

## Rezension

**Bockemühl/von Heintschel-Heinegg/Lang/Nagler, Festschrift für Ottmar Breidling zum 70. Geburtstag am 15.02.2017**, Berlin [de Gruyter], 350 S., 119,95 €

### A. Einführung

Es gehört zu den Usancen der akademischen Welt, verdienten Persönlichkeiten aus Anlass ihres 70. Geburtstags eine Festschrift zu widmen. In jüngerer Zeit ist auch die Verleihung solcher Festgaben an Justizpraktiker und Vertreter der Anwaltschaft üblich geworden, die aufgrund ihres beruflichen Wirkens oder ihrer wissenschaftlichen Werke besonders in Erscheinung getreten sind. So wäre es daher im Grunde nur einer kurzen Erwähnung wert, dass 2017 das berufliche Lebenswerk von *Ottmar Breidling*, bis 2012 als Richter am OLG

Düsseldorf tätig, mit der hier zu rezensierenden Festgabe gewürdigt wurde.

Die literarische Besonderheit des Werkes erschließt sich dem Leser allerdings recht schnell mit einem Blick auf das Team der vier *Herausgeber*: drei (*Bockemühl, Lang, Nagler*) stammen aus dem Berufsfeld der Strafverteidigung, ergänzt um einen Justizpraktiker (*von Heintschel-Heinegg*). Auch das wäre für sich noch keiner großen Erwähnung wert, wäre da nicht die aus dem Kreise der Strafverteidiger gegenüber dem Jubilar zu Zeiten seines aktiven Wirkens geäußerte Kritik an der eigenwilligen prozessualen Gestaltung gerichtlicher Hauptverhandlungen und der ihm unterstellten Ablehnung bestimmter Praktiken der Strafverteidigung (»Notfallkoffer«) laut geworden. So ist die Festschrift für *Breidling* eben nicht nur ein

klassisches Sammelwerk thematisch bunt gemischter Beiträge von insgesamt 24 Autoren aus den Feldern der Strafverteidigung und der Strafjustiz und beruflichen Wegbegleitern des Jubilars, sondern ein Beleg dafür, dass fachliche Meinungsverschiedenheiten, so hart sie in der Sache auch ausgetragen (worden) sein mögen, mit dem geboten Maß an Professionalität überwunden werden können. Für diesen Befund steht auch der Auftritt des Jubilars auf dem 40. Strafverteidigertag in Frankfurt/M. (2016), den der *Rezensent* selbst miterleben konnte.

## B. Zum Inhalt

Im Folgenden seien nun die einzelnen Beiträge inhaltlich kurz skizziert. *Bachler* widmet sich dem prozessualen Phänomen eines von der Verteidigung lediglich »zum Schein« gestellten Beweisantrags; damit kommt gleich zu Beginn der Festgabe eine höchst praxisrelevante und in ihren Details lebhaft umstrittene Fragestellung aus dem Recht der Hauptverhandlung zur Sprache.

Mit einem weiteren für die Praxis interessanten Thema – der speziellen prozessualen Variante des § 154a Abs. 2 StPO (Verurteilung nur wegen »Versuchs statt Vollendung«) – befassen sich sodann *Beulke/Berghäuser*. Die Autoren kritisieren die in der Strafverfolgungspraxis immer häufiger auftretende »Unsitte«, im Hinblick auf die Tatschuld klärungsbedürftige Sachverhalte der eigentlichen Entscheidungsfindung in der Hauptverhandlung zu entziehen, und plädieren stattdessen mit überzeugenden Argumenten für eine dogmatische Ausweitung des »*in dubio pro reo*«-Grundsatzes und einen damit einhergehenden (Teil-)Freispruch des Angeklagten.

Das immer noch recht stiefmütterlich angewandte Selbstladungsrecht des Strafverteidigers rückt *Bockemühl* in den Mittelpunkt seiner Überlegungen. Er zeigt dabei sehr anschaulich die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten auf, die dieses »Zwangsmittel« dem Strafverteidiger bietet, weist aber nachdrücklich auch auf die prozessualen Kniffe und Tücken hin.

Die konkrete Ausgestaltung des Rechts der Nebenklage sieht sich nicht zuletzt aufgrund der Erfahrungen im NSU-Verfahren immer häufiger einer Reformediskussion ausgesetzt. *Dauscher* beschreibt aus richterlicher Perspektive den schwierigen Zielkonflikt, in den die Rechte des Nebenklägers und des Beschuldigten geraten können, u.a. anhand des Rechts der Akteneinsicht. Die nicht nur in diesem speziellen Kontext zu Tage tretende Spannungslage der betroffenen Interessen dürfte den Gesetzgeber vermutlich noch in der laufenden Legislaturperiode zu gesetzlichen Änderungen veranlassen, nachdem schon die vom BMJV 2014/15 eingesetzte StPO-Reformkommission entsprechende Vorschläge zur Bündelung von Nebenklägerinteressen unterbreitet hatte.

Den Besetzungseinwand gegen den gerichtlichen Spruchkörper in der Hauptverhandlung aus Anlass einer Änderung des Geschäftsverteilungsplans wegen Überlastung nimmt *Deckers* in den Fokus seiner Überlegungen. Die verfassungsrechtliche Garantie der Gesetzlichkeit des Richters, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, ruft in jüngerer Zeit immer häufiger Entscheidungen des BGH hervor; Änderungen in der Geschäftsverteilung sind zunehmend revisibel geworden.<sup>1</sup>

*Drees* knüpft an diese Gedanken an und referiert zur speziellen Thematik der Prognoseentscheidung bei der Änderung

der Geschäftsverteilung. Dass sich gleich zwei Beiträge der Festgabe dieser speziellen gerichtsverfassungsrechtlichen Thematik widmen, ist sicherlich nicht nur dem vermuteten Interesse des Jubilars geschuldet, sondern ein Beleg dafür, dass ihr ein nicht zu unterschätzendes Risikopotential für die Gerichte zukommt.

Einen jugendstrafrechtlichen Baustein steuert *Feilcke* bei, zu dem gerade in seiner konkreten Anwendbarkeit vor allem in der Literatur lebhaft umstrittenen § 105 Abs. 3 S. 2 JGG (Mord), wenn es sich bei dem vom Gericht zu begutachtenden Sachverhalt und Tatvorwurf laut Anklage um einen (lediglich) *versuchten* Mord oder *Völkermord* handelt. Wie sich die hierfür maßgeblichen Kriterien der Normanwendung dann zum Merkmal der *besonderen Schwere der Schuld* verhalten – ebenfalls ein Aspekt, der in jüngerer Zeit die Strafgerichte tangiert<sup>2</sup> – bildet den Schlusspunkt seiner dogmatischen Überlegungen.

Der Beseitigung von auf unrichtiger Tatsachengrundlage ergangenen gerichtlichen Entscheidungen widmet sich der Beitrag von *Franke* mit dem provokativen Titel »Scheinurteil oder Nichturteil?« Dem *Autor* geht es dabei um die spezielle Frage, wie revisionsrechtlich zu reagieren ist, wenn dem Revisionsgericht irrtümlich nur ein Urteilsentwurf des Instanzgerichts zur Verfügung gestellt wurde.

*Götzel* beleuchtet sodann die Anforderungen an die Urteilsbegründung für den Fall, dass von einer erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit in Zusammenhang mit einer Persönlichkeitsstörung des Angeklagten auszugehen ist (§ 21 StGB) – in Anbetracht der häufig notwendigen Einbeziehung von Gutachtern in die Persönlichkeitsprognose ein ebenfalls sehr praxisrelevantes Thema, hier aus der Sicht eines Instanzrichters in Form eines »Prüfkatalogs« dargelegt.

Aus der Perspektive der Generalstaatsanwaltschaft schreibt *Graalmann-Scheerer* über den Sinn und Zweck der Gegenerklärung im Revisionsverfahren. Hierbei beleuchtet sie die besonderen gesetzlichen Bestimmungen und geht sodann den inhaltlichen Anforderungen an die Revisionsgegenklärung nach. Sie stellt deren Sinnhaftigkeit und vor allem Notwendigkeit im heutigen Revisionsrecht heraus, verbunden mit der Forderung, die Wochenfrist in § 347 Abs. 1 S. 2 StPO als Ordnungsvorschrift abzulösen und durch ein Unverzüglichkeitsgebot mit entsprechender gesetzlicher Regelung zu ersetzen. Diesen Erwartungen ist der Gesetzgeber durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 (»StPO-Reform«) bislang allerdings nur teilweise nachgekommen (§ 347 Abs. 1 S. 3 StPO): die starre Wochenfrist bleibt der Praxis zunächst einmal auf unbestimmte Zeit erhalten.

*Griesbaum* als Vertreter der Bundesanwaltschaft legt in seinem Beitrag den Fokus auf die Verwendung nachrichtendienstlich gewonnener Erkenntnisse für die Verfolgung terroristischer Straftaten einerseits und die präventive Terrorismusabwehr andererseits (§ 20 BVerfSchG – Übermittlungspflicht [»übermittelt«]; G 10-Gesetz; Verwendungsregelung nach § 161 Abs. 1, Abs. 2 StPO). Die illustrativ herangezogenen Sachverhalte aus jüngerer Zeit (»Al Tawhid-Zelle«, »Sauer-

1 BGH NJW 2015, 2597; StV 2016, 623; StV 2016, 629.

2 BGH StV 2017, 719; StV 2016, 716 (Ls).

land-Gruppe«, »Düsseldorfer Zelle«) machen deutlich, welche Schwierigkeiten die Aufklärung mutmaßlich terroristisch motivierter Straftaten und Gefährdungslagen mit sich bringt. Eine spezielle Behandlung erfahren der Datenaustausch mit dem Ausland und die Nachprüfbarkeit sog. Auslandserkenntnisse sowie die Verwertbarkeit von mutmaßlich durch Folter gewonnenen Beweisen – Themen, die gerade die Oberlandesgerichte Hamburg und München in den derzeit anstehenden Verfahren gegen sog. »Heim-/Rückkehrer« beschäftigen.

Dem Phänomen der Erinnerungslücke und den Grenzen des Personalbeweises im Strafverfahren – gerade vor dem Hintergrund von spektakulären Justizirrtümern – widmet *von Heintschel-Heinegg* seinen Beitrag »*Scheinerinnerung, Suggestion oder Trauma?*«. Die Schwierigkeit des Gerichts, aber auch der Staatsanwaltschaft, mit Hilfe der Aussagepsychologie das im Laufe eines Verfahrens unterschiedliche Aussageverhalten eines Zeugen zu bewerten, steht dabei im Zentrum seiner Überlegungen. Dabei kommen auch die Kriterien für die Annahme einer Notwendigkeit der Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens und die an ein solches Gutachten zu stellenden wissenschaftlichen Anforderungen zur Sprache. Mit der Forderung nach einer wiederholten Vernehmung von (Opfer-)Zeugen (zum Zwecke der Glaubhaftigkeitsbeurteilung) provoziert der *Autor* bewusst einen Konflikt mit der Opferrechtsbewegung der letzten Jahre – vor dem Hintergrund des Konfrontationsrechts aber durchaus mit guten Gründen. Seine Aufforderung zur besseren Dokumentation (Protokollierung) von Zeugenaussagen (Pflicht zur audiovisuellen Konservierung bei schweren Tatvorwürfen) entspricht aktuellen Reformgedanken.

Einen ungewöhnlichen Beitrag – ein »Interview mit Fußnoten« – zum Thema Terror liefert der Beitrag von *Jahn/Baschung*. Das Gespräch entstand im Zusammenhang mit der Arbeit der Frankfurter Welturaufführung des Theaterstücks »Terror« von *Ferdinand von Schirach* im Oktober 2015. Es befasst sich mit der vom *BVerfG* bereits aus verfassungsrechtlicher Perspektive behandelten Problematik des Rechtsgüterschutzes im Falle eines terroristischen Angriffs (Abschuss eines Flugzeugs nach § 14 LuftSiG; Abwägung Leben gegen Leben; Schutz der Menschenwürde) – aus der fiktiven Sicht eines im Anschluss an einen solchen Abschuss eingesetzten Strafgerichts, das über die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Kampfpiloten der Bundeswehr zu entscheiden hätte.

Mit der Organisation großer Strafprozesse vor dem Hintergrund des Hausrechts und der richterlichen Sitzungsgewalt – ein Thema, mit dem der Jubilar in seiner richterlichen Praxis oft konfrontiert war – befasst sich der Beitrag von *Küspert*. Analysiert werden dabei die in den letzten Jahren durch die Judikatur des *BVerfG* konturierten Rahmenbedingungen für die Ausübung der Ordnungs- und Sitzungsgewalt in der Hauptverhandlung. Das dem Beitrag beigelegte Schema (S. 185) zu den unterschiedlichen Räumlichkeiten lässt keinen Zweifel daran, welche komplexe Abgrenzungsfragen sich hier in der Praxis stellen. Die Ausführungen liefern einen weiteren Beweis dafür, dass die Norm des § 176 GVG dringend einer Reform, im Sinne einer spezifizierenden Ergänzung, bedarf.

*Lang* berichtet anschaulich auf der Grundlage ihrer langjährigen Erfahrung als Strafverteidigerin über die geringen Erfolgsaussichten (»stumpfes Schwert«) von Ablehnungsgesu-

chen in erstinstanzlichen Verfahren vor den Oberlandesgerichten und der entsprechenden Unzulässigkeit entsprechender Revisionsrügen. Dabei schildert sie auch die zu dieser Frage entstandenen persönlichen Begegnungen mit dem Jubilar aus dem Jahr 2006. Der Nachweis der Systemwidrigkeit der derzeitigen Praxis (Vorrang der Beschwerde, § 28 Abs. 2 S. 2 StPO, gegenüber der aus diesem Grund unzulässigen Revision) und die Konfliktlage zu Fragen der Unparteilichkeit (Art. 6 Abs. 1 EMRK) bilden den Schlusspunkt ihrer Überlegungen.

Eine internationale und europarechtliche Fragestellung beleuchtet *Nagler* mit einem Blick auf Strafverfahren im Zusammenhang mit länderunabhängigen UN- und EU-Sanktionen. Dabei ist die einschlägige Rechtsprechung des *EuG* und des *EuGH* in Luxemburg von besonderem Interesse, die über die Nichtigkeitsklage (Art. 264 Abs. 4 AEUV) und das Verfahren der Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) die diesbezüglichen prozessualen und sanktionsrechtlichen Rahmenbedingungen gesetzt hat. *Nagler* beschreibt eingehend die verschiedenen unionsrechtlichen Angriffsmöglichkeiten – ein in der Praxis weitgehend unbekanntes und daher noch unbeackertes Feld, auf dem nur wenige Strafverteidiger mit der nötigen Expertise aktiv sind. Das bei *Nagler* angesprochene Urteil des *EuG* vom 16.10.2014 ist zwischenzeitlich rechtskräftig geworden: Mit Urteil vom 26.07.2017 hat der *EuGH* (GK) das gegen die erstinstanzliche Entscheidung eingelegte Rechtsmittel als unbegründet zurückgewiesen.<sup>3</sup>

Einen ebenso unerwarteten wie anschaulichen literarischen Querschnitt aus den Bereichen Strafprozess und Architektur liefern die Ausführungen von *Paulsen* zum Prozessgebäude des OLG Düsseldorf und die nicht zuletzt auch durch die prozessualen Erfahrungen und Ratschläge des Jubilars maßgeblich mitbeeinflusste bauliche Konzeption und räumliche Ausgestaltung dieses Neubaus in den Jahren 2002/03 (»Bredling-Bau«). Dass zu gewährleistende Sicherheit und die Rechtsstaatlichkeit von gerichtlichen Verfahren Hand in Hand gehen müssen und können, ist eine Erkenntnis, die gerade in der heutigen Zeit nicht nur für die räumliche Gestaltung und Durchführung von Strafverfahren Geltung beansprucht.

*Ried* spricht in seinem Beitrag zum Gebot einer effektiven Verteidigung (auch) in Staatsschutzverfahren klassische Probleme der Strafverteidigung im Zusammenhang mit der gerichtlichen Beiordnung und »Kontrolle« an, darunter auch die Bedingungen des RVG und die daraus resultierende Herausforderung, die für eine effektive Verteidigung erforderlichen finanziellen Mittel zu generieren. Seine Fallbeispiele machen deutlich, mit welchem erheblichen Aufwand und Unsicherheiten die Verteidigung bisweilen kämpfen muss, um eine letztlich angemessene Vergütung ihrer Arbeit sicherzustellen.

Das schon an anderer Stelle in dieser Festgabe (*Griesbaum*) angesprochene Problem der Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise setzt *Rottländer* unter den Aspekten der Souveränitätsgarantie (Zugriff der USA auf Beweismittel in Pakistan), des Trennungsgabots von Nachrichtendiensten und Polizeibehörden sowie des Verbots der Folter mit einem vertiefenden Beitrag fort. Es wird deutlich, dass die deutschen Gerichte zunehmend mit Beweismaterial aus dem Ausland konfrontiert sind und dieses einer eingehenden Prüfung un-

3 *EuGH*, Urt. v. 26.07.2017 – C 599/14 P, BeckRS 2017, 118351.

terziehen müssen, ob im Hinblick auf Art. 15 UNCAT eine Verwertung in Betracht kommt.

*Van Lessen* widmet sich dem speziellen Problem der *strafprozessualen* Verwertbarkeit von Erkenntnissen, die aus einer auf der Grundlage des BKA-Gesetzes erfolgten Wohnraumüberwachung (§ 46 BKAG n.F.) stammen. Dabei handelt es sich um einen Aspekt, der in einem sich später anschließenden Strafverfahren mit Terrorismusstraftaten nicht selten von erheblicher Bedeutung und Tragweite ist. Oft liegen in dieser Fallkonstellation sehr langfristig angelegte Erkenntnisse polizeilicher und nachrichtendienstlicher Art aus dem zeitlich vorgelagerten »Vorfeld« vor, die dann erst im späteren Verlauf zu offenen Ermittlungsmethoden Anlass geben. Die Verwendungsregelung für »personenbezogene Daten durch eine entsprechende polizeirechtliche Maßnahme« (§ 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO a.F.; § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO n.F.) erfährt eine eingehende rechtsmethodische Analyse.

Nach den instruktiven Ausführungen von *Wielandt* zur Einordnung des Dschihad und des islamistischen Terrorismus in der Türkei rundet *Steinberg* die Liste der Beiträge mit einem Überblick zur Entstehung der terroristischen Vereinigung Al-Qaida und ihrer Weiterentwicklung zum Islamischen Staat (IS) ab – unter Einbeziehung jener Verfah-

ren, mit denen *Breidling* am *OLG Düsseldorf* befasst war. Es schließt sich der Bogen zum beruflichen Lebenswerk des Jubilars, der wie vielleicht kein anderer Richter in Deutschland die erfolgreiche Durchführung von strafgerichtlichen Großverfahren zur Aufarbeitung terroristischer Szenarien personifiziert (vgl. auch das Vortragsverzeichnis zu seiner Person, S. 336).

Am Ende der Lektüre bleibt festzuhalten, dass auf 338 Seiten eine sehr beeindruckende Zusammenstellung praktisch relevanter Einzelbeiträge entstanden ist, die auch der Wissenschaft viele Randbereiche erschließt und wie nur wenige andere Werke (*Zöller*, *Terrorismusstrafrecht*, 2009) einen Schwerpunkt bei aktuellen Fragestellungen der strafrechtlichen Terrorismusbekämpfung setzt. Die Festgabe spannt damit den weiten Bogen von klassischen Beiträgen aus dem Recht der Gerichtsorganisation und Strafverteidigung bis hin zu abgelegenen Feldern der justiziellen Tätigkeit. Nicht fehlen darf am Schluss ein persönlicher Dank des Rezensenten in seiner Funktion als Mitherausgeber des *Löwe-Rosenberg* an den Jubilar für die von ihm in der 25. und 26. Auflage mit viel Engagement übernommene, inhaltlich profunde Kommentierung der §§ 21a – 21i/21j GVG.

Prof. Dr. *Robert Esser*, Passau.