



Hamburg, 23.11.2006

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages

am 24.11.2006

- zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Justiz (2. Justizmodernisierungsgesetz) der Bundesregierung vom 19.10.2006 (BT-Drucks. 16/3038[=550/06])
- und den Beschlussempfehlungen des Rechtsausschusses (gemäß Ausschussdrucksachen Nr. 16[6]72 und 73 vom 16.11.2006)

Der umfassende Entwurf eines 2. JuMoG gibt Anlaß zu folgender Stellungnahme, die sich wegen der Kürze der zur Verfügung gestellten Zeit auf zwei Punkte beschränkt: die Regelung zum „Wiederaufleben“ von Haft- und Unterbringungsbefehlen sowie sonstiger Anordnungen bei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Art. 14 Nr. 1) und die Einführung der Nebenklage und/oder weiterer Verletztenrechte im JGG (Art. 23 Nr. 4).

I. Zum „Wiederaufleben“ von Haft- und Unterbringungsbefehlen sowie sonstiger Anordnungen bei Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Art. 14 Nr. 1)

1. Die Konstruktion des „Wiederauflebens“

Der Vorschlag, Haft- und Unterbringungsbefehle sowie sonstige Anordnungen, die zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft bestanden haben, wieder wirksam werden zu lassen, wenn die Wiedereinsetzung die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung durchbricht (§ 47 Abs. 3 Satz 1 2. JuMoG-E), erscheint verfassungsrechtlich im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG iVm. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG hochproblematisch. Die Regelung sucht die Rechtspraxis des „Wiederauflebens“ gegenstandslos gewordener Haftbefehle herzustellen, die vor dem Kammerbeschluß des 2. Senats des Bundesverfassungsge-

richts vom 18.08.2005 (BVerfG NJW 2005, 3131) allgemein gegolten hat. Die Bundesregierung interpretiert diesen Beschluß dahin, dass das Bundesverfassungsgericht lediglich das Fehlen einer gesetzlichen Regelung für dieses „Wiederaufleben“ gerügt habe, und dass bereits die Bereitstellung von obligatorischen Prüfungsmöglichkeiten (§ 47 Abs. 3 Sätze 2 und 3 2. JuMoG-E) den betroffenen Freiheitsgrundrechten, insbesondere dem Erfordernis einer gerichtlichen Kontrolle, angemessen Rechnung trage (BT-Drucks. 550/06, S. 96 [90] ff., 105 [99] ff.). Diese Lesart verkürzt die Reichweite der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Die 2. Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts hat im Lichte der wertsetzenden Bedeutung der Freiheitsgrundrechte aus Art. 2, 104 GG **die Rechtspraxis des „Wiederauflebens“ nicht nur mangels gesetzlicher Grundlage verworfen, sondern darüber hinaus die Legitimation einer solchen Regelung grundsätzlich in Zweifel gezogen**. So bezweifelt das Gericht ausdrücklich, dass sich die hafrichterliche Rechtsfortbildung des „Wiederauflebens“ auf Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44 ff. StPO) berufen könne. Denn zwar verfolge die Wiedereinsetzung nicht den Zweck, den Säumigen besser zu stellen, als er ohne Säumnis gestanden hätte (vgl. auch BGH bei Pfeiffer/Miebach NStZ 1988, 17). Die Wiedereinsetzung verfolge aber „ganz gewiß nicht das Ziel, ihm Nachteile zu bereiten. Solche treten jedoch ein, wenn man ... annimmt, ein bereits gegenstandslos gewordener Haftbefehl könne ‚wieder aufleben‘, ohne dass ... die Voraussetzungen der Untersuchungshaft (vgl. § 112 I StPO) ... überhaupt einer richterlichen Prüfung unterzogen, und deren Ergebnis dem Betroffenen unter Gewährung rechtlichen Gehörs eröffnet wird. Bereits die besondere Förmlichkeit des Haftrechts steht einer solchen Auffassung zwingend entgegen“ (BVerfG NJW 2005, 3131). Und zu einer möglichen gesetzlichen Regelung bemerkt das Gericht explizit: „Hätte der Gesetzgeber für den Fall der Gewährung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ... ein ‚Wiederaufleben‘ eines bereits gegenstandslos gewordenen Haftbefehls gewollt, so hätte er dies vor dem Hintergrund der durch Art. 104 I 1 GG vermittelten Gewährleistungen – **ungeachtet der gegen ein solches Vorhaben bestehenden rechtsstaatlichen Bedenken** – gesetzlich anordnen müssen“ (BVerfG NJW 2005, 3131; Hervorhebung von mir).

Ob § 47 Abs. 3 Satz 1 2. JuMoG-E angesichts dieser Ausführungen die Billigung des Bundesverfassungsgerichts findet, erscheint mehr als fraglich. Das gilt umso mehr, als das

Bundesverfassungsgericht zuletzt in mehreren Entscheidungen die Anforderungen an die Aufrechterhaltung von U-Haft (BVerfG NJW 2006, 672; NJW 2006, 677; NJW 2006, 1336), an die Aufrechterhaltung eines außer Vollzug gesetzten U-Haftbefehls (BVerfG NJW 2006, 668) und an die Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses (BVerfG StV 2006, 26; StV 2006, 139) verschärft hat. Zunehmend skeptischer tritt das Bundesverfassungsgericht auch der gesetzlich nicht vorgesehenen, sogenannten „Organisationshaft“ (das ist die Freiheitsentziehung in einer JVA, die gegen einen rechtskräftig zu einer Freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung Verurteilten bis zu dem Zeitpunkt seiner Überstellung in die zuständige Maßregleinrichtung vorübergehend vollzogen wird) gegenüber (BVerfG NStZ 1998, 77; NJW 2006, 427; allgemein zur Verfassungswidrigkeit der „Zwischenhaft“ U. Neumann, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main [Hrsg.], Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, 601 ff. [im Erscheinen]).

Auf dem Hintergrund dieser höheren Gewichtung der verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien vermögen die in der Entwurfsbegründung (BT-Drucks. 550/06, S. 97 f. [91 f.]) und der Literatur (Mosbacher, NJW 2005, 3110) für ein „Wiederaufleben“ vorgetragenen Argumente nicht durchzugreifen. Dass sich für die beteiligten Amtsträger ein Strafbarkeitsrisiko aus § 345 StGB insofern ergebe, als wegen der regelmäßigen Zeitspanne zwischen der Wiedereinsatzentscheidung und der erneuten Festnahme die Gefahr geringerer Fehler und Verzögerungen bestehe, ist nicht ausgemacht und zudem eine Frage der Alternativregelung. Davon abgesehen sind alle an Haftsachen Beteiligten seit jeher Strafbarkeitsrisiken ausgesetzt, wenn sie Fehler machen. Soweit der hohe Aufwand des nach der Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts praktizierten Verfahrens beklagt wird, trägt das ebenfalls kein „Wiederaufleben“. Denn wirkliche oder vermeintliche Bedürfnisse der Praxis können grundgesetzlich garantierte Freiheitsrechte nicht außer Kraft setzen.

Verfassungskonform ist demnach allein die Auffassung, dass ein einmal durch Rechtskraft gegenstandslos gewordener U-Haftbefehl (oder eine sonstige Anordnung) nicht mehr „wiederaufleben“ kann, wenn eine Wiedereinsetzung erfolgreich ist. Liegen die Voraussetzungen für eine Anordnung der U-Haft vor, so ist gegebenenfalls ein **neuer Haftbefehl** zu erlassen. Nur diese Auffassung entspricht der **Freiheitsvermutung** und dem **Recht des Beschuldigten**, nur **ausnahmsweise dann in U-Haft** zu gehen,

wenn **deren Voraussetzungen im Entscheidungszeitpunkt geprüft und bejaht** worden sind. Diese Auffassung unterscheidet sich von § 47 Abs. 3 2. JuMoG-E nicht nur konstruktiv, sondern auch **praktisch**. Wenn z.B. ein rechtskräftig Verurteilter, der zuvor in U-Haft war, nach 2 Jahren verbüßter Strafhaft mit einer Wiedereinsetzung erfolgreich ist, dann ist er nach hiesiger Lösung sofort zu entlassen, wenn nicht die Voraussetzungen für einen neuen Haftbefehl vorliegen. Nach § 47 Abs. 3 2. JuMoG-E hingegen bleibt er zunächst in Haft, sofern nicht die Prüfungen nach Satz 2 und 3 zu seinen Gunsten ausfallen. Nach dem Regierungsentwurf kann es also vorkommen, dass je nach Dauer der Prüfung der Betroffene tagelang seiner Freiheit entzogen wird, obwohl die Voraussetzungen nicht vorliegen. Das wird der Bedeutung und Tragweite der grundrechtlichen Freiheitsverbürgungen nicht gerecht.

Unerträgliche Sicherheitslücken sind bei Nichtumsetzung des § 47 Abs. 3 2. JuMoG-E nicht zu besorgen. Denn als akzeptable Alternative bietet sich die Schaffung einer Regelung ähnlich § 453 c StPO an. Danach kann bei drohendem Widerruf einer Strafaussetzung das Gericht bis zur Rechtskraft des Widerrufsbeschlusses, um sich der Person des Verurteilten zu versichern, vorläufige Maßnahmen treffen, insbesondere einen Sicherungshaftbefehl erlassen. Diese Regelung erscheint sinngemäß auf unsere Fragestellung übertragbar und umformulierbar.

2. Keine zwingende richterliche Kontrolle von nicht freiheitsentziehenden Anordnungen?

Problematisch ist ferner die Beschränkung der obligatorischen richterlichen Kontrolle auf „wiederauflebende“ Haft- und Unterbringungsbefehle in § 47 Abs. 3 Sätze 2 und 3 2. JuMoG-E. In der Entwurfsbegründung heißt es dazu, dass die „wiederauflebenden“ nicht freiheitsentziehenden Anordnungen „regelmäßig weitaus weniger belastend“ seien. Deshalb dürfe dem Betroffenen zugemutet werden, eigeninitiativ tätig zu werden und gegebenenfalls die allgemeinen Rechtsbehelfe zu ergreifen (BT-Drucks. 550/06, S. 101 [95]).

Dieser pauschale Ausschluß einer zwingenden richterlichen Kontrolle für alle „wiederauflebenden“ nicht freiheitsentziehenden Maßnahmen trägt der Bedeutung und Tragweite der betroffenen Grundrechte nicht ausreichend Rechnung. Das gilt insbesondere für das **vorläufige Berufsverbot** gemäß § 132 a StPO als massiver Eingriff in Art. 12 GG. Wenn et-

wa gegen den Betroffenen ein vorläufiges Berufsverbot angeordnet war, er rechtskräftig verurteilt wird u.a. zu einem Berufsverbot von 1 Jahr, nach 1 ½ Jahren sein Wiedereinsetzungsantrag erfolgreich ist und damit gemäß § 47 Abs. 3 Satz 1 2. JuMoG-E das erloschene (vgl. § 70 Abs. 4 Satz 1 StGB) vorläufige Berufsverbot „wiederauflebt“, dann kann der Betroffene den bereits wiederausgeübten Beruf zunächst nicht mehr ausüben. Das „wiederaufgelebte“ Berufsverbot ist erst durch das Gericht gemäß § 132 a II StPO aufzuheben. Dieses Prozedere bedeutet einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Betroffenen. Daher bedarf es – auf Basis der „Wiederaufhebungsthese“ – jedenfalls auch für das vorläufige Berufsverbot einer § 47 Abs. 3 Sätze 2 und 3 2. JuMoG-E entsprechenden Regelung.

II. Einführung der Nebenklage und/oder weiterer Verletztenrechte im JGG (Art. 23 Nr. 4)

Das geltende Jugendstrafrecht gibt dem Opfergedanken nur marginalen Raum. Privat- und Nebenklage gegen einen Jugendlichen sind unzulässig (§ 80 Abs. 1, 3 JGG), ein Adhäsionsverfahren ausgeschlossen (§ 81 JGG). § 48 Abs. 2 Satz 1 JGG gewährt dem Verletzten lediglich ein Anwesenheitsrecht in der Hauptverhandlung. Heftig gestritten wird allein darüber, ob die Nebenklage gegen Erwachsene in verbundenen Verfahren gegen Jugendliche und Erwachsene zulässig ist (dafür BGH NStZ 1996, 149; dagegen Graul NStZ 1996, 402), und ob dem Verletzten ein Opferanwalt gemäß §§ 406 g, 397 a StPO im Jugendstrafverfahren beigeordnet werden darf (dagegen etwa BGH StraFo 2003, 58; dafür OLG München NJW 2003, 1543). Uneinheitlich beurteilt wird auch, ob und inwieweit – neben dem für zulässig gehaltenen § 406 d StPO – die Verletztenrechte aus §§ 406 e und f StPO im Jugendstrafverfahren Anwendung finden sollen (siehe z.B. einerseits Schaal/Eisenberg NStZ 1988, 52 f.; andererseits Schaffstein/Beulke, Jugendstrafrecht, 14. Aufl. 2002, S. 275). Diese Rechtslage spiegelt die Dominanz der Täter- und Erziehungsorientierung im geltenden Jugendstrafrecht (§ 5 JGG), für die der Opferschutz eine strukturell systemfremde, weil scheinbar (nur) gegenläufige Idee markiert.

Es ist das Vorrecht des Gesetzgebers, seine Einschätzung zum Gewichtungsverhältnis zwischen Erziehungsorientierung und Opferschutz im Jugendstrafrecht dem sich wandelnden Zeitgeist anzupassen und im Rahmen der Verfassung neue Wege zu beschreiten. In diesem Sinne zeigen die Gesetzesvorschläge sowohl der Bundesregierung als auch des

Rechtsausschusses das Bestreben, die stärkere Opferorientierung im allgemeinen Strafrecht seit dem Opferschutzgesetz 1986 im Sog wirkungsmächtiger rechtspolitischer Initiativen auch im Jugendstrafrecht zur Geltung zu bringen, freilich in deutlich unterschiedlichem Maße.

1. § 80 Abs. 3 2. JuMoG-E

Einen behutsamen Vorschlag stellt insoweit § 80 Abs. 3 2. JuMoG-E dar, indem er lediglich die §§ 406 d bis 406 h StPO – mit Einschränkungen bei den §§ 406 e, g StPO – nunmehr ausdrücklich im Jugendstrafverfahren für anwendbar erklärt. Der Vorschlag hat den Vorzug eines die Belange von Erziehungsauftrag und Opferschutz differenziert vermittelnden Ansatzes (etwa BT-Drucks. 550/06, S. 148 ff. [142 ff.]). Allerdings setzt er die Opferorientierung gleichsam nur „gebremst“ um. Erklärtermaßen beschränkt § 80 Abs. 3 2. JuMoG-E das Opfer und seine Vertreter auf **defensive Rechte** und ist damit im Hinblick auf die geltende Rechts- und Auslegungslage überwiegend nur deklaratorischer Natur.

Zu unterstützen ist aber auf jeden Fall der Vorschlag, den **§ 48 Abs. 2 Satz 1 JGG um Anwesenheitsrechte für den Erziehungsberechtigten und gesetzlichen Vertreter des Verletzten** zu erweitern (Art. 23 Nr. 1 2. JuMoG-E).

2. § 80 Abs. 3 E-Rechtsausschuß

Die Opferorientierung **konsequenter** und damit ungleich weiter als § 80 Abs. 3 2. JuMoG-E treibt § 80 Abs. 3 E-Rechtsausschuß. In grundsätzlicher Nachfolge einer im Schrifttum zunehmenden Auffassung (etwa Siegismund, FS-Rieß, 2002, 857; Hinz, ZRP 2002, 475; H.-J. Albrecht, 64. DJT 2002, Gutachten D 135 ff.) will der Rechtsausschuß auch die **aktive Nebenklage, beschränkt allein auf bestimmte schwere Verbrechen**, zulassen. Basis dieses Vorschlags ist die verstärkt vertretene These, dass die Nebenklage mit dem Erziehungsauftrag des Jugendstrafrechts zwar in einem Spannungsverhältnis steht, aber mit ihm nicht unvereinbar ist. In der Tat verhalten sich die Funktionen der Nebenklage zum Erziehungsauftrag des Jugendstrafrechts disparat: Während Genugtuungsfunktion und Eignung zur Vorbereitung einer Zivilklage mit dem Erziehungsauftrag in Widerstreit geraten (können), erscheinen Schutzfunktion und Kompensation der Viktimi-

sierung durch die Nebenklage mit dem Erziehungsgedanken durchaus vereinbar. Rein wissenschaftlich und ideologiefrei dürfte die Frage der Vereinbarkeit von Jugendstrafrecht und Nebenklage nach gegenwärtigem Kenntnisstand wohl nicht entscheidbar sein. In einer solchen Situation ist es dem **Gesetzgeber** grundsätzlich nicht verwehrt, von seiner **Einschätzungsprärogative** Gebrauch zu machen.

In **zwei Hinsichten** geht § 80 Abs. 3 E-Rechtsausschuß allerdings **zu weit**. **Erstens** reicht es nicht hin, dass das Gericht den „erzieherischen Erwägungen ... unter Beachtung der berechtigten Opferinteressen“ allein „im Rahmen der Verhandlungsführung“ Rechnung tragen soll (Ausschussdrucks. Nr. 16[6]73, S. 63). Wenn ein Nebenkläger, und sei er anwaltlich vertreten, in der **Ausübung der Nebenklägerrechte** die **Realisierung des Erziehungsauftrages** im Jugendstrafverfahren **wiederholt schwer beeinträchtigt, muß das Gericht ihm die Nebenklagebefugnis entziehen dürfen**. Eine entsprechende Regelung sollte aufgenommen werden.

Zweitens darf auch der Nebenkläger nicht Zugang zu den nach § 43 JGG gewonnenen besonders sensiblen Informationen zum persönlichen und sozialen Hintergrund des Jugendlichen haben. Insbesondere sollte ihm der **Jugendhilfebericht** (§ 38 JGG) nicht zur Verfügung stehen. Denn hier lauern nicht nur Konflikt- und Missbrauchsgefahren in Richtung der Genugtuungsfunktion der Nebenklage und ihrer Eignung zur Vorbereitung von Schadensersatzforderungen. Darüber hinaus geht es nicht an, dem Nebenkläger im Jugendstrafverfahren mehr Informationen zu eröffnen als im allgemeinen Strafverfahren. Eine entsprechende **Beschränkung des Akteneinsichtsrechts** des Nebenklägeranwalts gemäß §§ 397 Abs. 1 Satz 2 iVm. 385 III StPO ist daher geboten.