

Freie Universität Berlin, Fachbereich Rechtswissenschaft,
Prof. Dr. Carsten Momsen, Van't-Hoff-Str. 8, 14195 Berlin

Fachbereich Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Carsten Momsen
Van't-Hoff-Str. 8
14195 Berlin

Telefon +49 (0)30 838-59408
+49 (0)30 838-59408
Fax +49 (0)30 838-458707
E-Mail lsmomsen@zedat.fu-berlin.de
Internet www.jura.fu-berlin.de
Gebäude Boltzmannstr. 3, Raum 5502
14195 Berlin

Bearb.-Zeichen
Bearbeiter/in CM/MS

Berlin, 7. Oktober 2019

Stellungnahme

zum Referentenentwurf (RefE) des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens

von Prof. Dr. Carsten Momsen und Wiss. Ass. Mathis Schwarze, MSc (Oxford)

I.	Vorbemerkung.....	2
II.	Eckpunkt 3: „Vereinfachung des Befangenheitsrechts“	4
1.	Die (verfassungsrechtliche) Bedeutung des Ablehnungsrechts	4
2.	Besteht ein Bedürfnis nach weiteren Einschränkungen des Ablehnungsrechts?.....	5
III.	Eckpunkt 4: „Vereinfachung des Beweisantragsrechts“.....	7
1.	Die Unverzichtbarkeit des Beweisantragsrechts	7
2.	Begriffsbestimmung, Kodifizierung des Konnexitätserfordernisses	8
3.	Verschleppungsabsicht.....	10
IV.	Eckpunkt 5: „Vorabentscheidungsverfahren für Besetzungsrügen“	11
V.	Eckpunkt 7: „Erweiterung der DNA-Analyse“	12
1.	Stellungnahme der „Wissenschaftlichen Initiative zu Erweiterten DNA-Analysen“	12
2.	Legitimationsstrategien	12
3.	Datenschutz.....	13
4.	Vorhersagewahrscheinlichkeiten	13
5.	Stereotypisierende Wahrnehmungsfehler	14
6.	Grenzen zur präventiv-polizeilichen Gefahrenabwehr	14
7.	Manipulationsgefahr	15
8.	Unabhängige Kontrolle	15

VI. Eckpunkt 9: „Qualitätsstandards für Gerichtsdolmetscher“	15
1. Zugang zum Recht: Sprachliche Interaktion im Kontext der Rechtspflege.....	16
2. Kommunikationsbarrieren	16
3. Die Regelungen des Ref-E	17
4. Notwendige Ergänzungen	17
a. Interpretation des Beweisstoffs	17
b. Befangenheit	17
c. Dokumentation	17
d. Transparenz	18
e. Beweisanztragsrecht.....	18

I. Vorbemerkung

Die unter dem Begriff „Modernisierung“ des Strafverfahrens zusammengefassten Maßnahmen des Entwurfs versäumen genau das, was erforderlich gewesen wäre: Eine zeitgemäße Anpassung des Verfahrensrechts an die sich wandelnde Verfahrensrealität verbunden mit einer ausgewogenen Stärkung der Rechte der Verfahrensbeteiligten. Die Verfahrensrealität ist gekennzeichnet durch eine immer stärkere Übernahme adversatorischer Elemente in das ursprünglich inquisitorisch konzipierte deutsche Strafverfahrensrecht. Die verfahrensrechtliche Seite des gerade erstellten Referentenentwurfs (RefE) für ein Verbandssanktionengesetz und insbesondere der darin enthaltenen Regelungen für unternehmensinterne Untersuchungen markiert lediglich einen weiteren Schritt in diese Richtung.

Eine Modernisierung des Strafverfahrens hätte nahegelegt, dass etwa die Digitalisierung des Strafverfahrens vorangetrieben wird – bspw. in Form der „audio-visuellen Dokumentation“¹. Stattdessen verfolgt der Entwurf ausweislich seiner Begründung die Sicherstellung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege durch die (weitere) „Effektivierung und Steigerung der Praxistauglichkeit des Strafverfahrens“. Ein zentraler Topos ist dabei die Verringerung von Verfahrensverzögerungen, die auf die unter dem schillernden Begriff der „Konfliktverteidigung“² zusammengefasste (vermeintlich) missbräuchliche Geltendmachung von Verfahrensrechten zurückgeführt werden.

Das Gebot zur Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege³ ist genauso Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips wie das Recht auf ein faires Verfahren,⁴ aber lediglich ersterer Aspekt sticht als Leitgedanke des RefE heraus. Da eine funktionsfähige Strafrechtspflege aber „nur eine an rechtsstaatlichen Erfordernissen ausgerichtete“ sein kann,⁵ werden die Reformvorschläge im Folgenden daraufhin untersucht, ob sie mit rechtsstaatlich gebotenen Beschuldigten- bzw. Verteidigungsrechten vereinbar sind. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund angezeigt, dass einige der Reformvorschläge – darunter diejenigen, welche die „drei großen B's“ (Befangenheitsanträge, Beweisanztragsrecht und Besetzungsrügen)⁶ betreffen – weitgehend inhaltsgleich den Forderungen des sogenannten „zweiten bundesdeutschen Strafkammertags“⁷ entnommen und nicht etwa, wie das 2017 verabschiedete „Gesetz zur effek-

¹ Vgl. *Conen/Pollähne/von Schlieffen/Uwer*, Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen: »Eckpunkte zur Modernisierung des Strafverfahrens«, S. 1.

² Vgl. zu dem Begriff *Senge*, NSTZ 2002, 225.

³ Krit. zu dieser Rechtsfigur: *Riehle*, Kritische Justiz 13 (1980), 316.

⁴ *Kühne*, in: *Löwe/Rosenberg* (Begr.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. H, Rn. 10 ff.

⁵ A.a.O., Rn. 13.

⁶ Zweiter bundesweiter Strafkammertag am 26. September 2017 in Würzburg – Dokumentation, S. 18.

⁷ Krit. zu dieser Veranstaltung: *Norouzi*, AnwBl 2018, 290 f.

tiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ durch eine alle Beteiligten von Strafverfahren repräsentierende Expertenkommission erarbeitet wurden. Im Bereich Befangenheits- und Beweisanspruchsrecht wird die statistisch kaum belegbare Gefahr des Missbrauchs eines essentiellen Rechts zum Argument für dessen Einschränkung. Das Ermessen der Gerichte wird weiter ausgedehnt, die Position der Gerichte und ggf. der Staatsanwaltschaft wird gestärkt. Damit repräsentiert der RefE in weiten Teilen primär die nachvollziehbaren Interessen einer überlasteten Justiz. Soweit es bei den Reformvorschlägen um ein „Austarieren, Erweitern oder Begrenzen von Machträumen im Strafverfahren“⁸ geht, sind diese Interessen aber in einen fairen Ausgleich mit denjenigen anderer Verfahrensbeteiligter zu bringen.

Es lassen sich innerhalb des RefE auch Tendenzen beobachten, die Grundstruktur des Strafprozesses zu verlagern. Wenn insoweit adversatorische Elemente des deutschen Strafverfahrens beschränkt werden, passt dies zur Stoßrichtung des Reformvorschlags: Schließlich ist das adversatorische Verfahrensmodell für seine prozessverlängernden Nachteile bekannt, während Richter*innen im Inquisitionsmodell „zielstrebig auf die für die Urteilsfindung relevanten Punkte hinwirken“ können.⁹ Soweit man aber gerade in den adversatorischen Elementen des Strafprozesses „eine demokratischere, weniger autoritäre Haltung des Staates gegenüber den Streitparteien“¹⁰ erblickt, drängt sich die Frage auf, weshalb in einer sich „immer stärker demokratisierenden Gesellschaft die Entwicklung des Strafverfahrens nicht Schritt hält oder – schlimmer noch – die Strafprozeßordnung sich mit immer neuen Novellen in die entgegengesetzte Richtung bewegt“¹¹.

Konzeptionell wäre daher die Schaffung aktiverer Verteidigungsrechte bereits in einem frühen Stadium sowie die Absicherung der Rechte der von Beschuldigten und potentiellen Opfern im Ermittlungsverfahren geboten gewesen. Der mit mehr und mehr konsensualen Verfahrensbeendigungen bereits im Ermittlungsverfahren verbundene Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung führt nicht allein zu dem vielfach diskutierten sogenannten stärkeren Beweismitteltransfer, sondern hat primär den Effekt, dass die Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren de facto in der Mehrzahl aller Strafverfahren die abschließende Beweiserhebung ist. Beispielsweise wäre es dringend notwendig, bereits für das Ermittlungsverfahren ein formalisiertes Beweiserhebungsrecht für andere Verfahrensbeteiligte als die Staatsanwaltschaft zu schaffen, ebenso wie entsprechende Rechtsschutzinstrumente. Ebenso wäre es in Umsetzung der europäischen Gesetzgebung geboten, die Struktur der Verteidigung so umzugestalten, dass Verteidigung institutionell gewährleistet wird.

Schließlich ist anzumerken, dass mit dem 2017 verabschiedeten „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ einige der nun wieder gegenständlichen Regelungsbereiche bereits eine Überarbeitung erfahren haben. „Modernisierung“ sollte immer auch „Rationalisierung“ im Sinne Max Webers¹² sein. Gerade mit Bezug auf die letzte Reform wäre es zweckrational gewesen, deren Wirksamkeit in der Praxis und ihre Rezeption durch die Rechtsprechung abzuwarten sowie ggf. empirische Untersuchungen anzustellen, bevor abermals Veränderungen vorgenommen werden, für welche möglicherweise überhaupt keine Veranlassung mehr besteht. Überlegungen in diese Richtungen sind im RefE aber nicht erkennbar.

⁸ Norouzi, in Barton/Eschelbach/Hettinger/Kempf/Krehl/Salditt, Festschrift für Thomas Fischer, 2019, S. 765, 770.

⁹ Eser in: Schröder/Kudratov (Hrsg.), Adversatorische und inquisitorische Verfahrensmodelle: Ein kritischer Vergleich mit Strukturalternativen, 2014, S. 11, 27.

¹⁰ Weßlau, ZIS 2014, 558, 560, welche diesen Standpunkt kritisch sieht.

¹¹ Müller, Kritische Justiz 25 (1992), 228, 234.

¹² Vgl. zu diesem Konzept Degele/Drieß, Modernisierungstheorie. Eine Einführung, 2014, S. 94 ff.

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf die Analyse derjenigen Teilaspekte des RefE, bei denen der beschriebene Umbruch der Verfahrenskultur besonders hervortritt.

II. Eckpunkt 3: „Vereinfachung des Befangenheitsrechts“

Art. 1 Nr. 3 des RefE (Punkt 3 des Eckpunktepapiers) sieht eine Einschränkung des Ablehnungsrechts vor und greift damit die entsprechende Forderung des „zweiten bundesweiten Strafkammertags“ auf¹³. Während das Eckpunktepapier noch vorsah, dass der bisher nach Anbringen eines zulässigen Ablehnungsgesuchs geltende Grundsatz der „Wartepflicht“¹⁴ – außer für Entscheidungen, die auch außerhalb der Hauptverhandlung ergehen können – *abgeschafft* werden solle, hat man sich im RefE für eine wohlklingendere, aber ergebnisgleiche Konstruktion entschieden: Der Grundsatz der Beschränkung auf unaufschiebbare Verfahrenshandlungen wird beibehalten (§ 29 Abs. 1 StPO-E), aber die Durchführung der strafgerichtlichen Hauptverhandlung für unaufschiebbar erklärt (§ 29 Abs. 2 StPO-E). Über das Ablehnungsgesuch soll vor Ablauf einer Zweiwochenfrist bzw. bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstags entschieden werden – je nachdem, welches Ereignis später liegt (§ 29 Abs. 3 StPO-E). Als Begründung für den Reformvorschlag wird im RefE angeführt, den „Umgang mit missbräuchlich gestellten Befangenheitsanträgen“ vereinfachen und das Strafverfahren beschleunigen zu wollen.¹⁵

1. Die (verfassungsrechtliche) Bedeutung des Ablehnungsrechts

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist es für die richterliche Tätigkeit wesentlich, „daß sie von einem nichtbeteiligten Dritten ausgeübt wird“, weshalb sie Neutralität und Distanz von Richter*innen gegenüber den Verfahrensbeteiligten erfordere.¹⁶ Dies gilt für die Gesamtheit der richterlichen Tätigkeit und nicht nur für die Urteilsfällung. Damit sichert das Ablehnungsrecht Angeklagte auch vor der Gefahr, dass „die Urteilsgrundlage nicht in justizförmiger Weise erarbeitet wird“.¹⁷ Dies spiegelt sich einerseits in der von § 29 Abs. 1 StPO vorgesehen vorläufigen Amtsunfähigkeit wider, die Richter*innen im Grundsatz unmittelbar von jeder Einwirkung auf das Verfahren und nicht nur von der Mitwirkung an der abschließenden Entscheidung freistellt. Diese Konzeption liegt richtigerweise darin begründet, dass die an der Hauptverhandlung mitwirkenden Richter*innen durch Ausübung des Fragerechts „Umfang und Transparenz des Prozeßstoffes“ mitbestimmen und damit „bereits vor Beratung und Abstimmung entscheidende Weichen“ stellen.¹⁸ Dass das Ablehnungsrecht gerade auch die Integrität der Beweisaufnahme schützt, wird andererseits in § 25 Abs. 2 S. 2 StPO deutlich, wonach die Richterablehnung spätestens bis zum letzten Wort der/des Angeklagten zulässig ist. Denn es ist durchaus denkbar, dass die Besorgnis der Befangenheit erstmals nach dem letzten Wort der/des Angeklagten aufkommt – etwa aufgrund einer abfälligen Bemerkung von Richter*innen beim Verlassen des Gerichtssaals¹⁹. Da zu diesem Zeitpunkt die Beweisaufnahme aber schon abgeschlossen und damit eine Beeinträchtigung ihrer Integrität nicht mehr zu befürchten ist, besteht nach der (rechtspolitisch kritikwürdigen) Vorstellung des Gesetzgebers auch kein Bedürfnis mehr für die Richterablehnung.²⁰

Diesen Prinzipien läuft es zuwider, wenn Richter*innen auf der Grundlage des hier gegenständlichen Reformvorschlags zukünftig nach Stellen eines zulässigen Befangenheitsantrags mindestens zwei Wo-

¹³ Zweiter bundesweiter Strafkammertag am 26. September 2017 in Würzburg – Dokumentation, S. 72.

¹⁴ Krit. zu dieser Bezeichnung: *Deiters*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2018, § 29 Rn. 1.

¹⁵ RefE, S. 20.

¹⁶ BVerfGE 21, 139; 3, 377 (381); 4, 331 (346); 14, 56 (69); 18, 241 (255).

¹⁷ *Dästner*, ZRP 1977, 53, 55.

¹⁸ *Leibholz/Geiger/Rinck* in ihrem abweichenden Votum zu BVerfGE 30, 149 ff., 157 ff.; *Dästner* (o. Fn. 17), 55 f.

¹⁹ Beispiel nach: *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 8 Rn. 12.

²⁰ *Momsen/Willumat*, NSTZ 2018, 369, 372 m.w.N.

chen weiterverhandeln dürfen sollen. Diese Regelung würde es Richter*innen ermöglichen, „wesentliche Kernstücke der Beweisaufnahme bei entsprechend enger Terminierung an einer Mehrzahl von Hauptverhandlungstagen vorzunehmen, bevor über den Antrag überhaupt entschieden ist“.²¹ Der RefE verkennt die Gefahren der weiteren Mitwirkung von abgelehnten Richter*innen, wenn dort ausgeführt wird, diese wirke sich *nicht* auf das Ergebnis des Verfahrens aus, weil nach § 29 Abs. 4 S. 1 StPO-E für den Fall der Begründetheit des Befangenheitsantrags der nach der Anbringung des Gesuchs liegende Teil der Hauptverhandlung zu wiederholen sei. Tatsächlich ist durch eine Wiederholung dieses Teils der Hauptverhandlung sein Ergebnis nicht immer zu beseitigen.²² *Dästner* illustriert dies mit der Fallgestaltung, dass der als befangen abgelehnte Vorsitzende den Angeklagten mit scharfen Worten zur Tatschilderung auffordert und dabei „Umstände zutage fördert, denen anschließend in der weiteren Beweisaufnahme nachgegangen wird und die die Verurteilung stützen“.²³ Dasselbe gilt für die Vernehmung von Zeugen, die „Dinge bekunden, die sie ohne unzulässigen Druck nicht preisgegeben haben würden“.²⁴ Es ist mit anderen Worten nicht auszuschließen, dass „das neue Richterkollegium auf den Ergebnissen aufbaut, die unter Mitwirkung des erfolgreich abgelehnten Richters erarbeitet worden sind, und daß sich damit dessen etwa gegebene Befangenheit auch auf die Endentscheidung auswirkt“.²⁵

Der Reformvorschlag unterläuft damit den mit dem Grundsatz der „Wartepflicht“ verfolgten Zweck, auch *mittelbare* Einwirkungen des abgelehnten Richters auf die Endentscheidung zu verhindern. Mit dem 1979 eingeführten § 29 Abs. 2 StPO, der die Erforderlichkeit einer *sofortigen* Unterbrechung der Hauptverhandlung abgeschafft hat, ist dieser Zweck bereits mit dem Anliegen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in Einklang gebracht worden.

2. Besteht ein Bedürfnis nach weiteren Einschränkungen des Ablehnungsrechts?

Bestrebungen, das Ablehnungsrecht einzuschränken, um seiner missbräuchlichen Anwendung entgegenzuwirken oder jedenfalls das Hauptverfahren zu beschleunigen, sind nicht neu. Schon die Kommission zur Reform des Strafprozesses von 1905 war mehrheitlich der Auffassung, dass einer „chikanösen Ablehnung“ von Richter*innen vorzubeugen sei, weil ansonsten eine Beschädigung des Ansehens der Rechtspflege befürchtet werden müsse.²⁶ Dieses Anliegen wurde dann auch im Rahmen mehrerer Reformen des Ablehnungsrechts gesetzlich umgesetzt: Durch das StPÄG 1964 wurde ein neuer § 26a StPO eingefügt, welcher die vereinfachte Ablehnung unzulässiger Ablehnungsgesuche ermöglicht. In der Folge des Stammheim-Prozesses beschloss der Gesetzgeber erneut, dass die Befangenheitsablehnung erschwert werden müsse und versah den § 29 StPO durch das StVÄG 1979 mit seinem Abs. 2, wodurch die bis dahin herrschende Pflicht zur sofortigen Unterbrechung der Hauptverhandlung nach Stellen eines Befangenheitsantrags gelockert wurde.²⁷ Zuletzt wurde das Ablehnungsrecht 2017 mit dem „Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung und Vermeidung von Missbräuchen durch die Einführung von §§ 26 Abs. 1 S. 2 und 29 Abs. 1 S. 2 StPO verschärft.

Vor dem Hintergrund dieser – z.T. erst kurze Zeit zurückliegenden – Einschränkungen des Befangenheitsrechts verwundert es, dass sich der RefE nicht damit auseinandersetzt, dass bzw. weshalb sich diese als unzureichend herausgestellt haben. Gegen die Notwendigkeit einer weiteren Verschärfung

²¹ *Conen/Pollähne/von Schlieffen/Uwer* (o. Fn. 1).

²² *Dästner* (o. Fn. 17), 56.

²³ A.a.O.

²⁴ A.a.O.

²⁵ A.a.O.

²⁶ *Protokolle der Kommission für die Reform des Strafprozesses (1903-1905)*, Bd. 1, S. 17.

²⁷ *Müller* (o. Fn. 11), 228.

des Ablehnungsrechts zulasten von Angeklagten spricht bereits der absolute Anteil der Geltendmachung dieses Rechts in der Justizpraxis. Der vom OLG Celle herausgegebene „Strafkammerbericht“ kommt für den Erhebungszeitraum 2009 bis 2014 zu dem Ergebnis, dass der „durchschnittliche prozentuale Anteil von Verfahren mit Befangenheitsanträgen ... in den allgemeinen Strafkammern/Schwurgerichten und bei den Jugendkammern nicht groß“ sei und „bei höchstens 5 % der Verfahren pro Jahr“ liege.²⁸ Dieser Wert bezieht sich allerdings bloß auf „Haftsachen“ – bei „Nichthaftsachen“, welche über 50 Prozent der Datengrundlage ausmachten, dürfte der Wert noch geringer liegen. Die Studie von *Dölling et al.* kommt zu dem Ergebnis, dass durchschnittlich in knapp jedem 50. Verfahren Befangenheitsanträge gestellt wurden.²⁹ Nur für einen geringen Anteil aller Strafverfahren könnte daher die geplante Reform des § 29 StPO überhaupt eine beschleunigende Wirkung entfalten.

Im Hinblick auf die Reformbedürftigkeit des Ablehnungsrechts darf freilich nicht außer Acht gelassen werden, dass es durchaus in einzelnen „Umfangsverfahren“ zu einer hohen Zahl an Befangenheitsanträgen kommen kann und dass die Justiz jedenfalls für solche Verfahren Mittel benötigt, um die „Wehrhaftigkeit“ des Verfahrens und dessen ordnungsgemäßen Fortgang zu schützen. *Nehm* und *Senge*³⁰ schildern exemplarisch ein Verfahren, in dem die Verteidigung während der 192 Tage andauernden Hauptverhandlung 157 und außerhalb der Hauptverhandlung weitere 43 Ablehnungsanträge stellte. Die von den Autoren angenommene kürzere Verhandlungsdauer als Folge dieses Antragsverhaltens führen diese auf die Zeit zurück, welche für die mündliche Begründung der Anträge in der Hauptverhandlung, „die Abfassung der dienstlichen Äußerungen, die Beratung und Beschlußfassung durch die Kammer und die Bekanntmachung durch Verkündung in der Hauptverhandlung“ benötigt wurde.³¹ Insbesondere die mündliche Begründung nehme teilweise viel Zeit ein, der Vortrag eines einzelnen Befangenheitsantrags habe bspw. anderthalb Stunden gedauert.³²

Doch welchen Effekt hätte die geplante Reform auf solche Verfahren mit einer sehr hohen Zahl an Befangenheitsanträgen? Der 2017 eingeführte § 26 Abs. 1 S. 2 StPO gibt dem Gericht bereits jetzt die Möglichkeit an die Hand, dem Antragsteller aufzugeben, einen mündlich gestellten Befangenheitsantrag in einer angemessenen Frist schriftlich zu begründen und damit die Verlesung der Antragsbegründung aus der Hauptverhandlung herauszuhalten.³³ Ausweislich der Gesetzesbegründung soll durch die Vorschrift „dem Gericht in Ausnahmefällen eine Möglichkeit an die Hand gegeben werden, Situationen zu begegnen, in denen das Recht zur mündlichen Begründung eines Ablehnungsgesuchs in der Hauptverhandlung mit dem Ziel der Verfahrensverzögerung missbraucht wird“, was insbesondere in umfangreichen Verfahren von Bedeutung sein könne.³⁴ Darüber hinaus hat das Gericht die Möglichkeit, offensichtlich zur Verfahrensverschleppung gestellte Befangenheitsanträge gem. § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO als unzulässig zu verwerfen.

Was den über den mündlichen Vortrag der Antragsbegründung hinausgehenden Zeitaufwand betrifft, der durch das Abfassen der dienstlichen Äußerungen, die Beratung und Beschlussfassung durch die Kammer und die Bekanntmachung durch Verkündung in der Hauptverhandlung verursacht wird, ist festzustellen, dass dieser so oder so einmal erbracht werden muss – „die ‚Verzögerung‘ tritt notwendigerweise einmal ein“³⁵. Daran vermag der Reformvorschlag freilich nichts zu ändern. Bereits nach der derzeitigen Gesetzesfassung kann die Hauptverhandlung gem. § 29 Abs. 2 S. 1 StPO nach Stellen eines

²⁸ *Ferber*, in: *OLG Celle* (Hrsg.), *Strafkammerbericht* (2017), S. 93 (Fakt 14).

²⁹ *Dölling/Feltes/Dittmann/Laue/Törnig*, *Die Dauer von Strafverfahren vor den Landgerichten*, 2000, S. 154.

³⁰ *NSiZ* 1998, 377.

³¹ A.a.O., 382.

³² A.a.O., 383.

³³ *Scheuten*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl. 2019, § 26 Rn. 2; *Singelstein/Derin*, *NSiZ* 2017, 2646, 2650.

³⁴ *BT-Drs.* 11277, S. 18 f.

³⁵ *Siolek*, in: *Löwe/Rosenberg* (o. Fn. 4), § 29 Rn. 31.

Befangenheitsantrags so lange fortgesetzt werden, bis eine Entscheidung über die Ablehnung ohne Verzögerung möglich ist. Soweit die vorgeschlagene Reform des § 29 StPO allerdings zur Folge hat, dass im Durchschnitt später über Befangenheitsanträge entschieden wird, könnte sich dies vielmehr kontraproduktiv auf die Verfahrensdauer auswirken, wenn deshalb bei begründeten Befangenheitsanträgen ein längerer Teil der Hauptverhandlung gem. § 29 Abs. 2 S. 2 StPO wiederholt werden muss.

Es ist deshalb insgesamt zweifelhaft, dass die angestrebte Reform des Befangenheitsrechts eine verfahrensbeschleunigende Wirkung entfalten würde. Allermindestens wäre dies aber empirisch zu untersuchen gewesen.

Schließlich ist aufgrund der vom Reformvorschlag vorgesehenen längeren Entscheidungsfrist auch zu befürchten, dass der konkrete Anlass des Befangenheitsantrags bis zur Entscheidung immer mehr in den Hintergrund rückt³⁶ und diese stattdessen mehr vom weiteren Verlauf der Hauptverhandlung, namentlich dem Verhalten der Antragsteller, abhängig gemacht wird.

Vor dem Hintergrund seiner den verfassungsrechtlichen Kerngehalt der Befangenheitsablehnung unterlaufenden Wirkung und seiner höchstens geringen verfahrensbeschleunigenden Effekte für die Praxis ist der Reformvorschlag daher abzulehnen.

III. Eckpunkt 4: „Vereinfachung des Beweisantragsrechts“

Art. 1 Nr. 13 (Punkt 4 des Eckpunktepapiers) sieht eine „Systematisierung“ des Beweisantragsrechts und einen für die Gerichte „erleichterten Umgang“ mit missbräuchlich gestellten Beweisanträgen vor. Zu diesem Zweck wird in § 244 Abs. 3 S. 1 StPO-E eine Legaldefinition des Begriffs des Beweisantrags eingefügt, welche auch das von der Rechtsprechung entwickelte Erfordernis der „Konnexität“ zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung vorsieht. Zudem sollen Beweisersuchen mit dem Ziel der Prozessverschleppung nicht mehr als Beweisantrag behandelt und damit einer revisionsrechtlichen Kontrolle entzogen werden.

1. Die Unverzichtbarkeit des Beweisantragsrechts

Das verfassungsrechtlich im Anspruch auf rechtliches Gehör verankerte³⁷ Beweisantragsrecht ist „das wesentliche Instrument zur Kontradiktion des sich gegen die Anklage verteidigenden Bürgers“. ³⁸ Es „besitzt adversatorischen Charakter“ und „ergänzt den Strafprozess in seiner reformiert inquisitorischen Grundausrichtung um ein Verhandlungselement“. ³⁹ In der verfahrensrechtlichen Machtbalance, die dem liberalen dialogischen Strafprozess zugrunde liegt, eröffnet der Beweisantrag dem Beschuldigten die Möglichkeit, den zunächst singulär von der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren geformten Prozessstoff mitzugestalten und dem darauf begründeten Anklagevorwurf zu widersprechen. Die im Beweisantragsrecht des Angeklagten zum Ausdruck kommende Konzeption der kontradiktorisch-instruktorischen Beweispräsentation⁴⁰ ist einer rein inquisitorischen Herangehensweise in ihrer Geeignetheit zur Aufklärung des Tatvorwurfs überlegen, weshalb sie besonders schützenswert ist.⁴¹

³⁶ Stellungnahme Nr. 2/2019 des Gesetzgebungsausschusses des Deutsche Strafverteidiger e.V. zu den Ausführungen „Eckpunkte zur Modernisierung des Strafverfahrens“ der Bundesregierung aus Mai 2019, S. 10.

³⁷ Dallmeyer, in: *Alsberg* (Begr.), *Der Beweisantrag im Strafprozess*, 7. Aufl. 2019, Rn. 37 ff.

³⁸ Deckers, *Der strafprozessuale Beweisantrag*, 2. Aufl. 2007, S. 7.

³⁹ Habetha, *StV* 2011, 239, 241.

⁴⁰ Eser (o. Fn. 9), S. 27.

⁴¹ So plädiert Eser (a.a.O., S. 28) dafür, „von allen Vorbehalten, die gegen das adversatorische System sprechen mögen, jedenfalls die kontradiktorische Beweispräsentation durch die Parteien nicht infrage“ zu stellen.

Hierfür lässt sich einerseits das (traditionell mit dem adversatorischen Verfahrensmodell assoziierte) Verständnis von Wahrheit als formalisiertes, soziales Konstrukt anführen. Wenn man etwa auf der Grundlage der „Konvergenzhypothese“⁴² davon ausgeht, dass die Annäherung an die Wahrheit eine Konvergenz intersubjektiv unterschiedlicher Sichtweisen auf einen Gegenstand erfordert, muss auch die – beweisgestützte – Sicht der/des Angeklagten Berücksichtigung finden. In ähnlicher Weise verlangt es die „Konsensustheorie“⁴³, nach welcher Wahrheit im Diskursverfahren durch Übereinstimmung aller Beteiligten hergestellt wird, dass die/der Angeklagte an dem Diskurs teilhat.

Aber auch unter Zugrundelegung eines ontologischen Wahrheitsbegriffs⁴⁴ sprechen jedenfalls wahrnehmungpsychologische Gründe dafür, dass das Beweisantragsrecht der wirkungsvollen Rekonstruktion des wahren Geschehens zuträglich ist. Die kognitionswissenschaftliche Forschung der letzten Jahrzehnte hat eindrucksvoll herausgearbeitet, wie anfällig die menschliche Entscheidungsfindung für kognitive Verzerrungen ist.⁴⁵ Im Fall des Strafverfahrens, wo komplexe und oft widersprüchliche Informationen verarbeitet werden müssen, steht vor dem Hintergrund von nachgewiesenen Selektionseffekten bei der Informationswahrnehmung und -suche, welche auf die Vermeidung „kognitiver Dissonanz“ zurückgeführt werden, die Unvoreingenommenheit des erkennenden Gerichts zu besorgen. Bedingt durch die Struktur des Strafverfahrens treten Richter*innen dem/der Angeklagten im Hauptverfahren mit einem Vorstellungsbild von der Tat gegenüber, das zunächst exklusiv auf der Lektüre der i.d.R. wesentlich durch die Staatsanwaltschaft geprägten Ermittlungsakten beruht, und das durch den die Verurteilung des/der Angeklagten für wahrscheinlich erklärenden Eröffnungsbeschluss dokumentiert wird.⁴⁶ Hier besteht die Gefahr, dass, sobald die so gebildete Hypothese einmal „in das Selbst aufgenommen wurde“,⁴⁷ in der Folge dieser widersprechende Informationen systematisch unterschätzt werden und bevorzugt nach bestätigenden Informationen gesucht wird. Die Existenz dieser unterbewussten Selektionseffekte unterstreicht die Wichtigkeit, als Angeklagte/r „Wahrnehmungsfixierungen des Gerichts aufzubrechen“⁴⁸ und damit eine vorzeitige Festlegung auf einen bestimmten Tatablauf verhindern zu können.

2. Begriffsbestimmung, Kodifizierung des Konnexitätserfordernisses

Gegen eine gesetzliche Bestimmung des Begriffs des Beweisantrags ist prinzipiell nichts einzuwenden. Dass hierbei jedoch auch das von der Rechtsprechung entwickelte Kriterium der „Konnexität“ zwischen Beweismittel und Beweisbehauptung kodifiziert werden soll, ist kritisch zu sehen. Das Konnexitätskriterium, das ursprünglich lediglich die erforderliche Konkretisierung der Beweisbehauptung umschrieb (jetzt: „Konnexität im engeren Sinne“)⁴⁹, hat erstmals der 3. Strafsenat des BGH als konstitutives Merkmal des Beweisantrags bezeichnet („Konnexität im weiteren Sinne“).⁵⁰ Schon die Tatsache, dass eben jener Senat in seiner jüngeren Rechtsprechung offengelassen hat, ob an dem Kriterium festzuhalten sei,⁵¹ lässt die Begründung im RefE fragwürdig erscheinen, mit dem § 244 Abs. 3 S. 1 StPO-E werde „die Rechtsprechung zur sogenannten ‚Konnexität‘ ins Gesetz übernommen“.

⁴² Kaufmann, Gedanken zur Überwindung des rechtsphilosophischen Relativismus, in: ders. (Hrsg.), Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges, 2. Aufl. 1984, 51 ff.; Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 22 ff.

⁴³ Habermas, in: Fahrenbach (Hrsg.), Wirklichkeit und Reflexion, Festschrift für Walter Schulz, 1974, S. 211; Schmidt, JuS 1973, 219; Hamm/Pauly (o. Fn. 42), Rn. 25 ff.

⁴⁴ Vgl. Weißlau (o. Fn. 10), 561.

⁴⁵ Vgl. etwa für einen Überblick über im justiziellen Kontext nachgewiesene Entscheidungsheuristiken Guthrie/Rachlinski/Wistrich, Cornell Law Review 86 (2001), 777 ff.

⁴⁶ Habetha (o. Fn. 39), 241.

⁴⁷ Schünemann, StV 2000, 160.

⁴⁸ Dallmeyer (o. Fn. 37), Rn. 133

⁴⁹ Trüg/Habetha, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, 1. Aufl. 2016, § 244 Rn. 134; Habetha (o. Fn. 39), 240.

⁵⁰ BGHSt 43 321, 329 ff. m. Anm. Schlüchter/Duttge, NStZ 1998, 618.

⁵¹ BGH 1 StR 379/13 = StV 2014, 257 = NStZ 2014, 282; 3 StR 181/08 = NStZ 2009, 171.

Zweck des Konnexitätskriteriums ist es, „Beweisanträge abzuwehren, bei denen fraglich ist, ob das Beweismittel etwas zur Aufklärung der Beweistatsache beitragen kann“, und damit die Verhinderung unergiebiger Beweiserhebungen.⁵² Insoweit weist es inhaltliche Parallelen zu der hoch problematischen Rechtsfigur des Beweisantrags „ins Blaue hinein“ oder „aufs Geratewohl“ auf und scheint sich in der Praxis als deren „funktionales Äquivalent“ etabliert zu haben.⁵³ Dem legitimen Zweck der Prozessökonomie steht dabei die aufgrund mangelhafter Konnexitätsdarlegung unterbliebene Beweiserhebung als potentielle Fehlerquelle gegenüber.⁵⁴

Die Anforderungen an die Substantiierung der Konnexität des Beweismittels sind, nicht nur vor dem Hintergrund der uneinheitlichen Rechtsprechung, nicht trennscharf zu ziehen. Sie stehen auch im Widerspruch zur Spruchpraxis des BGH, wonach die Verteidigung auch solche Beweisanträge stellen darf, die lediglich vermutete Beweistatsachen zum Gegenstand haben.⁵⁵ Auch der von der Rechtsprechung vorgesehene „Evidenzvorbehalt“ (Ausführungen zur Konnexität sind nur erforderlich, „sofern sich dies nicht von selbst versteht“)⁵⁶ führt zur uneinheitlichen Handhabung des Kriteriums in der Praxis und zu erheblicher Unsicherheit für den Antragsteller. Diese Problematiken würden durch die Kodifizierung der Konnexität verfestigt werden.

Das Erfordernis der Konnexität steht zudem in einem Spannungsverhältnis zum Verbot der Beweisantizipation, insoweit vom Antragsteller gefordert wird, es dem Gericht zu ermöglichen, im Rahmen einer vorweggenommenen Plausibilitätsbeurteilung den Ablehnungsgrund der Ungeeignetheit zu prüfen.⁵⁷ Dies gilt umso mehr für die vom 5. Strafsenat aufgestellten Anforderungen,⁵⁸ wonach die Darlegung des Konnexitätskriteriums auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses zu erfolgen habe, denn dieses sogenannte qualifizierte Konnexitätserfordernis⁵⁹ umfasst eine vorläufige Würdigung der erhobenen Beweise.⁶⁰ Die Plausibilitätsbeurteilung des Beweisbegehrens wird damit von der Prüfung der Ablehnungsgründe „auf eine andere Prüfungsebene vorverlagert“.⁶¹ Es ist abzulehnen, die Konnexität gesetzlich zum konstitutiven Teil des Beweisantrags zu erheben, jedenfalls soweit diese auf eine umfassende „Vorprüfung“ hinausliefe.

Statt der bloßen Aufnahme des Konnexitätskriteriums in die Legaldefinition des Beweisantrags auf der Grundlage der dieses Kriterium betreffenden uneinheitlichen und problembehafteten Rechtsprechung sollte, wie von *Dallmeyer* vorgeschlagen, gesetzgeberisch angestrebt werden, praktische Konkordanz zwischen den in diesem Kontext widerstreitenden Interessen herzustellen.⁶² Hierzu sollte, um den Verdacht der Beweisantizipation aus dem Weg zu räumen, in § 244 StPO klargestellt werden, dass mit der Konnexität lediglich eine „Grundplausibilität“ des Beweismittels darzulegen ist, dass es mit anderen Worten genügen soll, „wenn für das Gericht irgendein Anhaltspunkt dafür erkennbar ist, dass das Beweismittel zur Klärung der Beweistatsache beitragen kann“⁶³. Darüber hinaus ist dem Gericht eine Hinweispflicht darüber aufzuerlegen, dass ihm für die Erfüllung des Konnexitätserfordernisses Darlegungen vom Antragsteller fehlen.⁶⁴ Diese beiden Maßnahmen würden sowohl die strukturellen Defizite der der-

⁵² *Dallmeyer* (o. Fn. 37), Rn. 127, Rn. 133.

⁵³ *Dallmeyer* a.a.O.; *Becker*, in: *Löwe/Rosenberg* (Begr.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6, 27. Aufl. 2020, Rn. 113; *Trüg/Habetha* (o. Fn. 49), Rn. 138.

⁵⁴ *Dallmeyer* (o. Fn. 37), Rn. 133.

⁵⁵ *Trüg/Habetha* (o. Fn. 49), Rn. 128

⁵⁶ *Hamm/Pauly* (o. Fn. 42), Rn. 203.

⁵⁷ *Trüg/Habetha* (o. Fn. 49), Rn. 137; krit. *Dallmeyer* (o. Fn. 37), Rn. 131.

⁵⁸ BGH 5 StR 38/08 = BGHSt 52, 284 = NSTZ 2009, 49.

⁵⁹ *Jahn*, StV 2009, 663, 664; *Dallmeyer* (o. Fn. 37), Rn. 129.

⁶⁰ *Hamm/Pauly* (o. Fn. 42), Rn. 211.

⁶¹ A.a.O.

⁶² *Dallmeyer* (o. Fn. 37), Rn. 133 ff.

⁶³ A.a.O., Rn. 139

⁶⁴ A.a.O., Rn. 144

zeitigen Konzeption beheben als auch das Fehlerpotenzial minimieren, das aus wegen zu hoher Darlegungsanforderungen unterbliebenen Beweiserhebungen resultiert – bei gleichzeitiger Erleichterung der Prüfung der Ablehnungsgründe für das Gericht.

3. Verschleppungsabsicht

Der RefE sieht des Weiteren vor, den Ablehnungsgrund der Prozessverschleppung abzuschaffen und künftig Anträge, die zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt wurden, nicht mehr als Beweisanträge zu behandeln. Gleichzeitig sollen die Anforderungen an die Prozessverschleppung „in objektiver Hinsicht abgesenkt werden“. Die Entscheidung, ob Prozessverschleppungsabsicht gegeben ist, soll dabei „der Vorsitzende im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis in freier Würdigung prüfen“. Insgesamt wird die Würdigung der Verschleppungsabsicht damit der revisionsrechtlichen Kontrolle entzogen.

Zu diesem Vorschlag ist zunächst zu bemerken, dass – genauso wie im Bereich der Richterablehnung – im Zuge des „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ im Jahr 2017 bereits eine Novelle zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung in Form der Einführung der die Ablehnung von Beweisanträgen vereinfachenden Fristsetzungsbefugnis des § 244 Abs. 6 StPO umgesetzt wurde.⁶⁵ Auch hier lässt der RefE eine Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, wieso diese tiefgreifende Reform sich nach so kurzer Zeit bereits als unzureichend herausgestellt haben sollte.

In der Sache ist der Vorschlag strikt abzulehnen, weil er dem aus den oben aufgeführten Gründen so wichtigen Beweisantragsrecht der Verteidigung völlig den Boden entzieht. Der Vorschlag, die Entscheidung, einen Antrag wegen Verschleppungsabsicht nicht als Beweisantrag zu behandeln, der revisionsrechtlichen Kontrolle zu entziehen, öffnet Tür und Tor für einen Missbrauch der Verschleppungsabsicht als „Generalklausel“ für all solche Fälle, in denen dem Gericht eine Ablehnung nach § 244 Abs. 3 StPO revisionsrechtlich zu riskant erscheint.⁶⁶ Diese Sorge gilt erst recht vor dem Hintergrund des Vorhabens, gleichzeitig die Verschleppungsabsicht vom Erfordernis der „wesentlichen“ Verfahrensverzögerung befreien zu wollen. Im Ergebnis verliert der der Verschleppungsabsicht innewohnende Vorwurf des Rechtsmissbrauchs durch die Absenkung der objektiven Anforderungen an Kontur.⁶⁷ Die als Resultat des Reformvorschlags zu befürchtende weitgehende richterlichen Dispositionsbefugnis über unliebsame Beweisbegehren ist auch vor dem Hintergrund der „strukturellen Voreingenommenheit der Tatgerichte“ kritisch zu sehen.⁶⁸ Hält ein Gericht ein bestimmtes Beweisprogramm für sinnvoll und ausreichend, werden weitergehende Beweisanträge tendenziell als störend wahrgenommen.⁶⁹ Der Entwurf erleichtert es den Tatgerichten aufgrund der Weite des Begriffs des Rechtsmissbrauchs, derart programmwidrige Ausdehnungen des Beweisstoffs – vorwiegend zulasten der Verteidigung – abzuwehren.

Schließlich verletzt das Vorhaben auch den Grundsatz des Verbots der Beweisantizipation. Soweit es für die Verschleppungsabsicht darauf ankommt, dass die Beweiserhebung nach Überzeugung des Gerichts nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, erfordert dies zwingend eine umfassende Beweisantizipation.⁷⁰ Insofern stellt der bisherige Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht eine Ausnahme vom Verbot der Beweisantizipation dar, welche durch seine „singuläre Stellung ... innerhalb der Systematik“ von § 244 Abs. 3 S. 2 StPO untermauert wird.⁷¹ Wenn jedoch die (abwesende) Verschleppungsabsicht auf die konstitutive Ebene des Beweisantrags vorverlagert werden soll,

⁶⁵ Conen/Pollähne/von Schlieffen/Uwer (o. Fn. 1), S. 7.

⁶⁶ A.a.O.

⁶⁷ Stellungnahme Nr. 2/2019 des Gesetzgebungsausschusses des Deutsche Strafverteidiger e.V. zu den Ausführungen „Eckpunkte zur Modernisierung des Strafverfahrens“ der Bundesregierung aus Mai 2019, S. 19.

⁶⁸ Trüg/Habetha (o. Fn. 49), Rn. 320.

⁶⁹ Stellungnahme Nr. 2/2019 des Gesetzgebungsausschusses des Deutsche Strafverteidiger e.V. zu den Ausführungen „Eckpunkte zur Modernisierung des Strafverfahrens“ der Bundesregierung aus Mai 2019, S. 18.

⁷⁰ Trüg/Habetha (o. Fn. 49), Rn. 322.

⁷¹ Trüg/Habetha (o. Fn. 49), Rn. 317.

macht es die Beweisantizipation bei der Prüfung jedes Beweisbegehrens zum Regelfall, weil diese bereits für die Feststellung erforderlich ist, dass überhaupt ein Beweisantrag vorliegt. Zudem wird gerade die damit verbundene Beweisantizipation der revisionsrechtlichen Kontrolle entzogen, was mit der Funktion des Beweisantragsrecht nicht vereinbar ist.

IV. Eckpunkt 5: „Vorabentscheidungsverfahren für Besetzungsrügen“

Mit Art. 1 Nr. 11 (Punkt 5 des Eckpunktepapiers) wird ein Vorabentscheidungsverfahren für die Besetzungsrüge eingeführt. Die Hauptverhandlung soll damit vom „Damoklesschwert“ der Aufhebung wegen fehlerhafter Besetzung befreit werden, unter der sie stehe, weil die Besetzungsrüge bisher bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache statthaft ist. Gleichzeitig soll die Zahl der wegen vorschriftswidriger Besetzung aufgehobener Verfahren reduziert und das Strafverfahren von Verfahrensverzögerungen entlastet werden.⁷²

Auch mit diesem Vorschlag soll ein zentrales Verfahrensrecht der Verteidigung beschnitten werden. Es ist nicht ersichtlich, warum gerade die Überprüfung, ob das verfassungsrechtlich in Art. 101 GG gesicherte Recht auf den gesetzlichen Richter gewahrt ist, revisionsrechtlicher Kontrolle entzogen werden soll. Durch den Vorschlag, die bisherige revisionsgerichtliche Zuständigkeit des BGH durch eine Zuständigkeit der Oberlandesgerichte bei erstinstanzlicher Zuständigkeit des Landgerichts gemäß § 121 Abs. 1 Nr. 4 GVG-E zu ersetzen, wird zudem bewusst eine Rechtszersplitterung „bei der Maßstabbildung und Durchsetzung des gesetzlichen Richters“ in Kauf genommen.⁷³

Es ist aber auch schon zweifelhaft, dass der Vorschlag zur Erreichung der ausweislich der Begründung verfolgten Ziele praktisch in der Lage ist. Gegen einen von dem Vorschlag ausgehenden wesentlichen Entlastungseffekt für die Justiz spricht zunächst, dass Besetzungsrügen nur in einem geringen Teil aller Strafverfahren angebracht werden.⁷⁴ Dass das Vorabentscheidungsverfahren eine wesentliche Reduktion der Zahl der wegen fehlerhafter Besetzung aufgehobener Urteile zur Folge hätte, scheint auch vor dem Hintergrund fraglich, dass von der geringen Zahl der in der Revision erhobenen Besetzungsrügen in der Praxis nur ein verschwindend kleiner Anteil erfolgreich ist.⁷⁵ Zuletzt ist aber insbesondere auch fraglich, ob das Vorabentscheidungsverfahren geeignet wäre, die Hauptverhandlung von dem „Damoklesschwert“ der Aufhebung zu befreien. Die immer bestehende Möglichkeit einer Änderung der Gerichtsbesetzung legt es nahe, dass Besetzungsmittelungen regelmäßig erst kurz vor Beginn der Hauptverhandlung erfolgen werden, um ein mehrmaliges Durchlaufen des Vorabentscheidungsverfahrens zu verhindern und so die Ressourcen der Justiz zu schonen.⁷⁶ Eine vor diesem Hintergrund sinnvolle späte Besetzungsmittelung lässt es aber – auch mit Blick auf die hohe Arbeitsbelastung der Oberlandesgerichte und des BGH – unrealistisch erscheinen, dass das Vorabentscheidungsverfahren im Regelfall vor Beginn der Hauptverhandlung abgeschlossen können wird. Wird im Falle einer abschlägigen Beschwerde gegen die Vorabentscheidung zudem die Verfassungsbeschwerde erhoben, was in der Folge der vom RefE vorgesehen Zuständigkeitsverschiebung geradezu zum Regelfall werden könnte, kann das „Damoklesschwert“ der Aufhebung ohnehin bis zum Urteil über der Hauptverhandlung schweben.⁷⁷

⁷² Referentenentwurf, S. 29.

⁷³ Norouzi (o. Fn. 7), 291; Conen/Pollähne/von Schlieffen/Uwer (o. Fn. 1), S. 8.

⁷⁴ In der von Dölling et al. (o. Fn. 29) untersuchten Stichprobe wurden in 2 Prozent der Verfahren Besetzungsrügen erhoben.

⁷⁵ Conen/Pollähne/von Schlieffen/Uwer (o. Fn. 1), S. 8; Nack, NSTZ 1997, 153 führt eine Erfolgsquote von weniger als 1 Prozent an.

⁷⁶ Conen/Pollähne/von Schlieffen/Uwer (o. Fn. 1), S. 8

⁷⁷ Norouzi (o. Fn. 7), 291; Conen/Pollähne/von Schlieffen/Uwer (o. Fn. 1), S. 9.

Der Vorschlag der Einführung eines Vorabentscheidungsverfahrens würde im Ergebnis kaum praktische Vorteile zeitigen, dies aber für den Preis der Einschränkung eines im Strafverfahren zentralen, verfassungsrechtlichen Prinzips. Der Vorschlag ist daher abzulehnen.

V. Eckpunkt 7: „Erweiterung der DNA-Analyse“

Art. 1 Nr. 6 und 7 des RefE (Punkt 7 des Eckpunktepapiers) sieht vor, dass die zulässigen Untersuchungen von DNA-fähigem Material von unbekanntem Spurenlegern, die bislang nur das Geschlecht erfassten, um die Merkmale Augenfarbe, Haarfarbe, Hautfarbe sowie biologisches Alter erweitert werden, wenn nicht bekannt ist, von wem das Spurenmaterial stammt (sogenannte „erweiterte DNA-Analyse“). Der Reformvorschlag zielt darauf ab, „neue Ermittlungsansätze bei bislang ungeklärten Straftaten“ zu schaffen und „die Wahrheit möglichst umfassend“ zu ermitteln. Dieses Anliegen liege im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und stelle damit einen legitimen Zweck dar.

Eine „erweiterte DNA-Analyse“ kann in Einzelfällen ein sinnvolles Ermittlungsinstrument sein. Zu beachten ist, dass einerseits die Technik nicht als vollständig ausgereift angesehen werden kann. Zudem bestehen erhebliche Gefahren bei einem Einsatz des Instruments durch Ermittlungsbehörden, welche nicht spezifisch im Umgang mit einer verantwortungsbewussten Datenerhebung und Kommunikation geschult sind. Sowohl der Umgang mit den höchstpersönlichen Daten ist hochgradig sensibel wie auch die Mitteilung an die Öffentlichkeit, dass das Instrument a) überhaupt eingesetzt wird, b) gegenüber welchen Bürgern bzw. Gruppen einer Bevölkerung der Einsatz erfolgt und c) welche Ergebnisse mit ggf. d) welchen Wahrscheinlichkeiten erzielt wurden. Anders als die herkömmliche Vergleichsanalyse ist die Phänotypisierung kein objektives Beweismittel. Nicht nur die erzielten Ergebnisse sind hochgradig interpretationsbedürftig und -abhängig, sondern gleichermaßen die zugrundeliegenden Rechenmodelle. Um der Gefahr von Interpretationsfehlern vorzubeugen, bedarf es daher nicht nur sorgfältig geschulten Personals der Ermittlungsbehörden, sondern einer institutionalisierten und unabhängigen Kontrollinstanz.

1. Stellungnahme der „Wissenschaftlichen Initiative zu Erweiterten DNA-Analysen“

Der Verfasser Prof. Dr. *Momsen* ist Mitglied der „Wissenschaftlichen Initiative zu Erweiterten DNA-Analysen“ (WIE-DNA), welche eine eigene Stellungnahme⁷⁸ zu diesem Punkt abgegeben hat. Auf diese Stellungnahme wird inhaltlich Bezug genommen.

2. Legitimationsstrategien

Die Übernahme von insbesondere in den USA und in China entwickelten Technologien kann dazu führen, dass auch die dort verwendeten Legitimationsstrategien mit übernommen werden. Erwägungen des Datenschutzes müssen hinter dem Gedanken der Sicherheit zurückstehen.⁷⁹ Das zumindest ist ein verbreiteter Ansatz im US-amerikanischen Polizei- und Strafrecht. Ebenfalls bekannt aus der Realität der US-amerikanischen Polizeipraxis sind die Gefahren, die mit der Anwendung von wahrscheinlichkeitsbasierten vorbeugenden Kriminalitätsbekämpfungsmaßnahmen, wie etwa „Stop and Frisk“ oder „Data-Profilung“ verbunden sind: Stereotypisierung, Vorurteilsbelastung und daraus resultierende Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen und ihrer individuellen Mitglieder. Noch extremer ausgestaltet sind die Prozesse insofern in China.⁸⁰ Diese Bedenken gilt es auch bei der Beurteilung der sog. „erweiterten DNA-Analyse“, also der DNA-Phänotypisierung, zu berücksichtigen.

⁷⁸ <https://www.wie-dna.de/stellungnahmen/>, zuletzt abgerufen am 07.10.2019.

⁷⁹ *Weichert*, DANA 1/2018, 5 ff.

⁸⁰ *Zand*, Der Spiegel Nr. 30/21.07.2018, 76 ff.

3. Datenschutz

Seit Mai 2018 kommen mit der Datenschutzgrundverordnung (DGSVO) und einer Datenschutzrichtlinie für Polizei und Justiz (DSRI-JI) europäische Vorschriften zur Anwendung, die genetische Daten unter besonderen Schutz stellen.⁸¹ Der Grund: Genetische Daten, die vom Zeitpunkt der „Befruchtung der Eizelle bis weit nach dem Tod“ weitgehend unverändert bleiben, zeigen sehr persönliche Informationen über die Person, z. B. über psychische oder krankhafte Dispositionen. Sie können dazu verwendet werden, Menschen eindeutig zu identifizieren, indem man nur winzige Proben von Speichel, Haut, Haaren, Blut oder anderem Gewebe entnimmt, die wir fast überall unbewusst zurücklassen, zum Beispiel auf einem zurückgelassenen Bierglas. Da genetische Daten auch Aussagen über biologische Verwandte erlauben, können diese auch durch Analysen beeinflusst werden.⁸²

Die Tatsache, dass DNA-Daten Rückschlüsse auf hochsensible Merkmale erlauben, veranlasste im vergangenen Jahr den bayerischen Gesetzgeber, diesbezügliche Untersuchungen zu untersagen. Gleichzeitig offenbarte er, dass er die komplexen Mechanismen der DNA-Analyse nicht verstand. Im Gegensatz zu einem Computercode werden die charakteristischen Daten in der DNA nicht separat gespeichert. Vielmehr gibt es viele Zusammenhänge, von denen viele noch nicht ausreichend erforscht sind, insbesondere wenn die sogenannte „biogeographische Abstammung“ identifiziert werden soll.⁸³ Je aussagekräftiger dieser Befund sein sollte, desto mehr der DNA muss analysiert werden. Es kann nie ausgeschlossen werden, dass dabei Abschnitte einbezogen werden, die für die sensibelsten Dispositionen bestimmend sind.

4. Vorhersagewahrscheinlichkeiten

Bereits der bayerische Gesetzgeber wurde anscheinend 2017/18 von nicht umfassend validierten wissenschaftlichen Behauptungen geblendet. So wird weiterhin behauptet, dass aussagekräftige DNA-Tests zur Verfügung stünden, die es ermöglichen, Phänotypen und „die kontinentale Herkunft einer Person mit einer Wahrscheinlichkeit von mehr als 99,9 Prozent aus kleinsten DNA-Mengen zu bestimmen“. Die Wissenschaftler, die entsprechende Aussagen getätigt haben, haben diese Behauptungen inzwischen korrigiert bzw. kontextualisiert.⁸⁴

Die angeblichen Vorhersagewahrscheinlichkeiten sind Gegenstand aktueller Forschung. Die erreichbaren Wahrscheinlichkeitsangaben sind abhängig vom gesuchten Merkmal, der untersuchten Gruppe, der Referenzgruppe und der verwendeten Methode. Allgemeine forensische Aussagen über die Wahrscheinlichkeit von DNA-Merkmalen sind nicht möglich; eine Beurteilung im Einzelfall ist erforderlich.

Die Vorhersage seltener Merkmale ist in der Regel aufgrund fehlender Referenzdaten ungenau. Da die Fokussierung auf eine kleinere Gruppe jedoch ähnlich wie für Sicherheitszwecke auch für die nach einer Zielrichtung suchende Strafverfolgung besonders nützlich erscheint, führt die phänotypisierende DNA-Analyseverfahren zu einem erhöhten (doppelten) Risiko der Diskriminierung gegenüber Personengruppen mit seltenen Merkmalen.⁸⁵

⁸¹ Art. 4 Nr. 13, Art. 9 DSGVO, Art. 3 Nr. 12, Art. 10 DSRI-JI.

⁸² Weichert, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 13 DS-GVO, Rn. 5.

⁸³ Näher bereits Momsen, freispruch 11/2017, 20 f.

⁸⁴ Ausführliche Dokumentation auf der Website der interdisziplinären und internationalen WIE-DNA-Initiative: <https://www.wie-dna.de/>; zuletzt abgerufen am 07.10.2019.

⁸⁵ Ausf. bereits Momsen (o. Fn. 83) sowie die weiteren Beiträge im Heft 11/2017.

5. Stereotypisierende Wahrnehmungsfehler

Die Maßnahme wird auch im RefE in der Sache dadurch gerechtfertigt, dass es sich bei der Phänotypisierung nur um äußerlich sichtbare Merkmale handele. Beobachtungen also, die auch Zeug*innen machen und im Rahmen einer Aussage wiedergeben könnten. Es ist aber einerseits gleichwohl unrichtig, daraus den Schluss zu ziehen, dass das, was von jedem gesehen werden kann, keine sensiblen Informationen enthalten kann. Die Haarfarbe ist andererseits oft vom Alter abhängig und leicht veränderbar. Zum Erfassen der Farbe der Augen muss man genau hinsehen. Das äußerliche Erkennen des „biologischen Alters“ tendiert zum Ratespiel. Dies gilt erst recht, wenn in einem nächsten Schritt auch die Analyse der „biogeographischen Abstammung“ also der „kontinentalen Herkunft oder Abstammung“ hinzukommen sollte. Deren Feststellung basiert auf der Annahme, dass „biogeographische Abstammung“ „Ethnizität“ ist und mit definierten äußeren Merkmalen assoziiert werden könne. Dies ist nicht nur fehleranfällig, sondern auch voreingenommen. Eine solche Identifikation von „Ausländern“ knüpft an dunkle Zeiten in der deutschen Geschichte an und befördert eher Vorurteile als Erkenntnisse für Sicherheitsbehörden.⁸⁶

Zudem wird damit Tür und Tor geöffnet für eine Verwendung der Ergebnisse, welche durch sogenannte „stereotyped biases“ verfälscht wird. Verkürzt gesagt hat der Interpret der Ergebnisse dabei eine bestimmte Vorstellung davon, wie ein Täter einer konkreten Tat aussieht, also einen Erwartungshorizont, der durch Angst und Vorurteile geprägt sein kann. Die Ergebnisse werden dann ohne ausreichende Schulung und Selbstreflexion leicht „passend“ interpretiert und die Ermittlungen so gelenkt. An derartigen Wahrnehmungsfehlern knüpft die Fehlurteilsforschung an.⁸⁷

6. Grenzen zur präventiv-polizeilichen Gefahrenabwehr

Der Entwurf baut auf die DNA-Phänotypisierung, um insbesondere solche Ermittlungen voranzubringen, bei denen ein konkreter personaler Tatverdacht mit anderen Beweismitteln nicht begründet werden kann. Die forensische Wissenschaft zur DNA-Phänotypisierung kann dies (derzeit noch) nicht leisten. Wird z. B. eine DNA-Spur auf einem Sprengstoff in einer Datenbank gefunden, ist es möglich, eine Person zu identifizieren, die in Kontakt mit dem Stoff gekommen sein kann. Dies erfordert keine Phänotypisierung. Die einzig mögliche Aussage wäre, dass die Verdächtigen oder Personen aus ihrer Umgebung bestimmte äußere Merkmale aufweisen. Nur unter perfekten Bedingungen kann evtl. bei längerfristigen strafrechtlichen Ermittlungen ein positiver Fokussierungseffekt eintreten, z. B. indem die Zahl der Verdächtigen durch solche Wahrscheinlichkeitsinformationen reduziert wird. Ganz offensichtlich nähern sich in diesem Fall die Kriterien der Strafverfolgung stark einer Gefahrenprognose an. Dadurch entsteht die Gefahr, dass beim Einsatz derselben Maßnahme zur Verfolgung von Straftaten ohne Verdacht gegen eine konkrete Person die Grenzen zur präventiv-polizeilichen Gefahrenabwehr verwischt werden. Diese Grenzziehung ist Ergebnis historischer Erfahrungen sowie eines gefestigten Verfassungsverständnisses. Für eine Beschränkung auf Zwecke der Strafverfolgung ist bei derartigen doppel funktionellen Maßnahmen Sorge zu tragen.

⁸⁶ Ebenso *Weichert*, DuD 2018, 358 ff.

⁸⁷ Näher *Momsen*, Die Renaissance des Polygraphen? Wie effektiv lassen sich amerikanische Verteidigungsstrategien im deutschen Strafverfahren nutzen? KriPoZ 2018, 142 ff.; *ders.* Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment. Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle“ als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur? KriPoZ 2018, 76 ff.; *Momsen/Washington*, Verständigungsversuche, informelle Beweiswürdigung, informelle Verwertungsverbote, in: *Stein/Greco/Jäger/Wolter* (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018, Berlin 2018, S. 593 ff. sowie *Momsen/Washington*, Wahrnehmungsverzerrungen im Strafprozess - die Beweisprüfung im Zwischenverfahren der StPO und US-amerikanische Alternativen, in: *Goeckenjan/Puschke/Singelstein* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg, Berlin 2019, S. 453 ff.

7. Manipulationsgefahr

Die Eignung der Maßnahme wird dadurch eingeschränkt, dass äußere Merkmale gezielt manipuliert werden können (z. B. Haarfärbung, gefärbte Kontaktlinsen). Wenn es eine Eignung für strafrechtliche Ermittlungen gibt, dann geht diese jedenfalls kaum über die von Zeugenaussagen hinaus. Die öffentliche Kommunikation von genetisch bedingten wahrscheinlichen Phänotypen zu Ermittlungszwecken birgt die Gefahr falscher Angaben und damit die Gefahr der Fehlleitung von Ermittlungen sowie die Gefahr der sozialen Diskriminierung insbesondere für Angehörige von Minderheiten. Zudem besteht die Gefahr einer vorurteilsgesteuerten Interpretation mehrdeutiger Analyseergebnisse, so genannter „kognitiver Dissonanzen“. Diese sind, wie erwähnt, einer der zentralen Faktoren für fehlgeleitete Ermittlungen und Fehlurteilungen. Das Desaster um das „Phantom von Heilbronn“ ist hierfür ein besonders beredtes Beispiel.⁸⁸ Besonders wichtig ist es daher, das Ergebnis der Phänotypisierung, mag es auch mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit für seine Richtigkeit ausgestattet sein, nicht als Beweismittel mit einem vergleichbaren objektiven Aussagegehalt zu begreifen wie die bisherige DNA-Vergleichsanalyse. Vor diesem Hintergrund sollte zumindest mittelfristig lediglich eine Altersbestimmung für Strafverfolgungszwecke ermöglicht werden.

8. Unabhängige Kontrolle

Aus Gründen des Schutzes personenbezogener Daten sollte die DNA-Phänotypisierung in Strafverfahren nur in Ausnahmefällen von Kapitalverbrechen zugelassen werden. Sie kann nur als letztes Mittel genehmigt werden, wenn keine anderen Untersuchungsansätze Erfolg versprechen. Und sie erfordert hohe Informationsstandards über potenzielle Risiken und ein hohes Verantwortungsbewusstsein. Gerade wenn bestimmte Bevölkerungsgruppen aufgrund äußerer Merkmale oder ihrer Herkunft ohne konkreten Verdacht in den Fokus der Untersuchungen geraten können, müssen die vielfältigen Fehlerquellen genau analysiert und berücksichtigt werden. Probleme mit unzureichenden oder gemischten Spuren sind bekannt. Studien im Zusammenhang mit der viel weiter fortgeschrittenen Fehlerurteilsforschung in den USA zeigen, dass es in den hier diskutierten komplexen Analysen exponentiell mehr Gründe für fehlerhafte Ergebnisse und Interpretationen gibt als in der herkömmlichen Analyse von Spuren. Um eine verdeckte oder gar offene Diskriminierung zu vermeiden, bedarf es eines transparenten wissenschaftlichen Verfahrens, das es ermöglicht, die Ergebnisse qualifiziert rechtsstaatlich in Frage zu stellen. Die Transparenz muss sich auf die Referenzdatenbanken und die verwendeten Bewertungsmethoden beziehen. Es sollte ein Zertifizierungsverfahren für die Bewertungsprozesse definiert werden. Hinzu sollten Regulierungsmechanismen kommen, die das mit diesem Untersuchungsansatz verbundene Diskriminierungspotenzial minimieren oder beseitigen. Um Fehlinterpretationen zu vermeiden, muss sichergestellt sein, dass die Ermittlungsbeamten umfassend geschult und beraten werden; die Untersuchungsergebnisse müssen deutlich und transparent zeigen, dass sie aus einer genetischen Analyse stammen und berechnete Wahrscheinlichkeitswerte angeben. Eine vorzeitige Bekanntgabe der Ermittlungsmaßnahme muss ausgeschlossen sein.

VI. Eckpunkt 9: „Qualitätsstandards für Gerichtsdolmetscher“

Art. 5 des RefE (Punkt 9 des Eckpunktepapiers) sieht die Einführung eines Gerichtsdolmetschergesetzes vor. Damit sollen „die derzeit in den Ländern unterschiedlich ausgestalteten Standards für die Beidigung von Gerichtsdolmetschern vereinheitlicht“ und „sowohl die persönlichen als auch die fachlichen Voraussetzungen eines Gerichtsdolmetschers“ festgelegt werden.⁸⁹

⁸⁸ Ausf. *Lipphardt*, freispruch 11/2017, 8.

⁸⁹ RefE, S. 2.

1. Zugang zum Recht: Sprachliche Interaktion im Kontext der Rechtspflege

Die Erhöhung und Vereinheitlichung der Standards für Gerichtsdolmetscher ist grundsätzlich zu begrüßen.

Mehrsprachigkeit ist heute aktueller denn je. Der wachsende Pluralismus unserer Gesellschaften und die zunehmende Mobilität sowohl innerhalb Europas als auch weltweit bedeuten, dass Menschen in allen Teilen der Gesellschaft mehr als eine Sprache sprechen, sei es als zweite oder sogar dritte Muttersprache oder als erworbene Fremdsprache. Gleichzeitig gibt es viele Bürger und Neuankömmlinge, welche die Amtssprache nicht oder nicht ausreichend für den täglichen Gebrauch sprechen, und schon gar nicht zu einer Interaktion mit dem Rechtssystem oder der öffentlichen Verwaltung in der Lage sind. Oft sind es die Neuankömmlinge, die am meisten auf Beratung und rechtliche Dienstleistungen angewiesen sind. Derzeit sind öffentliche Stellen nicht immer in der Lage, ausreichend qualifizierte Dolmetscher zur Verfügung zu stellen; ebenso wenig kann der Bedarf etwa durch NGOs oder andere pro-bono-Dienstleistungen, wie sie etwa vom Berliner Projekt der Beratung im Strafbefehlsverfahren⁹⁰ für bestimmte Gruppen angeboten wird, aufgefangen werden. Viele Mitarbeiter*innen dieser Einrichtungen und Organisationen sprechen zwar mehr als eine Sprache, verfügen aber nicht unbedingt über ausreichende Kenntnisse der erforderlichen Fachterminologie oder fühlen sich in dieser Sprache in einem professionellen Umfeld nicht sicher genug, um Ratschläge mit erheblicher rechtlicher Tragweite abzugeben.

Eine erfolgreiche Kommunikation im Gerichtssaal und davor kann einen erheblichen Einfluss auf das Ergebnis eines Prozesses haben. Es gibt viele Faktoren, die eine erfolgreiche Kommunikation behindern können: Nicht nur die Einbeziehung von Parteien, die eine andere Sprache sprechen, sondern auch Unterschiede in Bildung, Sozialisation oder mangelnde Kommunikationsfähigkeit der Behörden können Faktoren sein.

Erst die Überwindung sprachlicher Kommunikationsbarrieren gewährleistet den Zugang zum Recht.

2. Kommunikationsbarrieren

Die europäischen Richtlinien 2010/64, 2012/13, 2012/29, 2013/48 und 2016/343 legen nahe, Strategien und Instrumente zur Verbesserung der gedolmetschten Kommunikation in Strafsachen zu entwickeln und auch die Qualifikation von Dolmetschern zu erhöhen. Die Richtlinie 2010/64/EG hat das Recht auf die Bereitstellung von Dolmetscherdienstleistungen in Strafverfahren gestärkt.

Im rechtlichen Kontext sind Barrieren zu berücksichtigen – etwa in der Kommunikation zwischen Experten und Laien, zwischen Mitgliedern zweier verschiedener Sprachgemeinschaften oder zwischen Menschen mit unterschiedlichen kommunikativen Bedürfnissen und Fähigkeiten, z.B. wenn ein Teilnehmer älter, krank oder mit niedrigem Bildungsniveau ist, oder wenn Kinder beteiligt sind.

Darüber hinaus beinhalten nicht alle Bereiche des Strafrechts eine direkte kommunikative Interaktion. Dies ist beispielsweise beim deutschen Strafbefehlsverfahren der Fall, in dem häufig nur schriftlich und nur in deutscher Sprache kommuniziert wird. Fehlende Sprachkenntnisse bedeuten hier oft, dass es praktisch keinen Zugang zur Justiz gibt, da die Betroffenen oft nicht verstehen, worum es sich bei einem Strafbefehl handelt, welche Folgen die Nichteinhaltung von Einspruchsfristen hat, oder dass es Rechtsmittel gibt. Diese Unwissenheit führt häufig zur Inhaftierung wegen Nichtzahlung von Geldstrafen.

⁹⁰ <https://www.strafbefehlsberatung.de>, zuletzt abgerufen am 07.10.2019.

Neben der Erhöhung und Vereinheitlichung der Übersetzungsstandards ist daher genauso wichtig, den Zugang zu entsprechenden Dienstleistungen zu erleichtern. Dies gilt auch vor und außerhalb der strafgerichtlichen Hauptverhandlung. Denn erst der Zugang zur Rechtssprache stellt den Zugang zum Recht sicher.

3. Die Regelungen des Ref-E

Die im RefE getroffenen Regelungen für Qualitätsstandards erscheinen sinnvoll. Ggf. ist über Übergangsfristen für sehr seltene Idiome nachzudenken.

4. Notwendige Ergänzungen

a. Interpretation des Beweisstoffs

Die Übersetzung ist immer zugleich Interpretation. Eine wortgetreue Übersetzung ist vielfach nicht geeignet, den Sinn einer Regelung, eines Rechts oder eines Prozessverhaltens darzustellen. Die verwendeten Worte stehen im Kontext einer jeweiligen Rechtstradition. Dies ist bereits im Vergleich des Beweisrechts in deutscher und englischer Sprache der Fall, wo eine wortgetreue Übersetzung zu überwiegend missverständlichen Ergebnissen führen würde. Für andere Sprachen und Idiome gilt nichts anderes.

Funktional stehen Dolmetscher in ihrer Interpretationsleistung Sachverständigen gleich.

b. Befangenheit

Neben der sprachlichen Kompetenz ist daher entscheidend, dass keine Befangenheit vorliegt. § 6 Abs. 1 des GDolmG-E erscheint insoweit nicht ausreichend. Die Regelungen des § 74 StPO über die Befangenheit von Sachverständigen sind auf Dolmetscher zu übertragen.

Mit Blick darauf, dass die Übersetzung von Aussagen und Einlassungen ein Interpretationsakt ist, der in der Regel vom Gericht und den juristisch ausgebildeten Verfahrensbeteiligten nicht nachvollzogen werden kann, ist die Differenzierung zwischen Dolmetschern und Sprachsachverständigen nicht sinnvoll. Eine einheitliche Behandlung als Sachverständige*r ist sachgerecht. Welche Verfahrensrolle ist den Dolmetschern dann zuzuweisen? Sind sie neutrale Personen, welche lediglich vorgefundenes Beweismaterial in eine für Gericht und Öffentlichkeit verwendbare Form transferieren oder wirken sie – über die Auswahl des Beweisstoffs und sogar über eine Form vorgezogener Beweiswürdigung – parallel zu Polizei und Staatsanwaltschaft bzw. Gericht selbständig an der Strafverfolgung mit?

Da der Dolmetscher häufig aus sehr umfangreichem Aussagematerial nicht nur übersetzt, sondern gleichermaßen auch (ggf. unter Anwendung vorgegebener Referenzkriterien) das verfahrensrelevante Material herausfiltert, wirken Dolmetscher eindeutig an der Auswahl des Beweisstoffs mit. Durch diese Filterung wie auch durch die Übersetzung selbst, sei es auch nur durch den Gebrauch von Hoch- oder Vulgärsprache, erfolgt zugleich eine Würdigung des Beweismaterials auf vorrechtlicher Ebene.

Beide Vorgänge können i.d.R. durch andere Verfahrensbeteiligte nicht überprüft werden.

c. Dokumentation

Wenn Sprachsachverständige und Dolmetscher Beweise in dieser Weise eigenständig erheben bzw. selektieren und auch würdigen, findet eine partielle Auslagerung von staatlichen Strafverfolgungsaufgaben auf Private statt. Aus der Perspektive von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung wäre

eine umfassende und nachvollziehbare Dokumentation der Arbeit von Sprachsachverständigen und Dolmetschern notwendig, um ggf. nachvollziehen zu können, ob etwas zugunsten oder zulasten des Angeklagten hinzugefügt, weggelassen oder interpretiert wurde. Dies gilt erst recht aus der Perspektive der Revision. Beispielsweise im Fall umfangreicher Abhörmaßnahmen läge u.U. ein unmittelbarer Beweistransfer aus dem Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung vor, der einerseits nicht transparent erfolgt und andererseits verfahrensentscheidende Bedeutung haben kann.

d. Transparenz

Um die notwendige Transparenz herzustellen, müsste dann eine frühe Dokumentation erfolgen, zudem müssten Mitwirkungsrechte im Ermittlungsverfahren ggf. in Teilen entsprechend konzipiert werden. Auch wenn diese Konsequenzen ohnehin bedacht werden müssen, soweit ein Verfahren gar nicht erst das Stadium der Hauptverhandlung erreicht, können sie für die Hauptverhandlung dadurch entschärft werden, dass im Rahmen der gerichtlichen Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO Vorverständnis und Arbeit der Sprachsachverständigen und Dolmetscher hinterfragt werden. Die qualitätssichernden Normen des GDolmG-E leisten hier einen sinnvollen Beitrag. Notwendig wären wie dargestellt flankierende Regelungen zur Sicherung der Unbefangenheit.

e. Beweisantragsrecht

Zudem muss es den Verfahrensbeteiligten ermöglicht werden, zu überprüfen, was und wie übersetzt wurde. Anträge der Verfahrensbeteiligten auf Einsicht in die o.g. Dokumentation, aber auch in das vollständige Beweismaterial vor Übersetzung, sollten daher auch dann als Beweisanträge und nicht lediglich als Beweisermittlungsanträge behandelt werden, wenn der Verdacht einer Fehlleistung des Dolmetschers nicht konkretisiert werden kann.

Sinnvoll wäre es daher, auch die prozessualen Möglichkeiten zu schaffen, um eine Kontamination von Beweismitteln durch Dolmetscher überprüfen zu können, wo Anlass dazu besteht. Dort, wo die konkrete Vermutung besteht, dass sachfremde, ggf. private Interessen oder auch bloße Nachlässigkeit zu einer Kontamination des Beweismittels und damit zu dessen inhaltlicher Änderung geführt haben können, sind hierauf gerichtete Anträge als Beweisanträge zu behandeln. Die Ablehnungsgründe der eigenen Sachkunde des Gerichts bzw. der Bedeutungslosigkeit werden nicht, i.d.R. auch nicht mit Verweis auf eine erfolgte Vereidigung greifen können. Um den „Slippery-Slope“-Effekt⁹¹, d.h. die ggf. folgenschwere Fehlorientierung eines Ermittlungsverfahrens zu vermeiden, sollte eine frühzeitige Überprüfung im Ermittlungsverfahren, auch für die Verteidigung, ermöglicht werden. Ähnlich wie im Bereich der Metadaten digitaler Beweismittel⁹² müssten auf die Offenlegung weggelassener Passagen gerichtete Beweisanträge prinzipiell als echte Beweisanträge behandelt werden – soweit ein konkreter Anlass in der Begründung des Antrags zumindest plausibel dargelegt wird.⁹³

Prof. Dr. Carsten Momsen / Wiss. Ass. Mathis Schwarze, MSc (Oxford)

⁹¹ Vgl. <https://www.psychologicalscience.org/news/minds-business/the-slippery-slope-effect-minor-misdeeds-lead-to-major-ones.html>, zuletzt abgerufen am 07.10.2019.

⁹² Dazu näher *Momsen*, in: *Beck/Meier/Momsen* (Hrsg.), *Cybercrime und Cyberinvestigations – Neue Herausforderungen der Digitalisierung für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie*, 2015, S. 62 ff.

⁹³ Zum Ganzen ausführlich *Momsen/Rackow/Schwarze*, *NStZ* 2018, 625 ff.