist und zugleich auch verfassungsrechtlicher Indikator für die **Fairness des Verfahrens** ist (*Jahn*, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Beweisantragsrechts der Verteidigung im deutschen Strafprozess, Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 1029, 1038 ff.). Die Entwicklung des Beweisantragsrechts durch das Reichsgericht bereits im 19. Jahrhundert war ein Meilenstein für das rechtsstaatliche Verfahren in Deutschland. Für eine Einschränkung besteht kein Anlass. Wie empirische Untersuchungen ergeben haben, wird in den allermeisten Verfahren vom Beweisantragsrecht zurückhaltend Gebrauch gemacht – die bekannte Studie von *Barton* zu den „Strafverteidigungs-Aktivitäten im Justizalltag“ wies schon

1984 nach, dass **nur in 12,6 % aller** untersuchten **Verfahren** überhaupt ein Beweisantrag durch die Verteidigung gestellt wurde (*Barton*, StV 1984, 394, 396) –, und mit dem Erfordernis der Konnexität hat die Rechtsprechung schon seit längerem die Möglichkeit geschaffen, den potentiellen Missbrauch dieses Rechts einzudämmen. Die Rechtsprechung ist – ungeachtet möglicher inhaltlicher Kritik – gefestigt, einer gesetzlichen Normierung bedarf es nicht.

Die jetzt bemühten Ideen sind zudem **alles andere als „modern“**. Die jetzt vorgeschlagene Erweiterung der Ablehnungsmöglichkeit bei Beweisersuchen in Verschleppungsabsicht (§ 244 Abs. 6 S. 2 StPO-RefE) sind in ähnlicher Form bereits auf der 65. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister im November 1994 zur Vorbereitung eines Zweiten Rechtspflegeentlastungsgesetzes unterbreitet worden (vgl. den Bericht des Strafrechtausschusses für die 65. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 22./23.11.1994 in Hamburg über die Arbeiten zur Vorbereitung eines weiteren Rechtspflegeentlastungsgesetzes [Typoskript], S. 76, sowie BT-Drs. 13/197, S. 4). Nicht zuletzt wegen durchgreifender verfassungsrechtlicher Bedenken sind diese Pläne einiger Bundesländer seinerzeit nicht weiterverfolgt worden.

Zudem hat der Gesetzgeber erst vor zwei Jahren mit dem bereits erwähnten Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens durch die Neufassung von § 244 Abs. 6 S. 2-4 StPO die Möglichkeit geschaffen, dass das Gericht für die Stellung von **Beweisanträgen** eine **Frist** setzt. Beweisanträge, die nach Fristablauf gestellt werden, können erst im Urteil beschieden werden, wenn die Stellung vor Fristablauf möglich war. Die Überprüfung der Wirkung dieses Gesetzes im Wege einer wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden **Evaluation** sollte vor einer weiteren Neuregelung des Beweisantragsrechts abgewartet werden.

4. Zu den vorgesehenen Änderungen im Befangenheitsrecht (Artikel 1 Nummer 2 bis 4)

a) Regelungsinhalt

Die Neuregelung sieht vor, Ablehnungsgesuche, deren Gründe vor oder bis zur Zustellung der Besetzungsmitteilung vor der Hauptverhandlung bekannt geworden sind, unverzüglich nach der Besetzungsmitteilung anzubringen (§ 25 Abs. 2 S. 2 StPO-RegE). Ferner soll die grundsätzliche Wartepflicht bei Stellung eines zulässigen Befangenheitsgesuchs in der Hauptverhandlung abgeschafft werden und die Hauptverhandlung bis zum übernächsten Hauptverhandlungstag, mindestens aber für zwei Wochen fortgesetzt werden können (§ 29 StPO-RegE).

b) Bewertung

Auch hierfür gibt es **keinen** praktischen **Bedarf**.

Mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017 wurde vor etwas mehr als zwei Jahren die Möglichkeit geschaffen, über Ablehnungsgesuche, die vor Beginn der Hauptverhandlung gestellt werden, erst nach Verlesung des Anklagesatzes zu entscheiden (§ 29 Abs. 1 S. 2 StPO). Weshalb in Anbetracht dieses späten Entscheidungszeitpunkts das Befangenheitsgesuch unverzüglich nach Kenntnis der Besetzungsmitteilung anzubringen ist, sofern Gründe hierfür vorliegen, erschließt sich nicht. Der Beschuldigte wird hierdurch unnötig unter Druck gesetzt, zumal dann, wenn er, wie in § 222b Abs. 1 S. 1 StPO-RegE vorgesehen, den Besetzungseinwand innerhalb einer Woche nach Mitteilung der Besetzung anbringen soll. Er bzw. sein Verteidiger muss nach der Vorstellung des Entwurfs innerhalb dieser kurzen Frist – deren In-Gang-Setzung im Übrigen im Belieben des Vorsitzenden steht – zusätzlich zu der ohnehin aufwendig-

gen Prüfung der Besetzung und ggf. Begründung der Besetzungsrüge auch noch Erkundigungen über die ihm gerade erst mitgeteilten Richter einholen. In der Regel wird es sich bei den möglichen Ablehnungsgründen um Vorbefassungen handeln. Bei einer späteren Kenntnisnahme hiervon und entsprechend späteren Anbringung des Gesuchs, wird der Beschuldigte dessen Verwerfung als verspätet zu gewärtigen haben. Dies zeigt, dass die vorgeschlagene Regelung nicht Verzögerungen des Verfahrens infolge von Befangenheitsgesuchen, sondern der **Wahrnehmung des Ablehnungsrechts überhaupt** entgegenwirken will.

Das gilt auch in Bezug auf Ablehnungsgesuche während der Hauptverhandlung. Durch das bereits mehrfach erwähnte Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens wurde insoweit die Möglichkeit geschaffen, dem Antragsteller eine schriftliche Begründung innerhalb einer vom Gericht festzusetzenden Frist aufzugeben (§ 26 Abs. 1 S. 2 StPO). Nach Eingang der schriftlichen Begründung muss das Gericht spätestens erst am übernächsten Hauptverhandlungstag entscheiden (§ 29 Abs. 3 StPO). Ferner ist der Vorsitzende nach geltendem Recht nicht verpflichtet, dem Antragsteller eines Ablehnungsgesuchs unverzüglich Gelegenheit zur Anbringung des Gesuchs zu geben; vielmehr kann er dies auf einen späteren Zeitpunkt desselben Hauptverhandlungstags verschieben.

Die vorgeschlagene Neuregelung will mit der kategorischen Vorschrift des § 29 Abs. 2 S. 1 StPO-RegE, wonach die Durchführung der Hauptverhandlung keinen Aufschub dulde, den grundsätzlichen Vorrang der Durchführung der Hauptverhandlung vor dem Ablehnungsrecht festschreiben. Damit gerät der Grundsatz des gesetzlichen Richters, der den Anspruch auf einen unparteilichen Richter beinhaltet, ins Hintertreffen gegenüber einem rein formalen Verständnis einer „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“. Die Konstituierung einer zweiwöchigen Frist für die Entscheidung über die Ablehnung, die in dem Fall, dass der übernächste Verhandlungstag nach dieser Frist liegt, auch noch überschritten werden kann, bedeutet, dass künftig in den weitaus meisten Verfahren wesentliche Teile, wenn nicht sogar der größte Teil der Hauptverhandlung unter Mitwirkung eines abgelehnten Richters erfolgen kann. Das wird die ohne ausgeprägte Zurückhaltung von Richtern, Befangenheitsgesuche zu bejahen, noch verstärken und das vom Verfassungsrecht in Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG geforderte **effektive Ablehnungsrecht** weiter **schwächen**. Hingegen wird es in längeren Hauptverhandlungen den behaupteten Missbrauch nicht verhindern können.

Für den Angeklagten, der auch aus objektiver Sicht ernsthafte Gründe für die Besorgnis der Befangenheit eines Richters vorbringt, ist es nicht zumutbar, dass über sein Gesuch erst entschieden wird, nachdem wesentliche Teile des Prozessgeschehens unter Mitwirkung des abgelehnten Richters durchgeführt wurden. Ferner ist es dem **Ansehen des Strafverfahrens in der Öffentlichkeit abträglich**, wenn wesentliche Teile des Prozesses unter Beteiligung eines Richters stattfinden, dessen Unparteilichkeit aus nachvollziehbaren Gründen bezweifelt wird. Die zeitnahe Befassung mit solchen Anträgen ist kein Zeichen der Schwäche, sondern Ausdruck einer rechtsstaatlichen Justiz. Auch mit dem Postulat eines effektiven Strafprozesses ist es nicht vereinbar, über mehrere Tage hinweg eine ressourcenintensive Beweiserhebung durchzuführen, um erst im Anschluss daran näher zu prüfen, ob diese wegen der Mitwirkung eines Richters, der nicht mitwirken durfte, überhaupt Bestand hat.

Die Neuregelung impliziert, dass Befangenheitsanträge per se dem Verdacht des Missbrauchs ausgesetzt sind. Das ist nicht akzeptabel, ungeachtet des Umstandes, dass es in einzelnen Fällen zu Missbräuchen kommt. Um der rechtspolitischen Forderung nach einer weiteren generellen Einschränkung des Ablehnungsrechts entgegenzuwirken, ist ein **verantwortungsvoller Umgang** mit diesem Recht zu **empfehlen**. In geeigneten Fällen zu prüfen, ob problematisch erscheinende sachleitende Anordnungen nicht besser mit dem Zwischenrechtsbehelf gem. § 238 Abs. 2 StPO gerügt werden sollten.

III. Zu weiteren Neuregelungen

1. Zur Erweiterung der Unterbrechungsfristen durch Inanspruchnahme von Elternzeit (Artikel 1 Nummer 13)

a) Regelungsinhalt

Die Änderung der Vorschrift über die Hemmung der Unterbrechungsfristen einer Hauptverhandlung (§ 229 Abs. 3 S. 1) sieht sowohl eine Ergänzung der Gründe für die Hemmung von Unterbrechungsfristen als auch eine Verlängerung der maximalen Dauer der Hemmung vor. Neben der Krankheit des Angeklagten oder einer zur Urteilsfindung berufenen Person sollen nach dem Entwurf nunmehr Hemmungsgründe auch darin liegen, dass eine zur Urteilsfindung berufene Person wegen gesetzlichen Mutterschutzes oder Inanspruchnahme von Elternzeit zu der Hauptverhandlung nicht erscheinen kann. Die maximale Dauer der Hemmung soll anstelle der bisher geltenden sechs Wochen nunmehr zwei Monate betragen. Damit wird im Höchstfall eine Gesamtunterbrechung der Hauptverhandlung von drei Monaten und zehn Tagen möglich (Entwurfsbegründung S. 36).

b) Bewertung

Die **Einbeziehung des Mutterschutzes** als Grund für die Hemmung der Unterbrechungsfrist ist vor dem Hintergrund einer zu vermeidenden Differenzierung der Berücksichtigung weiblicher und männlicher Richter in der Besetzung von Strafkammern **grundsätzlich nachvollziehbar**. Die geplante Ausdehnung der maximalen Hemmungsdauer ist auch geeignet, die Frist des im Mutterschutzgesetz vorgesehenen absoluten nachgeburtlichen Beschäftigungsverbot (§ 3 Abs. 2 MuSchG) zu überdauern. Insofern ist auch die Ausdehnung der maximalen Dauer der Hemmung von bislang sechs Wochen auf zwei Monate zur Erreichung dieses Zweckes hinzunehmen.

Im Ergebnis **abzulehnen** ist jedoch die geplante **Berücksichtigung von Elternzeit** als Grund für die Hemmung der Unterbrechungsfrist. Die Elternzeit ist ein weitgehend planbares Ereignis für den an der Urteilsfindung beteiligten Berufsrichter oder Schöffen. Im gesetzlichen Rahmen des BEEG können die Dauer der Erziehungszeit und die Frage der Aufteilung auf verschiedene Einzelzeiträume vom Antragsteller bestimmt werden. Außerdem besteht während der Elternzeit – anders als beim Mutterschutz – **kein absolutes Beschäftigungsverbot**; vielmehr ist in eingeschränktem Umfang eine Erwerbstätigkeit zulässig (§ 30 Abs. 4 BEEG). Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich die Höchstdauer der Hemmung nur auf die jeweilige vom Vorsitzenden nach § 229 Abs. 1 StPO oder vom Gericht nach § 229 Abs. 2 StPO angeordnete Unterbrechung bezieht und es daher möglich bleibt, dass der Ablauf einer erneuten Unterbrechungsfrist im Anschluss an die Fortsetzung der Hauptverhandlung wiederum aus einem der in § 229 Abs. 3 StPO-RegE aufgeführten Gründe gehemmt wird (vgl. Entwurfsbegründung S. 37). Das könnte dazu führen, dass durch Hemmung maximal verlängerte Unterbrechungsfristen in Serie aneinandergereiht werden; denn im Unterschied zum Krankheitsfall oder einem absoluten Beschäftigungsverbot könnte der betroffene Richter/Schöffe nach Ablauf einer durch Hemmung verlängerten Unterbrechungsfrist an einem Hauptverhandlungstermin teilnehmen, um sodann durch Wiederaufnahme seiner Elternzeit wiederum einen Hemmungsgrund zu schaffen. Da nach § 15 Abs. 2 S. 4 BEEG bei mehreren Kindern – insbesondere Zwillingengeburt – der Anspruch auf **Elternzeit für jedes Kind** besteht, potenzieren sich hier Unterbrechungen.

Bei einer solchen Prozessgestaltung ist die Einheitlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung nicht mehr gewahrt. Auch die Konzentrationsmaxime ist im Kernbereich betroffen. Sie besagt, dass bei längeren Unterbrechungsfristen **Gefahren für die Wahrheitsfindung** zu befürchten sind und der Richterspruch nicht mehr unmittelbar aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft zu werden

droht. Unterbrechungen **bedürfen** daher **triftiger Gründe** (vgl. nur BGHSt 34, 154, 157). Solche sind nach dem Vorstehenden zwar beim Mutterschutz, nicht aber für die Prozessunterbrechung aufgrund Elternzeit ersichtlich.

2. Zur Bündelung der Nebenklage durch Bestellung oder Beordnung eines gemeinschaftlichen Rechtsanwalts (Artikel 1 Nummer 19)

Aufgrund von Erfahrungen in Großverfahren mit einer großen Zahl von Verfahrensbeteiligten wie dem NSU-Verfahren oder dem Loveparade-Prozess besteht ein **grundsätzlich nachvollziehbares Bedürfnis** für eine Bündelung der Nebenklage. Eine gemeinschaftliche Nebenklagevertretung kann jedoch vielfältige Probleme mit sich bringen, die sich aus dem anwaltlichen Mandatsverhältnis ergeben. Insbesondere zeichnen sich die Gefahr von Interessenkonflikten sowie Probleme wegen des nachträglichen Wegfalls bereits bestehender Mandatsverhältnisse ab.

In Anbetracht dessen geht die vom Regierungsentwurf in § 397b StPO-RegE vorgesehene **Regelung** deutlich **zu weit**. Nach dem Entwurf soll die gemeinschaftliche Nebenklagevertretung nicht auf große Verfahren mit einer Vielzahl von Verletzten beschränkt werden, sondern schon immer dann möglich sein, wenn „mehrere Nebenkläger gleichgelagerte Interessen“ verfolgen. Das kann bereits bei zwei Nebenklägern der Fall sein.

Die Bündelungsmöglichkeit sollte auf Verfahren beschränkt werden, die wegen der Vielzahl der Verfahrensbeteiligten und Nebenklageberechtigten nur schwer zu beherrschen sind und den Ausgangspunkt für die gesetzgeberische Initiative bilden. Hier könnte sich in Anlehnung an den unbestimmten Rechtsbegriff der „**großen Zahl**“ im materiellen Strafrecht eine Anknüpfung an die **Mindestzahl von 20 Verletzten** (vgl. *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 306b Rn. 5 und § 263 Rn. 218; enger *R. Nagel*, Der unbestimmte Rechtsbegriff der „großen Zahl“, Jura 2001, 588, 591) anbieten. Zudem sollte darauf geachtet werden, dass dem gemeinsamen Nebenklagevertreter nicht das Risiko der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO, § 3 Abs. 1 BORA) und das Problem des nachträglichen Wegfalls bereits begründeter Mandatsverhältnisse aufgebürdet wird.

3. Zur Ausweitung der Vorschriften über audio-visuelle Aufzeichnungen und deren Vorführung in der Hauptverhandlung auf zur Tatzeit bereits erwachsene Opfer von Sexualdelikten (Artikel 1 Nummer 5 und 16)

Der Entwurf weitet die gemäß § 58a StPO bestehende Möglichkeit der Aufzeichnung richterlicher Vernehmungen bestimmter Personen im Ermittlungsverfahren auf alle „Personen, die durch Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 174 bis 184 Strafgesetzbuch) verletzt worden sind“, aus. Das ist **grundsätzlich zu begrüßen**. Allerdings wird wegen der erforderlichen Verschriftung der Vernehmungen auf die Amtsgerichte ein erheblicher zusätzlicher Personalbedarf zukommen.

In rechtlicher Hinsicht ist die Regelung **nicht ausreichend** mit dem geltenden § 58a Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StPO **abgestimmt**. Schon im bisherigen Recht „sollen“ bei Kindern, die Verletzte einer Sexualstraftat sind (§ 255a Abs. 2 StPO i.V.m. §§ 174-184j StGB), videografiert werden. Nach der geplanten Neuregelung „muss“ das grundsätzlich bei allen Verletzten einer Tat nach §§ 174-184j StGB geschehen. Was nun also zukünftig bei kindlichen Verletzten von Sexualdelikten zu gelten hat, bleibt unklar, ebenso wie die Frage, wer in diesen Fällen die Zustimmungserklärung für das Kind oder den Jugendlichen abgeben soll.

Problematisch erscheint indes die in § 255a StPO-RegE vorgesehene Neuregelung, dass die Möglichkeit der Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung durch die Vorführung einer solchen Bild-Ton-Aufzeichnung davon abhängig gemacht werden soll, dass der Zeuge der Vorführung unmittelbar nach der Aufzeichnung nicht widersprochen hat. Dadurch wird dem Zeugen die **Dispositionsmöglichkeit** über die Verwendung eines Beweismittels in der Hauptverhandlung über § 252 StPO hinaus übertragen. Das stellt einen **Systembruch** dar. Zudem ist fraglich, ob dem Zeugen die Tragweite seiner Entscheidung im Ermittlungsverfahren vermittelbar ist, zumal die Möglichkeit einer vernehmungsergänzenden Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung in der Hauptverhandlung von einem Widerspruch unberührt bleibt.

4. Zur Erweiterung der Telekommunikationsüberwachung zwecks Verfolgung des Einbruchsdiebstahls (Artikel 1 Nummer 9)

Die Neuregelung sieht vor, dass der Straftatbestand des Wohnungseinbruchsdiebstahls in dauerhaft genutzte Privatwohnungen nach § 244 Abs. 4 StGB in den Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. j eingefügt wird. Die Regelung soll zunächst für fünf Jahre befristet werden (Artikel 2).

Auch diese Regelung ist **abzulehnen**.

Telekommunikationsüberwachungsanordnungen greifen in schwerwiegender Weise in das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG ein. Der Gesetzgeber hat daher in besonderem Maße dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen. Dementsprechend ist die Anordnung der Überwachung der Telekommunikation auf bestimmte Katalogtaten zu beschränken. Im Vordergrund stehen Straftaten, die den Staatsschutz oder die Schwerekriminalität betreffen. In den letzten Jahren wurden die Befugnisse für die Ermittlungsbehörden, geheime technische Überwachungen durchzuführen, insbesondere mit der Onlinedurchsuchung und der Quellen-Telekommunikationsüberwachung erheblich ausgeweitet. Eine **Evaluierung der Überwachungspraxis steht noch aus**. Vor einer Erweiterung der Befugnisse sollte die Überprüfung der Effektivität der vorhandenen rechtlichen Möglichkeiten grundsätzlich abgewartet werden.

Vorliegend ist zudem zu bedenken, dass in Bezug auf Diebstahlstaten mit dem Bandendiebstahl nach § 244 Abs. 1 Nr. 2 und dem schweren Bandendiebstahl nach § 244a StGB bereits Katalogtaten für eine Telekommunikationsüberwachung zur Verfügung stehen. Weshalb es zusätzlich der Telekommunikationsüberwachung für verbleibende Einzeltäter bedarf, erschließt sich nicht.

Die Entwurfsbegründung selbst führt aus (S. 32), dass nicht jeder Einbruchsdiebstahl im Einzelfall ausreichend schwer wiegen wird, um einen Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis zu rechtfertigen, insbesondere nicht in Fällen, die im Schuldgehalt hinter dem Durchschnitt gewöhnlicher Fälle abweichen wie zum Beispiel der Diebstahl geringwertige Sachen aus einer dauerhaft genutzten Privatwohnung. Anders soll es sich möglicherweise bei serienmäßigen Begehungsweisen verhalten. Jedoch dürfte die Telekommunikationsüberwachung grundsätzlich zur Erhebung von Beweisen für die Überführung von Einzeltätern nicht erforderlich und auch im Übrigen **unverhältnismäßig** sein.

Im Übrigen ist sie vor allem dazu geeignet, „den **Umfang zu verlesender TÜ-Protokolle** auf das schon aus BtMG-„Strukturverfahren“ vertraute Maß zu heben“, wie ein früherer Justizpraktiker (*Th. Fischer*, Konzentration aufs Wesentliche, JoJZ 2019, 66, 67) mit Blick auf den vermeintlichen Entlastungseffekt, der tatsächlich ein **Belastungseffekt** ist, angemerkt hat.

5. Erweiterung der DNA-Analysemöglichkeiten auf Feststellungen über das Geschlecht, die Augen-, Haar- und Hautfarbe sowie das Alter der Person (Artikel 1 Nummer 7) – DNA-Phenotyping –

Die geplante Erweiterung der DNA-Analysemöglichkeiten im Strafverfahren auf äußerliche Merkmale (Augen-, Haar- und Hautfarbe) sowie das Alter, um Anhaltspunkte für das äußere Erscheinungsbild eines Spurenlegers zu gewinnen, ist letztlich auf zwei aufsehenerregende Taten im Raum Freiburg zurückzuführen (vgl. *Jahn*, Ausweitung der Genzone, ZRP 2017, 1; *Bockemühl*, In aller Munde – Die DNA[-Analyse], StV-Editorial 5/2017, S. I., http://www.strafverteidiger-stv.de/system/files/users/user5/StV_2017_05_Editorial.pdf). Jedoch hatte im Ausgangsfall *Maria L.* ein gefärbtes Haar und nicht die DNA zu dem umgehend in U-Haft genommenen Beschuldigten und mittlerweile rechtskräftig Verurteilten geführt.

Unabhängig davon ist die Freiheit eines Reformgesetzgebers ist begrenzt durch den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Er verbietet technisch-naturwissenschaftliche Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit. Dies schließt eine Analyse des codierenden Bereichs des DNA-Musters aus. Tabu sind diejenigen Abschnitte des Moleküls, die Träger der Informationen über die erblichen Eigenschaften des Menschen sind und Rückschlüsse auf Charakter oder Krankheiten zulassen. Und selbst die Analyse des nicht codierenden Bereichs ist nur solange kein Eingriff in den Kernbereich, wie sich aus ihr – wie es wohl dem heutigen Kenntnisstand in den Naturwissenschaften entspricht – keine Informationen höchstpersönlichen Charakters ergeben (vgl. BVerfGE 103, 21, 32).

Das heißt **nicht von vornherein**, dass *Forensic Phenotyping* kriminalistisch sinnlos oder, je nach Ausgestaltung, wegen eines zu weitgehenden Eingriffs in den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts **verfassungswidrig** ist; bedenklich kann aber schon insoweit die Empfehlung des Bundsrats-Rechtsausschusses sein, die „**biogeographische Herkunft**“ zum Merkmal zu erheben (BRats-Drs. 532/1/19, S. 6). Aber solche Änderungsvorschläge müssen nüchtern-abwägend zwischen Juristen und Naturwissenschaftlern diskutiert werden, ohne das Emotionalisierungspotential der Ausgangsfälle zu bemühen; daran fehlt es bislang. Immerhin weist der Regierungsentwurf in der Begründung (S. 31) wohlweislich darauf hin, dass die „DNA-Untersuchung selbst ... nicht spezifisch gegen eine bestimmte Personengruppe oder Minderheit gerichtet und damit an sich nichtdiskriminierend (ist). Bei den Folgemaßnahmen müsse „allerdings beachtet werden, dass es in Fällen der möglichen Zuordnung der Spur zu Angehörigen einer Minderheit nicht zu einem Missbrauch dieses Umstandes im Sinne **rassistischer Stimmungsmache oder Hetze** kommen darf“.

IV. Tatsächliches Modernisierungspotential bei der gebotenen Videografierung der tatrichterlichen Hauptverhandlung

Während sich die durch den Regierungsentwurf angestrebte „**Modernisierung**“ nach alledem bei näherer Analyse **als rhetorische Figur** erweist, die der Justizpraxis in weiten Teilen **Steine statt Brot** gibt, wird das tatsächliche **Modernisierungspotential heutiger Technik** nicht abgerufen.

In den bei der parlamentarischen Beratung des Gesetzes im Rahmen einer Anhörung des Rechtsausschusses am 11.11.2019 ebenfalls auf der Tagesordnung stehenden Anträgen „Strafprozesse effektiver, schneller, moderner und praxistauglicher gestalten“ (BT-Drs. 19/14244, S. 4 u.H.a. BT-Drs. 19/11090) und „Modernisierung des durch digitale Dokumentation der Hauptverhandlung (BT-Drs. 19/13515, S. 2) wird diese Leerstelle des Regierungsentwurfs mit Recht besetzt (beides abrufbar über https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_Recht/anhoerungen).

Natürlich gibt es noch **Diskussionsbedarf**. Dabei sind aber verschiedene Dimensionen zu unterscheiden:

- Unstreitig dürfte sein, dass eine Dokumentation festhalten soll, was sich in der tatrichterlichen Hauptverhandlung tatsächlich zugetragen hat. Damit ist die Funktion als bloßes **Hilfsmittel bei der Urteilsfindung** angesprochen, wie dies auch heute schon nach Absprache zwischen den Verfahrensbeteiligten in Umfangsverfahren zuweilen genutzt wird. Hier ist eine AV-Aufzeichnung der heutigen richterlichen Mitschrift des Beisitzers/der Beisitzerin ohne Weiteres überlegen.
- Eine zweite Dimension der Fragestellung ist, ob man die AV-Aufzeichnung für die **Sachrüge in der Revisionsinstanz** zulässt. Damit sind schwierige Fragen des Rekonstruktionsverbots angesprochen, die sorgfältiger Aufbereitung bedürfen.
- Zuletzt müsste entschieden werden, ob und ggf. welchem Umfang man die AV-Aufzeichnung für die **Rüge von Verfahrensfehlern** nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO zuließe. Der bisherigen Beschränkung auf die Rügemöglichkeit auf der beweisrechtlichen Grundlage des Formalprotokolls der Hauptverhandlung lag die im Jahr 1877 richtige Beobachtung zugrunde, dass nachträglich nicht mehr jenseits vernünftigen Zweifels sicher festgestellt werden kann, was sich im Gerichtssaal tatsächlich zugetragen hat. Die Evidenz dieser Beobachtung ist durch den **technischen Fortschritt** indes längst überholt.

Die **Bundesrechtsanwaltskammer** hat auf diese Fragen sehr früh aufmerksam gemacht und **konkrete Vorschläge** unterbreitet (vgl. *Nack/Park/Brauneisen*, Gesetzesvorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch den verstärkten Einsatz von Bild- und Tontechnik, NSTZ 2011, 310, 313 f.). Diese **Diskussion** ist mittlerweile **fortgeschritten** und beschäftigt nicht nur die Wissenschaft, etwa den Arbeitskreis Alternativentwurf (www.alternativentwurf.de) mit einem derzeit laufenden Projekt zu „Technischer Dokumentation der Hauptverhandlung und ihrer Relevanz für die Rechtsmittelinstanz“, sondern auch die Praxis, aus der heraus sich Richterinnen und Richter des Bundesgerichtshofs und Vertreter der Bundesanwaltschaft mit teils ausformulierten Vorschlägen bereits eingebracht haben (zusf. dazu *Kudlich*, Audiovisuelle Aufzeichnung, Videobeweis und Zulässigkeit der „Rügeverkrümmung“, in: *Cirener/Jahn/Radtke* [Hrsg.], *Bild-Ton-Dokumentation und »Konkurrenzlehre 2.0«*, 2019 [im Erscheinen]): „Der Gesetzgeber und/oder die Revisionsrechtsprechung hat/haben die Möglichkeit, hier Regelungen – also z.B.: Einsatz der Videodokumentation nur für den Nachweis zum Ablauf der Verhandlung, nicht zu den Aussagen der Zeugen; oder: Beleg für Zeugenaussagen nur für spezifische Aussageinhalte selbst, nicht für die Behandlung des Themas in der Hauptverhandlung insgesamt – zu schaffen und dabei mit dem rechtlich Zulässigen auch hinter dem technisch Möglichen zurückzubleiben“).

Dieser Diskussion mit Wissenschaft und Praxis muss sich der Bundestag aber stellen, wenn er das Strafverfahren **wirklich modernisieren** will.

Anlage (zu Seite 6):

**Gerichtsbesetzung:
Ein Fall aus der Praxis**

Verfahren vor der Großen Strafkammer eines Landgerichts:

1. Mitteilung – Stand 14. März 2019

Ladung und Mitteilung der Gerichtsbesetzung mit Schreiben vom 14. März 2019, Beginn der Hauptverhandlung am 23. Oktober 2019

2. Mitteilung – Stand 3. September 2019

Mitteilung der beabsichtigten Verfahrensplanung unter Mitteilung der veränderten Gerichtsbesetzung (Wechsel eines Beisitzers)

3. Mitteilung – Stand 10. September 2019

Mitteilung eines weiteren Beisitzerwechsels

Im Anschluss daran Besetzungsprüfung.

4. Mitteilung – Stand 23. Oktober 2019

Aufhebung der ersten Verhandlungstermine, Beginn der Hauptverhandlung nun 4. November 2019, unter Mitteilung der Gerichtsbesetzung (zwei neue Schöffen)

5. Mitteilung – Stand 28. Oktober 2019

Erneute Mitteilung der Gerichtsbesetzung (zwei neue Schöffen)

6. Mitteilung – Stand 30. Oktober 2019

Erneute Mitteilung der Gerichtsbesetzung (ein neuer Schöffe)

- - -