

Rechtsanwalt
Stefan Conen
Meinekestr. 3
10719 Berlin

- Mitglied des Vorstands der Vereinigung Berliner Strafverteidiger
- Lehrbeauftragter der FU Berlin

Stellungnahme zur BT Drucksache 18/9534

I. Zur Stärkung der Beschuldigtenrechte

Der Entwurf, mit welchem u. a. die Verfahrensrechte von Beschuldigten gestärkt werden sollen und welcher die Richtlinie 2013/48/EU umzusetzen gedenkt, geht in die richtige Richtung. Er bleibt indes auf halbem Weg stehen, indem er die in der Richtlinie in den Blick genommenen Beschuldigtenrechte normativ fixiert, ohne allerdings die mit diesen Rechten verbundenen Intentionen für die forensische Praxis durchsetzbar abzusichern. Insofern droht der Entwurf die intendierte notwendige Stärkung der anvisierten Rechte in der Umsetzung zu verfehlen.

Hierzu ist Folgendes auszuführen:

1. Zur vorgeschlagenen Änderung des § 58 Abs. 2 StPO

a)

Ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung bei einer Identifizierungsgegenüberstellung ist zu begrüßen. Offenkundiges Anliegen der Richtlinie und des Gesetzesentwurfes ist es, eine später nicht mehr reproduzierbare „erste Wiedererkennenssituation“, welche über Wohl und Wehe eines Beschuldigten in Form richterlicher Überzeugung von seiner Schuld oder Unschuld entscheiden kann, durch das Anwesenheitsrecht eines Verteidigers erhöhter Transparenz zuzuführen. In der Rechtstatsachenforschung ist anerkannt, dass Fehlidentifizierungen von Tatverdächtigen durch Zeugen eine der Hauptursachen der von Fehlurteilen zu lasten tatsächlich unschuldiger Personen sind.

Anerkannt ist in Wissenschaft und Rechtsprechung weiterhin, dass der erste „Wiedererkennensversuch“ eines Identifizierungszeugen der Entscheidende ist und spätere Reproduktionen oder Wiederholungen allenfalls von sehr

begrenztem Beweiswert sind (vgl. zur Problematik des Ganzen und zum wiederholten Wiedererkennen etwa *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 9. Auflage 2015, Rn. 1386 ff., speziell 1402c m.w.N.). Ein Anwesenheitsrecht der Verteidigung bei Identifizierungsbemühungen von Zeugen war bislang nicht vorgesehen. Allerdings hat der Bundesgerichtshof zumindest für den Fall von polizeilichen Wiedererkennungsexperimenten während laufender Hauptverhandlung die Beteiligung der Verteidigung an derartigen Identifizierungsklärungen bereits gefordert (BGH, NStZ 2010, 53), ohne das hieraus indes entsprechende Rechte für das Ermittlungsverfahren abgeleitet werden könnten.

b)

So sehr also die vorgeschlagene Novellierung des § 58 Abs. 2 StPO zu begrüßen ist, greift sie für das zugrunde liegende Problem der Fehlerträchtigkeit von Wiedererkennensleistungen aus mehrerlei Gründen zu kurz.

aa)

Identifizierungsgegenüberstellungen nach § 58 StPO finden in der Praxis so gut wie nicht (mehr) statt. Dies gilt selbst für den Gerichtsbezirk Berlin, bei dem auch aufgrund der Personalstärke der Hauptstadtpolizei anzunehmen sein sollte, dass sich stets genug geeignete Vergleichspersonen für eine Identifizierungsgegenüberstellung finden lassen würden (bei kleineren Polizeidienststellen in ländlichen Gebieten dürfte eine Identifizierungsgegenüberstellung schon mangels hinreichenden Quantitäten an geeigneten Vergleichspersonen scheitern).

Tatsächlich wird die Praxis ganz überragend davon bestimmt, Identifizierungsfragen mit Zeugen anhand von Wahllichtbildvorlagen zu klären. In manchen Fällen kommt auch die geeignetere sog. sequenzielle Videowahlgegenüberstellung zur Anwendung.

(1)

Die Rechtstatsachenforschung hat wie - eingangs erwähnt - ergeben, dass fehlerhaftes, zumeist irrtümliches, vermeintliches Wiedererkennen von Zeugen die häufigste Fehlerquelle von Fehlurteilen zum Nachteil von erwiesenermaßen unschuldigen Personen ist (vgl. Nachweise etwa bei www.innocenceproject.org). Diese Erkenntnis hat unter Inanspruchnahme wissenschaftlicher Forschung in

den USA bereits zu Reformen der Abläufe von Identifizierungsbemühungen geführt. So hat der Supreme Court von New Jersey - und ihm folgend auch andere Bundesstaaten in den USA - judiziert, dass eine Identifizierung von Beschuldigten durch Zeugenwiedererkennung bestimmten Mindeststandards in der Wiedererkennungssituation genügen solle. Hierzu zählen neben der hier nicht interessierenden Notwendigkeit richterlicher Geschworeneninstruktionen bezüglich allgemeiner Faktoren der potentiellen Unzuverlässigkeit von Augenzeugenidentifizierungen etwa:

- dass bei Gegenüberstellungen die Vernehmungsperson, die den Identifizierungsversuch durchführt, selbst nicht wissen darf, welche unter den Vergleichspersonen der Tatverdächtige ist.
- die Vernehmungsperson zudem den Zeugen unterrichtet, dass der Tatverdächtige sich nicht notwendigerweise unter den ihm zur Identifizierung präsentierten Personen befindet, sondern es sich auch ausschließlich um Vergleichspersonen handeln könnte.

(2)

In der deutschen Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine sequenzielle Wahllichtbildvorlage mit mindestens acht Personen gegenüber einer Wahllichtbildvorlage, bei welcher sämtliche Vergleichspersonen dem Zeugen auf einmal präsentiert werden, vorzugswürdig ist (vgl. BGH, NStZ 2012, 283).

Tatsächlich entsteht nicht selten in der Hauptverhandlung Streit darüber, ob eine Wahllichtbildvorlage ordnungsgemäß durchgeführt wurde und wie die Bedingungen des vermeintlichen Wiedererkennens bzw. die originären Reaktionen des Zeugen auf den Anblick der Bilder waren. Die Hauptverhandlung findet zumeist mindestens erst Monate später statt, so dass der Vernehmungsbeamte aus seiner originären Erinnerung die Wiedererkennungssituation häufig nicht mehr reproduzieren kann, sondern sich auf das zumeist allenfalls äußerst knapp und unzureichend niedergeschriebene damalige Protokoll zu berufen weiß bzw. darüber Hinausgehendes nicht zu berichten vermag. Damit steht für die Verfahrensbeteiligten und schlussendlich auch für das Gericht die für eine Verurteilung ggf. entscheidende Situation bei

der Überzeugungsbildung unzureichend und nicht mehr sicher reproduzierbar als gefährvolle Fehlerquelle im Raum.

(3)

Die Strafprozessordnung ist in ihrer momentanen Verfasstheit systematisch kaum dazu bestimmt, diese Vernehmungssituation in allen Einzelheiten ihres Ablaufs detailliert den Ermittlern vorzuschreiben. Es ist und wird vorerst Aufgabe der Rechtsprechung bleiben, über den jeweiligen Beweiswert von unzureichend durchgeführten Identifizierungsversuchen zu befinden. Allerdings ist es nach hiesiger Auffassung Aufgabe des Gesetzgebers, dem Gericht eine vernünftige Beurteilungsgrundlage abzusichern und die Verurteilung von Unschuldigen zu verhindern, indem die Strafverfolgungsbehörden normativ verpflichtet werden, diese entscheidende - nicht reproduzierbare - Situation bestmöglich zu konservieren. Dies kann nach hiesiger Auffassung nur durch eine gesetzliche Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden geschehen, Identifizierungsbemühungen audiovisuell zu dokumentieren.

Die Kosten sind angesichts der allgegenwärtigen Verbreitung von Aufnahmegeräten zu diesem Zweck praktisch vernachlässigbar und stehen in keinem Verhältnis zu dem Schaden, den ein Fehlurteil - sowohl materiell als auch immateriell - für Bürger und Rechtspflege mit sich bringt.

Zu fordern ist daher, dass ein weiterer Absatz im § 58 StPO regelt, dass jede Form von Identifizierungsgegenüberstellungen, gleichviel, ob sie durch ein sog. „Line-Up“ von natürlichen Personen oder in Form von Wahllicht- oder Videovorlagen (egal ob sequenziell oder gleichzeitig) erfolgt, zwingend audiovisuell zu dokumentieren und die Aufnahme in geeigneter Form in die Ermittlungsakte zu reichen ist.

(4)

Eine Stärkung der Nachvollziehbarkeit von jedweden Identifizierungsleistungen ist aber auch deshalb angezeigt, weil der Gesetzgeber in § 406g StPO mit Wirkung vom 1.1.2017 den psychosozialen Prozessbegleiter eingeführt hat, der zumindest sog. Opferzeugen auch bei Identifizierungsvernehmungen begleiten kann. Auch hier wird absehbar in Hauptverhandlungen Streit entstehen, wenn ein mutmaßlich Geschädigter, ggfls. auch unter gut gemeinten bestärkendem Einfluss des psychosozialen Prozessbegleiters die Sicherheit seiner

Identifizierung zu Protokoll gibt und selbige für die Verfahrensbeteiligten nicht mehr rekonstruierbar ist. Insofern wäre es auch ein Gebot prozessualer Waffengleichheit, wenn die Anwesenheit psychosozialer Prozessbegleiter und ggfls. auch diejenige von Nebenklagevertretern bei der entscheidenden Situation der ersten Identifizierungsbemühung rechtlich zu gestatten ist, dieses auch der Verteidigung einzuräumen und diese jedenfalls audiovisuell zu dokumentieren.

bb)

Die vorgesehene Novellierung des § 58 StPO droht aber auch deshalb leerzulaufen, als derartige Identifizierungsgegenüberstellungen nicht selten am Anfang eines Ermittlungsverfahrens stehen, mithin zu einem Zeitpunkt stattfinden an dem ein Beschuldigter häufig noch keinen Anwalt mandatiert hat, etwa unmittelbar nach seiner Festnahme. Wird etwa – so nicht selten – im Rahmen einer Festnahme in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einer Straftat ein Verdächtiger in Tatortnähe festgenommen und mit anderen Personen gemeinsam potentiellen Identifizierungszeugen vorgeführt, ist es illusorisch, dass selbst wenn er einen Anwalt benachrichtigen kann, dieser unmittelbar in der Lage sein wird, sein Recht auf Anwesenheit wahrzunehmen und durchzusetzen. Dies wäre nach hiesiger Auffassung indes für die Rechte und Rechtsstellung unschädlich, wenn die auch in Abwesenheit eines Anwalts des Beschuldigten durchgeführte Gegenüberstellung audiovisuell dokumentiert würde.

2. Zur Ergänzung des § 136 Abs. 1 StPO

Die Pflicht der Vernehmungsbeamten einen Beschuldigten, der anwaltliche Rücksprache wünscht, bei seinem Bemühen zu unterstützen, ist zu begrüßen.

In der Rechtsprechung war es bislang eher eine Grauzone, inwieweit die vernehmenden Polizeibeamten beim Wunsch auf Verteidigerkonsultation den Beschuldigten zu unterstützen hatten (vgl. etwa BGHSt 42, 15 (20) einerseits; BGHSt 47, 233 (235) f. andererseits).

In der Praxis fällt auf, dass gelegentlich Polizeidienststellen einen derart geäußerten Wunsch zum Anlass nehmen, eine Verteidigerauswahl für den Beschuldigten zu treffen und bestimmte Direktionen stets die gleichen Verteidiger an Beschuldigte heranzuführen, was die Kompetenz der Strafverfolgungsbehörden eindeutig überschreitet und die Fairness des Verfahrens (Art. 20 Abs. 3 GG iVm 2 Abs. 1 GG; Art 6 Abs. 1 EMRK) mehr als in Frage stellt. Insofern wäre es

hinsichtlich des Novellierungsvorschlags wünschenswert, wenn die gesetzliche Regelung explizit den Strafverfolgungsbehörden untersagt, auf die Konsultation eines bestimmten Verteidigers hinzuwirken.

Zu begrüßen ist weiterhin, dass der Verteidiger nunmehr ein gesetzlich verankertes Anwesenheitsrecht bei der Vernehmung des Beschuldigten hat. In der Praxis war dies indes - soweit ersichtlich – bisher kein Problem, zumal bislang bereits auch vertreten wurde, dass dem Verteidiger zumindest verfassungsrechtlich ein solches Recht zustehe (vgl. etwa *Eschelbach* in Satzger/Schluckebier/Widmaier - StPO, 2. Aufl. 2016, Rn. 60 m.w.N.) und entgegenstehende Rechtsprechung, die einem Verteidiger die Anwesenheit untersagen würde, nicht ersichtlich ist. Insofern hat diese Novellierung tatsächlich zuvörderst deklaratorischen Charakter.

3. Zur Ergänzung des § 168b StPO

Gegen die Ergänzung des Absatzes 2 des § 168b StPO ist aus hiesiger Sicht nichts zu erinnern, außer, dass praktisch kaum eine Situation denkbar sein kann, in der bei einer staatsanwaltschaftlichen Vernehmung überhaupt kein Protokoll über selbige gefertigt werden kann – und sei es handschriftlich. Insofern sollte nach hiesiger Auffassung dies zumindest auch in den Gesetzesmotiven herausgestellt werden, um den Eindruck von vornherein zu unterbinden, staatsanwaltschaftliche Vernehmungen ohne Protokollierungen könnten prozessual tunlich sein.

4. Zur unterlassenen Sicherung der statuierten Rechte

Die umgesetzte EU-Richtlinie verlangt in Art. 12 Abs. 2, dass die Mitgliedsstaaten dafür Sorge tragen, dass Verletzungen der genannten Beschuldigtenrechte im Verfahren unbeschadet der nationalen Beweiserhebungsregeln Beachtung finden. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist insoweit das Prinzip anerkannt, dass dort, wo der Staat Verantwortung für die Wahrung der Rechte des Fairen Verfahrens hat, er auch die Beweislast für die Einhaltung der Verfahrenskonformität trägt (vgl. etwa zur Tatprovokation EGMR: *Ramauskas vs. Litauen*; *Bannikova vs. Russia*; *Furcht vs. Deutschland*). Diesem Rechtsgedanken und den Anforderungen an eine Sicherung der Einhaltung staatlicher Verpflichtungen in Umsetzung der EU-Richtlinie genügt der vorliegende Entwurf nicht.

Das Problem, wie mit Verstößen gegen Belehrungspflichten umzugehen ist, welche die verfassungsrechtlich garantierte Verteidigungsposition des Beschuldigten betreffen oder wie diese ggfs auch zu verhindern oder zumindest aufklärbar wären, bleibt in der vorgeschlagenen Novelle offen. Es wird absehbar die Praxis (weiterhin) prozessunökonomisch und in der Sachaufklärung unbefriedigend beschäftigen und der Entwurf verabsäumt es leider auch, bereits bestehende, erkannte Probleme einer Lösung zuzuführen:

a)

In der Rechtsprechung gilt herrschend, dass aus bestimmten Verstößen gegen Belehrungspflichten Beweisverwertungsverbote für die nachfolgende, untunlich erfolgte Vernehmung folgen können, sofern der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger in der Hauptverhandlung zum Zeitpunkt des § 257 StPO der Verwertung einer derart bemakelten Vernehmung widerspricht. Indes ist die gegenwärtige Rechtslage und -praxis ungenügend, als es dem Beschuldigten überantwortet ist, diesen Verfahrensverstoß zu beweisen, womit er regelmäßig fast zwangsläufig scheitern muss.

Tatsächlich ist es in der Praxis nämlich vielfach so, dass ein standardisierter Belehrungstext auf einem Vordruck im Computer der Polizei existiert, welcher sich an die Aufnahme der Personalien anschließt. Diesen hat der Beschuldigte regelmäßig gesondert nach dem Ausdruck der gesamten Vernehmung zu unterschreiben. Steht im Streit, ob die Belehrung ordnungsgemäß erfolgte oder nicht, steht das Wort der Vernehmungsbeamten gegen das des Beschuldigten, mit der Folge, dass der Verfahrensverstoß nicht bewiesen ist und ein ggf. tatsächlich erfolgter Rechtsverstoß unbeachtlich bleibt. Hier bleibt die vorgeschlagene Gesetzesformulierung hinter der formulierten Intention einer nicht nur deklaratorischen Stärkung der Beschuldigtenrechte zurück.

b)

Da sich der Entwurf bereits mit der Dokumentation der Verteidigungsrechte betreffend ihrer Anwesenheit (Ergänzungsvorschlag bei § 168b StPO) befasst, wäre es angezeigt, auch gesetzlich zu statuieren, dass zumindest die Belehrung audiovisuell ebenso dokumentiert wird, wie die Erklärung des Beschuldigten vor seiner Vernehmung, dass er diese Belehrung verstanden hat.

Dies würde erneut den nicht selten ausufernden Streit in der späteren Hauptverhandlung hierüber ersparen können und damit nicht nur der Rechtsklarheit, sondern auch der Verfahrensökonomie und letztlich der Legitimation der Gesetzmäßigkeit des Verfahrens dienen. Bereits die vom BMJV eingesetzte jüngste Expertenkommission hatte in ihrem Bericht zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens auf Seite 67 gefordert, dass zumindest bei schwereren Tatvorwürfen Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen im Regelfall audiovisuell aufgezeichnet werden sollten. Ohne, dass auf diese damit zusammenhängenden Fragen hier einzugehen wäre, gilt jedenfalls, dass der Satz der Kommission, nach welchem die audiovisuelle Dokumentation einen wertvollen Beitrag zur Optimierung der Wahrheitsfindung im Ermittlungsverfahren leiste, gerade auch zur Sicherung der essentiellen Beschuldigtenrechte geeignet ist, wenn deren Wahrung entsprechend dokumentiert wird. Allein dies würde der angesprochenen intendierten Stärkung der Rechte aus der EU hinreichend Rechnung tragen.

5.

Nach alledem bleibt der Entwurf nach hiesiger Auffassung auf halber Strecke stehen, wenn er die so häufig im Streit stehende Einlösung (u. a.) der (neu) normierten Rechte nicht zum verpflichtenden Dokumentationsgegenstand polizeilicher Vernehmungen in einer unproblematisch in der Hauptverhandlung reproduzierbaren Weise macht.

II. Zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes und der § 114b und 114c StPO

Gegen die Fassung des neu einzuführenden § 67a JGG ist aus hiesiger Sicht nichts zu erinnern. Gleiches gilt für die klarstellenden Einfügungen in § 114b und c StPO, wo jeweils herausgestellt wird, dass allein eine „erhebliche“ Gefährdung Einschränkungen rechtfertigen kann.

III. Zur Änderung des EGGVG

Die Regelungen der §§ 31ff EGGVG, die sog. Kontaktsperre, sollen gem. § 31 Abs. 2 EGGVG im Vorverfahren und nach rechtskräftiger Aburteilung weiterhin auf den Verteidiger erstreckt werden können. Diese Möglichkeit ist nicht an

Gründe gekoppelt, welche in der Person des Verteidigers liegen, sondern voraussetzungslos schlicht daran, dass er eine bestimmte Person vertritt, welche im Sinne der Vorschrift Beschuldigter ist. In diesem Fall soll der Beschuldigte – wie bislang – gem. § 34a EGGVG das Recht auf Beiordnung eines weiteren Anwalts als „Kontaktperson“ haben.

Dieses pauschale Misstrauensvotum gegen die freie Advokatur, das im sog. Deutschen Herbst während der Schleyerentführung im Hauruckverfahren Gesetz wurde, ist in der Praxis ein verstaubtes Relikt geblieben, das hiernach – soweit ersichtlich – nicht mehr zur Anwendung kam. Das damals legislatorisch geäußerte Misstrauen ist bar jeder empirischen Berechtigung und sollte ersatzlos aufgegeben werden, zumal es mit Art. 6 Abs. 3b EMRK nicht in Einklang zu bringen ist.

IV. Zur Änderung des GVG betreffend der erweiterten Möglichkeit der Schöffeneignung

Hier soll von einer Stellungnahme abgesehen werden, sondern nur Folgendes zu bedenken gegeben werden:

Schöffen, die in höherem Alter mit dem steigenden Risiko gesundheitlicher Beeinträchtigungen noch tätig sind, können Umfangprozesse ggfls. gefährden, wenn sie im Laufe des Prozesses evtl. ganz ausfallen oder nur noch eingeschränkt für einige Zeit am Tag an diesen teilnehmen können, was zu Verletzungen des Beschleunigungsgebotes insbesondere dann führen kann, wenn Angeklagte sich in Untersuchungshaft befinden.

Berlin, 8.12.

Conen
Rechtsanwalt