

### Inhalt

#### AUFSÄTZE

##### *Strafrecht*

- Strafrechtslehre als Wissenschaft?  
Betrachtungen aus der Perspektive des Wissenschaftsrechts**  
Von Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz 413
- Verhaltensnorm, Sanktionsnorm und Tatbegriff – eine  
kritische Betrachtung**  
Von Prof. Dr. Rolf Dietrich Herzberg, Bochum 420
- Die neuere BGH-Rechtsprechung zum Versuchsbeginn bei  
Auf- und Einbruchdiebstahl**  
Von Dr. Yao Li, Potsdam 430

##### *Internationales Strafrecht*

- Alter Wein in neuen Schläuchen oder Paradigmenwechsel  
beim Begriff der kriminellen Vereinigung (§ 129 Abs. 2 StGB)?**  
Von Prof. Dr. Prof. h.c. Arndt Sinn, Ass. iur. Marcel Patric Iden,  
M.Sc. M.A., Ass. iur. Patrick Pörtner, Osnabrück 435
- Verwertung von im Ausland überwachter Chatnachrichten im  
Strafverfahren**  
Zugleich Besprechung der EncroChat-Beschlüsse des OLG  
Bremen v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20, und OLG Hamburg  
v. 29.1.2021 – 1 Ws 2/21  
Von Thomas Wahl, Freiburg im Breisgau 452
- The COVID-19 pandemic and Hungarian substantive  
criminal law**  
By Dr. István Ambrus, Budapest 462

#### BUCHREZENSIONEN

##### *Strafrecht*

- Felix Ruppert, Die Sozialadäquanz im Strafrecht, Rechtsfigur  
oder Mythos?, 2020**  
(Prof. Dr. Henning Rosenau, Halle) 472
- Marianne Johanna Lehmkuhl/Frank Meyer (Hrsg.), Das  
Unternehmen im Brennpunkt nationaler und internationaler  
Strafverfahren, 2020**  
(Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Göttingen/Den Haag) 475

##### *Strafverfahrensrecht*

- Marius Endler, Die Doppelstellung des Opferzeugen, Zur  
Vereinbarkeit der Informations-, Offensiv- und Beistands-  
rechte des Opfers mit dessen Zeugenstellung, 2019**  
(Prof. Dr. Stephan Barton) 478

#### Herausgeber

Prof. Dr. Roland  
Hefendehl  
Prof. Dr. Andreas Hoyer  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult.  
Bernd Schünemann

#### Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse  
Prof. Dr. Michael  
Heghmanns  
Prof. Dr. Holm Putzke  
Prof. Dr. Thomas Rotsch  
Prof. Dr. Arndt Sinn

#### Redaktion (international)

Prof. Dr. Dr. h.c. Kai  
Ambos, Richter am  
Kosovo Sondertribunal,  
Den Haag  
International Advisory  
Board

#### Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

#### Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Dennis  
Klein

#### Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Noelia Nuñez  
Eneas Romero  
Jaime Winter Etcheberry

#### Internetauftritt

René Grellert

#### ISSN

1863-6470

## Buchrezension

**Marius Endler**, Die Doppelstellung des Opferzeugen, Zur Vereinbarkeit der Informations-, Offensiv- und Beistandsrechte des Opfers mit dessen Zeugenstellung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2019, 311 S., € 78.

Auch wenn die Strafprozessordnung den Begriff des Opferzeugen nicht kennt, ist er seit bald 50 Jahren in aller Munde. Gemeint sind damit Personen, die im Strafverfahren zugleich Zeugen und Verletzte sind und damit einerseits zentrale Funktionen als Beweismittel (Zeugen) für die Wahrheitsermittlung erfüllen sollen, aber andererseits als Verfahrenssubjekte (speziell als Nebenkläger) auch ihre eigenen Interessen verfolgen dürfen. Dass aus dieser Doppelstellung Spannungen zwischen Wahrheitsermittlung und Opferschutz entstehen können, liegt auf der Hand. Die von *Helmut Satzger* betreute Dissertation von *Marius Endler* analysiert dieses Spannungsfeld aus rechtsstaatlicher Sicht.

In der Einleitung wirft *Endler* einen kritischen Blick auf das derzeitige rechtspolitische Klima, in dem „Opferschutz zum Politikum“ (S. 27) geworden und in dem im Streben um die Wählergunst eine einseitige Opferorientierung der Politik festzustellen sei. Der aktuelle rechtspolitische Diskurs laufe laut *Endler* Gefahr, zu einer vorschnellen Einteilung in „gut“ (Opfer) und „böse“ (Beschuldigter) zu gelangen (S. 28). Die Gesetzgebung zugunsten des Opfers könne auch hinsichtlich des Opferzeugen zu Reibungen führen; Reibungen, die der Gesetzgeber gesehen, sich aber darüber hinweggesetzt und bewusst für die Vereinbarkeit von Opfereigenschaft und Zeugenstellung ausgesprochen habe – was in § 48 Abs. 3 S. 1 StPO („Ist der Zeuge zugleich der Verletzte [...]“) und § 255a Abs. 2 S. 2 StPO („Zeugen, die Verletzte einer dieser Straftaten sind“) zum Ausdruck komme (S. 31).

Die Reibungen, die sich aus der Opferschutzpolitik im Hinblick auf den Opferzeugen ergeben, untersucht *Endler* in zwei großen Kapiteln. Im ersten geht es um die verschiedenen inhaltlichen Aspekte der Doppelstellung (S. 32–190). Dazu erfolgen zunächst begriffliche Klärungen, wobei von *Endler* herausgestellt wird, dass in der StPO ganz überwiegend nicht vom Opfer, sondern vom Verletzten gesprochen wird; gleichwohl verwendet er in seiner Arbeit aus Gründen der Vereinfachung – ungeachtet dessen emotionaler Aufladung – durchgehend den Opferbegriff (S. 34). Sofern er zuweilen, um die Vorläufigkeit des Opferbegriffs zu betonen, vom „vermeintlichen“ Opfer spricht, meint er damit nicht eine nur scheinbar, sondern ersichtlich eine möglicherweise verletzte Person; *Schünemann* spricht in diesem Zusammenhang neuerdings zutreffend vom „Opferprätendenten“. In einer aktuellen Gesetzgebungsinitiative, im RegE eines „Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderungen weiterer Vorschriften“ (20.1.2021) wird diese Vorläufigkeit des Verletztenbegriffs durch den vorgesehenen neuen § 373b Abs. 1 StPO so zum Ausdruck gebracht: „Im Sinne dieses Gesetzes sind Verletzte diejenigen, die durch die Tat, ihre Begehung unterstellt oder rechtskräftig festgestellt, in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben.“ Während der

RegE damit zugleich den Weg zu einem einheitlichen Verletztenbegriff in der StPO bereitet, untersucht *Endler* in detaillierter Weise die unterschiedlichen Stellungen des Verletzten in seinen verschiedenen strafprozessualen Konstellationen und gelangt zum Ergebnis, dass Opferzeuge jeder im weiteren Sinn Verletzte sei, der als Beweisperson im Verfahren über persönliche Wahrnehmungen von Tatsachen aussagen soll (S. 45).

Der inhaltlichen Problematik der Doppelstellung nähert sich *Endler*, indem er zunächst das Opfer im System des deutschen Strafverfahrens untersucht; dabei gesteht er dem Verletzten vier wesentliche Interessen am und im Strafverfahren zu: ein Interesse an Einleitung und Durchführung des Verfahrens, an Genugtuung, an Sicherheit vor dem Täter und an Wiedergutmachung (S. 53). Ein legitimes Interesse an Rache wird ausdrücklich verneint; allerdings bleibt aus meiner Sicht zu fragen, wie man in der Praxis das eine (Genugtuung) vom anderen (Rache) unterscheiden soll bzw. ob sich verhindern lässt, dass der Verletzte Rachebedürfnisse im Strafverfahren unter dem Deckmantel der Genugtuung auslebt. Im Anschluss an die Interessen des Verletzten werden dessen gesetzliche Rechte im status negativus und status activus sowie Opferrechte aus der Verfassung angesprochen. *Endler* gesteht dem Verletzten dabei in Anlehnung an die Rechtsprechung des BVerfG zwar keinen Anspruch auf konkrete Sanktionierung, wohl aber in Ausnahmefällen einen solchen auf effektive Strafverfolgung zu (S. 59 ff.).

In vielschichtiger Weise fragt er sodann nach der Legitimation der aktiven Opferbeteiligung (S. 72 ff.), also der Verletztenrechte, die sich nicht auf den Schutz besonders sensibler Zeugen beschränken, sondern jener Rechte, die sich darüber hinaus ergeben und – in meinen Worten – die besondere Problematik des Strafverfahrens im Zeichen des Opfers ausmachen. *Endler* greift dazu nicht nur verfassungsrechtliche Aspekte auf, sondern auch die lebhaft geführte Diskussion in der Strafzwecklehre zur Berücksichtigung von Opferinteressen (S. 81 ff.). Anders als noch vor 40 Jahren sei der Persönlichkeitsschutz des Verletzten heute im Strafverfahren fest verwurzelt; bereits hieraus ließen sich Offensivrechte zur Abwehr ansehensschädigender Angriffe begründen. Eine vollständige Legitimationsgrundlage der aktiven Opferbeteiligung leitet *Endler* aus der Strafzwecklehre und dem Ziel des Strafverfahrens ab (S. 111). Aufgrund primär verfassungsrechtlicher Gedanken legt er aus einer Gegenüberstellung eines unveräußerlichen Minimums (Recht auf ein faires Verfahren und auf rechtliches Gehör sowie aufgrund der Opferschutzrichtlinie) einerseits sowie eines unüberschreitbaren Maximums andererseits die Grenzen aktiver Opferbeteiligung im Strafverfahren fest (S. 112 ff.). Wenn er hierbei zum Ergebnis gelangt, dass ein Vorrang der Beschuldigtenrechte besteht und aktive Opferrechte nicht so weit gehen dürften, dass die Verteidigungsrechte in ihrem Kern beschränkt werden, ist ihm uneingeschränkt zuzustimmen. Wo nun genau die Grenzen verlaufen, muss dabei an dieser Stelle notgedrungen vage bleiben; *Endler* hält geringfügige faktische Einschränkungen der Verteidigungsmöglichkeiten für hinnehmbar; im Zweifel sei jedoch den Beschuldigtenrechten der Vorzug zu gewähren (S. 134). Um deutlich zu machen,

wo eine Beschränkung vorliege, in welcher der Gesetzgeber dem Beschuldigten verfassungsrechtliche Rechte beschneidet, bildet er das – aus seiner Sicht – rein hypothetische Beispiel einer Gesetzgebung, die eine Einschränkung des Fragerechts der Verteidigung gegenüber Nebenklägern in der Weise vorsehe, dass nur dem Vorsitzenden, nicht aber dem Beschuldigten und Verteidiger dessen Befragung gestatte. Eine solche Gesetzgebung, die *Ender* vor Kurzem noch für „nicht ersichtlich“ und offensichtlich unzulässig hielt (S. 133), ist zwischenzeitlich jedoch von der Freien und Hansestadt Hamburg auf den Weg gebracht worden (BR-Drs. 80/21). Vorgeesehen ist, § 241a StPO dahingehend zu ändern, dass Zeugen, die „Opfer einer gravierenden Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung geworden sind“, nur noch durch den Vorsitzenden befragt werden dürfen. Deutlich wird damit, dass im Bereich des Opferschutzes vieles im Fluss ist: Das, was heute noch als rechtsstaatlich unzulässig angesehen wird, kann durch die Entdeckung einer angeblichen Lücke im Opferschutz morgen schon zum gesetzgeberischen Imperativ werden.

Die rechtssystematische Untersuchung der Rolle des Zeugen fällt kürzer aus als die des Verletzten. *Ender* arbeitet hier gleichermaßen klar wie überzeugend heraus, dass der Zeugenbeweis der Erforschung der Wahrheit zu dienen hat, was Voraussetzung für ein inhaltlich richtiges Urteils ist. Dem Zeugen ist deshalb kein materiell geschütztes Interesse am Ausgang des Prozesses, sondern nur an einer belastungsfreien Aussage zuzubilligen. Auch die verschiedenen Zeugenrechte, die in gewisser Weise die Wahrheitsermittlung beschneiden können, ändern daran nichts (S. 166).

Die Janusköpfigkeit des Opferzeugen (S. 169 ff.) versucht *Ender* durch die Formulierung von vier verschiedenen Regeln aufzulösen, der eine Matrix zugrunde liegt, die durch die Interessen an Wahrheitsermittlung und Persönlichkeitsrechten des Opfers gebildet wird (S. 188 ff.); damit befinden wir uns im Zentrum seiner Studie. Opferrechte seien dann zu gewähren, wenn sie die Wahrheitsermittlung nicht beeinflussen (Regel 1) oder gar fördern (Regel 2). Beeinträchtigt dagegen ein Opferrecht die Wahrheitsermittlung, sei dieses zu versagen, sofern es jene „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in nicht unerheblichem Umfang“ beeinträchtigt, nicht dagegen dann, wenn die Beeinträchtigung nur möglich sei (Regel 3). Im letztgenannten Fall sei die Bedeutung der Zeugenaussage ausschlaggebend für die Zubilligung eines Verletztenrechts; je bedeutender sie sei, desto eher müsse das die Wahrheitsermittlung möglicherweise beeinträchtigende Opferrecht verweigert werden. Dasselbe soll gelten, wenn sowohl negative als auch positive Auswirkungen dieses Rechts auf die Wahrheitsermittlung im Raum stünden und eine gesicherte Prognose nicht möglich sei (Regel 4).

Diese Regeln erscheinen zunächst etwas theoretisch-abstrakt und am grünen Tisch entwickelt zu sein; in Kapitel 2, das Konsequenzen aus der Doppelstellung für die aktive Opferbeteiligung im Einzelfall zieht (S. 191 ff.), werden sie aber mit Leben gefüllt, indem die Informations-, Offensiv- und Beistandsrechte des Verletzten auf den Prüfstand gestellt werden.

Die Rechte des Verletzten auf Auskunft und Unterrichtung (§§ 406d, 406i bis 406l StPO) bedürfen, worin *Ender* zustimmen ist, keiner Einschränkung, da diese die Wahrheitsermittlung nicht beeinträchtigen (S. 192). Das Akteneinsichtsrecht (§ 406e StPO) kann dagegen die Wahrheitsfindung, wie von ihm kenntnisreich belegt wird, in vielfältiger Weise (Erschwerung der merkmalsorientierten Aussage- und Konstanztanalyse, „Post-Event-Informationen“) beeinträchtigen. Entgegen der gängigen Gerichtspraxis folgert *Ender* hieraus, dass die Akteneinsicht an den Anwalt des Verletzten grundsätzlich vor der Zeugenaussage zu versagen sei, jedoch ausnahmsweise bei einer anwaltlichen Versicherung, dass die Akteneinsicht nicht an den Verletzten weitergegeben würden und die Bedeutung der Zeugenaussage dem nicht entgegenstehe, zu gewähren sei. Dass eine Verpflichtungserklärung des Anwalts rechtlich nicht durchsetzbar und auch nicht überprüfbar ist, sieht *Ender* (S. 207), meint jedoch, dass Anwälte sich in der Regel daran hielten. Hier bleibt zu fragen, ob eine solche eingeschränkte Form der Akteneinsicht praktikabel ist. Wenn Anwälte sich nur „in der Regel“ daran hielten, wäre dann im Einzelfall gerade nicht zweifelsfrei geklärt, ob dem Zeugen die Akteneinsicht nicht doch preisgegeben wurden. Müsste sich dann die Zeugenvernehmung nicht darauf erstrecken? Ein Unterfangen, das erhebliche Belastungen für die befragte Person mit sich bringen und gleichwohl keine letzte Klarheit hinsichtlich der möglichen Beeinflussung von Zeugen durch Aktenkenntnisse herstellen würde. Letztlich wäre damit weder dem Verletzten noch der Wahrheitsfindung gedient. Die von *Ender* entwickelten Gesichtspunkte für eine etwaige Einschränkung von Akteneinsicht sind dagegen durchaus zustimmungsfähig, auch ohne dass es auf eine etwaige anwaltliche Versicherung ankäme. Die Gewährung von Akteneinsicht habe sich nach der Bedeutung der Aussage zu richten: Bei einer Hauptbedeutung der Zeugenaussage dürfe sie nur ausnahmsweise gewährt werden, in Fällen von Aussage-gegen-Aussage dagegen nie vor der Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung (S. 213). In gleicher Weise beschäftigt sich *Ender* mit einer Einschränkung des Anwesenheitsrechts des Nebenklägers und nebenklagebefugten Verletzten, das jenen gesetzlich uneingeschränkt gewährleistet wird (§ 397 Abs. 1 S. 1, 406h Abs. 1 S. 2 StPO). Dass die Anwesenheit von Verletzten vor deren eigener Vernehmung in der Hauptverhandlung die Wahrheitsfindung beeinträchtigen kann, liegt zwar auf der Hand, eine Einschränkung des Anwesenheitsrechts de lege ferenda, die *Ender* für angebracht hält (S. 219), liegt dagegen rechtspolitisch gesehen sehr fern. Auch hinsichtlich des Rechts auf Bestätigung der Anzeige (§ 158 Abs. 1 S. 3–5 StPO), der Bekanntgabe von Beweisanträgen (§ 397 Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 219 Abs. 2 StPO) sowie sogar der Mitteilung der Anklageschrift (§ 201 Abs. 1 S. 2 StPO) kommt er zu den Wortlaut der Vorschriften einschränkende Auslegungen. Insgesamt gelingt es ihm damit, die Gefahren für die Wahrheitsfindung, die sich infolge der Opferschutzgesetzgebung durch die Gewährleistung weitreichender Informationsrechte ergeben haben, plastisch aufzuzeigen; ob man realistischerweise erwarten darf, dass die von ihm geforderten Änderungen der

Rechtsprechung auch tatsächlich erfolgen, steht allerdings auf einem anderen Blatt.

Die dem Nebenkläger seit dem 1. OSchG (1986) gewährten weitreichenden Offensivrechte, also insbesondere die Beweisantrags-, Frage-, Erklärungs-, Beanstandungs- und Ablehnungsrechte, können laut *Endler* zwar die Wahrheitsermittlung im Prozess beeinflussen, er erwartet von deren Inanspruchnahme allerdings eher eine Beeinflussung im positiven Sinn, so dass sie seiner Meinung nach keiner einschränkenden Auslegung bedürfen (S. 239). Dass diese starken Offensivrechte in der Praxis möglicherweise zu einer neuen Form der Wahrheitssuche führen, die im Endeffekt unter dem Deckmantel von „Opfergerechtigkeit“ zunehmende Punitivität fördern, spricht *Endler* an, meint jedoch, über eine faktische Änderung der Wahrheitssuche lasse sich im Rahmen seiner Untersuchung nur spekulieren (S. 228).

Wiederum anders schätzt *Endler* die Beistandsrechte des Verletzten ein, insbesondere die Möglichkeiten des Beistands durch einen Anwalt (§§ 68b, 397 Abs. 2, 406f Abs. 1 StPO) oder durch einen psychosozialen Prozessbegleiter (§ 406g Abs. 1 StPO). Diese Beistandsrechte gehörten grundsätzlich zum unveräußerlichen Minimum der Opferrechte (S. 240), er sieht hier aber Gefahren für die Wahrheitsermittlung. Im Fokus seiner Betrachtung steht dabei ein mögliches Zeugen-coaching durch Rechtsanwälte oder psychosoziale Prozessbegleiter. Er hält eine Beweisaufnahme zur Frage, ob im Anwaltsgespräch ein Zeugen-coaching stattgefunden hat, für zulässig und im Hinblick auf die Wahrheitsfindung für geboten (S. 249). Mehr noch: Ein bestellter Opferanwalt auf Staatskosten kann seiner Meinung nach dann, wenn Anhaltspunkte für ein Coaching vorlägen, ausgewechselt werden (S. 251). Entsprechendes gelte für einen psychosozialen Prozessbegleiter (Aufklärung über ein etwaiges Coaching und ggf. Entpflichtung, S. 264). Man wird ihm darin aus strafprozessualer Sicht nicht widersprechen. Allerdings belegen seine Ausführungen erneut, wie das vom Gesetzgeber gewünschte „Mehr“ an Opferschutz – soll darunter die Wahrheitsfindung nicht leiden – nahezu zwangsläufig zu neuen Problemen und Konflikten im Strafverfahren führt.

Insgesamt handelt es sich um eine angenehm zu lesende, materialreiche und rechtsdogmatisch ausgewogene Studie. Die Problematik der Doppelstellung des Opferzeugen wird mit rechtssystematischer Genauigkeit herausgearbeitet; insbesondere werden die Gefahren hervorgehoben, die sich aus den diversen Informations- und Beistandsrechten des Verletzten für die Wahrheitsermittlung im Strafverfahren ergeben. Diese Gefahren möchte *Endler* eindämmen, indem er es unternimmt, in einem Korridor zwischen einem unveräußerlichen Minimum sowie einem unüberschreitbaren Maximum an Opferrechten aus rechtssystematischer Sicht das sich aus der Doppelstellung des Opferzeugen ergebende Spannungsverhältnis aufzulösen. Seine Analyse folgt dabei konsequent der Logik der Normen, nicht dem gängigen rechtspolitischen Opferdiskurs.

*Prof. Dr. Stephan Barton, Bielefeld*