

*Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Andreas Mosbacher (5. Strafsenat)
Honorarprofessor der Universität Leipzig für Strafrecht und Strafprozessrecht,
insbesondere Wirtschaftsstrafrecht und Revisionsrecht*

Stellungnahme

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglichen Ausgestaltung des Strafverfahrens – BT-Drucks. 18/11277

zur öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 29. März 2017

1. Änderungen im Befangenheitsrecht (Art. 1 Nr. 1 bis 3)

Die geplanten Änderungen in § 26, § 26a und § 29 StPO sind aus Sicht der Praxis uneingeschränkt zu begrüßen. Rechtliche oder tatsächliche Bedenken gegen die vorgeschlagenen Regelungen bestehen nicht. Ohne dass es zu einem Rechtsverlust der Verfahrensbeteiligten kommt, wird so eine Möglichkeit beseitigt, „Sand ins Getriebe der Hauptverhandlung zu streuen“.¹

2. Änderungen bei Untersuchung von DNA-Material (Art. 1 Nr. 4 und 5)

Insgesamt ist gegen die Vorschläge des Gesetzesentwurfs nichts einzuwenden. Dies gilt zunächst für die Klarstellungen in § 81e Abs. 1 Satz 1 und § 81c Abs. 2 Satz 3 StPO und die Änderungen in § 81h Abs. 3 und Abs. 4 StPO-E (Art. 1 Nr. 4 und Art. 1 Nr. 5 Buchst. b und c).

Für die Verwertung von Beinahe-Treffern bei DNA-Untersuchungen fehlt es bislang an einer gesetzlichen Grundlage; ein Beweisverwertungsverbot hat der Bundesgerichtshof insoweit allerdings für Altfälle – vom Bundesverfassungsgericht unbeanstandet – angesichts der bis dahin ungeklärten Rechtslage abgelehnt.² Bei seiner Abwägungsentscheidung hat der Bundesgerichtshof den Eingriff in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG als nicht besonders schwerwiegend bewertet, sondern vor allen Dingen auf das Fehlen einer gesonderten gesetzlichen Grundlage abgestellt.³ Dass der Gesetzgeber diese gesetzliche Grundlage nunmehr in § 81h Abs. 1 StPO-E schaffen will (Art. 1 Nr. 5 Buchst. a), erscheint mir verfassungsrechtlich unbedenklich und im Interesse der Wahrheitserforschung gut vertretbar. Gleiches gilt für die vom Bundesrat empfohlene Erweiterung der Untersuchungsmöglichkeit von DNA-Material auf die Feststellung äußerer Merkmale (vgl. BT-Drucks. 18/11277 S. 43 und 47).

¹ Vgl. hierzu näher bereits Mosbacher, Das Strafverfahrensrecht – ein schon etwas baufälliges Haus, in: Jahn/Radtke (Hrsg.), Deutsche Strafprozessreform und Europäische Grundrechte – Herausforderungen auch für die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen?, S. 29 ff.

² Vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 – 3 StR 117/12, BGHSt 58, 84; BVerfG, Beschluss vom 13. Mai 2015 – 2 BvR 616/13.

³ Vgl. BGH aaO Rn. 25, 40.

3. Änderungen bei § 101b Abs. 6, § 101b Nr. 2 StPO (Art. 1 Nr. 6 und 7)

Die geplanten Änderungen sind aus meiner Sicht unproblematisch.

4. Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen bei vorsätzlichen Tötungsdelikten nach § 136 Abs. 4 StPO-E (Art. 1 Nr. 8)

a) Was bringt eine solche Aufzeichnung?

Gerade in Kapitalstrafsachen kommt den frühen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren nicht selten eine entscheidende Bedeutung zu, weil hier Beschuldigte (und auch Zeugen) häufig authentischer als später von ihren Wahrnehmungen etc. berichten. Ändert der Beschuldigte später sein Aussageverhalten (was nicht selten vorkommt), muss in der Hauptverhandlung der Inhalt der früheren Vernehmung oft mühsam rekonstruiert werden. Als Beweismittel hierfür steht neben dem Vernommenen selbst die Vernehmungsperson zur Verfügung, die in der Regel ein zusammenfassendes Inhaltsprotokoll der Vernehmung hergestellt hat (vgl. Nr. 45 Abs. 2 RiStBV); die Verlesung des aufgenommenen Vernehmungsprotokolls zu unmittelbaren Beweis Zwecken allein ist regelmäßig nicht gestattet.⁴ Der Versuch, den Inhalt einer meist viele Monate oder Jahre zurückliegenden Vernehmung durch die Befragung der Vernehmungspersonen zu ermitteln, führt in der Hauptverhandlung nicht selten zu großen Schwierigkeiten und Verzögerungen.

Gelingt es nicht, den konkreten Inhalt einer früheren Vernehmung exakt zu ermitteln, kann dies für die Entscheidung des gesamten Falls entscheidend sein. Dies zeigt etwa ein unlängst vom Bundesgerichtshof entschiedener Fall, in dem die Frage einer Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus wegen des Vorwurfs eines schwerwiegenden Tötungsdelikt auch entscheidend davon abhing, was der Beschuldigte in einer frühen Vernehmung gesagt hatte. Auch wegen der Unmöglichkeit, die Vernehmung, in der sich der Beschuldigte selbst schwer belastet haben soll, ganz genau zu rekonstruieren, wurde die Unterbringung letztlich abgelehnt.⁵

Damit dient die Aufzeichnung nicht nur der Wahrheitsfindung und dem Schutz vor Fehlurteilen⁶, sondern auch der effektiveren Durchführung der Hauptverhandlung, weil der nicht seltene Streit über den genauen Inhalt einer früheren Vernehmung angesichts der objektiven Grundlage vermieden werden kann.

b) Auswirkungen auf die Revision

Auswirkungen auf die revisionsgerichtliche Beurteilung von Fällen hat die Änderung nicht. Schon bislang gibt es Videoaufzeichnungen von Vernehmungen, insb. in Fäl-

⁴ Vgl. hierzu ausführlich Mosbacher, Zur Zulässigkeit vernehmungsergänzender Verlesung, in: NSTZ 2014, 1 ff.

⁵ Urteil des Landgerichts Traunstein vom 26. Juni 2015, Revision verworfen durch Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Juli 2016 – 1 StR 607/15, in der Revisionsentscheidung spielte dieser Punkt allerdings keine Rolle mehr.

⁶ Hierzu ausführlich bereits Mosbacher, Das Ideal richterlicher Wahrheitsfindung und die Betrübnisse des wirklichen Lebens – Richterliche Schuldfeststellung und die Gefahr des Fehlurteils, in: Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2015, 82 ff., insb. 89 f.

len sexuellen Missbrauchs von Kindern (vgl. § 58a StPO), ohne dass sich hieraus für das Revisionsverfahren besondere Komplikationen ergeben hätten. Das Revisionsverfahren ist zudem ein durchweg schriftliches Verfahren. Will ein Revisionsführer etwa rügen, dass der Inhalt einer Vernehmungsaufzeichnung in den Urteilsgründen fehlerhaft wiedergegeben ist (Inbegriffsrüge nach § 261 StPO, eine solche Rüge ist auch bei im Urkundenbeweis eingeführten schriftlichen Vernehmungsprotokollen möglich), muss er den Vernehmungsinhalt verschriften; lediglich zum Beweis seines Vortrags kann die Aufzeichnung dienen, wenn sie unmittelbar zu Beweis Zwecken in die Hauptverhandlung eingeführt wurde (vgl. § 255a StPO).

c) Verfahren, denen ein vorsätzliches Tötungsdelikt zugrunde liegt?

Die Beschränkung der modifizierten Aufzeichnungspflicht auf Tötungsdelikte erscheint sinnvoll, um einmal in einem begrenzten Umfang Erfahrungen damit zu machen. Dass dies bei den schwerwiegendsten Delikten (Tötungsverbrechen) geschehen soll, bietet sich gerade auch vor dem Hintergrund der entsprechenden Spezialisierung von Mordkommissionen bei der Kriminalpolizei und entsprechenden Abteilungen bei den größeren Staatsanwaltschaften an.

Insoweit erscheinen allenfalls die Terminologie und die Beschränkung auf vorsätzliche Tötungsdelikte noch verbesserungswürdig. Im Ermittlungsverfahren besteht nur der „Verdacht“ einer Straftat, was in der Gesetzesformulierung bislang nicht deutlich wird. Zudem ist gerade bei Todesfällen nicht immer von Anfang an klar, ob es sich bei der Tat um ein vorsätzliches Tötungsdelikt im Sinne von §§ 211, 212 StGB oder etwa um eine vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), einen Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) oder etwa eine Vergewaltigung mit Todesfolge (§ 178 StGB) handelt. Auch wegen des Gleichlaufs der Spezialisierung von Mordkommissionen, Kapitalabteilungen bei der Staatsanwaltschaft und Schwurgerichtskammern bietet es sich aus meiner Sicht eher an, für die Frage der Aufzeichnung an den Straftatenkatalog anzuknüpfen, der die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründet (§ 74 Abs. 2 GVG).⁷ Dies würde lediglich zu einer moderaten Erweiterung der Aufzeichnungspflicht führen, dafür aber das Ermittlungsverfahren gerade in der Anfangsphase von schwierigen Abgrenzungsfragen entlasten.

§ 136 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StPO-E sollte m. E. also wie folgt formuliert werden:

„1. der Verdacht eines Verbrechens im Sinne von § 74 Abs. 2 GVG besteht und...“

5. Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren (Art. 1 Nr. 9)

Die geplante Änderung in § 141 Abs. 3 Satz 3 StPO-E erscheint sinnvoll und geboten. Eine Entscheidungshoheit des Gerichts ist gerade in diesem Bereich wichtig. Damit einhergehend könnte man auch eine Antragsbefugnis des Beschuldigten regeln, der sich ohnehin nun mit Anträgen/Anregungen an das Gericht wenden kann.

⁷ So bereits Mosbacher, DRiZ 2016, 299.

Die geplante Zuständigkeitskonzentration in § 141 Abs. 4 StPO-E wird begrüßt.

6. Einstellung nach § 153a StPO im Revisionsverfahren? (Art. 1 Nr. 10)

Die geplante Änderung erscheint aus meiner Sicht jedenfalls für den Bereich des Bundesgerichtshofs nicht sinnvoll.

Vor dem Bundesgerichtshof werden die Revisionen in Fällen der Schwerekriminalität oder der großen Wirtschaftskriminalität verhandelt, in denen es bereits eine erstinstanzliche Entscheidung gibt. Die Einstellungsmöglichkeit nach § 153a StPO betrifft hingegen Fälle kleiner und mittlerer Kriminalität, bei denen möglichst frühzeitig das Verfahren aus auch verfahrensökonomischen Gründen einvernehmlich beendet werden soll. Eine Verfahrensweise nach § 153a StPO hindert zudem oft den schnellen Verfahrensabschluss, weil erst die vorläufige Einstellung des Verfahrens mit Fristsetzung für die Erfüllung von Auflagen/Weisungen erfolgt, anschließend die Frist nicht selten bei unverschuldeter Säumnis nochmals verlängert wird und erst dann entweder das Verfahren endgültig eingestellt werden kann oder wieder aufgenommen werden muss. Derartige „Hängepartien“ sind für die von dem Bundesgerichtshof zu entscheidenden Fälle nicht sinnvoll.

Zudem besteht die Gefahr, dass es gerade in komplizierten und großen Wirtschaftsstrafverfahren mit ausreichend finanzkräftigen Beschuldigten zu einem „Freikaufen“ vom strafrechtlichen Vorwurf kommen wird, was die Ungleichbehandlung von Wirtschaftskriminalität im Vergleich zu „normaler“ Kriminalität (vgl. insoweit BGHSt 50, 299, 308 f.) noch vertiefen dürfte.

6. Erscheinens- und Aussagepflicht bei der Polizei (Art. 1 Nr. 11)

Die geplante Neuregelung ist aus meiner Sicht rechtlich unbedenklich und aus Praxis­sicht zu begrüßen; sie wird in vielen Fällen zu einer deutlichen Straffung des Ermittlungsverfahrens führen.

7. Folgeänderung bei § 163a StPO (Art. 1 Nr. 12)

Die Folgeänderung ist richtig und geboten.

8. Abstimmung vor größeren Hauptverhandlungen (Art. 1 Nr. 13)

Die geplante Regelung erscheint unproblematisch, vielfach wird heute schon so verfahren.

9. „opening statement“ bei Großverfahren (Art. 1 Nr. 14)

Aus meiner Sicht ist die geplante Regelung unproblematisch, als Vorsitzender bin ich in entsprechenden Verfahren – wie andere Kolleginnen und Kollegen auch - entsprechenden Wünschen schon früher nachgekommen. Zu erwägen wäre allerdings, der Nebenklage eine entsprechende Erwidernsbefugnis einzuräumen und die Erwidernsbefugnis der Staatsanwaltschaft im Gesetz klarzustellen, etwa durch folgenden § 243 Absatz 5 Satz 5:

„Das Gericht kann der Staatsanwaltschaft und Vertretern der Nebenklage Gelegenheit zur Erwiderung geben; Satz 4 gilt entsprechend.

10. Beweisantragsbescheidung erst im Urteil bei Anträgen nach Fristablauf (Art. 1 Nr. 15)

Das Beweisantragsrecht legt als Ausgleich zur starken Stellung des Gerichts bei der Wahrheitsermittlung im reformierten Inquisitionsprozess fest, in welchem Umfang die anderen Prozesssubjekte durch Beweisanträge auf das Beweisprogramm des Gerichts Einfluss haben können. Die Funktion des Beweisantragsrechts besteht im Kern darin, den übrigen Verfahrensbeteiligten eine Teilhabe an der Wahrheitsermittlung in der Hauptverhandlung zu sichern, indem das Gericht in bestimmten Fällen gezwungen werden kann, Beweise zu erheben, die es von sich aus nicht erheben will.⁸ Diese notwendiger Weise starke Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten wird durch den Vorschlag nicht berührt. Auch nach der geplanten Neuregelung bleibt es dabei, dass das Gericht bei einem formgerechten Beweisantrag den begehrten Beweis erheben muss, wenn nicht einer der gesetzlichen Ablehnungsgründe (§§ 244, 245 StPO) vorliegt. Entscheiden hierüber darf nach wie vor nur das Gericht.

Betroffen von der Neuregelung ist lediglich die Informationsfunktion des Ablehnungsbeschlusses. Bislang muss das Gericht alle Beweisanträge (Ausnahme Hilfsbeweisanträge) in der Hauptverhandlung durch begründeten Beschluss bescheiden. Da Beweisanträge noch bis zur Urteilsverkündung, also etwa nach Schluss der Beweisaufnahme und dem Plädoyer der Staatsanwaltschaft, gestellt werden können, birgt dies erhebliches Verzögerungspotential.⁹ Schutzwürdige Interessen, die eine ganz späte Stellung von Beweisanträgen rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich; auf berechnete Verspätungen geht der Entwurf in der gebotenen Weise ein. Insoweit erscheint die vorgeschlagene Regelung ein „minimalinvasiver“ Eingriff in das Beweisantragsrecht, durch den eine erhebliche Effektivierung der Hauptverhandlung erreicht werden kann.

11. Änderungen bei § 254 und § 256 StPO (Art. 1 Nr. 16 und 17)

Die geplanten Änderungen bei § 254 StPO¹⁰ und § 256 StPO sind sinnvoll und werden begrüßt. Gerade durch die Neuregelung des § 256 StPO wird eine häufige Fehlerquelle beseitigt.

12. Änderung der Hinweispflicht in § 265 StPO (Art. 1 Nr. 19)

Die geplante Änderung entspricht im Wesentlichen den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung und ist zu begrüßen. In diesem Zusammenhang ist jedoch da-

⁸ Vgl. hierzu näher Mosbacher, Perspektiven des Beweisantragsrechts – Der spezielle Beweiserhebungsanspruch als Anspruch auf Teilhabe am Prozess der Wahrheitsfindung, HRRS-Gedächtnisgabe für Gunter Widmaier, 2013, S. 79 ff.

⁹ Vgl. etwa den Fall BGH NJW 2005, 2466, in dem der Bundesgerichtshof erstmals eine Lösung wie die vorgeschlagene erwogen hat (die Entscheidung habe ich als damaliger wiss. Mitarbeiter mitentworfen)

¹⁰ Vgl. zu dessen Regelungsgehalt näher Mosbacher, in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 254 Rn. 1 ff.

rauf hinzuweisen, dass die „starre“ Aussetzungspflicht in § 265 Abs. 3 und 4 StPO nach erheblicher Ausweitung der Unterbrechungsfristen auf drei Wochen und mehr (§ 229 Abs. 1 und 2 StPO) nicht mehr nachvollziehbar erscheint. In aller Regel wird ein Zeitraum von drei Wochen ausreichen, um auf entsprechende Hinweise reagieren zu können.

§ 265 Abs. 3 und 4 StPO sollten also dahingehend ergänzend werden, dass nach den Worten „Hauptverhandlung auszusetzen“ jeweils die Worte stehen „oder zu unterbrechen“.

13. Gegenerklärung der Staatsanwaltschaft (Art. 1 Nr. 20)

Gerade aus Sicht des Bundesgerichtshofs ist die entsprechende Regelung zu begrüßen.

14. Sonstige Änderungsvorschläge (Art. 1 Nr. 21 und 22, Art. 2 bis 6)

Gegen die weiteren geplanten Änderungen bestehen keine Bedenken.

Leipzig, den 27. März 2017

Prof. Dr. Andreas Mosbacher