



Richter am OLG Prof. Dr. *Matthias Jahn*,
Erlangen/Nürnberg

Schriftliche Stellungnahme

im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu den Gesetzentwürfen

- a) der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren
(2. Opferrechtsreformgesetz),
BT-Ds. 16/12098 vom 3. März 2009

- b) der Bundesregierung zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren
(2. Opferrechtsreformgesetz),
BRats-Ds. 178/09 vom 20. Februar 2009

- c) des Bundesrates zur Stärkung des Opferschutzes im Strafprozess,
BT-Ds. 16/7617 vom 19. Dezember 2007

- d) des Bundesrates zur Verbesserung des Schutzes der Opfer von Zwangsheirat und schwerem „Stalking“,
BT-Ds. 16/9448 vom 4. Juni 2008

am
13. Mai 2009

Inhalt

	Seite
I. Einführung	4
1. Gegenstand der Stellungnahme	4
2. Gang der Erörterungen	4
II. Der rechtspolitische Kontext des 2. ORRG: Beschuldigtenrechte im Gegenwind	5
1. Verbesserter Schutz von Verletzten und Zeugen auf der Habenseite	5
2. Waffengleichheit im Strafverfahren im Soll	7
a) Das Verfassungsprinzip der Waffengleichheit im Strafverfahren als Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber	8
b) Waffengleichheit im Verhältnis von Beschuldigten- und Verletztenrechten	9
c) Praktische Konkordanz zwischen Mitwirkungsansprüchen des Verletzten und Partizipationsansprüchen des Beschuldigten	11
III. Zu den einzelnen Änderungsvorschlägen in Artikel 1 des Entwurfs eines 2. ORRG	13
1. § 48 Abs. 1 S. 1 StPO-E (Erscheinenspflicht bei richterlicher Zeugenvernehmung), § 163a Abs. 4 S. 1 StPO-BRats-E (Erscheinenspflicht bei polizeilicher Zeugenvernehmung)	13
a) Bewertung der geplanten Regelung in § 48 Abs. 1 S. 1 StPO-E	13
b) Bewertung des weiter gehenden Regelungsvorschlags des Bundesrates in § 163a Abs. 4 S. 1 StPO-BRats-E	14
2. § 68b StPO-E (Gesetzliche Regelung des Zeugenbeistandes), § 163 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO-E (Zuständigkeit für die Ausschließung des Zeugenbeistandes und 161a Abs. 2, 3 StPO (Rechtsbehelfsmöglichkeiten)	15
a) Derzeitige Rechtslage	15
b) Bewertung der geplanten Regelung in § 68b StPO-E	16
aa) Grundsätzliches	16
bb) Änderungsbedarf bei der Zuständigkeit für die Ausschlussentscheidung im Falle polizeilicher Zeugenvernehmung (§ 163 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO-E)	17
cc) Änderung der Rechtsbehelfe im Falle polizeilicher Zeugenvernehmung (§ 163 Abs. 3 S. 3 StPO-E)	18
3. § 112a StPO-E (Erweiterung beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr)	19
4. Änderungen im Recht der Strafverteidigung (§§ 138, 142, 147 Abs. 5 StPO-E)	20
a) § 138 Abs. 2, 3 StPO-E (Klarstellung zum Personenkreis möglicher Verletztenbeistände)	20

aa)	Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung	20
bb)	Zurückweisung der Bedenken des Bundesrates	20
b)	§ 142 Abs. 1 StPO-E (Verzicht auf Lokalisationsprinzip)	21
aa)	Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung	21
bb)	Zurückweisung der Bedenken des Deutschen Richterbundes und des Bundesrates	21
c)	§ 147 Abs. 5 S. 2, 3 StPO-E (Änderungen beim Akteneinsichtsrecht)	22
aa)	Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung	22
bb)	Zurückweisung der Bedenken des Deutschen Richterbundes; weiter gehende Reformvorschläge	23
5.	§ 395 Abs. 3 StPO-E (Erweiterung der Möglichkeiten zum Nebenklageanschluss)	25
a)	Inhalt der geplanten Regelung	25
b)	Widerspruch zwischen § 395 Abs. 3 StPO-E und der Entwurfsbegründung im Übrigen	26
aa)	Endgültiger Paradigmenwechsel mit § 395 Abs. 3 StPO-E zur verletztenzentrierten Betrachtungsweise	28
bb)	Zustimmung zum Vorschlag des Bundesrates	30
6.	§ 406h StPO-E (Schriftlicher Hinweis des Verletzten auf seine Verfahrensrechte)	30
7.	§ 406f Abs. 1 S. 2 StPO-E (Anwesenheit eines anwaltlichen Verletztenbeistandes bei der polizeilichen Vernehmung)	31
a)	Bisherige Rechtslage	31
b)	Inhalt der geplanten Regelung	31
c)	Bewertung der Gesetzesvorschlags	32
8.	§ 397a StPO-E (Ausweitung des Instituts eines kostenlosen Opferanwalts) und § 406g Abs. 3 S. 2 StPO-E (Bestellung des Opferanwalts bzw. Bewilligung der Prozesskostenhilfe schon im Vorverfahren durch den Ermittlungsrichter)	32
IV.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	35
A.	Allgemeiner Teil	35
B.	Besonderer Teil	35

I. Einführung

1. Gegenstand der Stellungnahme

Die Fraktionen der CDU/CSU und der SPD¹ sowie die Bundesregierung² haben inhaltsgleiche Entwürfe eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz, im Folgenden: **ORRG**) mit dem Ziel eingebracht, diese Reform noch in der laufenden Legislaturperiode verabschieden zu können. Die folgenden Ausführungen berücksichtigen die Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf vom 3. April 2009 und die Gegenäußerung der Bundesregierung.

Die beiden thematisch zugeordneten Gesetzentwürfe des Bundesrates zur **Stärkung des Opferschutzes im Strafprozess** vom 19. Dezember 2007³ und zur Verbesserung des **Schutzes der Opfer von Zwangsheirat und schwerem „Stalking“** vom 4. Juni 2008⁴ werden nur im Zusammenhang der jeweils einschlägigen Vorschriften des Koalitions-/Regierungsentwurfs behandelt.

2. Gang der Erörterungen

Die nachfolgende Stellungnahme wird die Regelungen grundsätzlich in der Reihenfolge des Entwurfs erörtern, hiervon aber dort abweichen, wo es aus Gründen des Sachzusammenhanges geboten erscheint. Sie beschränkt sich auf die für das Reformprojekt zentralen **Änderungen der Strafprozessordnung** in Art. 1. Zunächst sind jedoch einige allgemeine Bemerkung zu der rechtspolitischen Stoßrichtung des Entwurfs nötig, denn die (dem nachfolgende) Kritik einzelner Vorschriften setzt voraus, dass die diese Vorschläge beherrschenden Prinzipien aufgeklärt und mitbedacht werden⁵.

¹ *BT-Ds.* 16/12098.

² *BRats-Ds.* 178/09. Die Stellungnahme legt die zur Zeit ihrer Abfassung bereits vorliegende Bundestagsdrucksache und damit den Koalitionsentwurf (o. Fn. 1) zugrunde.

³ *BT-Ds.* 16/7617.

⁴ *BT-Ds.* 16/9448.

⁵ Vgl. *Schünemann* ZStW 114 (2002), 1; *Jahn* NJ 2005, 106 (107) und *Kühne* in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2006, Einl. F Rn. 196, 198.

II. Der rechtspolitische Kontext des 2. ORRG: Beschuldigtenrechte im Gegenwind

1. Verbesserter Schutz von Verletzten und Zeugen auf der Habenseite

Der Gesetzentwurf zum 2. ORRG verfolgt ausweislich seiner Begründung das Ziel, die seit 1986 stetig ausgebauten Rechte der Opfer und Zeugen von Straftaten nochmals zu erweitern⁶. Darüber hinaus soll den bereits bestehenden Rechten zur besseren Durchsetzung verholfen werden⁷. Ob und inwieweit das im Einzelnen gelungen ist, wird zu prüfen sein.

Jedenfalls das angestrebte **Ziel verdient** grundsätzlich **Zustimmung**. Die stetige Verbesserung des Schutzes von Verletzten und Zeugen ist spätestens seit den grundlegenden Untersuchungen von *Rieß*⁸ und *Weigend*⁹ ein auch in der Wissenschaft befürwortetes Leitprinzip der Strafprozessreform. Anerkannt ist, dass die Berücksichtigung der legitimen Belange des Verletzten der Rehabilitierung, Wiedereingliederung und Befriedung dient¹⁰. Zudem kann eine angemessene

⁶ Zur Entwicklung siehe insbesondere das 1. ORRG v. 18. Dezember 1986, das OrgKG v. 15. Juli 1992, das Verbrechensbekämpfungsg v. 28. Oktober 1994, das ZSchG v. 30. April 1998 und das Gesetz zur verfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs v. 20. Dezember 1999 und zum europäischen Recht den Bericht der Kommission vom 20. April 2009 gem. Art. 18 des Rats-Rahmenbeschlusses über die Stellung des Opfers im Strafverfahren (2001/220/JI), KOM(2009) 166 endg. Zur jüngeren Geschichte des Opferschutzgedankens im Strafverfahren zuseh. *Stiebig* Jura 2005, 592 (593 ff.); *Kühne* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 5), Einl. F Rn. 125; *Siegfried Kauder* in: Münchener Anwaltshandbuch (MAH) Strafverteidigung, (Hrsg.) Widmaier, 2006, § 53 Rn. 3 ff. sowie speziell zu den Zeugenschutzregelungen *Jahn* in: Handbuch zum Strafverfahren (HbStrVf), (Hrsg.) Heghmanns/Scheffler, 2008, Kap. II Rn. 157 ff.

⁷ *BT-Ds.* 16/12098, S. 1. Rhetorisch überhöht heißt es an anderer Stelle (aaO., S. 2), dem Opfer- und Zeugenschutz solle „die ihm gebührende Achtung zukommen“.

⁸ Gutachten C für den 55. Deutschen Juristentag, 1984.

⁹ *Deliktsoffer und Strafverfahren*, 1989.

¹⁰ *Baumann* FS-Stree/Wessels, 1993, S. 41 (43 ff.); *Sarhan* Wiedergutmachung zugunsten des Opfers im Lichte strafrechtlicher Trennungsdogmatik, 2006, S. 49 f. Notwendige Differenzierungen zur Frage eines Strafzwecks „Opferfürsorge“ bei *Lüderssen* Hirsch-FS, 1999, S. 879 (886 ff.).

Strafzumessungspraxis gefördert werden¹¹. Das alles ist heute so selbstverständlich, dass es keiner Vertiefung bedarf.

Deshalb geht es **nicht** um das „Ob“, sondern **nur** um das „Wie“ der Reform. Hier besteht ein **Zielkonflikt**, in den der Gesetzgeber bei einseitiger Betonung der Verletztenrechte hineinlief. Zu untersuchen sind daher vor jedem weiteren Reformschritt die Grenzen der Verwirklichung des legitimen Schutzes von Verletzten und Zeugen im Widerstreit mit anderen – auch verfassungsrechtlichen – Schutzgütern des Strafverfahrens. Im kriminalpolitischen Diskurs der letzten drei Jahrzehnte ist dabei der Beschuldigte durch den durchaus **schillernden Begriff** „**Opferschutz**“ in die Defensive geraten¹². Bei der Auflösung des Zielkonfliktes zwischen Verletzten- und Beschuldigteninteressen ist zu berücksichtigen, dass erst im Verlauf des Strafverfahrens geklärt werden kann (und muss), ob überhaupt eine Straftat stattgefunden hat. Erst dann steht fest, ob es tatsächlich ein Opfer gibt¹³. Dies ist eine zwingende Konsequenz aus dem rechtsstaatlichen Basisprinzip der Unschuldsvermutung. Ein **automatisches Überwiegen der „Opferbelange“** gegenüber den Rechten des Beschuldigten ist also in der Normenwelt der Strafprozessordnung **nicht begründbar**. *Hans Hilger*¹⁴ hatte jedoch schon aus Anlass des 1. ORRG kritisch angemerkt:

„Was ... hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren zur Verbesserung der Rechtsstellung und der

¹¹ *Dölling* FS-Jung, 2007, S. 77 (82); *Hirsch* GS-Armin Kaufmann, 1989, S. 699 (701); *Meyer-Goßner* ZRP 1984, 228 (229).

¹² *Jahn* NJ 2005, 106 (109). *Deckers* AnwBl. 2009, 241 (246) sieht deshalb auch die Verteidigung „im Gegenwind“ und knüpft damit an die Diskussionen auf dem 28. Strafverteidigertag 2004 an (vgl. dazu nur v. *Galen* in: *Opferschutz, Richterrecht, Strafprozessreform*, [Hrsg.] Strafverteidigervereinigungen, 2005, S. 265 ff.).

¹³ Statt vieler dazu zuletzt *Eisenberg* Anm. zu BGH, Beschl. v. 6. März 2009 – 5 StR 460/08, StV 6/2009 (erscheint demnächst); *Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer* zum Entwurf eines 2. ORRG (BE: *Reinhold Schlothauer*), BRAK-Stellungnahme Nr. 9/2009, S. 3. Hinzunehmen ist hingegen, dass die StPO auf eine Definition des Begriffes „Verletzter“ verzichtet; vgl. dazu *Heger* JA 2007, 244 (246); *Rieß* Jura 1987, 281 f. und *Jung* ZStW 93 (1981), 1147 ff.

¹⁴ GA 2004, 483 (486).

Verteidigungsmöglichkeiten des Beschuldigten getan? Nicht viel und nicht gezielt ... Auch wenn man davon ausgeht, im ‚Verletztenrecht‘ hätten noch einige Defizite bestanden, so stellt sich die Frage der ‚Ausgewogenheit‘ des gesetzgeberischen Aktivitäten in den letzten Jahren. Der Gesetzgeber muss nun wohl für die Zukunft die Prioritäten prüfen und neu bestimmen.“

Dieser Zeitpunkt ist jetzt gekommen. Wiederum *Peter Rieß*¹⁵ hat aber darauf aufmerksam gemacht, dass der Gesetzgeber in jüngerer Zeit bei der Definition seiner Prioritäten der Fürsorge für den Verletzten größere Aufmerksamkeit zuteil werden ließ als für die des Beschuldigten. Der Entwurf eines 2. ORRG bestätigt und unterstreicht diese Beobachtungen. Ein formaler Ausdruck dieser geteilten Aufmerksamkeitszuwendung dürfte sein, dass der vorliegende Entwurf zwar den Begriff „**Opferschutzverbände**“ insgesamt 21 Mal verwendet – im Regelfall im Zusammenhang mit rechtspolitischen Forderungen, die ihre Benennung reflektieren –, man aber korrespondierende Begriffe wie „Anwaltverein“, „Anwaltskammer“ oder „Strafverteidigervereinigung“ vergebens sucht.

2. Waffengleichheit im Strafverfahren im Soll

So wichtig das Anliegen ist, Verletzte von Straftaten bei der Aufarbeitung des Erlebten in materieller und seelischer Hinsicht zu unterstützen und sie im Falle ihrer Heranziehung als Zeugen vor erneuten Traumatisierungen zu schützen, so wenig darf die Berücksichtigung dieser Interessen in einem Ausmaß zu Lasten der Rechtsstellung des Beschuldigten gehen, dass die **Waffengleichheit** im Strafverfahren **Schaden nimmt**.

¹⁵ StraFo 2006, 4 (7). Es mag nachdenklich stimmen, dass sich damit zwei ehemalige Leiter der Abteilung Rechtspflege im Bundesministerium der Justiz gleichsinnig und mit erkennbar großer Distanz zu weiteren einseitigen Opferrechtsreformen geäußert haben.

a) Das Verfassungsprinzip der Waffengleichheit im Strafverfahren als Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber

Nach ständiger Rechtsprechung aller Obergerichte des *BVerfG*¹⁶ und des *BGH*¹⁷ ist der Anspruch auf ein **faïres Verfahren** ein wesentlicher Grundsatz des Strafprozesses im Rechtsstaat.

Heute herrschend¹⁸ und im Ergebnis überzeugend ist der Ansatz, die Grundlage für das Prinzip des fair trial wie auch seine speziellen Unterausprägungen in Art. 20 Abs. 3 GG suchen. Ergänzend wird – je nach Fallgestaltung – neben dem Rechtsstaatsprinzip die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG und die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG herangezogen¹⁹. Ob man daneben auch Art. 6 Abs. 1 EMRK²⁰ oder Art. 3 Abs. 1 GG²¹ bemüht, ist im praktischen Ergebnis kaum ergebnisrelevant und kann hier daher vernachlässigt werden.

Als eine der Unterausprägungen des fair trial-Grundsatzes ist das **Gebot prozessualer Waffengleichheit** anerkannt²². Der Strafprozessordnung ist der Grundgedanke in vielen Einzelbestimmungen immanent²³. Verstünde man

¹⁶ *BVerfGE* 38, 105 (111); 86, 288 (317); *BVerfG* (2. Kammer des Zweiten Senats), NJW 1996, 3202.

¹⁷ *BGHSt* 24, 125 (131); *BGH* NSTZ 1984, 419.

¹⁸ Vgl. *BVerfGE* 38, 105 (111); 63, 45 (60); 70, 297 (308).

¹⁹ Siehe etwa *BVerfGE* 86, 288 (317); *Müller-Dietz* ZStW 43 (1981), 1177 (1206).

²⁰ So *Tiedemann* FS-Peters, 1974, S. 131 (144); *Dörr*, *Faires Verfahren*, 1984, S. 147 ff. unter Hinweis auf Art. 25 GG und den dort enthaltenen Grundsatz einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung der Menschenrechtskonvention. Jedoch kann unmittelbar aus Art. 6 EMRK kein verfassungskräftiger Anspruch erwachsen. Zudem stünde die Waffengleichheit in Art. 6 EMRK unter dem internen Vorbehalt, dass ein reibungsloses Funktionieren der Rechtspflege nicht gefährdet werden dürfte. Dies würde vom Anwendungsbereich nicht viel übriglassen, vgl. dazu bereits *Jahn*, ‚Konfliktverteidigung‘ und *Inquisitionsmaxime*, 1998, S. 133.

²¹ *Egon Müller* NJW 1976, 1063 (1066 f.); *Gollwitzer* in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, 25. Aufl. 1997 ff., Vor § 226 Rn. 29. Dieser Ansatz ist für den Strafprozess problematisch, weil es wegen der Funktion der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren einen einleuchtenden Grund dafür gibt, dass Chancengleichheit *nicht* gewährt werden kann

²² *BVerfGE* 110, 226 (253 f.); 38, 105 (111): „Der Anspruch auf ein faïres Verfahren ist durch das Verlangen nach verfahrensrechtlicher ‚Waffengleichheit‘ von Ankläger und Beschuldigtem gekennzeichnet (...)“.

²³ Hierzu gehört beispielsweise die Wissensgleichheit als Unterfall der Waffengleichheit. § 136 StPO sichert dies über das Belehrungserfordernis (vgl. *Jahn* in: *HbStrVf* [o. Fn. 6], Kap. II

Waffengleichheit aber im Wortsinne, zeigte aber schon der Blick auf die Angriffsmittel der Staatsanwaltschaft, dass dieses Bild schief wäre. Der Grundsatz fordert nach dem *Spurenakten*-Beschluss des *BVerfG*²⁴ also nicht, dass verfahrensspezifische Unterschiede in der Rollenverteilung von Staatsanwaltschaft und Verteidigung stets ausgeglichen werden müssten. Allerdings muss die Subjektstellung des Beschuldigten und sein Recht auf Verteidigung in einem verfahrensrechtlichen **Aktionsrahmen von Wechselseitigkeit und Partizipation** gehalten werden²⁵. Als Gestaltungsauftrag kommt diesem Gesichtspunkt über die aus Art. 20 Abs. 3 GG resultierende Bindungswirkung nicht zu unterschätzende Bedeutung zu²⁶. Es handelt sich um ein verfassungsrechtlich unterlegtes **Kontroll- und Optimierungsgebot** auch für **strafprozessuale Gesetzgebung**.

b) Waffengleichheit im Verhältnis von Beschuldigten- und Verletztenrechten

Bislang wird der Grundsatz der Waffengleichheit überwiegend im Verhältnis der staatlichen Strafverfolgungsorgane zu dem Beschuldigten herangezogen. Diese anerkannten Grundsätze sind aber auch auf das **Verhältnis von Beschuldigtenrechten und den Rechten des Verletzten** im Strafverfahren zu erstrecken.

Rn. 101 ff.). Auch § 147 StPO will die „Parität des Wissens“ (*BGHSt* 36, 305 [309]; *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. 2007, § 147 Rn. 4) sichern. Bei besonderen Verfahrenslagen muss das Gericht darüber hinaus ins Gewicht fallende Ungleichheiten, welche die *Chancengleichheit* de facto beseitigen, durch geeignete Maßnahmen ausgleichen. Dazu kann etwa auch die Bestellung eines Verteidigers gehören (§ 140 StPO). Weitere Spezialbestimmungen, die dem Grundsatz der Waffengleichheit dienen, führen *BVerfGE* 63, 45 (68) und *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, 1984, S. 33, an.

²⁴ *BVerfGE* 63, 45 (67), wo im übrigen nur noch eine „näherungsweise“ bzw. „gewisse verfahrensrechtliche ‚Waffengleichheit‘“ gefordert wird (aaO., S. 60). Der Gebrauch des Begriffs in Anführungszeichen unterstreicht das relativierte Verständnis nach außen (vgl. *Rieß* FS-Schäfer, 1980, S. 155 [174 Fn. 81]). Der Grundsatz sei nicht in vollem Umfang durchgeführt (*BGHSt* 12, 136 [139]) und eine völlige Angleichung sei aus zahlreichen Gründen undurchführbar (*BGHSt* 18, 369 [371]). Gegen ein „mathematisches“ Verständnis überzeugend auch *Egon Müller* NJW 1976, 1063 (1065) und *Fischer* NSTZ 1997, 212 (217).

²⁵ So auch *Kühne* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 5), Einl. I Rn. 117.

²⁶ *Tettinger*, Fairneß und Waffengleichheit, S. 55; skeptischer *Kühne* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 5), Einl. I Rn. 120.

Zwar hat es das *BVerfG*²⁷ in einer älteren Entscheidung aus dem Jahre 1969 eher beiläufig abgelehnt, die dem Verletzten eingeräumte Befugnis, sich dem durch die öffentliche Klage eingeleiteten Verfahren anzuschließen, als Verteidigungshindernis anzuerkennen. Zu berücksichtigen ist aber zunächst, dass dieser Beschluss eine Rechtslage betraf, in der Privat- und Nebenklage noch weitgehend strukturgleich waren. Nicht ausreichend gewürdigt würde bei Fortschreibung dieser Rechtsprechung zudem, dass auch die Quantität der gegen den Anklagten vorgebrachten Eingaben den Verteidigungsaufwand erhöht.

So muss der Verteidiger nicht nur auf die Anklage erwidern, sondern auch den Vortrag und Anträge des Nebenklagevertreters in seine Strategie integrieren. Im Adhäsionsverfahren tritt noch die Erwidern auf zivilrechtliche Schadenersatzansprüche hinzu. Damit er dies alles leisten kann, kann entweder ein (weiterer) Verteidiger erforderlich werden oder es wird mehr Zeit zur Vorbereitung eingeräumt werden müssen²⁸.

Im Ganzen wird also – nicht nur, aber vor allem – im Rahmen der Nebenklage einer Privatperson die Möglichkeit eingeräumt, neben die Staatsanwaltschaft zu treten²⁹. Der Gesetzgeber darf seinen Regelungen deshalb keine **Asymmetrie zu Lasten der Beschuldigtenrechte** geben und die prozessuale Machtbalance ganz **einseitig** zu Gunsten der Rechtspositionen des Verletzten verschieben. Um ein Bild von Gösse³⁰ fortzuentwickeln: Vergleicht man das Strafverfahren mit einer komplizierten Maschine, darf der Gesetzgeber nicht einseitig die Zahnräder, die der Transmission der Interessen des Verletzten dienen, auf den neuesten Stand

²⁷ *BVerfGE* 26, 66 (71): „Die dem Verletzten eingeräumte Befugnis, sich dem durch die öffentliche Klage eingeleiteten Verfahren anzuschließen, und die Zulassung selbst hindern den Angeklagten nicht in seiner Verteidigung: Ihm ist es nicht verwehrt, sich gegen den Vortrag des Nebenklägers zu wenden sowie durch eigene Beweisanträge und Rechtsmittel seinerseits das Verfahren zu beeinflussen“.

²⁸ Überzeugend *Safferling* Die Rolle des Opfers im Strafverfahren – Paradigmenwechsel im nationalen und internationalen Recht? Antrittsvorlesung Marburg 24. April 2009 (Ms.), S. 9.

²⁹ *Walther* JR 2008, 405 (410); *Hilger* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 21), Vor § 395 Rn. 2; *Salditt* StV 2002, 273; *Schork/König* NJ 2004, 537; *Schork* Jura 2003, 304 (305 f.) und weiter gehend *Wenske*, NSTZ 2008, 434 (437): „Als Folge rechtspolischer Reformentwicklungen in den vergangenen 25 Jahren ist der Verletzte zu einer dem Beschuldigten nahezu gleichrangigen Zentralfigur des deutschen Strafprozesses geworden“.

³⁰ Gutachten C für den 60. Deutschen Juristentag 1994, S. C 7.

bringen, während er das Gerät achtlos sich selbst überlässt und selbst die als defekt oder veraltet erkannten Teile nicht austauscht, soweit es um die Beschuldigteninteressen geht. Die Folge muss anderenfalls sein, dass der ganze Apparat nicht mehr funktionsfähig ist.

c) **Praktische Konkordanz zwischen Mitwirkungsansprüchen des Verletzten und Partizipationsansprüchen des Beschuldigten**

Das alles bedarf aufgrund der Effekte der Kumulation der Rechte der Strafverfolgungsbehörden und des Verletzten noch näherer Untersuchung³¹. Es ist aber zumindest **nicht** zu besorgen, dass der Entwurf eines 2. ORRG diese Machtbalance bereits in **verfassungsrechtlich angreifbarer Weise** verschiebt. Indes erscheint es angesichts der Vielzahl der Einzelregelungen bereits erörterungswürdig, ob bei der seit 1986 erfolgten Stärkung der Position des Verletzten bei gleichzeitigem Ausbleiben nachhaltigen Ausbaus der Beschuldigtenrechte eine unter Fairnessgesichtspunkten **verfassungsrechtlich bedenkliche Schiefelage** zu besorgen ist. Es darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass die beiden strafprozessualen Gesetzesmodule „Opferschutz“ und „Partizipation“ in der 15. Legislaturperiode eine im StPO-Diskussionsentwurf 2004 zusammenlaufende gemeinsame Geschichte hatten³². Aus bekannten politischen Gründen endete sie abrupt. Die

³¹ Sie wurde – und wird – dadurch erschwert, dass eine Gesamtkonzeption für die Stellung des Verletzten im Strafverfahren gegenwärtig nicht existiert. Bereits zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren hat dies *Schünemann* NStZ 1986, 193 (200) zu Recht beklagt. Ebenso *Weigend* ZStW 96 (1984) 761 (764); *Rieß* Jura 1987, 281 (283); *Jung* ZRP 2000, 159 und *Schork* Jura 2003, 304 (309).

³² Vgl. nur *Landau* ZRP 2004, 146 (147); *Jahn* NJ 2005, 106 (109 ff.). Innerhalb der drei Reform-Leitprinzipien Opferschutz, Konsens und Partizipation hatte der erste Aspekt allerdings schon seinerzeit insofern eine herausgehobene Stellung, als er bereits im damaligen Koalitionsvertrag ausdrücklich Erwähnung gefunden hatte (Titel VIII, 1.12.); vgl. auch *Zypries* StraFo 2004, 221.

Konsequenz ist, dass das Motiv des Ausbaus **partizipatorischer Rechte des Beschuldigten**³³, also

- die Erweiterungen der Anwesenheitsrechte des Beschuldigten und seines Verteidigers bei polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen,
- die möglichst frühe Bestellung eines Pflichtverteidigers,
- die Benachrichtigung des Beschuldigten von der Einleitung des Verfahrens sowie
- sonstige Informations-, Anwesenheits-, Erklärungs-, Frage- und Beanstandungsrechte

in der 16. Legislaturperiode keine Erfolgsgeschichte war und sicher auch nicht mehr werden wird. Im Verlauf dieser „Strafprozessreform in Scheibchen“³⁴ wurde – um im Bild zu bleiben – von zwei aufeinander bezogenen Tranchen eine bislang ersatzlos entsorgt. Wenn also über den StPO-Diskussionsentwurf 2004 gesagt wurde, dass „die geplante Ausweitung von Verteidigerrechten im Ermittlungsverfahren notwendigerweise mit einer Stärkung der Opferrechte einhergehen (müsse)“³⁵, so muss dieser Satz auch in umgekehrter Richtung gelten. Der Gesetzgeber ist daher im Sinne einer **praktisch konkordanten Zuordnung** von Mitwirkungsansprüchen der Verfahrensbeteiligten aufgerufen, im Zusammenhang mit der Behandlung der nachfolgenden Einzelregelungen des 2. ORRG die **Ungleichheit** der Befugnisse von Verletzten und Beschuldigten insbesondere im vorbereitenden Verfahren **zu beseitigen**.

³³ Siehe im Einzelnen Satzger StraFo 2006, 45 (46 f.); Schlothauer/Weider StV 2004, 504; Freyschmidt/Ignor NSTZ 2004, 465 (466); B.-D. Meier GA 2004, 441 (457); Wohlers in: Systematischer Kommentar zur StPO, § 160 Rn. 113; ders. GA 2005, 11; Jahn ZStW 115 (2003), 815 (823 f.) und ders. in: HbStrVf (o. Fn. 6), Kap. I Rn. 44 ff.

³⁴ Rieß Bemerkungen zum Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, unveröff. Referat vom 16. Mai 2004 für den Strafrechtsausschuss der BRAK (RS-Nr. 87/2004), S. 6.

³⁵ Siegfried Kauder in: MAH Strafverteidigung (o. Fn. 6), § 53 Rn. 6.

III. Zu den einzelnen Änderungsvorschlägen in Artikel 1 des Entwurfs eines 2. ORRG

Schwerpunkt des Entwurfs eines 2. ORRG bei den Rechten des Verletzten ist die nochmalige Erweiterung des Kreises der Nebenklageberechtigten und die Erweiterung und Vereinfachung der Möglichkeiten zur Bestellung eines Opferanwalts. Dazu treten die gesetzliche Anerkennung des Zeugenbeistandes sowie einige Änderungen im Recht der Strafverteidigung.

1. § 48 Abs. 1 S. 1 StPO-E (Erscheinenspflicht bei richterlicher Zeugenvernehmung), § 163a Abs. 4 S. 1 StPO-BRats-E (Erscheinenspflicht bei polizeilicher Zeugenvernehmung)

a) Bewertung der geplanten Regelung in § 48 Abs. 1 S. 1 StPO-E

Die geplante Neuregelung, nach der eine Erscheinenspflicht bei der richterlichen Vernehmung besteht, ist als Ausdruck der Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes im Strafprozessrecht (Art. 20 Abs. 3 GG) **zu begrüßen**. Sie bringt freilich gegenüber dem geltenden Recht (§§ 48, 51 StPO) keine Neuerung³⁶.

Soweit es in der bisherigen Fassung Begründung³⁷ allerdings heißt, „für den Fall der polizeilichen Zeugenvernehmung (ist) insoweit zu berücksichtigen, dass der Zeuge nicht verpflichtet ist, bei der Polizei Angaben zu tätigen“, ist dies missverständlich. Der Zeuge ist noch nicht einmal verpflichtet, bei der Polizei auch nur zu erscheinen³⁸. Dies sollte in der amtlichen Begründung **klargestellt** werden³⁹.

³⁶ Für einen Überblick zu den Pflichten des Zeugen *Jahn* in: HbStrVf (o. Fn. 6), Kap. II Rn. 60.

³⁷ BT-Ds. 16/12098, S. 23.

³⁸ Statt aller *Jahn* in: HbStrVf (o. Fn. 6), Kap. II Rn. 165.

³⁹ Dazu auch *Montag* BT-Prot.16/22568, Anlage 6 (C); *Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins* zum Entwurf eines 2. ORRG (BE: *Rüdiger Deckers*), DAV-Stellungnahme Nr. 16/2009, S. 4.

b) Bewertung des weiter gehenden Regelungsvorschlags des Bundesrates in § 163a Abs. 4 S. 1 StPO-BRats-E

Jedoch ist der vom Bundesrat⁴⁰ zum wiederholten Mal⁴¹ geforderten Erstreckung der **Erscheinenspflicht** auf die **polizeiliche Vernehmung** mit § 163 Abs. 4 S. 1 StPO-BRats-E **zu widersprechen**.

Leistet der Zeuge oder Sachverständige einer polizeilichen Ladung keine Folge, hat die Polizeibehörde nach bisherigem Rechtszustand keine Möglichkeit, das Erscheinen zu erzwingen. Diese Gesetzeslage entspricht jedoch der Rolle der Ermittlungspersonen im Strafverfahren, § 152 Abs. 1 GVG. Die **rechtliche Leitung** des Verfahrens obliegt **allein** der **Staatsanwaltschaft**. Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes werden grundsätzlich nur im Auftrag oder auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft tätig (§ 161 StPO). Das Ermittlungsverfahren kennt also keine originäre Leitungskompetenz der Polizei⁴². Dies wird durch Nr. 3 Abs. 2 RiStBV konkretisiert. Der Staatsanwalt hat danach auch im Fall der Auftragserteilung die Ermittlungen zu leiten, zumindest aber ihre Richtung und ihren Umfang zu bestimmen. Damit wäre aber eine Erscheinenspflicht ohne Rückkopplung an eine Einzelfallentscheidung der Staatsanwaltschaft unverträglich. Für eine Erscheinenspflicht bei der Polizei besteht darüber hinaus auch **kein Bedürfnis**. Die Polizeibehörde kann auf die Möglichkeit schriftlicher Äußerung ausweichen oder in geeigneten Fällen unter Hinweis auf § 161a Abs. 1 S. 1 StPO dem Zeugen oder Sachverständigen damit drohen, seine Ladung zur Vernehmung durch den Staatsanwalt veranlassen zu wollen.

⁴⁰ *BRats-Ds.* 178/09 (Beschluss), S. 6 f.

⁴¹ Bereits § 163a Abs. 6 S. 1 StPO-E des Entwurfs eines Gesetzes zur Effektivierung des Strafverfahrens sah eine Pflicht des Zeugen zum Erscheinen bei der Polizei vor (*BT-Ds.* 16/3659, S. 5; siehe auch schon *BT-Ds.* 15/999, S. 23). Siehe dazu die zutr. abl. Stellungnahme der Bundesregierung, *BT-Ds.* 15/1491, S. 3.

⁴² *Roxin DRiZ* 1997, 109 (121); *Lilie ZStW* 111 (1999), 807 (822); *Jahn* in: *HbStrVf* (o. Fn. 6), Kap. I Rn. 40.

2. § 68b StPO-E (Gesetzliche Regelung des Zeugenbeistandes), § 163 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO-E (Zuständigkeit für die Ausschließung des Zeugenbeistandes und 161a Abs. 2, 3 StPO (Rechtsbehelfsmöglichkeiten)

Der Regelungskomplex Zeugenbeistand ist **nur eingeschränkt gelungen**.

a) Derzeitige Rechtslage

Jeder Zeuge kann sich bei einer Vernehmung durch den Richter, die Staatsanwaltschaft oder – was der Regelfall ist – die Polizei seit der gesetzestellvertretenden Grundsatzentscheidung des *BVerfG*⁴³ des Beistandes eines Rechtsanwalts bedienen, wenn er das für erforderlich hält, um von seinen prozessualen Befugnissen selbstständig und seinen Interessen gemäß Gebrauch zu machen. § 68b StPO, der bislang schon besonders schutzbedürftige Zeugen privilegiert, wurde nicht als abschließende Regelung konzipiert⁴⁴.

Der Zeugenbeistand hat jedoch bislang – unbeschadet der Sonderregelungen in den § 406f Abs. 2, 3 und § 406g Abs. 2 Satz 2 StPO – **keine eigene verfahrensrechtliche Stellung** wie etwa der Verteidiger des Beschuldigten⁴⁵. Er hat das Recht auf Akteneinsicht, das Frage- und Antragsrecht sowie das Recht auf Anwesenheit bislang nur in dem Umfang, wie sie dem Zeugen zustehen. Er hat darüber hinaus bislang keinen Anspruch auf Terminsnachricht oder -verlegung⁴⁶. Zudem soll er bei der Zeugenvernehmung auch ausgeschlossen werden können, wenn

⁴³ *BVerfGE* 38, 105 (115). Dazu *König* FS-Rieß, 2002, S. 243 (246 ff.); *Schlag* FS-Egon Müller, 2003, S. 23 (26 ff.) und *Lüdeke*, Der Zeugenbeistand, 1995, S. 31 ff.

⁴⁴ *Rieß* NJW 1998, 3240 (3242); *Meyer-Goßner*, StPO, 51. Aufl. (2008), § 68b Rn. 1. Schon im Zuge der mit dem Diskussionsentwurf 2004 (StV 2004, 233) geplanten Reform sollte der Zeugenbeistand gemäß § 161b StPO-DE i.V.m. 68b StPO auch bei polizeilichen Vernehmungen ausdrücklich zugelassen werden.

⁴⁵ *Jahn* in: HbStrVf (o. Fn. 6), Kap. II Rn. 193.

⁴⁶ *BGH* NStZ 1989, 484 (485) m. abl. Anm. *Krehl* NStZ 1990, 192.

in seiner Person Umstände vorliegen, die den Verdacht einer Gefährdung des Untersuchungszwecks begründen⁴⁷.

b) Bewertung der geplanten Regelung in § 68b StPO-E

Die Kodifikation der Möglichkeit professioneller Begleitung eines Verletzten während des gesamten Strafverfahrens durch einen Zeugenbeistand ist **zu befürworten**.

aa) Grundsätzliches

Hier kann sich der **Fürsorgeanspruch** des Zeugen und Verletzten gegenüber der Justiz⁴⁸ in der Praxis realisieren. Es ist vielmehr nicht ganz leicht einzusehen, warum es 35 Jahre seit dem Beschluss des *Zweiten Senats* des *BVerfG* vom 8. Oktober 1974 gedauert hat, bis sich der Gesetzgeber dieser Aufgabe stellt.

Soweit **§ 68b Abs. 1 S. 3 StPO-E** darüber hinaus statuiert, dass dem Anwalt grundsätzlich die Anwesenheit gestattet ist, wenn nicht „bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass seine Anwesenheit die geordnete Beweiserhebung nicht nur unwesentlich beeinträchtigen würde“, ist auch dies **bedenkenfrei**. Damit werden die Vorgaben der Leitentscheidung *BVerfGE* 38, 105⁴⁹ zum Zeugenbeistand umgesetzt.

⁴⁷ Sven Thomas NStZ 1982, 491 (495); a.A. Lüdeke, Der Zeugenbeistand (o. Fn. 43), S. 244 f.

⁴⁸ Siehe dazu *BGHSt* 33, 83 (91); Griesbaum NStZ 1998, 433 (434) und Kühne in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 5), Einl. I Rn. 121.

⁴⁹ Dort heißt es (aaO., S. 120 – Hervorh. v. Verf.): „Allerdings hindert die Einbeziehung des anwaltlichen Rechtsbeistandes des Zeugen in den Kreis der Verfahrensbeteiligten im weiteren Sinn grundsätzlich nicht daran, den Rechtsanwalt von der Teilnahme an der Vernehmung des Zeugen auszuschließen, wenn sie *erkennbar* dazu *mißbraucht* wird, eine geordnete und effektive Beweiserhebung zu erschweren oder zu verhindern und damit das Auffinden einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung zu beeinträchtigen. Reichen dafür die rechtlichen Möglichkeiten der §§ 176 ff. GVG nicht aus, ist der Gesetzgeber mangels sonstiger gesetzlicher Zurückweisungsgründe aufgerufen, entsprechende Regelungen unter Berücksichtigung der vom Bundesverfassungsgericht zur Entziehung der Verteidigungsbefugnis ausgesprochenen Grundsätze zu treffen“. Die zu weit geratene Fassung von § 68b Abs. 1 S. 2 i.d.F. des RefE 2. ORRG („Einem zur Vernehmung des Zeugen erschienenen anwaltlichen Beistand ist die Anwesenheit gestattet, es sei denn, dass dies den Untersuchungszweck gefährden *könnte*“) wäre damit kaum vereinbar gewesen.

bb) Änderungsbedarf bei der Zuständigkeit für die Ausschlussentscheidung im Falle polizeilicher Zeugenvernehmung (§ 163 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO-E)

Nach dem 2. Halbsatz von § 163 Abs. 3 S. 2 werden die übrigen Entscheidungen, die im Rahmen der von Satz 1 in Bezug genommenen Vorschriften bei der richterlichen Zeugenvernehmung vom Richter zu treffen sind, bei polizeilichen Vernehmungen von dem die Vernehmung leitenden Beamten getroffen. Soweit dadurch Ermittlungspersonen i.S.d. § 152 Abs. 1 GVG die im Einzelfall komplexen und für die Vernehmung – und damit u.U. für die Aussagebereitschaft des Zeugen im gesamten weiteren Verfahren – bedeutsamen Fragen des Ausschlusses des Zeugenbeistandes selbst entscheiden dürfen, ist dies mit ihrer Stellung im Strafverfahren kaum vereinbar. Wenn dazu in der Begründung⁵⁰ ausgeführt wird, diese Zuständigkeit erscheine sachgerecht, „weil (der Beamte) bei von ihm durchzuführenden Vernehmung aufgrund seiner aktuellen Kenntnisse der Sachlage und des häufig unmittelbaren Kontakts mit den an der Vernehmung beteiligten Personen in der Regel über die beste Bewertungsgrundlage verfügt“, handelt es sich nicht um eine tragfähige Begründung, sondern um die Beschreibung der vom Tatbestand vorausgesetzten Situation. Auch hier ist aber die Begründung zu *Halbsatz 1* des § 163 Abs. 3 S. 2 einschlägig:

„Soweit bei einer polizeilichen Vernehmung über die Beiordnung eines anwaltlichen Beistands nach § 68b Absatz 2 StPO-E zu entscheiden ist, erscheint die **Polizei** hierfür **nicht als die geeignete Stelle**, weil diese eine Auswahl nach § 142 Abs. 1 StPO erfordert und mit Kostenfolgen verbunden ist.“

Nachdem der Entwurf an anderer Stelle die Auswahlentscheidung bei § 142 StPO durch Wegfall des Lokalisationsprinzips sogar erleichtert hat, stellt sich die Konkretisierung des § 68b Abs. 1 S. 3 StPO-E erst recht als ungeeignet für die Entscheidung eines Beamten ohne volljuristische Ausbildung dar. Eine entsprechende **Änderung zur Entscheidungsbefugnis** empfiehlt sich daher mit

⁵⁰

BT-Ds. 16/12098, S. 43.

folgender **Alternativfassung** des § 163 Abs. 3 S. 2 StPO-E:

Über die Beiordnung eines Zeugenbeistands und seinen Ausschluss von der Vernehmung entscheidet die Staatsanwaltschaft; im Übrigen trifft die erforderlichen Entscheidungen die die Vernehmung leitende Person.

cc) Änderung der Rechtsbehelfe im Falle polizeilicher Zeugenvernehmung (§ 163 Abs. 3 S. 3 StPO-E)

Hinfällig ist damit die **Folgeregelung zu den Rechtsbehelfen** gegen die Entscheidung der Ermittlungspersonen. § 163 Abs. 3 S. 2 StPO-E erklärt für den Fall des nach § 68b Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 163 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO-E erfolgenden Ausschlusses des Zeugenbeistands von der Vernehmung durch die Polizei § 161a Abs. 3 S. 2 - 4 StPO-E für entsprechend anwendbar:

„Bei Entscheidungen durch Beamte des Polizeidienstes nach § 68b Absatz 1 Satz 3 gilt § 161a Absatz 3 Satz 2 bis 4 entsprechend.“

Dadurch soll klargestellt werden, dass die im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung ergangene Entscheidung in gleichem Umfang gerichtlich überprüfbar ist wie eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft. Diese Verweisungsvorschrift ist **zu streichen**.

Sie wäre **im Übrigen** auch inhaltlich **nicht sachgerecht**. Jeder Polizeibeamte hat bei Störung der Vernehmung durch den Zeugenbeistand die **Selbsthilfebefugnis** nach **§ 164 StPO**. Die Vorschrift ist entgegen ihres unglücklich formulierten Wortlauts nicht nur auf die Sicherung der Durchführung von Amtshandlungen am Tatort oder im Freien beschränkt. An „Ort und Stelle“ wird auch eine Vernehmung innerhalb der Diensträume vorgenommen⁵¹. Die Zwangsbefugnisse stehen damit im Ermittlungsverfahren auch dem Polizeibeamten zu. Die Vorschrift rechtfertigt die Belehrung,

⁵¹ *Meyer-Goßner* (o. Fn. 44), § 164 Rn. 3; *Wolter* in: Systematischer Kommentar, § 164 Rn. 8; *Jahn* in: HbStrVf (o. Fn. 6), Kap. II Rn. 141 m.w.N. A.A. *Achenbach* in: Alternativkommentar zur Strafprozessordnung, 1988 ff., § 164 Rn. 5.

Zurechtweisung und Ermahnung des störenden Zeugenbeistandes und schließlich auch die Androhung seiner Festnahme⁵². Damit wird es im Rahmen von Vernehmungen sein Bewenden haben können⁵³.

3. § 112a StPO-E (Erweiterung beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr)

Die geplante Änderung, deren Zusammenhang mit dem Motiv des Opferschutzes im Wesentlichen nur unter dem Strafverfahren fremden Gefahrenabwehraspekten begründet werden kann, ist **abzulehnen**.

Angesichts des Zwielfichts, in dem der nach weit überwiegender Auffassung **systemwidrige** und **verfassungsrechtlich bedenkliche** Haftgrund der Wiederholungsgefahr seit jeher – und nicht erst seit den jüngsten Vorgängen um eine Popsängerin – steht⁵⁴, ist seiner faktischen **Erweiterung** im Gewande „klarstellende(r) Ergänzung“⁵⁵ eine **Absage zu erteilen**.

Darüber hinaus ist die konkret gewählte Formulierung **sachwidrig**. Wenn „in die Beurteilung des dringenden Verdachts einer Tatbegehung im Sinne des Satzes 1 Nummer 2 (...) auch solche Taten einzubeziehen (sind), die Gegenstand anderer, auch rechtskräftig abgeschlossener, Verfahren sind oder waren“, wären dadurch bei wortlautgetreuer Auslegung auch rechtskräftige Freisprüche in anderen Verfahren gegen den Beschuldigten erfasst, bei denen sich aus den Gründen Anhaltspunkte für eine Gefährlichkeit des Täters ergeben. Dies könnte erhebliche **Probleme** mit dem Verbot der mehrfachen Verfolgung wegen derselben Tat (**Art. 103 Abs. 3 GG**) heraufbeschwören, denn diese Verfassungsbestimmung greift auch im Falle des

⁵² *Erb* in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. (2008), § 164 Rn. 12.

⁵³ *Jahn* in: HbStrVf (o. Fn. 6), Kap. II Rn. 142.

⁵⁴ Umfangreiche Nachweise bei *Hilger* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 21), § 112a Rn. 20.

⁵⁵ *BT-Ds.* 16/12098, S. 29.

Freispruchs⁵⁶. Die geplante Vorschrift ist daher **ersatzlos zu streichen**.

4. Änderungen im Recht der Strafverteidigung (§§ 138, 142, 147 Abs. 5 StPO-E)

Die geplanten Änderungen sind sämtlich **zu begrüßen**. Auf sie kann schon aus **Gründen der Waffengleichheit** nicht verzichtet werden.

a) § 138 Abs. 2, 3 StPO-E (Klarstellung zum Personenkreis möglicher Verletztenbeistände)

aa) Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung

Der Beschuldigte im Strafverfahren kann sich nach § 138 StPO nicht nur durch einen Rechtsanwalt, sondern auch durch einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule sowie unter den Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 StPO ggf. auch durch andere geeignete Personen vertreten lassen. Dass der Entwurf nunmehr klarstellt, dass diese Auswahlmöglichkeiten auch Zeugen, Privat- und Nebenklägern, den Nebenklagebefugten und sonstigen Verletzten zustehen soll, ist konsequent und – hier in der anderen Richtung – im Sinne des Prinzips der **Waffengleichheit**. Die gesetzliche Klarstellung entspricht einer im Schrifttum⁵⁷ bereits de lege lata erhobenen Forderung.

bb) Zurückweisung der Bedenken des Bundesrates

Die vom **Bundesrat**⁵⁸ geltend gemachten Bedenken vermögen nicht zu überzeugen. Sie gehen von unzutreffenden Voraussetzungen aus, wenn ausgeführt wird, dass Privatpersonen zugelassen werden könnten, denen eine „bestimmte

⁵⁶ Statt aller *BVerfGE* 12, 62 (66); *Degenhart* in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2009), Art. 103 Rn. 79.

⁵⁷ *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 138 Rn. 25: „(Es) sollte § 138 Abs. 2 auch dort angewendet werden, wo das neue Recht dem Verletzten (nur) den Beistand eines Rechtsanwalts gestattet. Das gleiche gilt für die Einbeziehung der Rechtslehrer. Dass dabei die sprachlich enge und scheinbar eindeutige Fixierung kein Hinderungsgrund sein muss, zeigt die (freilich streitige) extensive Interpretation des § 387 (...)“.

⁵⁸ *BRats-Ds.* 178/09, S. 3 f.

Mindestqualifikation“ fehlt. Das entspricht nicht dem geltenden Recht. Die Genehmigung muss das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen nur dann erteilen, wenn der Gewählte als hinreichend sachkundig und vertrauenswürdig erscheint und auch sonst keine Bedenken gegen sein Auftreten als Verteidiger bestehen⁵⁹.

b) § 142 Abs. 1 StPO-E (Verzicht auf Lokalisationsprinzip)

aa) Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung

In der heute geltenden Fassung sieht § 142 Abs. 1 S. 1 StPO vor, dass das Gericht als Pflichtverteidiger möglichst einen Rechtsanwalt auswählt, der im Bezirk des ihn nach § 141 Abs. 4 StPO bestellenden Gerichts seinen Kanzleisitz hat. Die Vorschrift gilt kraft Verweisung auch bei der Beordnung eines Zeugenbeistandes (§ 68b S. 3 StPO), bei der Bestellung des Nebenklägerbeistandes (§ 397a Abs. 1 S. 4, Abs. 2 S. 2 StPO) und bei der Bestellung eines Beistands für den Nebenklagebefugten (§ 406g Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 2 StPO).

Der Entwurf nimmt mit der **begrüßenswerten ersatzlosen Streichung** dieser angesichts der Rechtsprechung nicht mehr zeitgemäßen Beschränkung eine im Schrifttum geäußerte Anregung ausdrücklich⁶⁰ auf. Er erstreckt den Grundsatz der Wahlfreiheit darüber hinaus konsequent auf alle Verteidiger i.S.d. § 138 Abs. 1 StPO⁶¹.

bb) Zurückweisung der Bedenken des Deutschen Richterbundes und des Bundesrates

⁵⁹ *BVerfG (1. Kammer des Zweiten Senats)* NJW 2006, 1502 (1503); *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 138 Rn. 7, je m.w.N. Deshalb ist auch die Gegenäußerung der Bundesregierung (zu Nr. 3) zweifelhaft, wenn dort gesagt wird, auch beim Beschuldigten bestünde die Gefahr, er könne Personen als Beistand wählen, denen bestimmte Mindestqualifikationen fehlten. Auf die Möglichkeit der gerichtlichen Genehmigungsverweigerung wird dann aber (aaO.) im Ergebnis zu Recht hingewiesen.

⁶⁰ *BT-Ds. 16/12098*, S. 31 f. unter Hinweis auf *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 142 Rn. 6 ff.

⁶¹ Siehe bereits *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 142 Rn.10.

Die in der Stellungnahme des Deutschen Richterbundes⁶² – bei grundsätzlicher Befürwortung des Zieles der Regelung – erhobenen **Bedenken** vermögen **nicht zu überzeugen**.

Befürchtet wird, dass insbesondere in den Fällen, in denen ein Beschuldigter die Beiordnung eines ihm bis dahin unbekanntem auswärtigen Rechtsanwalts wünscht, ihm dieser künftig ohne weitere Nachfragen oder Prüfungen durch das Gericht beizuordnen sei. Wegen der in § 49 Abs. 1 BRAO(-E) enthaltenen Regelung müsse folglich der weit entfernt ansässige Rechtsanwalt ein Mandat zu Pflichtverteidigerbedingungen übernehmen, nur weil ein Beschuldigter dies wünsche.

Dabei wird **übersehen**, dass auch unter der gegenwärtigen Rechtslage der *ortansässige* Verteidiger zur Übernahme des Mandats einer ihm bis dato unbekanntem Beschuldigten verpflichtet sein kann, wenn ihn dieser benennt. Es ist nicht bekannt geworden, dass dies zu größeren Unzuträglichkeiten geführt hätte. Etwa verbleibenden Extremfällen kann über die Auslegung des „**wichtigen Grundes**“ i.S.d. § 142 Abs. 1 StPO abgeholfen werden⁶³.

Dem in der Stellungnahme des Bundesrates⁶⁴ enthaltenen Vorschlag, § 142 Abs. 1 StPO-E zu streichen, sollte der Bundestag also nicht näher treten. Die dort benannten – angesichts der heutigen Rechtsprechung ohnehin kaum stichhaltigen – fiskalischen Argumente tragen nicht.

c) § 147 Abs. 5 S. 2, 3 StPO-E (Änderungen beim Akteneinsichtsrecht)

aa) Bewertung der vorgeschlagenen Neuregelung

Auch die vorgeschlagene Änderungen des § 147 Abs. 5 StPO-E **überzeugen**.

⁶² *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes* zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz) vom März 2009, S. 3.

⁶³ Vgl. dazu die Kasuistik bei *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 147 Rn. 21 ff.

⁶⁴ *BRats-Ds.* 178/09, S. 4.

Schon das Opferschutzgesetz hatte dem Anwalt des durch die Straftat Verletzten ein Recht auf **gerichtliche Überprüfung der Verweigerung der Akteneinsicht** nach Maßgabe des § 161a Abs. 3 S. 2 - 4 StPO eingeräumt⁶⁵. Da es lediglich eine Verbesserung der Rechte des Opfers intendierte, dem Verletzten aber nicht weitergehende Befugnisse als dem Beschuldigten geben wollte, muss im Hinblick auf die **Waffengleichheit** zwischen Beschuldigtem und (angeblich) Verletztem jenem die gleiche Befugnis wie diesem eingeräumt werden⁶⁶. Es wäre also ein kaum zu rechtfertigendes Ergebnis, wenn zwar dem Verletzten nach gerichtlicher Entscheidung Akteneinsicht gewährt, dem Beschuldigten aber bereits gerichtlicher Rechtsschutz verwehrt würde⁶⁷.

Deshalb ist es **zu begrüßen**, dass mit dem Wegfall der Verweisung auf § 161a Abs. 3 S. 4 StPO die **Beschwerde** gegen den Beschluss des nunmehr zur Entscheidung berufenen Ermittlungsrichters **zulässig** wird.

bb) Zurückweisung der Bedenken des Deutschen Richterbundes; weiter gehende Reformvorschläge

Der in der Stellungnahme des Deutschen Richterbundes⁶⁸ geforderte Streichung des „§ 142 Abs. 5 S. 2 StPO-E“ (gemeint ist § 147 Abs. 5 S. 2 StPO-E) ist daher entgegzutreten.

Dass jedoch inhaltlich **weiter gehende** neuere **Reformvorschläge** zum Akteneinsichtsrecht **nicht aufgenommen** wurden, obgleich die Rechte des Verletzten weiter ausgebaut werden sollen, ist zu monieren. Auch hier zeigt sich eine **Ungleichbehandlung** zwischen den

⁶⁵ Siehe *BT-Ds.* 14/1484, S. 22.

⁶⁶ Vgl. *Rieß/Hilger* NStZ 1987, 145 (153). Will die Staatsanwaltschaft dem Verletzten Akteneinsicht nach § 406e gewähren, muss dem Beschuldigten auch bei Vorliegen der Voraussetzung für die Versagung nach § 147 Abs. 2 StPO daher Akteneinsicht gewährt werden, da ansonsten eine effektive Anhörungsmöglichkeit des Beschuldigten nicht gegeben ist; vgl. *Schlothauer* StV 1987, 359; a.A. *Hilger* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 21), § 406e Rn. 13.

⁶⁷ So auch *Wohlens* in: Systematischer Kommentar, § 147 Rn. 112; *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 147 Rn.158 f.

⁶⁸ *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes* (o. Fn. 62), S. 4.

Rechtsschutzmöglichkeiten des **Beschuldigten** und denen des **Verletzten** im Vorverfahren, die auch schon bei dem in diesem Verfahrensabschnitt so wichtigen Akteneinsichtsrecht besteht: Während der Beschuldigte mit Ausnahme der Sonderfälle des § 147 Abs. 5 S. 2 StPO keine in der Praxis anerkannte Möglichkeit hat, die Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen, hat der Verletzte, dessen Akteneinsichtsgesuch im vorbereitenden Verfahren von der Staatsanwaltschaft abgelehnt worden ist, das Recht, auch diese Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen (§ 406e Abs. 4 StPO). Da nach § 406e Abs. 4 S. 2 StPO-E auch hierfür der Ermittlungsrichter zuständig werden soll, würde anders als nach der bisherigen Rechtslage gem. § 161a Abs. 3 S. 4 StPO für den Verletzten die zusätzliche Möglichkeit eröffnet, gegen eine ablehnende Entscheidung des Ermittlungsrichters Beschwerde einzulegen.

Die vom Gesetzgeber erneut zu prüfenden Vorschläge zielen daher unter Betonung der Bedeutung der Ein- bzw. Mitwirkungsmöglichkeiten des Beschuldigten auf eine **Erweiterung des Akteneinsichtsrechts** (möglichst frühzeitige Information; generelles Akteneinsichtsrecht des unverteidigten Beschuldigten nach § 147 Abs. 7 Alternativentwurf-Ermittlungsverfahren⁶⁹) und der **gerichtlichen Überprüfbarkeit** von Entscheidungen über die Gewährung von Akteneinsicht (generelle Erstreckung der Überprüfbarkeit nach § 147 Abs. 5 S. 2 auf sämtliche Fälle der Versagung von Akteneinsicht)⁷⁰. Dabei müssten freilich die legitimen Geheimhaltungsinteressen der Strafverfolgungsbehörden gewahrt bleiben.

⁶⁹ Siehe *Bannenber* u.a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), 2001, S. 53 ff. § 147 Abs. 2 StPO-E i.d.F. eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts (BT-Ds. 16/11644 vom 21. Januar 2009, S. 6) bleibt dahinter zurück.

⁷⁰ Siehe Gesetzentwurf des *Deutschen Anwaltvereins*, AnwBl. 2006, 24 sowie *Schlothauer* StV 2001, 192 (196); *Freund* GA 2002, 82 (87); *Schünemann* ZStW 114 (2002) 1 (41 f.); *Satzger*

5. § 395 Abs. 3 StPO-E (Erweiterung der Möglichkeiten zum Nebenklageanschluss)

Die wohl **wichtigste Änderung** im Rahmen des 2. ORRG-E ist die Erweiterung der **Möglichkeiten zum Nebenklageanschluss** durch § 395 Abs. 3 StPO-E.

a) Inhalt der geplanten Regelung

Nach der geplanten Vorschrift⁷¹ soll nunmehr wegen *jeder* rechtswidrigen Tat der Anschluss als Nebenkläger grundsätzlich möglich sein:

„Wer durch eine andere rechtswidrige Tat, insbesondere nach den §§ 229, 244 Abs. 1 Nr. 3, §§ 249 bis 255 und 316a StGB, verletzt ist, kann sich der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anschließen, wenn dies aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint.“

Die Straftaten der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB), des Wohnungseinbruchdiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB) sowie der Raub- und Erpressungstatbestände (§§ 249 bis 255, 316a StGB) werden dabei nur als **Regelbeispiele** („insbesondere“) für die in Betracht kommenden Taten aufgeführt. Nach der Entwurfsbegründung⁷² soll § 395 Abs. 3 StPO-E die Funktion eines **Auffangtatbestandes** haben. Auch bei der Frage, ob besondere Gründe die Zulassung der Nebenklage zur Wahrnehmung der Interessen der verletzten Person gebieten, werden „schwere Folgen der Tat“ nur beispielhaft genannt. Dabei soll es nicht erforderlich sein, dass die Schwelle der „schweren körperlichen oder seelischen Schäden“ erreicht wird⁷³. Schon ein „gewisser Grad an Erheblichkeit“ sei ausreichend. Besondere Gründe könnten auch darin liegen, dass das Opfer „schwere

StraFo 2006, 47; *Jahn* ZStW 115 (2003) 815 (826 f.) und *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 147 Rn.176.

⁷¹ *BT-Ds.* 16/12098, S. 6, 49.

⁷² *BT-Ds.* 16/12098, S. 49.

⁷³ *BT-Ds.* 16/12098, S. 49.

Schuldzuweisungen abzuwehren“ habe. Es sei auf die Gesamtsituation des Betroffenen abzustellen.

b) Widerspruch zwischen § 395 Abs. 3 StPO-E und der Entwurfsbegründung im Übrigen

Die geplante Regelung ist **entschieden abzulehnen**.

Würde sie Gesetz, wäre prinzipiell jeder Straftatbestand, bei dessen Verwirklichung es zu einer nicht nur bagatellhaften Verletzung individueller Rechtsgüter kommen kann, nebenklagefähig. In der praktischen Konsequenz kämen insoweit künftig zum Beispiel in Betracht

- das Massendelikt der **Verkehrsunfallflucht** gem. § 142 StGB unabhängig vom eingetretenen Sachschaden immer dann, wenn eine erhebliche Mitschuld des Fahrers des beschädigten Pkw am Unfallgeschehen vom Beschuldigten geltend gemacht wird⁷⁴,
- das Massendelikt des einfachen **Diebstahls** gem. § 242 StGB dann, wenn das Affektionsinteresse des Eigentümers oder Gewahrsamsinhabers (z.B. bei der Wegnahme eines ererbten Schmuckstücks) zu einem „Schockerlebnis“⁷⁵ nach dessen Verlust führt und
- die einfache **Brandstiftung** gem. § 306 Nr. 4 StGB schon dann, wenn der Anblick seines ausgebrannten KfZ beim Halter zu erheblichem psychischem Stress (und damit einer Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB⁷⁶) führt.

Hier kann **nicht** mehr von einer **schlichten „Neujustierung“** gesprochen werden, wie das der Entwurf⁷⁷ und auch die – ansonsten zutreffend kritische – Stellungnahme des Bundesrates⁷⁸

⁷⁴ Nach der von der Gesetzesbegründung (*BT-Ds.* 16/12098, S. 49) in Bezug genommenen Kommentierung von *Hilger* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 21), § 395 Rn. 18 soll es in diesen Fällen nämlich auf „Vermögens- und Sachschäden“ nicht ankommen.

⁷⁵ *BT-Ds.* 16/12098, S. 49.

⁷⁶ Vgl. *Fischer* StGB, 55. Aufl. (2008), § 223 Rn. 6c.

⁷⁷ *BT-Ds.* 16/12098, S. 49.

⁷⁸ *BRats-Ds.* 178/09, S. 8. Richtig wird aber dann (aaO., S. 9) auf die „Gefahr der Ausuferung“ der Nebenklagebefugnis hingewiesen.

an verschiedenen Stellen tut. Der Entwurf würde bei einer Umsetzung des in § 395 Abs. 3 StPO-E enthaltenen Vorschlags seine **eigene Zielsetzung verfehlen**. Das Gesetz will die Nebenklagebefugnis bei manifesten und aggressiven Gewalthandlungen gegen den Verletzten erhalten und ausbauen und „typischerweise bei Opfern schwere Folgen auslösen und daher die Schutzbedürftigkeit dieser Verletzten erhöhen“⁷⁹ und streicht aus diesem Grund – mit Recht – ein Überbleibsel aus der Phase der Parallelität von Privat- und Nebenklage, nämlich die Nebenklagefähigkeit im Bereich des Nebenstrafrechts des Urheberrechts und der gewerblichen Schutzrechte. Begründet wird dies zutreffend damit⁸⁰, dass Verstöße gegen gewerbliche Schutzrechte keine schwerwiegenden Aggressionsdelikte sind und das Opfer der Verstöße ist nicht in seinen höchstpersönlichen Rechtsgütern verletzt ist. Deshalb sind auch die **Vorschläge des Bundesrates**, bei Beleidigungsdelikten die Nebenklageberechtigung künftig zu versagen (Streichung des § 395 Abs. 1 Nr. 2 StPO-E)⁸¹ und bei Körperverletzungsdelikten die Anschlussberechtigung an die schweren Folgen der Tat (Änderung von § 395 Abs. 1 Nr. 4 und § 395 Abs. 3)⁸² zu binden, **konsequent**.

Wie man aber in den oben von mir gebildeten Beispielen von einem „schwerwiegenden Aggressionsdelikt“ der Verkehrsunfallflucht, des Diebstahls oder der Brandstiftung sprechen soll, erschließt sich nicht. Insoweit scheint sich der Entwurf wohl auch nicht ganz darüber im Klaren zu sein, wie weitreichend die angestrebte Weichenstellung ist. Als Basis für die Einräumung einer generellen Nebenklagebefugnis bei schwerer und unerträglicher Betroffenheit in subjektiven Rechten käme wohl nur ein **Recht des Verletzten auf (Teilnahme an der) Bestrafung des Beschuldigten** in Betracht. Doch wird eine solcher Anspruch

⁷⁹ BT-Ds. 16/12098, S. 52 f.

⁸⁰ BT-Ds. 16/12098, S. 47. A.A. etwa *Stellungnahme des DAV* (Ausschuss Geistiges Eigentum) Nr. 30/2009 vom April 2009, S. 4 f.

⁸¹ BRats-Ds. 178/09, S. 8.

⁸² BRats-Ds. 178/09, S. 10.

bislang einhellig, insbesondere aber auch vom *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung⁸³ zutreffend abgelehnt.

aa) Endgültiger Paradigmenwechsel mit § 395 Abs. 3 StPO-E zur verletztenzentrierten Betrachtungsweise

Mit dieser Regelung würde eine **Entwicklung** eingeläutet, die *Kühne*⁸⁴ schon vor einiger Zeit in der Kette der Opferschutzgesetze angelegt sah:

„Das Opferschutzgesetz vom 18. Dezember 1986 nahm eine seit Mitte der siebziger Jahre in internationalen kriminalpolitischen Erörterungen und seit Anfang der achtziger Jahre auch in der deutschen Reformdiskussion sich zunehmend intensivierende Entwicklung auf, die die Stellung des Verletzten (des Tatopfers) im Strafverfahren zum Gegenstand hatte und die (jedenfalls in ihren extremeren Formen) **eine Art Paradigmawechsel** von einer beschuldigtenzentrierten zu einer verletztenzentrierten Betrachtungsweise postulierte“.

Da § 395 StPO Anknüpfungspunkt für eine Vielzahl von Verletztenrechten ist, würde eine quasi generelle Anschlussberechtigung zur Nebenklage zu einer erheblichen Änderung der Gewichtsverteilung im Strafverfahren zu Lasten des Beschuldigten führen⁸⁵. Dies gilt um so mehr, als die Möglichkeiten zur Bestellung eines anwaltlichen Beistands für Nebenkläger („kostenloser Opferanwalt“) erweitert werden sollen, indem der Straftatenkatalog des bisherigen § 397a Abs. 1 StPO erheblich ausgeweitet wird (§ 397a Abs. 1 StPO-E). Dies alles deutet auf einen **endgültigen Paradigmenwechsel** im geltenden

⁸³ *BVerfGE* 21, 245 (261); 51, 176 (187); *BVerfG* NStZ 2002, 211 (212); 1981, 320; NJW 1981, 1034 (1035) (Sondervotum *Hirsch*). Teilweise a.A. aber *Schöch* NStZ 1984, 384 (387).

⁸⁴ in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 5), Einl. F Rn. 125 (Hervorh. v. hier).

⁸⁵ So auch *Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer* (o. Fn. 13), S. 4.

Strafverfahrensrecht hin⁸⁶: Der Verletzte tritt als vollwertiges Prozesssubjekt aus eigenem Recht gleichwertig neben den Staat als Ankläger bzw. dominiert diesen bereits (vgl. § 397 Abs. 2 S. 2 StPO/§ 395 Abs. 5 StPO-E). Das entspricht nicht der bisherigen **Konzeption des reformierten Inquisitionsprozesses** der Strafprozessordnung. Die Nebenklage hatte bislang, wie die §§ 153, 153 a, 400 Abs. 1 StPO deutlich erkennen lassen, vielmehr keine als *eigenständig* konzipierte Verfahrensrolle⁸⁷. Es galt deshalb der Grundsatz des Strafverfahrens, dass der Individualkonflikt gerade in einem rechtsstaatlichen Verfahren mediatisiert wurde. Staatliches Strafrecht entsteht erst mit der **Neutralisierung des Opfers**⁸⁸.

Die historischen Gründe hierfür können nicht ausführlicher entwickelt werden, nur soviel: Die Herausbildung des öffentlichen Strafrechts ist seit dem Hochmittelalter unlösbar verbunden mit dem im Namen der Allgemeinheit erhobenen Strafanspruch⁸⁹. Die Notwendigkeit eines öffentlichen Strafrechts in der Form der Behauptung eines Strafanspruchs der Allgemeinheit wird bis in das 19. Jahrhundert hinein nicht bestritten – in dieser Hinsicht gab es nicht einmal Reformforderungen⁹⁰.

Es erscheint nicht zu hoch gegriffen, die Errungenschaft der Aufklärung in Form eines genuin staatlichen Strafanspruchs bedroht zu sehen. Eine rationale Konfliktverarbeitung als Ziel des rechtsstaatlichen Strafverfahrens würde dadurch zunehmend

⁸⁶ So auch *Stellungnahme des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer* (o. Fn. 13), S. 6.

⁸⁷ Vgl. *Barton*, FS-Schwind, 2006, S. 211 (215); *Hilger* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 21), Vor § 395 Rn. 2. Die Strafprozessreform hat diesen Grundsatz bis in die jüngste Zeit hinein – etwa bei den Entwürfen zu einer gesetzlichen Regelung der Absprachen – grundsätzlich unangetastet gelassen, vgl. – mit Nachweisen – *Jahn ZStW* 118 (2006), 427 (458); *ders./Müller JA* 2006, 681 (686) m.w.N.

⁸⁸ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1990, S. 72; *K. Schroth* Die Rechte des Opfers im Strafprozess, 2005, Rn. 1. Zustimmend jüngst auch *Safferling* (o. Fn. 28), S. 2.

⁸⁹ *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), Vor § 137 Rn. 7.

⁹⁰ *Lüderssen/Jahn* in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), Vor § 137 Rn. 17.

erschwert, wenn nicht gar vereitelt⁹¹. Führt die Beteiligung des Verbrechensopfers zu einer Teilprivatisierung der strafrechtlichen Anklage, wird die bisherige Form des Verfahrens aufgegeben. Nicht nur die Zwecke des Strafverfahrens, sondern auch dessen Grundstruktur müssten überdacht werden, denn die Trägerschaft des Strafanspruchs entscheidet über die Verfahrensform⁹².

bb) Zustimmung zum Vorschlag des Bundesrates

In der Konsequenz ist der Begriff „**insbesondere**“ in § 395 Abs. 3 StPO im Einklang mit der Stellungnahme des Bundesrates⁹³ zu **streichen**. Soweit die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung⁹⁴ darauf verweist, dass die Befugnis des Gerichts, anhand der angeführten Regelbeispiele nach seinem Ermessen über die Frage der Nebenklagebefugnis zu entscheiden, ein ausreichendes Korrektiv gegen die Uferlosigkeit der Anwendung des § 395 Abs. 3 StPO-E darstelle, erschließt sich nicht, wie sich die im Prozessrecht an Gesetz und Recht gebundenen Gerichte (Art. 20 Abs. 3 GG) von den verfehlten Vorgaben des Tatbestandes lösen können sollten.

6. § 406h StPO-E (Schriftlicher Hinweis des Verletzten auf seine Verfahrensrechte)

Gegen diese Regelung ist **nichts zu erinnern**⁹⁵.

Indes verhallt die seit langem geäußerte Forderung nach mehr **Informations- und Mitwirkungsrechten für den Beschuldigten** bislang ungehört. Doch hier geht es um einen „Dreh- und

⁹¹ So auch *Stellungnahme des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer* (o. Fn. 13), S. 7 und schon *Jung JR* 1984, 309.

⁹² *Dölling FS-Jung*, 2007, 77 (81 f.); *Lüderssen Hirsch-FS*, 1999, S. 879 (889); *Safferling* (o. Fn. 28), S. 3.

⁹³ *BRats-Ds.* 178/09, S. 8 f.

⁹⁴ Zu Nr. 9.

⁹⁵ Dass, wie die *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes* (o. Fn. 62), S. 5, hervorhebt, *zwingende* Gründe für die Neuregelung nicht bestehen, trifft allerdings zu.

Angelpunkt“ (*Richter I⁶⁶*) der Reform des Ermittlungsverfahrens. Damit ist wieder der Topos **Waffengleichheit** aufgerufen. Dem wichtigen Vorstoß für einen *Letter of Rights* für den Beschuldigten mit § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 5 StPO i.d.F. des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts⁹⁷ ist damit in diesem Zusammenhang Nachdruck zu verleihen.

7. § 406f Abs. 1 S. 2 StPO-E (Anwesenheit eines anwaltlichen Verletztenbeistandes bei der polizeilichen Vernehmung)

a) Bisherige Rechtslage

Dem Rechtsbeistand des **nicht nebenklagebefugten Verletzten** (§ 406f Abs. 2 StPO) ist bei der richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Vernehmung die Anwesenheit gestattet. Er kann für diesen insbesondere das Beanstandungsrecht nach § 238 Abs. 2 StPO ausüben (§ 406f Abs. 2 S. 2 StPO). Schon nach § 406 Abs. 2 des StPO-Diskussionsentwurfs 2004 sollte darüber hinaus – spiegelbildlich zu den seinerzeit geplanten Erweiterungen bei den Mitwirkungsrechten des Verteidigers – dem Rechtsanwalt des Verletzten auch bei der polizeilichen Vernehmung die Anwesenheit gestattet werden⁹⁸.

b) Inhalt der geplanten Regelung

§ 406f Abs. 1 S. 2 StPO-E entspricht dem bisher geltenden § 406f Abs. 2 S. 1 StPO, dehnt die Anwesenheitsbefugnis des Rechtsanwalts von Verletzten jedoch – analog zu der geplanten Neuregelung des für den Zeugenbeistand geltenden § 68b Abs. 1 StPO-E – auch auf die polizeiliche Vernehmung aus. Den hierfür angeführten Gründen komme bei der zeugenschaftlichen Vernehmung von Verletzten aufgrund deren besonderer Schutzbedürftigkeit noch stärkere Geltung zu.

⁹⁶ StV 1985, 382 (387).

⁹⁷ *BT-Ds.* 16/11644, S. 17.

⁹⁸ Vgl. *Ferber* NJW 2004, 2562 (2565); *Gössel* JR 2004, 313 (318) und *Jahn* NJ 2005, 106 (108).

c) Bewertung der Gesetzesvorschlags

Wiederum wäre gegen die Regelung bei **isolierter Betrachtung nichts einzuwenden**⁹⁹.

Die **Asymmetrie der Verfahrensbefugnisse** von Verletzten und Beschuldigten wird durch § 406f Abs. 1 S. 2 StPO-E jedoch weiter verstärkt. Dem Verteidiger ist nach § 163a Abs. 3 S. 2 StPO i.V.m. § 168c Abs. 1 StPO zwar bei der staatsanwaltschaftlichen Vernehmung des Beschuldigten die Anwesenheit gestattet. Demgegenüber hat er im Umkehrschluss hierzu nach h.M.¹⁰⁰ bei der **polizeilichen Vernehmung** des Beschuldigten **kein Anwesenheitsrecht**. Die hierzu vorhandenen Lösungsvorschläge¹⁰¹ sollte der Gesetzgeber weiterentwickeln.

8. § 397a StPO-E (Ausweitung des Instituts eines kostenlosen Opferanwalts) und § 406g Abs. 3 S. 2 StPO-E (Bestellung des Opferanwalts bzw. Bewilligung der Prozesskostenhilfe schon im Vorverfahren durch den Ermittlungsrichter)

Die vielfachen Erweiterungen der Regelung zum kostenlosen Opferanwalt sind für sich genommen im Grundsatz **nicht zu beanstanden**. Die – im Wesentlichen wiederum fiskalisch

⁹⁹ A.A. – ohne inhaltliche Begründung – *Stellungnahme des Deutschen Richterbundes* (o. Fn. 62), S. 5.

¹⁰⁰ *Meyer-Goßner* (o. Fn. 44), § 163 Rn. 16; *Krause StV* 1984, 169 (173 f.). Zum Streitstand weiterführend *Jahn* in: *HbStrVf* (o. Fn. 6), Kap. II Rn. 137. Aus Sicht der Polizeibeamten empfiehlt es sich in der Regel, dem Verteidiger die Anwesenheit trotz dieses Meinungsstandes nicht zu verwehren. Anderenfalls könnte das Ermittlungsverfahren durch die Notwendigkeit einer staatsanwaltschaftlichen Vernehmung unnötig in die Länge gezogen werden. Ein subjektives Recht des Beamten auf die „Bequemlichkeit ungestörter Vernehmungen“ (*Wolter*, *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, 1991, S. 86 Fn. 304) kennt die Strafprozessordnung nicht.

¹⁰¹ Nach § 163a Abs. 4 S. 1 StPO-DE (*StV* 2004, 234) soll dem Verteidiger Gelegenheit zur Mitwirkung für alle Vernehmungen des Beschuldigten unabhängig von der vernehmenden Person eingeräumt werden. Problematisch ist freilich, dass der zentrale Begriff der „(Gelegenheit zur) Mitwirkung“ nicht näher erläutert wird. Richtigerweise umfasst er zunächst sowohl den (bisherigen) Anspruch auf Terminsnachricht als auch eine grundsätzliche Pflicht zur Terminsverlegung bei Verhinderung. Inhaltlich umfasst der Begriff sowohl das Recht zur Anwesenheit bei der Vernehmung oder der sonstigen Beweisaufnahme als auch das Recht, Fragen zu stellen und Fragen anderer zu beanstanden, vgl. *Jahn* in: *HbStrVf* (o. Fn. 6), Kap. II Rn. 137 Fn. 239.

begründeten – Bedenken des Bundesrates¹⁰² gegen die Ausweitung des Instituts des Opferanwaltes sind auch nicht ganz widerspruchsfrei, wenn etwa bei schweren Raubtaten kein kostenloser Opferanwalt bestellt werden soll, bei schwerem „Stalking“ aber durchaus.

Wiederum aus **Gründen der Waffengleichheit** muss aber das Institut der notwendigen Verteidigung im gleichen Zuge gestärkt werden. Dass der Gesetzgeber hier bislang von der Geltung des Waffengleichheitsprinzips ausgegangen ist, zeigt bereits § 140 Abs. 2 S. 1. Schon das Opferschutzgesetz hatte hier eine besondere Situation der Verteidigungsunfähigkeit des Beschuldigten herausgehoben; sie besteht „namentlich, weil dem Verletzten nach dem § 397a und 406g Abs. 3 und 4 ein Rechtsanwalt beigeordnet worden ist“ (**Grundsatz der kompensierenden Pflichtverteidigung**¹⁰³).

Doch ist dieser Grundsatz im derzeitigen Recht **nur unvollkommen verwirklicht**. Der Nebenklageberechtigte hat im Ermittlungsverfahren einen Anspruch auf Beiordnung eines Opferanwaltes dann, wenn er seine Interessen selbst nicht ausreichend wahrnehmen kann. Eine entsprechende Regelung fehlt selbst – und insbesondere – für den inhaftierten Beschuldigten. Der Verletzte hat zudem nicht nur einen Anspruch auf Beiordnung eines anwaltlichen Beistands, sondern auch auf Entscheidung hierüber durch den Ermittlungsrichter gem. § 162 StPO (§ 406g Abs. 3 S. 2 StPO-E). Lehnt der Ermittlungsrichter die Bestellung des Opferanwaltes bzw. die Prozesskostenhilfebewilligung zwecks Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes ab, steht dem Verletzten gegen diese Entscheidung die Beschwerde (§ 304 StPO) zu. Demgegenüber hat ein Beschuldigter im Ermittlungsverfahren keine vergleichbare Möglichkeit, die Bestellung eines Pflichtverteidigers trotz Vorliegens der Voraussetzungen notwendiger Verteidigung durchzusetzen. § 117 Abs. 4 StPO gibt lediglich dem inhaftierten Beschuldigten einen Anspruch auf Beiordnung eines

¹⁰² *BRats-Ds. 178/09, S. 11 f.*

¹⁰³ *Lüderssen/Jahn in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 140 Rn. 101.*

Pflichtverteidigers – und dies auch erst nach drei Monaten. Somit sieht sich nach der derzeitigen Gesetzeslage der (inhaftierte) Beschuldigte, ohne dass er einen Anspruch auf Pflichtverteidigerbestellung hätte, nicht nur der Staatsanwaltschaft, sondern auch einem anwaltlich vertretenen Nebenklageberechtigten gegenüber. Nach § 141 Abs. 3 StPO kann er lediglich die Staatsanwaltschaft ersuchen, einen Beiordnungsantrag zu stellen. Die Ablehnung der Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft ist nach überwiegender Auffassung der Rechtsprechung und nach herrschender Meinung in der Literatur aber nicht anfechtbar¹⁰⁴.

Unter dem **Gesichtspunkt der Waffengleichheit** ist die derzeitige gesetzliche Situation verfassungsrechtlich bedenklich¹⁰⁵. Deshalb sollte – entsprechend den Ergebnissen der Anhörung des Rechtsausschusses zur Änderung des Untersuchungshaftrechts am 22. April 2009 und den seit langem geäußerten Forderungen des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer und des Deutschen Anwaltvereins¹⁰⁶ – die **Pflichtverteidigerbestellung** schon dann obligatorisch werden, wenn die Staatsanwaltschaft in der Vorführungsverhandlung einen **Antrag auf Erlass** eines **Haftbefehls** zu stellen beabsichtigt (vgl. §§ 125, 128 Abs. 2 S. 2 StPO).

¹⁰⁴ OLG Karlsruhe NSTZ 1998, 315 (316); LG Cottbus StV 2002, 414 m. abl. Anm. Klemke; Meier GA 2004, 441 (452); zweifelnd Lüderssen/Jahn in: Löwe/Rosenberg (o. Fn. 23), § 141 Rn. 24.

¹⁰⁵ So auch Weider Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 22. April 2009 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, S. 4.

¹⁰⁶ Dazu unlängst – mit allen Nachweisen – Püschel StraFo 2009, 134 (138).

IV. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

A. Allgemeiner Teil

1. Das gesetzgeberische **Ziel** einer stetigen Verbesserung des Schutzes von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren verdient grundsätzlich **Zustimmung**. Es geht deshalb nicht um das „Ob“, sondern **nur** um das „Wie“ eines 2. Opferrechtsreformgesetzes.
2. Der Gesetzgeber muss den Zielkonflikt zwischen optimalem Opferschutz bei gleichzeitig bestmöglicher Wirksamkeit der Beschuldigtenrechte nach dem verfassungsrechtlichen **Grundsatz der Waffengleichheit** auflösen.
 - a) Ein automatisches Überwiegen der „**Opferbelange**“ gegenüber den Rechten des Beschuldigten ist dabei nicht begründbar.
 - b) Der Gesetzgeber ist aufgerufen, im Zusammenhang mit der Behandlung des 2. ORRG die **Ungleichheit der Befugnisse** von Verletzten und Beschuldigten insbesondere im vorbereitenden Verfahren zu **beseitigen**.

B. Besonderer Teil

1. **§ 68 StPO-E**, nach der eine **Erscheinenspflicht** bei der richterlichen Vernehmung besteht, ist als Ausdruck der Geltung des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes im Strafprozessrecht **zu begrüßen**. Die vom Bundesrat mit **§ 163 Abs. 4 S. 1 StPO-BRats-E** geforderte Erstreckung dieser Pflicht auf **polizeiliche Vernehmungen** ist jedoch mit der Verfahrensrolle der Ermittlungspersonen im Strafverfahren **nicht zu vereinbaren**.
2. Die Kodifikation der Möglichkeit professioneller Begleitung eines Verletzten während des gesamten Strafverfahrens durch einen **Zeugenbeistand** in **§ 68b StPO-E** ist **zu befürworten**. Über die Beiordnung eines Zeugenbeistands und seinen Ausschluss von der Vernehmung haben jedoch allein Gericht und Staatsanwaltschaft, **nicht** aber der **Vernehmungsbeamte** zu entscheiden. **§ 163 Abs. 3 S. 2 StPO-E** ist entsprechend **anzupassen**.
3. Die Erweiterung des **Haftgrundes der Wiederholungsgefahr** (**§ 112a StPO-E**) ist aus verfassungsrechtlich Erwägungen sowohl grundsätzlich als auch mit Rücksicht auf die konkret gewählte Formulierung **abzulehnen**.

4. Die geplanten Änderungen im **Recht der Strafverteidigung** sind sämtlich **zu begrüßen**. Auf sie kann aus Gründen der **Waffengleichheit** nicht verzichtet werden.
 - a) Die Bedenken des Bundesrates gegen die Klarstellung zum Personenkreis möglicher **Verletztenbeistände (§ 138 Abs. 2, 3 StPO-E)** überzeugen nicht.
 - b) Die ersatzlose **Streichung** des bisherigen **Lokalisationsprinzips (§ 142 Abs. 1 StPO-E)** ist entgegen geäußerter Bedenken in der Praxis des Strafverfahrens praktikabel.
 - c) Es ist überzeugend, dass mit der Änderung des **§ 147 Abs. 5 StPO-E** die **Beschwerde** gegen den Beschluss des nunmehr zur Entscheidung berufenen Ermittlungsrichters zulässig wird.
5. Die **Erweiterung** der Möglichkeit zum **Nebenklageanschluss (§ 395 Abs. 2 StPO-E)** ist **entschieden abzulehnen**. Als ihre theoretische Basis käme wohl nur ein Recht des Verletzten auf (Teilnahme an der) Bestrafung des Beschuldigten in Betracht. Das entspricht nicht der Konzeption der Strafprozessordnung. Der Begriff „**insbesondere**“ in § 395 Abs. 3 StPO ist im Einklang mit der Stellungnahme des Bundesrates zu **streichen**.
6. Der **schriftliche Hinweis** des Verletzten auf seine **Verfahrensrechte (§ 406h StPO-E)** ist vernünftig. Der Forderung nach einem *Letter of Rights* für den Beschuldigten (§ 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 5 StPO i.d.F. des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts) ist aus Gründen der **Informationsparität** in diesem Zusammenhang Nachdruck zu verleihen.
7. Gegen eine **Anwesenheit** eines anwaltlichen **Verletztenbeistandes** bei der **polizeilichen Vernehmung (§ 406f Abs. 1 S. 2 StPO-E)** bestehen keine Bedenken. Aus Gründen der Waffengleichheit sollte der Gesetzgeber aber auch die Lösungsvorschläge zum **Anwesenheitsrecht des Verteidigers** bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten weiterentwickeln.
8. Die vielfachen Erweiterungen der Regelung zum **kostenlosen Opferanwalt** sind für sich genommen im Grundsatz **nicht zu beanstanden**. Wiederum aus Gründen der Waffengleichheit muss aber das Institut der **notwendigen Verteidigung** des Beschuldigten im gleichen Zuge gestärkt werden. Die Pflichtverteidigerbestellung sollte obligatorisch werden, wenn die Staatsanwaltschaft in der Vorführungsverhandlung einen Antrag auf Erlass eines Haftbefehls zu stellen beabsichtigt.