

**Prof. Dr. Carsten Momsen**

## **Pragmatische Reform oder Verflüssigung von Verfahrensstandards?**

### **I. Einleitung**

Ausgehend von der vergleichenden Betrachtung der deutschen und der US-amerikanischen Strafverfolgungs- und Sanktionierungspraxis, vor allem aber nicht nur in Wirtschaftsstrafsachen, stellen die nachfolgenden Überlegungen nicht die Analyse eines »Ist-Zustands« dar. Sie beschreiben auch nicht den Zustand, der eintreten würde, wenn die Empfehlungen der Expertenkommission eins zu eins umgesetzt werden sollten.

Gleichwohl könnte man, wenn man die vorgeschlagenen Veränderungen der Strafprozessordnung konsequent weiterdenkt, drei Fragen stellen:

1. Tragen die Empfehlungen der Kommission zu einer Verschiebung der Machtbalance unter den Verfahrensbeteiligten bei?
2. Lässt sich ein Kompetenzverlust der Gerichte in verschiedenen Verfahrensstadien feststellen?
3. Drohen eine Zweiklassenstrafverfolgung bzw. eine Zweiklassenverteidigung?

Gelegentlich wird schlagwortartig von einer »Privatisierung« oder »Amerikanisierung« des Strafverfahrens die Rede sein. Beide Phänomene sind Gegenstand einer sich entwickelnden Diskussion in der Prozessrechtswissenschaft.<sup>1</sup> Die vorstehenden drei Fragen beleuchten jeweils Teilaspekte. Die im Titel so bezeichnete »Verflüssigung«<sup>2</sup> des Verfahrensrechts wäre eine normative Folgeerscheinung, wenn die Antwort auf die Fragen positiv ausfiele. Gemeint ist damit eine fortschreitende Zurückdrängung formaler und

<sup>1</sup> Hierzu ausführlich *Momsen*, Verlagerung der Strafverfolgung auf Private im Wirtschaftsrecht - Chance oder Irrweg? in: Über allem: Menschlichkeit, Festschrift für Dieter Rössner, Baden-Baden 2015, S. 871 ff.; *ders.* Interne Ermittlungen aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht, in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance*, Baden-Baden 2015, S. 1234 ff.; *ders.*, *Criminal Compliance in den USA* (gemeinsam mit Douglas M. *Tween*), in: Rotsch (Hrsg.), *Criminal Compliance*, Baden-Baden 2015, S. 1027 ff.

<sup>2</sup> Für die Anregung zu diesem Topos danke ich meinem ehemaligen Saarbrücker Kollegen Heike Jung.

bindender Verfahrensregelungen zugunsten pragmatischer oder flexibler Wertungsentscheidungen, die scheinbar zur effektiveren und unter Umständen sogar gerechteren Behandlung des Einzelfalls beitragen können. Allerdings gilt zu bedenken, dass nach der Idee des reformierten Strafprozesses gerade im Ermittlungsverfahren formale Regelungen die Staatsgewalt in Ihrem Zugriff auf die Rechte der Bürger beschränken soll. Flexibilisierung bedeutet daher nur allzu leicht einen Zugewinn an Handlungsoptionen für potente Verfahrensbeteiligte, aber einen Verlust an Schutz für weniger potente Beteiligte. Denn wer eine Option nicht wahrnimmt, trägt hierfür in der Regel selbst die Verantwortung und hat mit den Konsequenzen zu leben. Im Hauptverfahren können Änderungen ähnliche Folgen zeitigen. Vor allem ist jedoch zu untersuchen, ob die Gerichte, die nach unserem, vom Grundsatz der »Fürsorgepflicht«<sup>3</sup> herkommenden Verfahrensverständnis für die Gewährleistung eines fairen Verfahrens Sorge zu tragen haben, in ihren Handlungsmöglichkeiten reduziert werden. Der Mechanismus von Option, Mitverantwortung und drohendem Rechtsverlust ist vergleichbar. Allein im Rechtsmittel-, vor allem im Revisionsverfahren, kann eine Entformalisierung die Chancen aller, auch der nicht potenten Verfahrensbeteiligten steigern, ihre Rechte durchsetzen zu können. Hier allerdings sind in der Reformdiskussion bislang kaum entsprechende Tendenzen zu erkennen.

»Verflüssigung« beschreibt damit einen unter Gerechtigkeitsaspekten wenig wünschenswerten Zustand.

Die von der Kommission vorgeschlagenen Änderungen einzelner Regelungen des Ermittlungsverfahrens sind von sehr unterschiedlicher Tragweite. Wenngleich in der Zusammenschau eher fragmentarisch-pragmatisch als revolutionär, so weisen sie doch möglicherweise in eine bestimmte Richtung: Die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens wird weiter anwachsen, vermutlich auch die Relevanz eines Zwischenverfahrens. Abnehmen könnte demgegenüber die bislang prägende Bedeutung der Hauptverhandlung.

Durch diese Entwicklung ergeben sich, wie durch nahezu jede Änderung der Strafprozessordnung, verschiedene Auswirkungen auf die Verfahrensbeteiligten. Sofern diese sich aber, wie soeben als These formuliert, auf die Struktur des Verfahrens auswirken, weil und soweit sie lediglich Bauteile einer umfassenderen Konstruktion sind, verschiebt sich auch die Machtbalance zwischen den Akteuren.

<sup>3</sup> Zur Entwicklung der »Fürsorgepflicht« ausf. *Momsen*, Verfahrensfehler und Rügeberechtigung, 1997, S. 119 ff.

Abschnitt 3 der Empfehlungen steht unter der an sich einschlägigen Überschrift »Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht«. Inhaltlich geht es hier jedoch nicht um strukturelle Veränderungen, sondern – wenngleich nicht ohne Tragweite – doch eher um punktuelle Renovierungsarbeiten, die erst im Kontext anderer Abschnitte ein strukturerhebliches Potential enthüllen.

Ob durch diese nachträglichen Änderungen am Bauwerk eventuell ein Teil, beispielsweise das bislang unauffällig verputzte Vorderhaus verstärkt und repräsentativer gestaltet wird, dafür aber eventuell aufgrund beschränkter Modernisierungsmittel das Hinterhaus, das zwar schöne große Fenster aufweist, aber hohe Heizkosten verursacht, künftig dem Verfall preisgegeben wird, oder ob die Veränderungen am ursprünglichen Entwurf die Stabilität der gesamten Konstruktion gefährden, das ist die Frage, die es zu untersuchen gilt.

Traditionell lassen sich drei Konstruktionen differenzieren, die jeweils auf einem anders gelagerten, tragenden Konzept aufbauen:

- »Das instruktorische Verfahren, in dem das Gericht die Beweisaufnahme (mit)bestimmt, weil eine umfassende Amtsaufklärungspflicht besteht und eine Vorbereitung aufgrund der Ermittlungsakten möglich ist (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Österreich und Portugal).
- Das adversatorische Verfahren, in dem die Parteien die Beweise selbst beschaffen und in der – praktisch selten stattfindenden – Hauptverhandlung über die Schuldfrage präsentieren (USA, England und andere common law Systeme).
- Das gemischte Verfahren, das Elemente der instruktorischen und adversatorischen Verfahrensmodelle verbindet (Italien, Japan und Schweden)«. |<sup>4</sup>

Ein maßgebliches Kennzeichen des reformierten Strafprozesses ist die Trennung von Anklagebehörde und Sanktionsbehörde. Das in dieser institutionellen Trennung ausgeprägte Anklageprinzip wird als eigentlicher Garant für ein neutrales, nicht von eigenen Interessen geprägtes Verfahren und Urteil angesehen. |<sup>5</sup> Ohne dass es im Hinblick auf die Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Exekutive oder aber zur Judikative je zu einer einhelligen

4 Ambos, Jura 2008, 593 f.

5 Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Leipzig 1883, Bd. 1, S. 38 ff. mit Verweisen auf Köstlin und Zachariae.

Sichtweise gekommen wäre,<sup>6</sup> wird man doch die funktionale Eigenständigkeit der Anklagebehörde als elementar für das kontinentale und insbesondere das deutsche Rechtsstaatsverständnis bezeichnen können. Genauso wie die aus dieser Unabhängigkeit resultierende Verpflichtung zur Objektivität.

Damit ist natürlich nicht gesagt, dass Rechtsstaatlichkeit nicht auch in einem Verfahrensmodell gewährleistet werden könnte, welches zumindest die Trennung von Anklage und Sanktion weniger deutlich ausprägt.

Aus dieser Perspektive fällt der Blick üblicherweise auf das US-amerikanische Strafverfahren, gelegentlich und mit Einschränkungen auf das kanadische oder das britische Verfahrensrecht. Tatsächlich zeigt sich in der Konzeption des amerikanischen Strafverfahrens kein so klarer Antagonismus zum deutschen Konzept (mehr), dass man von einem rein akkusatorischen und einem durchgängig adversatorischen, von einem reinen kontradiktorischen Modell oder von einem grundsätzlich konsensualen Verfahren sprechen könnte. Vielmehr nähern sich beide Varianten an verschiedenen Punkten einander an. Gleichwohl ist nicht nur die Tradition, sondern auch die Grundkonzeption jeweils eine andere. Die Annäherung erfolgt auch nicht systematisch, sodass wir ebenfalls nicht von der gewissermaßen evolutionären Herausbildung eines weiteren gemischten Modells ausgehen können.

Blicken wir nun auf die Empfehlungen der Kommission, so sehen wir einzelne Mosaiksteine, welche auch zusammengesetzt noch kein vollständiges Bild ergeben. Dennoch, schemenhaft beginnt sich eine Entwicklung abzuzeichnen und es beginnen Figuren hervorzutreten, die eine gewisse, sogar eine zunehmende Ähnlichkeit aufweisen mit den Protagonisten des amerikanischen Bildes. Nun fragt sich, ob diese Figuren, wenn sie denn einmal vollständig ausgemalt sein sollten, sich noch in den Rahmen einpassen lassen, den die Konzeption des deutschen Strafverfahrensrechts vorgibt.

6 Für eine Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur rechtsprechenden Gewalt, da jene »die ganze Gewalt«, nicht nur Spruchrichter umfasse, und gegen eine Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte appellierten noch *Wagner*, NJW 1963, 8; *Görcke*, ZStW 73 (1961), 561 ff. und *Arndt*, NJW 1961, 1615, 1617. Das BVerfG ordnet die Staatsanwaltschaft »trotz ihrer organischen Eingliederung in die Justiz« der Exekutive zu, BVerfG, NJW 2001, 1121, 1123; BVerfG, NJW 2002, 815. Der BGH stuft den Staatsanwalt als ein dem Gericht gleichgeordnetes »Organ der Strafrechtspflege« ein, BGHSt 24, 171; ähnlich die Bundesregierung im Entwurf eines ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts, BT-Drucks. 7/551, 38. Für eine »Zwitterstellung« der Staatsanwaltschaft als ein zwischen den beiden Gewalten stehendes »selbstständiges Organ der Rechtspflege« sprechen sich u.a. *Roxin*, DRiZ 1997, 111, 114 und *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, Rn. 133, aus. Eine gesetzliche Ausgestaltung des Berufsbilds der Staatsanwaltschaft wird seit langem gefordert, siehe z.B. *Kelker*, ZStW 118 (2006), 389, 396 m.w.N.

Vorab sei klargestellt, dass meines Erachtens nach weder von der Kommission ein Paradigmenwechsel angestrebt wurde noch, dass wir es mit den Ansätzen einer im Übrigen strukturiert geplanten oder zielgerichteten Entwicklung zu tun hätten. Gerade weil die feststellbaren Koinzidenzen zufällig zu sein scheinen, verdienen sie jedoch besondere Sensibilität.

Zudem hat die Kommission im Ergebnis nur einzelne Bausteine einer Reform vorgelegt, auf ein kohärentes Reformkonzept aber verzichtet, bzw. musste darauf infolge der Abstimmungsmodi verzichten. Daher sollte das Augenmerk darauf gerichtet werden, ob sich aus gezielten Modifikationen eine gleichsam schleichende Veränderung der Verfahrenspraxis ergibt.

## II. Zu den Empfehlungen der Reformkommission

### A.1.1. Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen

Dem Verteidiger sollte die Anwesenheit bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten gestattet werden. Ihm sollte dabei ein Fragerecht zustehen (17:4:0).

Die vorgeschlagene Regelung beschreibt die gängige Praxis. Meines Erachtens ergibt sich der rechtliche Regelungsgehalt bereits aus § 136 StPO. An dieser Stelle, wie auch bei dem ein oder anderen weiteren Vorschlag fragt man sich zunächst, warum überhaupt über eine »Regelung« debattiert werden kann. In gewisser Weise wäre es auch interessant zu wissen, wer wohl dagegen gestimmt haben mag.

Aber warum die explizite Festschreibung des an sich Selbstverständlichen? Die Ratio kann einerseits in der Verknüpfung mit Beweisverwertungsfragen liegen und andererseits darin, die Bedeutung bestimmter Verfahrenshandlungen zu betonen oder aufzuwerten.

Dem Ermittlungsverfahren kommt seit jeher eine urteilsprägende Bedeutung zu: »Was im Vorverfahren versäumt wird, kann in keiner Phase des Prozessfortganges wieder gutgemacht werden.«<sup>7</sup> Die Verteidigung kann im Ermittlungsverfahren durch »rechtzeitiges, professionelles Krisenmanagement«<sup>8</sup> den Verlauf des weiteren Verfahrens entscheidend beeinflussen.

<sup>7</sup> Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Auflage 2015, Rn. 234.

<sup>8</sup> Dahs, a.a.O., Rn. 236.

Voraussetzung für eine Anwesenheit des Verteidigers bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ist aber dessen rechtzeitige Beauftragung. Zwar kann dem Beschuldigten auch schon im Vorverfahren ein Verteidiger beigeordnet werden,<sup>9</sup> aber nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft<sup>10</sup> und nicht etwa von Amts wegen, wenn im späteren gerichtlichen Verfahren die Verteidigung notwendig sein wird. Dies führt für den mittellosen Beschuldigten, der sich die Beauftragung eines Wahlverteidigers nicht leisten kann, zu der nachteiligen Situation, dass er in der wichtigen ersten polizeilichen Vernehmung<sup>11</sup> kaum eine Möglichkeit hat, sich eines Verteidigers zu bedienen. Freilich gibt es nach allgemein anerkannter Auffassung für Beschuldigte derzeit keine Pflicht zum Erscheinen zu polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen.<sup>12</sup> Einerseits ist diese Tatsache den Betroffenen jedoch häufig nicht bekannt<sup>13</sup> und andererseits kann die Mitwirkung an der polizeilichen Vernehmung bei Anwesenheit eines Verteidigers im Vergleich zum Nichterscheinen in bestimmten Fällen vorteilhaft für den Beschuldigten sein. Daher ist der Vorschlag der Expertenkommission, dem Verteidiger ein Anwesenheitsrecht bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen und damit eine weitere Möglichkeit des frühzeitigen Eingriffs in den Verfahrensfortgang einzuräumen, zu begrüßen. Auch weil er, wie oben gesagt, in der Sache alternativlos ist.

Auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR<sup>14</sup> sowie der einschlägigen Richtlinien<sup>15</sup> sind die Erwägungen der überwiegenden Mehrheit der Kommissionsmitglieder bzgl. eines expliziten Anwesenheits- und Fragerechts der Verteidigung bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen schlüssig und auf mittelfristige Sicht wohl auch zwingend.

Gerade weil und wenn hier für die Verteidigung Möglichkeiten zur frühzeitigen entlastenden Einflussnahme oder auch nur zur taktischen Kanalisierung der Kommunikation zwischen Beschuldigtem und Strafverfolgern besteht, werden diese frühen Beweiserhebungen nach einer solchen Reform in späteren Verfahrensstadien vermutlich (noch) weniger kritisch hinterfragt werden, als schon gegenwärtig. Zum anderen hingegen verschiebt sich zugleich

9 Gem. § 141 Abs. 3 StPO.

10 Nicht auf Antrag des Beschuldigten, siehe hierzu aber Punkt A.1.6.

11 So betont es auch die Expertenkommission (Abschlussbericht, S. 29); zur ständigen Rspr. des EGMR vgl. nur NJW 2009, 3707.

12 Vgl. nur BGH NJW 62, 1020 f.

13 Polizeiliche Vorladungen suggerieren regelmäßig eine nicht bestehende Erscheinspflicht, eine Hinweispflicht auf die Freiwilligkeit des Erscheinens besteht nicht. Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Auflage 2015, Rn. 1083.

14 EGMR, NJW 2009, 3707.

15 Abschlussbericht, S. 27 ff.

die Machtbalance zum Nachteil der (noch) nicht verteidigten Beschuldigten. Es besteht also eine untrennbare Verknüpfung dieses Vorschlags mit dem Zeitpunkt der Pflichtverteidigung.

Gehen wir einstweilen davon aus, dass nicht jeder Beschuldigte bei jeder polizeilichen Vernehmung anwaltlich vertreten ist. Offensichtlich vertieft sich dann auch durch diesen Vorschlag der Graben zwischen gut ausgestatteten bzw. angesehenen Beschuldigten und denjenigen, die über kein entsprechendes Potential<sup>16</sup> verfügen. Man könnte hier von »schwächeren« oder etwas allgemeiner von »weniger potenten« Beschuldigten sprechen. Da sich die Bedeutung der polizeilichen Vernehmungen bzw. deren Wahrnehmung für das spätere Verfahren insgesamt verändern wird, geraten unverteidigte Beschuldigte gleichsam automatisch weiter ins Hintertreffen. Zwar mag auf einer abstrakten Ebene registriert werden, ob Verteidigung anwesend ist oder nicht, aber es sind dieselben Akteure in beiden Konstellationen aktiv. Man kann diesbezüglich schon psychologisch keine dauerhafte und lückenlose Differenzierung eigener Verfahrenshandlungen und (unbewusster) Vorgehensweisen erwarten. Will sagen: Mittelfristig werden die polizeilichen Vernehmungen auch dann an Bedeutung gewinnen, wenn Beschuldigte nicht verteidigt sind. Deren Handlungsmöglichkeiten können nicht Schritt halten, sie werden als Objekt der Strafverfolgung weiter ins Hintertreffen geraten – qualitativ.

Quantitativ werden die nicht verteidigten Beschuldigten dagegen im Hinblick auf nachhaltige Verfolgung und Sanktionierung weiter »Boden gut machen«. Damit wird diese Gruppe zu einem umso attraktiveren Objekt der Verfolgung. Wer schnelle Erfolge will, vernimmt unter Umständen lieber ohne Verteidigung.<sup>17</sup>

In einem frühen Stadium eines Ermittlungsverfahrens geht effektive Verteidigung aus vielen Gründen über die bloße kompetente Wahrnehmung prozessualer Rechte noch weiter hinaus, als in späteren Verfahrensstadien. Denn es wird in vielen Fällen eine kreative und initiative parallele Ermittlungstätigkeit notwendig werden. Das Gewicht verschiebt sich also vom Reagieren aufs Agieren. Das allerdings kostet Zeit – und damit Geld. Vielfach werden Verteidiger und Verteidigerinnen gerade im frühen Verfahrensstadium verschiedenartige Unterstützung benötigen. Ich komme auf eine spezielle Facette später zurück. Wer sich dies nicht leisten kann, droht abgehängt zu

<sup>16</sup> Finanziell (und sozial).

<sup>17</sup> Hinzu kommt, dass die Qualität der Verteidigung bereits von Anfang an hoch – professionell – sein muss. Ich bin weit entfernt davon, zu behaupten, dass nur teure Verteidiger auch gute Verteidiger sind – diese These dürfte schon zu häufig durch die Praxis widerlegt worden sein.

werden. Dann droht eine *Zweiklassenverteidigung* und – noch prekärer – eine *Zweiklassenstrafverfolgung*. Es muss nicht soweit kommen, aber Gespräche, die ich im Sommer im Departement of Justice geführt habe, bestätigen *exakt* diesen Eindruck. Wer sich in einem frühen Verfahrensstadium *kompetitiv* mit den Ermittlungsbehörden messen will, benötigt Ressourcen. Wer diese nicht hat, gerät unter einen massiven Verfolgungs- und Verurteilungsdruck. Mittelbare Folgen sind die Fokussierung der Verfolgung auf unterprivilegierte Personenkreise sowie messbar höhere Sanktionen für diese Beschuldigten. Im amerikanischen Strafrechtssystem herrscht, selbst aus Sicht des DoJ, eine in Teilen skandalöse Ungleichheit. |<sup>18</sup>

Auf der anderen Seite halte ich die Verteidigung in polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen bereits heute für unverzichtbar. Die Machtbalance muss also mit Hilfe anderer Stellschrauben wiederhergestellt werden. Das heißt: Frühe Pflichtverteidigung und – natürlich – differenziertere Gebührensätze im Ermittlungsverfahren.

#### 1.5 Zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme n. § 127 Abs. 2 StPO (»Pflichtverteidiger der ersten Stunde«)

Eine Änderung des geltenden Rechts im Sinne einer zeitlichen Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme oder bei aufgrund eines Haft oder Unterbringungsbefehls verhafteten Beschuldigten (»Pflichtverteidiger der ersten Stunde«) sollte *nicht* erfolgen. (11:10:0)

Im Hinblick auf Ersteres wäre unter anderem natürlich auch der in der Abstimmung der Kommission denkbar knapp unterlegene Vorschlag |<sup>19</sup> zum »Pflichtverteidiger der ersten Stunde« ein Gewinn gewesen. Denn gerade eine Änderung des geltenden Rechts im Sinne einer zeitlichen Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme oder bei aufgrund eines Haft- oder Unterbringungsbefehls verhafteten Beschuldigten, könnte dazu beitragen, die Minima effektiver Verteidigung für *alle* Beschuldigten zu sichern. Mein Kollege Robert *Esser* hat dies in seinem Gutachten unter Rückgriff auf die unionsrechtliche Rechtsprechung ausführlich begründet. |<sup>20</sup>

18 *Stafford Smith*, *The Injustice System: A Murder in Miami and a Trial Gone Wrong*; *Taibbi*, *The Divide: American Injustice in the Age of the Wealth Gap*; *Goffman*, *On the Run: Die Kriminalisierung der Armen in Amerika*.

19 Betr. die zeitliche Ausdehnung der notwendigen Verteidigung bei vorläufiger Festnahme nach § 127 Absatz 2 StPO.

20 Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 15 ff.

Dass das Recht auf »frühe« Verteidigung auch an anderen Stellen flankiert werden sollte, scheint ebenfalls nur konsequent. Beispielhaft kann insoweit auf die unionsrechtlich untermauerte Empfehlung im Gutachten *Esser* zum Schutze des Anbahnungsverhältnisses verwiesen werden (§ 148 Abs. 2 – neu).<sup>21</sup> Letztgenannte Empfehlung wurde von der Kommission übernommen (A.1.7.). Die menschenrechtlich noch zentralere Empfehlung für die Ausdehnung der notwendigen Verteidigung auf die vorläufige Festnahme nach § 126 Abs. 2 StPO hat sich, wenn auch knapp, nicht durchsetzen können (A.1.5.). Dies ist eine strukturelle Schwäche der Reformvorschläge.

Als Fazit kann man insoweit feststellen, so eigentümlich es zunächst erscheinen mag: Die Aufwertung der Verteidigung im frühen Verfahrensstadium führt – und meines Erachtens ist dies faktisch unvermeidbar – zu einem kompetitiven Element. Ermittlungsbehörden und Verteidigung werden sich automatisch stärker als Parteien des Verfahrens begreifen.

Ob »Organ der Rechtspflege« oder »Interessenvertreter«, die Verteidigung war auch bislang nicht daran gehindert, sich als Partei zu begreifen. Die Veränderung betrifft daher primär die Strafverfolgungsseite. Unabhängig davon, ob sich auch bislang beispielsweise Polizeibeamte nun in jedem Fall als neutrale Ermittler zugunsten und zulasten des Beschuldigten sehen, oder ob die Staatsanwaltschaft in jedem Fall ihre Verfahrensherrschaft vollständig neutral ausübt – diese »mentale« Veränderung hin zu einer Parteiperspektive wird durch eine verstärkte Stellung der Verteidigung rechtlich legitimiert. Insoweit erscheint mir der Gedanke einer »Amerikanisierung« – von »Zivilisierung« möchte ich aus verschiedenen Gründen hier nicht sprechen – des Ermittlungsverfahrens nicht fernliegend.<sup>22</sup>

### A. 1.3 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen; Belehrung durch Sachverständige

1.3.1 Dem Verteidiger sollte kein Anwesenheitsrecht bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen eingeräumt werden. (14:6:1)

<sup>21</sup> Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 30.

<sup>22</sup> Nochmals: Die Entwicklung ist nicht zwingend. Anglo-amerikanische und kontinentaleuropäische Verfahrensstruktur, Rechtstradition und Selbstverständnis der Beteiligten weisen Differenzen auf. Wenn aber die Ausgangsthese einer schleichenden Amerikanisierung unseres Verfahrens auch nur in Teilen bestätigt wird, ist sie »on the long run« wahrscheinlich.

- 1.3.2 Die Belehrung des Beschuldigten über seine Rechte im Sinne des § 136 StPO und von Zeugen über Zeugnis- und Aussageverweigerungsrechte durch den Sachverständigen bei Explorationen sollte gesetzlich geregelt werden. (21:0:0)

Die mehrheitliche Empfehlung der Kommission, dem Verteidiger *kein* Anwesenheitsrecht bei der Exploration des Beschuldigten durch einen Sachverständigen einzuräumen, ist, wie *Esser* ausgeführt hat,<sup>23</sup> im Hinblick auf den nicht selten »vernehmungähnlichen« Charakter einer solchen Untersuchung bedenklich.

Wiederum kann diesen Explorationen eine vorentscheidende Bedeutung zukommen, u.U. über diejenige der meisten Vernehmungen hinausgehend. »Mangels eigener (profunder) Sachkunde legen Richter ihrer Entscheidung nahezu immer ein eingeholtes psychiatrisches Gutachten zugrunde, um über die Schuldfähigkeit und ggf. über die Verhängung und Weiterführung von Maßregeln zu entscheiden.«<sup>24</sup> Unter dem Gesichtspunkt des »Fair Trial« kann die Anwesenheit eines Verteidigers bei der Exploration daher effizient dazu beitragen, dass das Recht auf Selbstbelastungsfreiheit gewahrt bleibt.<sup>25</sup> Daher spricht, wie *Esser* und *Neuhaus* in den Diskussionen bereits dargelegt haben, für die Anwesenheitsberechtigung der Verteidigung nicht zuletzt der Wortlaut des § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO, wonach der Beistand eines Verteidigers »in jeder Lage des Verfahrens« gewährleistet sein muss. Überdies ist unbestritten, dass auf Sachverständige die Grundsätze der Befangenheit in gleicher Weise anzuwenden sind, wie für Richterinnen und Richter. Die Befangenheit wird sich aber, wenn, dann primär während der Explorationsphase zeigen. Auch die vorgeschlagene audiovisuelle Aufzeichnung der Exploration<sup>26</sup> ist daher sachgerecht.

Wiederum kann zwischenzeitlich ein Fazit gezogen werden, das nur bedingt positiv ausfällt: Das Bestreben, die Position der Verteidigung im Ermittlungsverfahren nur punktuell, nicht aber umfassend zu stärken, ist meines Erachtens Ausdruck des eingangs beschriebenen strukturellen Dilemmas. Solange man keine grundsätzliche Entscheidung darüber trifft, ob die Idee der Waffengleichheit erst in der Hauptverhandlung oder aber bereits früh im Ermittlungsverfahren Leitlinie der Verfahrensrechte sein soll, kommt es

23 Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 29 ff.

24 *Esser*, a.a.O. (vgl. §§ 80a, 246a, 463 StPO, §§ 9, 12 ThUG).

25 Es sei mit *Esser* auf *Suggestivfragen* verwiesen, denen die zu diesem Zeitpunkt nicht bewiesene Täterschaft oder (angeblich weiterhin bestehende) Gefährlichkeit zugrunde liegt.

26 Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 29 ff.

unweigerlich zu Friktionen. Wer – und natürlich ist dies nichts anderes, als die Grundidee der amerikanischen Verfahrenskultur – davon ausgeht, dass der Wahrheitssuche am besten durch zwei unabhängig voneinander agierende aber einander beobachtend kontrollierende Verfahrensparteien gedient wird, der muss im Sinne echter »Checks and Balances« das Ermittlungsverfahren umstrukturieren; – mit den entsprechenden Konsequenzen für die weiteren Verfahrensschritte. Die Alternative ist die herkömmliche Struktur des deutschen Strafverfahrens. Die Übernahme nur einzelner Versatzstücke des einen in das andere Modell ist hingegen ein nicht »lege artis« durchgeführtes »legal transplant«. Das führt bekanntlich häufig zu Abstoßungsreaktionen oder Folgeschäden des Organismus.

#### A.1.2 Anwesenheits- und Fragerecht des Verteidigers bei einzelnen Beweiserhebungen

Bei Tatortrekonstruktionen und Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten sollte dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet werden. Die Regelung *weiterer Anwesenheitsrechte* des Verteidigers empfiehlt die Kommission *nicht*. (19:2:0)

Die Kommission hat mit breiter Mehrheit empfohlen, der Verteidigung ausschließlich bei Tatortrekonstruktionen und Gegenüberstellungen mit dem Beschuldigten die Anwesenheit zu gestatten. Es gibt gute Gründe für eine Beschränkung derartiger Verteidigungsrechte.

Gleichwohl: Die Überzeugungskraft der jeweiligen Argumente und damit auch dieser Empfehlung hängt davon ab, ob – wie in verschiedenen Gutachten und wiederum besonders deutlich von *Esser*<sup>27</sup> angemahnt – ein »grundsätzliches Bekenntnis zu einem partizipatorischen Ermittlungsverfahren« erfolgt.

Man wird, so denke ich, aber noch einen Schritt weitergehen müssen und sich nicht mit der bloßen Gestattung der Partizipation begnügen können, sondern die Gewährleistung der aktiven Teilhabe verlangen müssen. Dazu später mehr.

<sup>27</sup> Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 32 f., vgl. auch *Jahn*, ZStW 115 (2003), 815 ff.; *Wohlers*, GA 2005, 11.

## A. 1.6 Antragsrecht des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren

1.6.1 Dem Beschuldigten sollte im Ermittlungsverfahren das Recht eingeräumt werden, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers zu beantragen (19:2:0).

Grundsätzlich ist daher der Vorschlag, dem Beschuldigten ein Antragsrecht auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren zu gewähren, zu begrüßen. Das Monopol der Staatsanwaltschaft, eine gerichtliche Entscheidung über die Notwendigkeit der Verteidigung herbeizuführen, wäre richtigerweise durchbrochen.

Es ist aber zu beachten, dass eine derartige Neuregelung dem mittellosen Beschuldigten nur begrenzt zugutekommen würde: Sachkundiger und substantiierter Vortrag dazu, warum eine Verteidigerbestellung schon im Vorverfahren notwendig ist, kann wiederum nur von einem Verteidiger erwartet werden, welcher aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht bestellt ist. Letztlich wird in der Praxis aber dennoch bereits die Möglichkeit des Herbeiführens einer gerichtlichen Entscheidung durch den Beschuldigten auch ohne entsprechenden Vortrag zu einer häufigeren Bestellung von Pflichtverteidigern im Vorverfahren führen.

## A. 4. Dokumentation des Ermittlungsverfahrens

Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen sollten jedenfalls bei *schweren Tatvorwürfen oder bei einer schwierigen Sach- oder Rechtslage* im Regelfall audiovisuell aufgezeichnet werden. Die Vernehmung sollte nach den hierfür geltenden Regelungen zusätzlich protokolliert werden. (12:9:0)

Die mit recht dünner Mehrheit empfohlene Dokumentation von Zeugen- und Beschuldigtenvernehmungen führt zu einer Stärkung der Verfahrensrechte von Zeugen und Beschuldigten und kann durchaus der Wahrheitsfindung dienen.

Der Empfehlung kann daher in der Sache nur zugestimmt werden.

Zum einen allerdings bewirkt auch die audiovisuelle Dokumentation von Zeugen- und vor allem Beschuldigtenvernehmungen eine weitere und noch stärkere Aufwertung des Ermittlungsverfahrens. Die Beschränkung auf schwere Tatvorwürfe bzw. eine schwierige Sach- oder Rechtslage ändert daran nur wenig, nicht nur, weil die Rechtsbegriffe unbestimmt sind.

Aber auch durch diese Empfehlung könnte das mehrfach beschriebene Ungleichgewicht zwischen verschiedenen Gruppen von Beschuldigten weiter verschärft werden. Die Empfehlung würde nicht dazu führen, dass die positiven Aspekte der Dokumentation<sup>28</sup> gerade den weniger privilegierten Beschuldigten zu Gute kommen. Denn – abgesehen von schwerer Gewaltdelinquenz – dürften die nicht dokumentationspflichtigen Taten wohl in der Hauptsache von dieser Beschuldigtengruppe bestritten werden.

Im Hinblick auf die disziplinierende Funktion einer Dokumentation bspw. im Hinblick auf Belehrungspflichten oder verbotene Vernehmungsmethoden, könnten sich die beschriebenen Effekte daher verstärken.

Bereits auf dem vergangenen Strafverteidigertag zeigte sich, dass die Aufzeichnung auch strukturelle Effekte im Sinne der Aufwertung des von der Staatsanwaltschaft dominierten Ermittlungsverfahrens verstärken könnte: Primär sind erhoffte Effizienzgewinne bei einem späteren Beweistransfer in das Hauptverfahren zu erwarten.

### III. Die Struktur des Strafverfahrens – auf dem Weg zum amerikanischen Modell?

Blickt man auf die hier nur ausschnitthaft dargestellten Empfehlungen der Kommission für Veränderungen im Ermittlungsverfahren, so zeigt sich als mittelbare Folge, dass Zeitpunkt und Qualität der Verteidigung immer stärkeren Einfluss auf eine effektive Teilhabe am Verfahren gewinnen dürften.

<sup>28</sup> Die audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen ist dem klassischen Vernehmungsprotokoll in mehrerer Hinsicht überlegen. In letzteres kann die Vernehmung nie originalgetreu einfließen, sondern nur jene Aspekte, die die Vernehmungsperson als wichtig erachtet. Dies sind regelmäßig die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Die Tendenz von Polizeibeamten, einen möglichst abgerundeten Sachverhalt herauszuarbeiten, beobachteten *Rasch* und *Hinz* schon 1980 am Beispiel des § 211 StGB (Kriminalistik 1980, 377). Regelmäßig zielte die Vernehmung dabei auf den Nachweis des Vorliegens eines Mordmerkmals ab.

Polizeibeamte werden sich außerdem durch vorherige Ermittlungsmaßnahmen in der Regel schon ein Bild von der Tat bereitet haben, welches sie durch die Vernehmung bestätigt sehen wollen (v. *Schlieffen*, Freispruch Heft 5, S. 1). Dies wird von der »Theorie der kognitiven Dissonanz« sehr treffend abgebildet, nach der solche Fakten, die eine bereits getroffene Auffassung widerlegen, einen unangenehmen Gefühlszustand hervorrufen und deshalb leichter ausgeblendet werden (*Schünemann*, StV 1998, 391, 394). Es gehen deshalb zahlreiche eigentlich relevante Details verlustig (v. *Schlieffen*, a.a.O., *Deckers*, StraFo 2013, 133, 136). Es ist zwar fraglich, inwieweit die Dokumentation des Ermittlungsverfahrens den vorstehenden Effekten auf Seiten der Vernehmungspersonen entgegenwirken kann. Sie vermag aber zumindest ein objektives Bild der Vernehmung zu liefern, welches frei von evtl. bei den Vernehmungspersonen gegebenen Wahrnehmungsmängeln oder Missverständnissen ist. Jedenfalls ermöglicht die Aufzeichnung eine deutlich verbesserte Rekonstruktion der Begleitumstände, aber auch der zentralen Inhalte der Aussagen.

Bestätigt sich damit die oben ausgesprochene Vermutung, dass in der Praxis der finanziell gut ausgestattete Beschuldigte verglichen mit dem wenig potenten Beschuldigten künftig in einer Weise bevorzugt wird, die rechtsstaatlich bedenklich erscheinen muss?

Erleben wir nun eine Renaissance des altgedienten Schlachtrufs der »Zwei-Klassen-Justiz«?

Importieren wir uns jetzt etwa das auch aus dortiger Sicht entscheidende Gerechtigkeitsproblem des US-amerikanischen Strafverfahrens, weil uns der Mut zu einer strukturellen Reform fehlt – oder im Gegenteil gerade deshalb, weil uns bei aller Fokussierung und Ressourcenorientierung der Blick verstellt ist und wir nicht mehr erkennen, dass das gewachsene deutsche Verfahrensmodell diese spezifischen Probleme weitgehend verhindern würde, wenn es konsequent ausgestaltet – und ausgestattet – wird?

Brauchen wir also nicht die große Reform, sondern wären besser beraten, weiter das fast traditionelle Mantra der fehlenden Ressourcen anzustimmen?

Natürlich ist die Lösung nicht so simpel. Die Entscheidung zwischen traditionellem und »amerikanisierten« Verfahren ist nur noch eine scheinbar offene. Tatsächlich bewegt sich das deutsche Modell seit langem schon dahin, den nichtrichterlichen Verfahrensbeteiligten mehr Einfluss zuzubilligen – aber auch mehr Verantwortung zuzuweisen – Stichworte: »Obliegenheiten«, »Widerspruchsmodell«, »Rügeverlust«, und natürlich »Verständigung«. Man mag den damit ein Stück weit einhergehenden Verlust der zentralen Bedeutung der Tatgerichte für die Steuerung und Beendigung der Verfahren beklagen, auch ohne sich dem Verdacht einer patriarchalischen Weltansicht auszusetzen, – man muss es aber nicht. Mitwirkung und Verantwortung lassen sich durchaus mit einem grundgesetzkonformen und effektiven Verfahrensmodell verbinden.

Im Prinzip liegt die Kommission meines Erachtens in vielen Punkten richtig, denn eine stärkere Teilhabe kann in vielen Bereichen der Wahrheitsermittlung dienen.

Allerdings muss man, wenn man eben nicht sehenden Auges in die amerikanischen Probleme hineinlaufen will, die mindestens latenten Auswirkungen auf die Verfahrensstruktur als solche wahrzunehmen und rechtlich wie tatsächlich einzuhegen bereit sein. Man muss sicherstellen, dass die Verfahrensbeteiligten ihre neue Position auch tatsächlich ausfüllen können.

Drei Punkte sind zentral:

1.

Man muss sich entscheiden, ob die Staatsanwaltschaft weiterhin als »Herrin des Ermittlungsverfahrens« agieren soll oder ob sie eine stärker parteiorientierte Rolle wahrnehmen soll. Für ein Selbstverständnis im letzteren Sinne gibt es einzelne Indizien, wie etwa eine immer stärkere und frühzeitige Positionierung der Staatsanwaltschaft in den Medien, teilweise verbunden mit einer Individualisierung der Akteure auch auf Seiten der Ermittlungsbehörden. Man denke an die fragwürdigen medialen Auftritte einiger Staatsanwaltschaften in den Verfahren »Zumwinkel«, »Kachelmann« oder »Wulff«. Dies widerspricht eklatant dem Typus einer neutralen Instanz.

Eben diese Neutralität allein rechtfertigt die beherrschende Stellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren.

Wenn die Staatsanwaltschaft sich aber selbst als Partei wahrzunehmen beginnt, die ein Verfahren »gewinnt« oder »verliert«, hat sie sich in ihrem Selbstverständnis den amerikanischen Kollegen weit angenähert. Wenn das der Weg der Zukunft ist, muss die »Herrschaft über das Ermittlungsverfahren« entweder zu signifikanten Anteilen auch in die Hände der Verteidigung gelegt werden, oder es braucht ein Modell des »Untersuchungsrichters«, wie beispielsweise in Italien. Das scheint mir eher nicht im Trend zu liegen.

2.

Entsprechend ist die Verteidigung mit wirksameren Rechten schon in sehr frühen Verfahrensstadien auszustatten. Zudem muss eine effektive Verteidigung für alle Beschuldigten gewährleistet werden. Aber auch die Beweisanspruchsrechte wären »nach vorn« zu erweitern. Weiterhin müssten die Beweisverbote angepasst werden. Last not least wäre über eine Reform des Revisionsrechts nachzudenken, um frühe Ermittlungsmaßnahmen effektiver überprüfen zu können, ggf. wäre über eine Entformalisierung der Verfahrensrüge nachzudenken.

3.

Die Rolle der Gerichte im Ermittlungsverfahren muss möglicherweise überdacht werden. Man muss die Bedeutung der Hauptverhandlung kritisch betrachten, Stichwort »Beweistransfer«. Schließlich – und das ist bereits gegenwärtig faktisches Problem – muss die Rolle der Gerichte bei der Sanktionsfindung diskutiert werden – nicht nur in Abgrenzung zur Staatsanwaltschaft.

## IV. Partizipationsrechte, Dokumentationspflichten und ihre Auswirkungen auf die Verfahrensstruktur

Nun ist es nicht so, dass die Expertenkommission nicht in diese Richtung gedacht hätte.

Der Vorschlag der Expertenkommission, dem Verteidiger ein Anwesenheits- und Fragerecht bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen einzuräumen, führt zwar zur Stärkung der Position des verteidigten Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, in Zusammenschau mit den mangelhaften Möglichkeiten minder potenter Beschuldigter, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Vorverfahren zu erreichen, kann er die Kluft zwischen verteidigten und unverteidigten Beschuldigten erweitern.

Deutlich wird dies umso mehr, wenn man einige Änderungen im Recht der Hauptverhandlung in den Blick nimmt, welche ihrerseits teils massive Auswirkungen auf die Praxis des Ermittlungsverfahrens haben werden. Dementsprechend muss man die Empfehlungen zum möglichen »Beweismitteltransfer« ergänzend in den Blick nehmen:

### D. 14. Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung

#### 14.2 Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Zeugenvernehmung

Die audiovisuelle Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, sollte in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Voraussetzung dafür ist, dass bei der früheren Vernehmung das Konfrontationsrecht des Beschuldigten gewahrt war. (19:2:0)

Die Expertenkommission empfiehlt die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung richterlicher Zeugenvernehmungen für den Fall, dass der Zeuge erst in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Sie spricht sich somit für eine Gleichstellung derartiger Aufzeichnungen mit der in ständiger Rechtsprechung konturierten Übung aus, Ermittlungsbeamte zu vernehmen, welche die Zeugenvernehmung durchgeführt haben.

Völlig zu Recht berücksichtigt die Kommission meines Erachtens das Konfrontationsrecht. Dies ist nach unionsrechtlichen Vorgaben zwingend. Gewahrt sein kann ein effektives Konfrontationsrecht in den allermeisten Fällen aber nur bei verteidigten Beschuldigten. Zwar ist die Bedeutung der Verteidigung hier weder neu noch stärker ausgeprägt, aber durch die Möglichkeit des Beweistransfers – und zwar des unmittelbaren Beweismittels – gewinnt das frühe Verfahrensstadium insoweit wiederum an Bedeutung.<sup>29</sup>

#### D. 14.3 Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer richterlichen Beschuldigtenvernehmung

Zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis sollte neben der Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls auch die Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung des Beschuldigten ermöglicht werden. (21:0:0)

Weiterhin empfiehlt die Kommission, eine Vorführung der audiovisuellen Aufzeichnung richterlicher Vernehmungen des Beschuldigten. Anwendungsfall soll zunächst einmal die Beweisaufnahme über ein Geständnis sein.

Insoweit bleibt es bei einer Gleichstellung mit der Möglichkeit, nach § 254 Abs. 1 StPO solche Erklärungen des Angeklagten zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis zu verlesen, die in einem richterlichen Vernehmungsprotokoll enthalten sind. In der Regel würde daher in der Hauptverhandlung nach wie vor eine erneute Vernehmung des Beschuldigten bzw. eine Einvernahme der Zeugen stattfinden.

Wenn aber die audiovisuelle Dokumentation von Vernehmungen im Ermittlungsverfahren bei schweren Tatvorwürfen bzw. bei schwieriger Sach- oder Rechtslage der Regelfall wird, könnte sich eine generelle Sympathie gegenüber einer Dokumentation als Beweismittel einstellen, wenn und weil sie die oben benannten positiven Effekte mit sich bringt.

Als Konsequenz hieraus wird auch jetzt schon die Frage aufgeworfen, ob die unmittelbare Vernehmung von Beweispersonen in der Hauptverhandlung der Einführung eines Vernehmungssurrogates überhaupt (noch) generell überlegen ist. Der »Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme«<sup>30</sup> (AE-Beweisaufnahme)

<sup>29</sup> Dem Gericht der Hauptverhandlung werden entsprechend Kompetenzen, die sich unmittelbar aus der Amtsaufklärungspflicht ergeben, aus der Hand genommen.

<sup>30</sup> Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, abgedruckt in GA 2014, 1-72.

geht hiervon nicht aus. Die Entscheidung, ob die persönliche Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung erfolgt oder ob ein Beweissurrogat eingeführt wird, soll sich vielmehr nach der Amtsaufklärungspflicht des Gerichts und dem Beweisantragsrecht im Einzelfall richten.

Bei der Einführung eines Vernehmungssurrogats schlägt etwa der AE-Beweisaufnahme eine gesetzliche Rangfolge vor, bei der die audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung den höchsten Rang einnehmen soll.

Eine langfristige Entwicklung des Beweisrechts der StPO hin zu einer stärkeren Vorverlagerung der Vernehmungskompetenz durch Implementierung eines erleichterten Beweistransfers scheint also nicht unwahrscheinlich, die Einführung der audiovisuellen Dokumentation im Ermittlungsverfahren kann der erste Schritt sein. |<sup>31</sup>

### A. 3.2 Erscheinspflicht von Zeugen bei der Polizei

Zeugen sollten zur Vernehmung vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft erscheinen müssen, wenn der polizeilichen Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt. Bestehen Zweifel hinsichtlich der Zeugeneigenschaft oder hinsichtlich des Vorliegens von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten, soll die Polizei verpflichtet werden, unverzüglich Kontakt mit der Staatsanwaltschaft aufzunehmen. (12:6:3)

Die Expertenkommission empfiehlt weiter die Normierung einer Erscheinens- und Aussagepflicht des Zeugen für den Fall, dass der Ladung ein einzelfallbezogener Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt. Der Vorschlag der Expertenkommission erscheint im Hinblick auf die Fokussierung der staatsanwaltschaftlichen Ressourcen auf wichtige Zeugenvernehmungen zunächst als sinnvoll. |<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Schon jetzt würde die Einführung einer solchen Dokumentationspflicht zusätzlich zu dem vorgeschlagenen Anwesenheits- und Fragerechts des Verteidigers bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen (Punkt A.1.1, s.o.) zu einer erheblichen Aufwertung des Ermittlungsverfahrens führen, auch weil die üblicherweise an polizeilichen Vernehmungen geäußerte Kritik teilweise ausgeräumt werden könnte. Die Bedeutung der ursprünglichen polizeilichen Zeugen- bzw. Beschuldigtenvernehmungen für den weiteren Verfahrensverlauf würde sich auch aus dieser Perspektive erhöhen.

<sup>32</sup> Insbesondere wenn und soweit in der Praxis aufgrund der nicht bestehenden Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft auch solche Zeugen staatsanwaltschaftlich vernommen werden müssen, deren Vernehmung in Ermangelung besonderer Gründe ansonsten von der Polizei vorgenommen worden wäre.

Denkbar ist allerdings, dass die als »einzelfallbezogene« betitelte Erscheinens- und Aussagepflicht vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft im Ergebnis sehr bald eine generelle sein wird, wenn polizeilichen Vorladungen ein »einzelfallbezogener« Auftrag im Regelfall zugrunde liegen würde. Dann würde sich die Bedeutung dokumentierter Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren weiter steigern, die oben beschriebenen Effekte verstärkten sich.

Die konsequente Umsetzung von Partizipationsrechten würde dann allerdings danach verlangen, der Verteidigung auch insoweit ein grundsätzliches Anwesenheitsrecht einzuräumen, sofern nicht konkrete Erfordernisse des Zeugenschutzes im Einzelfall entgegenstehen. Wiederum müsste eine Verteidigung im Sinne des Bekenntnisses zu einer partizipatorischen Ausrichtung des Ermittlungsverfahrens gewährleistet werden. Dies wird jedoch, wie oben dargelegt, von der Kommission nicht befürwortet.<sup>33</sup>

Sie begründet dies mit der »bewährten gesetzlichen Konzeption«, nach der zwischen staatsanwaltschaftlicher und polizeilicher einerseits und richterlicher Vernehmung andererseits zu differenzieren sei, da letzterer traditionell schon das Gesetz ein »höheres Vertrauen«<sup>34</sup> entgegenbrächte, polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Vernehmungsprotokolle eine geringere Beweiskraft als richterliche hätten<sup>35</sup> und ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers daher nur bei richterlichen Vernehmungen notwendig sei. Gegen diese Präsumtive Annahme wurde schon vieles vorgebracht.<sup>36</sup> Nicht zuletzt die fehlende empirische Bestätigung einer »besonderen Qualität« der richterlichen Vernehmung.

Argumentiert man, dass die postulierte Überlegenheit der Protokollierungstechnik des Richters gegenüber derjenigen von Polizeibeamten durch die Einführung der Pflicht zur audiovisuellen Dokumentation bei schweren Tatvorwürfen sowie bei schwieriger Sach- oder Rechtslage ausgeräumt werden könne, so zeigt sich deutlich, dass der Weg zum partizipatorischen Verfahren nicht mit der – je nach Standpunkt – wünschenswerten Konsequenz gegangen wird.

33 Abschlussbericht, S. 30 ff.

34 Vgl. nur BGHSt 21, 218 f.

35 *Stoffers*, NJW 2013, 1495, 1496 m.w.N.

36 Gegen eine generell »höhere Qualität« richterlicher Vernehmungen, Vernehmungsprotokolle oder richterlicher Zeugenaussagen wird zunächst vorgebracht, dass – im Hinblick auf die Beherrschung von einschlägigen Vernehmungstechniken – die Ausbildung von Richtern derjenigen von Polizeibeamten nicht gleichkomme; weiterhin könne die herausgehobene Stellung des Richters als Autoritätsperson der Qualität der Vernehmung abträglich sein, wenn sie ein »Kommunikationsgefälle« entstehen lasse (*Eisenberg* NStZ 1988, 488).

Daher wäre prozesstheoretisch namentlich die Versagung eines Anwesenheitsrechtes des Verteidigers bei Zeugenvernehmungen sehr kritisch zu sehen<sup>37</sup>. Im Sinne der Ausgangsthese ist allerdings auch zu bedenken, wie sich die Wahrnehmung solcher Anwesenheitsrechte in der Verfahrenspraxis gestalten soll. Denn es erscheint kaum möglich, dass normal ausgelastete Verteidigerinnen und Verteidiger gleichsam auf Abruf bereit oder in der Lage sein könnten, kurzfristigen Benachrichtigungen von Zeugenvernehmungen nachzukommen. Ob ein Modell eines wie auch immer ausgeformten Verteidigungspools der Sache dienlich sein kann, ist zu bezweifeln. Die oben im Rahmen der »frühen Pflichtverteidigung« aufgezeigten Probleme würden sich hier noch verstärken.

### A. 3. Neuordnung der Aufgabenverteilung zwischen Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht

#### A. 3.1 Ausdrückliche Normierung der staatsanwaltlichen Sachleitungsbefugnis

Die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. (15:2:4)

Nach Ansicht der Kommission sollte die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Wer hier nun eine strukturelle Reform erwartet, wird enttäuscht sein.

Der Kommission steht keineswegs ein Bedürfnis für eine Neuordnung der Aufgaben zwischen den Verfahrensbeteiligten im Sinne des partizipatorischen Modells vor Augen. Diese würde nämlich in einer Ausbalancierung der Kompetenzen im Verhältnis zur Verteidigung *und* – je nach Lage der Dinge – zum Gericht liegen müssen. In diesem Abschnitt spielt die Verteidigung jedoch keine Rolle.

Vielmehr geht es darum, den Einfluss der Staatsanwaltschaft auf das Ermittlungsverfahren im Verhältnis zur Polizei sicher- oder sogar wiederherzustellen. Das Ziel der Empfehlung liegt in der Sicherung eines gesetzesförmigen Verfahrens und ist als solches begrüßenswert. Es heißt, »dass die Staatsanwaltschaft nur dann ihrer Aufgabe, »Wächter des Gesetzes zu sein« Genüge tun« könne, »wenn jedwede Ermittlungstätigkeit der nachgeordneten Strafverfolgungsbehörden ihrer Leitung und Verantwortung unterstellt« sei.«<sup>38</sup>

<sup>37</sup> »Wünschenswert wäre zumindest eine Regelung, die es der Staatsanwaltschaft ausdrücklich gestattet, den Verteidiger an der Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen teilnehmen zu lassen.«  
– *Strafrechtsausschuss BRAK*, Stellungnahme zu den Empfehlungen der Expertenkommission, S. 4.

<sup>38</sup> Abschlussbericht, S. 55.

Wieder zeigt sich, dass der Perspektivwechsel ein nur partieller ist. Angestrebt werden Partizipationsrechte *in* einem instruktorischen Verfahren. Das führt zu Friktionen, schafft aber auch Chancen.

Bevor diese abschließend bewertet werden, sei noch auf zwei von der Kommission nicht angesprochene Punkte hingewiesen.

## V. Defizite

### 1. Digitale Daten als Beweismittel

Obwohl es nahegelegen hätte, wenn man sich mit einem audiovisuellen Dokument, also einer in aller Regel digitalen Aufzeichnung, zu Beweis Zwecken beschäftigt, hat man das Thema der »digitalen Beweise« nicht berührt. Ebenso wenig wurden diese Fragen im Zusammenhang des § 100a StPO mit der prozessualen Behandlung von Computerkriminalität (iwS), also etwa § 202a, b, c StGB oder § 303a durch sog. DDoS-Attacken, diskutiert.<sup>39</sup> Dies überrascht auch, wenn man sich weniger als ich selbst mit dem Problem der digitalisierten Beweise befasst. Das Thema ist von erheblicher praktischer Relevanz und bedarf dringend einer gesetzlichen Ausgestaltung. Nicht zufällig war die Erhebung und Verwertung digitaler Daten im Strafverfahren bereits ein Thema auf dem 37. Strafverteidigertag in Freiburg.<sup>40</sup>

De facto geht es um Daten, welche zu Beweis Zwecken gesichert werden, etwa im Rahmen der Beschlagnahme von Hardware, Festplatten, PCs, Mobiltelefonen und andere Endgeräten bzw. Speichermedien, oder aber im Rahmen von Online-Durchsuchungen, »Social-Media«-Auswertungen, Zugriffen auf Cloudspeicherorte oder die Datenspeicher von Internetdiensteanbietern, insbesondere also Service-Providern, um nur die gängigen Beispiele zu nennen.

<sup>39</sup> Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 14 f. Denn grundsätzlich zu Recht weist das Gutachten des BMI darauf hin, dass »gerade aufgrund der Flüchtigkeit von Telekommunikationsdaten ein Bedürfnis zur Aufnahme (derartiger) Delikte« in den Katalog des § 100a StPO bestehe (Abschlussbericht, Anlagenband I, S. 4). Warum aber den Rahmen der Beweiserhebung diskutieren ohne auf ihren Kern zuzugreifen?

<sup>40</sup> Näher *Momsen*, Zum Umgang mit digitalen Beweismitteln im Strafprozess, in: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 871 ff.; Digitale Beweismittel aus der Sicht der Strafverteidigung, in: *Beck/Meier/Momsen* (Hrsg.), Cybercrime und Cyberinvestigations - Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Baden-Baden 2015, S. 67 ff.; *Momsen/Hercher*, Digitale Beweismittel im Strafprozess - Eignung, Gewinnung, Verwertung, Revisibilität (mit Hercher), in: Die Akzeptanz des Rechtsstaats in der Justiz, 37. Strafverteidigertag, 2014, S. 173-198.

Was zu regeln wäre, ist die Frage der Beweisstandards, wie wir sie von Glaubhaftigkeitsgutachten, DNA-Identifizierungsmustern oder Blutproben kennen.

Das im amerikanischen Raum seit Jahren ausgebildete Gebiet der »Digitalen Forensik« existiert bei uns in dieser Form nicht. Die wenigen Sachverständigen, soweit man hier den Begriff verwenden möchte, arbeiten mehrheitlich für Bundes- und Landeskriminalämter.

In Ermangelung von Standards über Gewinnung, Asservierung, Auswertung und vor allem bzgl. der Dokumentationspflichten über die vorgenannten Schritte, ist eine Teilhabe der Verteidigung im Ermittlungsverfahren praktisch nicht vorhanden. *Wann* etwa der von der überlasteten Staatsanwaltschaft beauftragte private Anbieter die Festplatte auswertet, müsste der Verteidigung mitgeteilt werden, um mit einem eigenen Sachverständigen die Auswertung begleiten zu können, jedenfalls aber, um die Einhaltung von IT-Forensik-Standards überprüfen zu können. Ich nehme nicht an, dass die Mehrheit von Ihnen hier im Raum bislang schon einmal von einem entsprechenden Termin in Kenntnis gesetzt wurde.

Aus dem nahezu völligen Fehlen von Standards resultiert eine faktische Unüberprüfbarkeit der Beweisgewinnung. Es ist in der Regel nicht einmal nachzuvollziehen, welche Daten aus der insgesamt gesicherten Datenmenge als beweisrelevant eingeordnet wurden und anhand welcher Kriterien. Ob entlastende Daten unberücksichtigt blieben, ist genauso wenig überprüfbar wie die Frage, ob während der Asservierung Integrität und Authentizität der Daten gewährleistet waren.

Mangels Standards und Erhebungsregelungen laufen entsprechende Beweisanträge genauso ins Leere wie eine spätere Revision. Im ersteren Fall liegt regelmäßig bestenfalls eine Beweisanregung, üblicherweise aber eine Beweisbehauptung »ins Blaue hinein« vor, im letzteren verhindert das rigoros gehandhabte Rekonstruktionsverbot eine Überprüfung in der Rechtsmittelinstanz.

Momentan bleiben die Betroffenen weitgehend darauf angewiesen, den Strafverfolgungsorganen dahin zu vertrauen, dass diese nicht einseitig ermitteln.

Gesetzliche Regelungen sind hier dringend notwendig. Allein schon eine Anbindung an den Leitfaden »IT-Forensik« des BSI wäre ein kleiner, aber hilfreicher erster Schritt.

Im Übrigen zeigt sich in der Praxis auch in diesem Kontext ein massiver Bedeutungsgewinn des Ermittlungsverfahrens. Einerseits lassen sich die Auswertungsprozesse derzeit in der Hauptverhandlung nur sehr eingeschränkt, wenn überhaupt, nachvollziehen. Andererseits ist ein aktiver Rechtsschutz durch Teilhabe der Verteidigung, wenn überhaupt, dann nur für sehr potente Mandanten denkbar, welche sich die notwendigen Ressourcen, nicht zuletzt Datenverarbeitungskapazität, im Rahmen der Verteidigung organisieren lassen können.

Auch insoweit ist ein weiter fortschreitender Prozess einer Trennung in solche Beschuldigte, welche die Möglichkeiten einer frühen Teilhabe am Verfahren nutzen können, und die deutliche Mehrheit derer zu konstatieren, *an denen vorbei Beweise erhoben und in ein Hauptverfahren transportiert* werden können, in dem immer geringere Möglichkeiten bestehen, noch korrigierend einzugreifen.

Eine weitere Facette der Vorverlagerung und teilweisen Entformalisierung der zentralen Gestaltungsakte im Strafverfahren.

## 2. Interne Ermittlungen

Ebenfalls unbeachtet blieb ein weiterer neuralgischer Punkt: Die Verwertung von Daten und Informationen aus sogenannten »internen Ermittlungen«. Mittlerweile erprobte Praxis ist es, dass die Staatsanwaltschaften umfassende Dokumente aus internen Ermittlungen erhalten, sofern die Unternehmen aus eigenem Interesse bei der Verfolgung eines zunächst intern entstandenen Verdachts auf strafbare Handlungen von Mitarbeitern mit den staatlichen Strafverfolgungsbehörden kooperieren wollen – der Regelfall.

Der springende Punkt liegt in der sehr leicht möglichen Aushebelung des Schweigerechts, wenn und soweit die Mitarbeiter arbeitsrechtlich auch selbstbelastende Auskünfte gegenüber ihrem Arbeitgeber erteilen müssen, soweit dies im betrieblichen Interesse liegt. |<sup>41</sup>

<sup>41</sup> Ausf. *Momsen*, Internal Investigations zwischen arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflicht und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit, ZIS 2011, S. 508 ff.; *Grützner/Momsen*, Verfahrensregeln für interne Ermittlungen - Kritische Würdigung der Thesen der BRAK zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, DB 2011, S. 1792 ff.; *Spehl/Grützner/Momsen*, Unternehmensinterne Ermittlungen - Ein internationaler Überblick, Teil 1, CCZ 2013, S. 260 ff., Teil 2 CCZ 2014, S. 2 ff., Teil 3 CCZ 2014, S. 171 ff. und Teil 4 CCZ 2015, S. 77 ff.; s. auch Fn. 1.

Viel ist zu diesem Punkt in den letzten Jahren geschrieben worden, auch von mir, weshalb ich mich hier kurz fasse: Zum einen haben wir es wiederum mit einer Vorverlagerung von Strafverfolgungshandlungen zu tun. Häufig sogar in den Bereich vor einem formellen Ermittlungsverfahren. Wiederum sind Private maßgeblich an der Beweiserhebung beteiligt, hier sogar mit einem spezifischen Interesse, welches sich häufig nicht mit der strafprozessualen Wahrheitssuche deckt und in gewisser Weise eher zufällige Konvergenzen zu den Interessen der Beschuldigten aufweist. Wiederum lassen sich entscheidende Schritte der Beweiserhebung in einer späteren Hauptverhandlung nicht mehr oder nur schemenhaft nachvollziehen. Zum anderen, und das macht die Situation komplex, ist die StPO zumindest nicht unmittelbar auf die wichtigen frühen Ermittlungsschritte anwendbar. Hier bedürfte es zur Sicherung der Verfahrensposition der Beschuldigten, die *häufig gegenüber den aus taktischen Gründen zur Konvergenz gebrachten Interessen* des Unternehmens und der Strafverfolgungsbehörden ins Hintertreffen geraten, Regelungen in zwei Bereichen.

Erstens müsste die Verwertbarkeit geregelt werden, auf an § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO angelehnte Modelle sei nur ein weiteres Mal hingewiesen. Zweitens fragt sich, ob es auch insoweit eine Teilhabe im Sinne einer »vorgreifenden Verteidigung« bereits vor der formalen Einleitung eines Ermittlungsverfahrens geben kann.

Offensichtlich ist auch hier, dass Mitarbeitern, d.h. potentiellen Beschuldigten, die in der internen Ermittlung nicht anwaltlich begleitet sind und/oder nicht unmittelbar bei dem Übergang in das staatliche Strafverfahren verteidigt werden, eine massive Rechtsverkürzung droht.

## VI. Schluss

Die Zielrichtung meiner Ausführungen ist offensichtlich. Der Focus der Analyse liegt auf Veränderungen der Verfahrensstruktur und der Rollen, welche diese den Verfahrensbeteiligten nach unserem traditionellen Verständnis zuweist.

Natürlich kann ganz allgemein gefragt werden, wie der Auftrag an die Expertenkommission aus dem Koalitionsvertrag, Vorschläge bezüglich einer »effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung« des Strafverfahrens zu erarbeiten, zu verstehen ist.

*Nobis* stellte zurecht fest, dass das Ziel der Effektivität und Praxistauglichkeit nicht sein kann, bei gleichem oder zu verringerndem Personalstand noch

höhere Erledigungszahlen aufzuweisen, sondern der Strafprozess erst dann »praxistauglich und effektiv« ist, wenn er das Vertrauen der Bürger in die Justiz wiederherstellt, die Anzahl an Fehlurteilen verringert, eine möglichst wahre Sachverhaltsfeststellung als Entscheidungsgrundlage ermöglicht und somit der Verwirklichung des Schuldprinzips als zentralem Anliegen der Strafrechtspflege dient.<sup>42</sup> Es muss daher bei der Erarbeitung von Vorschlägen für die Steigerung der Effektivität und Praxistauglichkeit des Strafverfahrens ganz entscheidend Wert auf die Rechte der Verfahrensbeteiligten gelegt werden.

Insgesamt hat sich gezeigt, dass die Vorschläge der Expertenkommission zu einer fortschreitenden Aufwertung des Ermittlungsverfahrens führen dürften. Daraus kann sich ein (schleichender) Kompetenzverlust der Gerichte ergeben. Die Vorschläge scheinen den Weg zu einem grundlegenden Umbruch in der Struktur des deutschen Strafverfahrens zu ebnet.<sup>43</sup>

Genauso ist es gemeint: Der Weg könnte geebnet werden. Das bedeutet, die Empfehlungen der Kommission bewirken nicht den Wechsel vom

- »instruktorischen«<sup>44</sup> hin zum
- »adversatorischen Verfahren«.<sup>45</sup>

Mangels strukturellem Ansatz liegt aber auch kein Prototyp eines gemischten Verfahrens vor, das Elemente der instruktorischen und adversatorischen Verfahrensmodelle organisch verbindet.

Die unionsrechtlichen Vorgaben, aber auch die Vereinbarkeit mit anderen Rechtskreisen werden eine immer größere Rolle spielen, immer mehr Verfahren berühren nicht nur deutsches Strafprozessrecht.<sup>46</sup>

Vor allem im Bereich supranationaler Strafprozesse vor den völkerstrafrechtlichen Tribunalen hat sich die Praxis von einem adversatorischen Verfahren immer mehr zu einem inquisitorischen (»instruktorischen«) Verfahren

<sup>42</sup> *Nobis*, StV 2015, 56 ff.

<sup>43</sup> In Richtung der Einführung eines erleichterten Beweistransfers. Sie bieten Gelegenheit, über die effektive Praktizierung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens nachzudenken (Stellung mittelloser, unverteidigter Beschuldigter im Ermittlungsverfahren).

<sup>44</sup> Hier bestimmt das Gericht die Beweisaufnahme (mit), weil eine umfassende Amtsaufklärungspflicht besteht und eine Vorbereitung aufgrund der Ermittlungsakten möglich ist.

<sup>45</sup> Verfahren, in dem die Parteien die Beweise selbst beschaffen und in der – praktisch selten stattfindenden – adversatorischen Hauptverhandlung über die Schuldfrage präsentieren (Common Law).

<sup>46</sup> Hier – *Ambos* und *Esser* haben an verschiedenen Punkten zu Recht darauf hingewiesen – liegt eine wichtige Aufgabe strafprozessualer Reformgesetzgebung. Vgl. *Ambos*, Jura 2008, 593 f.; *Esser*, Abschlussbericht, Anlagenband I.

mit einer aktiveren Rolle des Gerichts bei der Beweiserhebung entwickelt. Nach *Ambos*<sup>47</sup> kann man heute von einem gemischt adversatorisch-instruktorischen Verfahren sprechen. Dabei war interessanterweise eines der Argumente gegen das rein adversatorische freie Wechselspiel der Parteien und für eine aktivere Rolle der Richter die Annahme, dass die längere Dauer von Prozessen darauf zurückzuführen sei, dass die Gerichte keine ausreichende Kontrolle über das Verfahren ausübten.<sup>48</sup>

Möglicherweise lohnt es sich doch, die Stichworte »Partizipation« und »Konsens« noch einmal einer kritischen Revision zu unterziehen.

Die Implementierung systemfremder Verfahrenselemente muss nicht von Übel sein. Sie darf jedoch nicht unkritisch und nur zum Zweck der Ressourcenschonung erfolgen.

Behält man das Gesamtsystem nicht im Blick, so droht eine fortschreitende Verflüssigung des Verfahrensrechts. Dies bedeutet im Zweifel den Verlust von einklagbaren Verfahrensgarantien, insbesondere zum Nachteil schwächerer Beschuldigter.

47 – jedenfalls vom normativen Ansatz her –

48 »the belief that the prolonged nature of tribunal proceedings was attributable [...] to not enough control [...] over the proceedings by the judges.« *Ambos*, Jura 2008, 594 m.w.N.