

**Stellungnahme zum Entwurf**  
**eines 2. Gesetzes zur Modernisierung der Justiz**  
**(2. Justizmodernisierungsgesetz)<sup>1</sup>**

vorgelegt

von

**RA Dr. Jens Schmidt,  
Fachanwalt für Strafrecht  
Saarbrücken**

Das 2. Justizmodernisierungsgesetz gibt Anlass zu folgenden geplanten Gesetzesänderungen Stellung zu nehmen:

**I. Änderungen des Strafgesetzbuches (StGB)**

1.

Es ist beabsichtigt nach einer Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 57 StGB einen neuen Widerrufsgrund vorzusehen.

Der neu gefasste Absatz 5 - die bisherigen Absätze 5 und 6 sollen die Absätze 6 und 7 werden - soll folgenden Wortlaut erhalten:

*„Die §§ 56 f und 56 g gelten entsprechend. Das Gericht widerruft die Strafaussetzung auch dann, wenn eine Straftat des Verurteilten bekannt oder nachweisbar wird, die in der Zeit zwischen der Verurteilung und der Entscheidung über die Strafaussetzung begangen worden ist und die, wenn sie von dem Gericht bei der Entscheidung über die Strafaussetzung hätte berücksichtigt werden können, zu deren Versagung geführt hätte; als Verurteilung gilt das Urteil, in dem die zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden konnten.“*

Die geplante Neuregelung ist aus mehreren Gründen bedenklich.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

---

<sup>1</sup> Den Vortrag hielt der Verfasser als Gast des Strafrechtsausschusses der BRAK am 14.10.2006 in Münster

**a.**

Soweit ein Widerruf der Strafaussetzung bereits zulässig sein soll, wenn eine Straftat „bekannt oder nachweisbar“ wird, dürfte der Gesetzeswortlaut nicht im Einklang stehen mit der Rechtsprechung des EGMR.

**aa.**

Der EGMR (StV 2003, 82 ff.) vertritt nämlich die Auffassung, dass ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung vorliegen kann, wenn die Strafaussetzung zur Bewährung widerrufen wird, obwohl bezüglich der Anlasstat das gerichtliche Verfahren noch anhängig ist. Die obergerichtliche Rechtsprechung (vgl. u. a. OLG Jena StV 2003, 574 f.; OLG Düsseldorf NJW 2004, 790; OLG Schleswig NStZ 2004, 628) ist dem jedenfalls insoweit gefolgt als bezüglich der Anlasstat weder ein glaubhaftes Geständnis noch eine (rechtskräftige) Verurteilung vorliegt.

**bb.**

Die Gesetzesbegründung (S. 48),

*„Dem Gericht, das die Vollstreckung des Restes einer zeitigen oder lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt hat, wird die Möglichkeit gegeben, die Strafaussetzung auch dann zu widerrufen, wenn ihm eine Straftat der verurteilten Person bekannt wird, die in dem Zeitraum zwischen der Verurteilung und der Entscheidung über die Strafaussetzung begangen wurde. Die Eröffnung dieser Widerrufsmöglichkeit ist sinnvoll, weil kein durchgreifender Grund dafür besteht, der verurteilten Person die auf unzureichender Tatsachengrundlage ergangene Strafaussetzung zu erhalten. Eine entsprechende Regelung wird auch in § 36 BtMG getroffen.“*

verweist zwar nicht ausdrücklich auf die aufgezeigte Problematik; es steht jedoch zu vermuten, dass der Gesetzgeber von der unterschiedlichen Zielrichtung einer Strafaussetzung gemäß § 56 StGB und § 57 StGB ausgeht und daher die Rechtsprechung des EGMR für unübertragbar hält.

So vertritt nämlich die obergerichtliche Rechtsprechung seit Jahren die Auffassung, dass die Voraussetzungen für die Strafaussetzung gemäß § 57 StGB erheblich enger sind als die gemäß § 56 StGB und daher die Entscheidung des EGMR bei Aussetzungsentscheidungen gemäß § 57 StGB nicht anwendbar sei.

Wörtlich heißt es beispielsweise in einer Entscheidung des OLG Hamm (NStZ 2004, 685):

*„Der Senat weist darauf hin, dass die Berücksichtigung dieses Verhaltens im Rahmen der Prognoseentscheidung des § 57 StGB zum Nachteil des Verurteilten möglich und zulässig ist. Dem steht nicht die Unschuldsvermutung des Artikel 6 Abs. 2 MRK entgegen. Zwar hat in jüngster Zeit der EGMR (...) ausgeführt, dass eine Verletzung der Unschuldsvermutung vorliege, wenn der Bewährungswiderruf auf die in*

*einem Verfahren ohne die Förmlichkeit einer Hauptverhandlung gewonnene Überzeugung, dass der Verurteilte eine neue Straftat begangen habe, gestützt werde, obwohl gleichzeitig bei einem anderen Gericht das Hauptverfahren wegen dieses Geschehens noch anhängig ist (so im Anschluss an den EGMR auch OLG Jena StV 2003, 574, 574; OLG Celle StV 2003, 575 und auch Senat StV 2004, 83 ...).*

*Aus dieser Rechtsprechung lässt sich für den vorliegenden Fall indes nichts für den Verurteilten Günstiges herleiten.*

*Die Nachtragsentscheidung im Rahmen des § 56 f StGB ist nämlich an andere Voraussetzungen geknüpft als die Entscheidung über eine bedingte Reststrafenaussetzung im Rahmen des § 57 Abs. 1 StGB (so auch OLG Düsseldorf StV 1992, 287; siehe auch Senat NSz 1992, 350). Mangels Vergleichbarkeit der Rechtslage sind die von der angeführten Rechtsprechung zur Reichweite der Unschuldsvermutung entwickelten Grundsätze nicht übertragbar (OLG Düsseldorf aaO.).*

*Für einen Bewährungswiderruf nach § 56 f StGB ist nämlich grundsätzlich die Feststellung einer neuen Straftat erforderlich. Im Gegensatz dazu ist eine bedingte Reststrafenaussetzung (nur) an das Vorliegen einer günstigen Sozialprognose geknüpft. Zwar ist die positive Erwartung künftigen straffreien Verhaltens insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn der Verurteilte aus dem Vollzug heraus weitere erhebliche Straftaten begangen hat. Insoweit wirkt sich also das Vollzugsverhalten zumindest mittelbar auf die vom Gericht vorzunehmende Beurteilung aus, indessen hat die Strafvollstreckungskammer daneben aber auch Tat und Persönlichkeit des Verurteilten unter Berücksichtigung sonstiger bekannter Umstände und Gesichtspunkte zu würdigen. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung gehen Zweifel über das Prognoseurteil zu Lasten des Verurteilten (...). Dies bedeutet, dass bei verbleibenden Unsicherheiten bei der Beantwortung der Frage, ob eine begründete oder reale Chance auf Resozialisierung eine gewisse Wahrscheinlichkeit straffreien Verhaltens besteht, eine bedingte Entlassung abzulehnen ist. Insofern besteht ein gravierender Unterschied zu § 56 f StGB, da im Rahmen der nach dieser Vorschrift zu treffenden Entscheidung verbleibende Zweifel an der Begehung neuer Straftaten einen Widerruf zwingend verbieten.*

*Die Unschuldsvermutung des Artikels 6 Abs. 2 MRK ist im Übrigen, worauf das OLG Düsseldorf (aaO) ebenfalls zutreffend hingewiesen hat, auch deshalb nicht berührt, weil es im Verfahren nach § 57 StGB nicht um die Rechtsfolgen aus den neuerlichen Straftaten geht, sondern allein um die Frage der Fortsetzung der Vollstreckung einer bereits rechtskräftig erkannten Strafe wegen ungünstiger Prognosebeurteilung.“*

M. a. W. können im Rahmen der Strafaussetzung gemäß § 57 auch laufende Ermittlungsverfahren zum Nachteil des Verurteilten verwertet werden, ohne dass damit - nach Auffassung der obergerichtlichen Rechtsprechung - ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung gegeben wäre.

**cc.**

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die unter bb. dargestellte Rechtsprechung ausschließlich den Fall der Strafaussetzung betrifft während die gesetzliche Neuregelung den Fall des Widerrufs regeln soll.

Durch die erfolgte Strafaussetzung gemäß § 57 StGB ist aber ein Vertrauenstatbestand entstanden, so dass die Situation mit der vom EGMR entschiedenen Konstellation

vergleichbar ist, d. h. die Neuregelung mit der Rechtsprechung des EGMR und der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht in Einklang steht.

**b.**

Die Vorschrift ist zudem systemfremd und stellt eine unzulässige, d. h. verfassungswidrige Durchbrechung der Rechtskraft dar.

**aa.**

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Jahre 1953 entschieden, dass sich aus dem Rechtsstaatprinzip der Grundsatz ableitet, dass eine Durchbrechung der Rechtskraft nur in engen Grenzen möglich sei.

Für den Bereich der Wiederaufnahme im Strafverfahren heißt es in der zitierten Entscheidung (BVerfGE 2, 380, 403) wörtlich:

*„Das Rechtsstaatsprinzip enthält als wesentlichen Bestandteil die Gewährleistung der Rechtssicherheit; diese verlangt nicht nur einen geregelten Verlauf des Rechtsfindungsverfahrens, sondern auch einen Abschluss, dessen Rechtsbeständigkeit gesichert ist. Hiermit ist zwar die rückwirkende Beseitigung eines Rechtsspruches aus den hergebrachten Wiederaufnahmegründen vereinbar; unvereinbar aber damit ist es, einen in aller Form abgeschlossenen Fall nachträglich aus solchen Gründen zur erneuten Entscheidung zu stellen, die nach althergebrachter und unbestrittener Rechtsüberzeugung zur Begründung eines Wiederaufnahmeverfahrens nicht geeignet sind. Rechtsfriede und Rechtssicherheit sind von so zentraler Bedeutung für die Rechtstaatlichkeit, dass um ihretwillen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muss.“*  
(Unterstreichung nicht im Original)

Vor diesem Hintergrund erscheint es bedenklich eine in Rechtskraft erwachsene Entscheidung - hier: Strafaussetzung zur Bewährung - bloß deshalb zu widerrufen, weil der Richter nachträglich Kenntnis erhält, dass die Widerrufsentscheidung auf eine fehlerhafte Tatsachengrundlage zurückgeht.

Dass schlichte Unkenntnis des Richters eine Durchbrechung der Rechtskraft nicht rechtfertigt, belegt neben der zitierten Entscheidung ein Blick in die Gesetzessystematik der §§ 359 ff. StPO, so dass die Neuregelung auch mit geltendem Verfassungsrecht nicht in Einklang stehen dürfte.

**bb.**

Insoweit ist weiter zu berücksichtigen, dass die vom Gesetzgeber angemahnten Fehler auch im Erkenntnisverfahren denkbar sind.

So ist exemplarisch auf folgendes reales Fallbeispiel zu verweisen:

*„Ein italienischer Staatsangehöriger wurde wegen eines verhältnismäßig geringfügigem BtM-Delikt angeklagt. Der Verteidiger hatte ihn bereits zu früherem Zeitpunkt in anderer Sache verteidigt und hatte daher Kenntnis von einer massiven Vorstrafe - 7 Jahre wegen gemeinschaftlichen Raubes - die nach Vollstreckung von 2/3 der Strafe zur Bewährung ausgesetzt worden war. Die neuerliche Straftat fiel in die Bewährungszeit. Da das Geburtsdatum des Angeklagten bei Einreise nach Deutschland im Kindesalter zunächst falsch übernommen worden war, existierten zwei verschiedene Geburtsdaten. So wies z. B. der Führerschein des Angeklagten ein anderes Geburtsdatum aus als dessen Pass. Aufgrund dieses Fehlers wurde eine falsche Anfrage beim Bundeszentralregister gehalten, so dass der Angeklagte im Verfahren als nicht vorbestraft behandelt worden ist. Der Richter bot daraufhin im Wege der Verständigung eine den Umständen entsprechend angemessene Freiheitsstrafe zur Bewährung an, die im Falle voller Sachkenntnis - massive Vorstrafe; erneute Straftat während der Bewährungszeit - sicher nicht ausgeurteilt worden wäre.“*

Das Beispiel zeigt deutlich, dass fehlerhafte Entscheidungen bezüglich der Strafaussetzung zur Bewährung vielfältig sein können und es nicht nur aus verfassungsgerichtlichen Gründen schwer nachvollziehbar ist, fehlerhafte Entscheidungen des Gerichtes (lediglich) im Vollstreckungsverfahren einer nachträglichen Korrektur zuzuführen.

**c.**

Schließlich wirft die Vorschrift auch in der praktischen Anwendung zahlreiche weitere Fragen auf.

Aus den vorgenannten Gesichtspunkten resultiert nämlich u. a. die weitere Frage, ob das Gericht eine wie auch immer geartete Ermittlungspflicht trifft. Ist z. B. das Gericht gehalten, einen Auszug aus der Zentraldatei der Staatsanwaltschaft anzufordern, um zu überprüfen, ob weitere Verfahren anhängig sind? Wenn ja, was gilt für solche Verfahren die bei auswärtigen Staatsanwaltschaften anhängig sind? Ist das Gericht bereits befugt, die Strafaussetzung zu widerrufen, wenn nachträglich weitere Straftaten bekannt werden oder trifft dies nur zu, wenn das Gericht es zuvor (pflichtgemäß) entsprechende

Erkundigungen eingeholt hat? Ist der Verurteilte verpflichtet auf Frage laufende Verfahren mitzuteilen bzw. können sein Schweigen oder fehlerhafte Angaben zu weiteren laufenden Verfahren zu seinem Nachteil verwertet werden?

Alle vorgenannten Gesichtspunkte begründen erhebliche Bedenken gegen die geplante Neuregelung, so dass diese im Ergebnis abzulehnen ist.

## 2.

Geplant ist des Weiteren eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereiches der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB).

Die geplante Neuregelung lautet wie folgt:

*I „Hat jemand Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen verwirkt, so kann das Gericht ihn neben dem Schuldspruch verwarnen, die Strafe bestimmen und die Verurteilung zu dieser Strafe vorbehalten, wenn*

- 1. zu erwarten ist, dass der Täter künftig auch ohne Verurteilung zu Strafe keine Straftat mehr begehen wird,*
- 2. nach der Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Täters besondere Umstände vorliegen, die eine Verhängung von Strafe entbehrlich machen, und*
- 3. die Verteidigung der Rechtsordnung die Verurteilung zu Strafe nicht gebietet.*

*§ 56 Abs. 1 Satz 2 gilt entsprechend.*

*II Neben der Verwarnung kann auf Verfall, Einziehung oder Unbrauchbarmachung erkannt werden. Neben der Maßregelung der Besserung und Sicherung ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht zulässig.“*

Die Gesetzesbegründung (S. 47, 113 / 114) lautet wie folgt:

*„Die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 ff. StGB) hat gegenwärtig sowohl in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung als auch in ihrer praktischen Anwendung Ausnahmecharakter. Ihre Voraussetzungen werden gelockert, weil sie eine Grenzziehung dort ermöglicht, wo eine Benennung des begangenen Unrechts notwendig ist, und weil sie gleichzeitig der Erkenntnis Rechnung trägt, dass nicht immer auch eine Bestrafung erforderlich ist. Darüber hinaus erlaubt sie im*

*Rahmen von Auflagen und Weisungen eine nachhaltige spezialpräventive Einwirkung auf den Verurteilten.*

*Um ihre häufigere Anwendung zu ermöglichen, werden die Anforderungen der „Würdigkeitsklausel“ in § 59 Abs. 1 Nr. 2 StGB dahingehend gelockert, dass nach der Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Täters besondere Umstände vorliegen müssen, die eine Verhängung von Strafe entbehrlich machen.*

*§ 59 Abs. 2 StGB, der die Verwarnung mit Strafvorbehalt bei Verurteilungen des Beschuldigten in den letzten drei Jahren vor der Tat generell ausschließt, wird gestrichen. Außerdem werden beim Urteil die Begründungserfordernisse (§ 267 Abs. 4 StPO) eingeschränkt.*

*Das Vollstreckungsverfahren wird durch eine angemessene Verkürzung der in § 59 a Abs. 1 Satz 2 StGB festgelegten Bewährungszeit entlastet.“*

*„Seit ihrer Einführung hat die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 ff. StGB) nur eine geringe Anwendung gefunden. In der Justizpraxis hat die Einstellung des Verfahrens gemäß § 153 a StPO eindeutig den Vorrang gegenüber der Verwarnung mit Strafvorbehalt. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt hat indes wesentliche Vorzüge: Sie wird in einem unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten abgesicherten Verfahren verhängt, denn ihr liegt eine gerichtliche Schuldfeststellung zugrunde. Damit ermöglicht sie eine wertende Grenzziehung dort, wo eine Unrechtsbenennung notwendig ist und trägt gleichzeitig der Erkenntnis Rechnung, dass nicht immer auch eine Bestrafung erforderlich ist.*

*Die Verwarnung mit Strafvorbehalt erfährt daher mit dem Ziel ihrer häufigeren Anwendung eine moderate Erweiterung:*

*Die Würdigkeitsklausel des Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, die für den Ausnahmecharakter der Verwarnung mitverantwortlich ist, wird gelockert, indem die sog. Indizierung („... angezeigt ist ...“) gestrichen wird. Das Erfordernis der positiven Sozialprognose im § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB bleibt indes unverändert.*

*Absatz 2, nachdem eine Verwarnung mit Strafvorbehalt in der Regel ausgeschlossen ist, wenn der Täter während der letzten drei Jahre vor der Tat mit Strafvorbehalt verwarnt oder zur Strafe verurteilt worden ist, wird aufgehoben. Ein schematischer Ausschluss vorbelasteter Täter von der Verwarnung mit Strafvorbehalt erscheint nicht gerechtfertigt. Hier sollte vielmehr eine Einzelfallbeurteilung erfolgen. Dabei ist das Bestehen einer positiven Sozialprognose zu prüfen, die nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 StGB erforderlich bleibt. Auch die Frage, ob die Verteidigung der Rechtsordnung die*

Verurteilung zur Strafe gebietet, ist nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 StGB ohne hin zu prüfen.“

„Die Höchstdauer der Bewährungszeit wird bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt auf 2 Jahre begrenzt. Diese Verkürzung der Höchstdauer der Bewährung von 3 auf 2 Jahre erscheint im Hinblick auf das geringere Gewicht der erfassten Straftaten bei einem Vergleich mit den Bewährungsfristen bei zeitigen Freiheitsstrafen (2 Jahre bis 5 Jahre) sinnvoll. Auch die Rückfallquote dürfte nach Praxiserfahrung bei der Verwarnung mit Strafvorbehalt erheblich geringer sein als bei Verurteilungen zu Freiheitsstrafe. Schließlich kann auch mit einer Verkürzung der Bewährungsfrist die Bereitschaft der Praxis zur Anwendung des § 59 StGB gefördert werden, da sie den Aufwand des Gerichtes bei der Überwachung der Bewährung verringert.“

Die geplante Neuregelung entspricht früheren Empfehlungen des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer und ist uneingeschränkt zu begrüßen.

## **II. Änderungen der Strafprozessordnung (StPO)**

Bezüglich der geplanten Änderungen der Strafprozessordnung ist die Neuregelung des § 454 b StPO zu nennen.

Die Vorschrift soll folgende Fassung erhalten:

*„§ 454 b I: Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen sollen unmittelbar nacheinander vollstreckt werden.*

*II: Sind mehrere Freiheitsstrafen oder Freiheitsstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen nacheinander zu vollstrecken, so unterbricht die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckung der zunächst zu vollstreckende Freiheitsstrafe, wenn*

- 1. unter den Voraussetzungen des § 57 Abs. 2 Nr. 1 des Strafgesetzbuches die Hälfte, mindestens jedoch 6 Monate,*
- 2. im Übrigen bei zeitiger Freiheitsstrafe 2/3, mindestens jedoch 2 Monate, oder*
- 3. bei lebenslanger Freiheitsstrafe 15 Jahre*

*der Strafe verbüßt sind. Dies gilt nicht für Strafreste, die aufgrund Widerrufs ihrer Aussetzung vollstreckt werden. Treten die Voraussetzungen für eine Unterbrechung der*

*zunächst zu vollstreckenden Freiheitsstrafe bereits vor Vollstreckbarkeit der später zu vollstreckenden Freiheitsstrafe ein, erfolgt die Unterbrechung rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eintritts der Vollstreckbarkeit.*

*III: Hat die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckung nach Abs. 2 unterbrochen, so trifft das Gericht die Entscheidung nach den §§ 57 und 57 a des Strafgesetzbuches erst, wenn über die Aussetzung der Vollstreckung der Reste aller Strafen gleichzeitig entschieden werden kann.“*

Der dem Absatz 2 neu angefügte Satz 3 soll die in der Rechtsprechung umstrittene Frage lösen, wie mehrere Freiheitsstrafen zu vollstrecken sind, wenn es die Vollstreckungsbehörde - aus welchen Gründen auch immer - unterlassen hat, die Strafe rechtzeitig zu unterbrechen.

Werden mehrere Freiheitsstrafen hintereinander vollstreckt, müssen die Freiheitsstrafen gemäß § 454 b StPO so rechtzeitig unterbrochen werden, dass eine gemeinsame Entscheidung bezüglich der Strafaussetzung aller Strafen möglich ist.

Unterbleibt jedoch die rechtzeitige Unterbrechung, weil z. B. die zweite Freiheitsstrafe zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig ist, erleidet der Verurteilte einen Nachteil, weil die erste Freiheitsstrafe bereits über den eigentlichen Unterbrechungszeitpunkt hinaus vollstreckt worden ist, bevor die zweite Freiheitsstrafe rechtskräftig, d. h. vollstreckungsfähig wird.

Die Rechtsprechung ist bezüglich des aufgezeigten Problems umstritten. Ein Teil folgt in dem so genannten „Anrechnungsmodell“, d. h. der bezüglich der erste Strafe vollstreckte Teil wird auf die zweite angerechnet. Ein anderer Teil der Rechtsprechung wendet das so genannte „Rückwirkungsmodell“ an, d. h. die Vollstreckung wird in die Ausgangslage zurückversetzt, d. h. die Vollstreckung der Freiheitsstrafe wird rückwirkend unterbrochen.

Die geplante Neuregelung folgt dem Rückwirkungsmodell.

Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung (S. 91):

*„Der vorliegende Gesetzesvorschlag folgt dem Rückwirkungsmodell. Zum einen, weil es sich dabei um die überwiegend gehandhabte und bewährte Praxis handelt. Zum anderen, weil es im Einzelfall zu Problemen bei Zugrundelegung der „Anrechnungslösung“ kommen kann. Beispielhaft erwähnt werden in der Literatur die Fälle einer zugunsten des Verurteilten erfolgreichen Wiederaufnahme*

*des Verfahrens bezüglich der ersten oder der zweiten Verurteilung, die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe unter Einbeziehung der Strafe aus der ersten oder der zweiten Verurteilung mit den Strafen aus einer dritten Verurteilung (vgl. Graul, GA 91, 11 ff.).“*

Die Neuregelung verdient aus den genannten Gründen Zustimmung.

### **3. Änderungen des Jugendgerichtsgesetzes (JGG)**

Bezüglich des Jugendgerichtsgesetzes (JGG) erscheint folgende geplante Änderung erwähnenswert:

#### **1.**

§ 80 Abs. 3 JGG soll folgende Fassung erhalten:

*„Nebenklage ist unzulässig.*

*Die §§ 406 d bis 406 h der Strafprozessordnung finden im Verfahren gegen Jugendliche Anwendung, auch soweit in ihnen die Befugnis zum Anschluss als Nebenkläger vorausgesetzt wird. § 406 e Abs. 1 Satz 2 und § 406 g der Strafprozessordnung gelten aber nur für Personen, die durch eine in § 395 Abs. 1 Nr. 1 a, c, d oder Nr. 2 der Strafprozessordnung bezeichnete Straftat verletzt sind, sowie für die in § 395 Abs. 2 Nr. 1 der Strafprozessordnung genannten Personen. Für die notwendigen Auslagen, die diesen Personen in Wahrnehmung ihrer Befugnisse nach § 406 g der Strafprozessordnung erwachsen sind, gilt § 472 Abs. 1 und 2 der Strafprozessordnung entsprechend.“*

Die Vorschrift stellt der Gesetzesbegründung folgend (S. 50) eine bewusste Abkehr von der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 20.11.2002 (1 StR 353/02; StraFo 2003, 58) dar. Wörtlich heißt es in der Entscheidung:

*„Die Beiordnung eines Rechtsanwalts als Beistand des nebenklageberechtigten Verletzten gemäß § 406 g, 397 a StPO ist in Verfahren gegen Jugendliche wegen der im § 80 Abs. 3 JGG getroffenen Anordnung der Unzulässigkeit der Nebenklage in diesen Verfahren nicht möglich (...). Den sich aus § 2 JGG ergebenden Vorrang der Bestimmungen und Grundsätze des Jugendgerichtsgesetzes vor den allgemeinen Regelungen der Strafprozessordnung hat der Gesetzgeber auch mit der Einführung der §§ 406 d ff. StPO durch das Opferschutzgesetz vom 18.12.1986 (...) nicht aufgegeben (so zutreffend OLG Stuttgart NJW 2001, 588 gegen OLG Koblenz NJW 2000, 2436).“*

In der Gesetzesbegründung (S. 128 ff.) heißt es u. a. wörtlich:

*„Die §§ 406 d ff. StPO enthalten, anders als die im Verfahren gegen Jugendliche nach § 80 Abs. 3 Satz 1 weiterhin ausgeschlossenen Nebenklage (vgl. § 397, 400 StPO), keine offensiven Befugnisse, sondern besondere Verfahrensrechte, die ausschließlich Information, Anwesenheit und Betreuung des Opfers im Verfahren sicherstellen und dadurch seine besondere, über die Zeugenrolle hinausgehende Stellung und seinen Schutz auch im Jugendstrafverfahren stärken: Das Recht auf Akteneinsicht (§ 406 e StPO), das Recht auf Information über den Verfahrensausgang (§ 406 d StPO) und das Recht für das gesamte Verfahren einen Rechtsbeistand heranzuziehen (§ 406 f, 406 g) (...).*

*Die Nebenklage mit ihren offensiven Befugnissen könnte im Einzelfall die weitergehende erzieherische Zielsetzung und die jugendadäquate Ausgestaltung des Jugendstrafverfahrens erheblich beeinträchtigen. Es bestünde die Gefahr, dass der Nebenkläger wegen seines eigenen Genugtuungsbedürfnisses oder zur Vorbereitung von Schadensersatzforderungen ohne Rücksicht auf erzieherische Erwägungen die Verhandlung nachhaltig mitgestalten würde. (...)*

*Die Ergänzung des § 80 Abs. 3 bestimmt dagegen nunmehr ausdrücklich, dass im Jugendstrafverfahren die konkrete Nebenklagebefugnis nicht Voraussetzung für die Inanspruchnahme der in § 406 g StPO genannten Rechte ist. § 406 g StPO gibt dem anwaltlichen Beistand des Verletzten keine aktiven Beteiligungsrechte, sondern räumt ihm lediglich Anwesenheits- und Informationsrechte ein. Bei den enthaltenen Regelungen zum Verletztenbeistand geht es also für sich genommen wiederum lediglich um Schutz und Informationsinteressen des Verletzten, auch wenn im allgemeinen Strafverfahren die Wahrnehmung der entsprechenden Befugnisse vielfach (auch) der Vorbereitung einer Nebenklage oder der Prüfung ihrer Angezeigtheit dienen mag.“*

Diese Begründung erscheint zweifelhaft, da der Bundesgerichtshof (StV 2005, 429) unlängst entschieden hat, dass der Vorsitzende dem Verletztenbeistand einzelne Fragen gestatten kann. Wörtlich heißt es in der Entscheidung des Bundesgerichtshofes:

*„Auch wenn der Verletztenbeistand kein eigenes Fragerecht hat, kann ihm der Vorsitzende - wie offensichtlich hier - im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis gestatten, einzelne Fragen zu stellen. (...) Eine auf solches Verhalten des Vorsitzenden gestützte Verfahrensrüge könnte nur dann erfolgreich sein, wenn in der Hauptverhandlung gemäß §*

238 Abs. 2 StPO eine Entscheidung des Gerichts herbeigeführt wurde (...).

*Weitere Voraussetzung für eine erfolgreiche Rüge wäre, dass durch die Zulassung der Frage(n) eine Sachaufklärung oder die Wahrnehmung von Verfahrensinteressen beeinträchtigt worden wäre. Dies muss der Revisionsführer unter Angabe der einzelnen Fragen und aller für die Beurteilung maßgebenden Tatsachen, insbesondere auch hinsichtlich der Art der Beeinträchtigung, dartun (...).*

Es steht somit zu befürchten, dass der im Jugendstrafrecht verankerte Erziehungsgedanke ausgehöhlt wird, wenn über die Anwendung des § 406 g StPO - entgegen der Intention des Gesetzgebers - dem Verletzten ein Zustand eröffnet wird, (einzelne) Fragen zu stellen.

Selbst wenn man die Auffassung vertreten sollte, dass im Jugendstrafverfahren den Ausführungen des Bundesgerichtshofes folgend „die Sachaufklärung oder Wahrnehmung von Verfahrensinteressen“ des Jugendlichen beeinträchtigt sein sollten, stünde zu befürchten, dass bereits die Diskussion über die Berechtigung einzelner Fragen das Jugendstrafverfahren negativ beeinflussen könnten, so dass die neue Regelung jedenfalls in der vorliegenden Fassung abzulehnen ist.

...

**Ergänzende Ausführungen**  
zur  
**Stellungnahme des Bundesrates**  
betreffend den Entwurf eines 2. Gesetzes zur Modernisierung der Justiz  
(2. Justizmodernisierungsgesetz)<sup>1</sup>

vorgelegt

von

**RA Dr. Jens Schmidt**  
**Fachanwalt für Strafrecht**  
**Saarbrücken**

Zwischenzeitlich liegt eine Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines 2. Gesetzes zur Modernisierung der Justiz vor.

Sie gibt Anlass zu folgenden Anmerkungen:

1.

Soweit Gegenstand der Stellungnahme strafrechtliche Vorschriften sind, wird seitens des Bundesrates insbesondere die geplante Neuregelung des § 59 StGB kritisiert.

Der Bundesrat sieht im Wesentlichen Gefahren für das strafrechtliche Sanktionensystem, befürchtet einen gravierenden Mehraufwand für die Praxis und nicht kompensierbare „Einnahmeausfälle“ für die Länder.

Die Stellungnahme ist in weiten Teilen bedenklich und gibt - nicht nur aus rechtsstaatlichen Erwägungen - Grund zu folgenden Anmerkungen:

---

<sup>1</sup> Den Vortrag hielt der Verfasser als Gast des Strafrechtausschusses der BRAK am 14.10.2006  
in Münster

a.

Soweit es in der Stellungnahme wörtlich heißt,

*"Er birgt für das strafrechtliche Sanktionensystem beträchtliche Gefahren sowohl in spezial- als auch generalpräventiver Hinsicht in sich, ist geeignet, gravierenden Mehraufwand in der Praxis zu verursachen, und würde zu nicht kompensierbaren Einnahmeausfällen bei den Ländern im zweistelligen, zumindest auf längere Sicht aber wohl sogar im dreistelligen Millionenbereich führen."*

(Unterstreichung nicht im Original),

ist es nicht zuletzt aus rechtsstaatlichen Gründen höchst bedenklich, wenn der Bundesrat der Geldstrafe offenbar auch den (Straf-) Zweck beimisst, den Ländern Einnahmequellen in Millionenhöhe zu verschaffen. Die Finanzinteressen des Fiskus können bereits aufgrund des verfassungsrechtlich verankerten Schuldprinzips nicht das Sanktionensystem bestimmen.

b.

Wenn es in der Stellungnahme weiter heißt,

*"Die Verwarnung mit Strafvorbehalt ist sowohl im Vergleich zur Diversion als auch zur Geldstrafe ein außerordentlich unökonomisches Institut. Sie erfordert in jedem Fall ein Urteil (oder ein Strafbefehl), es schließt sich eine ein- bis dreijährige (nach dem Entwurf zweijährige) Bewährungsfrist an. Zumindest ein weiterer (anfechtbarer) Beschluss ist erforderlich. Außerdem muss die Bewährung überwacht werden. Der Richter bekommt also die Akte jahrelang "nicht vom Tisch". Das Verfahren kann dabei erheblich verkompliziert werden, wenn sich der Verurteilte nicht "wohl" verhält, also etwa Auflagen/Weisungen nicht erfüllt oder neue Straftaten begeht, mögliche Rechtsmittel ausschöpft. Bei einer breit ausgebauten Sanktion würden zwingend auch solche problematischen Fälle in weitem Umfang zunehmen.*

*Beträchtliche Auswirkungen hat die Änderung darüber hinaus auf die Urteilsfindung. Derzeit muss das Unterbleiben einer Verwarnung mit Strafvorbehalt entgegen einem diesbezüglichen Antrag zwar begründet werden (§ 267 Abs. 3 Satz 4 StPO). Die Anwaltschaft (und der Angeklagte) macht aber von dem gewährten Antragsrecht kaum je Gebrauch, weil entsprechende Anträge im Hinblick auf den*

*absoluten Ausnahmecharakter der Verwarnung mit Strafvorbehalt wenig sinnvoll erscheinen. Ohne diesbezüglichen Antrag besteht nach der Rechtsprechung wegen dieses Ausnahmecharakters keine Begründungspflicht. Dies würde sich ändern, wenn die Sanktion entsprechend dem Willen des Entwurfes von ihrem Schattendasein befreit würde. Dann würde sie praktisch in deren gesamten Bereich mit der Geldstrafe konkurrieren. Demnach müssten künftig in breitem Umfang (bei mehreren 100.000 Geldstrafen pro Jahr bundesweit) prognostische Überlegungen angestellt werden. Auf den Tatrichter käme eine "Begründungslast zu, die im rechtsschutzversicherten Verkehrsrecht, wo kleine Geldstrafen die Regel sind, schnell zur Lawine" werden könnten (...). Gerade im Bereich der Massendelinquenz wäre der damit verbundene Aufwand mit den vorhandenen Ressourcen kaum zu bewältigen (...)."*

erscheinen diese Ausführungen ebenfalls nicht nachvollziehbar, da ein Großteil der angesprochenen "Massendelinquenz" bereits heute im Strafbefehlsverfahren erledigt wird. Begründungserfordernisse sind in diesem Bereich gerade nicht gegeben. Zudem belegt die Statistik, dass ein Großteil der amtsgerichtlichen Urteile rechtskräftig wird, sodass auch insoweit ein Mehraufwand in der Praxis kaum zu befürchten sein wird.

Im Gegenteil wäre zu erwähnen, dass die Beitreibung von Geldstrafen notfalls bis hin zur Umwandlung in eine Ersatzfreiheitsstrafe - nach heute geltendem Recht - mit erheblichen Belastungen der Praxis verbunden ist. Ratenzahlungsgesuche, Anträge auf Umwandlung der Geldstrafe in eine Arbeitsauflage, entsprechende Mahnungen einschließlich der erforderlichen Überwachung, binden bereits heute in erheblichem Maße staatliche Ressourcen. Ob demgegenüber die Überwachung der Bewährungszeit - wie in der Stellungnahme festgestellt - mit nennenswerten Mehraufwand verbunden wäre, darf also jedenfalls in den Fällen mit Recht bezweifelt werden, in denen – wie im Verkehrsstrafrecht häufig – ein Ersttäter nicht erneut straffällig wird.

2.

Bedenklich erscheint auch die Stellungnahme des Bundesrates zu Art. 23 Nr. 4 (§ 80 Abs. 3 JGG).

Wörtlich heißt es in der Stellungnahme hierzu:

*"Das Bestreben des Entwurfes, den Opferschutz im Jugendstrafverfahren zu verbessern, verdient ausdrücklich Zustimmung.*

*Allerdings ist der Weg, den der Entwurf in Artikel 23 Nr. 4 einschlägt, nicht überzeugend. Danach wird im Ergebnis eine weitere Kategorie von Verletzten eingeführt, die zwar nicht zur Nebenklage befugt sind, aber über Rechte verfügen, die über die allgemein verletzten Rechte hinausgehen. Diese Lösung erscheint nicht nur rechtssystematisch fragwürdig, sie ist auch unübersichtlich, inkonsequent und unflexibel.*

*Deutliche Vorzüge weist demgegenüber die im Gesetzentwurf des Bundesrates zur Stärkung des Jugendstrafrechts und zur Verbesserung und Beschleunigung des Jugendstrafverfahrens (...) vorgeschlagene Neufassung des § 80 Abs. 3 JGG auf. Diese sieht konform mit dem System des allgemeinen Strafverfahrensrechts vor, in eingeschränktem Umfang die Nebenklage auch im Verfahren gegen Jugendliche zuzulassen. Dabei soll der Katalog der Nebenklagedelikte jedoch enger sein als im allgemeinen Strafverfahrensrecht, indem er Wettbewerbs- und Ehrdelikte sowie die "einfache" Körperverletzung nach § 223 StGB nicht umfasst. Dem besonderen Leitprinzipien des Jugendstrafrechts soll außerdem dadurch Rechnung getragen werden, dass der Jugendrichter von der Zulassung der Nebenklage absehen kann, wenn dies aus erzieherischen Gründen geboten erscheint."*

(Unterstreichung nicht im Original)

Die Ausdehnung der Nebenklage im Bereich des Jugendstrafverfahrens, auch wenn dies nur partiell erfolgen soll, ist aus grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen. Die Nebenklage als solche ist mit dem Prinzip des Erziehungsgedankens unvereinbar, sodass das aufgezeigte Problem genereller Natur ist. Die beschränkte Zulassung der Nebenklage würde den Erziehungsgedanken aushöhlen und damit gänzlich in Frage stellen, sodass für die vom Bundesrat angeregte gesetzliche Neufassung kein Raum bleibt.

Dr. Jens Schmidt

Rechtsanwalt