

Das Aushöhlen der Beschuldigtenrechte in der StPO: Es reicht

Nach Reform 2017 läuft neue konzertierte Aktion: Anwaltschaft muss widersprechen

Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi, Berlin

Die Strafprozessordnung wurde 2017 reformiert. Der damit verbundene Abbau der Beschuldigtenrechte (siehe Conen, AnwBl 2017, 972, Volltext AnwBl Online 2017, 640) genügt der Richterschaft nicht. Anstatt in Ruhe über eine grundlegende StPO-Reform nachzudenken, die auch den Missstand der fehlenden Dokumentation der Hauptverhandlung endlich einer Lösung zuführt, herrscht Reformismus. Der Appell des sog. Strafkammertags und die Verheißungsrhetorik des Koalitionsvertrags beschreiten weiter den Weg eines kleinteiligen Abbaus von Rechtspositionen des Beschuldigten. Dem sollten wir die Stirn bieten. Ein Zwischenruf.

I. Eine Ministerin, ein Interview und ein paar Gemeinplätze über das Strafverfahren

Barbara Havliza, seit November 2017 neue niedersächsische Justizministerin, schilderte kürzlich in einem lesenswerten Zeitungsinterview unter dem etwas sperrigen Titel „Gerechtigkeit“¹ ihre unterschiedlichen Erfahrungen als Strafrichterin. Sie sprach auch über zwei Fehlurteile, für die eine Osnabrücker Strafkammer, in der sie als Beisitzerin mitwirkte, die Verantwortung trug.² Über einen der beiden betroffenen Angeklagten sagte sie: „Das war ein honoriger Mann. In der Rückschau muss ich sagen: Der wusste gar nicht, wie ihm geschah. Wir haben mit dem Urteil seine Existenz zerstört. Später hat er in einem Wiederaufnahmeverfahren seinen Freispruch erlangt. Aber bis dahin hatte er die Strafe schon voll abgesessen, sozial war er erledigt. Das hat mich massiv belastet. So etwas vergessen Sie nie. Das geht einem sehr nah.“ Und auf die Frage, was sie daraus gelernt habe, merkte sie an: „Das zeigt, wie fehlbar man ist. Deswegen stehe ich zu meiner Überzeugung: Lieber einen zu Unrecht freisprechen als einen zu Unrecht verurteilen.“

Das mögen Gemeinplätze sein. Und doch: So dramatisch die Konsequenzen einer strafgerichtlichen Fehlentscheidung für die Betroffenen waren, so segensreich könnte die Erfahrung der menschlichen Fehlbarkeit für das rechtsstaatliche (Selbst-)Verständnis einer mit rechtspolitischer Gestaltungs- und Entscheidungsmacht versehenen Justizministerin sein. Sie bestätigt, Fehlurteile müssen nicht aus Böswilligkeit oder Dummheit geschehen, sie können auch dem gewissenhaften Richter unterlaufen. Darum lässt sich *die* (historische) Wahrheit im Prozess nur schwer finden. Er ermöglicht nur ein Verfahren, wie man *eine* (forensische) Wahrheit für die Zwecke des Strafrechts herstellen kann. Und dieses Verfahren ist unständig, es ist formgebunden, es unterscheidet sich von der Art und Weise, wie wir im Alltag kommunizieren, Ergebnisse

erzielen oder durchsetzen, und es widerstrebt der Versuchung, sich vorschnell, und sei es auch konsensual, auf ein Ergebnis festzulegen, weil dies letztlich auf Kosten desjenigen gehen kann, über dessen Schicksal verhandelt wird.³

Dieses idealtypische Verständnis des Strafprozesses ist seit langem erodiert:⁴ *in der Praxis*, wo – auch und gerade unter geflissentlicher Beteiligung der Strafverteidigung („um des besten Ergebnisses willen“) – sich eine Parallelordnung der Verfahrensabsprachen entwickeln konnte, die gesetzlich kaum und nunmehr nur noch mit verfassungsgerichtlichen Drohgebärden eingehegt werden konnte;⁵ *in der Rechtspolitik*, deren Reformgesetze ihrem Namen nach die StPO „modernisieren“, „effektiv“ und „praxistauglich“ (sic!) machen wollen, ohne sich mit den strukturellen Schwachstellen eines Prozessmodells zu beschäftigen, das im wilhelmischen Kaiserreich aus einem anderen Rechtsdenken entwickelt wurde und für ein anderes Strafrecht gedacht war.⁶

II. Die letzte Reform 2017

In der vergangenen Legislaturperiode durchforstete eine vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) eingesetzte Expertenkommission zwei Jahre mögliche Problemzonen, stimmte sich ab und machte einen Vorschlag.⁷ Alles vielleicht kein großer Wurf – wie soll der auch innerhalb dieser kurzen Zeit zustande kommen? –, aber zumindest noch ein austarierter Kompromiss, Ergebnis eines Abstimmungsprozesses, an dem viele unterschiedliche Kräfte mitwirkten, so wie das Strafverfahren eine agonale Veranstaltung bleibt.

Was davon letztlich Gesetz wurde, war enttäuschend.⁸ Der Gesetzgeber tat genau das, was die Kommission nicht wollte: Er nahm sich ein paar Rosinen aus dem Kuchen des Kommissionsberichtes und zog hier und da die Stellschrauben nach. Manches ging auf Kosten der Verteidigung, insbesondere das Beweisantragsrecht wurde geschliffen: durch die Ermöglichung einer Befristung, die weit über das hinausging, was die schneidige Rechtsprechung des BGH bis dato zugelassen hatte (siehe nunmehr § 244 Abs. 6 Satz 2 bis 4 StPO).

III. Der sog. Strafkammertag

Man weiß noch nicht, was diese „Reform“ bewirken wird. Aber einflussreichen Kreisen in der Justizverwaltung scheint sie nicht zu genügen. Noch ehe sich überhaupt abzeichnen konnte, in welches politische Vakuum der Regierungsbildung die Bundesrepublik nach der Bundestagswahl am 24. September 2017 zeitweise schlittern sollte, kam eine Pressemitteilung auf den Verteiler. Der sog. Strafkammertag, der, so erfuhr man, gerade einmal zwei Tage nach der Wahl (wohl kein Zufall) in Würzburg (auch das Bundesland wohl kein Zufall) zusammengetreten war, gab seine Forderungen für die anstehenden Koalitionsgespräche bekannt.

1 Süddeutsche Zeitung, Nr. 4 v. 5./6./7. Januar 2018, S. 52.

2 Zu diesen Fällen Rückert, Unrecht im Namen des Volkes, 2007.

3 Statt vieler Hassemer in FS Volk, 2009, S. 207.

4 Statt vieler Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 69 Rn. 1 ff.

5 Siehe nur BVerfGE 133, 169; Norouzi in FS Schlothauer, 2018, S. 355.

6 Grundlegend Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008.

7 Siehe dazu den Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, 2015: www.bmjv.de.

8 BGBl. I 2017, S. 3202; dazu s. Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646.

Von dieser Veranstaltung hatte man bis dahin wenig gehört. Sie hatte sich im Frühjahr 2016 konstituiert, weil hochrangige Gerichtspräsidenten mit Blick auf die Ergebnisse der Expertenkommission „große Sorge [hatten], dass der Auftrag einer effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens verfehlt werden könnte.“⁹ Mit ihrer Eigenbenennung sucht sie Legitimationsassoziationen (wer denkt nicht gleich an „Bundestag“, „Kirchentag“, „Juristentag“ usw.?) und suggeriert basisorientierte Repräsentation, stiftet so aber mehr Verwirrung. Es kamen nicht *die* Strafkammern – also alle Berufsrichter der strafrechtlichen Spruchkörper an deutschen Landgerichten und schon gar nicht deren Schöffen – zusammen, sondern nur deren Vorsitzende, und diese wiederum nicht von allen Strafkammern in der Bundesrepublik, sondern nur von 80 auf Einladung. Nach welchen Maßstäben sie auserwählt wurden, bleibt das Geheimnis der Organisatoren.

Sodann wurde an nicht einmal einem Nachmittag (sic!) in sechs Arbeitsgruppen getagt, jeweils unter Leitung eines Oberlandesgerichtspräsidenten, nicht jeder davon mit strafrichterlicher Sozialisierung. Dass unter diesen Bedingungen nicht ergebnisoffen nachgedacht werden konnte, kann nicht verwundern; ebenso wenig, dass kein ausgewogenes Konzept „erarbeitet“ wurde.¹⁰ Das war auch gar nicht beabsichtigt. Es ging mehr um die Außenwirkung. So wurde sogleich in einer Pressemitteilung ein Appell aus Würzburg an die Politik formuliert.¹¹ Das waren kesse Vorschläge. Zu ihnen ist schon Einiges in der gebotenen Deutlichkeit gesagt worden.¹² Belassen wir es darum hier bei drei Vorschlägen des Papiers:

- Wenn erstens „ins Blaue hinein“ gestellte Beweisanträge gesetzlich unterbunden werden sollen, wird so getan, als ob deren Ablehnung bislang nicht möglich wäre. Die Rechtsprechung des BGH zum Beweisantragsrecht ist indes streng.
- Zweitens sollen Besetzungsrügen durch ein Beschwerdeverfahren zu Beginn des Prozesses beim Oberlandesgericht entschieden werden, um sie so einer späteren revisionsrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Das verkennt einmal, dass das bestehende, formenstrenge und fristgebundene Präklusionsverfahren (§§ 222 a, 222 b StPO) gerade den guten Zweck verfolgt, Urteilsaufhebungen durch banale Formfehler zu vermeiden, die am Anfang des Verfahrens hätten behoben werden können. Ein Beschwerdeverfahren, das die Revision ausklammert und in der Zuständigkeit von 24 Oberlandesgerichten bleibt, trägt zur Rechtszersplitterung bei der Maßstabbildung und Durchsetzung des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) bei. Es ändert vor allem nichts daran, dass im Falle einer abschlägigen Beschwerde konsequenterweise die Verfassungsbeschwerde verfolgt werden muss, parallel zur laufenden Hauptverhandlung, mit fortbestehenden Aufhebungsrisiko.
- Drittens schließlich meint der sog. Strafkammertag, im Revisionsverfahren müsse die Sachrüge den gleichen Begründungsanforderungen wie die Verfahrensrüge innerhalb der Begründungsfrist genügen. Halali, „iura novit curia“. Das darin aufleuchtende Verständnis des Revisionsrechtsschutzes bleibt ausbaufähig, wenn man dem Revisionsgericht allen Ernstes zumuten will, materiell rechtsfehlerhafte Urteile sehenden Auges in Rechtskraft erwachsen zu lassen, weil der Mangel nicht rechtzeitig anwaltlich beanstandet worden ist. Das geltende Revisionsrecht beruht *noch* auf anderen Vorstellungen (lies etwa § 357 StPO).

IV. Große Koalition: Die nächste Reform?

Kurzum: Die Vorschläge sind weitgehend indiskutabel. Gleichwohl scheint der Ruf aus Bayern in Berlin Gehör zu finden. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7. Februar 2018 wird, natürlich mit großer Geste, ein „Pakt für den Rechtsstaat“ angekündigt. Er ist ein eindrücklicher Beleg des gegenwärtigen rechtspolitischen Geistes und bedarf einer ersten Einschätzung. Der Rechtsstaatspakt sieht unter anderem vor: 2.000 neue Richterstellen (bestens, warum nicht mehr?), Beschäftigung mit dem nationalsozialistischen Justizunrecht als Teil der Juristenausbildung (sicherlich gut gemeint, in Anbetracht des derzeitigen Zustands der Grundlagenfächer illusorisch) und Änderungen des Verfahrensrechts (und was für welche!), dies im Wortlaut:

„Wir stärken das Vertrauen in den Rechtsstaat, indem wir die Strafprozessordnung (StPO) modernisieren und Strafverfahren beschleunigen mit folgenden Maßnahmen: Wir modernisieren das Selbstleseverfahren. Wir ermöglichen in besonders umfangreichen Strafverfahren die gebündelte Vertretung der Interessen von Nebenklägern durch das Gericht. Wir prüfen die systematische Kodifizierung der Regeln zur Zulässigkeit von Beweiserhebung und -verwertung. Wir prüfen gesetzgeberischen Handlungsbedarf einer Rechtsgrundlage für die Tatprovokation. Wir unterstützen Einrichtungen, in denen Opfer von Gewalttaten ihre Verletzung anonym dokumentieren lassen können. Wir vereinfachen weiter die Ablehnungsmöglichkeiten von missbräuchlichen Befangenheits- und Beweisanträgen. Besetzungsrügen sollen künftig in einem Vorab-Entscheidungsverfahren entschieden werden. Die DNA-Analyse wird im Strafverfahren auf äußerliche Merkmale (Haare, Augen, Hautfarbe sowie Alter) ausgeweitet (§ 81 e StPO). Wir führen gesetzliche bundeseinheitliche Qualitätsstandards für Gerichtsdolmetscherinnen und -dolmetscher ein.“

Freilich, nicht alles Teufelszeug. Gegen Qualitätsstandards für Gerichtsdolmetscher ist nichts zu sagen. Und auch die gebündelte Interessenvertretung der Nebenklage ist zur Wahrung der Verfahrensbalance sinnvoll. Tatprovokation bedarf ebenso einer Rechtsgrundlage wie der hier mal wieder unerwähnt gebliebene Einsatz von V-Leuten im Strafverfahren. Ansonsten bleiben Fragezeichen.

Zur Einführung eines Besetzungsbeschwerdeverfahrens (Strafkammertag lässt grüßen) ist bereits alles gesagt worden, aber was etwa verbirgt sich hinter einer Modernisierung des Selbstleseverfahrens? Als es vor fast 40 Jahren Eingang in die StPO fand, sahen viele im Selbstleseverfahren den Totengräber des Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatzes kommen. Heute ist es aus umfangreichen Wirtschaftsstrafverfahren nicht mehr fortzudenken. Doch was soll hier *modernisiert* werden? Dass die Praxis mit den gesetzlichen Anforderungen (§ 249 Abs. 2 StPO) an eine revisions sichere Durchführung des Selbstleseverfahrens Schwierigkeiten hätte, wäre neu. Andererseits gilt: Das Selbstleseverfahren, das darf man nicht vergessen, unterläuft die Partizipation an der Überzeugungsbildung in der Hauptverhandlung, da den Verfahrensbeteiligten nicht klar wird, welche der umfänglich außerhalb der Hauptverhandlung gelesenen Urkunden für die Entschei-

⁹ So räumt es freimütig der Präsident des OLG Bamberg *Clemens Lückemann* im Interview mit LTO vom. 26. September 2017 ein, um nicht ohne Stolz anzufügen: „Vor allem sind einige Regelungen, die wir kritisiert hatten, verhindert beziehungsweise abgeschwächt worden“, www.lto.de.

¹⁰ Dazu treffend *Gercke/Jahn/Pollähne* LTO v. 9.11.2017; www.lto.de.

¹¹ www.olg-stuttgart.de

¹² Deutliche Kritik aus anwaltlicher Sicht: Stellungnahme des DAV Nr. 53/2017; Presseerklärung der Vereinigung Berliner Strafverteidiger v. 28.9.2017; www.strafverteidiger-berlin.de; krit. ferner *Fischer*, Die Zeit Nr. 46 v. 9.11.2017, S. 14; *Gercke/Jahn/Pollähne* (o. Fn. 10); *Kudlich*, ZRP 2018, 9.

dungsbildung von Relevanz sein sollen. Das erfährt man manchmal erst im Urteil.

Auch die so reizvoll klingende „systematische Kodifizierung der Regeln zur Zulässigkeit von Beweiserhebung und -verwertung“ birgt eventuell Sprengstoff. Es wäre schön, falls damit eine Gesetzesfassung der Dogmatik der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote gemeint wäre (so etwas wägt die Rechtsprechung derzeit lieber einzelfallbezogen ab). Doch könnte es dem Koalitionsvertrag hierbei um den Transfer von Beweisergebnissen aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung gehen.¹³ Damit hatte sich die Expertenkommission hinlänglich befasst und aus guten Gründen zur Zurückhaltung gemahnt.¹⁴ Die Koalitionspartner ignorieren dies anscheinend.

Und schließlich: Missbräuchliche Befangenheits- und Beweisanträge können nach geltendem Recht abgelehnt werden (lies §§ 26 a Abs. 1 Nr. 3, 244 Abs. 3 Satz 2 Var. 6 StPO). Es geht hier wohl eher darum, das Verständnis dessen, was bereits als missbräuchlich *gelten* soll, auszuweiten. Der Generalverdacht gegenüber einer engagierten und professionellen Verteidigung ist mit Händen zu greifen.

V. Die Machtfrage: Das Dokumentationsdefizit bleibt

Vor allen Dingen wird ein Problem des Strafverfahrens gar nicht angesprochen, möglicherweise weil man den Widerstand des Strafkammertages scheut:¹⁵ die weiterhin defizitäre Dokumentation der Hauptverhandlung. Ihre verlässliche Aufzeichnung ist im 21. Jahrhundert überfällig. Es geht dabei um die Sicherstellung des Inhalts dessen, was Grundlage der Urteilsfindung sein darf (§ 261 StPO), ehe der Staat mit mitunter existenzvernichtender Wucht (siehe das erwähnte Interview) in die Grundrechte seiner Bürger eingreift.

Oder stärkt es etwa das „*Vertrauen in den Rechtsstaat*“, das sich der Koalitionsvertrag zum Ziel genommen hat, wenn Basis der richterlichen Erkenntnis über das, was in der Hauptverhandlung geschehen ist, allein die handschriftlichen Mitschriften bleiben, die auf der subjektiven Wahrnehmung, Konzentrationsfähigkeit und Schreibkraft der Berufsrichter beruhen? Stärkt es dieses Vertrauen, wenn die Einhaltung der Verfahrensvorschriften mit absoluter Beweiskraft nur in einem schriftlichen Formalprotokoll erfolgt, dessen Fertigstellung im Gegensatz zum Urteil an keine Frist gebunden ist und gegen dessen Richtigkeit nur der Nachweis der Fälschung zulässig ist (vgl. § 274 StPO), ein Nachweis, der kaum zuverlässig belegt werden kann?

Die revisionsrechtlichen Horrorszenarien, die gegen die Dokumentation vorgebracht werden, verkennen erstens, dass sich das Revisionsverfahren durch gesetzliche Regelungen nicht in ein Filmseminar verwandeln muss, in dem die Beweisaufnahme vollständig nachvollzogen wird, und zweitens, dass es hier nicht darum geht, neue Rechtsfehler zu kreieren, sondern bestehende Rechtsfehler beweisbar zu machen.¹⁶ Bei Licht besehen geht es hier um eine Machtfrage. Der rechtspolitische Widerstand erklärt sich aus der Wahrung der intransparenten richterlichen Herrschaft über den Beweisstoff

der Hauptverhandlung. Dieser Machtfrage sollten wir nicht aus dem Weg gehen. Die Dokumentation der Hauptverhandlung muss vielmehr das Ziel bleiben, wenn die Anwaltschaft über notwendige Reformen im Strafverfahren streitet.

VI. Schluss

Im Koalitionsvertrag lesen wir stattdessen die Handschrift einer Agenda, die in Beschuldigten- und Verteidigungsrechten nur lässliche Hindernisse auf dem Weg zum vermeintlich richtigen, jedenfalls raschen Ergebnis sieht. Was wir erleben, sind keine Reformen, eher *Reformismus*, der schrittweise und stille Systemwechsel unter Ausnutzung des legislativen Apparates. Ein Nachdenken darüber, welchen Sinn ein Strafprozess hat, welche Ergebnisse er herstellen kann und welchen Zielen er verpflichtet bleiben muss, findet in der Politik nicht (mehr) statt. Nirgends. Damit muss es ein Ende haben. Es reicht.

¹³ Dazu grundlegend AE Beweisaufnahme, GA 2014, 1.

¹⁴ Abschlussbericht (Fn. 7), S. 8 ff.

¹⁵ In dem bereits erwähnten LTO-Interview (Fn. 9) konstatiert *Lückemann* zu seiner Zufriedenheit, der erste Strafkammertag habe gerade auch die audiovisuelle Aufzeichnung der Hauptverhandlung verhindern können.

¹⁶ Dazu nunmehr wohlthuend besonnen *Mosbacher*, StV 2018, 182; s. ferner bereits *Norouzi* in Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen Bd. 34, 2011, S. 216.



Dr. Ali B. Norouzi

Der Autor ist Rechtsanwalt in Berlin und Mitglied im Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.