

Kann man hoffen, dass sich die Rechtspolitik an dieser Maxime orientieren wird? Das ist unwahrscheinlich. Schon das ›Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens‹ aus dem vergangenen August folgt – im Vergleich etwa mit den Vorschlägen der vom BMJV einberufenen Expertenkommission – sehr weitgehend den auf einen schlanken Strafprozess zielenden Wünschen aus der Strafjustizpraxis. Wird die große Koalition ihre Arbeit fortsetzen, so wird auch die dem zugrunde liegende Haltung weiter die Rechtspolitik dominieren. Im zwischen CDU, CSU und SPD ausgehandelten Koalitionsvertrag etwa heißt es: »Wir vereinfachen weiter die Ablehnungsmöglichkeiten von missbräuchlichen Befangenheits- und Beweisanträgen. Besetzungsrügen sollen künftig in einem Vorab-Entscheidungsverfahren entschieden werden.« Das ist, was die Befangenheits- und Beweisanträge angeht, noch sehr unkonkret. Die Richtung aber ist mit dem formulierten Ziel – Vereinfachung von Ablehnungsmöglichkeiten – deutlich zu erkennen. Und was den Passus angeht, dass über Besetzungsrügen künftig in einem Vorab-Entscheidungsverfahren entschieden werden soll, trägt der Koalitionsvertrag bereits die Handschrift des entsprechenden Vorschlages des Strafkammertages. Für alle diejenigen, die an einem die Rechte der Angeklagten schützenden Strafprozess interessiert sind, gilt also weiterhin, wachsam zu sein und Widerstand zu leisten gegen eine Erosion der Rechte der Angeklagten.

RiLG Dr. Markus Löffelmann

NACH DER REFORM IST VOR DER REFORM: NOTWENDIGKEIT EINER GESAMTNOVELLIERUNG DER STPO?

I. DAS GEWICHT DER ENTWICKLUNG DES STRAFPROZESSRECHTS

Die Entwicklung des deutschen Strafverfahrensrechts in den vergangenen 67 Jahren seit dem sog. Vereinigungsgesetz vom 12.09.1950, mit dem die StPO nach der Zeit des Nationalsozialismus neu gefasst wurde, hat ein Gewicht. Es beträgt 883 Gramm. Die genannte Zahl bezeichnet die Gewichtszunahme der Kommentierungen zur StPO in dem von *Otto Schwarz* begründeten Standardwerk zwischen der 14. Auflage von 1951 und der aktuellen Ausgabe. In relativen Zahlen hat sich nach diesem Maßstab der Umfang der Strafprozessrechtsmaterie nahezu um den Faktor 3,5 vervielfacht, wobei die Parameter der Schriftart, Typengröße und Papierdicke noch unberücksichtigt sind. Aufschlussreich sind auch folgende Zahlen: Die reformierte StPO von 1950 umfasste 487 Paragraphen, darunter 52 mit Buchstabenbezeichnungen versehene. Dem stehen Stand 2018 663 Vorschriften gegenüber, darunter 205 ›eingeflickte‹. Die Zahl der ändernden Gesetze betrug in den ersten 72 Jahren seit dem erstmaligen Inkrafttreten der StPO bis zum Vereinigungsgesetz 29. In dem einige Jahre kürzeren Zeitraum sind seitdem 206 Änderungsgesetze hinzugekommen.

Die Rechtsanwendung – und ich spreche hier in erster Linie aus Sicht der Tatgerichte – hat mit diesen zahlreichen Änderungen zu kämpfen. Die Strafprozessordnung in ihrer heutigen Form ist nicht nur den hohen Anforderungen, die von gesellschaftlicher und politischer Seite an eine moderne Strafjustiz gestellt werden, nicht mehr adäquat, sondern droht aufgrund ihrer hohen Komplexität und geringen inneren Konsistenz die mit der Kodifizierung von Normen verbundene Erwartung an Rechtsstaatlichkeit ins Gegenteil zu verkehren: Ein hohes Maß an Ausdifferenziertheit des Rechts bei einem gleichzeitigen Mangel an innerer Systematik befördert – das liegt auf der Hand – das Entstehen von Rechtsanwendungsfehlern.

II. DEFIZITÄRE STRAFVERFAHRENSRECHTSETZUNG

Seitens der Rechtspolitik wird dieser *systemischen* Problematik des Strafverfahrensrechts kaum Beachtung geschenkt. Zwar wird Rechtspolitik im politischen und öffentlichen Raum weitgehend mit Kriminalrechtspolitik identifiziert. Deren Anspruch erschöpft sich allerdings überwiegend in einer anlassabhängigen Nutzung des materiellen und prozessualen strafrechtlichen Instrumentariums, um kurzfristig auf tatsächliche oder vermeintliche Missstände zu reagieren. Aus dem Bereich des materiellen Strafrechts ließen sich dafür gerade aus der vergangenen Legislaturperiode zahlreiche Beispiele nennen, auf die ich hier nicht näher eingehen kann. Im Bereich des Verfahrensrechts wurden mit dem Bericht der Reformkommission von Oktober 2015 schon im Ausgang eher insuläre und wenig ambitionierte Reformvorschläge unterbreitet, deren ohnehin geringe reformatorische Kraft im weiteren Gang des Gesetzgebungsverfahrens weitgehend verloren ging. In manchen Punkten wurde der Anspruch des Gesetzes, das Strafverfahren »effektiver und praxistauglicher« auszugestalten, aus Sicht der Tatgerichte eher konterkariert, etwa was die neu geschaffene Möglichkeit eines Eingangsstatements der Verteidigung (§ 243 Abs. 5 S. 2), das Erfordernis eines vorgelagerten Erörterungstermins über den Gang der Hauptverhandlung mit u.U. zahlreichen Nebenklagevertretern (§ 213 Abs. 2), die Verpflichtung zu laufenden tatsächlichen Hinweisen (§ 265 Abs. 2) und die wenig stringente Einführung der obligatorischen audiovisuellen Aufzeichnung von Beschuldigtenvernehmungen (§ 136 Abs. 4) anbelangt. Die wenigen von gerichtlicher Seite begrüßten Änderungen, namentlich im Befangenheitsrecht (§ 26 Abs. 1 S. 2, § 26a Abs. 1 Nr. 2, § 29 Abs. 1) und Beweisanspruchsrecht (§ 244 Abs. 6), werden in ihrer praktischen Anwendung keinerlei spürbaren Effizienzgewinn bringen.

Verfehlt wurde auch der ambitionierte Anspruch, das Recht der Vermögensabschöpfung neu und besser verständlich auszugestalten. Durch die starke Ausweitung der Einziehungsmöglichkeiten (§§ 73a, 73b, 76a Abs. 1, Abs. 4 StGB), auch außerhalb eines Bezugs zur konkret in Rede stehenden Tat, die regelmäßige Klärung und Befriedigung zivilrechtlicher Ansprüche von Geschädigten im Strafvollstreckungsverfahren (§§ 459g ff.) und die Schließung von Ermessensspielräumen

der Tatgerichte (insbes. durch die Streichung des § 73c StGB a.F.) wird das Strafverfahren unter dem griffigen Motto, der Straftäter dürfe aus seiner Tat keinen Vorteil ziehen und Geschädigte sollten unmittelbar finanzielle Kompensation für erlittene Schäden erlangen, mit prozessualen Nebenschauplätzen überfrachtet. Der Kern der tatgerichtlichen Aufgabe – die Wahrheitserforschung – wird dadurch zunehmend an den Rand gedrängt. Wie die Gerichte z.B. in großen Wirtschaftsverfahren mit einer Vielzahl von Drittbetroffenen und Geschädigten mit den weitreichenden Beteiligungsrechten von Einziehungsbeteiligten und Nebenbetroffenen (§§ 424 ff., § 438) praktisch umgehen sollen, mag man sich gar nicht ausmalen.

III. NOTWENDIGKEIT EINER GESAMTREFORM

Reden wir über Reformbedürftigkeit im Strafverfahrensrecht, so ist es notwendig, das Gesamte des Kriminalrechts im Blick zu behalten. Ein Strafverfahren, das es jedem recht machen soll – den Beschuldigten und Verteidigern, den Opfern und ihren rechtlichen und psychosozialen Beiständen, den Anspruchsberechtigten, den Medien und nicht zuletzt der Öffentlichkeit –, ein Strafverfahren, das zugleich in immer höherem Maße Komplexität verarbeiten soll und hierfür, gemessen am zunehmenden Fallaufkommen, immer weniger Ressourcen zur Verfügung hat, ein Strafverfahren, das aber auch hohen rechtsstaatlichen Prozessmaximen verpflichtet sein soll, steht in einem Zielkonflikt, der für die Tatgerichte kaum auflösbar ist. Will man das Strafverfahrensrecht nachhaltig stärken, so darf man sich nicht mit punktuellen Änderungen begnügen und in immer tieferen Ausdifferenzierungen verlieren. Es ist vielmehr erforderlich, das Strafverfahrensrecht vor dem Hintergrund gegenwärtiger rechtstatsächlicher Anforderungen von seinen verfassungsrechtlichen Bezügen her neu zu denken und systematisch zu ordnen. Die Strafprozessordnung muss wieder aus sich heraus – und nicht nur über den Umweg des Erforschens partikularer, mitunter auch divergierender Judikate der Obergerichte – erschließbar und für erfahrene Tatrichter einem intuitiven Verständnis zugänglich werden. Dass dies gegenwärtig nicht der Fall ist und wo einige Schwerpunkte einer solchen notwendigen Systematisierung liegen könnten, möchte ich an ausgewählten Beispielen illustrieren.

1. Das Recht des Ermittlungsverfahrens

Zurecht gilt das Ermittlungsverfahren als ein entscheidendes Stadium des Strafverfahrens, dessen Bedeutung gerade auch für die Verteidigung nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Diese zentrale Funktion spiegelt sich nicht ansatzweise in der Dogmatik des Gesetzes. Die Ermittlungsbefugnisse selbst sind über mehrere Bücher und Abschnitte der StPO verstreut und entbehren der inneren Konsistenz. Warum etwa Eingriffe in Art. 13 GG mittels technischer Mittel in einer hochdifferenzierten Weise geregelt und nur zur Verfolgung besonders schwerer Straftaten zulässig sind, physische Eingriffe in dasselbe Grundrecht hingegen zur Verfolgung von Bagatelldelikten und sogar Ordnungswidrigkeiten ohne weitere qualifizierte Anordnungsvoraussetzungen erfolgen dürfen, lässt sich nur historisch erklären. Der Rechtsschutz gegen Ermittlungsmaßnahmen ist unübersichtlich, lückenhaft und nicht frei von Widersprüchen. Die Anzahl »eingeflickter« Paragraphen ist im Recht des Ermittlungsverfahrens so groß wie nirgendwo sonst. Die von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Leitlinien erscheinen auf gesetzlicher Ebene nur im Recht der technischen Überwachungsmaßnahmen, wo sie den Befugnissen die Gestalt ausufernder Dienstweisungen verleihen, nicht aber bei den herkömmlichen Maßnahmen. Schließlich ist gerade das Ermittlungsverfahren stetiger Gegenstand rechtspolitischer Forderungen nach einer Ausweitung von Befugnissen. In den Hintergrund gerät dabei die Frage, ob eine verfassungskonforme Ausgestaltung einzelner Befugnisse nur um den Preis nicht mehr praxistauglicher Komplexität zu haben ist. Weniger kann manchmal mehr sein. Bestehende Regelungslücken, etwa betreffend den Einsatz von V-Leuten und die Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation, sollten geschlossen werden. Schließlich erscheint auch das Recht der Untersuchungshaft reformbedürftig. Die gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Verhängung von Untersuchungshaft, ihre Ausgestaltung, insbesondere was die belastende Anordnung von Trennungen anbelangt, und die Subsidiarität der Haft gegenüber alternativen Möglichkeiten der Verfahrenssicherung werden in der Praxis viel zu selten mit der gebotenen Sorgfalt behandelt. Untersuchungshaft, namentlich auch

nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens, darf – das ist dogmatisch so selbstverständlich wie aus praktischer Sicht idealistisch – kein Mittel der Effizienzsteigerung sein.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollte das Recht des Ermittlungsverfahrens in einem eigenen Buch versammelt, sollten die einzelnen Maßnahmen unter Berücksichtigung ihrer rechtstatsächlichen Relevanz und Eingriffsintensität aufeinander abgestimmt, und sollte das diesbezügliche Rechtsschutzsystem harmonisiert sein.

2. Der Schutz grundrechtssensibler Bereiche

Dass die Erforschung der materiellen Wahrheit im Zentrum des Strafverfahrens stehe, aber nicht »um jeden Preis« erfolgen dürfe, gehört seit langem zu den unverfügbaren Grundsätzen des Strafprozessrechts. Allein, wie hoch der zulässige Preis letztlich sein dürfe, wo genau die »normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren« verlaufen, lässt sich aus dem Gesetz nicht mit Bestimmtheit erschließen. Immerhin hat das BVerfG in jüngerer Zeit eine gewisse Aufmerksamkeit für den Schutz grundrechtssensibler Bereiche geschaffen und teilweise einfachgesetzliche Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gefordert. Darüber hinaus hat es festgestellt, Ausnahmen vom Grundsatz der Wahrheitserforschung bedürften der Legitimierung, der Gesetzgeber sei bei der Schaffung von Schutzräumen für Berufsheimnisträger nicht völlig frei. Eine schlüssige, aus sich heraus verständliche Systematik des Schutzes grundrechtssensibler Bereiche ist damit nicht vorgegeben und wurde bislang nicht umgesetzt. Die Zusammensetzung des Katalogs der Berufsheimnisträger in § 53, die jeweilige Reichweite des Schutzes, die Häufigkeit der Änderung dieser Norm sowie die defizitäre Abstimmung zum Schutz der Berufshelfer nach § 53a und zu § 203 StGB vermitteln den Eindruck interessengeleiteter politischer Kompromisse. Warum einfachgesetzliche kernbereichsschützende Kautelen zwar bei einem heimlichen Eindringen in Wohnraum mit technischen Mitteln, nicht aber bei einem offenen physischen Eindringen – Stichwort: Tagebuchentscheidung – oder bei einem Überwachen von Räumlichkeiten, die Wohnungen gleichstehen oder

aber bei einem heimlichen Überwachen im Freien notwendig sind, bedarf recht feinsinniger Unterscheidungskraft, obwohl der hinter den Schutzgebot stehende Gedanke doch recht einfach und einleuchtend ist. Der Schutz grundrechtssensibler Bereiche ist im einfachen Recht aber nicht nur lückenhaft, sondern auch unnötig verstreut geregelt, was sich mit etwas juristischer Kreativität leicht ändern ließe. Das alles hält den Gesetzgeber nicht davon ab, die entsprechenden Vorschriften der StPO in systemsynkretistischer Weise z.B. auf das Polizeirecht und Recht der Nachrichtendienste zu übertragen, wo der Gedanke der Zeugnisverweigerung schon im Ansatz fehlt.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollte der Schutz grundrechtssensibler Bereiche in stimmiger, systemspezifischer und vor allem abschließender Weise in einem eigenen Abschnitt der allgemeinen Vorschriften, da für das Strafverfahren insgesamt maßgeblich, geregelt sein.

3. Die Verwertungsverbote

Die Problematik der Beweisverwertungsverbote stellt eines der umstrittensten und dogmatisch schwierigsten Themen des Strafverfahrensrechts dar. Trotz einer kaum überschaubaren Zahl rechtswissenschaftlicher Erörterungen hierzu entbehrt die Thematik nach wie vor einer schlüssigen dogmatischen Grundlage. Der zumeist unausgesprochen zugrunde gelegte Disziplinierungsgedanke trägt nur bedingt, denn eine Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden kann auch auf anderem Wege erreicht werden, ohne dass dem Straftäter daraus ein Vor- oder Nachteil erwächst. Zugleich stellt die Anwendung von Beweisverwertungsverböten für die erkennenden Gerichte eine erkenntnistheoretische Zumutung und Unmöglichkeit dar, da ›verbotenes Wissen‹ als Vor-Urteil im hermeneutischen Sinne letztlich eben doch in die Beweiswürdigung einfließt, wenn andere Beweismittel im Lichte des ›verbotenen Wissens‹ gewürdigt werden. Ein schlüssiges Konzept der Beweisverwertungsverböte erfordert eine prozedurale Flankierung dergestalt, dass ›verbotenes Wissen‹ dem erkennenden Gericht von vornherein nicht zur Kenntnis gelangt. Im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts ist das nicht zu bewerkstelligen. Da Beweisverwertungsverböte den verfassungsrechtlich verankerten

Grundsatz der Wahrheitserforschung einschränken, ist in jedem Fall eine abschließende gesetzgeberische Entscheidung darüber geboten und darf diese nicht der Rechtsprechung überlassen bleiben. Entsprechend der Regelung bei den absoluten Revisionsgründen wäre es z.B. denkbar, besonders schwere Verfahrensverstöße enumerativ zu benennen und daran zwingende gesetzliche Konsequenzen zu knüpfen, etwa das Entstehen eines Verfahrenshindernisses. Im Übrigen könnte der Gesetzgeber vertypete Strafmilderungsgründe als obligatorischen oder fakultativen Ausgleich für Belastungen schaffen, die dem Angeklagten tatsächlich aus Verfahrensfehlern erwachsen sind.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten die Konsequenzen von Verfahrensfehlern bei der Beweiserhebung abschließend gesetzlich geregelt sein.

4. Der Opferschutz

Deutschland verfügt schon seit einiger Zeit über ein im internationalen Vergleich hohes Niveau bei der Opferschutzgesetzgebung. In der Folge kriminologischer und viktimologischer Erkenntnisse in den 1970er und 1980er Jahren hat im deutschen Rechtskreis das Bewusstsein dafür zugenommen, dass Opfer von Straftaten nicht vorrangig als Beweismittel wahrgenommen werden sollen, sondern auch in ihrer Eigenschaft als Verletzte. Seit dem Gesetz über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten von 1976 hat sich dieser Paradigmenwandel in einer Vielzahl gesetzgeberischer Bemühungen niedergeschlagen. Aus Praktikersicht problematisch ist dabei, dass diese gesetzlichen Regelungen über eine Vielzahl von Gesetzen (StGB, StPO, JGG, GVG, JVEG, ZSHG, GewSchG, OEG, KJHG, OASG) und Verwaltungsvorschriften (vgl. etwa RiStBV Nr. 4c, 19 Abs. 1, Nr. 19a, 135 Abs. 3, Nr. 221, 222, 235, 248 Abs. 2) verstreut sind. Auch in der StPO fehlt bislang eine übersichtliche, anwendungsfreundliche und homogene Regelung der Opferrechte. Das 3. Opferrechtsreformgesetz hat an diesem Befund nichts geändert. Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, die entsprechenden Regelungen für die Anwendungspraxis übersichtlicher und besser verständlich zu strukturieren, um bestehende Implementierungsdefizite zu verringern.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten opferschützende Vorschriften stärker (etwa im Kontext des derzeit 4. Abschnitts des Fünften Buchs) gebündelt werden.

5. Die Regelung gerichtsinthener Zuständigkeiten

Besondere Schwierigkeiten, Unsicherheiten und Lästigkeiten bereitet den Tatgerichten die wenig stimmige und nicht selten kontrainuitive Rechtslage zur gerichtsinthener Zuständigkeit für bestimmte Verfahrenshandlungen. So ist wenig eingängig, warum die Verlesung eines von einem privaten Sachverständigen erstellten schriftlichen Gutachtens durch das Gericht in voller Besetzung durch einen zu begründenden Beschluss anzuordnen ist (§ 251 Abs. 1), für die Verlesung eines behördlichen Gutachtens hingegen eine Verfügung des Vorsitzenden ausreicht (§ 256 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, b). Nicht weniger dunkel bleibt, warum die Bestellung des Pflichtverteidigers in der Regel durch den Vorsitzenden erfolgt (§ 141 Abs. 4 S. 1), hingegen durch das Gericht, wenn es sich um eine Haftsache handelt (§ 141 Abs. 4 S. 2 Hs. 2), wobei je nach Verfahrenssituation das Gericht in der Besetzung innerhalb oder außerhalb der Hauptverhandlung gemeint sein kann. In der Praxis wird hier mehr oder minder nach Belieben verfahren. Darüber, warum über die Rüge der besonderen Zuständigkeit nach § 6a das Tatgericht einschließlich der Schöffen, über den Besetzungseinwand gem. § 222b das Gericht in berufsrichterlicher Besetzung (§ 222b Abs. 2 S. 1) und über den dogmatisch ähnlich gelagerten Fall des gesetzlichen Ausschlusses eines seiner Mitglieder das Gericht in berufsrichterlicher Besetzung ohne Mitwirkung des betroffenen Richters (§ 27 Abs. 1 und 2) entscheidet, lässt sich füglich spekulieren. Die Frage, ob über einen in der Hauptverhandlung gestellten Antrag auf Aufhebung oder Außervollzugsetzung des Haftbefehls das Gericht einschließlich der Schöffen im Rahmen der Hauptverhandlung oder nur die Berufsrichter außerhalb derselben zu entscheiden haben, ist heillos und sinnlos umstritten, während die nämliche Entscheidung am Ende der Hauptverhandlung nach gängiger Praxis nur durch den Vorsitzenden erfolgt. Und warum werden rechtliche und tatsächliche Hinweise eigentlich durch den Vorsitzenden erteilt (§ 265), wo sie doch auf einer Würdigung des Inbegriffs der Hauptverhandlung durch das gesamte Gericht beruhen müssen? Die Beispiele ließen sich

unproblematisch fortsetzen. Damit soll nicht gesagt sein, dass es für solche Differenzierungen nicht Gründe gebe oder sich solche finden ließen. Eine einheitliche Handhabung würde aber mit einem Effizienzgewinn einhergehen, ohne dass dadurch Rechtspositionen Verfahrensbeteiligter verschlechtert würden. So könnten verfahrensleitende und -gestaltende Entscheidungen generell dem Vorsitzenden übertragen werden und erst auf Beanstandung - wie schon heute in § 238 Abs. 2 vorgesehen - und evtl. zusätzlich auf Verlangen der beisitzenden Richter einen gerichtlichen Beschluss erforderlich machen. Fragen, die den gesetzlichen Richter betreffen, sollten generell außerhalb der Hauptverhandlung durch einen anderen Spruchkörper abschließend geklärt werden.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten gerichtliche Zuständigkeiten mit Blick auf den hohen Rang des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des gesetzlichen Richters in möglichst einfacher und transparenter Weise ausgestaltet sein, um Rechtsanwendungsfehlern, an die sich weit reichende Konsequenzen knüpfen können, nach Möglichkeit vorzubeugen.

6. Organisationsregelungen

Die Organisation gerade umfangreicher Strafverfahren verlangt den Tatgerichten ein hohes Maß an organisatorischem Geschick, Fingerspitzengefühl und Geduld ab. Die Gerichte stehen dabei in der Pflicht, oft gegenläufigen Interessen gleichermaßen Rechnung tragen zu müssen: dem Wunsch nach dem Verteidiger der Wahl, Verhinderungen von Zeugen und Sachverständigen, dem Beschleunigungsgebot, namentlich in Haftsachen. Im idealen Fall folgt der Gang der Hauptverhandlung einer harmonischen Choreografie, bei der ein Schritt schlüssig auf den anderen folgt. Bei einer Vielzahl von beteiligten Strafverteidigern, Sachverständigen und anderen Verfahrensbeteiligten ist aber schon das Finden einer ausreichenden Anzahl von Verhandlungsterminen oft mit großen Hindernissen verbunden. In der Folge behelfen sich die Gerichte mit halben Verhandlungstagen, Schiebeterminen und werden Hauptverhandlungen über lange Zeiträume gestreckt, mit der unangenehmen Konsequenz, dass mehrere Verfahren parallel verhandelt werden müssen. Kommt es

zu unvorhergesehenen Entwicklungen, Befangenheitsanträgen, umfangreichen Beweisanträgen, droht das fragile Konstrukt bei allem redlichen Bemühen zu kollabieren. Natürlich wird diese Anfälligkeit der Verfahrensplanung auch für Zwecke der Verteidigung ausgenutzt - ich möchte das gar nicht mit einer Wertung verbinden. Ich bin aber der Auffassung, dass es sich um eine echte Schwäche des Strafverfahrens handelt, wenn größtmögliche Flexibilität, Einsatzbereitschaft und Fürsorge der Gerichte nicht ausreichen, um zu verhindern, dass Verfahren aus organisatorischen Gründen scheitern oder aber – das kommt dem beinahe gleich – ihren Abschluss durch einen zwar konsensualen aber ›faulen‹ Kompromiss finden. Konkret: Die Möglichkeit, die Hauptverhandlung im Regelfall nur drei Wochen zu unterbrechen (§ 229 Abs. 1), ist bei der Komplexität zahlreicher heutiger Verfahren unzeitgemäß und viel zu kurz. Die neu geschaffene Pflicht der Gerichte, den Gang der Hauptverhandlung in einem ›kommunikativen Prozess‹ mit den Verfahrensbeteiligten vorzubespochen, erhöht den Organisationsaufwand, anstelle ihn zu verringern. Die ebenfalls neu geschaffenen Beteiligungsrechte der Anspruchsberechtigten stellen die Gerichte vor bislang noch unge löste organisatorische Anforderungen. Generell: Man kann nicht immer nur mehr Rechte für Verfahrensbeteiligte schaffen und es den Tatgerichten überlassen, damit prozessual irgendwie umzugehen.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten mit der Komplexität des Verfahrens umfangreichere Gestaltungsspielräume für die Gerichte bei der Einhaltung von Verfahrensförmlichkeiten und Befugnisse zur Durchsetzung organisatorischer Anordnungen korrelieren.

7. Das Rechtsmittelverfahren

Am Beispiel des Rechtsmittelverfahrens – genauer: der im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen zahlreichen und äußerst differenziert ausgestalteten Rechtsmittelverfahren im deutschen Strafprozessrecht – lässt sich vielleicht am deutlichsten ablesen, wie weit das einfache Recht über die verfassungsrechtlich gebotenen rechtsstaatlichen Standards hinausgeht, und in welchem Maße hier Vereinfachungspotenzial besteht. Nach verfassungsrechtlichen Maßstäben fordert das Rechtsstaatsprinzip

»dass jeder Rechtsstreit um der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens willen irgendwann ein Ende findet (vgl. bereits BVerfGE 1, 433 [437]). Wann dies der Fall ist, entscheidet das Gesetz. (...) Insofern reicht es grundsätzlich aus, ist in einem Rechtsstaat aber auch als Minimum zu sichern, dass die Rechtsordnung eine einmalige Möglichkeit zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung eröffnet. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, unter Abwägung und Ausgleich der verschiedenen betroffenen Interessen zu entscheiden, ob es bei einer Instanz bleiben soll oder ob mehrere Instanzen bereitgestellt werden und unter welchen Voraussetzungen sie angerufen werden können (vgl. BVerfGE 54, 277 [291]). Ein Instanzenzug ist von Verfassungs wegen nicht garantiert. (...) Im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens nimmt das verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsschutzsystem (...) ein verbleibendes Risiko falscher Rechtsanwendung durch das Gericht in Kauf.«

Über diese Leitgedanken des BVerfG aus der ›Lissabon-Entscheidung‹ zur gebotenen Reichweite effektiven Rechtsschutzes geht das System der Rechtsbehelfe in der StPO, das mehrfache, teilweise ineinander verschränkte und sich überlagernde Überprüfungen gerichtlicher Entscheidungen erlaubt, weit hinaus. Ob die Bereitstellung zweier Rechtsmittelinstanzen gegen amtsgerichtliche Urteile oder die zweifache gerichtliche Überprüfungs möglichkeit staatsanwaltlicher Ermittlungsmaßnahmen rechtsstaatlich unverzichtbar ist, sollte man hinterfragen. Besonders problematisch erscheint mir aber, dass das gegebene System Expertise, die zu einer besseren, richtigeren, gerechteren Rechtsanwendung beitragen könnte, nicht einfordert, sondern ungenutzt lässt. Wenn es zutrifft, dass Tatgericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung gleichermaßen Organe der Rechtspflege sind, ist es unausgewogen und ineffizient, die Verantwortung für das Gelingen des Strafprozesses allein dem ersteren aufzutragen. Dass in einem aufwändigen und fairen Verfahren herbeigeführte tatgerichtliche Urteile auf eine nicht näher spezifizierte Sachrüge hin wegen eines rechtlichen Gesichtspunkts, der weder im erstinstanzlichen Verfahren jemals thematisiert noch im Rechtsmittelverfahren von einem Verfahrensbeteiligten je gerügt wurde, aufgehoben werden, führt das vom BVerfG hervorgehobene Ziel der Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden ad absurdum. Generell ist das heutige Strafverfahrensrecht viel zu

wenig auf die substanzielle Arbeit an der Wahrheitserforschung und viel zu sehr auf die formalistische Erfüllung von Vorgaben oder auch nur vermeintlichen Wünschen der obergerichtlichen Rechtsprechung angelegt. Bei Lichte betrachtet tun wir in der Hauptverhandlung recht merkwürdige Dinge: Wir protokollieren, dass Vorkommnisse *nicht* stattgefunden haben, weisen auf rechtliche Gesichtspunkte hin, die hinlänglich diskutiert wurden und jedem Verfahrensbeteiligten völlig klar sind, lassen vorsichtshalber Plädoyers und das letzte Wort wiederholen, weil uns unklar ist, wann von einem Wiedereintritt auszugehen ist, verlesen ohne Erkenntnisgewinn eng bedruckte tabellarische Listen mit DNA-Mustern und führen aufwändige Videoübertragungen durch, weil wir nicht wissen, ob der BGH den Verzicht auf diese Form der Unterrichtung des Angeklagten noch akzeptiert. Zunehmende Verunsicherung über dem Gesetz nicht zu entnehmende und oft genug divergierende Anforderungen der Revisionsgerichte prägt die tägliche Arbeit der Tatgerichte, während die Revisionsführer zugleich ein Fehlen gebotener Sicherheit hinsichtlich des revisionsgerichtlichen Überprüfungsmaßstabs beklagen. Vor diesem Hintergrund und angesichts der enorm gewachsenen Komplexität des materiellen Strafrechts ist nicht nur eine klarere gesetzliche Fassung des revisionsgerichtlichen Kontrollmaßstabs geboten, sondern auch ein stärkeres Zusammenwirken aller Organe der Rechtspflege zur Herbeiführung richtiger Rechtsanwendung. Rügeobliegenheiten im Hauptverfahren und Begründungspflichten im Rechtsmittelverfahren stellen geeignete prozessuale Mittel dar, das Gewicht der immer schwieriger werdenden Rechtsanwendung auf mehrere Schultern zu verteilen und insgesamt bei einer geringeren Beanspruchung von Ressourcen bessere Ergebnisse zu erzielen.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten den Verfahrensbeteiligten korrelierend zu ihren Beteiligungsrechten auch Pflichten für das Gelingen des Verfahrens obliegen, deren Wahrnehmung bei der Inanspruchnahme von Rechtsmitteln zu berücksichtigen ist.

8. Datenschutzrechtliche Vorschriften

In keinem anderen Bereich des Rechts klaffen normativer Anspruch und tatsächliche Handhabung so weit auseinander wie im Recht des Datenschutzes. Bedingt durch die dynamische Entwicklung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und seine erst nach und nach erfolgende dogmatische Erschließung stellt sich das einfache Datenschutzrecht häufig unübersichtlich und unsystematisch dar. Der Dschungel der datenschutzrechtlichen Vorschriften der StPO belegt diesen Befund eindrucksvoll. Praktisch zentrale Vorschriften, wie die zur wechselseitigen Übermittlung personenbezogener Daten zwischen den verschiedenen Sicherheitsbehörden (§ 161 Abs. 2 und 3, § 477 Abs. 2 S. 2 und 3, § 481) sind aus ihrem inneren Zusammenhang gerissen und an wenig prominenten Stellen schwer auffindbar verortet. Das gesamte Achte Buch gilt Praktikern als »rotes Tuch«, das man nur anfasst, wenn es unbedingt sein muss. Die Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs bringt zudem zahlreiche neue datenschutzrechtliche Herausforderungen mit sich, die bislang erst teilweise erkannt und bewältigt sind. Aktuelle Beispiele aus anderen Bereichen der Sicherheitsgesetzgebung zeigen dabei, dass eine einigermaßen systematische und aus sich heraus verständliche und erschließbare Kodifizierung des Datenschutzrechts möglich ist.

Deshalb: In einem reformierten Strafverfahrensrecht sollten sämtliche datenschutzrechtlichen Vorschriften in einem eigenen Abschnitt und systematisch geordnet nach datenschutzrechtlichen Grundsätzen versammelt werden.

IV. STRAFVERFASSUNGSRECHT UND GESTALTUNGSSPIELRAUM

Die exemplarisch genannten Defizite und darauf gründenden Reformansätze verfügen über einen gemeinsamen Nenner: Das – um einen von *Matthias Jahn* geformten Begriff zu benutzen – »Strafverfassungsrecht«. Strafprozessrecht, so formulierte das BVerfG bereits im Jahre 1972, ist »angewandtes Verfassungsrecht«. Es gibt heute kaum einen Bereich des Strafverfahrens, der nicht in hohem Maße von verfassungsrechtlichen – und, man muss ergänzen: menschenrechtlichen – Maßstäben geprägt ist. Ausgehend von diesen Maßstäben müsste durch eine Gesamtreform das Strafverfahrensrecht neu entwickelt und

dabei neu geordnet werden. Ausgehend von den insoweit gebotenen Mindeststandards müsste darüber nachgedacht werden, wo es bei diesen sein Bewenden haben soll und wo einfachrechtlich höhere Standards wünschenswert sind. Ausgehend vom ›Unverfügbaren‹, über das heute in ungleich höherem Maße Klarheit herrscht als vor 140 Jahren, müsste der Bereich des Gestaltbaren neu bestimmt und mit juristischer Kreativität und einem Sinn für das Praktische neu ausgefüllt werden. Das Verfahrensrecht muss – um eine weitere Formulierung von *Winfried Hassemer* zu verwenden – in vielen Bereichen des »prozeduralen Popanz« entkleidet werden und stattdessen mehr auf tatsächliche Wirkmächtigkeit zielende Substanz gewinnen. Verfahrensrecht sollte mehr sein als ein Konvolut schwer durchschaubarer Spielregeln für taktische und letzten Endes ineffiziente Scharmützel zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung. Es sollte berechtigten Interessen einen praktisch wirksamen und deshalb auch klar umgrenzten prozessualen Rahmen bereitstellen, eine Form, die tatsächlich schützt und nicht nur unnütze Komplexität und Verwirrung stiftet. Dies wäre zugleich eine Chance, dem Strafverfahren wieder mehr Raum für Tatsächliches zu geben; der zentralen Aufgabe der Wahrheitserforschung, »ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann«, wieder größere Aufmerksamkeit zu widmen; die ›dienende‹ Funktion des Verfahrensrechts wiederherzustellen. Dem häufig beklagten Defizit – nicht minder wünschenswerter aber erfahrungsgemäß schwer erreichbarer – guter Gesetzgebung im Bereich des materiellen Strafrechts könnte so zugleich die Schärfe genommen werden. Dasselbe gilt für die allfälligen Klagen der Justizverwaltung über Ressourcenknappheit. Denn gute Rechtsanwendung bedarf nicht in erster Linie einer größeren Zahl von Verwaltern des Mangels, sondern eines zeitgemäßen und praktikablen rechtlichen Handwerkszeugs.

Prof. Dr. Robert Esser

NACH DER REFORM IST VOR DER REFORM

EIN BLICK AUF DAS ERMITTLUNGSVERFAHREN

Am 24.8.2017 ist – in weiten Teilen – das ›Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Gestaltung des Strafverfahrens‹ v. 17.8.2017¹ in Kraft getreten. Die Oppositionsparteien im seinerzeitigen 18. Deutschen Bundestag haben den Verfahrensgang des Gesetzes heftig kritisiert, insbesondere den Umstand, dass Vorschläge und Änderungsanträge für die Aufnahme neuer Ermittlungsmethoden in die StPO (Quellen-TKÜ, § 100a Abs. 1 Satz 2 StPO / Online-Durchsuchung, § 100b StPO) den Abgeordneten erst sehr spät zugeleitet worden waren. Gerade die Strafverteidiger kritisieren, sicher nicht ganz zu Unrecht, dass der erhoffte ›große Wurf‹ einer Reform der StPO mit diesem Gesetz (noch) nicht gelungen sei. Gleichwohl gilt es nun, den Neuregelungen in der justiziellen und anwaltlichen Praxis Leben einzuhauchen, um den Zielvorgaben des Gesetzes – Effektivierung und Praxistauglichkeit – zu entsprechen.

Die Konzentration soll in diesem Beitrag auf insgesamt fünf Gesichtspunkten liegen, die auch nach dem Inkrafttreten des StPO-Reformgesetzes weiterhin bestehenden Reformbedarf signalisieren: der Formulierung eines Katalogs von Leitsätzen und Prinzipien an der ›Spitze‹ des gesetzlichen Regelwerks der in ihren Grundfesten aus dem Jahr 1877 stammenden ›Strafprozessordnung‹ (I.), der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für das Verbot der Tatprovokation (II.), der (zum 1.1.2020 in Kraft tretenden) Ausweitung der audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung des Beschuldigten (§ 136 Abs. 4 StPO) (III.), der Etablierung eines eigenen Antragsrechts für den

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau und leitet dort seit 2010 die dem Lehrstuhl angegliederte Forschungsstelle Human Rights in Criminal Proceedings (HRCP).

¹ BGBl. I, 3202