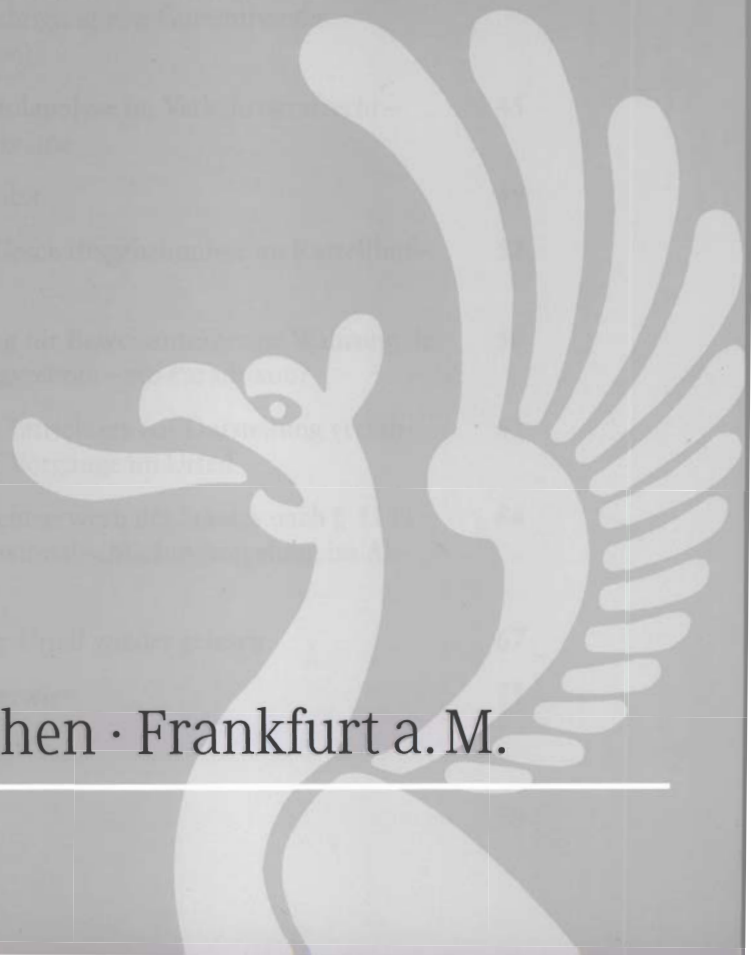


# NJW

## Festheft zum 65. Geburtstag von Ingeborg Tepperwien

Verlag C. H. Beck · München · Frankfurt a. M.

---



## Inhaltsverzeichnis

Klaus Tolksdorf	Geleitwort	3
Clemens Basdorf	Grenzen des auf § 252 StPO gestützten Verwertungsverbots	5
Hansgeorg Birkhoff	Der Protokollentwurf als Mysterium mit Tradition	7
Joachim Bornkamm	Cui malo? Wem schaden Kartelle?	9
Friedrich Dencker	Zur „Warnfunktion“ von Strafverfahren	15
Ulrich Franke	„Öffentliche Hinrichtung“ – bestimmender Strafzumessungsgrund im Sinne des § 267 III 1 StPO	19
Hans-Jürgen Gebhardt	Verjährung von Verkehrsordnungswidrigkeiten infolge fehlerhafter Zustellung von Bußgeldbescheiden	21
Matthias Jahn	Die Änderungen im Recht der Strafverteidigung durch das 2. Opferrechtsreformgesetz	25
Peter König	Zum geistigen oder körperlichen Mangel nach § 315 c I Nr. 1 lit. b StGB	28
Jürgen Kuckein/Nadine Müller	Von der Mär, dass das Revisionsgericht nicht in die Akten schauen darf	31
Kurt-Rüdiger Maatz	Wir älteren Kraftfahrer – Gedanken zur Fahrtüchtigkeit im Ruhestandsalter	34
Lutz Meyer-Goßner	Fünfzehn Dienstzimmer – Ein Richterleben	37
Norbert Mutzbauer	Verhaltensregeln auf Binnengewässern unter besonderer Berücksichtigung von Gummibooten (Schlauchbooten)	43
Kay Nehm	Die Atemalkoholanalyse im Verkehrsstrafrecht – Eine Zwischenbilanz	45
Monika Nöhre	Damals in Moabit	49
Rolf Raum	Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Kartellbußgeldverfahren	52
Helmut Satzger	Die Fristsetzung für Beweisanträge zur Wahrung des Beschleunigungsgebots – ein Paradoxon?	56
Michael Schaper	Die Pflicht des Tatrichters zur Darstellung verfahrensrechtlicher Vorgänge im Urteil	61
Wilhelm Schmidt	Der Auffangrechtserwerb des Staates nach § 111 i StPO – Die Gewinnabschöpfungsregelung im Abseits	64
Gunter Widmaier	Das Schmücker-Urteil wieder gelesen	67
Philipp Heinisch	Ingeborg Tepperwien	71

Richter am OLG Professor Dr. Matthias Jahn\*

## Die Änderungen im Recht der Strafverteidigung durch das 2. Opferrechtsreformgesetz

Der Beitrag schreibt Überlegungen in einer Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags zum 2. Opferrechtsreformgesetz fort (vgl. Rechtsausschuss-Prot. 16/142 v. 13. 5. 2009) und schildert erste Anwendungsfälle der Neuregelungen.

### I. Einführung und Widmung

Wenn *Ingeborg Tepperwien* nach beeindruckenden 18 Jahren richterlicher Tätigkeit am BGH – davon in etwa die Hälfte als Vorsitzende des 4. Strafsenats – mit Ablauf dieses Monats in den Ruhestand tritt, werden zwei in der Schlussphase der 16. Legislaturperiode verabschiedete Vorhaben bereits seit kurzem in Kraft getreten sein: Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts und das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren – 2. Opferrechtsreformgesetz (ORRG)<sup>1</sup>. Beide Novellen enthalten teilweise wichtige Modifikationen für die Praxis der Strafverteidigung, die Anlass zu Diskussionen gegeben haben und noch geben werden<sup>2</sup>; auch der BGH wird sich ihnen kaum entziehen. Da eine umfassende Untersuchung der Auswirkungen beider Vorschriftenkomplexe auf das Recht der Strafverteidigung den Rahmen sprengen würde, muss sich der Beitrag auf die zeitlich früher in Kraft getretenen Änderungen durch das 2. ORRG beschränken. Die drei Änderungen sind seit einem halben Jahr geltendes Recht. Sie betreffen die als Beistand wählbaren Personen (§ 138 StPO), die bestellbaren Rechtsanwälte (§ 142 I StPO) und den Rechtsschutz beim Recht auf Akteneinsicht (§ 147 V StPO).

Dass *Ingeborg Tepperwien* in ihrem richterlichen Amt für die Belange rechtsstaatlicher Verteidigung im deutschen Strafverfahren besonders sensibel war, ist nicht nur aus der Sprechpraxis „ihres“ Senats<sup>3</sup>, sondern bereits aus ihrer Zeit als Jugendkammervorsitzende am LG Berlin bekannt. In diese fällt der vierte – und nach der Aufsehen erregenden, auch heute noch lesenswerten Verfahrenseinstellung<sup>4</sup> auch der letzte – Durchgang im Fememordverfahren *Schmücker*, das sich als längster Strafprozess tief in die Geschichte der Bundesrepublik Deutschland eingeschrieben hat. Nach den Erkenntnissen der Kammer hatte während der Ermittlungen und in den drei vorangegangenen Hauptverhandlungen der Verfassungsschutz, aber auch Justizangehörige, Akten und Beweismittel detart manipuliert, sowie fundamentale Grundsätze des Rechtsstaates – unter anderem durch Ausspähung der Verteidigungsstrategie – in einem solchen Ausmaß verletzt, dass jeder weitere Versuch zur Ermittlung der Wahrheit sinnlos geworden war.

### II. Das Recht der Strafverteidigung nach dem 2. ORRG

#### 1. Strafverteidigung, Opferrechte und Waffengleichheit

Die damaligen Koalitionsfraktionen<sup>5</sup> sowie die Bundesregierung<sup>6</sup> brachten im Frühjahr 2009 inhaltsgleiche Entwürfe eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren mit dem Ziel ein, jene Reform noch in der laufenden Legislaturperiode verabschieden zu

können. In seiner 860. Sitzung vom 10. 7. 2009 beschloss der Bundesrat entsprechend der Empfehlung seines Rechtsausschusses, zu dem vom Deutschen Bundestag eine Woche zuvor verabschiedeten Gesetz keinen Antrag auf Einberufung des Vermittlungsausschusses nach Art. 77 II GG zu stellen. Zumindest das Ziel eines zeitnahen Inkrafttretens des Gesetzes konnte so erreicht werden. Der Entwurf zum 2. ORRG verfolgt ausweislich seiner Begründung das inhaltliche Anliegen, die seit 1986 stetig erweiterten Rechte der Opfer und Zeugen von Straftaten nochmals auszubauen<sup>7</sup>. Darüber hinaus soll bereits bestehenden Rechten zur besseren Durchsetzung verholfen werden<sup>8</sup>. Schwerpunkte des 2. ORRG sind daher die (nochmalige) Erweiterung des Kreises der Nebenklageberechtigten und die Erweiterung und Vereinfachung der Möglichkeiten zur Bestellung eines Opferanwalts. Dazu tritt die gesetzliche Anerkennung des Zeugenbeistandes.

Zwei der hier vorzustellenden Änderungen im Recht der Strafverteidigung sind mit diesen Primärzielen nur lose verknüpft. Während die Klarstellung zum Kreis möglicher Verletztenbeistände in § 138 StPO noch im Zusammenhang der sonstigen Änderungen beim Verletztenbeistand – insbesondere § 406 f I 2 StPO<sup>9</sup> – steht, sind die Änderungen bei den §§ 142, 147 StPO nur im Kontext des Bedürfnisses nach

\* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht und Leiter der Forschungsstelle für Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS) an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg sowie Richter am OLG Nürnberg (2. Strafsenat). Meiner früheren Mitarbeiterin, Frau Richterin Dr. Dana Reichart, bin ich für weiter führende Diskussionen dankbar.

- Das 2. ORRG trat ausweislich seines Art. 8 bereits am 1. 10. 2009 in Kraft (BGBl I 2009, 2285), das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts (BGBl I 2009, 2279) nach Art. 8 I mit etwas praxisfreundlicherer Übergangsfrist am 1. 1. 2010.
- S. insb. zur Verfassungsmäßigkeit von § 68 b StPG i. d. F. des 2. ORRG *Matt/Dierlamm/Schmidt*, StV 2009, 715 (718); *Burhoff*, StRR 2009, 364 (366 f.) sowie allg. *Barton*, JA 2009, 753 (757 ff.); *Bung*, StV 2009, 430; *Brümann*, ZRP 2009, 212 (214); *K. Schroth*, NJW 2009, 2916 (2918 f.).
- Unlängst etwa zur qualifizierten Belehrung des Beschuldigten *BGHSt* 53, 112 (115 Rdnrn. 12 ff.) m. Anm. *Roxin*, HRRS 2009, 186, obgleich nicht mit allen gebotenen Konsequenzen für die Beweisverwertung (näher *Jahn*, JuS 2009, 468 [470]).
- LG Berlin*, StV 1991, 371 (387 f., 395) m. Anm. *Häußler*, Ausf. dazu *Scheffler*, JZ 1992, 331. Die Entscheidung ist im Volltext über die Homepage [www.strafverteidiger-stv.de](http://www.strafverteidiger-stv.de) abrufbar, siehe auch den Beitrag von Widmaier in diesem Sonderheft.
- GE der Fraktionen von CDU/CSU und SPD, BT-Dr. 16/12 098 v. 3. 3. 2009.
- BR-Dr 178/09 v. 20. 2. 2009. BT-Dr 16/12 812 enthält als Anl. 4 auch die Gegenäußerung der BR.
- Zur jüngeren Geschichte des Opferschutzgedankens im Strafverfahren zusf. *Köhne*, in: *Löwel/Roseberg*, StPG, 26. Aufl. (2006), Einl. F Rdnr. 125; *Köhler*, in: *MATF* Strafverteidigung, (Hrsg.) *Widmaier*, 2006, § 53 Rdnrn. 3 ff.
- BT-D 16/12 098, S. 1. Materisch überhöht heißt es an anderer Stelle (BT-Dr 16/12 098, S. 2), dem Opfer- und Zeugenschutz solle „die ihm gebührende Achtung zukommen“. Zum Ganzen – mit zutr. kritischen Akzenten – *Hilger*, GA 2009, 657 (661).
- § 406 f I 2 StPO n. F. entspricht im Grundsatz zwar dem bisher geltenden Recht, dehnt aber die Anwesenheitsbefugnis des Rechtsanwalts des Verletzten analog zu der Neuregelung des für den Zeugenbeistand geltenden § 68 b I StPG nunmehr auch auf die polizeiliche Vernehmung aus, vgl. *Weiser*, in: *BeckOK-StPO*, Stand: 1. 10. 2009, § 406 f Rdnr. 2.

Herstellung von Waffengleichheit zwischen dem Verletzten und dem Beschuldigten erklärbar. So wichtig das Anliegen ist, Verletzte von Straftaten bei der Aufarbeitung des Erlebten in materieller und seelischer Hinsicht zu unterstützen und sie im Falle ihrer Heranziehung als Zeugen vor erneuten Traumatisierungen zu schützen, so wenig darf die Berücksichtigung dieser Interessen in einem Ausmaß zu Lasten der Rechtsstellung des Beschuldigten gehen, dass der Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren Schaden nimmt. Dieses Gebot ist als eine der Unterausprägungen des fair trial – Prinzips anerkannt<sup>10</sup>. Der Strafprozessordnung ist dieser Gedanke in vielen Einzelbestimmungen immanent. So will § 147 StPO etwa die „Parität des Wissens“ zwischen Anklage und Gericht einerseits, sowie der Verteidigung andererseits, sichern<sup>11</sup>. Bei besonderen Verfahrenslagen muss das Gericht darüber hinaus ins Gewicht fallende Ungleichheiten, welche die Chancengleichheit zwischen den Verfahrensbeteiligten de facto beseitigen, durch geeignete Maßnahmen ausgleichen. Dazu kann etwa die Bestellung eines Verteidigers im Falle eines Autonomiedefizits des Beschuldigten gehören (§ 140 StPO)<sup>12</sup>. Im Ganzen muss also die Subjektstellung des Beschuldigten und sein Recht auf Verteidigung in einem verfahrensrechtlichen Aktionsrahmen von Wechselseitigkeit und Partizipation gehalten werden<sup>13</sup>. Damit ist, im Einklang mit dem gesetzgeberischen Ziel der Schaffung eines kalkulierten Gegengewichts zu den erweiterten Opferrechten, die teleologische Maxime der Auslegung der §§ 142, 147 StPO formuliert. Soweit innerhalb der Wortlautgrenze der Vorschriften Auslegungsspielräume verbleiben, sind die Verteidigungsrechte im Sinne der Herstellung von Waffengleichheit im Zweifel erweiternd zu interpretieren.

## 2. Zu den einzelnen Vorschriften

a) § 138 II, III StPO – Klarstellung zum Personenkreis möglicher Beistände und die erste Anwendung der Regelung im Dresdner Marwa-Verfahren. Der Beschuldigte im deutschen Strafprozess kann sich nach § 138 StPO im Strafverfahren nicht nur durch Rechtsanwälte oder bestimmte Rechtslehrer an Hochschulen verteidigen lassen, sondern unter den Voraussetzungen des § 138 II StPO auch durch andere Personen. Auch diese Regelung wurde durch das 2. ORRG sprachlich neu gefasst, blieb aber inhaltlich unverändert<sup>14</sup>. Der Kreis der nach § 138 II StPO wählbaren Personen ist also nach wie vor nicht beschränkt<sup>15</sup>. Die gesetzliche Klarstellung im neuen Absatz 3 der Vorschrift, nach der die in § 138 I, II StPO vorgesehenen Wahlmöglichkeiten auch Zeugen (§ 68 b StPO), Privat- und Nebenklägern (§§ 378, 397 a StPO), den Nebenklagebefugten (§ 406 g StPO) und sonstigen Verletzten (§ 406 f StPO) zustehen soll, ist deshalb konsequent. Sie entspricht – hier in die andere Richtung – dem Prinzip der Waffengleichheit und zudem einer im Schrifttum<sup>16</sup> bereits auf der Grundlage des Rechtszustandes bis zum 1. 10. 2009 vertretenen Auffassung. In der Praxis wurde § 138 III StPO in dem Aufsehen erregenden Verfahren um die Tötung der ägyptischen Staatsbürgerin *Marwa el-Sherbini* während einer Gerichtsverhandlung in der sächsischen Landeshauptstadt umgehend genutzt. Im Strafverfahren vor dem Dresdner Schwurgericht plädierte u. a. der Präsident der ägyptischen Anwaltskammer als gewählter Vertreter der Nebenklage<sup>17</sup>. Dass ein weiterer Schlussvortrag sogar in arabischer Sprache vorgetragen wurde, erscheint wegen § 184 GVG („Die Gerichtssprache ist deutsch“) zunächst ungewöhnlich, ist aber mit Blick auf die spezielle Regelung in § 185 I GVG konsequent und nicht nur den besonderen Umständen dieses Falles und dem Interesse der – internationalen und insbesondere arabischer –

Medienöffentlichkeit geschuldet<sup>18</sup>. Man wird sich auf Anträge, Prozessklärungen und Schlussvorträge in einer Fremdsprache in deutschen Gerichtssälen einzurichten haben.

Im Ganzen ist die Neuregelung überzeugend. Die im Gesetzgebungsverfahren vom Bundesrat<sup>19</sup> geltend gemachten Bedenken gingen von unzutreffenden Voraussetzungen aus. Dort wurde ausgeführt, dass über § 138 II, III StPO n.F. auch Privatpersonen zugelassen werden könnten, denen eine „bestimmte Mindestqualifikation“ für das Auftreten vor dem Strafgericht fehle. Das aber entspricht nicht dem geltenden Recht. Die Genehmigung nach § 138 II StPO hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen nur dann zu erteilen, wenn der Gewählte als hinreichend sachkundig und vertrauenswürdig erscheint und auch sonst keine Bedenken gegen sein Auftreten als Verteidiger bestehen<sup>20</sup>. Diese Mindestanforderungen ergeben sich schon aus der weit reichenden Rechtsfolge der Vorschrift des § 138 II StPO. Mit der Zulassung wird der Gewählte, wenn er die Wahl angenommen hat, Verteidiger mit allen Rechten, auch wenn er im Fall der notwendigen Verteidigung nur in Gemeinschaft mit einem anderen bestellt ist, der zu den Personen gehört, die zu Verteidigern bestellt werden dürfen (§ 138 II 2 n.F. StPO)<sup>21</sup>. Soweit *Barton*<sup>22</sup> also auf die Gefahr hingewiesen hat, dass unqualifizierte „Fachberater für Opferhilfe“ oder dubiose Opferrechts-„Experten“ zu Verteidigern erwählt werden könnten, haben dem die Tatgerichte durch geeignete – in diesen Fällen also restriktive – Ausübung ihres Zulassungsermessens Rechnung zu tragen.

a) § 142 I StPO – Verzicht auf das Lokalisationsprinzip. In der vor dem 1. 10. 2009 geltenden Fassung sah § 142 I 1 StPO vor, dass das Gericht als Pflichtverteidiger möglichst einen Rechtsanwalt auszuwählen hatte, der im Bezirk des ihn nach § 141 IV StPO bestellenden Gerichts(vorsitzenden) kanzleiansässig ist. Die Vorschrift galt kraft Verweisung auch bei der Beordnung eines Zeugenbeistandes (§ 68 b S. 3 StPO), bei der Bestellung des Nebenklägerbeistandes (§ 397 a I 4, II 2 StPO) und bei der Bestellung eines Beistands für den Nebenklagebefugten (§ 406 g III 1, IV 2

10 S. nur *BVerfGE* 110, 236 (253 f.) = NJW 2004, 1305; *BVerfGE* 38, 103 (111) = NJW 1975, 103.

11 Zur „Parität des Wissens“ statt vieler *BGHSt* 36, 305 (309) = NJW 1990, 584; *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg*, 26. Aufl. (2007), § 147 Rdnr. 4.

12 *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 140 Rdnr. 6 ff.

13 So auch *Kühne*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 7), Einl. I Rdnr. 117.

14 BR-Dr 178/09, S. 30.

15 Vgl. *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 138 Rdnr. 24.

16 *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 138 Rdnr. 25: „(Es) sollte § 138 III StPO auch dort angewendet werden, wo das neue Recht dem Verletzten (nur) den Beistand eines Rechtsanwalts gestattet. Das gleiche gilt für die Einbeziehung der Rechtslehrer. Dass dabei die sprachlich enge und scheinbar eindeutige Fixierung kein Hinderungsgrund sein muss, zeigt die (freilich streitige) extensive Interpretation des § 387 StPO („...“).“

17 *Süddeutsche Zeitung* Nr. 259 v. 10. 11. 2009, S. 1; *Der SPIEGEL* Nr. 4-5/2009, S. 40.

18 Vgl. nur *Wickham*, in: *Löwel/Rosenberg*, 25. Aufl. (2002), § 184 GVG Rdnr. 18.

19 BR-Dr 178/09 v. 3. 4. 2009, S. 3 f.

20 *BVerfGE* (I. Kammer des Zweiten Senats), NJW 2006, 1502 (1503); *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 138 Rdnr. 7, je m. w. Nachw. Deshalb war auch die Gegenäußerung der BReg. (o. Fußn. 6) insoweit zweifelhaft, als dort behauptet wurde, auch beim Beschuldigten bestände die Gefahr, er könne Personen als Beistand wählen, denen „bestimmte Mindestqualifikationen“ fehlten. Auf die Möglichkeit der gerichtlichen Genehmigungsverweigerung wurde auch dort im Ergebnis nicht hingewiesen.

21 S. bereits *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 138 Rdnr. 24.

22 *Barton*, JZ 2009, 753 (756).

StPO). Die Neufassung nimmt mit der ersatzlosen Streichung der nicht mehr zeitgemäßen örtlichen Beschränkung ausdrücklich<sup>23</sup> eine in der strafprozessualen Kommentarliteratur geäußerte Anregung auf. Das überkommene Lokalisationsprinzip ist u. a. angesichts schneller Verkehrsverbindungen und der jederzeitigen Möglichkeit elektronischer Kommunikation obsolet. Es war durch die Rechtsprechung ohnehin – und zu Recht – unter dem Gesichtspunkt des Anspruchs auf den Verteidiger des Vertrauens so durchlöchert, dass man kaum mehr von einem Prinzip sprechen konnte<sup>24</sup>. Die Neuregelung erstreckt den Grundsatz der Wahlfreiheit darüber hinaus konsequent auf alle Verteidiger i. S. des § 138 I StPO<sup>25</sup>. Befürchtungen<sup>26</sup>, dass insbesondere in den Fällen, in denen ein Beschuldigter die Beordnung eines ihm bis dahin unbekanntem auswärtigen Rechtsanwalts wünscht, ihm dieser künftig ohne weitere Nachfragen oder Prüfungen durch das Gericht beizuordnen sei, sind unbegründet. Sie nähren sich daraus, dass wegen der in § 49 I BRAO enthaltenen Regelung der weit entfernt ansässige Rechtsanwalt ein Mandat zu Pflichtverteidigerbedingungen übernehmen müsse, nur weil ein Beschuldigter dies wünscht. Dabei wird zunächst übersehen, dass auch unter der früheren Rechtslage der örtlich ansässige Verteidiger zur Übernahme des Mandats eines ihm bis dato unbekanntem Beschuldigten verpflichtet sein konnte, wenn ihn dieser benannte. Es ist nicht bekannt geworden, dass diese seit einem halben Jahrhundert bestehende Rechtslage zu größeren Unzuträglichkeiten geführt hätte<sup>27</sup>.

Etwa verbleibenden Extremfällen kann strafprozessual über die Auslegung des „wichtigen Grundes“ i. S. des § 142 StPO abgeholfen werden. Zur Anerkennung der Autonomie des Beschuldigten gehört es zwar, dass er sein Interesse an der für ihn richtigen Verteidigung, auch was die Person des Verteidigers betrifft, grundsätzlich selbst definiert. Daher sind die „wichtigen Gründe“ des § 142 I 3 StPO nur als ein Hinweis auf eine streng zu handhabende Ausnahme zu verstehen. Der verbleibende Spielraum eröffnet im Rahmen des Fürsorgeprinzips aber die Möglichkeit, die Wahlpflichtverteidigung, was die Person des Verteidigers betrifft, einzuschränken<sup>28</sup>. Eine solche Lage ist auch dann gegeben, wenn die Wahl des Beschuldigten auf einen Verteidiger fällt, der nicht fähig und/oder nicht Willens ist, die Autonomie des Beschuldigten im Verfahren zu respektieren, und von dem deshalb keine Verteidigung zu erwarten ist, die rückhaltlosen Beistand für den Beschuldigten erwarten lässt. Entsprechende Äußerungen und Erklärungen des Verteidigers bis zum Zeitpunkt, in dem das nach § 141 IV StPO i. d. F. des U-Haft-ÄndG zuständige Gericht<sup>29</sup> tätig wird, sind also tunlichst noch vor Erlass der Verfügung zu würdigen, mit der die Bestellung bewirkt wird.

Lassen es die Umstände zu und liegen belastbare Gründe für die Annahme vor, dass in der Person des Verteidigers ein „wichtiger Grund“ vorliegen könnte (z. B.: der ersichtlich mittellose Beschuldigte eines Flensburger Supermarktdiebstahls benennt einen berühmten Strafverteidiger und Honorarprofessor aus München), sollte das Gericht deshalb mit diesem Verteidiger Kontakt aufnehmen, auf den Umstand der Bezeichnung hinweisen und ggf. eine daraufhin erfolgende inhaltliche Erklärung des Verteidigers als Aktenvermerk niederbringen. Im Sonderfall des Unverzüglichkeitsgebots der §§ 140 I Nr. 4, 141 II 4 StPO n. F. muss dem Beschuldigten, gegen den Haftbefehl erlassen worden ist, nach § 148 I StPO ein unüberwachtes telefonisches Anbahnungsgespräch mit dem in Aussicht genommenen Verteidiger gewährt werden<sup>30</sup>. Auf diese Weise kann verhindert

werden, „dass etwas zusammengeführt wird, was nicht zusammen passt“<sup>31</sup>. Lassen die Umstände dieses Verfahren ausnahmsweise nicht zu, ist nötigenfalls nach § 143 StPO zu verfahren und die Bestellung zu widerrufen<sup>32</sup>.

c) § 147 V StPO – *Erweiterte Rechtsschutzmöglichkeiten beim Akteneinsichtsrecht (und unerledigte Reformfragen)*. Auch die dritte wichtige Änderung durch das 2. ORRG, die Neufassung des § 147 V StPO, vermag zu überzeugen.

Hier optiert das 2. ORRG bei der Anfechtbarkeit der die Versagung der Akteneinsicht bestätigenden gerichtlichen Entscheidung nunmehr für eine neue Rechtsschutzmöglichkeit. Diese Entscheidung war nach bisheriger Rechtslage aufgrund des in Absatz 5 Satz 2 enthaltenen Verweises auf § 161 a III 4 StPO nicht anfechtbar. Nach Wegfall dieses Verweises kann gegen die gerichtliche Entscheidung nunmehr Beschwerde eingelegt werden. Das ist im Sinne der Herstellung von Waffengleichheit zu begrüßen. Schon das Opferschutzgesetz hatte mit Wirkung zum 1. 4. 1987 dem Anwalt des durch die Straftat Verletzten ein Recht auf gerichtliche Überprüfung der Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft eingeräumt. Da das Gesetz lediglich eine Verbesserung der Rechte des Opfers intendierte<sup>33</sup>, dem Verletzten aber nicht weiter gehende Befugnisse als dem Beschuldigten einräumen wollte, wäre es ein kaum zu rechtfertigendes Ergebnis, wenn zwar dem Verletzten nach gerichtlicher Entscheidung Akteneinsicht gewährt, dem Beschuldigten aber bereits die Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung verwehrt würde<sup>34</sup>.

Ob und inwieweit dem Beschuldigten auch in den über § 147 V 2 StPO n. F. hinausgehenden Fällen die Eröffnung des Rechtsweges gegen die Versagung der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren vor Abschluss der Ermittlungen einge-

23 BT-Dr 16/12 098, S. 31 f., unter Hinw. auf *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 142 Rdnrn. 6 ff.

24 Symptomatisch ist, dass der höchstwahrscheinlich die landgerichtliche Spruchpraxis zu § 142 I 1 StPO a. F. abschließende Beschluss einem in Magdeburg Angeklagten letztlich doch den gewünschten Berliner Strafverteidiger beordnete (*LG Magdeburg*, Beschl. v. 22. 9. 2009 – 24 Qs 83/09 – unverböf.).

25 S. bereits *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 142 Rdnr. 10 sowie oben II 2 a.

26 Vgl. Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum RegE des 2. ORRG vom März 2009, S. 3.

27 Das ist berufsrechtlich auch der durch § 49 II BRAO i. V. mit § 48 II BRAO ermöglichten Option zur kurzfristigen Aufhebung der Beordnung schon beim Vorliegen gewichtiger Gründe (z. B. tatsächliche Verhinderung des Rechtsanwalts durch einwöchige Ortsabwesenheit oder unzureichende Vertrautheit des Anwalts mit der Rechtsmaterie) geschuldet, vgl. *Lörcher*, in: *Hartung*, *Anwaltliche BerufsO*, 3. Aufl. (2006), § 49 Rdnr. 9; *Kleine-Cosack*, *BRAO*, 6. Aufl. (2009), § 49 Rdnr. 5; *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 142 Rdnr. 32.

28 *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 142 Rdnr. 21 m. w. Nachw. Dies würdigt *Bittmann*, *ZRP* 2009, 212 (213), leider nicht. Zutr. ist es jedoch andererseits, dass das Merkmal der Ortsansässigkeit nach dem gesetzgeberischen Willen nicht über eine fiskalisch motivierte Auslegung des Merkmals „wichtiger Grund“ und die erforderliche Berücksichtigung von (Reise-) Mehrkosten durch die Hintertür doch bei der Auswahl des Pflichtverteidigers wieder eine Bedeutung erlangen darf (*Burhoff*, *StRR* 2009, 364 [367 f.]).

29 Insb. entscheidet im praktisch nunmehr besonders bedeutsamen Fall des § 140 I Nr. 4 StPO n. F. seit 1. 1. 2010 (o. Fußn. 1) nicht der Vorsitzende des Prozessgerichts, sondern der nach § 126 StPO zuständige Haftrichter.

30 Vgl. *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 148 Rdnr. 7. Zust. *Wohlers*, *StV* 2010, 151 (154 f.).

31 *Schlothauer/Weider*, *Untersuchungshaft*, 4. Aufl. (2010).

32 Zu den Einzelheiten *Meyer-Goßner*, *StPO*, 52. Aufl. (2009), § 143 Rdnr. 3; *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 143 Rdnrn. 7 ff.

33 BT-Dr 14/1484, S. 22.

34 So auch *Wohlers*, in: *SK-StPO*, Stand: April 2004, § 147 Rdnr. 112; *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 147 Rdnr. 158 f.

räumt werden soll, will der Reformgesetzgeber offenbar weiterhin<sup>35</sup> erst im Zusammenhang mit einer Reform aller Rechtsmittel entscheiden<sup>36</sup>. Ob und wann dieses Projekt allerdings angegangen wird, ist nicht einmal in Umrissen abzusehen<sup>37</sup>. Eine angesichts der frühzeitigen Weichenstellungen durch das Ermittlungsverfahren notwendige effektive Verteidigung macht es weiterhin erforderlich, dass grundsätzlich alle Entscheidungen der Staatsanwaltschaft betreffend Gewährung von Akteneinsicht an den Verteidiger einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich gemacht werden und nicht nur in den drei Sonderfällen der Akteneinsichtsverweigerung bei nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten, der Verweigerung der Einsicht in den Fällen des § 147 III StPO und bei Gesuchen nach Abschluss der Ermittlungen<sup>38</sup>. Während der Beschuldigte also mit Ausnahme der drei Spezialfälle des § 147 V 2 StPO derzeit noch immer keine in der Praxis anerkannte Möglichkeit hat, die Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen, hat der Verletzte, dessen Akteneinsichtsgesuch im vorbereitenden Verfahren von der Staatsanwaltschaft abgelehnt worden ist, stets das Recht, auch diese Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen (§ 406 e IV StPO). Da nach § 406 e IV 2 StPO seit 1. 10. 2009 auch hierfür der Ermittlungsrichter (§ 162 StPO) zuständig ist, wird für den Verletzten im Regelfall die weitere Option eröffnet, gegen eine ablehnende Entscheidung des Ermittlungsrichters Beschwerde (§ 304 StPO) einzulegen. Mit Waffengleichheit hat das nur dann zu tun, wenn man den Begriff bis zur Unkenntlichkeit kleinrechnet.

Dazu tritt ein praktisches Problem, wenn der (oder die) Vertreter des (oder der) Verletzten und der Verteidiger des Beschuldigten gleichzeitig Akteneinsicht beantragen. Es kann sich dann die Frage stellen, welches Akteneinsichtsgesuch zeitlich vorrangig zu behandeln ist, wenn noch keine ausreichende Anzahl von Duplo-Akten hergestellt ist (Nr. 12 II RiStBV<sup>39</sup>). § 406 e II 3 StPO und Nr. 184 RiStBV lösen das Problem nicht unmittelbar, denn eine unangemessene Verzögerung würde in beiden Richtungen eintreten. Zutreffend dürfte es sein, die Wertung des Ver-

sagungstatbestandes in § 406 e I 1 Var. 1 StPO („überwiegende schutzwürdige Interessen des Beschuldigten“) heranzuziehen, der vom Gesetzgeber systematisch an hervorgehobener Stelle positioniert worden ist. Gemeint sind richtigerweise nicht nur Geheimnisschutzinteressen, sondern auch das durch § 147 I StPO verbrieft elementare Verteidigungsinteresse des Beschuldigten<sup>40</sup>. In der Konsequenz ist also zunächst dem Verteidiger des Beschuldigten Akteneinsicht zu gewähren.

### III. Gesamtbewertung

Für das Recht der Strafverteidigung hat das 2. ORRG, wenn auch nur im Schlagschatten zuweilen etwas überbordender Opferrhetorik, begrüßenswerte inhaltliche Neuerungen gebracht. Sie bemühen sich um die Herstellung von Waffengleichheit mit den weiter ausgebauten Rechten des Verletzten im Strafverfahren. Dies lässt – in Übereinstimmung mit der Standortbestimmung zur Strafprozessreform von *Peter Rieß*<sup>41</sup> – die Bereitschaft und Fähigkeit des Gesetzgebers erkennen, komplexe und schwierige Vorhaben anzugehen. Wenn er in der 17. Legislaturperiode auf diesem Weg weiter voranschreiten würde, wäre dies für die legitimen Belange rechtsstaatlicher Strafverteidigung von Nutzen. ■

35 Vgl. nochmals BT-Dr 14/1484, S. 22.

36 Vgl. schon *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 147 Rdnr. 161.

37 Statt aller *Rieß*, ZIS 2009, 466 (470 f.).

38 S. bereits *Bannenber* u. a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), 2001, S. 53 ff.; *Gesetzentwurf DAV*, AnwBl. 2006, 24; *Schlothauer*, StV 2001, 192 (196); *Freund*, GA 2002, 82 (87); *Schünemann*, ZStW 114 (2002) 1 (41 f.); *Satzger*, StraFo 2006, 47; *Jahn*, ZStW 115 (2003) 815 (826 f.) und *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwel/Rosenberg* (o. Fußn. 11), § 147 Rdnr. 176.

39 Zu den Anwendungsgrundsätzen *Jahn/Lips*, StraFo 2004, 229 (231); *Jahn*, in: *Heghmanns/Scheffler* (Hrsg.), Hdb. z. Strafverfahren, 2008, Kap. II Rdnr. 20.

40 Dem steht auch die bisher h. M. nicht entgegen, da sie nur „in erster Linie persönlichkeitsrechtliche Interessen“ (*Hilger*, in: *Löwel/Rosenberg* [o. Fußn. 17], § 406 e Rdnr. 18 – Hervorh. v. hier) zu schützen beabsichtigt.

41 Statt aller *Rieß*, ZIS 2009, 466 (482).